



Comparative  
Law  
Review

VOLUME 12/1 – 2021

**ISSN: 2038-8993**

---



## COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the  
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia  
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437  
Email: [complawreview@gmail.com](mailto:complawreview@gmail.com)

## EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari  
Tommaso Edoardo Frosini  
Pier Giuseppe Monateri  
Giovanni Marini  
Salvatore Sica  
Alessandro Somma

## EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia  
Giacomo Capuzzo  
Cristina Costantini  
Virgilio D'Antonio  
Sonja Haberl  
Edmondo Mostacci  
Valentina Pera  
Giacomo Rojas Elgueta  
Tommaso Amico di Meane

## REFEREES

Salvatore Andò  
Elvira Autorino  
Ermanno Calzolaio  
Diego Corapi  
Giuseppe De Vergottini  
Tommaso Edoardo Frosini  
Fulco Lanchester  
Maria Rosaria Marella  
Antonello Miranda  
Elisabetta Palici di Suni  
Giovanni Pascuzzi  
Maria Donata Panforti  
Roberto Pardolesi  
Giulio Ponzanelli  
Andrea Zoppini  
Mauro Grondona

## SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)  
Thomas Duve (Frankfurt am Main)  
Erik Jayme (Heidelberg)  
Duncan Kennedy (Harvard)  
Christoph Paulus (Berlin)  
Carlos Petit (Huelva)  
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE  
LAW  
REVIEW  
VOL. 12 / 1

**6**

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH  
The Mediterranean and Legal Pluralism

**20**

TOMMASO EDOARDO FROSINI  
Costitucinalismo tecnológico

**37**

MICHAELA GIORGIANNI  
*Postfashion* e «rivoluzione della sostenibilità» nell'economia globalizzata

**62**

LAURA BUGATTI  
Legal Education in Europe. A case of denied harmonization between civil law and common law traditions?

**78**

ROBERTA PELEGGI  
Il contrasto al caporalato e allo sfruttamento del lavoro in agricoltura: un itinerario tra fonti sovranazionali e modelli statali

**106**

NICOLÒ GAGGERO  
Nominal and Punitive Remedies in English Contract: Theory and Doctrine





# THE MEDITERRANEAN AND LEGAL PLURALISM

Vincenzo Zeno-Zencovich

I. INTRODUCTION. – II. THE REFERENCE TEXTS: THE BIBLE AND THE ODYSSEY. – III. SPECIFIC ASPECTS OF “MEDITERRANEAN LAW”: A) THE CONFLICTUAL RELATIONSHIP WITH AUTHORITY; B) THE PRIMACY OF BLOOD OVER INSTITUTIONS; C) THE FLEXIBILITY OF RULES AND THEIR QUIBBLESOME INTERPRETATION; D) THE EXISTENCE OF VARIOUS SPHERES OF SOCIAL ORDER, EACH WITH ITS OWN RULES; E) THE PERVASIVE ROLE OF SEX IN ALL HUMAN RELATIONS. – IV. A BROADER NOTION OF “LEGAL PLURALISM”

## I. INTRODUCTION

Engaged in the construction of the “Fortress Europe” – where fundamental values are forged, preserved, and armed – the European Union institutions and the European *intelligentsias* appear to ignore some ethnological and historical differences within the vast territories it covers.

Some attention has been devoted to the contrasts between Western European countries and Central/Eastern European ones. However, these have been reduced to the fact that the latter part of the continent has received a democratic system only three decades ago. This diagnosis is extremely superficial and could be challenged as an example of typical *histoire événementielle* (in this case the fall of the Soviet Union) which ignores *la longue durée* which is much more revealing<sup>1</sup>.

This cleavage, however, will not be examined here, but a different one which I will, provocatively, define a “clash of cultures”, that between the Southern European countries and those that are placed north of them.

To simplify – with all the inevitable risks inherent in any simplification – the distinction is between Mediterranean countries, and non-Mediterranean countries.

For well over a century the Mediterranean as a subject of scientific and academic research has been delved through a multiplicity of methods and for an equal number of aims: geographical, historical, economical, linguistical, religious, ethnological, demographical. The list is countless<sup>2</sup>. The results are rich, fascinating and – as in any extremely important and broad issue – highly debated. Not only each contribution reflects prior researches and the times in which they were written, but it is inevitable that the background of the author

---

\* This article has, as its starting point, the seminal works of Rodolfo Sacco devoted to legal anthropology and condensed in his *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, 2009. It therefore wishes to be, a few months after his demise, a small expression of gratitude for his endless and long-lasting lessons on comparative law as a multifaceted discipline. I wish to thank Guido Alpa, Maria Rosaria Ferrarese, and Giorgio Resta for their critical comments on a first draft of the article.

<sup>1</sup> The imprinting, clearly, is that of F. Braudel, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, second edition, Colin 1966.

<sup>2</sup> Post-Braudelian works, in continuity or in opposition, in the last decades are endless. I will refer only to a few recent books, which, although significantly differing in their approaches and conclusions, contain a wealth of further information and readings, impossible to register in this footnote: P. Horden, N. Purcell, *The Corrupting Sea. A Study of Mediterranean History*, Wiley, 2000; D. Abulafia, *The Great Sea. A Human History of the Mediterranean*, Oxford U.P. 2011; the rich and diverse essays collected in W.V. Harris, *Rethinking the Mediterranean*, Oxford U.P. 2005. It is easy to lose oneself in the ocean of writings. The author of these pages tends to express a preference towards the approach laid out in his first chapter by P. Matvejevic, *Mediteranski brevijar*, Graficki zavod Hrvatske, 1987 (English translation: *Mediterranean. A Cultural Landscape*, U. California Press, 1999): the Mediterranean is not merely geography, it is not merely history, it is not merely national cultures, it is not merely belonging. The Mediterranean is inseparable from its discourse.

and his or her view-point are extremely relevant in guiding towards certain results. It is quite obvious that the Mediterranean as an economic world is analysed differently when looking at the history of religions and the extraordinary evolution from polytheism to the three revealed monotheistic faiths.

Clearly this short article cannot in any way compete with analysis that often have engaged a lifetime and have been presented in hundreds, if not thousands, of pages. Nor can it challenge the many scholarly writings which have, over the last three decades, criticized the idea of a “unity” of the Mediterranean<sup>3</sup>.

Much more humbly it wishes to point out a somewhat neglected aspect in these contemporary times, *i.e.* how the Mediterranean – in the sense that will be defined – influences and shapes a certain distinctive idea and practice of the law.

Quite obviously a legal system reflects a multiplicity of other surrounding and osmotic factors, but a lawyer will inevitably focus on certain aspects in a dialogue with other lawyers, and with no intent of trespassing in the wide, profound and mind-provoking realms of other scholars. The method is that of pointing at how what is “outside” (geography, history, language, religion, etc.) allows a lawyer to see more clearly what is “inside” his or her field<sup>4</sup>.

The simplification of the notion of “Mediterranean” is in the first place geographical, because it includes countries which are not touched by that sea (Portugal) or which only in part are touched by it (France)<sup>5</sup>.

The reference to the Mediterranean Sea is not metaphorical. I would suggest that just like in some Islamic medieval maps we give a bright colour to the sea and a light one to the surrounding lands<sup>6</sup>.

For 5000 years the Mediterranean has been and must be seen as an open space inhabited by millions of people of the most diverse races, languages, religions. Its waters are themselves a continent. Those countries which border it surely influence it, but at the end of the day to a much higher degree they are influenced by it. This continent, through the millennia, has shaped common ways of living, economic relations, and most importantly – if one can import anachronistically a seductive German expression – a distinctive *weltanschauung*<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> One can refer to the very long list of readings at fn. 199 of A.C. Hagedorn, *Institutions and Social Life in Ancient Israel*, in M. Sabo (ed.), *Hebrew Bible – Old Testament. The History of Its Interpretation*, vol. III, Vandenhoeck & Ruprecht, 2015 (at p. 87)

<sup>4</sup> From this point of view this article differs from the well-known work by P. G. Monateri, *Black Gains: A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition*, 51 *Hastings L.J.* 479 (2000) which aims at pointing out the external (Greek, African and Semitic) roots of Roman law and in downplaying its role as cornerstone of the “Western Legal Tradition” (“From the standpoint of law-in-history this paper shows that Roman Law has no claim to supremacy in the ancient world”, at p. 554). I will focus, instead, not on specific institutes of the law (contract, State, dispute settlement, legal elites) and their roots and development, but on how the law, as we consider it today, is perceived differently in contemporary Southern European societies.

<sup>5</sup> See A.M. Medici, M. Neve (eds.) *La Méditerranée-planète. Pour un nouvel atlas d'histoire mondiale*, Mimesis, 2022.

<sup>6</sup> See M. Pinna, *Il Mediterraneo e la Sardegna nella cartografia musulmana*, Istituto Superiore Regionale Etnografico: in particular at Tables 18/24 (p.60 ff.), the maps attributed to al Istahri from his “Book of Routes and of Realms”; or to al Gayhani (table 25). They are clearly meant for nautical purposes, but this is one of the essences of the Mediterranean. On how maps reveal much more than geography see J. Brotton, *A History of the World in Twelve Maps*, Allen Lane, 2012 (and in particular Ch. 2, devoted to exchange in the Mediterranean and the surrounding lands).

<sup>7</sup> “Its boundaries are drawn in neither space nor time. There is in fact no way of drawing them: they are neither ethnic nor historical, state nor national; they are like a chalk circle that is constantly traced and erased, that the winds and waves, that obligations and inspirations expand or reduce” (P. Matvejevic, *Mediterranean. A Cultural Landscape*, cited at fn. 2, p. 10).

The “clash of cultures” which I have provocatively mentioned is due to the fact that for non-Mediterraneans, that Sea is simply a vacationland (like the Caribbean or the Seychelles) where they can find sun, beaches, good food, or to put it in the poetical words of one our Giants “the land where the lemons blossom”.

This is what is commonly called – borrowing the expression from Edouard Said<sup>8</sup> – “Mediterraneanism” *i.e.* a postcard idea of this vast continent (2.5 million square kms; 3000 km from east to west, 1400 km from south to north)<sup>9</sup>.

At the same time, those who live in European Mediterranean countries, especially their *élites*, do not appear to understand the roots of these differences, or when they do, they often give the impression that they are the result of some social and economic underdevelopment compared to North-European countries. An inferiority complex which consolidates the well-rooted *clichés* of the North. Commonly Mediterraneans are “amusing”, “charming” and sometimes may be “very cultivated”. Laudatory expressions which understate the absence of other qualities.

But what I wish to focus on are not stereotypes (which abound in any part of the world, and, at any rate, should not be despised because they play an important role in human understanding), but to point out certain fundamental differences which can explain numerous misunderstandings within the EU, and possibly could avoid certain – surely involuntary – arrogant approaches by its institutions and by those who represent them.

The spirit of the Mediterranean continent starts being solidly shaped in third millennium B.C. through two main cultural rivers, one originating from Mesopotamia; the second from Egypt. Both of them develop the steppingstones of power: Sovereignty, trade, science. But most importantly writing and religion. The former is an essential tool of government (also at those times information was key<sup>10</sup>); the latter was constantly interwoven in the (short) life of their inhabitants. The Mediterranean is the melting pot of these various flows. It will take time – practically 2000 years – before this evolution consolidates marking forever the traits of this continent of water. This result is not casual. The sea – in this case a relatively closed sea (and not an ocean) – is *par excellence* the platform for an incredibly complex network of communication, whether cabotage or long distance. Vessels carry not only goods and warriors, but also ideas, ways of living, languages. Ports are the hubs of inevitably multicultural, multi-ethnic, multi-religious communities. This does not mean a loss of identity, but more simply an attitude towards differences and adapting to them. While on a continent, mountains, rivers, swamps, forests, deserts isolate and divide communities, living on the Mediterranean – or in its hinterland – develops an anthropological habit for ex-change<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> E.W. Said, *Orientalism*, Pantheon Books, 1978.

<sup>9</sup> M. Herzfeld, *Anthropology through the looking-glass. Critical ethnography in the margins of Europe*, Cambridge U.P., 1987: “‘Mediterraneanism’ is a term that I quite deliberately offer on the model of historicism, positivism, and Said’s (1978) equally ironic coinage of ‘Orientalism’. Both terms suggest reification of a zone of cultural difference through the ideologically motivated representation of otherness” (at p. 64).

<sup>10</sup> See e.g. the tablets made available in two open-access repositories : the Open Richly Annotated Cuneiform Corpus [http://oracc.museum.upenn.edu], or the Database of Neo-Sumerian Texts [http://bdtms.filol.csic.es/ ].

<sup>11</sup> “Mediterranean social order (...) is those institutions, customs and practices which result from the conversation and commerce of thousands of years, the creation of very different peoples who have come into contacts round the mediterranean shores” (J. Davis, *People of the Mediterranean. An essay in comparative social anthropology*, Routledge, 1977, p.13).

## II. THE REFERENCE TEXTS: THE BIBLE AND THE ODYSSEY

The epitome I will use is represented not by monuments or historical events, or urban settlements, or by technical novelties, but by two literary works that are and can only be Mediterranean and that have shaped since then the entire Western world. The Bible – whose various books date from around the 8<sup>th</sup> century B.C. onwards – puts together all the culture of those times, in the first place in its transcendent dimension, but also in any aspect of mankind, noble or perverted, inspiring or damning, individual or collective.

It would be simplistic to state that the Bible is the product of (only) the twelve tiny – even for those times – nomadic tribes, believers in the true God. The power of the Bible and its pervasive influence is in the fact that it manages to synthesize multiple trends and its stylistic eclecticism reflects the diversity of the many traditions that grew in that vast area that from the Fertile Crescent stretches to Phoenicia and to the banks of the Nile.

From a religious history perspective, the Bible is the monument of the Jewish people. From an ethnological perspective it photographs the Mediterranean, its men, its women, its society, its values<sup>12</sup>. Those Kings and Prophets could have lived in any country overlooking the watery continent and are an archetype for centuries and centuries<sup>13</sup>.

The other work – which is even more revealing and represents the Mediterranean man, yesterday, today and tomorrow – is the Odyssey.

Ulysses is the individual who will defy his Foes, the Gods, Nature, Fate to regain his throne, his woman, what he believes belongs to him. Once he has lost all his brothers in arms, the sole group which he will refer to are his family, his father, his wife, his son, his nurturer, his dog. And his vengeance against those who have betrayed his hospitality and have tried to steal everything from him will be without mercy. But in his odyssey, he will not deny himself the pleasures of the flesh (Calypso) or of the mind (the lotus eaters); he will be deceitful with the Trojans, with Polyphemus, with the suitors; shrewd with Circe; pious towards the dead which he visits in Ades; bashful with Nausicaa. Ulysses is much more than a hero; he is a man to which every other man in the Mediterranean can look at and find something that resembles them<sup>14</sup>. But most importantly he is not a dead hero,

---

<sup>12</sup> S. Schwartz, *Were the Jews a Mediterranean Society? Reciprocity and Solidarity in Ancient Judaism*, Princeton U. P. 2010 appears to be more concerned on whether Jews were or were not assimilated in the Hellenistic and Roman world. And in a subsequent writing (*Globalization or Culture. The Ancient Jews and the Mediterranean*, in M.B. Lehmann, J.M. Marglin, *Jews and the Mediterranean*, Indiana U.P. 2020, at p. 31) the same author states that “we cannot think of Jews as meaningful participants in an ancient Mediterranean economy of whatever scale” (at p. 36), somehow presenting the idea of a Jewish “exceptionalism” in the Mediterranean world. J. Ray, *The New Melting Pot? Mediterraneanism and the Study of Jewish History* (*ibidem*, at p. 51) attempts to bridge this gap: “What are we to make of a people who, for most of their history, were translocal, mobile, and culturally hybrid – that is, quintessentially ‘Mediterranean’ – and yet also members of a notoriously bounded, even clannish society?”. If a comment may be made on this last sentence, the two aspects do not appear to be in antithesis and are present among most Mediterranean people.

<sup>13</sup> What is extraordinary is that more or less three centuries before the great triad of Greek historians (Herodotus, Thucydides and Xenophon), a small people of the Mediterranean found in the narration of their history the tool to forge their identity. In this sense the Bible is the archetype of a literary construction, transmission and perpetuation of certain models: *viz.* (hi)story-telling. For an analysis of these aspects see P.F. Eslet, *Sex, Wives, Warriors: Reading Old Testament Narrative with its Ancient Audience*, James Clarke, 2012. See also J. Assmann, *Moses the Egyptian. The Memory of Egypt in Western Monotheism*, Harvard U. P., 1998 (“Moses is a figure of memory but not of history, while Akhenaten is a figure of history but not of memory. Since memory is all that counts in the sphere of cultural distinctions and constructions, we are justified in speaking not of Akhenaten’s distinction, but of the Mosaic distinction”, at p. 2).

<sup>14</sup> See e.g. M.I. Finley, *The world of Odysseus*, rev. ed., Viking Press, 1978; C. Dougherty, *The Raft of Odysseus. The Ethnographic Imagination of Homer’s Odyssey*, Oxford U.P., 2001. Clearly one can alternatively use as instruments for an engaging and fruitful cultural history approach the classical readings on twenty key topics

like Achilles, Hector or the other warriors of the Iliad; he is not seeking a glorious end; he fights to survive, and he will survive thanks to his character, his willpower, his shrewdness<sup>15</sup>.

In the following paragraphs I will attempt to outline some traits that appear to be deeply embedded in the Mediterranean culture, and which are relevant for the purposes of this paper:

- a) The conflictual relationship with authority
- b) The primacy of blood over institutions
- c) The flexibility of rules and their quibblesome interpretation
- d) The existence of various spheres of social order, each with its own order
- e) The pervasive role of sex in all human relations.

All these factors, which I will try to present very summarily, have a direct impact on the way law is shaped, applied, seen.

The argument is that if one must speak of legal pluralism<sup>16</sup>, probably the point of departure, which appears to have been forgotten by so many, is the idea of a “Mediterranean law” whose characteristic is that of being an open system, with a low level of compliance and of enforcement.

### III. SPECIFIC ASPECTS OF “MEDITERRANEAN LAW”

#### *a) The conflictual relationship with authority.*

The first point that must be made is the relationship of a community with those who have the authority to rule it. The embedded notion – which is ethnological and not rational – is that those who hold power are only temporarily in that place. Soon someone else will take their seat, change formally the rules, assert through external symbols their might. This is the troubled history of the Mediterranean, where lands, towns, islands change hands innumerable times during the centuries. Authority, just like the sea, has its peaceful and rough times, and there is no way of escaping from it. One must adapt, avoiding entering in direct conflict with it and building flexible social habits that reduce its impact. Hardly ever the law is seen as a factor of social order. It pursues different objectives that are considered important by those who issue the rules, mostly in their own interest but not by the vast majority of the community. When possible, one will try to extract from the law – as from the sea – all the possible benefit, and one will stay away from it during legal storms. Relationship with authority, which is seen as fragmented, local, mundane is on a personal basis, beyond the rituals which surround it. Those who hold power have – and need – servants, purveyors, workers. They have wives, sons, relatives who have the same needs. Their lives are only apparently – and for very, very few – secluded. It is those who hold authority that need the community, and not vice-versa. There is no Hobbesian contract between the Leviathan and his subjects, but simply a social convention that will be flexibly followed according to conveniences. Authority passes, the community remains, and the newcomer will have to adapt to “*la coutume du pays*”.

Rarely one shall defy Authority, and even less so for reasons of principle or for noble and high values. More commonly one shall elude its orders, through simulation, deceit or more

---

(but significantly none of direct legal relevance) suggested by Z. A. Crook (ed.), *The Ancient Mediterranean Social World. A Sourcebook*, Eerdmans Pub., 2020

<sup>15</sup> See S. L. Schein (ed.), *Reading the Odyssey*, Princeton U.P. 1996, p. 8 ff.

<sup>16</sup> I will start from the classical notion: “The presence in a social field of more than one legal order” (J. Griffiths, *What Is Legal Pluralism?*, 24 *J. Legal Pluralism & Unofficial L.* 1 (1986). R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cited in the opening footnote, devotes the entire fourth chapter to the connection between anthropology and legal pluralism.

simply apathy. The best example is that of taxes, to whose avoidance one will devote the simplest or the most elaborate schemes<sup>17</sup>. In paying them no “public duty” is felt and those who do so receive no praise, but commiseration reserved to ill-fated individuals<sup>18</sup>.

To outwit the Authorities becomes a sport and a reason of pride, something to boast about as if one were a Lilliputian Ulysses. There is no perception of dishonesty, and even less, of crime, but very simply the idea that the duties imposed on the individual and on members of a community are others and are normally complied with. Being a miser is a hundred times more shameful than evading taxes.

*b) The primacy of blood over institutions.*

In the hierarchy of sources, the Mediterranean legal pyramid is set upside-down. At the bottom one finds Authority, occupying a small, unstable, irksome cusp. At the centre, the community to which one belongs to. On the top, and foremost, one’s blood relations. In this order there is nothing abnormal. As a matter of fact, it is the most common hierarchy in mankind and its opposite (Authority, community, family) is minoritarian.

Clearly this has a profound influence on a legal system, and inevitably if one builds a system on the assumption of the latter hierarchy, the clash with the former is inevitable.

The present dominant approach has its deep and appealing roots in Enlightenment and all its wonderful intellectual and scientific fruits. However, as one knows, it was followed by an age of mistrust for universal principles. But if one delves less superficially, the plurality of legal and institutional systems was vividly outlined in Montesquieu’s masterpiece “*L’Esprit des Lois*”<sup>19</sup>.

When one places family relations – meant in their patriarchal structure – at the pinnacle of the system the duties and rights which are felt as binding are significantly different. The most obvious influence is on the patrimonial obligations that are born by each member of the family towards the others, both in life and in death. In life parents feel obliged to

---

<sup>17</sup> On tax evasion in ancient Athens see C. Hampus Lyttkens, *Effects of the Taxation of Wealth in Athens in the Fourth Century B. C.*, 40 *Scandinavian Economic History Review*, vol.2, 3 (1992); and chapter 1 of K. Schönhärl, G. Hürlimann, D. Rohde (eds.), *Histories of Tax Evasion, Avoidance and Resistance*, Routledge, 2022.

<sup>18</sup> One can connect this attitude to the weak influence of the Hobbesian theory of a contract between the sovereign and his subjects in many Southern European countries: see H. Gribnau, C. Dijkstra, *Contractualism and Tax Governance: Hobbes and Hume*, and J. Frecknall-Hughes, *Jeremy Bentham – Developing Ideas About Taxation and Law*, both in P. Harris, D. de Cogan (eds.), *Studies in the History of Tax Law*, vol. 9, Hart 2019 (at pp. 17 and 1). Which brings us to a rather important question in the development of European law and political culture: Why did the Magna Charta, with all its everlasting “constitutional” principles, come to life in 1215 in apparently less developed England, only a century and half after the Norman conquest, and not in the very lively – economically, politically and intellectually – Italy where the “Comuni” were claiming their independence from the Sacred Roman Empire? The reply, probably, is in equally important ethnological differences between Mediterranean and non-Mediterranean people.

<sup>19</sup> See Ch. III, Des lois positives: “Elles doivent être relatives au physique du pays, au climat glacé, brûlant ou tempéré; à la qualité du terrain, à sa situation, à sa grandeur; au genre de vie des peuples, laboureurs, chasseurs, ou pasteurs : elles doivent se rapporter au degré de liberté, que la constitution peut souffrir ; à la religion des habitans, à leurs inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur commerce, à leurs moeurs, à leurs manieres. Enfin, elles ont des rapports entr’elles ; elles en ont avec leur origine, avec l’objet du législateur, avec l’ordre des choses sur lesquelles elles sont établies. C’est dans toutes ces vues qu’il faut les considérer.” This approach is shared by a champion of the anti-enlightenment movement. F.C. von Savigny states as a premise of his still inspiring “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” that “The law will be found to have already attained a fixed character, peculiar to the people, like their language, manners and constitution” (English translation by A. Hayward “Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence”, Littlewood, 1831). One should keep in mind, however, the caveats of P. Bourdieu, *Le Nord et le Midi: Contribution à une analyse de l’effet Montesquieu*, 35 *Actes recherche sciences sociales* 21 (1980) (“À l’âge de la science, la pulsion inconsciente porte à donner à un problème socialement important une réponse unitaire et totale”).

endow their children, as happened with themselves and for generations before them. In death with the rules of succession.

It would be mistaken to believe that succession laws in the Mediterranean have shaped the *mores*. To the contrary the laws have simply formalized what was the common usage, and the best evidence of this is the overwhelming percentage, in the past and still nowadays, of intestate successions. Individuals feel no need to dispose differently from what has been the habit over the centuries.

The family ends up being the main economic subject, and only the constrictions of modern societies and the need for external legal certainty, bring an individualistic fragmentation of legal relationships of what really is seen as a commonality<sup>20</sup>.

The blood-bonds do not affect only patrimonial relations. Primarily, individual allegiance is not towards Authority or the community but towards one's next of kin, even *contra legem*. The most egregious example is Antigone's *pietas* towards her brother's corpse. But more generally it lives in the role of vengeance, seen not as some primitive and irrational action, but as a duty imposed on the member of the family to cleanse the offense and re-establish its honour<sup>21</sup>.

Since biblical and Homeric times, when vengeance had its formalities and rituals, the power has gradually passed in the hands of the authorities, and criminal law and sanctions are imposed *ut cives ad arma non veniant*.

Yet this has not removed the basic idea that blood binds individuals much more than the law and that the law is only a weak surrogate for the protection of the family.

Social studies will easily compare the birth, development, and disruption of a Mediterranean family with that of a Western non-Mediterranean one, the former kept together for better and for worse, by love and by hate between its members; the latter very soon dispersed as soon as the offspring come of age and are driven from their nest.

This bondage is parallel to the one the land of one's origins exerts on its natives, like a force of gravity that will keep them in its orbit, when it is not idealized as a promised land or everyman's Ithaca. And in this ethnological approach one needs to consider two further very distinctive factors, which clearly one finds in other parts of the world but which in the Mediterranean are considered as overriding values, namely the duties of hospitality<sup>22</sup> and of gift<sup>23</sup>. Their influence is relevant when one tries to understand differences in the

---

<sup>20</sup> The idea of a "Mediterranean family" is presented by P. Laslett, *Family and household as work group and kin group: areas of traditional Europe compared*, in R. Wall, J. Robin, P. Laslett (eds.), *Family forms in historic Europe*, Cambridge U.P., 1983, 513. Although S.R. Huebner, G.S. Nathan (eds.), *Mediterranean Families in Antiquity: Households, Extended Families, and Domestic Space*, Wiley, 2017 in their *Introduction* and *Conclusion* negate the existence of a "Mediterranean family", the question is whether those traits can be found consistently throughout the ages in other European societies. And in fact, see the very nuanced contribution to the volume by M. Manfredini, *Later Family Forms in the Mediterranean*: "Family systems in Mediterranean European countries were without doubt different from those in Central and Northern Europe" (at p. 310).

<sup>21</sup> See E. Cantarella, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Inshibboleth, 2021, p. 304 ff. (new edition of her 1979 classic). As a matter of fact, the abstention from vengeance is seen as shameful.

<sup>22</sup> "Guest-friend and guest-friendship were far more than sentimental terms of human affection. In the world of Odysseus they were technical names for very concrete relationships, as formal and as evocative of rights and duties as marriage" (M. I. Finley, *The World of Odysseus*, cited at fn. 14, p.100).

<sup>23</sup> The first reference is to the classical work by M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* originally published in *L'Année Sociologique* 1923-1924 (for an English edition of the later expanded version see *The Gift*, U. of Chicago Press, 2016). "No single detail in the life of the heroes receives so much attention in the *Iliad* and the *Odyssey* as gift-giving, and always there is frank reference to adequacy, appropriateness, recompense" (M. I. Finley, *The World of Odysseus*, cited at fn. 14, p.65). See also in a contemporary and comparative perspective G. Resta, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in *Rivista Critica Diritto Privato* 2014, 25.

performance of patrimonial law and, even more, when one tries to apply neo-classical economic theory to legal relations between individuals.

Seen with contemporary eyes this inverted hierarchy implies that those institutional and formalized rules which do not appear to be coherent with the blood primacy will receive little outer compliance and even less inner respect.

c) *The flexibility of rules and their quibblesome interpretation.*

If the law rarely is placed at the summit of individual obligations, it is inevitable that its application tends to be adaptable. If one were to apply kelsenian systemology in a broader social (and not only legal) context, one would say that the only coherent and legitimate interpretation of the law lies in conformity with higher placed principles issued by family or community *mores*. Quite contrary to the Latin maxim *dura lex sed lex* (which is simply a rhetorical short-cut to avoid discussions on a decision that has already been taken), Mediterranean law is intrinsically, to use Jean Carbonnier's expression, a "*flexible droit*"<sup>24</sup>. To express the idea through a metaphor, far from the Mediterranean the foot must adapt to the boot, no matter how tight and painful it is. In the Mediterranean, it is the boot that must adapt itself to the foot (or rather, to millions of feet) and if it does not it will be discarded.

The reasons for such a structure lie deep into the humus from which law has developed. The law is, must be, expressed in words, and these are written, whether on a stele, like Hammurabi's "Code", or on stone tables, like the Ten Commandments. But words need to be interpreted in order to understand their complete and inner meaning. Interpreting the law is one of the many, indispensable, intellectual operations that fall in the vast discipline of philosophy. Mankind has been endowed with intelligence to understand the universe, itself, the world in which it exists. And there is not – there cannot be – one and only one interpretation. Sometimes they aim at excluding one another, with a stale-mate result, but most commonly they concur and supplement each other<sup>25</sup>. Semiology will transform into an academic discipline what we have known for millennia, *i.e.* that a text has as many meanings as its readers. The law therefore not only is flexible and adaptable, but it is essentially negotiable.

Nothing transfers better the sense of this "transactional" approach to the law than the dialogue between Abraham and the Lord who has resolved to destroy Sodom for its abominable sins.

*<< Then Abraham approached [the Lord] and said: "Will you sweep away the righteous with the wicked? What if there are fifty righteous people in the city? Will you really sweep it away and not spare the place for the sake of the fifty righteous people in it? Far be it from you to do such a thing—to kill the righteous with the wicked, treating the righteous and the wicked alike. Far be it from you! Will not the Judge of all the earth do right?"*

*The Lord said, "If I find fifty righteous people in the city of Sodom, I will spare the whole place for their sake."*

*Then Abraham spoke up again: "Now that I have been so bold as to speak to the Lord, though I am nothing but dust and ashes, what if the number of the righteous is five less than fifty? Will you destroy the whole city for lack of five people?"*

*"If I find forty-five there," he said, "I will not destroy it."*

*Once again he spoke to him, "What if only forty are found there?"*

---

<sup>24</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ 2001.

<sup>25</sup> The Ten Commandments are the paradise of interpretation and of interpreters: short, assertive, sentences which can fuel – and have fuelled – debate and controversy for over two thousand years. See M. Sicker, *The Ten Commandments: Background, Meaning, and Implications from a Judaic Perspective*, iUniverse, 2008. One can easily imagine the fireworks when theological interpretation mixes, overlaps, and clashes with legal interpretation.

He said, "For the sake of forty, I will not do it."

Then he said, "May the Lord not be angry, but let me speak. What if only thirty can be found there?"

He answered, "I will not do it if I find thirty there."

Abraham said, "Now that I have been so bold as to speak to the Lord, what if only twenty can be found there?"

He said, "For the sake of twenty, I will not destroy it."

Then he said, "May the Lord not be angry, but let me speak just once more. What if only ten can be found there?"

He answered, "For the sake of ten, I will not destroy it."

When the Lord had finished speaking with Abraham, he left, and Abraham returned home. >><sup>26</sup>

The message that is conveyed is that if even the Lord's command can be bargained, any earthlier rule can be the object of a similar negotiation, whatever the circumstances. Two egregious examples which epitomize this approach can be given.

When Paul the Apostle is apprehended by the authorities for his Christian proselytism, he undoubtedly prays his Saviour, but at the same time claims "*Civis Romanus sum*", and as a Roman subject he is entitled to – we would call it now – due process of law. Therefore, in the first place, he challenges the jurisdiction of the Sanhedrin, and ultimately appeals to the Emperor. All his legal manoeuvres, which lasted several years, would probably have succeeded if Nero, having outlawed Christians and wishing to find a scapegoat for the Great Fire, had not sentenced him to death by decapitation around 64-65 A. D., together with Peter (who not being a Roman citizen, was crucified)<sup>27</sup>.

As one can see even matters of State security were open to legal scrutiny and far from a coarse and brutal interpretation.

The second example, which refers to the tragic events of the last century, enables us to compare the Mediterranean approach with the non-Mediterranean one.

When, starting in 1935, Nazi Germany introduced more and more oppressive laws and regulations against its citizens qualified as Jews<sup>28</sup>, the judicial and administrative application was unequivocally rigorous and *in malam partem*.

The Courts, inspired by the *Reine Deutsches Volksgeist*, even broadened their interpretation in order to close any loophole that the – innately cunning and deceitful – Jews could come up with<sup>29</sup>.

When in 1938 Fascist Italy, aping Germany, introduced similar provisions, the courts were flooded by cases in which many members of the affluent and resourceful Jewish community (which by and large had supported the consolidation of fascism) claimed, on the basis of elaborated distinguishing interpretations, that the laws and regulations did not

<sup>26</sup> Incidentally, as is well known, the deal he struck with the Lord was of no avail. Not only it was impossible to find ten righteous people, but the Sodomites pressed hard on Lot to deliver to them the two angels so as they could "know them". And in afterthought, Lot's daughters belonged to the same stock.

<sup>27</sup> See for an extremely detailed analysis of all the stages of the judicial procedure through the lenses of Roman law A. M. Mandas, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27 – 28.31)*, Jovene, 2017.

<sup>28</sup> See the Reich Citizenship Law of September 15, 1935 and the Law for the Protection of German Blood and Honor of September 15, 1935 (English translation at this webpage: <https://www.ushmm.org/information/exhibitions/online-exhibitions/special-focus/nuremberg-race-laws-defining-the-nation/documents>).

<sup>29</sup> See e.g. the Reichsgericht's decision of December 9, 1936 on the notion of "sexual relation" between Jews and "Aryans" (English translation at this webpage: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/supreme-court-decision-on-the-nuremberg-race-laws>). In general, on the dramatic circulation of racist legal models see J.Q. Whitman, *Hitler's American Model: The United States and the Making of Nazi Race Law*, Princeton U.P., 2017. See also F. Caestecker, D. Fraser, *The Extraterritorial Application of the Nuremberg Laws. Rassenschande and Mixed Marriages in European Liberal Democracies*, 10 J. Hist. Int'l L. 35 (2008).

apply to them. In many cases, especially in front of the State Council and of the *ad hoc* administrative body, the “Tribunale della Razza”, they succeeded<sup>30</sup>, and at any rate forestalled the decision until 1943, when the Nazis took control of Italy, and the puppet Fascist regime declared all Jews enemies of the State<sup>31</sup>.

Obviously, this example in no way is meant to indicate a more “humane” approach of one dictatorship in respect to another<sup>32</sup>. It points out that even in extreme situations (the destruction of two towns, conspiracy against the State, extermination) the idea is that whatever the source of the rule may be, its enforcement is debatable and may be discussed. Bringing this remark to a much more down-to-earth context, a millennial experience tells Mediterraneans that any rule can be challenged, and that it is wise to challenge it because the outcome is far from certain, and may depend on a multitude of unpredictable factors, among which the human one is the most relevant. This does not necessarily imply mistrust in the law, but more simplistically its vision as a constant rule-of-thumb system, whether we are considering a traffic-light offense or a serious crime.

*d) The existence of various spheres of social order, each with its own rules*

Lawyers tend to see very clearly the world in which they live in and in which they constantly operate. But if one takes a step back and looks at things from a distance one easily realizes that putting at the centre of society the legal citadel is self-assuring, but very far from reality.

In the first place there are natural phenomena which are beyond human control; illnesses, whether individual or collective; human actions which, for better or for worse, shape the course of history. Legal systems, beyond the hubris of lawyers, cover very little of all this. Again, there are two Western conflicting visions. The first, presently dominant especially in the EU, is that the law, in its multiple expressions, should cover everything and is a sort of panacea that can steer, direct, repair, heal, avoid, impose.

A world shaped by laws, which dictate who, what, why, when and how something may, or may not, be done is the way towards a more orderly, just, compassionate society. A society where everyone, institutions, natural or legal persons, is instructed on their duties, prerogatives, rights, with a constant balancing of the different interest by those on whom government has been bestowed. In short: the Rule of the Law.

The Mediterranean view is much more sceptical and disenchanting. It looks at the past and wonders if all the boisterous legal prophecies have really led us to the promised land. It doubts that the multiplications of norms will actually benefit humans and, rather, fears it will turn into Goethe’s *Zauberlehrling* nightmare. One broom will do the job, thousands of them will only create havoc<sup>33</sup>. In this different world, legal norms co-exist with others which, as we have seen, often occupy a higher seat. The various spheres will be

---

<sup>30</sup> One example will suffice: The second most important Italian insurance company, Riunione Adriatica di Sicurtà, had, in 1938, as its chairman Arnaldo Frigessi di Rattalma, son of one of the founders of the company and of Hungarian Jewish descent and active member of the Jewish community. Thanks to his very strong influences he managed, through a decision by the “Tribunale della Razza”, to avoid being ousted from the company and remained, until 1943, as its managing director. Something that would have been quite impossible in Nazi Germany.

<sup>31</sup> S. Falconieri, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Il Mulino, 2011.

<sup>32</sup> The other side of the coin, equally shameful, is that after the fall of the Fascist regime those who were engaged in enforcing the anti-Jewish legislation suffered very little. And as a matter of fact, had a brilliant career. Of the four members of the “Tribunale della Razza” three of them became members of the democratic Constitutional Court, and its chairman, Gaetano Azzariti, was even elected its president (see M. Boni, *In questi tempi di fervore e di gloria. Vita di Gaetano Azzariti, magistrato senza toga, capo del Tribunale della razza, presidente della Corte costituzionale*, Bollati Boringhieri, 2022).

<sup>33</sup> I have tried to develop the issue in *A Normative Metastasis?*, 7 *European Journal of Comparative Law and Governance*, 43 (2020).

coordinated not through some legislative *fiat* but by social trial-and-error processes in which the role of the authorities is successful only if it is persuasive.

And while any administration finds its *raison d'être* in rules (which justify its relentless rulemaking), the Mediterranean individual is hardly persuaded that the multiplication of norms will be beneficial and will not collide with the different order that has been created over the centuries. To this one should add the widely shared belief that rules, at the end of the day, are only to the economic and selfish profit of those who issue and administer them. Inobservance is not the expression of political revolt, but simply reaction to what is perceived as a profiteering exploitation of authority. A form of self-defence historically and psychologically justified.

*e) The pervasive role of sex in all human relations.*

Among the spheres which have dominated the Mediterranean and have, since the most ancient times, directed the actions of individuals there is the sexual element. At the origin of Creation, cause of wars, snare and shame for even the most powerful, sex is everywhere. Greek mythology – but not only – ridicules and belittles Sigmund Freud's psychoanalysis. It represents through a transcendent narration how individuals – whether male or female – are in search of physical pleasure and this desire will drive them to life or to death<sup>34</sup>. The perfect matching between myth and reality is offered by the thousands of images, on potteries<sup>35</sup>, on frescoes<sup>36</sup>, in tombs<sup>37</sup>, which depict all forms of sex, rapturous, violent, homosexual, heterosexual, in group, paedophile, zoophile, hermaphrodite, incestuous<sup>38</sup>. The Bible will oppose to such care-free approach a stricter one, but its enumeration of sexual sins (Amnon and Tamar, Susan and the elders, Sodom and Gomorrah, the daughters of Lot, David and Betsheba, Onan and his sister-in-law, etc.) simply arouses that mainspring of sex which is transgression.

If one adds the pervasive role of sex to the primacy of the family one realizes that by and large – despite all the institutional signals to the contrary – Mediterranean societies have been and still are largely matriarchal, women being the dispensers of sex and the evidence, through maternity, of a man's virility<sup>39</sup>. The hiatus (*i.e.*, discrimination) between man and woman is clearly in the norms. But outside this sphere relationships are much more complex. The role of sex and desire in shaping Mediterranean culture tells us a lot about the past, but also explains why certain non-Mediterranean fashions (dressed in “politically correct” garments) appear, at their best, childish in the first place in the eyes of Southern European women. Inequality – which is a typical legal notion – is substituted by diversity, which in certain spheres in no way implies that women are subdued<sup>40</sup>. From this

<sup>34</sup> C. Calame, *L'Éros dans la Grèce Antique*, Belin, 1996

<sup>35</sup> *Ex multis* C. Isler-Kerenyi, *Dionysos nella Grecia arcaica. Il contributo delle immagini*, Istituti Editoriali e Poligrafici, 2001 (English trans. *Dionysos in Archaic Greece: An Understanding Through Images*, Brill, 2007).

<sup>36</sup> See the recent exhibition of erotic art discovered in daily-life Pompei: M-L. Catoni, G. Zuchtriegel (eds.), *Arte e sensualità nelle case di Pompei*, Artem, 2022.

<sup>37</sup> For a remarkable Etruscan example see A. Serpilli, *Il mistero della Tomba dei Tori dell'etrusca Tarquinia*, Sellerio, 1990.

<sup>38</sup> See C. Johns, *Sex or Symbol?: Erotic Images of Greece and Rome*, Routledge, 1982.

<sup>39</sup> Even more so in the Jewish tradition, where it is the mother that determines the transmission of the status: see S.J.D. Cohen, *The Origins of the Matrilineal Principle in Rabbinic Law*, 10 *AJS Review* 19 (1985); R. Di Segni, *Il padre assente. La trasmissione matrilineare dell'appartenenza all'ebraismo*, 24 *Quaderni storici* 143 (1989.)

<sup>40</sup> “The position of women in the tradition of the Mediterranean has, for all its variations, at least this constant (...) the wife is mistress within [the house], the husband without. The moral division of labour of sexes relates, then, to their inverse roles within or without the house. The social order is founded upon this distinction” (J. Pitt-Rivers, *Women and Sanctuary in the Mediterranean*, in J. Pouillon, P. Maranda (eds.), *Mèlanges offerts à Claude Lévi-Strauss à l'occasion de son 60ème anniversaire*, Mouton, 1970, at p. 868). For a critique of the

perspective many legal interventions – enacted with the praiseworthy intent of reducing gender disadvantages – appear to be highly ideological, in the sense that remain on a declamatory and paternalistic level, without many chances of changing social realities.

#### IV. A BROADER NOTION OF “LEGAL PLURALISM”

One has started by representing the Mediterranean as a unifying natural element which has allowed so many cultures to blend and has shed its bright lights (and with them dark shadows) on the lands which overlook it. In no way this is an attempt to create a novel Frankenstein’s legal family and add it to the scores of existing props that many scholars feel their duty to set up. Rather, it wishes to point out that the notion of “legal pluralism” does not include only contexts where two or more “legal orders” co-exist, but also where the interpretation and enforcement of a legal order is influenced significantly by other social factors.

Although it is easy – at least for those who are familiar with the vast region – to detect commonalities from Constantinople to Gibraltar, from Alexandria to Marseille (all the Mediterranean port towns resemble each other<sup>41</sup>), the purpose of this work is pointing out why, within the Western legal tradition, one needs to understand the materials which compose its fabric. Among them it is impossible to ignore the factual circumstance that in the Mediterranean society, economy, culture have reached a very high level of development at least fifteen centuries before other parts of Europe<sup>42</sup>. Older does not mean “better” or “wiser”. It means that certain ways of thinking and individual and social behaviour have had much more time to sediment, and it becomes quite impossible to eradicate them, least of all enacting thousands of pieces of legislation, as if they were some sort of magic wand and pronouncing hocus-pocus formulas meant to chase away an evil, retrograde, spell<sup>43</sup>.

To place this significant time-gap in the evolution Mediterranean societies and non-Mediterranean societies on a systematic basis, one can usefully compare the relatively recent emergence in Anglo-Saxon legal scholarship of the notion of “social norms”, and their governance role in groups and societies<sup>44</sup>. Obviously social norms have always

---

“equality” paradigm, in favour of diversity between men and women, see E. Poddighe, *Comunicazione e “dignità della donna”*. *Uno studio di genere*, Roma Tre-Press, 2018.

<sup>41</sup> See P. Matvejevic, *Mediterranean, A Cultural Landscape*, cited at fn. 2, p. 14 ff.

<sup>42</sup> A litmus test are the deep and inspiring two volumes by H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Harvard U.P. 1983) and *Law and Revolution. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition* (Belknap Press, 2003), which place the origins of the WLT after the first millennium A.D.

<sup>43</sup> A good contemporary example is the flourish of macro and micro-prudential measures adopted by the EU after the 2008 financial crisis. One of its tenets was that Southern European countries (disparagingly named as PIGS: Portugal, Italy, Greece, Spain) were living above their means and at the expense of “thrifty” and “frugal” non-Mediterranean EU countries. Clearly behind the slogans driving these measures (“moral hazard”, “creditworthiness”) is an axiology which maybe is shared in the latter countries and probably not in the former: see N. Vardi, *Creditworthiness and “Responsible Credit”*, Brill 2022 (p. 3 ff.).

<sup>44</sup> For the best and most detailed presentation see E. A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard U.P., 2002. This work opens a whole series of further problems. If mutual understanding is difficult between Mediterranean and non-Mediterranean countries, it is practically impossible between European and US legal scholars. While the former generally do their best to study and try to understand the “American exceptionalism”, the latter – even among the most cultivated (such as the author cited in this fn.) – seem to be entirely oblivious of the fact that there is intellectual and legal life beyond the East and West coast. Although *Law and Social Norms* has declaredly a law & economics approach to the issue, a European remains somewhat dismayed in finding in the 16 pages long list of references not one citation of the works of Emile Durkheim and of Max Weber, who have built the conceptual framework for social norms and their governance role.

existed, but in the Mediterranean world they prevail over formalized rules, and, paraphrasing Monsieur Jourdain, have been unwittingly practiced, every day, for thousands of years<sup>45</sup>.

These differences often may appear simple variations in shades, but if one applies a less positivistic and “chemical” approach to law and one looks at it as a novel, a painting, a piece of music one understands that shades are practically everything, especially because they represent the relentless social erosion of the legal monolith. Shades that common lawyers would prefer to call “careful distinguishing”, but that in scholarly legal research have much more to do with the constant tension between the system and the infinite cases that fall within it, between certainty and doubt, between transcendent Justice and human fallacy<sup>46</sup>.

To avoid any pointless misunderstandings, the few preceding pages in no way attempt to express a “superiority” of a Mediterranean legal model. Comparative law is distant thousands of miles from the amateurish (and rigged, as one has seen) “rankings” of the World Bank. Comparative law is an epistemological endeavour based on similarities and differences in time and space. The great feat achieved by the European Community and its illustrious Founding Fathers risks being undermined by a one-size-fits-all approach which ignores that Europe is borne out of many histories and cultures that represent a source of endless intellectual and economic wealth provided one does not ignore the differences and one does not overly insist on a legalist approach to problems. A spoonful of legal pluralism might, maybe, help understand that there are more things in heaven and earth, Ursula, than are dreamt of in your regulations and directives.

---

<sup>45</sup> The idea is clearly put forward by R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cited in the opening footnote, where (Ch. 5, para. 8; Ch. 8, para.2 ff) he analyses what he calls “mute law”, *i.e.* non-explicit informal norms (see also R. Sacco, ‘Mute Law’, 43 *American Journal of Comparative Law* 455 (1995)).

<sup>46</sup> One can quote here one of most “Mediterranean” writers of the 20th century, Albert Camus: “Nous luttons justement pour des nuances, mais des nuances qui ont l'importance de l'homme même. Nous luttons pour cette nuance qui sépare le sacrifice de la mystique, l'énergie de la violence, la force de la cruauté, pour cette plus faible nuance encore qui sépare le faux du vrai et l'homme que nous espérons des dieux lâches que vous révèrez” (*Lettre à un ami allemand*, 1943).



# CONSTITUCIONALISMO TECNOLÓGICO

*Tommaso Edoardo Frosini\**

## TABLA DE CONTENIDO:

I. EL DERECHO Y LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA; II. EL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XXI; III. LOS NUEVOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA ERA DE INTERNET: EL DERECHO DE ACCESO; IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN; V. EL DERECHO A LA *PRIVACY*; VI. EL DERECHO AL OLVIDO; LA DEMOCRACIA Y LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA; VII. INTERNET, LA LIBERTAD Y LA LEY; CONCLUSIONES

## I. EL DERECHO Y LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

Desde hace décadas el derecho ha entrado en la sociedad tecnológica<sup>47</sup>, con todos los temas y problemas derivados de la aplicación de las técnicas jurídicas —sustantivas y procesales— en el vasto mundo de la tecnología y sus derivados, en particular, la red *Internet*. Por lo tanto, se podría reformular el antiguo brocardo latín con *ubi societas tecnologica, ibi ius*.

Se asiste, tras la afirmación de la tecnología, a una nueva forma de ser del derecho y, en consecuencia, a un proceso de metamorfosis de la figura del jurista como humanista a la del jurista tecnológico (Frosini V., 1998: 293). Su tarea, ahora, es la de interpretar las transformaciones que se están verificando en la sociedad sobre la base del desarrollo de la tecnología y del impacto que está produciendo en el derecho, en los derechos.

En efecto, emergen de la conciencia social, y como resultado del desarrollo tecnológico, «nuevos derechos» que, si bien no gozan de un reconocimiento normativo explícito, tienen un fuerte y claro «tono constitucional», que los coloca implícitamente al interior de la Constitución, reservando al intérprete la tarea de extrapolarlos de ella; un ejercicio hermenéutico en virtud del cual los tradicionales derechos de libertad constitucional se aplican a los fenómenos de la tecnología informática, que es el tema que abordaré en el presente documento<sup>48</sup>.

Creo que las tecnologías han representado y continúan representando un desarrollo de las libertades; es más, las libertades han crecido notablemente y se han expandido hacia nuevas fronteras del actuar humano, precisamente gracias al progreso tecnológico (Frosini T.E., 2004: 129; 2019: 41). Ciertamente, las tecnologías no solo producen libertad, por decirlo de algún modo: la tecnología puede estar al servicio del hombre bueno o malo, del gobernante ilustrado o del déspota, en un Estado constitucional liberal, sin embargo, la dirección política debería estar siempre dirigida hacia intervenciones que den valor y hagan crecer las libertades del individuo, y el uso de las tecnologías no puede más que ser instrumental a este objetivo. Esta es la tarea, o más bien el desafío que enfrenta el constitucionalismo en el siglo XXI: hacer que las libertades del individuo coexistan con la tecnología en perfecta armonía<sup>49</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Público Comparado. Università degli Studi «Suor Orsola Benincasa», Nápoles.

<sup>47</sup> Un análisis exhaustivo de la función del derecho en la sociedad tecnológica puede realizarse en los estudios del precursor de la materia Frosini V. (1980; 1982); véase también Pérez Luño A.E. (2012).

<sup>48</sup> Permítanme aclarar lo que quiero decir con «tecnología»: la fecunda unión de ciencia y técnica, que se ha producido con el estímulo de la investigación científica hacia objetivos prácticos y con la revaloración de la técnica, unida y sometida a la investigación científica; por tanto, la tecnología es el producto de la ciencia que se ha hecho operativa.

<sup>49</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, mediante la sentencia STC 254/1993, evidencia las limitaciones de la arquitectura original del derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución, el cual ha sido concebido con características negativas tendientes a excluir o limitar las intromisiones ilegítimas en la esfera íntima de los individuos. En ella además se afirma, por primera vez, que el contenido negativo debe ser complementado con uno positivo, en forma de derecho a controlar el uso de los

## II. EL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XXI

El constitucionalismo no es doctrina, método, ni técnica del pasado o anclada en el pasado (Frosini T.E, 2011). Es más bien como un plebiscito que se renueva cada día, en cuanto desarrolla nuevas formas de apreciación y tutela de la libertad del individuo. El reto que en el siglo XXI tiene que enfrentar el constitucionalismo es —fundamentalmente— el de la tecnología, es decir, la forma en que debe darse fuerza y protección a los derechos de libertad del individuo, en un contexto social profundamente modificado por la innovación tecnológica y sus derivados en el ámbito jurídico.

También se ha hablado de un «[...] nuevo constitucionalismo, que lleva al primer plano la materialidad de las situaciones y de las necesidades, que identifica nuevas formas de relación entre las personas y las proyecta hacia una escala diferente a aquellas que hemos conocido hasta ahora» (Rodotà, 2012: 7).

Si bien el constitucionalismo no es sinónimo de constitución, en cuanto éstas pueden ser, como las hay, antitéticas a los principios del constitucionalismo, es necesario, en todo caso, plantearse un problema, que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿desde el punto de vista del derecho constitucional, las tecnologías determinan nuevas formas de derechos de libertad o, pueden ser incardinadas y, por tanto, reconocidas en el alvéolo de las libertades constitucionales tradicionales? En otras palabras, ¿es necesario reescribir nuevas normas constitucionales para definir las libertades que surgieron después del advenimiento de la tecnología, o pueden interpretarse las normas constitucionales vigentes deduciendo de ellas las nuevas figuras jurídicas de los nuevos derechos de libertad?

Ante tales interrogantes es necesario afirmar que todavía no puede considerarse completamente superado el ejercicio hermenéutico de querer aplicar las libertades constitucionales estatales a los fenómenos de la tecnología informática<sup>50</sup>. Por consiguiente, hoy en día aún conserva su validez releer la libertad de información —como derecho a estar informados, así como a informar—, la libertad de comunicación, la libertad de asociación, la libertad de reunión, la libertad de iniciativa económica privada y las libertades políticas, a la luz de los avances tecnológicos, con el fin de identificar las formas de tutela de las nuevas situaciones jurídicas subjetivas.

Así, se verifica la epifanía de una nueva forma de libertad, que si bien es fruto de una conceptualización doctrinaria, se ha establecido con el advenimiento de la sociedad tecnológica: se trata de la llamada «libertad informática», que, sobre todo con Internet, se ha convertido en una exigencia de libertad en sentido activo, no libertad *de*, sino de libertad *para*, que es aquella *para* valerse de los instrumentos informáticos a fin de proveer y obtener información de cualquier naturaleza<sup>51</sup>. Es el derecho de participación en la sociedad virtual, que ha sido generada con el advenimiento de las computadoras en la sociedad tecnológica: una sociedad de componentes móviles y relaciones dinámicas, en la que cada individuo participante es soberano en sus decisiones.

Esta nueva forma de libertad implica de un lado, la libertad de comunicarse con quien se quiere, difundiendo nuestras opiniones, pensamientos y materiales y, de otro, la libertad de recibir tales informaciones. Libertad de comunicar, por lo tanto, como libertad de transmitir y recibir. Ya no se trata solo del ejercicio de la libre manifestación del pensamiento del

---

datos que conciernen a la propia persona, insertos en ficheros automatizados, es decir, la llamada libertad informática. Tal instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor es calificado por el Tribunal como un derecho fundamental. La incipiente doctrina de la libertad informática se reitera en las sucesivas SSTC 143/1994, 11/1998, 94/1998 y 202/1999.

<sup>50</sup> Problema examinado con rasgos clarososcuros por P. Costanzo, *et al.* (2017: 3).

<sup>51</sup> La doctrina de la *libertad informática* fue elaborada por V. Frosini (1981: 37; 1992: 173); véase Rallo Lombarte A. (2017: 640)

individuo, sino más bien de la facultad que este tiene de constituir una relación, de transmitir y requerir informaciones, de poder disponer sin límites del nuevo poder de conocimiento conferido por la telemática<sup>52</sup>. De esta manera se pone plenamente en práctica el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que ha precisado de manera clara el alcance del derecho de libertad de manifestación del pensamiento, es decir, el derecho a: «investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Una formulación perfecta también, sobre todo, en la era de Internet.

Así, la libertad constitucional de manifestación del pensamiento consiste hoy en aquello que el artículo 19 citado anteriormente prevé y prescribe, incluso cuando la información que viaja *online* en Internet puede agitar a los gobiernos nacionales, perturbar las relaciones diplomáticas entre Estados y, especialmente, desvelar los *arcana imperii*. Podrá no gustar y, sobre todo, se podrá redimensionar su alcance y efecto y, aun, negar su validez jurídica, pero lo cierto es que, incluso a través de esta acción de *investigar, recibir y difundir* adquiere un papel central el derecho de saber y la libertad de informar, que representan además una nueva forma de ser de la separación de poderes, en una renovada concepción del constitucionalismo.

Una vez eran los gobernantes quienes controlaban a los ciudadanos mediante el análisis y supervisión de la información; ahora se ha vuelto más difícil inspeccionar lo que el ciudadano «lee-ve-siente» y «busca-recibe-difunde». Internet, está generando, pues, como se ha escrito, «una conciencia constitucionalista global, animada por los *media* internacionales y por los *social networks*, como estructuras críticas de una esfera pública supranacional, con efectos de «apertura» en contextos sociales bloqueados e incluso obrando como catalizador de revoluciones culturales y políticas» (Costanzo, 2012: 839).

¿Cuáles son los (nuevos) derechos que deben tomarse en serio en el constitucionalismo de la sociedad tecnológica? A continuación, trataré de hacer un listado con reflexiones sintéticas, en el ámbito de aplicación y tutela. El objetivo no es realizar una apología del constitucionalismo tecnológico, sino más bien repensar y reelaborar las categorías del constitucionalismo, para poner «vino nuevo en odres nuevas». Declinar el constitucionalismo a la luz de los cambios producidos por la irrupción de la tecnología en nuestras vidas y en nuestras comunidades, en lo que se ha definido como «la nueva civilización digital» (Ghidini, *et al.*, 2020).

### III. LOS NUEVOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA ERA DE INTERNET: EL DERECHO DE ACCESO

En el siglo XXI, destaca claramente el horizonte jurídico de Internet (Frosini V. 2000: 271), que es también el nuevo paradigma del *constitucionalismo contemporáneo*, como ha quedado claramente demostrado, en particular, por las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos, primero, y por el *Conseil Constitutionnel* francés, después, quienes reconocieron<sup>53</sup> y

<sup>52</sup> Es de suma importancia observar la sensibilidad demostrada por algunos Tribunales Constitucionales, como el español, frente a los riesgos y peligros que el progreso de la ciencia y tecnología podría generar. Desde la conocida sentencia STC 254/1993, el Tribunal se ha interrogado, en múltiples ocasiones, sobre cuál debería ser el contenido mínimo y la naturaleza de la libertad informática. Las sentencias SSTC 290/2000 y 292/2000 lo demuestran; en ellas el Tribunal, argumentando su decisión en los diferentes textos internacionales, afirma la existencia de un régimen jurídico para la tutela y el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales garantizando a la persona, «un poder de control y disposición sobre sus datos personales», específicamente en cuanto concierne la recogida de tales datos, la información sobre los motivos y fines de la recogida, el archivo, la rectificación, la cancelación y el consentimiento necesario para su uso y/o cesión.

<sup>53</sup> Véase, respecto a la jurisprudencia estadounidense: *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996]; con desarrollos en la sentencia de la Suprema Corte 521 US 844 (1997). Para la jurisprudencia francesa: *Conseil Constitutionnel* n. 2009-580 DC del 10 de junio de 2009.

afirmaron el derecho de acceso a Internet como declinación de la libertad de expresión. Es significativo que justamente en los dos países en donde surgió el constitucionalismo, si bien inicialmente partiendo por dos senderos opuestos, se registra un nuevo método interpretativo común de relectura y aplicación de dos normas antiguas —la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (1787) y el art. 11 de la Declaración de 1789— pensadas, escritas y aprobadas hace más de dos siglos para afirmar y tutelar la libertad de información: aquella de ayer, de hoy y mañana; un hecho que seguramente se tiene que resaltar.

En efecto, a partir de esas normas, de esos horizontes claros y límpidos del constitucionalismo que se abrían a la modernidad, hoy se busca y se encuentra el núcleo fundante constitucional para reconocer y garantizar las nuevas formas de comunicación electrónica, con particular referencia a Internet. Se está formando, a nivel jurisprudencial y gracias a un sensato trabajo de interpretación constitucional<sup>54</sup>, un *derecho constitucional de acceso a Internet*: porque en el contexto de una difusión generalizada de Internet, la libertad de comunicación y de expresión presupone necesariamente la libertad de acceder a esos servicios de comunicación en línea. Y es tarea de los Estados remover los obstáculos que impiden el ejercicio efectivo de este servicio universal a todos los ciudadanos, que en cambio debe ser garantizado a través de inversiones estatales, políticas sociales y educativas, así como de determinaciones del gasto público.

Por lo tanto, el derecho de acceso a Internet, entendido como libertad informática, debe ser considerado como una *pretensión subjetiva de prestaciones públicas* (Frosini T.E., 2019: 51). En efecto: siempre en mayor medida el acceso a Internet y el desarrollo de actividades en ella, constituye la manera en que el sujeto se relaciona con los poderes públicos y, en consecuencia, ejerce sus derechos de ciudadanía. Además, porque «el desarrollo de Internet y el aumento de la exigencia de transparencia [administrativa] representan, en las sociedades occidentales, dos fenómenos concomitantes» (Lepage, 2002: 61; Pulvirenti, 2013).

El derecho de acceso es prerrequisito para el ejercicio de otros derechos y libertades constitucionales: no solo la libertad de manifestación del pensamiento, sino también el derecho al pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, o bien la libertad de empresa. Hoy, en la sociedad de la información o, si se prefiere, en la era del acceso (Rifkin, 2000), no tener la posibilidad de acceder a Internet significa verse excluido del ejercicio de la mayor parte de los derechos de ciudadanía, especialmente en las relaciones con la administración pública.

El derecho de acceso se declina bajo dos perfiles diferentes pero relacionados: *a) el derecho de acceso al contenido*, y por lo tanto como instrumento necesario para la realización de la libertad de manifestación del pensamiento. Si esta libertad, digamos *en línea*, es ejercitable si —y en la medida en que— se accede a la red, el acceso no solo es un instrumento indispensable sino que se convierte en un momento indefectible del ejercicio de la libertad, sin el cual se desnaturalizaría, o cancelaría; *b) el segundo perfil*, en cambio, se refiere al *derecho de acceso a Internet como derecho social*, o más bien, como se anotó previamente, *una pretensión subjetiva de prestaciones públicas*, a la par de la educación, la salud y la seguridad social.

---

<sup>54</sup> En el ámbito de América Latina, se pueden observar tendencias similares: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica afirma, en la sentencia n. 12790- 2010 que «el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento básico para facilitar el ejercicio de derechos fundamentales como la participación democrática (democracia electrónica) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y pensamiento, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con los poderes públicos por medios electrónicos y la transparencia administrativa, entre otros. Incluso, se ha afirmado el carácter de derecho fundamental que reviste el acceso a estas tecnologías, concretamente, el derecho de acceso a la Internet o red de redes». Cfr. Corte Constitucional colombiana, sentencia T-030/20, del 29 de enero de 2020.

Una vez más: el derecho de acceso, como se ha sostenido, «[...] se presenta como síntesis entre una situación instrumental y la indicación de una serie abierta de poderes que la persona puede ejercer en la red» (Rodotà, 2012: 384; Frosini T.E. *et al.*, 2017: 41; Cotino Hueso L., 2020). Es decir, no tanto y no solo como un derecho a estar técnicamente conectado a la red Internet, sino más bien como una forma diferente de ser de la persona en el mundo, y como efecto de una nueva y diferente distribución del poder social. Ciertamente, bajo esta perspectiva, un acceso a una Internet abierta para acceder a todos los contenidos, aplicaciones y servicios, así como para utilizarlos, se vuelve necesaria: como ha argumentado el Tribunal de Justicia de la UE, con una reciente sentencia<sup>55</sup> respecto a peticiones de decisión prejudicial (causas reunidas), que tenían por objeto la interpretación del artículo 3 del Reglamento UE 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015.

#### IV. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

¿Cómo ha cambiado el significado y la importancia de la libertad de manifestación del pensamiento en la era de Internet? Ha cambiado de manera muy significativa, entre otras cosas porque ha permitido recuperar la noción de la manifestación del pensamiento como libertad individual, es decir, sin «filtros», sin mediaciones de ningún tipo, una *open network*. De hecho: basta crear un sitio Internet, o entrar en un sitio: sin vínculos administrativos y con una difusión planetaria, accesible a todos (a condición de disponer de un *computer* o de un *tablet* y de una conexión), inmediato en la ejecución, capaz de encerrar en sí audio, texto y vídeo, con un espacio de memoria ilimitado y con el uso (pleno y variado) de instrumentos automáticos, para encontrar aquello que se busca.

Así, con Internet, todos pueden hacer públicas ideas y opiniones a través de la creación y gestión de su propio *server*, o bien a través de la apertura de su propio sitio *web*. De esta manera, cualquiera puede ser impresor, director y editor de sí mismo, difundiendo noticias en la red sin pertenecer a algún colegio profesional. Toda una acción individual, en suma; un uso concreto y efectivo por parte de millones de personas. Entonces, para decirlo con palabras de la jurisprudencia estadounidense: es «[...] *Internet*, la forma de comunicación masiva más participativa que se ha realizado hasta ahora». Por ello —gracias a Internet—, hoy todos pueden ser al mismo tiempo comunicadores y difusores. Y esto será así siempre en mayor medida a partir de la próxima generación, que está creciendo y formándose alimentada por *Facebook*, *Twitter*, *YouTube*, *web communities*, *sms*, *skype*, *blogs* y sus continuas evoluciones. Todo esto determinará una concepción absolutamente nueva y diferente de la identidad, que se articulará en forma mutable según los lugares, contextos, interlocutores, y las elecciones identitarias que se tomen.

La identidad digital, por lo tanto, se articula sobre la base de un flujo continuo de información, que va en las más variadas direcciones y se confía a una multiplicidad de sujetos, que construye, modifica y hace circular imágenes de las identidades de otros, o incluso genera una segunda vida en la red, una *Second Life* virtual (Bassoli, 2009: 165). En suma, una situación de progreso seguro en términos de libertad individual, pero también de iniciativa económica privada. Se ha dicho ingeniosamente que:

[...] solo quien se ha quedado en la prehistoria del derecho y todavía vaga armado con un garrote tratando de inventar la rueda, no se da cuenta del paso de época que ha tenido lugar en las sociedades que evolucionaron en estos años: la posibilidad de tener acceso siempre, en cualquier lugar, a todo el conocimiento contenido en los textos digitales; la posibilidad de comunicar siempre, en todas partes y con todos, a un costo mínimo; la

<sup>55</sup> TJUE, 15.09.2020, C807/18 e 39/19, *Telenor Magyarország Zrt c. Nemzeti Média-és Hírközlési Hatóság Elnöke*

posibilidad de difundir siempre y por doquier el pensamiento propio al mundo entero. Solamente los cavernícolas no se dan cuenta del circuito incesante entre el acceso a las fuentes de conocimiento, la creación de formas de intercambio de experiencias, la difusión de nuevas ideas y la creación de nuevos conocimientos (Zeno-Zencovich, 2010: 71).

#### V. EL DERECHO A LA *PRIVACY*

Otro derecho que debe tomarse en serio, en el constitucionalismo de la sociedad tecnológica, es el de la *privacy*. Un derecho que nace como una nueva exigencia de libertad personal. Es bien conocido, pero vale la pena recordar el origen del *right to privacy*, que se teorizó por primera vez en un artículo así titulado, escrito por dos juristas estadounidenses: Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, y publicado en la *Harvard Law Review* en 1891. En él se teorizaba el «derecho a ser dejados solos (*right to be alone*)»: un derecho individual de libertad que debe ejercerse y tutelarse especialmente contra la intrusión — en ese entonces— de la prensa cuando reportara al público hechos o elementos estrechamente personales, cuyo conocimiento implicara descrédito y vergüenza en la persona interesada.

El «Derecho a ser dejados solos», se consideraba violado por la prensa de la época al dar noticia, con gran detalle, de las suntuosas fiestas que se llevaban a cabo en la villa bostoniana de Warren. No se pedía, sin embargo, exaltar la defensa de la soledad física, sino reconducir la *privacy* a la tutela de los valores de autonomía y dignidad del individuo, lo que también incluía la protección de su círculo familiar e incluso del círculo social en el que él había elegido colocarse.

El concepto de la *privacy* ha ido evolucionando con el tiempo, ya no tanto como un «derecho a ser dejados solos», y por lo tanto una forma pasiva de tutela, sino más bien como un «derecho a disponer de los datos propios», asumiendo así una forma activa de participación informativa<sup>56</sup>.

De hecho, sobre todo con la llegada de las computadoras primero y de Internet después, la problemática no se refiere tanto al control de las informaciones individuales en defensa de un derecho del sujeto a la *privacidad*, sino más bien al método adoptado para la recolección de los datos, es decir, la posibilidad de recoger información en una «base de datos» electrónica. De ahí la nueva necesidad de proteger la privacidad de los datos personales, es decir, de impedir que noticias relativas a la esfera íntima de la persona puedan ser divulgadas y conocidas por terceros, con el riesgo de que ello pueda dar lugar a formas de discriminación. Piénsese en los datos sanitarios o sexuales y, por consiguiente, en la posibilidad de que el conocimiento de estos conduzca o permita un trato discriminatorio contra quienes padecen una determinada enfermedad o tienen preferencias sexuales diversificadas.

El derecho a la *privacy* tiene hoy una conformación particular, precisamente con referencia a las exigencias de tutela que pueden producirse a través de Internet. Intento dar ejemplos sobre *provider* o motores de búsqueda conocidos por todos nosotros: *Amazon* monitorea nuestras preferencias de compra; *Google* registra nuestros hábitos en línea; *Facebook* conoce nuestras relaciones sociales y lo que *I like*; los operadores de telefonía móvil saben no solo con quién hablamos, sino también quién se encuentra en las cercanías. Dejamos huellas electrónicas por todas partes: de hecho, a partir de ellas, se puede saber qué hemos comprado, en qué localidad estuvimos, dónde y qué comimos, y así sucesivamente.

Sobre el derecho a la *privacy*, entonces, hay un antes y un después. La frontera está demarcada por el advenimiento de Internet, que se remonta al siglo XXI<sup>57</sup>. Al respecto es menester recordar que una cosa es el conjunto de datos personales recogidos y custodiados en bases

---

<sup>56</sup> Sobre el tema del derecho a la *privacy*, con referencia a las problemáticas presentes y futuras, véase Faro *et al.*, (2020: 25)

<sup>57</sup> Entre los primeros en plantear la cuestión jurídica de *Internet*, véase P. Costanzo (2000).

de datos específicas de las que, sin embargo, hay al menos formalmente una persona responsable de su gestión, aunque el problema sea el flujo de datos de un banco a otro, y otra cosa es Internet, en donde se presenta una gran capacidad para difundir, de forma inmediata y en todo el mundo, datos relativos a una sola persona o a empresas públicas y privadas. Es evidente que Internet permite un flujo incalculable de datos cuyo control parece difícil de regular.

La cuestión se ha vuelto hoy aún más compleja con los llamados *big data*<sup>58</sup>: se trata de una enorme acumulación de datos nunca antes vista, tales como para inundar el mundo entero de información, con un crecimiento continuo e irrefrenable. El cambio de dimensión ha producido un cambio de estado; el cambio cuantitativo ha producido un cambio cualitativo. Fueron la astronomía y la genómica, las primeras en experimentar la explosión de datos y quienes acuñaron la expresión «big data». El concepto ahora se está expandiendo a todas las áreas de la vida humana y, por tanto, designa cosas que se pueden hacer sólo a gran escala, para extrapolar nuevas indicaciones o crear nuevas formas de valor, con modalidades que van a modificar los mercados, las organizaciones, las relaciones entre ciudadanos y gobierno, entre otros.

Doy un ejemplo refiriéndome a Internet: *Google* procesa más de 24 *petabytes* de datos al día, un volumen equivalente a mil veces la cantidad de todo el material impreso que contiene la biblioteca del Congreso de Estados Unidos. En *Facebook*, una compañía que hasta hace unos quince años ni siquiera existía, se suben más de diez millones de fotografías nuevas cada hora. Los suscriptores de *Facebook* hacen clic en el botón *I like* o dejan un comentario casi tres mil millones de veces al día, creando un rastro digital que la compañía puede analizar para individuar las preferencias de los usuarios. Este es el punto: la posibilidad de que las grandes empresas de Internet elaboren una identidad digital de los usuarios para ser utilizada con fines comerciales o políticos.

Es bien conocido el reciente caso que involucró a *Facebook* por haber cedido a una sociedad de investigación, *Cambridge Analytica*, los datos de sus usuarios para consentir un tratamiento dirigido a identificar categorías de electores. Esto dependería de los *I like* que damos en las redes sociales, como por ejemplo *Facebook* o *Twitter*. Todo ello, en cuanto cada *like* que dejemos en *las redes sociales* representaría, en efecto, una pieza de una especie de censo voluntario de masas, que terminaría por ofrecer oportunidades y poderes a quien quiere orientar las opiniones públicas.

Estudios conducidos por psicólogos, además, sostienen que bastan sesenta y ocho *I like* de un usuario de *Facebook* para identificar el color de su piel (con una precisión del 95%), la orientación sexual (88%) y su orientación política (85%). De esta forma, las opiniones políticas son conocidas por *Facebook* y, por tanto, el voto pierde su carácter de secreto. Es evidente que este aspecto vulnera o lesiona un derecho constitucional como el derecho al voto. De igual manera, afecta a la intimidad del ciudadano cuando se identifica su orientación política, lo cual es un dato sensible que debería estar tutelado con el más alto nivel<sup>59</sup>. Es una nueva forma de poder, aquel de los *provider*, de complacer los gustos de cada individuo con base en lo que saben de nosotros.

Además, y siempre respecto el tema del derecho a la *privacy* e Internet, piénsese en los recientes escándalos internacionales, que se han suscitado con relación a la capacidad de un Estado de gestionar los datos personales de miles de personas influyentes, que pertenecen y representan a las instituciones europeas. O bien la indisponibilidad personal de los datos que viajan en el *cloud computing*, donde todo nuestro patrimonio informativo termina por sustraerse a nuestra indisponibilidad y residir en *server* ubicados fuera de nuestro control directo y, por tanto, potencialmente expuestos a violar nuestra *privacy*.

---

<sup>58</sup> Los estudios más recientes en doctrina han sido elaborados por V. Zeno-Zencovich (2020) y A. Stazi (2020).

<sup>59</sup> Sobre este tema, véase T.E. Frosini (2018) y T.E. Frosini (2019).

El problema, por otra parte, no solo se refiere a los datos personales, sino sobre todo a las grandes bases de datos de operadores telefónicos, empresas, institutos de crédito y ahorro, que tienen un indudable valor estratégico.

## VI. EL DERECHO AL OLVIDO

El constitucionalismo en la sociedad tecnológica también debe enfrentar otra situación jurídica que se manifiesta en *Internet*: el *derecho al olvido* (*right to be forgotten*). Este debe ser entendido como reviviscencia del viejo derecho a ser dejado solo (*right to be alone*), es decir, como la «pretensión de volver a apropiarse de la historia personal» (Chiola, 2010: 39) y, por lo tanto, una especie de derecho a la autodeterminación informativa, o como medio para reconstruir la dimensión social del individuo, evitando que la vida pasada pueda constituir un obstáculo para la vida presente<sup>60</sup>; y así salvaguardar el derecho del sujeto al reconocimiento y goce de su actual identidad personal o moral, a través del derecho de prohibir una distorsión de la imagen social de un sujeto, o bien de la personalidad individual, para evitar que se difunda *false light in the public eye*. Es, entonces, el derecho a gobernar la propia memoria.

Derecho al olvido y derecho a la *privacy* bien pueden representar dos caras de una misma medalla, que ahondan en la dignidad de la persona su relevancia constitucional. El derecho al olvido, generado por la jurisprudencia y consolidado por la legislación, ha tenido que enfrentarse a *Internet*, la «red de redes», donde todo lo que se inserta en la *web* permanece como una memoria ilimitada y sin tiempo, es decir, un depósito de datos de dimensiones globales<sup>61</sup>.

Ciertamente, la noticia publicada en la *web* no dura de la misma forma que las noticias en papel impreso, como la rosa de Ronsard, el *espace d'un matin*, sino que adquieren una forma duradera e imborrable; todos pueden leerlas y releerlas, en cualquier parte del mundo en que se encuentren, y pueden utilizarlas como fuente de información. Pero la noticia no es un dato abstracto a la merced de todos, porque concierne a la persona y a su imagen en un momento histórico determinado; los datos personales, vale la pena recordarlo, constituyen una parte de la expresión de la personalidad del individuo. Como recientemente ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la llamada decisión *Google Spain* (2014) y luego reiterado y confirmado en la sentencia sobre el caso *Safe Harbor*, o, diversamente, el llamado caso *Schrems 1* (2015) y *Schrems 2* (2020)<sup>62</sup>. Se trata, palmariamente, de decisiones jurisdiccionales que no se limitan únicamente a afirmar el derecho al olvido sino también, entre otras cuestiones, el derecho a la *privacy* que se debe aplicar de conformidad con el derecho europeo, también en lo que respecta al mercado transnacional de datos, especialmente con los Estados Unidos<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Para más detalles, puede consultarse T.E. Frosini (2018: 497).

<sup>61</sup> Sobre este particular, la sentencia STC 58/2018, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional español, ha considerado el derecho al olvido bajo dos puntos de vista: el primero, como una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática y, el segundo, como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo. La reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª, del Tribunal Supremo español, del cuatro de diciembre de 2020 (Recurso nº 429/2019), confirma la doctrina del derecho fundamental y autónomo de la protección de datos personales, manifestando, además, que el derecho fundamental a la protección de datos atribuye a su titular un «haz de facultades» o poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, entre ellos: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y el derecho a acceder, rectificar y cancelar los mismos (fund. de der. cuarto).

<sup>62</sup> TJUE, 6.10.2015, C362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner* y TJUE, 16.7.2020, C311/18, *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland Ltd e Maximillian Schrems*

<sup>63</sup> Sobre las sentencias del Tribunal de la Unión Europea, ver los números monográficos de *Dir. Inf.* No 4/5, 2014 (sobre el caso de *Google España*) y *Dir. Inf.* n. 4/5, 2015 (sobre el caso *Safe Harbour*), ambos albergan una

Asimismo, es —sin lugar a dudas— pertinente mencionar, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-507/17), conocida como *Google vs. Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), en la que, siempre en materia de derecho al olvido, se puede detectar una especie de retroceso en la tutela del mismo y un paso adelante para el motor de búsqueda *Google*. En efecto, el derecho al olvido se ve delimitado territorialmente al circunscribir la obligación de desindexación solamente a las versiones del motor de búsqueda correspondientes a los Estados miembros de la Unión Europea, sin que la desindexación se produzca en todas las versiones del motor de búsqueda a nivel mundial<sup>64</sup>.

Ahora bien, la más reciente, por el momento, es la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con *Facebook* (C-18/18), relativa a la publicación, en una página personal, de fotos y comentarios que se consideraban lesivos del derecho de la personalidad, la cual merece por lo menos ser mencionada aquí, entre otras cosas porque presenta aspectos de significativa relevancia en ámbito de privacidad y derecho al olvido<sup>65</sup>.

Por último, realizo una referencia a la codificación del derecho al olvido en el Reglamento europeo n. 2016/679, de 27 de abril de 2016 (*General Data Protection Regulation: GDPR*)<sup>66</sup>. El art. 17 prevé la posibilidad de solicitar la cancelación de datos, ejerciendo así el derecho al olvido, en los casos en que los datos personales ya no sean necesarios respecto a la finalidad por la cual se trataron originalmente, o cuando se hayan tratado ilícitamente, o cuando el interesado haya revocado su consentimiento o se haya opuesto a su tratamiento. De igual modo, existe la hipótesis por la cual la cancelación de datos constituya una obligación jurídica que proviene del derecho de la Unión Europea o bien de los Estados miembros.

Se prevén casos en los que el titular del tratamiento de datos puede oponerse a la cancelación, como en el caso del respeto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información<sup>67</sup>. Ciertamente, la reglamentación europea es una significativa reafirmación del derecho al olvido, que de ser una creación jurisprudencial transmuta a la codificación normativa. Es casi una especie de pasaje del *common law* al *civil law*. Demostrándose, una vez más, cómo el ordenamiento de la UE se desarrolla en torno al uso combinado de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales.

Una breve reflexión conclusiva sobre el derecho al olvido, más allá de las oscilantes decisiones jurisprudenciales y de la normativización que todavía hay que «testar» en el punto de efectividad, es que debe permitirse a la persona, con el fin de tutelar su identidad, ejercer su derecho de libertad informática, que consiste en poder disponer de los datos propios, es decir, de las noticias que le conciernen, y por ende, solicitar y obtener tanto el derecho al olvido respecto a lo que ya no forma parte de su identidad personal, como el derecho a la *contextualización* del dato, y por lo tanto de la noticia, toda vez que, una verdad desactualizada no es una verdad.

Así pues, es entre los principios fundamentales que se debe buscar el punto arquimédico del derecho al olvido y sus derivados: en particular, en la fórmula constitucional innegociable de la dignidad humana, codificada y hecha intangible por las constituciones de democracia liberal (por ejemplo, en la Ley Fundamental alemana, art. 1). En efecto, el principio fundamental de la dignidad constituye el cimiento constitucional de todos los derechos estrechamente conectados con el desarrollo de la persona: las particulares declinaciones de la personalidad humana, si bien son autónomamente justiciables, pueden reconducirse a la más general expresión de la dignidad humana.

---

colección de contribuciones que analizan las diferentes problemáticas que se derivan de los pronunciamientos jurisprudenciales. Con referencia a la primera sentencia, véase Rallo (2014).

<sup>64</sup> Sobre la cuestión de la llamada territorialidad del derecho al olvido, consúltese Bevilacqua (2019).

<sup>65</sup> Respecto a la sentencia *Facebook*, así como a la anterior, véase el trabajo realizado por Pollicino (2019).

<sup>66</sup> Sobre este tema, véase Rallo Lombarte A. (2019)

<sup>67</sup> Para un primer análisis, consúltese Zanini (2018).

No puede existir, por consiguiente, tutela de la identidad personal sin tutela de la dignidad, lo que se traduce en el derecho del individuo a ver, en todo caso, respetada su reputación, su buen nombre, y a no ser discriminado a causa de sus orientaciones y de sus estilos de vida. Es en la *privacy-dignity* que adquiere relevancia el respeto a la identidad de toda persona, que no puede y no debe ser tratada como si fuese un objeto.

La tutela de la dignidad del hombre pasa (también) a través del derecho al olvido, es decir el derecho a cancelar o bien a contextualizar, los datos personales para prohibir, como ya se ha dicho, la distorsión de la imagen social de un sujeto, para evitar que la vida pasada pueda constituir un obstáculo para la vida presente y pueda lesionar la propia dignidad humana (Frosini T.E., 2019: 103).

Es necesario realizar un rápido apunte de lo que podríamos llamar «el reverso de la medalla del olvido», esto es, el derecho a ser recordado, o bien, a no ser olvidado. Me refiero al problema de la llamada «herencia *digital*» (*digital inheritance*), es decir, el destino de los datos poseídos y memorizados en soportes físicos y *online*<sup>68</sup>. Así, por una parte, memorias *usb*, *tablet*, *smartphone*, discos, *notebook*; por otra, documentos, vídeo, foto, *blog*, *email*, *tweet*, diversas *social network*, cuentas corrientes, que las grandes empresas de la red gestionan para un número verdaderamente incalculable de usuarios.

El interrogante que surge es: ¿toda esta identidad digital es hereditaria? En otras palabras, ¿nuestra vida digital puede y debe tener un futuro después de nosotros? El tema es seguramente relevante y no puede abordarse aquí, me limito solamente a evidenciar que no existen todavía reglas que desarrollen y vigilen la cuestión de la «herencia digital»: incluso en los Estados Unidos, solo unos pocos Estados han estipulado una primera reglamentación, aunque no muy clara. Por ejemplo, podría no bastar la exhibición del certificado de defunción del familiar a los grandes *provider* de la *web* para tener acceso a las informaciones.

Una solución, todavía por estudiar, es aquella del «mandato *post mortem*»: confiando claves de acceso e instrucciones claras al fiduciario, posiblemente por escrito, sobre qué hacer en caso de deceso: destruir los datos en todo o en parte, o entregarlos a sujetos elegidos previamente. En suma, el problema es complejo y merece ser estudiado y analizado en el ámbito del derecho. Ciertamente, se trata de un desarrollo ulterior del derecho de libertad informática, que es el de valerse de los instrumentos informáticos para suministrar y obtener informaciones de cualquier género. Es el derecho de participación en la sociedad virtual: para olvidar, contextualizar o recordar.

## VII. LA DEMOCRACIA Y LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA

La compleja y complicada relación entre Internet, es decir, lo que se manifiesta a través de la red —en particular en las llamadas *redes sociales*— y la democracia, o bien, la forma y el método con el cual se organiza la sociedad contemporánea, es ya tema que suscita gran atención y reflexión por parte de los estudiosos de las ciencias sociales. Se encuentran divididos entre los que sostienen cómo y por qué Internet puede fortalecer la democracia y, los opositores, que ven a Internet como una amenaza a la estabilidad democrática de los Estados (Coleman, 2017). Por lo demás, ha habido incluso quien ha imputado a Internet, la responsabilidad de desestabilizar el sistema representativo y de promover el advenimiento del populismo (digital)<sup>69</sup>.

Nos guste o no, estamos en presencia de una nueva forma de democracia, que ya ha recibido varias denominaciones: democracia «electrónica» (pero este término define el instrumento y no el agente); «virtual» (pero de esta manera, la indicación en política resulta debilitada);

---

<sup>68</sup> El tema y sus aspectos críticos son tratados por Resta (2014: 891) y Ziccardi (2017).

<sup>69</sup> Recientemente Barberis (2020: 37) afirma, entre otras cosas que «[...] *internet* multiplica los prejuicios hasta el punto del paroxismo, pero la revolución digital es la causa principal, aunque no la única, del populismo actual».

«continua» (por su carácter de *referendum* perenne); o bien, «nueva democracia de masas» (con referencia a la antigua democracia directa)<sup>70</sup>.

La cuestión de fondo puede formularse en los siguientes términos: ¿el impacto político de las tecnologías informáticas sobre los frágiles sistemas complejos que son las democracias contemporáneas, favorecería la construcción de un *ágora* o de un totalitarismo electrónico? La dialéctica de los juicios sobre la nueva forma de democracia está, sin embargo, fundada en una premisa común de discusión: la superación, o más bien, la actualización de la vigente democracia representativo-parlamentaria (Budge, 1996).

Personalmente, creo que Internet representa una oportunidad que puede aprovecharse para mejorar las formas de la democracia, especialmente en términos de participación política (Frosini T.E., 2018). Desde luego, no creo que este enfoque deba pasar a través de modos de exaltación acríticos y, por tanto, ignorar algunas dudas sobre la aplicación de Internet respecto a algunos procedimientos relacionados con el funcionamiento de la democracia.

Al respecto, se pueden utilizar *cursos* y *recursos* históricos. Ayer era el video poder el que amenazaba de minar los cimientos de la democracia, según una opinión muy difusa en aquel entonces, hoy las mismas críticas y reservas se dirigen al llamado *Internet power*. Por ello, creo que incluso el temor de una posible «dictadura de la *web*» es excesivo, y se reduce, como en el caso de la televisión, en un miedo poco fundado. Y que, cuando más, la política o de manera más general, las formas en que se aplican los procedimientos democráticos, podrían en cambio salir reforzadas, revitalizadas, relanzadas.

La revolución tecnológica ha operado de manera incisiva en la organización política de la sociedad occidental, y lo hará aún más en los años por venir. Ha creado las condiciones para la formación de una nueva democracia de masas, como claramente fue definida (Frosini V., 2010), distinta y distante de los regímenes de masas de la primera mitad del siglo XX, en la que el individuo permanecía en una sujeción psicológica, receptiva y pasiva con una total obnubilación de las libertades personales. Esas mismas libertades que, en cambio, se exaltan y valorizan en la nueva democracia de masas. Que

[...] no es, sin embargo, un destino fatal e irreversible de la sociedad actual. Esta es sólo una directriz de marcha de la humanidad, marcada por la huella de la civilización tecnológica que le imprime el procedimiento. [...] En ella se realiza con aparente paradoja, una nueva forma de libertad individual, un acrecimiento de la sociabilidad humana que se ha extendido en el amplio horizonte del nuevo circuito de las informaciones, una potenciación, por lo tanto, de la energía intelectual y operativa del individuo que vive en la comunidad (Frosini V., 2010: 34).

Por medio de la tecnología mutan, siempre en mayor medida, las estructuras institucionales conocidas y se evidencia cómo el proceso democrático está profundamente influenciado por el modo en que circulan las informaciones, en donde la disponibilidad de éstas por parte de todos los ciudadanos se presenta como un prerrequisito de tal proceso.

Es precisamente este el *quid* de la cuestión, en mi concepto: la libre circulación de las informaciones puede producir la formación de una conciencia civil y política, más percibida aún con un reclamo que ya no sea episódico a los intereses y a la capacidad de juicio de cada ciudadano, el cual se convertiría, sobre todo, en participante de un circuito comunitario de informaciones y de responsabilidad.

La democracia, y su forma, se prospecta en una forma diferente a la de los siglos precedentes: mutan los significados de representación y de soberanía, avanza una nueva democracia de masas que rompe los círculos cerrados de las *élites* en el poder, obligando, por así decirlo, a

---

<sup>70</sup> Las diferentes definiciones citadas en el texto pueden verse en Frosini V. (1997), (2010).

los representantes de la voluntad popular a tomarse la plaza telemática y a confrontarse directamente con los representados, en las nuevas formas asumidas por la tecnopolítica<sup>71</sup>.

De esta manera, se inicia un proceso de «horizontalización de la política» y, por lo tanto, no una mera subordinación a las decisiones impuestas desde arriba, por así decirlo, sino una forma de concurrir —horizontalmente— a las determinaciones en interés de la nación y del bien común (*common good*), cual principio de libertad.

Hoy en día, aunque con cierta incertidumbre, estamos siendo testigos de las transformaciones de la llamada democracia electoral —aquella fundada en el mecanismo del voto— a raíz del desarrollo tecnológico de las sociedades contemporáneas. Por ahora, las transformaciones se circunscriben esencialmente a las técnicas de votación, es decir, a cómo votar. La papeleta o boleta electoral de votación de papel sobre la cual se señala la propia preferencia política está próxima a ser dejada de lado.

Se encuentra ya en fase de utilización, en diferentes partes del mundo<sup>72</sup>, el llamado voto electrónico, que prevé la emisión del voto a través de computadoras. En lugar de poner una marca, con un bolígrafo o lápiz especial, sobre la papeleta de votación, se puede pulsar la tecla de una computadora en cuyo vídeo se reproduciría la papeleta de votación electrónica, y así expresar el propio voto y la preferencia política. Esta técnica de votación — que es simple de utilizar en el caso de la votación para un *referéndum*, teniendo que elegir entre un *sí* o un *no*— permitiría disponer de los resultados electorales en un brevísimo tiempo una vez que se hayan cerrado las votaciones, evitando los agotadores cálculos y escrutinios que, por otro lado, siempre están sujetos al riesgo de fraudes electorales.

La votación *online* podría también ser utilizada, con simplificación y racionalización, para las primarias con las que se seleccionan a los candidatos a cargos de elección popular. En lugar de mesas dispersas por todo el territorio para la emisión del voto, con riesgos cada vez más difundidos de fraudes o líos en el cómputo final, bastaría una organización en la *web*, donde pudieran convocarse los electores a expresar su preferencia por las diferentes candidaturas, emitir el voto y seguidamente recoger y contar *online* dichas preferencias.

Pero los escenarios futuros de la democracia electoral no se detienen con el voto electrónico. De hecho, también se podría prever la posibilidad de votar a través de la propia computadora de casa (*home computer*), o incluso a través del televisor con la ayuda del control remoto. Ciertamente, esta técnica de votación *casera* si bien por un lado podría reducir el abstencionismo (así como los gastos electorales), por otro lado, impondría la fijación de toda una serie de garantías (incluso de carácter técnico) para proteger la libertad de voto. Que también —y quizá, sobre todo en la época de la política «tecnologizada» y «globalizada»— sigue siendo siempre un valor constitucional que se debe custodiar celosamente<sup>73</sup>.

Sin embargo, frente al futuro debemos ser optimistas y concurrir a un renovado progreso de la civilización. Entonces, sea bienvenida la nueva democracia tecnológica del siglo XXI, que se funda en la libre iniciativa individual, en la responsabilidad del ciudadano como persona y en su facultad de elección y de decisión.

El voto individual se protege y potencia en su disposición telemática, ya que elimina las manipulaciones, los errores y los fraudes que pueden presentarse en los sistemas en papel, permitiendo una posibilidad de elección con el voto *panachage*, o voto alternativo, o de reserva, que puede ser controlado y calculado con la ayuda de la computadora. Se trata de una democracia —no delegante sino participativa—, que manifiesta una nueva forma de libertad marcada por la participación del ciudadano en la vida de la colectividad como forma

---

<sup>71</sup> Sobre la cuestión, véase Rodotà (1997). Por otro lado, consúltense los Actos del congreso organizado por el Garante para la protección de datos personales en Italia, en donde Rodotà (1998: 12), haciendo referencia a Internet, la define como «[...] una forma que la democracia puede asumir, y una oportunidad para reforzar la declinante participación política. Es un modo para modificar los procesos de decisión democrática».

<sup>72</sup> Para un análisis exhaustivo sobre la difusión del *voto* electrónico en el mundo, véase Trucco *et al.*, (2017: 427).

<sup>73</sup> Entre los estudios relativos a este argumento, consúltense Marchese (2019).

de participación en el poder político. Nace así una «[...] República libre de la información automatizada [que] equivale, por su funcionalidad de comunicación y por tanto también de sugerencias, revelaciones, acuerdos y delegaciones, a una nueva forma democrática de sociedad que instaura las condiciones técnicas para la puesta en práctica de un régimen político de la democracia de masa» (Frosini V., 2010: 33).

#### VIII. INTERNET, LA LIBERTAD Y LA LEY

Se ha desarrollado, *around the World*, todo un activismo parlamentario encaminado a reglamentar Internet, esto es, a codificar una *Internet Bill of Rights*. Ha comenzado Brasil con la Ley n. 12.965 del 23 de abril de 2014, llamada *Marco Civil*, con el objetivo de garantizar la neutralidad de la web «[...] que es fundamental para mantener la naturaleza libre y abierta de Internet», como tuvo la oportunidad de expresarlo la ex Presidenta Dilma Rousseff. Una ley de 32 artículos con una densa lista de «principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil» y con muchas *perlas*, una de las cuales es lo establecido en el art. 6, que señala: «Al interpretar la presente Ley se considerarán, además de sus fundamentos, principios y objetivos contemplados, la naturaleza de Internet, sus particulares usos y costumbres y su importancia para la promoción del desarrollo humano, económico, social y cultural». Un buen rompecabezas para el intérprete (y para el control de constitucionalidad). Evidentemente tomado por la furia del método comparativo por *analogía*, también el Parlamento italiano, o más bien la Cámara de Diputados y su ex Presidente, quiso intentar emular al legislador brasileño. Una comisión mixta (parlamentarios y no) redactó la Declaración de derechos en Internet, de cuya fuerza jurídica es lícito dudar.

Por caridad, muchos bellos principios declinados en 14 puntos, y un «Preámbulo» con bellas intenciones que se cierra con la afirmación perentoria: «Una Declaración de derechos en Internet es un instrumento indispensable para dar fundamento constitucional a principios y derechos en la dimensión supranacional». Surge una duda, que germina a partir de la doctrina del liberalismo: ¿es de verdad oportuno que el Estado legisle con la presunción de querer reglamentar el espacio abierto y libre de Internet?, ¿incluso fijando derechos y garantías, que de cualquier manera ya existen, o bien pueden deducirse hermenéuticamente de la Constitución o los Tratados europeos? Internet, es decir, el *cyberspace*, debe valorarse como un ordenamiento jurídico autónomo: «[...] *cyberspace is a distinct place for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between cyberspace and the real world*». Además, el ciberespacio se convierte en «[...] *an important forum for the development of new connections between individuals and mechanism of self-governance*»; por tanto es un derecho espontáneo. Un derecho similar al de la *lex mercatoria*, con la cual se regulaban las relaciones comerciales en el medievo. Una *lex informática*, por tanto, que puede hacer uso de una *co-regulation*, en la cual las pocas leyes esenciales estatales y europeas se integrarían con una política de *self-regulation* por parte de los usuarios de Internet. Una especie de aplicación del principio de subsidiariedad, en la que la *co-regulation* del Estado puede dar auxilio a la *self-regulation* de los usuarios, cuando éstos la evocan, o bien, cuando la necesitan.

En todo caso, si debiera redactarse una ley, sería aquella que garantizara el *wi-fi* disponible y gratuito para todos, en modo tal que se permita el derecho de acceso a Internet, precondition para el ejercicio de la ciudadanía digital.

Por último, es necesario referirse a un debate que ha cobrado vida en la prensa internacional, vale a decir, aquel relacionado con la posibilidad de adoptar una *Carta Magna* para la era digital: una especie de Código único sobre la inteligencia artificial, que regule la *privacy*, la equidad y el bien común. La idea es reunir a los *leader* políticos en una cumbre mundial, con la finalidad de elaborar un marco común para el desarrollo ético de la inteligencia artificial en todo el mundo y para regular el poder de los gigantes de la *web*. Tal propuesta me parece demasiado ambiciosa y difícil de realizar. Continuo a creer que Internet tenga que

desarrollarse como un derecho espontáneo. Se ha escrito que «*Internet* es el más grande experimento de anarquía de la historia» (Schmidt y Cohen, 2013) y por lo tanto, un desorden ordenado. Que no parezca un oxímoron; la *self-regulation* actúa precisamente en función de un ordenamiento en el desorden de la red, donde cada usuario está en condiciones de poder regular sus situaciones de acuerdo con las exigencias y peculiaridades.

Cierto, estamos en los inicios; y por lo tanto la estructura jurídica de Internet presenta dificultades, incluso en su elaboración teórica. Porque todavía estamos privados no tanto y no solo de certezas, admitiendo que puedan existir, sino de trayectorias seguras dentro de las cuales esbozar un sistema jurídico. Se procede por intuiciones, excavando en la interpretación de los conceptos jurídicos e intentando de esta forma atribuir nuevas lecturas, nuevos modelos. Como escribiría ya en aquella época, Tullio Ascarelli (1952: 344): «[...] en la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas sobre todo nuevas ideas más que sutiles interpretaciones». *Legal problem solving*: la misión del jurista, ya sea productor de leyes o aplicador/intérprete de ellas o bien exégeta de las normas, es resolver problemas.

Y, en efecto, uno de los nuevos problemas en torno al cual el jurista se ha cuestionado en los últimos años, es el de la tecnología y su recaída en el punto del derecho, en el escenario de un nuevo liberalismo jurídico y por tanto de un renovado constitucionalismo.

Vale la pena dar cuenta, aunque sea fugazmente, de la hipótesis en la que la Unión Europea está trabajando con el objetivo de poner en marcha una disposición normativa (directiva o reglamento) que debería ser aprobada dentro del año 2021. Se trata del *Digital Service Act* (DSA), que entraría a establecer normas destinadas a modernizar el actual marco jurídico en el que se prestan los servicios digitales en la UE. Reglas que irían a incidir en las grandes plataformas online que hoy en día actúan como *Gatekeepers*. El objetivo es mejorar el funcionamiento del mercado único, protegiendo a los consumidores que deberán confiar en los proveedores de servicios online, así como adaptar las normas de derecho comercial y civil para los sujetos comerciales que operan en línea, con el objetivo de volver a los usuarios menos dependientes de los algoritmos. Una brevísima reflexión al margen: una regulación ligera, que solamente se limite a perfeccionar algunas distorsiones del sistema de comercio online, puede estar bien. Sin embargo, manifiesto mi contrariedad a una legislación que restrinja en sobre medida las plataformas online, que son —como quiera que se mire— un espacio de libertad, crecimiento y desarrollo económico y social. Así que, regular sí, pero sabiamente.

## IX. CONCLUSIONES

Es necesario hacer referencia, al menos sumariamente, al tema de las *fake news*, que son como una calumnia en el *aire rossiniano*: «un vientecillo [...] toma fuerza poco a poco, vuela ya de un lugar a otro». Se trata, pues, de las noticias falsas y tendenciosas que circulan en la red y que podrían engañar al consumidor o informar al ciudadano de manera incorrecta y mendaz. Incluso se han invocado riesgos para la democracia y se esperaba que Internet se sometiera a reglas que garantizaran la calidad de las noticias, tal vez certificadas por una autoridad independiente.

Siempre ha habido (y siempre habrá) noticias falsas en todos los sectores de la comunicación, pública y privada, en la prensa y en la red. En esta última, además, teniendo en consideración que se viene a ampliar la libertad de expresión, la cual permite mayor transparencia y, por lo tanto, consiente descubrir en mayor medida la verdad contra toda censura. En la red existe competencia y pluralismo en punto de oferta de información<sup>74</sup>. Al respecto, son pertinentes las palabras del juez Oliver W. Holmes, en la famosa *dissenting opinion* sobre el caso *Abrams vs. Estados Unidos* (1919): «[...] el bien supremo se alcanza mejor a través del libre comercio de

---

<sup>74</sup> Sobre la relevancia de este punto puede profundizarse en T.E. Frosini (2017: V).

ideas, que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento para hacerse aceptar en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual nuestros deseos pueden ser llevados a cabo de manera segura.» (Holmes, 1975: 105). Una voz fuerte y clara del constitucionalismo de ayer, que vale todavía, sobre todo, para el constitucionalismo de hoy, es decir, aquel de la sociedad tecnológica.

Cierro con una nota de actualidad. En la época de la Ilustración, era «la filosofía quien daba socorro a los gobiernos» —para citar a Gaetano Filangieri (1984)—, en la época de la contemporaneidad es la tecnología quien socorre a los gobiernos, así como a los gobernados. Ante ello, quienes han siempre creído en los aspectos, predominantemente beneficiosos de la tecnología, no se sorprenden; quienes, por el contrario, han considerado que la innovación tecnológica es una especie de epidemia, capaz de acabar con las relaciones humanas y destruir los cimientos de la democracia, deberían reconsiderarlo.

Con la tecnología es posible ejercer los derechos y libertades constitucionales, también y sobre todo, durante una situación de emergencia (sanitaria) que restringe y comprime los espacios individuales y colectivos<sup>75</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA.

- Ascarelli, T. (1952). *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Barberis, M. (2020). *Come internet sta uccidendo la democrazia*. Milano: Chiarelettere.
- Bassoli, E. (2009). La disciplina jurídica della seconda vita in Internet: l'esperienza *Second Life*. *Informatica e diritto*, n. 1, 165-189.
- Bevilacqua, G. La dimensione territoriale dell'oblio in uno spazio globale e universal. *Federalismi.it*, n. 23. Disponible en: [https://www.federalismi.it/nv14/articolo\\_documento.cfm?Artid=40774](https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=40774).
- Budge, I. (1996). *The new Challenge of Direct Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Chiola, C. (2010). Appunti sul c.d. diritto all' oblio e la tutela dei dati personali. *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 39-47.
- Coleman, S. (2017). *Can The Internet Strengthen Democracy?*. Cambridge: Polity Press.
- Costanzo, P. (2000). Internet (diritto pubblico). *Digesto delle discipline pubblicistiche, IV ed., Appendice*. Turín: UTET.
- Costanzo, P. (2017). Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali. En T.E. Frosini et al. (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 3 ss). Milán: Mondadori.
- Cutino Hueso L. (2020), La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus: *Revista de Educación y Derecho*, n. 21, 2020, 1 ss.
- (2020), *Online-offline*. Las garantías para el acceso a internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la ley y sus contenidos: *Revista de Derecho Político*, n. 108, 2020, 13-39
- Filangieri, G. (1984). *La Scienza della Legislazione (1780-1788)*, V., 2 tomi. Frosini, V. (comp.). Roma: Poligrafico dello Stato.
- Frosini, T.E. (2004). Nuevas tecnologías y constitucionalismo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 124, 129 ss.
- (2011). *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- (2017). Il diritto di accesso a Internet. en Frosini T.E et al. (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 41 ss). Milán: Mondadori.
- (2017). No news is fake news, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4.
- (2018). Internet y democracia. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 30.

<sup>75</sup> Se trata de la pandemia Covid-19, sobre la cual véase T. E. Frosini (2020: 3) y L. Cotino Hueso (2020: 1)

- 
- (2018). La tutela dei dati e il diritto all'oblio, *Rassegna parlamentare*, n. 4, 497 ss.
- (2019). *Libertad, Igualdad, Internet*. México: Tirant lo Blanch.
- (2020). Internet ai tempi del coronavirus, *Diritto di Internet*, n. 2, 3 ss. Disponibile en: <https://dirittodiinternet.it/fascicolo-22020/>.
- (2020). Le sfide attuali del diritto ai dati personali. En Faro, S *et al.*, (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 25 ss). Bologna: Il Mulino.
- Frosini, V. (1980). *Il diritto nella società tecnologica*. Milán: Giuffrè.
- (1982). *Cibernética, derecho y sociedad*. Madrid: Tecnos.
- (1992). *Informatica, diritto e società*, 2a. ed., Milán. Giuffrè.
- (1998). The Lawyer in technological society. *European journal of law, philosophy and computer science*, vols. I-II.
- (2010). *La democrazia nel XXI secolo*. Macerata: Liberilibri.
- (1981). La protezione della riservatezza nella società informatica. En Matteucci, N. *ed al.* (comp.). *Privacy e banche dei dati* (pp. 37 ss). Bologna: Il Mulino.
- (2000): L'orizzonte giuridico dell'Internet. *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 271-280.
- Ghidini, G. *et al.* (2020). *La nuova civiltà digitale. L'anima doppia della tecnologia*. Milano: Rizzoli.
- Holmes, O. W. (1975): *Opinioni dissenzienti*, Geraci, C. (comp.). Milán: Giuffrè.
- Lepage, A. (2002). *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*. Paris: Litec.
- Marchese, C. (2019). *Il diritto di voto e la partecipazione politica. Studio di diritto comparato*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Perez Luño A. E., (2012): *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid;
- Pulvirenti, O.D. (2013). *Derechos Humanos e Internet*. Buenos Aires: Errepar.
- Rallo Lombarte, A. (2014). El derecho al olvido en Internet. Google *vs* España. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2017). De la “libertad informática” a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018). *Revista de Estudios Políticos*, n.100, 639-669
- (2019). El nuevo derecho de protección de datos. *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, n. 116, 45-74.
- (2020). Una nueva generacion de derechos digitales. *Revista de Estudios Políticos*, n.187, 101-135.
- Resta, G. (2014). La «morte» digitale. *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 891 ss
- Rifkin, J. (2000). *The Age of Access*. London: Penguin.
- Rodotà, S. (1997). *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma: Laterza.
- Rodotà, S. (1998). *Actas del congreso Garante per la protezione dei dati personali. Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e Privacy: quali regole*, Roma. Disponibile en: <https://www.privacy.it/archivio/garanterelrod.html>.
- (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- Schmidt, E. y Cohen, J. (2013). *La nuova era digitale. La sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni*, tr. it. Milán: Rizzoli Etas.
- Stazi, A (2020). Legal big data: prospettive applicative in ottica comparatistica, En S. Faro *et al.* (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 77 ss). Bologna: Il Mulino.
- Trucco, L. (2017), Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale. En T.E. Frosini *et al.* (comp.). *Diritti e libertà in internet* (pp. 427 ss). Milán: Mondadori.
- Zanini, S. (2018). Il diritto all'oblio nel regolamento europeo 679/2016: quid novi? *Federalismi.it*, n. 15. Disponibile en: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=36774>.
- Zeno-Zencovich V. (2020). Big data e epistemologia giuridica. En S. Faro *et al.* (comp.). *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale* (pp. 13 ss). Bologna: Il Mulino.

—— (2010). Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero. *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 71.

Ziccardi, G. (2017). *Il libro digitale dei morti. Memoria, lutto, eternità e oblio nell'era dei social network*. Torino: UTET.

# POSTFASHION E «RIVOLUZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ» NELL'ECONOMIA GLOBALIZZATA

Michaela Giorgianni

SOMMARIO: 1. MODA E SOSTENIBILITÀ. – 2. AMBIENTE E GREEN WASHING. – 3. CONSUMISMO E GUIDE PER I CONSUMATORI GREEN. – 4. LAVORATORI GLOBALI E MOVIMENTO DEL VESTIRE «CRITICO». – 5. STATO E MERCATO.

*The sustainable fashion movement aimed in promoting change in the industry, but sustainability often runs the risk of being simple greenwashing and socialwashing. The paper examines some recent international, supranational and national initiatives, which have moved precisely in the direction of a sustainability revolution in the fashion industry, to protect the environment and regulate the phenomenon of exploitation in the production chain. Furthermore, an increasingly responsible attitude is spreading on the part of the companies themselves and consumers who influence the market with their purchasing choices. But all these initiatives are only the most recent steps in a long path that began to take shape already in the second half of the twentieth century in the USA and in Europe.*

## I. MODA E SOSTENIBILITÀ.

Da qualche tempo ormai si discorre di «moda sostenibile», chiamata anche *green fashion*, *eco fashion*, *ethical fashion*, *fair fashion* e *slow fashion*. Tutte queste espressioni si riferiscono in generale a un movimento rivolto a promuovere un cambiamento nel settore della moda e a qualificare i suoi prodotti come rispettosi dell'ambiente e della società. L'industria della moda, che rappresenta uno dei settori economici più importanti a livello mondiale, è infatti a tutti nota anche per le conseguenze devastanti in termini di impatto ambientale e ingiustizia sociale. I termini «moda» e «sostenibilità», quindi, se impiegati insieme per descrivere un unico fenomeno, possono creare allo stesso tempo una contrapposizione di idee e di interessi.

Più in particolare, la «sostenibilità», come già descritta nel *Rapporto sui limiti dello sviluppo* e poi nel *Rapporto Brundtland*<sup>1</sup>, «non è uno stato d'equilibrio, ma piuttosto un processo di cambiamento» senza una fine, non conoscibile esattamente né definibile a priori, che trascende l'ambito dell'ecologia e della tutela ambientale per comprendere anche le questioni sociali, politiche, culturali ed economiche. Si può muovere così dalla natura «complessa» della sostenibilità, da riferirsi all'ecosistema e al suo rapporto con altri sottosistemi, per ritenere che essa richieda un coinvolgimento e una partecipazione diffusa per essere praticata<sup>2</sup>. D'altra

---

<sup>1</sup> La concezione attuale e complessa che si è venuta costruendo della sostenibilità si fa risalire comunemente al noto Rapporto *Brundtland* «Our Common Future» (*Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 20 March 1987), che può considerarsi il punto di arrivo di un percorso cominciato a delinearsi in termini più chiari già a partire dal 1972, quando è stato pubblicato l'altrettanto noto «Rapporto sui limiti dello sviluppo» (D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W. W. Behrens III, *The Limits to Growth. A Report for THE CLUB OF ROME'S Project on the Predicament of Mankind*, New York, 1972). Nel Rapporto *Brundtland* lo «sviluppo sostenibile» è definito come «uno sviluppo che risponde ai bisogni del presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di poter rispondere ai loro propri bisogni» (p. 16 s.).

<sup>2</sup> S. Viederman, *The Economics of Sustainability: Challenges*, 1995, che si chiede «can there be ecological sustainability in the absence of economic security, sustainable livelihoods, and popular participation in the conduct of their affairs?». Cfr. W.M. Lafferty, O. Langhelle, *Sustainable Development as Concept and Norm*, in W.M. Lafferty, O. Langhelle (ed.), *Towards Sustainable Development. On the Goals of Development – and the Conditions of Sustainability*, London, Macmillan, 1999, p. 1 ss., 15, i quali si interrogano se la democrazia debba considerarsi un valore così fondamentale da essere incorporata nella definizione di sostenibilità.

parte, quella della «sostenibilità» è anche una moda che, come si vedrà più avanti, rischia di essere un semplice *greenwashing* e *socialwashing*. Per alcuni contesti si lamenta infatti un abuso del termine. Come è stato osservato, «quella in cui viviamo è l'epoca della *sosteniblablablà*», perchè spesso il termine «sostenibile», che era nato con un suo specifico significato, non è usato in realtà «per definire qualcosa di migliore dal punto di vista ambientale», ma è diventato «sinonimo dell'aggettivo verde, altrettanto vago ed elusivo» e rappresenta ormai un mero strumento di *marketing*<sup>3</sup>.

Con specifico riguardo ai rapporti fra sostenibilità e moda, la *green fashion* e l'*eco-fashion* possono considerarsi allora più incentrate sulla tutela dell'ambiente e sulla promozione di un'economia circolare; mentre l'*ethical fashion* e la *fair fashion* sono espressioni di ampio respiro che, rispetto alla produzione e alla distribuzione dei prodotti della moda, possono introdurre valutazioni etiche e di giustizia sociale e considerare gli effetti delle scelte effettuate verso l'intera collettività; la *slow fashion*, infine, sembra nascere in contrapposizione alla *fast fashion* per evidenziare un diverso modo di produrre e consumare<sup>4</sup>.

Quest'ultima apparente antonimia può essere spiegata meglio se collocata nel passaggio dalla società industriale alla «società dei consumi»<sup>5</sup> agli inizi del Novecento quando il consumismo è diventato un fenomeno di massa. È cominciata così un'epoca caratterizzata da sovrapproduzione e sovraconsumo, in cui le persone sono diventate consumatori di «merci» e «consumatori merci», è aumentata la mobilità e la divisione del lavoro. Tutto questo ha comportato che il consumo non è stato più considerato soltanto come uso di un bene, ma ha rispecchiato uno stile di vita ed è diventato parte dell'identità personale<sup>6</sup>.

Ebbene la moda contemporanea è una forma di consumismo, ricevendo la spinta soprattutto dalle tendenze di massa<sup>7</sup>. Inoltre è considerata confusa e poliedrica in linea con i caratteri della postmodernità. Questa pluralità di mode è stata ben espressa da chi, discorrendo di *fashion* nella frammentarietà del postmoderno, ha fatto riferimento a una «gamma complessa e a una moltitudine di stili di abbigliamento e aspetti personali simultaneamente “alla moda”» e a una scelta di abbigliamento sul mercato che contribuisce a creare «uno stato di confusione che rasenta il caos»<sup>8</sup>.

Ancora, il diffondersi del *prêt-à-porter* e la disponibilità di abbigliamento economico hanno dato a chiunque la possibilità di esprimere il proprio stile e la propria personalità, facendo pensare a una «democratizzazione» dell'abbigliamento<sup>9</sup>, più o meno pronunciata a seconda del grado di mobilità delle diverse società. Questa nuova modalità di produzione e vendita dell'abbigliamento, sempre più a basso costo, rapida e su larga scala, è ormai comunemente chiamata *fast fashion*. Il fenomeno è esploso negli anni Ottanta e un articolo del *New York Times* del 1989 ha impiegato per primo l'espressione *fast fashion* per annunciare l'apertura di due negozi a New York, Compagnie Internationale Express e Zara<sup>10</sup>. La *fast fashion* ha così

<sup>3</sup> R. Engelman, *Beyond Sustainability*, in Worldwatch Institute, *State of the World 2013: Is Sustainability Still Possible*, Washington, Island Press, 2013, p. 3.

<sup>4</sup> Cfr. in particolare K. Fletcher, *Slow fashion*, in *Ecologist*, 1<sup>st</sup> June 2007; Id., *Slow Fashion: An Invitation for Systems Change*, in *Fashion Practice*, 2010, p. 259 ss.; H. Clark, *Slow + Fashion: An Oxymoron – or a Promise for the Future...?*, in *Fashion Theory: The Journal of Dress, Body and Culture*, 2008, p. 427 ss.; Id., *Slow + Fashion – Women's Wisdom*, in *Fashion Practice*, 2019, p. 309 ss.

<sup>5</sup> Il termine «società dei consumi» è stato impiegato, come è noto, soltanto dal secondo dopoguerra per indicare che nelle società occidentali il consumismo era diventato uno «stile di vita» e capace di realizzazione della persona. Si veda già V. Lebow, *Price Competition in 1955*, in *Journal of Retailing*, Spring 1955, p. 1 ss., 3.

<sup>6</sup> Z. Bauman, *Consuming Life*, 2007, trad. it. *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

<sup>7</sup> Sull'influenza di innovazione ascendente, dai livelli sociali più bassi a quelli più alti, si veda G. A. Field, *The status float phenomenon. The upward diffusion of innovation*, in *Business Horizons*, 1970, p. 45 ss.

<sup>8</sup> S. B. Kaiser, R. H. Nagasawa, S. S. Hutton, *Fashion, Postmodernity and Personal Appearance: A Symbolic Interactionist Formulation*, in *Symbolic Interaction*, 1991, p. 165 ss., 166.

<sup>9</sup> C. Kidwell, M. Christman, *Suiting Everyone: The Democratization of Clothing in America*, Washington, DC, Smithsonian Institution Press, 1974.

<sup>10</sup> Come si legge nell'articolo del *New York Times*, «One shop has a faux French accent and the other a real Spanish one, but they both speak the same fashion language. It's a language understood by young fashion followers on a budget who nonetheless change their clothes as often as the color of their lipstick» (*Two New*

orientato definitivamente il consumo verso la massa indeterminata dei «consumatori merci». Ha reso i capi di *design* e le nuove tendenze alla portata di tutti a costo di minacciare, anche se non necessariamente, il carattere creativo e innovativo della moda. Inoltre nella tensione, che è caratteristica e costante della moda, fra il desiderio di differenziazione individuale e di identificazione collettiva, fra originalità e omologazione<sup>11</sup>, la *fast fashion* ha spinto certamente nella direzione di un conformismo generalizzato.

D'altra parte, se questa corrente sempre più «a basso costo» costituisce certamente uno degli effetti della globalizzazione del mercato, oltre che di una crisi economica duratura<sup>12</sup>, e può anche avere per certi aspetti «democratizzato» la moda, essa resta per i suoi elementi caratterizzanti principalmente un simbolo di consumismo capitalista portato alle estreme conseguenze. La moda ha acquisito in altre parole i segni rappresentativi della postmodernità con tutte le sue contraddizioni e la sua realizzazione completa nella veste di *fast fashion*, emblema di un'epoca iperconformista e iperconsumista in un mercato di stampo neoliberale, l'ha confinata a *postfashion* per i suoi modi di produzione e distribuzione che contrastano con la sostenibilità. Come ha osservato Kate Fletcher, *research professor*, consulente di *eco fashion* e attivista del *design*, nel descrivere i rapporti fra *fast fashion* e *slow fashion*<sup>13</sup>, la *fast fashion* «non riguarda tanto la velocità, ma l'avidità» ed è essenzialmente incentrata sul profitto. Inoltre «fast is not free», per cui la brevità dei tempi di consegna e l'economicità dei vestiti «sono rese possibili solo dallo sfruttamento del lavoro e delle risorse naturali». Mentre la *slow fashion*, riprendendo le idee dello *slow movement* per applicarle all'industria della moda globale, «non è basata sul tempo ma sulla qualità» e, se «naturalmente la qualità costa di più», la tendenza dovrà essere quella di «acquistare meno prodotti» ma qualitativamente migliori. Non sussiste alcun dualismo fra *slow* e *fast*, ma «un approccio diverso in cui designer, acquirenti, rivenditori e consumatori sono più consapevoli dell'impatto dei prodotti sui lavoratori, sulle comunità e sull'ecosistema».

In definitiva, la *slow fashion* non è antonimo di *fast fashion*, ma cerca di superare la contrapposizione fra la sostenibilità e l'industria della moda promuovendo un cambiamento del sistema volto a tutelare l'ambiente e i lavoratori. Per suggerire una nuova direzione della moda, quindi, occorre una forma di organizzazione alternativa e una trasformazione della produzione e dello stile di vita della popolazione, anche perché una «crescita illimitata» non è sostenibile<sup>14</sup>. L'ultima analisi di Jorgen Randers<sup>15</sup>, dopo ben quattro decenni dal primo *report* al Club di Roma, ha dimostrato come gran parte delle idee originarie siano ancora attuali e ha avvertito che «prima o poi, la rivoluzione industriale sarà seguita dalla rivoluzione della sostenibilità». È necessario quindi un cambiamento culturale sensibile ai limiti ecologici, alle

---

*Stores That Cruise Fashion's Fast Lane*, by Anne-Marie Schiro, December 31, 1989, p. 46). Tra i primi marchi più famosi di moda «veloce» ricordo H&M, Zara e Primark. Sulla *fast fashion*, sostenibilità e responsabilità sociale la produzione scientifica è stata abbondante. Si veda, fra gli altri, M. K. Brewer, *Slow Fashion in a Fast Fashion World: Promoting Sustainability and Responsibility*, in R. E. Cerchia and B. Pozzo (ed.), *The New Frontiers of Fashion Law*, Basel, MDPI, 2020, p. 47 ss.

<sup>11</sup> G. Simmel, *Fashion*, in *International Quarterly*, 1904, p. 130 ss.

<sup>12</sup> Cfr. soprattutto J. E. Stiglitz, *Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica*, Roma-Bari, Laterza, 2018; L. Gallino, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

<sup>13</sup> K. Fletcher, *Slow fashion*, cit.

<sup>14</sup> Fra i tanti e diversi rapporti che confermano la finitezza del pianeta e la necessità di un generale cambiamento, basta ricordare quelli elaborati dal Club di Roma e successivi al già menzionato e noto «The Limits to Growth». In particolare, gli scenari che erano stati disegnati in questo rapporto sono stati successivamente approfonditi in «Oltre i limiti dello sviluppo» e «I nuovi limiti dello sviluppo», scritti da alcuni degli autori del volume del 1972 (D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, *Beyond the Limits. Confronting Global Collapse, Envisioning a Sustainable Future*, White River Junction Vermont, Chelsea Green Pub, 1992; D. Meadows, J. Randers, D. Meadows, *Limits to Growth. The 30-Year Update*, White River Junction Vermont, Chelsea Green Pub, 2004).

<sup>15</sup> J. Randers, 2052. *A Global Forecast for the Next Forty Years*, 2012, trad. it. 2052. *Scenari globali per i prossimi quarant'anni*, Milano, Edizioni Ambiente, 2012.

esigenze della comunità e alla giustizia sociale, nonché un modello economico compatibile con i problemi della sostenibilità.

Non si può sottacere che alcune recenti e importanti iniziative sembrerebbero muoversi proprio nella direzione di una «rivoluzione della sostenibilità» del settore moda. Non solo organizzazioni internazionali e sovranazionali sono intervenute negli ultimi anni per concentrarsi sulla tutela ambientale, ma sembra si stia diffondendo un atteggiamento sempre più consapevole e responsabile da parte delle stesse imprese della moda e dei consumatori che influenzano il mercato con le loro scelte d'acquisto. Di recente, si sono mossi anche i legislatori nazionali, sempre sulla spinta delle organizzazioni internazionali, al fine di disciplinare il fenomeno del lavoro forzato o sfruttato nella filiera produttiva e garantire una maggiore tutela dei diritti umani<sup>16</sup>. Resta da considerare, d'altra parte, che tutte queste iniziative, come si vedrà, costituiscono soltanto i più recenti passi di un lungo percorso che ha cominciato a delinearsi già dalla seconda metà del Novecento negli Stati Uniti e in Europa. E, seppure apprezzabili, non possono dirsi pienamente soddisfacenti, fintanto che non si riesca a garantire la giustizia sociale e un'effettiva tutela dei lavoratori, delle donne e dei minori. L'industria della moda globale, infatti, continua a ottenere ingenti guadagni proprio grazie allo sfruttamento della forza lavoro nelle coltivazioni e nelle fabbriche, impiegando allora la sostenibilità come strumento per amplificare le diseguaglianze a danno della società.

## II. AMBIENTE E GREEN WASHING.

Fra le più recenti iniziative internazionali si vuole ricordare innanzitutto la *Fashion Industry Charter for Climate Action* delle Nazioni Unite<sup>17</sup>, che è stata lanciata nel dicembre 2018 nell'ambito della COP24 a Katowice in Polonia. In quell'occasione le parti interessate, come *fashion stakeholders*, rivenditori e fornitori, hanno discusso e collaborato per affrontare l'impatto ambientale dell'industria della moda in ogni parte della filiera produttiva e identificare metodi olistici che conducano verso pratiche più sostenibili. La Carta è stata poi rinnovata nel novembre 2021<sup>18</sup> a Glasgow in occasione della COP26, dove *UN Climate Change* e il settore della moda globale hanno ribadito l'impegno di lavorare insieme per un futuro ecologicamente sostenibile. Fondandosi sull'Accordo di Parigi del 2015 e sugli obiettivi dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile<sup>19</sup>, la Carta si propone di condurre le imprese della moda a zero emissioni di gas serra entro il 2050 in linea con il mantenimento del riscaldamento globale al di sotto di 1,5 gradi. Concentra l'attenzione sull'efficienza energetica, sui materiali sostenibili da impiegare nella produzione e sull'importanza di responsabilizzare e aumentare la consapevolezza dei consumatori.

La *Fashion Charter*, aperta ad accogliere qualsiasi impresa o organizzazione professionalmente impegnata nel settore della moda, rappresenta una porzione significativa della *fashion industry*, contando attualmente 130 aziende e 41 organizzazioni di supporto. Esse si impegnano ad attuare i principi contenuti nella Carta, sia al loro interno, sia lavorando insieme agli altri firmatari in determinati *Working Groups*. Questi gruppi di lavoro, che riuniscono *stakeholder* ed esperti nel settore della moda e del tessile in generale, sono stati creati per indirizzare aree

---

<sup>16</sup> Si fa particolare riferimento all'ILO (*Resolution concerning Decent Work in Global Supply Chains*, 2016; *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 2017), all'ONU (*Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011) e all'Ocse (*Linee Guida destinate alle imprese multinazionali*, 2011). Per una panoramica generale si rinvia a Business and Human Rights Resource Centre (BHRRC), *Modern Slavery in Company Operations and Supply Chains, Mandatory Transparency, Mandatory Due Diligence and Public Procurement Due Diligence*, settembre 2017.

<sup>17</sup> *Fashion Industry Charter for Climate Action*, 10 December, 2018, in <https://unfccc.int>.

<sup>18</sup> *Fashion Industry Charter for Climate Action*, Version 5 November, 2021, in <https://unfccc.int>.

<sup>19</sup> *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015 (A/70/L.I). La *Fashion Charter* sostiene in particolare alcuni obiettivi di sviluppo sostenibile: energia pulita e accessibile (7), imprese, innovazione e infrastrutture (9), consumo e produzione responsabili (12), lotta contro il cambiamento climatico (13), le partnership per gli obiettivi (17).

specifiche del settore, tra cui cambiamento climatico, materie prime, produzione e energia, logistica e strumenti finanziari<sup>20</sup>.

Nel settembre 2020 è stato pubblicato anche il primo *Playbook for Climate Action*, che è stato elaborato dai firmatari della *Fashion Charter* per gli *stakeholder* del settore. È una «guida vivente» per consentire agli attori dell’industria della moda di identificare quali azioni per il clima intraprendere e quali iniziative e programmi potrebbero supportarli. In particolare, si rivolge alle aziende di moda «meno esperte» sul cambiamento climatico, ma che intendono collaborare e lavorare insieme per rendere il settore della moda più sostenibile<sup>21</sup>.

La *Fashion Charter* con i suoi gruppi di lavoro intende ampliare quindi le *best practices*, facilitare e rafforzare la collaborazione tra le parti interessate e affrontare le lacune, unire le risorse e condividere gli strumenti e le conoscenze per consentire al settore della moda di raggiungere i propri obiettivi climatici. D’altra parte, seppure il riconoscimento da parte della *United Nations Framework Convention on Climate Change* del contributo dell’industria della moda al cambiamento climatico è certamente di rilievo, resta il fatto che il documento non è giuridicamente vincolante per le imprese e le altre organizzazioni che vi partecipano. I firmatari possono infatti facilmente discostarsi dagli obiettivi della Carta e non rispettare gli impegni presi, anche se incorreranno in sanzioni sociali. Ma, così facendo, possono creare soprattutto un’incertezza che soltanto una normativa può evitare, garantendo effettivi cambiamenti nel settore della moda.

Di particolare interesse, perché coinvolge gli stessi attori del mercato, è poi il *Fashion Pact*<sup>22</sup>, che è stato firmato nel 2019 in occasione del vertice del G7 di Biarritz da diverse imprese globali della moda per seguire un comportamento ecologicamente responsabile. Inizialmente, la coalizione comprendeva il 20% del settore della moda e del tessile; successivamente, si è raddoppiata per annoverare oltre 60 aziende firmatarie dei diversi settori *ready-to-wear*, *sport*, *lifestyle* e lusso, rappresentanti un terzo dell’industria della moda globale e appartenenti a 14 paesi<sup>23</sup>. L’accordo è diretto a «trasformare il settore della moda» ed è incentrato sulla sostenibilità ambientale nella direzione di una *fashion industry* più «giusta, durevole ed ecologicamente responsabile»<sup>24</sup>. In particolare, l’«azione collettiva» e collaborativa<sup>25</sup> è rivolta al raggiungimento di tre obiettivi principali<sup>26</sup>: porre attenzione sui cambiamenti climatici, attuando i principi contenuti nella *Fashion Industry Charter for Climate Action* delle Nazioni Unite e fondandosi sull’approvvigionamento di materie prime a basso impatto ambientale e sulle energie rinnovabili, al fine di raggiungere la neutralità di carbonio entro il 2050; salvaguardare la biodiversità, basando l’azione sulla scienza e sul know-how tecnico e sostenendo, fra l’altro, la zero-deforestazione; preservare gli oceani, eliminando innanzitutto la plastica negli imballaggi e cercando soluzioni alternative sostenibili. È stata creata al riguardo una struttura operativa con una *dashboard* digitale di KPI, che è appoggiata da massimi esperti nel campo della scienza e della ricerca e opera quindi per «aiutare il pianeta» e «salvare l’industria della moda».

Il *Fashion Pact* sembra certamente un’iniziativa molto importante che dimostra l’impegno delle imprese della moda a collaborare insieme per un futuro più sostenibile. Resta da vedere se effettivamente si potrà parlare di una «rivoluzione della sostenibilità» o se si tratta soltanto dell’ennesimo esercizio di *greenwashing* intrapreso dalle imprese «sociali» per accrescere i propri profitti. Sono sempre più numerose infatti le imprese che affermano di effettuare le proprie

---

<sup>20</sup> Le attuali aree di lavoro dei *Working Groups* sono: Decarbonisation and GHG Emission Reductions; Raw Materials; Manufacturing/Energy; Policy Engagement; Financial Tools; Promoting Broader Climate Action; Brand/Retailer Owned Or Operated Emissions.

<sup>21</sup> *Playbook for Climate Action*, 2020, p. 7.

<sup>22</sup> *The Fashion Pact. First Steps to Transform Our Industry*, 2020, in <https://thefashionpact.org>

<sup>23</sup> Ivi, p. 8.

<sup>24</sup> Ivi, p. 6.

<sup>25</sup> Ivi, p. 17.

<sup>26</sup> Ivi, p. 9, 21 ss., 33 ss., 41 ss.

scelte e svolgere la propria attività con modalità «sostenibili». Dietro la pubblicità di prodotti «green» ed «etici» si nasconde però spesso soltanto l'idea aziendale di aumentare il costo e la vendita degli stessi nel complesso gioco della concorrenza sul mercato.

Anche la Commissione europea ha lanciato da ultimo una strategia in materia di prodotti tessili<sup>27</sup>, che segue il *Green Deal europeo*<sup>28</sup>, il Piano d'Azione per l'economia circolare<sup>29</sup> e la strategia industriale del 2020<sup>30</sup>, e intende assicurare la ripresa del settore improntata alla sostenibilità.

Invero, l'Unione Europea ha iniziato da qualche tempo a muoversi verso la sostenibilità e una serie di documenti contengono iniziative, percorsi e comunicazioni, tutti rivolti a modificare l'attuale sistema economico per tutelare l'ambiente. A questo riguardo il *Green Deal europeo* prevede «una nuova strategia di crescita» diretta a supportare un'economia climaticamente neutra, «moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva»<sup>31</sup>. Come specificato poi nel nuovo Piano d'azione per l'economia circolare, al fine di raggiungere un sistema economico sostenibile, l'Unione Europea dovrà muoversi più velocemente «verso un modello di crescita rigenerativo», mantenendo «il consumo di risorse entro i limiti del pianeta» e quindi riducendo i consumi e raddoppiando l'uso di materiale circolare<sup>32</sup>. Questa impostazione è confermata anche nella strategia industriale europea, che «deve riflettere i (nostri) valori e le (nostre) tradizioni di mercato sociale» e promuovere la «sostenibilità competitiva» in tutta l'Unione europea. Si rivolge a «un'industria leader e competitiva a livello mondiale», evidenziando che «per essere competitivi c'è bisogno di concorrenza, a casa propria e nel mondo». Un'industria europea che rispetti i «più elevati standard sociali, lavorativi e ambientali», sia «più verde e più digitale, che rimanga però competitiva a livello mondiale»<sup>33</sup>.

Con particolare riferimento al settore tessile, la nuova strategia europea intende facilitare il passaggio dell'Unione europea a un'economia circolare e climaticamente neutra, combattere i cimiteri dei capi d'abbigliamento, rendere l'industria tessile più competitiva e orientare gli investimenti verso la ricerca e l'innovazione. La Commissione richiama innanzitutto il fenomeno della *fast fashion* osservando che, nonostante la crescente tendenza per la sostenibilità nell'industria tessile e della moda<sup>34</sup>, i cittadini europei consumano in media 26 kg di prodotti tessili per persona all'anno e si verifica uno scarto di 11 kg di prodotti tessili per persona all'anno<sup>35</sup>. Il settore tessile determina in questo modo un impatto grave sull'ambiente in termini di emissioni di gas serra e di utilizzo di materie prime e acqua. Inoltre, essendo «altamente globalizzato, un'azione frammentaria a livello nazionale e locale non sarà

---

<sup>27</sup> Ref. Ares (2021)67453-05/01/201 e poi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari*, COM (2022) 141 final.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, 10 marzo 2020, COM(2020) 98 final.

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.

<sup>31</sup> COM(2019) 640 final, cit., p. 2, 4 ss.

<sup>32</sup> COM(2020) 98 final, cit., p. 2.

<sup>33</sup> COM(2020) 102 final, cit., p. 1 ss., 2, 3. Accenna anche alla funzione di «bussola» del «pilastro europeo dei diritti sociali» per osservare che proprio «grazie all'economia di mercato sociale dell'Europa, la crescita economica va di pari passo con il miglioramento degli standard di vita e sociali e con buone condizioni di lavoro»(p. 3).

<sup>34</sup> Nell'ambito della strategia, tra maggio e agosto 2021 è stata aperta una consultazione pubblica rivolta ai portatori d'interesse, sia all'interno che all'esterno dell'UE, cittadini e organizzazioni, operatori e consumatori, autorità pubbliche e parti sociali, che hanno mostrato l'impegno di rendere l'industria tessile più sostenibile, sviluppando nuove forme di business, nuovi modelli di comportamento e di consumo.

<sup>35</sup> Ref. Ares (2021)67453-05/01/2021, p. 1.

sufficiente per guidare il cambiamento», pregiudicando «un’efficace protezione ambientale», «la possibilità di creare condizioni di parità per le imprese tessili all’interno e all’esterno dell’UE» e «il corretto funzionamento del mercato interno»<sup>36</sup>.

L’obiettivo è quello di incrementare «la competitività, la sostenibilità e la resilienza del settore tessile». In particolare, l’UE intende proporre azioni per avvicinare il settore tessile all’economia circolare, promuovere processi produttivi e indirizzare verso stili di vita più sostenibili, migliorare la raccolta e il riciclo dei rifiuti tessili negli Stati membri<sup>37</sup>. Considera inoltre la responsabilità estesa del produttore (EPR) nella promozione di prodotti tessili sostenibili e nel trattamento dei rifiuti tessili e intende «rafforzare la protezione dei diritti umani» e il dovere di diligenza ambientale<sup>38</sup>.

In questo modo l’Unione europea, sulla spinta di altre organizzazioni internazionali, sembra essersi indirizzata sulla strada verso una nuova economia fondata su una diversa idea di produzione e di consumo. Pur mantenendo la sua funzione principale di promuovere e tutelare il mercato, la sostenibilità sarebbe una chiave utile per migliorare il sistema attuale. L’attenzione particolare alle risorse naturali e al loro sfruttamento più efficiente e sostenibile nelle diverse fasi della produzione, della distribuzione e del consumo e le diverse azioni, soprattutto preventive, nei confronti degli scarti e degli sprechi potrebbero indicare la volontà dell’Europa di seguire un percorso più incentrato sulla tutela delle persone e dell’ambiente.

Aldilà di simili dichiarazioni resta però il forte dubbio che alla base dell’azione europea sussista anche una corretta impostazione di fondo capace di attuare un’economia circolare e sostenibile. Occorre chiedersi, in altri termini, se la sostenibilità sia irrimediabilmente in contrasto o se possa coesistere con la tutela del mercato concorrenziale. Non è chiaro, infatti, se la finalità perseguita dall’Unione Europea sia quella di tutelare la sostenibilità oppure sia soltanto quella di ricercare nuove opportunità economiche per sopravvivere ai cambiamenti senza imprimere svolte al tradizionale modo di produrre e consumare. Ma, discorrendo soprattutto di «sostenibilità competitiva», le ultime strategie in materia ambientale non fanno che confermare le pratiche neoliberali dell’Unione europea.

### III. CONSUMISMO E GUIDE PER I CONSUMATORI GREEN.

Se queste sono state alcune delle più recenti e importanti iniziative dirette a creare un’industria della moda più sostenibile a livello ambientale, non si deve scordare che le origini del percorso si possono fare risalire negli Stati Uniti almeno a partire dalla pubblicazione di *Silent Spring*. Il primo manifesto ambientalista della biologa e «citizen scientist» Rachel Carson<sup>39</sup> ha denunciato i danni all’ambiente e all’uomo derivanti dall’uso indiscriminato dei pesticidi nell’agricoltura e ha responsabilizzato i cittadini nelle scelte ambientali del Paese. La storia dell’abbigliamento comincia infatti nelle piantagioni di cotone dove i lavoratori, anche donne e bambini, vivono in baracche senza acqua e senza luce, subiscono le peggiori forme di sfruttamento e troppo spesso muoiono a causa dell’eccessiva esposizione ai pesticidi<sup>40</sup>.

I movimenti ambientalisti hanno poi subito mostrato marcati collegamenti con il *green consumerism*. Nonostante la società dei consumi fosse concausa del cambiamento climatico e del degrado ambientale, erano formati spesso dagli stessi consumatori, proprio perché considerati un’arma politica contro la produzione di massa. Le questioni ambientali hanno così caratterizzato dal principio gli interessi del movimento consumerista e hanno portato

---

<sup>36</sup> Ivi, p. 2.

<sup>37</sup> Ivi, p. 2, 3.

<sup>38</sup> Ivi, p. 3.

<sup>39</sup> R. Carson, *Silent Spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962.

<sup>40</sup> Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Guida al vestire critico*, EMI, Bologna, 2006, p. 53 ss.

anche alla pubblicazione delle prime «guide» rivolte ai consumatori *green*, che considerano gli effetti delle scelte d'acquisto sull'ambiente.

Per comprendere appieno le dinamiche attuali, occorre infatti ricordare come già dalla seconda metà del Novecento la società dei consumi abbia subito diverse critiche, a cominciare da Victor Lebow, attivista ed esperto di marketing. Questi, per spiegare il significato di consumismo nella società capitalista statunitense, ha sottolineato che «la nostra economia estremamente produttiva richiede di elevare il consumismo a nostro stile di vita, di trasformare l'acquisto e l'uso di beni in rituali, di far sì che la nostra realizzazione personale e spirituale sia ricercata nel consumismo»<sup>41</sup>. I caratteri del consumismo statunitense sono stati efficacemente descritti anche dall'economista John Kenneth Galbraith in *The affluent society*<sup>42</sup>. In quest'opera Galbraith ha voluto evidenziare «l'ansia per il problema della produzione» come risultato della «intensa aspirazione verso una forma di sicurezza economica», nonché «l'effetto della dipendenza». Ha osservato infatti che «non si può sostenere la produzione come strumento per soddisfare i bisogni, quando è la produzione stessa che crea tali bisogni»; inoltre lo stretto legame fra la produzione e i bisogni umani è assicurato dalla «pubblicità commerciale» che crea desideri<sup>43</sup>.

Quest'ultimo aspetto è stato approfondito in quegli stessi anni anche da Vance Packard, giornalista e sociologo statunitense, e dal suo *The Hidden Persuaders*<sup>44</sup>, che ha fornito un quadro allarmante di come la «ricerca motivazionale» potesse essere impiegata per stimolare i desideri delle persone e pilotare le decisioni di consumo. Il boom economico e la spinta verso una produzione di massa avevano reso necessario ingrossare le fila dei consumatori. Ma spesso le scelte d'acquisto non erano razionali, erano piuttosto governate dall'inconscio. E i «persuasori occulti» si ripromettevano allora di indagare i più intimi bisogni e desideri dei consumatori e i loro «impulsi irrazionali» per manipolare le decisioni e incrementare la produzione e il consumo<sup>45</sup>. Se anche si sono continuati a praticare i classici metodi di ricerca, come l'indagine di mercato e la ricerca pubblicitaria, è stata creata quindi una nuova dimensione del mercato, in cui l'agente pubblicitario agisce «nei panni dello psichiatra» e cerca di sviluppare dei «riflessi condizionati mediante l'uso di parole-chiave, simboli-chiave o azioni-chiavi». In questo modo la produzione e la vendita hanno cominciato a dipendere in gran parte dalla «capacità di manipolare adeguatamente il nostro senso di colpa e di solitudine, le nostre paure, ansietà, ostilità, la nostra segreta tensione»<sup>46</sup>.

Packard ha ricordato, in particolare, come nel 1957 i persuasori «occulti» hanno tentato il «reclutamento di nuovi consumatori» con «la campagna che, a prezzo di molti milioni di dollari, l'industria dell'abbigliamento maschile decise di condurre per costringere gli uomini a curare la propria eleganza». Invero, gli uomini americani non sembravano interessarsi molto all'abbigliamento, anzi «avevano la deplorabile abitudine di portare lo stesso vestito per anni

<sup>41</sup> V. Lebow, *Price Competition in 1955*, cit., p. 1 ss., 3, che così spiega il significato di consumismo nella società statunitense: «our enormously productive economy demands that we make consumption our way of life, that we convert the buying and use of goods into rituals, that we seek our spiritual satisfactions, our ego satisfactions, in consumption. The measure of social status, of social acceptance, of prestige, is now to be found in our consumptive patterns. The very meaning and significance of our lives today expressed in consumptive terms. The greater the pressures upon the individual to conform, to safe and accepted social standards, the more does he tend to express his aspirations and his individuality in terms of what he wears, drives, eats- his home, his car, his pattern of food serving, his hobbies».

<sup>42</sup> J. K. Galbraith, *The Affluent Society* (1958), trad. it. *La società opulenta*, Milano, Etas Kompass, 1965.

<sup>43</sup> Ivi, p. 129 ss., 159 ss.

<sup>44</sup> V. Packard, *The Hidden Persuaders* (1957, 1980), trad. it. *I persuasori occulti*, Torino, Einaudi, 2015.

<sup>45</sup> Ivi, p. 35. Più in particolare, «forze nascoste» operano per convogliare «le nostre preferenze, le nostre abitudini, i nostri meccanismi mentali», ricorrendo a «metodi presi a prestito dalla psichiatria e dalle scienze sociali». Influenzano il nostro comportamento quotidiano di consumo impiegando una «varietà di tecniche». La «ricerca motivazionale» infatti si propone di «scoprire in base a quali motivazioni la gente faccia le proprie scelte» e utilizza «metodi atti a raggiungere la parte inconscia o subconscia della mente umana» (p. 5, 9).

<sup>46</sup> Ivi, pp. 23, 41, 54.

e anni di seguito» facendo stagnare le vendite. Gli psicologi hanno allora studiato il fenomeno e sono giunti alla conclusione che «gli uomini erano trattenuti dal timore di apparire troppo vistosi». Ma i persuasori hanno pensato di controbilanciare questo atteggiamento con il «crescente desiderio degli americani di far buona impressione sul gruppo sociale di appartenenza», anche se poi in realtà «la leva più importante per costringere gli uomini a diventare “stagionali, volubili ed eleganti” risultò essere la donna»<sup>47</sup>.

La critica alla società dei consumi di massa è poi proseguita severamente sempre con Vance Packard e con *The Waste Makers*, «coloro che cercano di rendere i loro concittadini più prodighi nella loro vita quotidiana». Anche se ormai «la maggior parte degli americani stanno diventando *waste makers*» e «lo spreco è diventato una parte dello stile di vita americano». La «prodigalità», quindi, è considerata dal giornalista statunitense «lo spirito dell’epoca», definibile anche come «Throwaway Age» e «throwaway spirit»<sup>48</sup>. Questa «pressione di espandere la produzione e il consumo» è creata e mantenuta con strumenti pubblicitari e promozionali. Si basa su un sistema economico che produce beni, che hanno vita breve e generano costante insoddisfazione fra i consumatori, i quali devono imparare a consumare «more and more». Il comportamento e il carattere degli americani sono stati plasmati per creare «voracious, wasteful, compulsive consumers»<sup>49</sup>, che sono allora «stimolati» ad acquistare continuamente nuove versioni dello stesso prodotto e a gettare via quello vecchio.

Ma, in realtà, sarebbe lo stesso produttore che, «promuovendo una filosofia dello spreco» e manipolando il mercato, pianifica e fornisce intenzionalmente prodotti di breve durata, fissa in precedenza «la loro data di morte»<sup>50</sup>. Il produttore giustifica questa «obsolescenza pianificata» affermando che è necessaria per garantire la «crescita economica» e la «piena occupazione»<sup>51</sup> oppure che è ciò che auspica il consumatore. L’espressione «obsolescenza pianificata», come ha spiegato Packard, ha diversi significati e nelle pratiche di marketing può riguardare in particolare tre modi in cui i prodotti possono essere resi obsoleti, costringendo così i consumatori ad aumentare il consumo individuale senza avere una scelta reale: obsolescenza «funzionale», quando viene introdotto un nuovo prodotto che svolge meglio la funzione; «di qualità», quando il prodotto si rompe o si consuma dopo un breve periodo; «di desiderabilità», quando un prodotto ancora valido in termini di qualità o prestazioni diventa «obsoleto» nella nostra mente, perché un nuovo stile o altro cambiamento lo fanno apparire «meno desiderabile», «old-fashioned», «conspicuously non-modern»<sup>52</sup>.

Packard ha osservato, quindi, come un sistema così fondato su un consumo sempre crescente abbia determinato il «pericoloso declino della fornitura di risorse naturali essenziali»,

---

<sup>47</sup> Ivi, p. 157 ss. Se «The Hidden Persuaders» è stato criticato da molti di eccessivo allarmismo, in realtà i manipolatori sociali e la pubblicità sleale, nonostante le profonde trasformazioni economiche e sociali intervenute nei decenni successivi, hanno continuato a tirare i fili «occulti» di uno spettacolo di burattini divenuto di ampiezza globale con l’ausilio di tecnologie sempre più sofisticate, passando dalla televisione a internet (v. p. 5, 253 ss.).

Attualmente non si parla più di «ricerca motivazionale», ma di «neuroscienziati» e «neuromarketing», che rimanda all’impiego di tecniche neuroscientifiche per avere una comprensione più completa del consumatore e creare strategie di marketing complementari alle ricerche di mercato tradizionali. Packard aveva già compreso che il marketing «occulto» non sarebbe stato facilmente arrestabile, ma aveva osservato che «ci resta ancora un ottimo mezzo di difesa contro questi persuasori: possiamo non lasciarci persuadere. In tutte le situazioni abbiamo ancora, virtualmente, la possibilità di scegliere, e i tentativi di manipolazione non avranno alcun effetto se il cittadino è preparato a riceverli» e a difendere il «diritto alla intimità della mente – il diritto di essere, a piacere, razionali o irrazionali» (p. 249 s.).

<sup>48</sup> V. Packard, *The Waste Makers*, ig, Brooklyn, NY, 1960, 1988, pp. 23, 54 ss.

<sup>49</sup> Ivi, p. 38.

<sup>50</sup> Ivi, p. 21 ss.

<sup>51</sup> Ivi, p. 272 ss.

<sup>52</sup> Ivi, pp. 65 ss., 79 ss.

trasformando gli Stati Uniti da una «have nation» a una «have-not nation»<sup>53</sup>, la «commercializzazione» della vita americana e un profondo cambiamento nel «carattere» degli americani<sup>54</sup>.

Agli inizi degli anni Settanta sono comparse poi le prime guide per i consumatori *green*. Negli Stati Uniti usciva *The User's Guide To The Protection Of The Environment* di Paul Swatek, pubblicata da *Friends of the Earth*<sup>55</sup>, per «diventare *utenti* delle risorse di questo pianeta e non pensare più a noi stessi come consumatori». Questo perché «ogni decisione presa da consumatore ha un impatto ambientale». Per tutelare il pianeta occorre «cercare di trasformare le persone e poi, attraverso di loro, le istituzioni»<sup>56</sup>. In particolare, la guida fornisce indicazioni specifiche sui modi per ottenere un cambiamento. Innanzitutto, la migliore guida che qualsiasi consumatore può utilizzare è «il buon senso», cercando di «saperne di più sull'impatto ambientale dei prodotti che acquista e, mentre lo fa, mantenere un sano scetticismo sulle fonti delle sue informazioni». Occorre conoscere i fatti e farsi una propria opinione confrontando «ciò che i leader aziendali dicono nei discorsi sull'inquinamento con ciò che gli annunci pubblicitari delle loro aziende sostengono». Inoltre, occorre «imparare a dire di no» per evitare la catastrofe ambientale<sup>57</sup>.

Dopo avere definito espressioni fondamentali, a partire da ambiente ed ecologia, e ricordato i principi in materia ambientale<sup>58</sup>, la guida ripercorre alcuni importanti settori – il consumo di energia e acqua in casa, i rifiuti privati, il giardinaggio, il cibo del mercato, i cosmetici e gli articoli da toeletta, l'abbigliamento, i trasporti e le attività ricreative – per dare informazioni sui prodotti, su cosa si nasconde dietro i prodotti e su come valutarne gli effetti per l'ambiente. Con particolare riguardo ai rapporti fra l'abbigliamento e l'ambiente, si fa riferimento alle specie in via di estinzione e viene offerta anche una panoramica efficace delle conseguenze che derivano dall'impiego del cotone, della lana e delle fibre sintetiche. L'autore critica soprattutto l'abbigliamento «usa e getta» e i gravi costi per l'ambiente, perché i vestiti sono invece essenzialmente dei «beni durevoli». Anziché gettare, occorre modificare, donare ad amici, parenti e istituzioni che si occupano di abbigliamento usato, imparare a creare il proprio abbigliamento. Non è ragionevole «comprare un guardaroba che diventa obsoleto in un anno» e non si deve diventare «schiavi dei dettami degli esperti di moda»<sup>59</sup>.

In Inghilterra la *Consumers' Guide to the Protection of the Environment*, pubblicata nel 1971 sempre da *Friends of the Earth*<sup>60</sup> e che ha ripreso la sorella statunitense, è una «action guide» per i consumatori, perché riconosce loro un ruolo fondamentale per la salvezza dell'ambiente, sempre che riescano a «cambiare le proprie abitudini di consumo»<sup>61</sup>. Jonathan Holliman, studioso delle problematiche ambientali e impegnato in diverse organizzazioni, ha osservato come tutte le scelte dei consumatori abbiano «un impatto sull'ambiente», quando si fa shopping o si usa un trasporto pubblico o privato o si sceglie dove vivere. In una società fondata sulla produzione e sul consumo che aumenta in modo persistente, «siamo costantemente sottoposti a lavaggio del cervello per consumare quello che il produttore vuole

<sup>53</sup> Ivi, pp. 22, 198 ss., che richiama l'articolo di Richard Rutter de *The New York Times* del 9 dicembre 1958 su *Dangerous decline found in United States natural resources*.

<sup>54</sup> Ivi, p. 217 ss., che osserva come «commercialization is becoming so all-pervasive that at times it seems to be getting into the air the public breathes. The public is under a fairly constant siege of hard sells, soft sells, funny sells, sly sells».

<sup>55</sup> P. Swatek, *The User's Guide To The Protection Of The Environment. The indispensable guide to making every purchase count*, Friends of the Earth/Ballantine, New York, 1970.

<sup>56</sup> Ivi, p. 3 s.

<sup>57</sup> Ivi, pp. 4 ss., 8 ss.

<sup>58</sup> Ivi, p. 10 ss.

<sup>59</sup> Ivi, p. 239 ss.

<sup>60</sup> J. Holliman, *Consumers' Guide to the Protection of the Environment*, 1971, London, Pan/Ballantine Book-Friends of the Earth, 1974.

<sup>61</sup> Ivi, p. 13 s., osserva che «perhaps the best guide to making consumer decisions count is common sense» e «one of the best ways of persuading others is to practise it yourself».

che consumiamo e non quello di cui abbiamo veramente bisogno»<sup>62</sup>. Con la conseguenza che è soprattutto «l’aumento dei consumi individuali» ad incidere negativamente sulla qualità dell’ambiente<sup>63</sup>.

Nella *Consumers’ Guide* di Holliman non si procede a esaminare i singoli prodotti e a valutare il comportamento delle singole imprese, ma si invita ciascun consumatore a considerare l’impatto delle proprie scelte in relazione a diverse questioni ambientali: sovraconsumo, inquinamento, cibo e additivi, prodotti chimici e inquinamento acustico nelle abitazioni, consumo di acqua e di energia, trasporto, rifiuti e imballaggi. Si guardano i problemi da affrontare e si cercano delle soluzioni concrete per risolverli.

In particolare, il settore dell’abbigliamento e della moda è inserito nell’ambito della questione sul sovraconsumo. Questo perché include i «dispositivi di obsolescenza pianificata e persuasione», «promuove la disponibilità e asseconda la vanità personale e la ricerca di status». Se l’abbigliamento costituisce certamente una necessità, comprare tuttavia «un guardaroba che diventa obsoleto in un anno o meno non è molto ragionevole»<sup>64</sup>. A questo punto la guida elenca al consumatore una serie di consigli utili per acquistare in linea con la tutela del pianeta e «resistere ai suggerimenti degli esperti di moda» che inducono a «consumare più del necessario». Gli abiti dovrebbero durare invece a lungo, tra l’altro curandone l’uso e ponendo attenzione sulle riparazioni. Inoltre si dovrebbero «evitare indumenti usa e getta» e si richiama altresì l’usanza danese del patchwork per impiegare i tessuti di abiti che non possono più essere riparati<sup>65</sup>. La conversione a uno stile di vita in sintonia con la natura dovrebbe quindi «partire dal consumatore e dalla riconquista del potere politico di avere una scelta reale sul mercato»<sup>66</sup>.

Le guide rivolte ai consumatori *green* hanno avuto molto successo soprattutto dalla fine degli anni Ottanta e spesso il *green consumerism* è stato considerato un compromesso dell’«era thatcheriana» fra l’attivismo ambientalista e la politica liberale<sup>67</sup>. Si può ricordare *The Green Consumer Guide* di John Elkington e Julia Hailes<sup>68</sup>, la guida per coloro che vogliono consumare nel rispetto dell’ambiente e diventare consumatori «ecologici», perché ogni scelta d’acquisto influenza l’ambiente, anche se non è facile cogliere i «legami esistenti tra i comportamenti quotidiani e il degrado ambientale»<sup>69</sup>. Dopo una sommaria parte introduttiva sui «costi per la Terra», che spiega anche attraverso l’utilizzo di dati i diversi problemi ambientali e i possibili rimedi<sup>70</sup>, la guida verde ripercorre diversi settori e si rivolge a «ogni tipo di consumatore» e a «qualsiasi stile di vita». Vuole essere uno strumento generale di informazione sui prodotti «ecologici» presenti sul mercato, vuole combattere lo shopping inteso come un «passatempo» e valutare le scelte «tra questa o quella marca di prodotti in commercio» o «tra l’acquistare e il non acquistare» quando si entra in un supermercato, in un autosalone, in un vivaio o in un’agenzia di viaggi<sup>71</sup>. Sembra inoltre interessante notare che nell’edizione successiva del 2007 *The New Green Consumer Guide*<sup>72</sup> si è ripresentata in veste modernizzata, ma ha mantenuto l’impostazione originaria. Anche nella nuova versione una breve introduzione spiega

---

<sup>62</sup> Ivi, p. 12.

<sup>63</sup> Ivi, p. 13.

<sup>64</sup> Ivi, p. 34 s.

<sup>65</sup> Ivi, p. 35 s.

<sup>66</sup> Ivi, p. 240, che puntualizza come siano necessari “the willpower and determination of those who are prepared to overcome their inbred habits and years of unecological living. Start today!”

<sup>67</sup> Si veda M. Robinson, *The Greening of British Party Politics*, Manchester, 1992.

<sup>68</sup> J. Elkington & J. Hailes, *The Green Consumer Guide. From shampoo to champagne – high-street shopping for a better environment*, London, Gollancz, 1988.

<sup>69</sup> Ivi, p. 1, dove si osserva che «molti di noi vorrebbero fare la cosa giusta, ma semplicemente non sappiamo come».

<sup>70</sup> Ivi, p. 13 ss.

<sup>71</sup> Ivi, pp. 2, 4.

<sup>72</sup> J. Hailes and foreword by R. Boycott, *The New Green Consumer Guide. You can make a difference*, London, Simon & Schuster, 2007.

innanzitutto al consumatore «verde» le principali problematiche ambientali per poi percorrere diversi settori di interesse: casa e giardino, cibo e bevande, trasporto, cosmetici e fashion, dove si possono rinvenire informazioni su prodotti e servizi e consigli utili su scelte d'acquisto e di vita.

Così, per il settore moda Hailes è partita dalla critica che «l'idea stessa di moda è chiaramente *un-green*, in quanto porta a disfarsi delle cose che sono in perfette condizioni semplicemente perché non sono più di moda». Ne consegue un «aumento massiccio degli acquisti di abbigliamento» dovuto anche al fatto che «i costi sono crollati» e «l'importazione a basso costo dall'Estremo Oriente ha messo sottosopra l'industria della moda» determinando «un completo collasso nel riciclo dei tessuti»<sup>73</sup>. La guida vuole essere uno strumento d'informazione per aiutare i consumatori a sviluppare una diversa sensibilità ed effettuare scelte più consapevoli in sintonia con l'ambiente. Hailes ha spiegato le differenze fra i diversi materiali impiegati per l'abbigliamento (cotone, poliestere, viscosa, lana)<sup>74</sup> e ha osservato che «la grande sfida per l'industria della moda è trovare una soluzione, che consenta di risparmiare energia e risorse, ma non comporti costi troppo elevati»<sup>75</sup>.

Sempre negli anni Ottanta anche in Germania è stata pubblicata una guida per i consumatori *green*, *Der Umwelt-Tester* di Bernhard Rosenkranz con la collaborazione della *Verbraucher – Zentrale* di Amburgo<sup>76</sup>. Questa guida è diretta ad avvisare i consumatori quando si ha a che fare con sostanze nocive e come possano essere accertate e impedito o almeno ridotte. Guardando ai settori cibo-abitazione-acqua-aria la guida intende essere uno strumento di informazione e di aiuto per il «consumatore critico», perché anche partendo dalla sfera privata si può contribuire in modo decisivo alla salute dell'ambiente e delle persone<sup>77</sup>. Sono così esaminati gli alimenti, l'acqua da bere, l'aria, i detersivi per la casa, le stoviglie e i giocattoli, lo smaltimento, il trattamento e il riutilizzo dei rifiuti e sono state presentate e valutate anche le competenze, il funzionamento e i costi di determinate istituzioni del settore<sup>78</sup>. La guida si occupa, tra l'altro, della problematica relativa al rapporto fra «il bucato bianco splendente e lo sporco per l'ambiente»<sup>79</sup>, fornendo informazioni dettagliate sul monitoraggio dei detersivi e dei detersivi e tenendo conto soprattutto dell'usura dei tessuti, della formazione dei residui e dell'inquinamento ambientale. Questo perché i detersivi sono composti in massima parte da sbiancanti e tensioattivi, alcuni dei quali sono difficilmente biodegradabili e velenosi per gli organismi acquatici<sup>80</sup>.

#### IV. LAVORATORI GLOBALI E MOVIMENTO DEL VESTIRE «CRITICO».

Nel 2012 oltre 260 lavoratori sono morti per un incendio nella fabbrica di abbigliamento Ali Enterprise in Pakistan. Questo perché la fabbrica non aveva vie di fuga e le uscite erano bloccate o chiuse a chiave, le finestre erano sbarrate, il sistema antincendio non era adeguato e gli operai non erano stati preparati ad affrontare le emergenze. Secondo una pronuncia del Tribunale di Karachisent del 2020, invece, la tragedia sarebbe stata causata dal terrorismo. Si tratta di uno fra i tanti orrori causati dalla *fast fashion*, insieme anche al crollo nel 2013 del

<sup>73</sup> Ivi, p. 203.

<sup>74</sup> Ivi, p. 206 s.

<sup>75</sup> Ivi, p. 203. La guida elenca, tra l'altro, dei «Clothing tips»: buy only what you need; buy second-hand or recycled clothes; pass clothes on to friends and relatives; buy and sell clothes on Ebay; hire or lease clothes where possible; buy good-quality clothes; try hemp and organic materials; avoid clothes that need dry-cleaning; choose easy-care clothes; only put clothes in the wash when they're dirty; wash clothes at low temperatures; do away with ironing; avoid tumble dryers like the plague!

<sup>76</sup> B. Rosenkranz, *Der Umwelt-Tester. Schadstoffe im Alltag aufspüren – messen – verbinden*, herausgegeben von der Verbraucher-Zentrale Hamburg e. V., Hamburg, Rowohlt, 1986. Si vedano anche S. Schwartau, B. Rosenkranz, *Der Kosmetik Tester. Inhaltsstoffe – Rezepte - Naturkosmetik*, Hamburg, Rowohlt, 1990.

<sup>77</sup> B. Rosenkranz, *Der Umwelt-Tester*, cit., p. 9.

<sup>78</sup> Ivi, p. 12 ss.

<sup>79</sup> Ivi, p. 113 ss.

<sup>80</sup> Ivi, p. 119 ss.

Rana Plaza in Bangladesh, in cui hanno perso la vita più di mille persone a causa di un cedimento strutturale dell’edificio, dovuto all’eccessivo peso dei macchinari delle imprese tessili che ospitava. Era a tutti nota la condizione dell’edificio non fosse più sicuro, gli operai erano stati minacciati di perdere il posto e il salario, erano stati costretti ad andare a lavoro. L’industria tessile è ormai a tutti nota per costituire uno dei principali luoghi delle moderne schiavitù. L’orario di lavoro in un’industria tessile si aggira intorno alle 14 ore al giorno, gli straordinari sono obbligatori, ma il salario non raggiunge la soglia di povertà; mancano spesso contratti di lavoro legali; le lavoratrici subiscono regolarmente violenze e il lavoro minorile rappresenta la regola; la maggior parte dei lavoratori non possono costituire sindacati per ottenere delle condizioni di lavoro dignitose e delle protezioni per la salute e la sicurezza dei luoghi e, se provano ad organizzarsi, vengono licenziati o anche uccisi; lo sciopero è solitamente vietato. Ancora nel 2018 alcune ricerche hanno dimostrato che molti lavoratori di H&M (in India, Turchia, in Cambogia o in Bulgaria) vivono sotto la soglia di povertà, nonostante le promesse dell’azienda avesse promesso di pagare un salario dignitoso<sup>81</sup>.

Lo sfruttamento dei lavoratori e l’inafferrabilità delle filiere costituiscono il sistema dal quale le imprese di abbigliamento traggono i loro profitti. Per comprendere appieno questo sistema di frammentazione funzionale e spaziale che caratterizza l’attuale processo produttivo nel settore tessile, ma non solo, occorre ricordare, riprendendo le parole di Luciano Gallino<sup>82</sup>, che fin dagli anni Ottanta si è verificata «una profonda trasformazione della produzione di beni e servizi», che è stata «scomposta, riorganizzata e ridistribuita in tutto il mondo su scala globale, perseguendo la cosiddetta “creazione di valore”». Sono state così create delle «catene reticolari di unità produttive» distribuite attraverso i continenti, facendo in modo che i singoli e numerosi «anelli della catena globale di creazione del valore», localizzati in paesi differenti, siano «il più possibile indipendenti e autosufficienti» e «ciascuno di essi presenti la miglior combinazione localmente possibile di fattori quali: basso costo del lavoro; nessun limite all’orario di lavoro; agevolazioni fiscali e doganali; vincoli scarsi o inesistenti in tema di ambiente; presenza limitata o nulla dei sindacati». Questo perché quando le singole unità produttive «sono di dimensioni ridotte, e lontane tra loro», è difficile che l’organizzazione sindacale dei lavoratori possa rappresentare, a livello locale o transnazionale, «una fonte reale di opposizione nei confronti delle direzioni per qualsiasi aspetto delle condizioni di lavoro». Di conseguenza, la globalizzazione e la riorganizzazione produttiva hanno «sottratto un tratto il più lungo possibile del processo produttivo alle condizioni di lavoro predominanti nei paesi industriali avanzati», caratterizzate da salari elevati, contratti di durata indeterminata, vincoli legislativi al licenziamento e forti tutele sindacali, per rivolgersi alla Cina, India, Indonesia, ad altri paesi del Sud-est asiatico, ma anche ai maggiori paesi dell’ex Urss, Russia e Ucraina, dove si può disporre di una sterminata quantità di forza lavoro a condizioni molto peggiori: «in pochi lustri circa un miliardo e mezzo di lavoratori “globali” sono stati quindi deliberatamente posti in competizione con i lavoratori dei paesi più avanzati». Si è affermata così una «concezione diversa di concorrenza», per cui si deve ormai fare concorrenza «a 360 gradi». Con la conseguenza che, per sopravvivere sul mercato, occorre «peggiore le condizioni di lavoro»<sup>83</sup>.

Di fronte alle troppe ingiustizie perpetrate nei confronti dei lavoratori dell’industria tessile globale, da diversi decenni ormai movimenti e organizzazioni, sindacati, associazioni dei

---

<sup>81</sup> Di esperienze che dimostrano le condizioni disumane alle quali sono costretti i lavoratori nelle industrie tessili si possono leggere, fra l’altro, in Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Guida al vestire critico*, cit., che descrive le fabbriche come delle caserme; D. Thomas, *Unfair Fashion*, riva, 2020; G. Burckhardt, *Todschick. Edle Labels, billige Mode – unmenschlich produziert*, Heyne, 2014.

<sup>82</sup> L. Gallino, *Trasformazioni produttive e politiche del lavoro*, intervento al convegno sulla riforma del diritto del lavoro tenutosi a Torino il 19 giugno 2012, consultabile su [www.giuristidemocratici.it](http://www.giuristidemocratici.it).

<sup>83</sup> *Intervista a Luciano Gallino*, a cura di L. Pregolato, Fondazione Claudio Sabattini, Seminario Torino, 13 luglio 2013, p. 31 ss.

consumatori, gruppi studenteschi, hanno lanciato allora campagne per i diritti dei lavoratori nelle fabbriche e hanno combattuto per un mercato della moda più etico. Hanno attirato l'attenzione dei media, mobilitato i cittadini e consumatori rispetto agli abusi perpetrati nei confronti dei lavoratori da parte delle aziende e hanno rivolto le critiche, le proteste e le rivendicazioni, direttamente e pubblicamente, ai marchi e ai rivenditori di abbigliamento per spingerli a modificare le loro politiche e pratiche.

Tra le diverse campagne di denuncia e di pressione dell'industria tessile globale, ricordo in particolare la *Clean Clothes Campaign* (CCC)<sup>84</sup> per la difesa della dignità del lavoro, che ha svolto un ruolo fondamentale nella battaglia per un vestire «critico». È nata in Olanda agli inizi degli anni Novanta insieme anche ad altri movimenti, quando è iniziata «la fuga della produzione verso i paesi ad alta licenza di sfruttamento»<sup>85</sup>.

Nell'ottobre 1995 il Centro Nuovo Modello di Sviluppo, sorto nel 1985 e coordinato da Francesco Gesualdi, ha organizzato a Pisa una conferenza su *Sud-Nord. Nuove alleanze per la dignità del lavoro*<sup>86</sup>, dove sono arrivati da tutte le parti del mondo movimenti di sensibilizzazione e di pressione per discutere e collaborare insieme, al fine di garantire condizioni di lavoro dignitose nelle fabbriche. Per il settore dell'abbigliamento era presente anche l'organizzazione *Clean Clothes Campaign*<sup>87</sup>, che già operava sia a livello nazionale che internazionale, avendo creato una rete di contatti con diversi sindacati internazionali indipendenti, organizzazioni femminili, giornalisti e ricercatori in tutto il mondo. A livello nazionale CCC ha organizzato poi campagne di sensibilizzazione sulle condizioni di lavoro esistenti nelle fabbriche e campagne di pressione sulle imprese responsabili. In particolare, ha redatto un codice di condotta collegato a un marchio di garanzia per assicurare che l'abbigliamento sia prodotto nel rispetto dei diritti fondamentali contenuti nelle risoluzioni e convenzioni dell'OIL riguardanti la libertà di associazione, la contrattazione collettiva, il salario minimo garantito, il divieto dello straordinario obbligatorio, il divieto di discriminazione, l'ambiente di lavoro sicuro e salubre, il divieto di impiegare bambini. Inoltre, le imprese devono consentire controlli nelle fabbriche da parte di organismi indipendenti, al fine di assicurare che «il codice di condotta non sia solo un'operazione di facciata» e garantire così l'effettività del comportamento promesso con il miglioramento delle condizioni di lavoro e la creazione di sindacati<sup>88</sup>. Non da ultimo rileva l'informazione dei consumatori e, per attirare la loro attenzione, la Campagna ha messo in circolazione diverso materiale informativo, ha organizzato assemblee, discorsi pubblici, manifestazioni e picchetti davanti ai negozi. Ha lavorato insieme agli altri organismi per il commercio equo e solidale, alle Chiese, ai movimenti femminili, ad organismi sindacali, alle organizzazioni dei consumatori e alle Ong per lo sviluppo. L'informazione gioca un ruolo importante anche perché «può essere lo strumento che permette poi di passare all'azione»<sup>89</sup>.

Oggi la CCC è un network globale formato da 234 organizzazioni che collaborano mediante quattro coalizioni regionali presenti in Europa e in Asia. Interagisce anche con diverse organizzazioni nel Nord e Centro America e in Australia. In Italia la *Campagna Abiti Puliti*, che è una delle 14 coalizioni nazionali della CCC in Europa, è coordinata da *Fair* e composta

---

<sup>84</sup> L. Sluiter, *Clean Clothes. A Global Movement to end Sweatshops*, Pluto Press, 2009; P. Balsiger, *The Fight for Ethical Fashion. The Origins and Interactions of the Clean Clothes Campaign*, Routledge, 2014.

<sup>85</sup> Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Guida al vestire critico*, cit., p. 150 s.

<sup>86</sup> Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *SUD-NORD. Nuove alleanze per la dignità del lavoro*, Atti della conferenza di Pisa, 1-2-3 ottobre 1995, Bologna, EMI, 1996.

<sup>87</sup> *Campagna per i diritti dei lavoratori nel settore tessile* di Janneke van Eijk, rappresentante dell'organizzazione olandese *Clean Clothes Campaign*, in Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *SUD-NORD*, cit., p. 104 ss.

<sup>88</sup> Ivi, p. 105, dove si osserva, tra l'altro, come l'esperienza di alcune catene di distribuzione americane, come GAP, insegna che «anche quando le imprese hanno un buon codice di condotta, questo resta lettera morta se non c'è un organismo indipendente di controllo», senza il quale non si riuscirebbero a conoscere le reali condizioni dei lavoratori nelle fabbriche.

<sup>89</sup> Ivi, p. 106.

---

da *Altraqualità*, *Centro Nuovo Modello di Sviluppo*, *Fondazione Finanza Etica*, *Guardavanti Onlus*, *Movimento Consumatori*, *OEW*, *Hoferlab*<sup>90</sup>.

Tra le diverse aree di intervento, ricordo ancora quella di garantire un salario dignitoso in tutte le catene di fornitura dell’industria tessile. La pandemia ha aggravato ulteriormente la miseria delle paghe e soltanto pochi marchi dichiarano di corrispondere un salario dignitoso. Anche per questi motivi la campagna *#PayYourWorkers* sta chiedendo a tutti i marchi di abbigliamento e ai distributori di rispettare i diritti fondamentali dei lavoratori. Così, ad esempio, nonostante gli ingenti profitti ottenuti da Amazon durante la pandemia, i lavoratori della catena di fornitura protestano per le condizioni in cui sono costretti a vivere e a lavorare. Di rilievo è anche l’ultimo Accordo Internazionale per la Salute e la Sicurezza nell’Industria Tessile e dell’Abbigliamento, che nell’agosto 2021 ha esteso e ampliato l’Accordo di Bangladesh per tutelare la sicurezza dei lavoratori al di là del Bangladesh. Si tratta in particolare dell’applicabilità legale degli impegni dei marchi, del controllo indipendente di conformità del marchio, dell’obbligo di pagare prezzi ai fornitori sufficienti a sostenere posti di lavoro sicuri e dell’obbligo di cessare l’attività con qualsiasi fabbrica che rifiuti di operare in condizioni di sicurezza.

Accanto alle campagne di denuncia e di pressione, un altro importante strumento per combattere le ingiustizie sociali è il consumo «critico», che invita i consumatori a partecipare attivamente al cambiamento, rivolgendo l’attenzione sulle abitudini e sulle scelte quotidiane d’acquisto e valutando il comportamento non solo ambientale, ma anche sociale delle imprese che si nasconde dietro ai prodotti.

Così, verso la metà degli anni Ottanta, nonostante il prevalere di una concezione economica individualista, il movimento ha portato anche alla pubblicazione delle prime guide rivolte ai consumatori «critici». In particolare, è stato pubblicato negli Stati Uniti *Rating America’s Corporate Conscience. A provocative guide to the companies behind the products you buy every day*<sup>91</sup>, proposta dal *Council on Economic Priorities* (CEP), fondato nel 1969 da Alice Tepper Marlin. Si tratta del primo lavoro di ricerca e valutazione critica sul comportamento delle imprese, al fine di garantire a consumatori, investitori, lavoratori, manager e policy maker la possibilità di effettuare le scelte quotidiane in modo più informato. Il CEP ha fornito le informazioni che dovrebbero alimentare la «Corporate conscience», diventando uno «strumento efficace per il cambiamento» e passando dal perseguimento dei profitti a breve termine e dalle forme di discriminazione nei rapporti di lavoro alla tutela dell’ambiente e delle persone<sup>92</sup>. In particolare, 130 imprese sono state valutate per la loro «social performance», vale a dire per le politiche e attività sui temi principali della responsabilità sociale<sup>93</sup>. Di qualche anno successivo è poi la guida al consumo *Shopping for a better World*, pubblicata sempre dal CEP e da Alice Tepper Marlin<sup>94</sup>, che ha impiegato sostanzialmente la ricerca svolta negli anni precedenti. Si tratta di una guida, semplice e leggera, rivolta ai consumatori per esprimere il loro «economic vote conscientiously», al fine di influenzare la politica e le pratiche aziendali

---

<sup>90</sup> Per maggiori informazioni sulle attuali campagne di pressione si possono visitare [www.cleanclothes.org](http://www.cleanclothes.org) e [www.abitipuliti.org](http://www.abitipuliti.org).

<sup>91</sup> S. D. Lydenberg, A. Tepper Marlin, S. O’Brien Strub, and the Council on Economic Priorities, *Rating America’s Corporate Conscience. A provocative guide to the companies behind the products you buy every day*, Addison-Wesley, 1986, p. 5.

<sup>92</sup> A. Tepper Marlin, *Preface*, in S. D. Lydenberg, A. Tepper Marlin, S. O’Brien Strub, and the Council on Economic Priorities, *Rating America’s Corporate Conscience*, cit., p. vii s.

<sup>93</sup> S. D. Lydenberg, A. Tepper Marlin, S. O’Brien Strub, and the Council on Economic Priorities, *Rating America’s Corporate Conscience*, cit., p. 3 s.

<sup>94</sup> A. Tepper Marlin, J. Schorsch, E. Swaab, and R. Will, *Shopping for a better World. A Quick and Easy Guide to Socially Responsible Supermarket Shopping*, 1989, New York, CEP and Ballantyne, 1992. Nel 1990 Alice Tepper Marlin e CEP hanno vinto il «Right Livelihood Award» per «the courage and vision to show the directions in which the Western economy must develop if it is to contribute to – instead of harm – global security and the well-being of humanity».

e aiutare in questo modo a «cambiare il mondo». È uno strumento che contiene le informazioni necessarie per selezionare i prodotti e conoscere realmente le imprese sostenute dalle scelte d'acquisto dei consumatori. La guida, in particolare, classifica le imprese in base alla loro posizione sulle seguenti questioni: contributi in beneficenza, rappresentanza delle donne e delle minoranze nei consigli di amministrazione e nelle posizioni di vertice, lotta contro la sperimentazione sugli animali, divulgazione delle informazioni, impegno sociale, Sud Africa e apartheid, ambiente, famiglia e lavoro, coinvolgimento con armi nucleari e convenzionali<sup>95</sup>.

Nello stesso periodo in Inghilterra *New Consumer*, un organismo di ricerca con scopi caritatevoli fondato da Richard Adams nel 1989, ha considerato il lavoro svolto dal movimento del *green consumerism* e dalla «Green Consumer's Guide», ma ha preso soprattutto a modello il CEP statunitense. Secondo *New Consumer*, infatti, occorre ricercare non solo prodotti «environmentally friendly» ma, in una visione più ampia, prodotti «people-friendly»<sup>96</sup>. Diverse sono state le pubblicazioni dirette a dare informazioni sulle politiche sociali, ambientali ed etiche delle imprese e a promuovere un consumo socialmente responsabile. In particolare, sono del 1991 *Changing Corporate Values*<sup>97</sup>, un ampio e dettagliato studio sulla responsabilità sociale d'impresa, e *Shopping for a better World*<sup>98</sup>, un'agile guida allo shopping socialmente responsabile, che valuta 125 imprese inglesi e europee e invita il consumatore a «turn the shopping trolley into a vehicle for social change!», a utilizzare il potere d'acquisto per «costruire un mondo migliore»<sup>99</sup>. Quest'ultima, analogamente alla guida al consumo statunitense, della quale riprende lo stesso nome, non si interessa di esaminare il prezzo o la qualità dei prodotti, ma valuta le imprese che stanno dietro ai prodotti<sup>100</sup>. Proceda a una classificazione per prodotti e per imprese<sup>101</sup> e utilizza pressoché i medesimi criteri per valutare socialmente le imprese: divulgazione delle informazioni, rappresentanza delle donne e delle minoranze nei consigli di amministrazione e nelle posizioni di vertice, impegno sociale/ contributi in beneficenza, impatto ambientale e azione, lotta contro la sperimentazione sugli animali, Terzo Mondo, Sud Africa e apartheid, donazioni politiche. Nella suddivisione per prodotti, diverse categorie interessano in particolare il settore della moda, dall'abbigliamento alle calzature e loro rivenditori, dai negozi ai grandi magazzini. Così, per esemplificare e facendo riferimento al periodo di pubblicazione della guida, si può apprendere che l'azienda Primark non ha fornito informazioni o la sua relazione annuale non conteneva alcun riferimento alle politiche o pratiche sociali o etiche; con riguardo alla rappresentanza delle donne e delle minoranze nei consigli di amministrazione e nelle posizioni di vertice, all'impatto ambientale e alla lotta contro la sperimentazione sugli animali, non ha fornito informazioni sufficienti su cui fondare una valutazione; o, ancora, rispetto ai contributi in beneficenza e all'impegno sociale, meno dello 0,2 per cento del profitto è stato donato nel Regno Unito e sono state poche le prove di altre iniziative di beneficenza non in denaro; con riguardo al Terzo Mondo, è risultata un'azienda con un coinvolgimento leggero e senza politiche significative per le sue attività; rispetto all'apartheid, possedeva filiali con più di 100 dipendenti in Sud Africa; non ha effettuato donazioni

<sup>95</sup> Ivi, p. 14 ss.

<sup>96</sup> Si veda M. Anderson, *A History of Fair Trade in Contemporary Britain*, London, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 108 ss., 114. Successivamente *New Consumer* si è concentrato sulle attività di commercio alternativo, mentre si sono affermati altri e diversi gruppi di ricerca. Ricordo l'*Ethical Consumer Research Association* (ECRA), che rappresenta gli interessi dei consumatori e valuta il comportamento delle imprese a prescindere dalle loro dimensioni, e l'EIRIS, che si rivolge invece agli investitori e per questo circoscrive la sua analisi alle imprese quotate in borsa.

<sup>97</sup> R. Adams, J. Carruthers, S. Hamil, *Changing corporate values. A guide to social and environmental policy and practice in Britain's top companies*, London, Kogan Page, 1991.

<sup>98</sup> R. Adams, J. Carruthers, C. Fisher, *Shopping for a Better World. A Quick and Easy Guide to Socially Responsible Shopping*, New Consumer, London, Kogan Page, 1991.

<sup>99</sup> Ivi, p. 4.

<sup>100</sup> Ivi, p. 5.

<sup>101</sup> Ivi, pp. 35 ss., 127 ss.

politiche e ha venduto più di 1 milione di bevande alcoliche nell’anno finanziario di riferimento<sup>102</sup>.

È anche interessante notare come alcune società, nonostante l’evidente carenza di informazioni divulgate, abbiano sostenuto che le politiche sociali fossero ben note e abbiano dichiarato di non voler essere incluse in nessuna pubblicazione di *New Consumer*<sup>103</sup>.

C&A, in qualità di rivenditore di abbigliamento, ha ricevuto invece da *New Consumer* una valutazione parzialmente positiva, essendo all’avanguardia per alcuni aspetti della responsabilità sociale, in particolare nella politica del personale, sebbene sia restata reticente sulle informazioni relative ad altri importanti aspetti, dalla proprietà al controllo, dalla rappresentanza delle donne e delle minoranze nei consigli di amministrazione e nelle posizioni di vertice ai contributi in beneficenza. Ha aperto la strada, infatti, alla «five-day week» nella vendita al dettaglio ed è stato uno dei principali sostenitori della *Keep Sunday Special Campaign* contro l’apertura dei negozi la domenica. Le condizioni di lavoro, la retribuzione, il diritto alle ferie e le indennità sono state valutate buone per il settore e l’azienda si è dimostrata sensibile e ha dichiarato di monitorare costantemente la propria politica di pari opportunità. Più in particolare, C&A ha intrapreso rapporti di fornitura con diversi paesi del Terzo Mondo, ma si è espressamente dichiarata contraria a qualsiasi forma di sfruttamento dei lavoratori da parte dei suoi fornitori. E ha indicato che avrebbe adottato una serie di iniziative per tutelare i lavoratori, a partire dalla formazione degli acquirenti e da una revisione del modulo d’ordine standard per inserire termini e condizioni legalmente vincolanti. Tuttavia, C&A non è stata disposta a fornire dati<sup>104</sup>.

Qualche anno dopo usciva poi in Italia la *Guida al consumo critico* del Centro Nuovo Modello di Sviluppo<sup>105</sup>. Il Centro non è un’associazione di consumatori e «forse, proprio perché è lontano dalle logiche corporative, ha attribuito al consumo un valore politico»<sup>106</sup>. Se inizialmente le principali iniziative erano dedicate al commercio equo e solidale e al boicottaggio, a seguito della partecipazione all’incontro organizzato nel 1992 da *New Consumer* l’interesse si è rivolto al consumo qualificato come «critico» per evidenziarne il carattere laico e l’impegno politico, al fine di «costringere le imprese e il sistema a comportamenti più equi»<sup>107</sup>.

La *Guida al consumo critico* dedica attenzione al «comportamento delle imprese» e alle conseguenze degli acquisti per raggiungere un «consumo consapevole», per indirizzare la scelta che «diventa scelta di vita». Il consumo «critico» consiste nel «fare la spesa smettendo di utilizzare come unici criteri di scelta il prezzo e la qualità dei prodotti, ma anche la loro storia sociale e ambientale, nonché il comportamento più generale delle imprese». In particolare, nella prima edizione del 1996, la guida ha analizzato 180 imprese, italiane ed estere, del settore alimentare e del settore dei prodotti per l’igiene che riforniscono i supermercati, il loro atteggiamento rispetto alla salute dei consumatori e ai diritti dei

---

<sup>102</sup> Ivi, p. 52. Una valutazione analoga si può leggere anche per le ben note società Burberrys, anche se ha fornito (solo) qualche informazione al pubblico (ivi, p. 68), e Clarks, con la differenza di possedere filiali in Sudafrica che impiegano meno di 100 dipendenti o di avere accordi di licenza o franchising (ivi, p. 76).

<sup>103</sup> Così per la società Clarks. Il materiale per le scarpe proveniva dalla Thailandia e da Taiwan e alcune tomaie dall’India (ivi, p. 152).

<sup>104</sup> Ivi, p. 69, 148.

<sup>105</sup> *Guida al consumo critico. Informazioni sul comportamento delle imprese per un consumo consapevole*, Centro nuovo modello di sviluppo, Verona, EMI, 1996.

<sup>106</sup> F. Gesualdi del Centro nuovo modello di sviluppo, *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale*, Milano, Feltrinelli, 1999, 4° Edizione, 2004, p. 83.

<sup>107</sup> Ivi, p. 84. Il boicottaggio deve essere considerato «un’arma straordinaria» da impiegare nei casi estremi, mentre il commercio equo e solidale offre una «soluzione immediata» rispetto a un sistema commerciale oppressivo.

lavoratori, alla tutela dell'ambiente, nonché i loro rapporti con i paesi poveri, con il mondo delle armi e con i paradisi fiscali<sup>108</sup>.

Dieci anni più tardi sempre il Centro Nuovo Modello di Sviluppo ha pubblicato una più specifica *Guida al vestire critico*<sup>109</sup>, diretta a «far conoscere la complessità del settore» e a «divulgare le informazioni disponibili» sulle imprese di abbigliamento più conosciute, valutando il loro comportamento sociale e ambientale, al fine di orientare le scelte d'acquisto dei consumatori critici verso «prodotti ottenuti nel rispetto dei diritti, dell'equità, della sostenibilità»<sup>110</sup>. D'altra parte, si è anche osservato che «per non rendersi più complici dello sfruttamento che si cela dietro a ciò che indossiamo ogni giorno», «forse l'unica arma finora nelle mani dei consumatori per contrastare lo strapotere delle multinazionali è l'essenzialità, ovvero ridurre gli acquisti»<sup>111</sup>.

La guida procede quindi a dare alcuni «consigli per un vestire responsabile»<sup>112</sup>. Occorre innanzitutto «praticare la sobrietà», cercando di soddisfare i propri bisogni impiegando meno risorse e producendo meno rifiuti. Si deve prediligere l'«essenzialità» «senza cedere alle pressioni della moda, della pubblicità o della competizione sociale»; occorre ridurre gli sprechi, riparare e riusare vestiti dismessi, riciclare. «Compra dignitoso» significa poi acquistare vestiti ottenuti «nel rispetto dei diritti dei lavoratori», procedendo quindi a controllare le etichette per stabilire il paese di provenienza, le certificazioni sociali delle imprese e i codici di condotta<sup>113</sup>. Per vestire in modo critico occorre anche «comprare equo» tramite il circuito del commercio equo e solidale, diretto a «promuovere un commercio internazionale giusto, favorire la crescita di realtà produttive rispettose della persona e dell'ambiente, aiutare le comunità del Sud del mondo a sanare le ferite provocate dal colonialismo». Grazie al commercio equo e solidale, nato come movimento a sostegno dei piccoli produttori, il prezzo non è fissato dall'andamento del mercato e «manovrato dalle multinazionali», ma è stabilito «di comune accordo fra le cooperative di esportazione e quelle di importazione in base ai costi di produzione e alle necessità familiari dei produttori», oltre «alle esigenze di sviluppo delle cooperative e alle esigenze sociali dell'intera comunità locale». La guida consiglia poi di «comprare sostenibile», basando la scelta d'acquisto sulla storia ambientale dei prodotti, nel rispetto e in difesa della natura e degli animali, e privilegiando il tessile biologico, non solo il cotone, ma anche il lino e la canapa. Occorre infine «comprare democratico», vale a dire valutare le imprese in base ai «comportamenti che hanno rilevanza politica», come la trasparenza, le forniture militari, il ricorso ai paradisi fiscali, il sostegno ai regimi oppressivi e l'invasione della politica attraverso il controllo dell'informazione, lobby e finanziamenti ai partiti<sup>114</sup>.

L'ultima parte della guida è dedicata all'«Identikit dei pezzi grossi»<sup>115</sup>, che riporta informazioni su 93 imprese di produzione e/o vendita di abbigliamento e calzature, selezionate in base «alle dimensioni, alla notorietà e al grado di penetrazione fra i giovani»; ed è stata fornita anche una tabella che riconduce i marchi alle imprese. Il loro comportamento è valutato in

<sup>108</sup> Sono dodici gli aspetti presi in considerazione rispetto a ogni società: la trasparenza, l'eccesso di potere, le relazioni sindacali, la presenza nel Terzo Mondo, l'ambiente, le vendite irresponsabili, gli affari scorretti, il maltrattamento degli animali, la pubblicità, il rapporto con i regimi oppressivi, il rifugio nei paradisi fiscali, armi ed esercito. Si è sottolineato anche come non sia stata inserita la voce relativa alle «donazioni e sponsorizzazioni sociali» per «evitare il rischio di offrire una maschera alle imprese» (ivi, p. 93).

<sup>109</sup> Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Guida al vestire critico*, cit.

<sup>110</sup> Ivi, p. 8.

<sup>111</sup> Ivi, p. 7 s.

<sup>112</sup> Ivi, p. 83 ss.

<sup>113</sup> I codici di condotta, per essere strumenti «efficaci», devono fissare il livello minimo dei diritti dei lavoratori, garantendo la completezza e la serietà dei contenuti, l'informazione e la libertà di denuncia da parte dei lavoratori, l'applicazione del codice, il controllo indipendente e la correzione delle violazioni.

<sup>114</sup> Con «trasparenza» si intende la disponibilità delle imprese di fornire informazioni su se stesse; le imprese, inoltre, «con intrecci con le imprese di armi» riforniscono gli eserciti con ogni prodotto utile al mantenimento dei soldati.

<sup>115</sup> Ivi, p. 157 ss.

base al grado di trasparenza, alle interferenze con la politica, ai problemi con i diritti dei lavoratori, alle forniture militari, ai fatti contrari ai consumatori e/o ai diritti socio-politici, ai richiami per scarso rispetto verso gli animali, al ricorso ai paradisi fiscali. Importante è anche evidenziare che in sede di valutazione soltanto alcune di esse hanno dato informazioni adeguate.

In Francia, invece, le prime guide per i consumatori responsabili hanno cominciato a occupare gli scaffali a partire dagli inizi del nuovo secolo. Fra queste si può ricordare soprattutto *Achetons responsable!*, la guida di Elisabeth Laville, tra le principali esperte a livello europeo della responsabilità sociale d’impresa, e Marie Balmain<sup>116</sup>. Si vuole diventare «consomm’acteurs responsables», consapevoli delle proprie responsabilità e, allo stesso tempo, del potere di determinare un cambiamento attraverso le scelte di consumo, «reinventando la stessa nozione di progresso» per addivenire a una «crescita qualitativa» e a una «decrecita quantitativa»<sup>117</sup>. Si tratta di «consumare meno» e di «consumare meglio», favorendo quei prodotti che apportano il maggiore valore aggiunto (sociale, ambientale, economico) con i minori costi possibili in termini di inquinamento, impatto sociale, consumo di risorse e produzione di rifiuti<sup>118</sup>.

La guida è rivolta agli «alterconsommateurs», che non rifiutano il consumo, ma intendono riprendere il controllo delle proprie azioni e dei propri desideri, desiderano distinguersi dal consumo di massa e dagli «iperconsumatori». Questi ultimi, che riproducono i consumatori «ideali» delle pubblicità, sono «costantemente soggetti a pulsioni di acquisto e alla ricerca sistematica della novità», «si esprimono attraverso i marchi che comprano», «frequentano gli ipermercati» e prediligono i «prodotti emblematici del sovraconsumo». Ma la tendenza è avviata verso un consumo alternativo, ormai più rappresentativo della società. Anche se la strada da percorrere per la sostenibilità è lunga e occorre ancora «rivedere a fondo le modalità di produzione e consumo». Questo perché sono troppo poche le imprese che «hanno effettivamente avviato una modifica fondamentale delle loro pratiche per tradurre in azione le buone intenzioni; e sono troppo pochi i consumatori che, oltre a volere, acquistano effettivamente «prodotti più responsabili»<sup>119</sup>.

La guida per i consumatori responsabili è così diretta ad apportare una migliore conoscenza e comprensione delle problematiche sociali e ambientali che si celano dietro le diverse categorie di prodotti di consumo quotidiano, informando sui dibattiti in corso e sensibilizzando sull’impatto che i modi di produzione e consumo attualmente prevalenti hanno sulla società e sull’ambiente. In questo modo intende «promuovere il cambiamento nelle pratiche delle aziende così come nelle scelte dei loro clienti»<sup>120</sup>.

Nella guida sono stati analizzati diversi settori, come i prodotti alimentari, il pesce, i crostacei, la carne, il pollame e le uova, i gioielli, i detersivi e i prodotti per la casa, gli elettrodomestici

---

<sup>116</sup> E. Laville, M. Balmain, *Achetons responsable! Mieux consommer dans le respect des hommes et de la nature*, Seuil, 2006. Fra le guide pratiche rivolte ai consumatori responsabili si ricordano anche quelle che intendono informare il consumatore sulle condizioni di produzione e sulle possibilità del commercio equo e solidale per effettuare scelte d’acquisto più consapevoli, come M. Leroy, *Le Guide du consommateur responsable*, Marabout, 2002, e F. Amalou, *Consommateurs, attention! Savoir pour mieux acheter*, Philippe Rey, 2005; Observatoire de l’éthique, *Le Guide éthique du consommateur*, Albin Michel, 2007, che consente di valutare il comportamento sociale e ambientale di più di 700 marchi in diversi settori, dall’alimentazione all’igiene e bellezza, dalle banche alla telefonia e internet, dalle automobili allo sport, dall’abbigliamento alla distribuzione, per diventare consumatori attivi e responsabili.

<sup>117</sup> F. Lemarchand, *Préface*, in E. Laville, M. Balmain, *Achetons responsable!*, cit., p. 9 ss. Sulla teoria della decrecita sono fondamentali le pagine di S. Latouche, *Breve trattato sulla decrecita serena*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008. Tra i precursori della teoria della decrecita si veda soprattutto N. Georgescu-Roegen, *La Décroissance. Entropie-Écologie-Économie*, Paris, Sang de la Terre, 1995; *From Bioeconomics to Degrowth. Georgescu-Roegen’s “New Economics” in eight essays*, edited by M. Bonaiuti, London, Routledge, 2014.

<sup>118</sup> E. Laville, M. Balmain, *Achetons responsable!*, cit., p. 16.

<sup>119</sup> Ivi, p. 13, 18 ss.

<sup>120</sup> Ivi, p. 21 ss.

e le apparecchiature elettriche ed elettroniche, i fiori, i prodotti per l'igiene e la bellezza, il giardinaggio, i giochi e i giocattoli, i mobili e le vernici, l'abbigliamento. Con specifico riferimento all'abbigliamento, la guida intende far conoscere le questioni sociali e ambientali che sono legate alla delocalizzazione e alle effettive condizioni di produzione, alla miseria dei lavoratori e al degrado ambientale, al fine di consentire a ciascuno di fare le proprie scelte in modo più consapevole e recuperare la «dignità»<sup>121</sup>.

Il manifesto «Achetons responsable» contiene infine «dieci linee d'azione» per esercitare il «potere» di essere consumatori e «cambiare il mondo»: informati per agire; riduci, riutilizza, ricicla; pensa globale, agisci locale; limita il più possibile il ricorso a tutto ciò che impiega carburante o elettricità; fai attenzione a ciò che mangi; limita l'uso di ingredienti chimici tossici; vota con e senza carrello!; dai supporto alle innovazioni intelligenti; stabilisci delle priorità; sostituisci la colpevolezza con l'azione<sup>122</sup>.

Se queste sono state le prime guide per i consumatori «critici» e «responsabili», occorre evidenziare anche che negli anni successivi molte altre sono state pubblicate in diversi paesi e aggiornate nel tempo, a dimostrazione del fatto che il problema è rimasto ancora irrisolto. Da ultimo si può menzionare la recente guida interamente dedicata all'abbigliamento di Elizabeth L. Cline<sup>123</sup>, autrice e giornalista statunitense, esperta in *fashion* e sostenibilità, che ha voluto esaminare il rapporto fra le persone e il loro «guardaroba», a seconda del tipo di personalità rispetto alla moda, distinguendo così fra minimalisti, cercatori di stile o massimalisti e tradizionalisti. Ha previsto, in particolare, sei parti nella sua guida per un «Conscious Closet». Così, innanzitutto, indica le modalità per dire «Goodbye, Fast Fashion!»: donare, scambiare, riciclare e vendere in modo sostenibile ed etico per aiutare ad affrontare il problema dei rifiuti tessili. Seguono «The Art of Less», l'arte di «comprare meno comprando vestiti migliori», investendo in qualità e facendo shopping con buon senso; e «The Art of More», per stare al passo con le tendenze e il successo della rivendita non al dettaglio, del noleggio, dell'usato e del negozio vintage. «The Sustainable Fashion Handbook» poi, mostra come scegliere fibre più ecologiche, eliminare le sostanze tossiche dal guardaroba e supportare i marchi all'avanguardia nella sostenibilità. «Make it Last» è anche un *back-to basics training* su come prendersi cura di ciò che si indossa, comprese abitudini di lavanderia sostenibili e tecniche di rammendo facili. L'ultima parte «The Fashion Revolution» invita a: partecipare al movimento per cambiare collettivamente l'industria della moda; a conoscere le reali condizioni di sfruttamento dei lavoratori del settore, la lotta per i salari dignitosi e come ritenere i marchi responsabili; unirsi a un'organizzazione di attivismo della moda. Soltanto con una partecipazione attiva di tutta la società alla lotta contro l'inquinamento ambientale e le ingiustizie sociali si potrà infatti addivenire a un modello di economia alternativa orientato alla sostenibilità.

#### V. STATO E MERCATO.

Volendo a questo punto riprendere il connubio iniziale di moda e sostenibilità, dall'analisi svolta risulta chiaro che è troppo presto per parlare di una «rivoluzione della sostenibilità». Continuiamo a vivere, infatti, nella società dei consumi, in cui il consumismo costituisce uno degli anelli fondamentali che sorregge un'economia basata essenzialmente sulla crescita illimitata. Certamente negli ultimi decenni si sono verificati non trascurabili cambiamenti nel mercato della moda, grazie anche a quelle organizzazioni e a quei movimenti sociali che hanno lottato e ancora lottano per una moda sostenibile e hanno consentito l'ingresso a marchi e linee di abbigliamento «etico» ed «eco friendly», equo e solidale. Del resto, e studi storici lo confermano, i mercati sono sempre stati luoghi di protesta e di movimento<sup>124</sup>,

<sup>121</sup> Ivi, p. 339 ss.

<sup>122</sup> Ivi, p. 453 ss.

<sup>123</sup> E. L. Cline, *The Conscious Closet. The Revolutionary Guide to Looking Good While Doing Good*, Penguin, 2019.

<sup>124</sup> Sull'argomento si vedano L. Cohen, *A Consumers' Republic: the Politics of Mass Consumption in Postwar America*, New York, 2003; A. Chatriot, M.-E. Chessel and M. Hilton (ed.), *The Expert Consumer. Associations and Professionals in Consumer Society*, Routledge, London and New York, 2006, 2017.

riprendendo in particolare il termine «embeddedness» di Karl Polanyi che bene esprime l’idea per cui l’economia non è autonoma, ma è subordinata alla politica, alla religione e alle relazioni sociali<sup>125</sup>.

Da ultimo, devono essere ricordate alcune recenti regolamentazioni nazionali che tentano di arginare il lavoro schiavistico e forzato nelle catene di fornitura delle imprese. Di fronte alle gravi violazioni di diritti umani perpetrate nelle *global supply chains*, diverse sono state infatti le strategie, penali ed extrapenali, di prevenzione e repressione delle varie manifestazioni criminose, dalla schiavitù al lavoro forzato, dalla tratta di esseri umani allo sfruttamento lavorativo<sup>126</sup>.

Un primo gruppo di provvedimenti, a partire dal *California Transparency in Supply Chains Act* del 2010, poggia sulla *discovery* e chiede alle grandi imprese di pubblicare un *transparency statement* che renda note le politiche aziendali adottate nell’ambito dei settori del *business* e delle *supply chains* per valutare e affrontare i rischi di schiavitù e tratta degli esseri umani. In caso di violazione del dovere di trasparenza è prevista un’azione intentata dall’*Attorney General* per ottenere un provvedimento ingiuntivo<sup>127</sup>. Nel Regno Unito, poi, è stato emanato qualche anno più tardi il *Modern Slavery Act (MSA)* (2015), che ha ripreso la legge californiana e richiede alle grandi imprese un *slavery and human trafficking statement for a financial year*, diretto a dimostrare le politiche e misure avviate per osteggiare i rischi di schiavitù e tratta degli esseri umani nelle catene di fornitura. In caso di violazione, il *MSA* stabilisce che possa essere instaurato un procedimento civile davanti alla *High Court* ad istanza del *Secretary of State*, il quale può chiedere un’*injunction* a provvedere<sup>128</sup>. Una normativa assimilabile è stata

<sup>125</sup> K. Polanyi, *The Great Transformation. The political and economic origins of our time* (1944, 1957), Beacon Press, Boston, 2001, p. 59 ss., 60, e il commento di F. Block nell’*Introduction* a p. xxiii ss.

<sup>126</sup> Dalle schiavitù (v. Convenzione di Ginevra del 25 settembre 1926 e la Convenzione di Ginevra del 7 settembre 1956) si è passati alle cosiddette «nuove schiavitù»; il lavoro forzato è definito nella Convenzione ILO n. 29 del 1930, art. 2, par.1, e poggia sulla non spontaneità del consenso e la minaccia di punizione (v. anche Protocollo n. 29 del 2014, in part. artt. 2 e 4). Fondamentali sono poi gli *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* del 2011 in tema di prevenzione dei rischi di violazioni dei diritti umani connessi all’attività d’impresa. La Convenzione europea dei diritti dell’uomo vieta espressamente la schiavitù o servitù (art. 4, par. 1) e il lavoro forzato (par. 2). A livello europeo, ricordo soltanto la Carta dei diritti fondamentali dell’UE (art. 4), la direttiva n. 2011/36/UE, che riguarda la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e la direttiva n. 2014/95/UE, che prevede l’obbligo da parte delle grandi imprese di comunicazione di informazioni non finanziarie circa il loro impatto ambientale e sociale. Da ultimo, si deve evidenziare la Risoluzione del Parlamento europeo adottata il 10 marzo 2021 in materia di dovere di diligenza e responsabilità delle imprese lungo la catena del valore, che indirizza la Commissione per una proposta di direttiva. In particolare, la condotta aziendale deve essere incentrata non tanto sulla ripartizione dei danni, quanto piuttosto sulla prevenzione. Inoltre, appare necessario prevedere una normativa armonizzata per tutelare la certezza del diritto e la concorrenza. La proposta di Direttiva sulla due diligence delle imprese in materia di sostenibilità è del 23 febbraio 2022 e prevede l’obbligo per le imprese di individuare i rischi, evitare, far cessare o attenuare gli effetti negativi delle loro attività sui diritti umani e sull’ambiente, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la Direttiva UE 2019/1937, COM(2022) 71 final). Per una completa panoramica sul tema si veda soprattutto V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, p. 630 ss.

In Italia, il codice penale ha tipizzato alcune gravi manifestazioni criminose tra i delitti contro la personalità individuale, la riduzione in schiavitù o servitù, la tratta di persone e il commercio di schiavi, agli artt. 600-602 c.p. A questi si è aggiunta l’intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, comprendente il caporalato, all’art. 603-bis c.p. (con d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, e riformulata con l. n. 199/2016), che può consistere anche nello sfruttamento dello stato di bisogno del soggetto passivo. In Germania il *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch*, 11 ottobre 2016, ha attuato la direttiva n. 2011/36/UE modificando i §§ 232 ss. StGB.

<sup>127</sup> Il provvedimento si può leggere ed è commentato in Kamala D. Harris, *Attorney General California Department of Justice, The California Transparency in Supply Chains Act. A Resource Guide*, 2015.

<sup>128</sup> [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk). V. in part. la sec. 54 rubricata *Transparency in Supply Chains*. Sulla legge in generale v., fra gli altri, S. Wen, *The Cogs and Wheels of Reflexive Law – Business Disclosure under the Modern Slavery Act*, in *Journal of Law and Society*, 2016, p. 327 ss.

pubblicata, infine, anche in Australia con il *Modern Slavery Act 2018* e il *Reporting Requirement*<sup>129</sup>. Le grandi imprese, ma anche il governo del *Commonwealth*, sono tenuti a redigere annualmente *modern slavery statements*, che descrivono i rischi connessi allo sfruttamento lavorativo nelle loro operazioni e catene di fornitura e contengono le azioni adottate per affrontare gli stessi. La loro pubblicazione avviene nel *Modern Slavery Statements Register*, accessibile a chiunque su internet.

Se questi provvedimenti, essendo fondati sulla trasparenza, non riescono ad apportare più di tanto modifiche sostanziali al sistema proprio perché rientrano negli stessi schemi dell'attuale modello economico, un secondo gruppo poggia invece su una tutela di tipo preventivo. Innanzitutto, si deve ricordare la prima e innovativa legge francese del 27 marzo 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, sul dovere di vigilanza addossato alle grandi imprese all'interno della filiera e nei rapporti con i partner commerciali. Secondo questa legge le imprese devono redigere un *plan de vigilance* nel quale devono essere previste «le misure ragionevoli volte ad identificare i rischi e a prevenire le violazioni gravi dei diritti umani e delle libertà fondamentali, della salute e sicurezza delle persone, oltre che dell'ambiente» relative alle attività della società e delle società che controlla, direttamente o indirettamente, oltre alle attività dei subappaltatori o dei fornitori con i quali intercorrano relazioni commerciali stabili. Importante anche come il legislatore, nello stabilire una tutela preventiva, abbia inteso promuovere il dialogo fra l'impresa e gli *stakeholders*, lavoratori, associazioni di consumatori, autorità locali, organizzazioni sindacali e il loro coinvolgimento nell'elaborazione del piano. In caso di violazione del dovere di vigilanza si prevede la possibilità per chiunque abbia un interesse ad agire di presentare un ricorso dinanzi al tribunale competente per ingiungere all'impresa di rispettare gli obblighi di legge, oltre a chiedere il risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 1240 e 1241 Code civil<sup>130</sup>. Ricordo anche che in Germania è stato emanato da ultimo il *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (LkSG)<sup>131</sup>, che si muove anch'esso nella direzione di stabilire regole vincolanti in materia di responsabilità sociale delle imprese. In particolare, obbliga le imprese a impegnarsi per prevenire o ridurre al minimo i rischi concernenti le violazioni dei diritti umani e i rischi ambientali nel proprio campo d'attività e nelle loro catene di fornitura. Il legislatore tedesco ha preferito elencare i rischi specificamente coinvolti, diversamente dalla legge francese, che, come già visto, si è riferita invece astrattamente ai diritti umani e all'ambiente (§ 2 Abs. 2 e Abs. 3)<sup>132</sup>. La legge impone inoltre alle imprese specifici doveri di diligenza, che devono osservare «in maniera adeguata» (§ 3), ma che non sono formulati come obblighi di risultato. Ebbene, se anche la sostenibilità compare ormai in svariate iniziative, nazionali, sovranazionali e internazionali, se i cittadini sono chiamati ad agire sempre più spesso da

<sup>129</sup> *An Act to require some entities to report on the risks of modern slavery in their operations and supply chains and actions to address those risks, and for related purposes*, assented to 10 December 2018 in [www.legislation.gov.au](http://www.legislation.gov.au). *Commonwealth Modern Slavery Act 2018 – Guidance for Reporting Entities* in [www.homeaffairs.gov.au](http://www.homeaffairs.gov.au).

<sup>130</sup> Artt. 1 e 2, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n.2017/399, cit., in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Si veda anche la legge olandese del 24 ottobre 2019 sulla *zorgplicht* in materia di lavoro minorile (*Wet Zorgplicht Kinderarbeid* (Staatsblad 2019, 401) in [zoek.officielebekendmakingen.nl](http://zoek.officielebekendmakingen.nl)).

<sup>131</sup> *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (LkSG) vom 16. Juli 2021, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, ausgegeben zu Bonn am 22. Juli 2021, p. 2959-2969.

<sup>132</sup> Le previsioni specifiche riguardano l'età minima per lavorare, il lavoro minorile, il lavoro forzato, la schiavitù, la protezione della salute e sicurezza dei lavoratori, la libertà di associazione e la formazione e adesione ai sindacati, la parità di trattamento, salari adeguati, cambiamenti ambientali dannosi (§ 2 Abs. 2); fabbricazione o uso di mercurio, produzione e uso di inquinanti organici persistenti, rifiuti pericolosi (Abs.3).

Nello stesso periodo, anche in Norvegia è stato pubblicato un *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions* (LOV-2021-06-18-99), nato da una convergenza fra dibattiti politici e campagne civili a seguito del crollo del Rana Plaza in Bangladesh nel 2013. Un'organizzazione non governativa, *Future in our Hands* (FIVH), ha così mobilitato più di 20000 consumatori a sostegno di una legge che prevedesse un diritto all'informazione sulle condizioni di lavoro, con particolare riguardo al settore dell'abbigliamento. Per un confronto fra l'intervento del legislatore tedesco e quello norvegese, v. M. Krajewski, K. Tonstad, F. Wohltmann, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 550 ss.

consumatori «critici» e le imprese propendono per pratiche più responsabili, si sono munite di codici di condotta e dichiarano il loro comportamento «sociale»<sup>133</sup>, viviamo in realtà una fase di lenta transizione, perché, nonostante più di 50 anni di ricerche, discussioni, incontri e lotte, la società continua a restare essenzialmente consumista e non sostenibile.

Il problema sembra essere innanzitutto culturale. Si predica la «sobrietà», si propone di «consumare meno» e «consumare meglio»; ma poi spesso i consumatori, non riuscendo a modificare le loro abitudini di consumo, si dimenticano delle dichiarazioni fatte in merito alle problematiche ambientali e sociali, agiscono da *waste makers* e reiterano le loro tradizionali preferenze d’acquisto<sup>134</sup>. Molte aziende, d’altro canto, dietro la pubblicità di prodotti «green» ed «etici» nascondono non raramente soltanto l’idea di aumentare il costo e la vendita degli stessi per accrescere i profitti, e solo in parte hanno accettato standard sociali più severi nelle loro catene di approvvigionamento. Con la conseguenza che, se certamente dei progressi sono stati avviati, ancora troppo frequentemente i lavoratori delle fabbriche vengono licenziati o minacciati con violenza, perché cercano di organizzarsi per chiedere un aumento dei salari e migliori condizioni di lavoro. Questo perché la tutela della libertà di associazione e del diritto sindacale è essenziale, ma spesso viene “dimenticata” nei codici di condotta volontari stabiliti dalle aziende che non rispettano le convenzioni internazionali<sup>135</sup>. Sono queste le imprese che sono state definite «irresponsabili» perché «al di là degli elementari obblighi di legge, suppongono di non dover rispondere ad alcuna autorità pubblica e privata, né all’opinione pubblica, in merito alle conseguenze in campo economico, sociale e ambientale delle loro attività»<sup>136</sup>. In questo quadro, allora, l’intervento del legislatore statale diretto a disciplinare la responsabilità delle imprese di fronte alla violazione dei diritti umani, in particolare dei diritti dei lavoratori, costituisce uno strumento fondamentale che si aggiunge in maniera efficace agli accordi internazionali e ai codici di responsabilità sociale, al fine di garantire condizioni di lavoro e di retribuzione dignitose e diritti sindacali effettivi.

Del resto, l’attuale economia globale poco si presta a rivoluzioni rivolte a tutelare l’ambiente, a combattere le ingiustizie sociali e a redistribuire la ricchezza per il bene della comunità. Nel settore tessile, in particolare, la *fast fashion*, intesa come *postfashion*, costituisce l’immagine allarmante di un’epoca iperconsumista in un mercato di stampo neoliberale. È figlia della globalizzazione, derivata da una complessiva riorganizzazione della produzione che non è compatibile con la sostenibilità. Ha mostrato infatti tutte le storture per sopravvivere alla concorrenza nel mercato di dimensioni mondiali, ha creato ingenti danni ambientali e ha ampliato le disegualianze sociali.

---

<sup>133</sup> Sulla responsabilità sociale d’impresa cfr. le differenti analisi di H. R. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman* (1953), University of Iowa Press, Iowa City, 2013, e di M. Friedman, *The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, pp. 33, 122 ss.

<sup>134</sup> Cfr. G. M. Eckhardt, R. Belk and T. M. Devinney, *Why don't consumers consume ethically?*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 2010, p. 426 ss., 427; D. Miller, *The poverty of morality*, in *Journal of Consumer Culture*, 2001, p. 225 ss.

<sup>135</sup> E. Lavelle, M. Balmain, *Achetons responsable!*, cit., p. 350 ss.

<sup>136</sup> L. Gallino, *L’impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2005, p. VII, che aggiunge anche come l’impresa irresponsabile sia «l’esito di un modello strutturale di governo dell’impresa» diretto ad accrescere il valore di mercato della stessa e costituisca spesso «la mente e il braccio del capitalismo azionario» (ivi, pp. XIV, XVIII). D’altra parte, non si può sottacere la presenza, già alla fine degli anni Ottanta, di alcune imprese «responsabili», accanto a quelle «irresponsabili». Mi riferisco soprattutto a due importanti aziende, Patagonia ed Esprit: i proprietari Yvon Chouinard e Doug Tompkins, che erano *outdoorsmen*, preoccupati dei danni ambientali derivanti dalla sovrapproduzione e dal sovra consumo, hanno deciso infatti di portare la sostenibilità nel business e di impiegare «le loro aziende come esempi di cambiamento». Hanno commissionato allora delle ricerche sull’impatto delle fibre impiegate nella produzione, che hanno poi condotto anche alla linea di abbigliamento «ESPRIT Ecollection» lanciata nel 1992. Si vedano l’intervista a Lynda Grose, co-fondatrice della ESPRIT Ecollection, *Refreshing Clothes and the Climate: An Interview with Lynda Grose*, February 20, 2018, in [www.climate.mit.edu](http://www.climate.mit.edu), nonché Y. Chouinard & V. Stanley, *The Responsible Company. What We’ve Learned from Patagonia’s First 40 Years*, pb, 2012.

Dominando ancora le teorie economiche neoliberali, la subordinazione alle regole del mercato e dei capitali «esigono una subordinazione pressoché totale dei lavoratori». La relazione di lavoro «deve assomigliare a una qualunque relazione di mercato», la redistribuzione della ricchezza «viene affidata unicamente al mercato» e «l'inclusione sociale viene fatta coincidere con l'inclusione nel mercato»<sup>137</sup>. Ma allora occorre ricercare organizzazioni alternative di economia in armonia con il benessere della società. A partire da una «diversa concezione dell'impresa», che anziché perseguire come unico scopo la massimizzazione dei profitti per gli azionisti, garantisca la partecipazione alle decisioni anche ad altri soggetti, come i lavoratori, i fornitori e le comunità locali<sup>138</sup>.

Si può tutt'al più «pensare globale», ma si deve «agire locale», e si deve impedire che la sostenibilità resti un semplice *greenwashing* e *socialwashing*, uno strumento nelle mani dei pochi ricchi per raggiungere fini meramente individualistici e competitivi a danno dei tanti poveri.

---

<sup>137</sup> Sul modo neoliberale di intendere il lavoro, che si è imposto come reazione al compromesso keynesiano, si veda A. Somma, *La parabola del lavoro*, in *la fionda*, 2/2021 *La grande trasformazione. Attacco al lavoro*, p. 9 ss.; Id., *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, p. 307 ss.

<sup>138</sup> *Intervista a Luciano Gallino*, cit., p. 31 ss. Sull'argomento si rinvia ad A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 549 ss.



# LEGAL EDUCATION IN EUROPE: A CASE OF DENIED HARMONISATION BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW TRADITIONS?

*Laura Bugatti*

TABLE OF CONTENTS: I. LEGAL EDUCATION IN EUROPE: A FRAGMENTED PICTURE; II. THE ROOM FOR HARMONISATION UP TO THE 20<sup>TH</sup> CENTURY: AN HISTORICAL COMPARATIVE ANALYSIS; III. NEW EUROPEAN PARADIGMS FOR THE OLD LEGAL PROFESSION AND THEIR IMPACTS ON LEGAL EDUCATIONAL SYSTEMS; IV. LEGAL EDUCATION IN THE 21<sup>ST</sup> CENTURY: THE RIFT BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS THAT IS REVIVED; 5. FINAL REMARKS

*Legal education across Europe is constantly under fire, and pleading to reform legal studies has been persistent across the centuries. Despite the multifaced picture which seems at first glance to characterise the different national educational models (1), this paper argues that through an historical comparative analysis, it is possible to infer some common trends in the evolution of legal educational systems. Although the starting points of the different traditions are very distant, it has been possible since the end of the 20<sup>th</sup> century to glimpse a harmonisation in the field of legal education across Europe; common aims are ensuring both academic studies and professional training and combining theoretical knowledge with practical aspects (2). This trend is affected by some fundamental initiatives at the European level, including the Bologna Process as well as the call for better regulation in the professional sector sought by the EU Commission (3). Nevertheless, the current sense of dissatisfaction with the way in which legal education is structured and delivered and the new pressure for change coming from the market and the professional world are about to reshape these moorings once again. This paper argues that the actual opposite responses from the common law and the civil law traditions may take legal education back to its earliest origins, reviving once again the rift between civil law and common law systems (4).*

*The examination of legal education in a society provides a window on its legal system. Here one sees the expression of basic attitudes about the law: what law is, what lawyers do, how the system operates or how it should operate. Through legal education the legal culture is transferred from generation to generation. Legal education allows us to glimpse the future of the society.*

John Henry Merryman, 'Legal Education There and Here: A Comparison' (1975) 27  
Stanford Law Review 3, 859

## I. LEGAL EDUCATION IN EUROPE: A FRAGMENTED PICTURE

Qualification and entry requirements (encompassing academic education and training as well as professional examinations) are a basic component of the regulation of lawyers. This is not unexpected since the legal profession is classified as a regulated profession in almost all member states (MSs).<sup>1</sup> Notwithstanding this common core, a closer look at

---

<sup>1</sup> As it is stated in Article 3.1., lett. a, 2005/36/CE, the regulated profession is a 'professional activity or group of professional activities, access to which, the pursuit of which, or one of the modes of pursuit of which is subject, directly or indirectly, by virtue of legislative, regulatory or administrative provisions to the possession of specific professional qualifications; in particular, the use of a professional title limited by legislative, regulatory or administrative provisions to holders of a given professional qualification shall

the national legal educational systems across Europe reveals a kaleidoscope of experiences. MSs have the right to regulate professional services and have the primary responsibility of defining the framework in which professionals operate; therefore, the regulation of legal education is also, first and foremost, a national matter. For this reason, it is not surprising to find many differences among the national legal educational models in Europe: each MS has its own educational and training pathway to be followed to become a lawyer, and this pathway varies from one country to another. This heterogeneous situation can turn into a potential obstacle to a common level of quality for legal services that are offered in the internal market.

Among the main criteria which differ from MS to MS are, first of all, the duration of the entire licencing procedure, which ranges from around six to almost nine years; in particular, university studies are articulated in pathways that can last between three and five years (also as a result of the ‘Bologna Process’), while professional experience varies in terms of duration with traineeships ranging from eighteen months to five years<sup>2</sup>.

Second, the structure and content of the vocational training may vary from MS to MS. Depending on the national legal educational model, the traineeship may take place in a lawyer’s office, a court, with a notary public, an administrative authority and/or a company<sup>3</sup>. In some other MSs, either before or during the professional traineeship, additional training and vocational courses are required; these are notably on matters not covered at all in the university curriculum, such as professional ethics and professional skills<sup>4</sup>. In most MSs, the responsibility for this training is delegated to bar associations and law offices or sometimes to the courts or to the Ministry of Justice. In some jurisdictions, universities are also potentially involved in the post-graduate training

---

constitute a mode of pursuit. Where the first sentence of this definition does not apply, a profession referred to in paragraph 2 shall be treated as a regulated profession’ (Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the Recognition of Professional Qualifications, in *Official Journal of the European Union*, L 255, 30.9.2005, pp 22–142).

<sup>2</sup> 18 months: Italy, Greece; 2 years: Germany, Lithuania, Luxembourg, Portugal, Romania; 3 years: Czech Republic, Belgium, Denmark, Estonia, Croatia, Hungary; Netherlands, Sweden; 4 years: Slovenia, Finland; 5 years: Latvia, Austria, Slovakia. In Spain, practical experience is reduced to six months and accompanied by a specialised post-graduate training course, namely European E-Justice, *Lawyers’ training systems*, [https://e-justice.europa.eu/407/EN/lawyers\\_\\_training\\_systems](https://e-justice.europa.eu/407/EN/lawyers__training_systems)

<sup>3</sup> Generally, MSs – even if they provide for a particularly long or articulated traineeship – require that at least part of the traineeship be carried out with a lawyer; see, as an example, the Austrian experience (art. 2 – Rechtsanwaltsordnung (RAO), in RGBl. Nr. 96/as amended by the statute Änderung des Rechtspraktikantengesetzes, des Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetzes, des Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979, der Rechtsanwaltsordnung, des Rechtsanwaltsprüfungsgesetzes und der Notariatsordnung, BGBl. I Nr. 39/2016); or the German experience: Deutsches Richtergesetz (DriG), 8 September 1961, § 5b, regulating the practice period, leaving it up to the Länder the possibility to dictate detailed rules. Among scholars, see V. P. Krause, *Geschichte der Justiz- und Verwaltungsbildung in Preußen und Deutschland*, in C. Baldus, T. Finkenauer e T. Ruffner, *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform* 95 (Mohr Siebeck, Tübingen, 2008); A. Von Preuschen, *La formazione dell’avvocato in Germania: qualità professionale, deontologia e mercato*, in G. Alpa and A. Mariani Marini (eds.), *La formazione dell’avvocato in Europa*, 110 ff. (Plus, Pisa, 2009); R. Caponi, *La Formazione del giurista in Germania*, in V. Cerulli Irelli e O. Roselli (eds.), *La riforma degli studi giuridici*, 331 (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005); J. Riedel, *The Reform of Legal Education in Germany*, in *European Journal of Legal Education*, 3, 3 (2001).

<sup>4</sup> For example, in the Czech Republic, induction training is composed of the ‘Apprenticeship supervised by a private practice; Training on non-legal professional skills and Training on legal professional skills’ (European E-Justice: Lawyers training systems in the EU, Czech Republic, 2014; ACT No. 85/1996 Sb. of 13th March 1996 on the Legal Profession); in Denmark, the law provides for an ‘Apprenticeship supervised by a private practice, Law training with specific curriculum common to all trainee lawyers, Training on legal professional skills’: Chapter 12, Bekendtgørelse af lov om rettens pleje, in LBK nr 1008 of 24/10/2012; European E-Justice: Lawyers training systems in the EU, Denmark (2014).

process, with competence, for instance, in the activation of 'master courses' or in the establishment of 'Schools for Legal Specialisation'.

Another of the peculiar traits concerning the entry requirements might be envisaged in the intensity of the entry controls: some MSs impose an 'incoming and outgoing' selection to become a lawyer. In particular, graduates may be required to pass an exam at the end of their university studies in order to start vocational training in law and then must pass a second exam at the end of the traineeship to become a lawyer. This is the case in German regulation<sup>5</sup> as well as in Poland<sup>6</sup> where dual bar exams are required. Other MSs, like Italy, impose one single entry selection, that is, an exam at the end of the traineeship. In some cases, the examination is taken before the end of the training period (this is, for example, the case with Belgian regulation<sup>7</sup>). In addition, some jurisdictions have compulsory, periodic exams during the training period (as in Poland<sup>8</sup>). The connection between the entry requirements provided for lawyers and the educational system imposed for other legal professions is not the same in all MSs: the English and the German systems might be seen as the two extremes – on the one hand, the UK imposes separate educational and professional paths for the two branches of the legal profession, that is, barrister and solicitors<sup>9</sup>; on the other hand, the German model requires a common education for all the traditional juridical professions in order to create the so-called *Einheitsjurist*, a jurist who is able to work as a judge as well as a lawyer<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> For more information concerning the licencing procedure in Germany, see *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO), arts. 4–17; see also the *Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2002*, Bundesgesetzblatt 2002 Teil I Nr. 48, 2592; J. Riedel, *The Reform of Legal Education in Germany*, in Eur. J. Legal Educ., 3, spec. at 3–10 (2001); A. Keilmann, *The Einheitsjurist: A German Phenomenon*, in Germ. Law Jour., 7, 293, at 297–298 (2006).

<sup>6</sup> For more information concerning the Polish formal requirements to be admitted to the Bar, see A. Bodnar & D. Bychawska, *The Legal Profession in Poland*, 2009, available at <https://www.osce.org/odhr/36308?download=true>

<sup>7</sup> With regard to French- and German-speaking lawyers, for whom the representative institution is the Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones (OBFG), see Art. 434 Belgian Judicial Code and Code of conduct for lawyers, Title 3 'stage et formation' (Code de déontologie de l'avocat); as far as Dutch-speaking Belgium is concerned, where the Order of reference is the Orde van Vlaamse Balies (OVB), see, in addition to the Belgian Judicial Code (art. 434), the Reglement betreffende de stage (OVB Regulation on the Training [internship] of trainee-lawyers of 7 May 2008) and the Reglement betreffende de beroepsopleiding (OVB Regulation on the professional training system for law interns of 25 March 2009). For more details, see European E-Justice, *Training Systems for lawyers in the Member States*, Belgium, 2014.

<sup>8</sup> European E-Justice, *Training Systems for lawyers in the Member States*, Poland, 2014.

<sup>9</sup> For an in-depth look at legal education in the UK and its evolution prior to the recent reforms, see A. Boon and J. Webb, *Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?* in Journal of Legal Education, 58, 79 (2008); D. Nitti, *La professione forense in Inghilterra*, in A. Berlinguer, *La professione forense. Modelli a Confronto*, 97 ff. (Giuffrè, Milano, 2008); C. Gilligan, *La formazione dell'avvocato in Inghilterra e Galles: qualità professionale, deontologia e mercato*, in G. Alpa and A. Mariani Marini (eds.), *La formazione dell'avvocato in Europa*, 113 ff. (Plus, Pisa, 2009); B. Nascimbene, *La professione forense nell'unione europea*, 233 ff. (Ipsa, Milano, 2010); R. M. Stein, *The Path of Legal Education from Edward I to Langdell: a History of Insular Reaction*, in Chi. Kent L. Rev., 42, (1981); D. Nitti, *Come cambia la professione forense inglese: spunti per una comparazione*, in Contratto e Impresa/Europa, 280 ff. (2006); R. Crespi, *Le professioni legali in Inghilterra e Galles da Edoardo I al Court and Legal Service Act*, in Le carte e la Storia, 126 (2005); P. Purpidge, *La formazione professionale in Inghilterra e nel Galles*, in Rass. Forense, 399 (1995). On the reforms of the legal education systems in the UK, see further on, at § 4.

<sup>10</sup> J. Riedel, *The Reform of Legal Education in Germany*, cit.; H. A. Wolff, *Bar Examinations and Cram Schools in Germany*, in Wisc. Int'l L. J., 24, 110 (2006); E. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 105 ff. (C.H. Beck, München-Berlin, 1954); W. Kohleiss and K. Henn, *Verordnung über die Ausbildung der Juristen (JAO) für Baden-Württemberg*, 13 (Kohlhammer, Stuttgart, 1956).

Finally, even after becoming a lawyer, inconsistency remains across Europe in regard to the importance reserved to continuous professional development; although it is mandatory in the majority of MSs, it remains on a voluntary basis in some of them.<sup>11</sup> This brief *excursus* on the main traits of the actual national educational models leads us to the conclusion that it is not possible to infer the existence of a common European model for delivering legal education and training. However, an historical comparative analysis can offer a different point of view on this topic which allows us to see an increasing convergence in legal education in Europe, especially with respect to the continental civil law tradition.

## II. THE ROOM FOR HARMONISATION UP TO THE 20<sup>TH</sup> CENTURY: AN HISTORICAL COMPARATIVE ANALYSIS

Legal education in Italy (at first) and then all-over Western Continental Europe has long been associated with university education.<sup>12</sup> Legal education has its origin in the Middle Ages at the time the first university was founded in Bologna (1088), gathering students from Western Europe and all over Italy. The didactic method forged by the School of Bologna was designed for legal scholars who needed to find and teach the ‘right’ solutions<sup>13</sup>: in the 12<sup>th</sup> century, legal education was based on the transmission of knowledge contained in ancient Roman legal texts (especially the *Corpus Iuris*) as well as on the analysis and resolution of legal cases through the application of a mixture of deductive and inductive learning processes<sup>14</sup>. Even if the pedagogic models changed, especially after the 13<sup>th</sup> century, legal education continued to be treated as a social science: ‘law was (and is) not (only) made out of concepts and universal principles but has been applied with social needs in mind’.<sup>15</sup>

Nevertheless, during the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> centuries, legal education was deeply influenced by natural law, which advocated a completely ahistorical private law to be interpreted as a pure science based on rules and principles, forged in reason and in the light of a secular social contract. Next, legal positivism’s influence provoked a disconnection between law and society and conferred on academics the role of mere exegetes of the legal sources in front of the exhaustiveness and completeness of the codification<sup>16</sup>. According to these new conceptions of law, abstract legal thinking and a formalistic, positivistic and conceptual approach to teaching and learning law began to prevail. Therefore, the overlap between continental legal education and the dogmatism and abstractness, as well as the disconnection of legal knowledge from the socioeconomic context, which traditionally characterised continental law studies, can be traced back to this historical moment.

<sup>11</sup> This is the case, for example, in the Czech Republic, Greece, Malta, Slovakia, Slovenia and Spain.

<sup>12</sup> ‘L’università fu la base comune del poderoso ceto internazionale dei giuristi’: P. G. Monateri & A. Somma, *Il modello di civil law*, in A. Procida Mirabelli di Lauro (ed.), *Sistemi Giuridici Comparati* 33 (Torino, 2009).

<sup>13</sup> See D. René and J. Spinosi Camille, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 33 (5 ed, CEDAM 2004): ‘*The Law, as the Moral, is a “Sollen” (what we should do) and not a “Sein” (what we do in practice)*’.

<sup>14</sup> See, *funditus*, C. Amato *Experiential Learning from the continental viewpoint: if the cap fits...*, in R. Grimes, a cura di, *Rethinking Legal Education Under the Civil e Common Law. A Road Map for Constructive Change*, 13 ff. (2017).

<sup>15</sup> C. Amato, *Experiential Learning from the continental viewpoint: if the cap fits...*, in R. Grimes, a cura di, *Rethinking Legal Education Under the Civil e Common Law. A Road Map for Constructive Change*, cit. at p. 16.

<sup>16</sup> P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, 8 ff. (Giuffrè, Milano 2002); N. Bobbio, *Sul positivismo giuridico*, in *Filosofia del diritto*, 52(1), 15 (1961); R. Ferrante, *Il problema della codificazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: diritto*, 277 (Abramo Printing s.p.s., Catanzaro, 2012).

In the meantime, the roles of universities and guilds<sup>17</sup> in the training of the legal profession began to take shape according to the progressive establishment in practice of a distinction between legal scholars and practitioners. During the Napoleonic period, the framework shifted somewhat in favour of the professionalisation of a 'legal class' and 'a new socialization based upon competency'.<sup>18</sup> Training courses and examinations were gradually established. Successive law reforms also introduced post-university traineeships and exams as requirements for entry to the legal professions. At the end of the 19<sup>th</sup> century, the legal educational system started to be articulated in the law degree, with a period of training followed by a final test<sup>19</sup>. In the universities, legal education continued to be informed by doctrinal approaches based on abstract legal thinking in which rules were taught as 'dogma', while outside of the law schools among the lawyers' guilds, the awareness emerged that 'the application of the law to practical cases requires a very particular ability that can only be gained through practice'<sup>20</sup>. Notwithstanding the specifically academic roots of legal education which continue to retain an important influence on legal studies, we had witnessed by the close of the 20<sup>th</sup> century and in the civil law tradition the emergence and consolidation of a process of professionalisation in Continental Europe that has allowed professional bodies to acquire a specific weight in the training of lawyers, thereby retaining ultimate regulatory control over access to professional titles.

Distinct from the continental tradition, English legal education and training was born as a product of the legal profession. In the beginning, university legal education in England was almost non-existent, while the Inns of Court<sup>21</sup>, as well as the Courts for the solicitors<sup>22</sup> and later, the Law Society, retained exclusive control over legal education for

---

<sup>17</sup> In the second half of the Middle Ages, the different organisation of the two professional categories of lawyers and prosecutors began to take shape. From the 13th century onwards, the first corporation, 'Collegio dei Giudici', was founded, in which not only judges were admitted but also lawyers; by contrast, the prosecutors referred to the 'Collegio dei Notai o Causidici'. The Bar Association, abolished at the end of the 18th century (Art. 10, loi des 2-11 September 1790), was reconstituted in 1810 (Decree of 14 December 1810).

<sup>18</sup> See M. MALATESTA, *L'Ordine professionale, ovvero l'espansione del paradigma avvocatizio*, in *Parolechiave*, 3, 270 (1995). See also S. PARINI VINCENTI, *Ad Auxilium Vocatus. Studi sul praticantato da Napoleone alla Legge professionale del 1874: l'esperienza normativa*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, 59 ff. (Bologna, 2009).

<sup>19</sup> In Italy, the Legal Professional Law No. 1938/1874 (L. 8 giugno 1874, n. 1938, *che regola l'esercizio delle professioni di Avvocato e Procuratore*, in *GU* n.141 of 15-6-1874, e successivo regolamento n. 2012, 27 July 1974) established the 'Ordini degli avvocati e dei procuratori', at each Court of Appeal and Court with the legal status of public bodies. The legal pathway to become a lawyer required a university degree, the completion of a two-year professional traineeship and the passing of a theoretical-practical examination. The Bar Associations had exclusive competence in the administration of the entry examinations, whereas the legal practice took place in professional offices and within the courts.

<sup>20</sup> See A. BIANCHI, *Sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore. Testo e commento della legge 8 giugno 1874*, 99 (Torino, 1886).

<sup>21</sup> Concerning the evolution of legal education in the UK, see: C. N. GREGORY, *A Movement in English Legal Education*, in *Harvard Law Review*, 10, 418 ff. (1897); R. M. STEIN, *The Path of Legal Education from Edward I to Langdell: A History of Insular Reaction*, in *Chi. Kent L. Rev.*, 57, 429 (1981); A. BOON & J. WEBB, *Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?*, in *Journal of Legal Education*, 58, 79 (2008); N. PICARDI and R. MARTINO (eds.), *L'educazione giuridica* (Bari, 2008) and G. MORLEY, *Legal Education in England and Wales*, in N. PICARDI & R. MARTINO (eds.), *L'educazione giuridica*, cit., 365 ss.

<sup>22</sup> 2 Geo. II, ch. 23, 1729, An Act for the Better Regulation of Attorneys and Solicitors, modified in 1739 (12 Geo. II, ch. 39) and amended in 1750. Among scholars on the 1729 Act, see G. S. HOLMES, *Augustan England: Professions, State and Society 1680-1730*, 152-156 (London, Allen & Unwin, 1982); H. HORWITZ and L. BONFIELD, *The 'Lower Branches' of the Legal Profession: A London Society of Attorneys and Solicitors of the 1730s and its 'Moots'*, in 9 *Cambridge Law Journal* 3, 461 and spec. at 462 ff. (1990); M. BIRKS, *Gentlemen of the Law*, cit., 131, 135-140; C.W. BROOKS, *Interpersonal Conflict and Social Tension: Civil Litigation in England, 1640-1830*, in A. L. BEIER, D. CANNADINE and J. M. ROSENHEIM, *The First Modern Society. Essays in English History in Honour of Lawrence Stone* 357, spec. at pp. 370-80 (Cambridge University Press, Cambridge, 1989); R. ROBSON, *The Attorney in Eighteenth-Century England* (Cambridge University Press, Cambridge, 1959); E. B.V.

a long time. As a matter of fact, the modern legal educational system in England and Wales was shaped in part by a series of reforms that began only in the mid-20<sup>th</sup> century. Some government reports<sup>23</sup> have criticised the state of legal education, warning of its poor standards and recognising the inefficiency of the system, the need for reform of legal education and the possibility of introducing an entry method that would evaluate not only the practical training but also the university studies. In 1971, the Ormrod report<sup>24</sup> advocated the introduction of a three-stage model of legal education: an academic stage, a professional stage and a continuing stage. The normal academic stage became the law degree or its equivalent. In the wake of the Ormrod report and other reports that followed<sup>25</sup>, the law degree was confirmed as the standard mode of entry into the profession (at least until the announced reform of the solicitors qualifying exam [SQE] – see further on, at § 4).

As a result of the emergence and consolidation of law as an academic discipline – despite that its origins are essentially anchored in the professional world – we have witnessed an opposite evolution in the common law tradition as compared to the civil law tradition. The historical evolution of the different macro traditions of legal education gives evidence that even if the starting points are very distant (even opposite), there are some common trends that have harmonised European legal education up until the close of the 20<sup>th</sup> century. Over the centuries, every system has created a pathway for entry into the legal profession that ensures both academic education and professional training/practical experience, thus combining theoretical knowledge with practical aspects. Moreover, such deep changes in the educational systems have led in both civil law systems and in the common law traditions to the construction of different stages of education and training which have created distinct spheres of influence for the different stakeholders. Usually law schools, as liberal institutions, retain as their primary goals the promotion and production of legal culture, the transmission of legal knowledge and the development of students' analytical and critical reasoning skills.<sup>26</sup> On the other hand, bar associations have the mission to equip graduates with the understanding and acquisition of practical legal skills and competences, and potentially legal ethics, throughout vocational stages, traineeships and/or exam(s).

---

Christian, *A Short History of Solicitors* 11 ff. (Reeves and Turner, London, 1896); J.L. Maute, *Alice's Adventures in Wonderland: Preliminary Reflections on the History of the Split English Legal Profession and the Fusion Debate (1000-1900 A.D.)*, in *Fordham Law Review*, v. 71(4), 1357 and spec. at 1360 ff. (2003); E.W. Ridges, *Constitutional law of England*, 250 (Stevens and Sons, London, 1905).

<sup>23</sup> See, in particular: Report of the Legal Education Committee, Cmd. 4663 (London, HMSO, 1934) ('Atkin Committee'); Report of the Committee Appointed by the Prime Minister under the Chairmanship of Lord Robbins, Cmnd. 2154 (London, HMSO, 1963) ('Robbins Report'); Report of the Committee on Legal Education, Cmnd. 4595 (London, HMSO, 1971) ('Ormrod Report'); Royal Commission on Legal Services, Final Report, Cm. 7648 (London, HMSO, 1979) ('Benson Report'); A Time for Change: Report of the Committee on the Future of the Legal Profession (London, General Council of the Bar/The Law Society, 1988) ('Marre Committee'); Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct, First Report on Legal Education and Training (London, ACLEC, 1996) ('ACLEC'); Review of the Regulatory Framework for Legal Services in England and Wales, 2004 ('Clementi Report'); Legal Education and Training Review, The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales, June 2013, <http://www.letr.org.uk/the-report>.

<sup>24</sup> Report of the Committee on Legal Education, cit.

<sup>25</sup> See Legal Education and Training Review, The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales, cit., xiv: 'A number of recommendations are made in respect of the *Qualifying Law Degree (QLD)* and *Graduate Diploma in Law (GDL)*. These continue to provide an important pathway into the legal services sector for a range of authorised persons, and thus constitute an important foundation for professional training'.

<sup>26</sup> Even if the freedom of universities sometimes encountered some constraints, as in the case of the several core subjects of the English GDL imposed by the professional bodies.

### III. NEW EUROPEAN PARADIGMS FOR THE OLD LEGAL PROFESSION AND THEIR IMPACTS ON LEGAL EDUCATIONAL SYSTEMS

The convergence of legal educational models across Europe has more recently been spurred by some initiatives at the European level, including the Bologna Process, which is an intergovernmental reform process that aims to bring more coherence to higher educational systems in Europe<sup>27</sup> through the convergence of degree structures (i.e., the Implementation of the Bologna three-cycle degree), the recognition of common practices and shared quality assurance standards. In this supranational context, the recognition of the equal relevance and dignity of all the pedagogical components which characterise educational pathways (that is, knowledge, competences and skills as substantiated in terms of expected learning outcomes<sup>28</sup> according to the Dublin Descriptors)<sup>29</sup>, has marked a decisive acceleration towards innovation in education, in general, and in legal education, in particular. The need for a legal educational process which encompasses both knowledge and practical skills has also been suggested by the Council of Bars and Law Societies in Europe (CCBE): in different documents, the CCBE has highlighted the importance of training and learning outcomes and competencies which include both theoretical and practical knowledge<sup>30</sup>.

At an institutional level, the European Union's approach in the last two decades towards the liberal professions has constituted a leading force in the transformation of the legal market and profession in Europe. This trend was initially driven by the EU goal of achieving a single market in which all productive factors (goods, individuals, capital and services) could circulate freely. Starting with the Lisbon Strategy, the EU recognised the crucial role played by professionals in the internal market<sup>31</sup> and began to advocate for

<sup>27</sup> On the implementation of the Bologna Process in Europe, see: European Commission/EACEA/Eurydice, *The European higher education area in 2018, Bologna Process implementation report*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018; Id., *The European higher education area in 2015, Bologna Process implementation report*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015; Id., *The European higher education area in 2012, Bologna Process implementation report*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012. These publications are available at [https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/european-higher-education-area-2018-bologna-process-implementation-report\\_en](https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/european-higher-education-area-2018-bologna-process-implementation-report_en)

<sup>28</sup> Council Recommendation of 22 May 2017 on the European Qualifications Framework for lifelong learning and repealing the recommendation of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on the establishment of the European Qualifications Framework for lifelong learning (2017/C 189/03), in OJ, 15.6.2017, C 189/15;

Recommendation of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on the establishment of the European Qualifications Framework for lifelong learning (2008/C 111/01), in Official Journal of the European Union, 6.5.2008, C 111/1.

<sup>29</sup> Shared 'Dublin' descriptors for Short Cycle, First Cycle, Second Cycle and Third Cycle Awards, A report from a Joint Quality Initiative informal group, 2004.

<sup>30</sup> See, for example, CCBE, *Comments on European Legal Training*, 2010; CCBE Recommendation on Training Outcomes for European Lawyers, 2007, in which the CCBE has substantiated the training outcomes for European lawyers in terms of substantive knowledge as well as practical knowledge and skills; see also CCBE Recommendation on continuing Training, 2003

<sup>31</sup> See Council of the European Union, *European Council Presidency Conclusions*, 22–23 March 2005, [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ec/84335.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/84335.pdf); European Parliament, *Follow-up to the Report on Competition in Professional Services*, P6\_TA(2006)0418, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2006-0418+0+DOC+PDF+V0//EN>; European Parliament, *Resolution on Market Regulations and Competition Rules for the Liberal Professions*, 2004 OJ (C 91E) 126, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+B5-2003-0432+0+DOC+PDF+V0//EN>; Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Professional Services—Scope for more reform—Follow-up to the Report on Competition in Professional Services*, COM(2004) 83 of 9 February 2004 (SEC(2005) 1064): COM/2005/0405 final, <http://eur->

the application of competition law even in the professional sector.<sup>32</sup> In order to justify this economic approach, the professions have been classified by European jurisprudence and by Commission decisions as an undertaking in line with a broader European notion which encompasses any entity that carries out economic activity – consisting of providing services on the market – regardless of the particular status of the entity and the way in which it is financed<sup>33</sup>. As a consequence, the peculiar attributes which characterise the intellectual professions (e.g., the intellectual, technical or specialised nature of the services and the personal and direct basis on which the services are delivered)<sup>34</sup> as well as the fact that they are mostly classified at the national level as regulated professions cannot be deemed as obstacles in classifying lawyers as undertakings.

---

[lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005DC0405](http://lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52005DC0405); Commission Communication, *Report on Competition in Professional Services*, COM/2004/0083 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004DC0083>

<sup>32</sup> Concerning the European attempt to apply competition law to professional services, see: Report on the Economic Impact of Liberal Professionals in Different Member States, Invitation to Tender, Open Procedure (2001); I. PATERSON, M. FINK & A. OGUS, *Economic Impact of Regulation in the Field of the Liberal Professions*; European Commission, DG Competition, *Stocktaking Exercise on Regulation of Professional Service: Overview of Regulation in the New EU Member States*, COMP/D3/MK/D(2004), [http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional\\_services/studies/overview\\_of\\_regulation\\_in\\_the\\_eu\\_professions.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/overview_of_regulation_in_the_eu_professions.pdf); European Commission, DG Competition, *Invitation to Comment: Regulation in Liberal Professions and Its Effects: Summary of Responses*, 2003, [http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional\\_services/studies/summary\\_of\\_consultation\\_responses.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/summary_of_consultation_responses.pdf); Commission Communication, *Report on Competition in Professional Services*; Commission Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Upgrading the Single Market: More Opportunities for People and Business*, COM(2015)550 final; see also the European Parliament's intervention 2015/2354(INI); Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Reform, *Recommendations for Regulation in Professional Services*, {SWD(2016) 436 final}, COM(2016)820 final, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=list&coteId=1&year=2016&number=820&version=ALL&language=en>; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, and the European Economic and Social Committee, *Evaluating national regulations on access to profession*, COM(2013)676, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013DC0676>; European Commission, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on a proportionality test before adoption of new regulation of professions*, COM(2016) 822, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0822:FIN>; Directive (EU) 2018/958 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 on a proportionality test before adoption of new regulation of professions, in *GU L 173 9.7.2018*, pp. 25–34, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?toc=OJ%3AL%3A2018%3A173%3ATOC&uri=uriserv%3AOJ.L.2018.173.01.025.01.ENG>.

A similar trend towards deregulation was first endorsed in other jurisdictions, such as in the US and Australia and, at the international level, by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Cf. OECD, *Competition Policy and the Professions*, 1985; OECD, *Competition in Professional Services*, DAF/CLP(2000)2, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920231.pdf>; OECD, DAF/COMP(2007)39. In regard to the US experience: *Goldfarb v. State Bar of Virginia*, 421 U.S. 773 (1975); *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977); C.J. GAWLEY, *Protecting Professionals from Competition: The Necessity of a Limited Antitrust Exemption for Professionals*, in S.D. L. Rev. 47, 233 (2002); D. VÁZQUEZ ALBERT, *Competition Law and Professional Practice*, in ILSA J. Int'l & Comp. L., 11, 555 (2005). More generally, see L.S. TERRY, *The European Commission Project Regarding Competition in Professional Services*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1 (2009).

<sup>33</sup> Case C-41/90, *Höfner ed Elser c. Macrotron*, ECLI:EU:C:1991:161; Case 118/85, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2002:36. L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in IV. *Foro it. (Foro italiano)* 1994, p 113; V. AFFERNI, *La nozione di impresa comunitaria*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, II, 134 (Padova: CEDAM 1978).

<sup>34</sup> 95/188/EC: Commission Decision of 30 January 1995 relating to a proceeding under Art. 85 of the EC Treaty (IV/33.686 – Coapi) OJ L 122, 02/06/1995, 0037–0050.

In accordance with this innovative view, the EU Commission has introduced rigorous discussions about the justifications for national professional regulations that affect both entry requirements and the exercise of the service, and MSs have been required to revisit their professional rules according to the so-called ‘proportionality test’ under which restrictions are justified only on public interest grounds. The European call for ‘*better regulation*’ has revitalised the economic theories surrounding professional regulation, as well as the idea that some pro-competitive mechanisms can be implemented without detriment to the quality of professional services, even if in some cases the protection of clients and society as well as the good governance of the profession may impose the maintenance of some traditional restrictive rules. According to the *public interest theory*, certain forms of regulation might be considered as a remedy for market failures arising from the particular features of the legal service markets; that is, the information asymmetry which has usually characterised the lawyer–client relationship<sup>35</sup> together with the ‘credence nature’ of most professional services<sup>36</sup> might lead to quality deterioration resulting from adverse selection<sup>37</sup> and to the rise of the ‘moral hazard’ problem.<sup>38</sup> It might also generate negative externalities and prevent positive ones<sup>39</sup>. In this scenario, not all the restrictive rules may be justified on the basis of the public interest arguments

<sup>35</sup> B. ARRUNADA, *The Economics of Notaries*, in Eur. J. Law Econ., 3, 5 (1996); Robert G. EVANS and Michael J. TREBILCOCK, *Lawyers and the Consumer Interest* (Toronto: Butterworths 1982); M. FAURE, J. FINSINGER, J. SIEGERS and R. VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of Professions* (Antwerpen: Maklu 1993); R. C.O. MATTHEWS, *The Economics of Professional Ethics: Should the Professions Be More Like Businesses?* in Econ. J., 101, 737 (1991); F. H. STEPHEN, *The Market Failure Justification for the Regulation of Professional Service Markets and the Characteristics of Consumers* and R. VAN DEN BERGH, *Towards Efficient Self-Regulation in Markets for Professional Services*, in C.D. EHLERMANN and I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2004: The Relationship Between Competition Law and the (Liberal) Professions*, 143 and 155 (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2006).

<sup>36</sup> The professional is always aware of the quality of the service being proposed or delivered; the client, however, has to rely on the professional’s judgement due to his/her inability to ascertain the quality of the legal service and its correspondence to his/her legal needs. In fact, most professional services are considered as ‘credence goods’. As a result, it is often not possible for the client to evaluate the quality of the service, either before or after purchasing the service itself.

<sup>37</sup> If clients cannot judge the different value of professionals’ services, their willingness to pay might be hampered; conversely, if lower fees become the ‘average prices’ of legal performance, the most qualified lawyers are encouraged to leave the market as long as their behavioural traits and their efforts are not recognised and properly remunerated. See G. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in Q. J. Econ., 488 (1970); I. PATERSON, M. FINK and A. OGUS, *Economic Impact of Regulation in the Field of the Liberal Professions in Different Member States: Regulation of Professional Services*, 17 (European Network of Economic Policy Research Institutes Working Paper 52/February 2007), available at <https://www.ceps.eu/system/files/book/1455.pdf>; R. SPIEGLER, *The Market for Quacks*, in Rev. Econ. Stud., 76, 1113 (2006); H. E. LELAND, *Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards*, in Journal of Political Economy, 87, 1328 (1979).

<sup>38</sup> An information gap might lead to professionals’ opportunistic behaviours, including the overvaluing of services in order to charge higher fees, the delivery of services at higher prices and the provision of additional or totally unneeded services. See F. H. STEPHEN & J. H. LOVE, ‘Regulation of the Legal Profession’ in B. BOUCKAERT and G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: The Regulation of Contracts*, 989 (Cheltenham: Edward Elgar 2000); R. VAN DEN BERGH and Y. MONTANGIE, *Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?*, in Journal of Competition Law & Economics, 2, 189, at 193 and 194 (2006) E. SHINNICK, F. BRUINSMA and C. PARKER, *Aspects of Regulatory Reform in the Legal Profession: Australia, Ireland and the Netherlands*, in Int’l J. Legal Prof., 10, 237 (2003).

<sup>39</sup> Legal services serve public goals such as the successful administration of justice and a well-functioning judicial system; for this reason, the quality of the legal performance might have a severe impact, not only on the single client situation but also on society as a whole. On the one hand, legal services of insufficient quality might generate negative externalities, damaging both clients and third parties involved in the justice system; on the other hand, good-quality legal services generate positive externalities, contributing to ensure the protection of the client’s rights as well as to safeguard the correct administration of justice in the interest of the community. As a result, among the rationales for professional regulation, there is the need to avoid negative externalities while protecting the positive ones. See R.I.N.M. GRAHAM, *Legal Ethics: Theories, Cases, and Professional Regulation* (3rd edn., Toronto: Emond Publishing 2014).

which may constitute the premise and the justification for the maintenance of professional regulations at the national level.<sup>40</sup>

Given the European economic perspective on the regulation of the liberal professions, the justifications for qualification and entry requirements (encompassing academic education and training as well as professional examinations) have been questioned as to whether the qualitative entry restrictions are effectively justified in the name of the public interest, consumer protection or quality of service or, contrariwise, may excessively restrict competition, promoting only lawyers' interests without yielding corresponding benefits to society. Even if empirical evidence on this aspect is limited and fragmentary,<sup>41</sup> it has been argued that *ex ante* or input regulation could be a valuable tool to guarantee a high level of quality of legal services in the clients' and the public's interest. When a profession is regulated, only professionals who meet certain requirements and possess the appropriate qualifications are allowed to offer their services in the market. As has been noted elsewhere, 'Licensing thus attempts to influence the quality of the service before its provision (*ex ante*) and controls the input (mainly education and/or training) rather than the output. The underlying assumption is that there is a strong complementary relationship between investments in human capital (input) and the quality of the service provided'.<sup>42</sup> When professionals who do not have the required qualifications and competence are excluded from the market, the overall quality of the legal services performed will naturally be higher. For this reason, the input or *ex ante* regulation might be considered proportionate to the goal of ensuring professional quality: it is justified by public interest arguments, working both as a remedy for market failures<sup>43</sup> and as a deterrence to moral hazard.<sup>44</sup> In the absence of contrary empirical evidence, the EU has more recently recognised the homogeneity across Europe concerning the qualification requirements ('In terms of qualification, higher education is required in the large majority of Member States (a law degree being compulsory), followed by a mandatory traineeship and/or additional professional experience and bar examination'<sup>45</sup>) and has not pointed out any criticalities or suggested any reform regarding the legal education path as regulated at the national level by MSs<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Moreover, the 'public interest theories of regulation are challenged by private interest theories' (R. VAN DEN BERGH, *Towards Better Regulation of the Legal Professions in the European Union* (RILE Working Paper Series n. 2008/7 2007)). Several economists are skeptical about the benefits of professional restrictive rules, arguing that professional regulation is mainly used to serve the interests of the legal profession and can be better explained by rent-seeking behaviour, effective lobbying and regulatory capture. See J. A. KAY, *The Forms of Regulation*, in A. SELDON (ed.), *Financial Regulation or Over-Regulation*, 3342 (London: Institute for Economic Affairs 1988). The origin of this approach may be traced to Smith's view, who defined self-regulatory occupational groups as natural institutions for 'conspiracy against the public' and a 'contrivance to raise prices'. See, also, A. SMITH, *Of Wages and Profit in the Different Employments of Labour and Stock, Part II: Inequalities Occasioned by the Policy of Europe*, in A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 97 (1776 – New York: MetaLibri 2007).

<sup>41</sup> See F. H. STEPHEN and J. H. LOVE, *Regulation of the Legal Profession*, cit., 989; R. VAN DEN BERGH and Y. MONTANGIE, *Competition in Professional Services Markets: Are Latin Notaries Different?* cit., at 193–194.

<sup>42</sup> T. HEREMANS, *Professional Services in the EU Internal Market: Quality Regulation and Self-Regulation*, 4 (Hart Publishing, 2012).

<sup>43</sup> See H. E. LELAND, *Quacks, Lemons, and Licensing: A Theory of Minimum Quality Standards*, cit.

<sup>44</sup> C. SHAPIRO, *Investment, Moral Hazard, and Occupational Licensing*, in *The Review of Economic Studies*, 53, 843 (1986).

<sup>45</sup> EU Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of The Regions on reform recommendations for regulation in professional services, COM(2016)820, p. 18

<sup>46</sup> The EU Commission pointed out some critics on more circumscribed aspects, for example, the fact that in some MSs 'training and experience obtained abroad are not duly taken into account when allowing access to legal traineeships for lawyers'; in some other MSs, there is the provision of additional

So far, the legal education pathway – based on the three-stage model of university degree, vocational stage and training/exam(s) – seems to remain duly justified from a deregulation perspective.

#### IV. LEGAL EDUCATION IN THE 21<sup>ST</sup> CENTURY: THE RIFT BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW SYSTEMS REVIVES

As history explains, the relationship among different stakeholders is not a stable one, and the three-stage model – university degree, vocational stage and training/exam(s) – established across Europe is just an artificial division. What is more constant are the critics of the legal educational system; as noted elsewhere, ‘Legal education has come under fire from all quarters, almost everywhere in the world. Legal education is criticized in many different contexts, by a variety of actors, and for a great number of reasons’.<sup>47</sup> Indeed, there is a common and live debate on the need to rethink the approaches to teaching and learning the law in theory and in practice as well as to rethink the ways to assess knowledge, skills and competence, taking into consideration the ongoing changes in the legal profession.<sup>48</sup> The legal profession is facing not only a new working environment marked by increasing globalisation, competition and deregulation but lawyers are also tackling a new reality driven by digital innovation and technological advances which is reshaping the traditional working structures and the way in which legal services are provided as well as the contents of the practice of law.

This sense of dissatisfaction with the way in which legal education is structured and delivered along with the pressure to change coming from the market and the new features of the legal profession have generated opposing responses from the common law and the civil law traditions.

In England and Wales, this resulted in the recent reform concerning the pathway to qualify as a solicitor implemented by the Solicitors Regulation Authority (hereafter,

---

professional qualification requirements in order to practise before the highest courts; and so on (see COM(2016)820, cit., pp. 18 and 19).

<sup>47</sup> See S. CASSESE, *Legal Education under Fire*, cit., p 143.

<sup>48</sup> See S. CASSESE, *Legal Education under Fire*, in *Eur. rev. priv. law.*, 1, 143, at 144 and 145 (2017): the author considering the French model underlined that: ‘*Teaching methods and materials are criticized as being too dogmatic and doctrinal, closed to the social sciences, and oriented towards the study of law as set out in books rather than to the study of law in action*’; C. JAMIN, *L’enseignement du droit à Sciences Po: autour de la polémique suscitée par l’arrêté du 21 mars 2007*, in *Jurisprudence: Revue critique*, 125 ff. (2010); C. JAMIN, *La cuisine du droit: L’École de Droit de Sciences Po: une expérimentation française* (Paris: L.G.D.J. 2012); M. VOGLIOTTI, *L’urgence de la question pédagogique pour le droit postmoderne*, in *RIEJ*, 72, 73 ff. (2014); C. JAMIN and M. XIFARAS, *De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l’enseignement*, in *RIEJ*, 107 ff. (2014); C. JAMIN and M. XIFARAS, *Retour sur la ‘critique intellectuelle’ des facultés de droit*, in *La Semaine Juridique*, 4, 155 ff. (2015); R. SEFTON-GREEN, *Démoules: Du carcan de l’enseignement du droit vers une éducation juridique, Société de législation comparée*, (Paris 2015); referring to the situation of legal education in Germany affirmed that: ‘*German experts too complain that doctrinal subjects are central in legal education, that legal education does not focus sufficiently on the application, active creation and implementation of the law, that law teaching does not pay enough attention to the European legal order and to the comparative approach, that academic reflection prevails over practice-oriented studies, and that there is not enough interdisciplinary cooperation*’ (Wissenschaftsrat, *Prospects of Legal Scholarship in Germany. Current Situation, Analyses, Recommendations*, Hamburg 9 November 2012). See also A. VON BOGDANDY, *Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2, 22 (2012). Concerning the critics of the English system, the author, referring to the LETR report, recalled as main reasons for critique: ‘*insufficient assurance of a consistent quality of outcomes and standards of assessment; limits on the acceptable forms of professional training; knowledge and skills gaps in respect of legal values and professional ethics, communication, management skills and equality and diversity awareness; limits on horizontal and vertical mobility; increasing cost barriers affecting access to academic, professional and workplace training, particularly for solicitors and barristers in non-commercial practice; and the existence of limitations on the capacity for coherent evidence-based policymaking*’ (Legal Education and Training Review, *The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales*, cit.).

SRA) in the framework of the SRA reforms of legal education<sup>49</sup> followed by the Legal Education and Training Review (LETR)<sup>50</sup>. Beginning in 2021, would-be solicitors were required to complete a qualifying law degree (QLD) or law conversion course at university (GDL), a one-year vocational course, the Legal Practice Course (LPC) and, finally, two years of supervised training (*training contract*) in order to qualify as a solicitor.<sup>51</sup> This pathway clearly reflected the suggestions made by the Ormond Report (see *supra*), which recognised the value of a legal educational process articulated into consecutive and separate stages, namely the academic, vocational and work-based training requirements.

Nevertheless, as part of a new approach to qualifying as a solicitor in England and Wales, the SRA decided to abandon the qualifying law degree (QLD) and the Legal Practice Course (LPC) in favour of a centralised examination system, the Solicitors Qualifying Exam (SQE).<sup>52</sup> In particular, the SQE reform requires would-be solicitors to undergo a

<sup>49</sup> Among the priorities set out in the ‘Training for Tomorrow policy statement’, the SRA included the opening up of the pathways to qualify as a solicitor: Solicitors Regulation Authority, ‘Policy Statement: Training for Tomorrow’ (Solicitors Regulation Authority 2013) <https://www.sra.org.uk/sra/policy/training-for-tomorrow/resources/policy-statement/>

<sup>50</sup> J. Webb et al., *Setting Standards: The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales* (2013).

<sup>51</sup> The three-stage structure is similar to the traditional educational model designed for the would-be barrister: graduates (with a QLD or a GDL) were required to pass a Bar Course Aptitude Test (BCAT), join one of the Inns of Court, undertake a one year, full-time course, the Bar Training Course, be called to the Bar and complete a recognised period of training under the supervision of an experienced barrister, the Pupillage. The maintenance of the Bar Course Aptitude Test (BCAT) is now under discussion: ‘the Bar Standards Board (BSB) has decided, at its meeting on 31 March 2022, that it will seek approval from the Legal Services Board (LSB) to discontinue the requirement that students should take the Bar Course Aptitude Test (BCAT)’: Bar Standards Board, Press Release of 1 April 2022. <https://www.barstandardsboard.org.uk/resources/resource-library/bsb-seeks-to-abolish-the-bar-course-aptitude-test.html>; see also Bar Standards Board, Future Bar Training: Consultation on the future of the Bar Course Aptitude Test (BCAT), September 2021: <https://www.barstandardsboard.org.uk/uploads/assets/9d3ea74c-5631-44f5-a81f0142c99ef1d9/BCAT-Consultation-Document-Sept21.pdf>

Moreover, new training requirements for the Bar came into effect from 1 September 2020: nevertheless, the three components of education and training (the academic component, the vocational component and the work-based learning component) have been maintained, even if delivered through one of four approved training pathways: ‘a. Three-step pathway – the academic component, followed by the vocational component, followed by the work-based learning component (pupillage); b. Four-step pathway – the academic component, followed by the vocational component in two parts, followed by the work-based learning component (pupillage); c. Integrated academic and vocational pathway – combined academic component and vocational component, followed by the work-based learning component (pupillage); d. Apprenticeship pathway – combined academic component, vocational component, and work-based learning component (pupillage); : Bar Standards Board, The Bar Qualification Manual, available at: <https://www.barstandardsboard.org.uk/training-qualification/bar-qualification-manual-new.html>

For more information concerning the legal educational system in England and Wales: A. BOON and J. WEBB, *Legal Education and Training in England and Wales: Back to the Future?* cit., 79; D. NITTI, *La professione forense in Inghilterra*, in A. BERLINGUER, *La professione forense. Modelli a Confronto*, 97 ff. (Milano, 2008); C. GILLIGAN, *La formazione dell'avvocato in Inghilterra e Galles: qualità professionale, deontologia e mercato*, in G. ALPA and A. MARIANI MARINI (eds.), *La formazione dell'avvocato in Europa*, 113 ff. (Pisa, 2009); B. NASCIBENE, *La professione forense nell'unione europea*, 233 ff. (Milano 2010); R. M. STEIN, *The Path of Legal Education from Edward I to Langdell: a History of Insular Reaction*, cit., 429; D. NITTI, *Come cambia la professione forense inglese: spunti per una comparazione*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 280 ff. (2006); R. CRESPI, *Le professioni legali in Inghilterra e Galles da Edoardo I al Court and Legal Service Act*, in *Le carte e la Storia*, 126 (2005); P. PURPIDGE, *La formazione professionale in Inghilterra e nel Galles*, in *Rass. Forense*, 399 (1995).

<sup>52</sup> See SRA, *Statement of Solicitors Competence* (March 2015), <https://www.sra.org.uk/solicitors/competence-statement.page>; SRA, *Training for Tomorrow: Assessing Competence, Consultation Paper* (7 December 2015); SRA, *A New Route to Qualification: The Solicitors Qualifying Examination, Consultation Paper* (25 April 2017); SRA, *A*

centralised exam regulated by the SRA which consists of two parts: a test of legal knowledge by means of multiple-choice questions; and various skill assessments. The candidates must also undertake 24 months of practical training (qualifying work experience – QWE).

The radical changes introduced by the SRA which undermined the validity of the traditional three-stage model are expected to have a profound effect on the entire English model of legal education. Since a law degree will not be mandatory to be able to sit for the SQE, the only choice for law schools will be between opting in or opting out of SQE preparation. They could, in other words, keep a distance from the interests of the legal profession and provide a more liberal and theoretical education; or they might move in the direction of professional and vocational courses in order to reach the standards required to embrace the SQE.<sup>53</sup> Both choices have potentially significant and obvious consequences. The replacement pathway to qualify as a solicitor in England and Wales offered by the SRA totally underestimates the role of universities and pushes towards a pure apprenticeship model; it also seems to remove the English system from the previously described harmonised model of legal education.<sup>54</sup>

In Continental Europe, the criticisms concerning the current educational system as well as the innovations involving the professions in the recent years are still generating some significant changes (even if the impact is not comparable to the English one).

Despite the growing professionalisation of the legal class and the increased importance of the bar association in the legal educational process, Continental European law schools over the past century have reaffirmed their own roles and have continued to uphold as their exclusive aims the promotion and production of legal culture, maintained in

---

*New Route to Qualification: New Regulations, Consultation Paper* (15 November 2017), <https://www.sra.org.uk/sra/consultations/new-regulations.page>.

For comments on the SRA initiative, see R. FLETCHER, *Legal education and proposed regulation of the legal profession in England and Wales: a transformation or a tragedy?*, in *The Law Teacher*, 50, 371 (2016); E. HALL, *Notes on the SRA report of the consultation on the Solicitors Qualifying Exam: 'Comment is free, but facts are sacred'*, in *The Law Teacher*, 51, 364 (2017); E. FRY and R. WAKEFORD, *Can we really have confidence in a centralised Solicitors Qualifying Exam? The example of the Qualified Lawyers Transfer Scheme*, in *The Law Teacher*, 51, 98 (2017); C. JAMES and J. KOO, *The EU law 'core' module: surviving the perfect storm of Brexit and the SQE*, in *The Law Teacher*, 52, 68 (2018); J. GIBBONS, *Policy recontextualisation: the proposed introduction of a multiple-choice test for the entry-level assessment of the legal knowledge of prospective solicitors in England and Wales, and the potential effect on university-level legal education*, in *International Journal of the Legal Profession*, 24, 227 (2017); M. DAVIES, *Changes to the training of English and Welsh lawyers: implications for the future of university law schools*, in *The Law Teacher*, 52, 100 (2018); P. Leighton, *Legal Education in England and Wales: what next?* in *The Law Teacher*, 55(3), 405 ff. (2021, v. 55). See also Caroline Hood and Chris Simmonds, *The solicitor apprenticeship*, in *The Law Teacher* (2022), with a focus on the relationship between the SRA reform and the solicitor apprenticeship.

<sup>53</sup> With regard to the demise of QLDs and GDLs, for law schools which choose to continue to offer degree courses or similar which prepare students for the SQE, this will be the first time for most that they have faced an externally devised syllabus and externally set and marked assessments with regard to this aspect of their activity. For those institutions which choose to opt out and, perhaps, use the introduction of the SQE as an opportunity to move their law degrees away from their current professional accreditation focus, this will be the first time in decades that they have faced a significant market test to determine how many students will choose to study law without a professional accreditation attractor': M. DAVIES, *Changes to the training of English and Welsh lawyers: implications for the future of university law schools*, cit., at 101.

<sup>54</sup> Even if the law degree maintains its validity with reference to the pathway to qualify as a barrister in England and Wales, it is well known that the percentage of graduates who become barristers is very low compared to the percentage of students who qualify as solicitors. In 2017, the total barristers in practice were 16,435 (see Bar Standards Board, *Practising Barrister Statistics*, <https://www.barstandardsboard.org.uk/media-centre/research-and-statistics/statistics/practising-barrister-statistics/>); while 'at 31 July 2017, there were 139,624 solicitors with practising certificates (PC) and 181,968 individuals in total on the role of solicitors' (see The Law Society, *Annual Statistics Report 2017*, <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/annual-statistics-report-2017/>).

conformity with such objectives as an essentially theoretical teaching methodology.<sup>55</sup> Nevertheless, a number of harsh criticisms consistently levelled against academia over the past 100 years are signs of a disconnect between the law school and the wider society. Is there a need for an education that insists on keeping theory and practice apart? Such criticism is still echoed today in university classrooms and, although it does not appear sufficiently supported, in an ‘atmosphere of dated paralysis’<sup>56</sup> that has perhaps always characterised academia and other institutions under pressure to change, it seems to dictate current (and increasingly noticeable) progressive trends. Recently, there have been attempts directed at integrating practical components into the curricula, such as some law school initiatives targeted at introducing legal skills courses and legal clinics.<sup>57</sup> While far from the norm, such developments are on the increase across Continental Europe. The creation of a European clinic network (ENCLE – European Network of Clinical Legal Education), the international clinical legal education networks (e.g., GAJE – Global Alliance for Justice Education; and Réseau des Cliniques Juridiques Francophones) and several national networks (e.g., Rete Italiana Cliniche Legali, FUPP – Polish Legal Clinics Foundation; Association of Legal Clinics of Ukraine; CLEO – Clinical Legal Education Organisation; La Red Española de Clinicas Juridicas, etc.) gives sufficient evidence.<sup>58</sup> One may speculate as to the driving forces, but almost certainly, they include the aim of developing a student’s knowledge, practical skills and values/ethics, all of which are required of a professional.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> See M. CAPPELLETTI, J. H. MERRYMAN and J. M. PERILLO, *The Italian Legal System: An Introduction*, 89 (Stanford, 1967): the authors, referring to Italian academia, affirmed that law schools ‘are not concerned with techniques of problem-solving, but with the inculcation of fundamental concepts and principles’.

<sup>56</sup> See L. CAIANI, *Problemi dell’Università italiana*, 7 (Milano, 1955).

<sup>57</sup> In relation to the recent development of clinical legal education in Western Europe, defined as ‘the last holdout in the worldwide acceptance of clinical legal education’ (R. WILSON, *Western Europe: Last Holdout in the Worldwide Acceptance of Clinical Legal Education – Part I/II*, in *German Law Journal*, 10, 823 ff. (2009); see C. BARTOLI, *Legal clinics in Europe: for a commitment of higher education in social justice*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 1 (2016); Id., *The Italian legal clinics movement: Data and prospects*, in *International Journal of Clinical Legal Education*, 2, 22 (2015); D. BLAZQUEZ-MARTIN, *The Bologna Process and the Future of Clinical Education in Europe: A View from Spain*, in F.S. BLOCH (ed.), *The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice*, 121 (Oxford, 2011); H. OLÀSOLO, *Legal Clinics in Continental Western Europe: The Approach of the Utrecht Legal Clinic on Conflict, Human Rights, and International Justice*, in *American Society of International Law*, 104, 98 (2010); J.A. HANNEMANN and F. CZERNICKI, *Eine rechtsvergleichende Analyse der ‘Clinical Legal Education’ – studentische Rechtsberatung in Polen und Deutschland*, in *German Journal of Legal Education*, 2, 27 (2015). With regards to the Brescia Legal Clinic, see C. AMATO, *Developing strategies for academic and financial sustainability: the Brescia legal clinic’s experience*, in E. POILLOT (ed.), *L’enseignement clinic du droit: Expériences Croisées et perspective pratique* (Luxembourg: Larcier, 2014). In relation to the recent development of clinical legal education in Central and Eastern Europe, see, above all, M. BERBEC-ROSTAS, A. GUTNIKOV and B. MAMYSŁOWSKA-GABRYŚIAK, *Clinical Legal Education in Central and Eastern Europe: Selected Case Studies* in F.S. Bloch (ed.), *The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice*, cit., p 53.

<sup>58</sup> See: [www.encle.org](http://www.encle.org); <https://www.cliniques-juridiques.org/>

<sup>59</sup> Legal studies in several civil law jurisdictions have come under criticism; thus, their exclusive theoretical nature and the need for more practical elements in the curricula have been suggested. As a consequence, they have had similar legal studies’ development, even maintaining their traditional and historical features; see, as an example, the Czech Republic experience: ‘The Czech Republic, which can be perceived as a bridge between Western and Eastern Europe and shares many common features with countries from both parts of Europe. The legal education was traditionally very theoretical, with occasional discussions about the lack of practical elements. In the 1990s, there were several clinical projects taking place at different law schools, but none of them was particularly successful (...). I have the impression that the recent intensive development of legal clinics in the Czech Republic (and also in other European countries) derives from understanding that traditional legal education was inefficient and did not focus enough on skills and professional values’: M. TOMOSZEK, *The Growth of Legal Clinics in Europe – Faith and Hope, or Evidence and Hard Work?*, in *International Journal of Clinical Legal Education*, 21, 99 (2014).

In conclusion, despite the harmonising movements that characterised European legal educational systems at the gates of the 20<sup>th</sup> century, the latest reform trends seem to be leading the common law and civil law systems along two distinct and opposite paths, and in both cases, taking legal education back to its earliest origins.

## V. FINAL REMARKS

A new harmonised trend is emerging in Continental Europe despite cultural differences among national models of legal education on the European continent, the specific requirements imposed by national law curricula and the different relationships between universities and the relevant professional bodies; such a common and renewed approach to legal education begs a rethink of curriculum content to embrace knowledge, skills and values.<sup>60</sup>

In this latest process of reform, the mission of law schools and the mission of post-university training associations (bar associations, professional schools and, in some instances, universities) are tending to converge while maintaining their own specificities: they each provide knowledge, skills, competences and abilities for a defined market, and students are required to master theoretical legal concepts as well as to meet standards of technical competency in order to understand law in its operational context and to aspire to be ethical and competent professionals. In this trend, the liberal educational tradition is reconciled with the demands of professional worlds, the needs of society and the supreme objective of preserving and enhancing justice. Experiential learning, in general, and clinical legal education, in particular, may constitute valuable tools for tackling the challenges and meeting the needs of the current and renewed educational context with specific reference to the academic stage.

By contrast, the answer of the common law world to the crisis of legal education and of the legal professional market seems to bring the English system back to its professional origins: strong criticisms of universities resurfaces and the controversial decision to include legal education as an academic discipline<sup>61</sup> is once again questioned. The legal educational system goes back to the exclusive hands of the professional world; in front of the decline of both the role of the university as an institution and the intrinsic value of law schools, legal education turns out to mainly be identified with the process of professional formation of legal professionals. This is probably in line with the aim to prepare would-be solicitors for the practice of law and produce “practice ready lawyers” for today’s profession<sup>62</sup>. Nevertheless, it raises some doubts about the suitability of such a choice in front of more ambitious goals, such as the purpose of legal education to create ‘tomorrow lawyers’, that is, professionals who will be able to face the new and unexpected challenges of the legal world, marked by globalisation and digital innovation – and more generally to provide students with a liberal and critical understanding of law which is the basis to take an active role in order to contribute to the improvement of legal systems towards justice<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> *‘Sapere, Saper fare e Saper essere: è questa la trilogia sulla quale si struttura il mestiere dell’avvocato’*: G. PASCUZZI, *How to Become Lawyers and Able to Do So: Teaching the Ethics of the Legal Profession through Narrative*, Research Paper no. 11 (2012) available at [http://eprints.biblio.unitn.it/4003/1/11.\\_Pascuzzi.pdf](http://eprints.biblio.unitn.it/4003/1/11._Pascuzzi.pdf).

<sup>61</sup> L. Martin, *From Apprenticeship to Law School: A Social History of Legal Education in Nineteenth Century New South Wales* in *University of New South Wales Law Journal*, 9(2) 111 (1986).

<sup>62</sup> L. Martin, *From Apprenticeship to Law School: A Social History of Legal Education in Nineteenth Century New South Wales*, cit.

<sup>63</sup> On the purpose of legal education, see D. Goldsworthy, *The Future of Legal Education in the 21st century*, in *Adelaide Law Review*, 41(1), 243 (2020).



# IL CONTRASTO AL CAPORALATO E ALLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO IN AGRICOLTURA: UN ITINERARIO TRA FONTI SOVRANAZIONALI E MODELLI STATALI

Roberta Peleggi

## SOMMARIO:

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – II. IL CAPORALATO IN AGRICOLTURA: I PRINCIPALI FATTORI DI UN’EMERGENZA GLOBALE. – III. LE FONTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO AL CAPORALATO E ALLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO IN AGRICOLTURA. – 3.1. LE FONTI INTERNAZIONALI. – 3.2. LE FONTI EUROPEE. – IV. IL CAPORALATO AGRICOLO IN ITALIA. – V. LE MISURE DI CONTRASTO AL CAPORALATO IN ITALIA. – 5.1. LE MISURE DI CONTRASTO NEL DIRITTO DEL LAVORO: DALLA LEGGE SULLA RISICOLTURA ALLA RIFORMA BIAGI. – 5.1.1. (SEGUE). LA RETE DEL LAVORO AGRICOLO DI QUALITÀ. – 5.2. LE MISURE DI CONTRASTO NEL DIRITTO PENALE: DALLA NOVELLA DEL 2016 AL DISEGNO DI LEGGE N. 2404/2021. – 5.3. LE MISURE DI CONTRASTO “DAL BASSO”. – VI. IL CAPORALATO AGRICOLO IN INGHILTERRA: ALLE ORIGINI DEL MODELLO AUTORIZZATORIO. – 6.1. DA “OPERATION GANGMASTER” AL GANGMASTER (LICENSING) ACT. – 6.2. CENNI ALLA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO INGLESE IN AUSTRALIA. – VII. CONCLUSIONI.

*In the agricultural sector, illegal recruitment and exploitation of workers are old-age phenomena that factors such as the increased competitiveness in the global market, the intensification of migration flows, and the appearance of international criminal networks have rendered more and more dramatic in Italy as in other regions of the world. After an outline of the main reasons that have caused the widespread diffusion of those phenomena in recent decades, an overview of the composite regulatory framework and the measures to contrast them, available at both the supranational and domestic levels, are presented. The paper then offers an analysis of English law as an example of a regulation model which, differently from the Italian model, is based on a licensing scheme.*

## I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

I fenomeni climatici estremi cui stiamo assistendo già da alcuni anni e, da ultimo, lo scoppio del conflitto tra Russia e Ucraina mettono sempre più a dura prova i raccolti<sup>1</sup> e la vita dei lavoratori delle campagne in molte zone della nostra penisola<sup>2</sup> e d’Europa.

E se è vero che la filiera produttiva del comparto agricolo ha tenuto anche in tempi di pandemia, è altrettanto vero che difficilmente la resilienza del settore sarebbe stata la medesima se, a parte le deroghe messe in atto dai governi nazionali per scongiurare l’interruzione della mobilità dei lavoratori stagionali<sup>3</sup> e l’adozione di misure straordinarie

---

<sup>1</sup> Già agli inizi del mese di marzo, il direttore esecutivo del *World Food Programme*, David Beasley, ha annunciato il pericolo di una carestia senza precedenti a causa del conflitto. Lo scorso 23 marzo la Commissione europea ha presentato una Comunicazione (COM(2022) 133) final) contenente un pacchetto di misure volte a salvaguardare la sicurezza alimentare e a sostenere consumatori e agricoltori, che ha però già fatto discutere per il suo disallineamento rispetto agli obiettivi del *Green Deal*.

<sup>2</sup> Basti ricordare che, nel 2021, all’inizio della stagione estiva, l’amministrazione regionale di Puglia, Calabria, Basilicata e di alcuni Comuni campani hanno emanato ordinanze con cui è stato vietato il lavoro nei campi durante le ore più calde.

<sup>3</sup> Cfr. Nota OIL, *Misure per il lavoro stagionale dei migranti: ripensare ai principi fondamentali e ai meccanismi alla luce del COVID-19*, maggio 2020; in ambito europeo, si veda in particolare la Comunicazione della Commissione, del 7 luglio 2020, intitolata ‘Orientamenti relativi ai lavoratori stagionali nell’UE nel contesto della pandemia di Covid-19’. Per quanto concerne specificamente l’Italia, tra i provvedimenti di immediata applicazione vi è stata la proroga dei permessi di soggiorno per lavoro stagionale in scadenza e la cd. sanatoria dei lavoratori irregolari italiani e stranieri prevista dal Decreto Rilancio (D.L. 34/2020), di cui tuttavia i datori e i lavoratori

di sostegno economico al settore<sup>4</sup>, i produttori agricoli non avessero potuto contare, anche in un momento così difficile come quello dell'emergenza sanitaria, su un'abbondante manodopera afflitta da una particolare vulnerabilità socio-economica.

Non stupisce peraltro di apprendere come il ricorso all'intermediazione illecita nel reclutamento di forza lavoro, conosciuta con il nome di caporalato, che ha spesso come destinatari soggetti irregolarmente presenti nel nostro territorio, si sia addirittura avvantaggiata delle restrizioni attuate per contrastare la circolazione del virus<sup>5</sup>. Questo perché è venuto ad allentarsi il sistema dei controlli nelle zone della penisola maggiormente afflitte da questo fenomeno, che non può certo dirsi limitato ai confini nazionali. Né tantomeno esso riguarda esclusivamente il comparto agricolo, investendo – in modo sempre più preoccupante – svariati altri ambiti dell'economia in cui la prestazione lavorativa appare connotata da una particolare discontinuità: l'edilizia, il settore manifatturiero, i servizi di pulizia e di cura, il turismo e, da ultimo, il volantinaggio<sup>6</sup> e il lavoro su piattaforma<sup>7</sup>.

Muovendo da tali premesse, scopo di queste pagine è offrire un'analisi in chiave giuridica del caporalato con riferimento al settore cui tale pratica appare tradizionalmente associata e in cui risulta particolarmente pervasiva<sup>8</sup>, anche in relazione al fenomeno - che ad esso spesso si accompagna - dello sfruttamento lavorativo. Dopo una breve descrizione dei

---

del comparto agricolo si sono avvalsi limitatamente, probabilmente anche a causa degli oneri legati alla presentazione della domanda (sul tema cfr. C. BONIFAZI e S. STROZZA, *La regolarizzazione al tempo del coronavirus*, Neodemos, 29 maggio 2020; D. COLOMBO, *Braccianti e colf, regolarizzazione stop di italiani e comunitari: all'Inps arrivate solo 1.084 domande*, Il Sole 24 Ore, 16 settembre 2020).

<sup>4</sup> Con riferimento all'esperienza europea, cfr., tra altri, P. CAVARZERAN, *Covid-19 e agricoltura: la gestione europea della crisi nel contesto di transizione della PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, p. 925 ss.

<sup>5</sup> Cfr. V Rapporto su *Agromafie e Caporalato* (a cura dall'Osservatorio Placido Rizzotto FLAI-CGIL), Roma, 2020.

<sup>6</sup> È infatti il settore del volantinaggio quello coinvolto nella recentissima inchiesta della Procura di Novara che è stata definita dagli stessi inquirenti come la prima indagine sul caporalato in ambiente urbano (si veda l'articolo apparso sul quotidiano La Repubblica, ed. Torino, il 15 dicembre 2021 dal titolo *Schiavi del volantinaggio in buca a 2 euro l'ora: ai domiciliari imprenditore di Novara, prima indagine sul "caporalato urbano"*).

<sup>7</sup> Come hanno dimostrato le vicende dei riders e le controversie incardinate di fronte ai tribunali di diversi Paesi, l'organizzazione del lavoro attraverso piattaforme digitali si presta a fenomeni di grave abuso e violazione di diritti. Nell'ottobre scorso, vi è stata in Italia la prima sentenza di condanna per caporalato digitale a carico di una società di intermediazione milanese (la Flash Road City) che reclutava ciclofattorini per conto della filiale italiana di *Uber Eats*, mentre il procedimento penale nei confronti di quest'ultima (sottoposta, durante la fase delle indagini preliminari, alla misura dell'amministrazione giudiziaria, poi revocata) è tuttora in corso (per una ricostruzione in chiave comparata del caso Uber, v. E. MOSTACCI e A. SOMMA, *La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano 2016; per un commento alla recente sentenza della Corte Suprema inglese che ha qualificato gli autisti di Uber come lavoratori 'intermedi', L. VAGNI, *Qualificazione del contratto, interpretazione della legge e ruolo del giudice: note a margine della decisione della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Uber*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n.2021, p. 144 ss.)

Nei confronti di un altro gigante della *food delivery*, Foodora, la Corte di Appello di Torino (Sez. Lav., 4 febbraio 2019, n. 26) si è invece pronunciata per la prima volta nel senso di estendere ai riders la tutela spettante ai lavoratori subordinati in virtù della qualificazione dell'attività da loro prestata come etero-organizzata (per un commento della decisione, v. F. MEDICO, *La prima vittoria giudiziaria italiana dei riders: tra «le vette alpine» del diritto costituzionale e una lotta per lo status tra subordinazione e autonomia*, in *Diritti Comparati*, 2019; NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labour & Law Issues*, 2019, pp. 82–103; P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *Lavoro Diritti Europa*, n.1/2019). Vi è, infine, da ricordare la presentazione, lo scorso dicembre, della proposta di direttiva sui lavoratori delle piattaforme digitali (COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD)) che, a fronte della qualificazione giuridica di queste ultime come datori di lavoro, intenderebbe tutelare gli addetti del settore attraverso la presuntiva parificazione ai lavoratori subordinati. Per la reazione negativa su mercati finanziari all'annuncio di tale provvedimento, si veda <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-12-09/gig-economy-workers-hail-landmark-push-to-make-them-employees>.

<sup>8</sup> Secondo stime recenti, il giro di affari prodotto dal caporalato e dallo sfruttamento del lavoro nel comparto agricolo raggiunge solo in Italia l'impressionante cifra di 5 miliardi di euro.

principali fattori che, in tempi recenti, ne hanno determinato la capillare diffusione, si tenterà di ricostruire, quanto più compiutamente possibile, il quadro normativo e le misure di contrasto messe in campo sia a livello sovranazionale sia a livello domestico, per poi avviare un primo confronto con l'esperienza inglese quale esempio, nello scenario europeo, di un modello di regolamentazione altro rispetto a quello italiano e particolarmente utile a svolgere riflessioni più ragionate sul tema.

## II. IL CAPORALATO IN AGRICOLTURA: I PRINCIPALI FATTORI DI UN'EMERGENZA GLOBALE

Il caporalato può essere descritto come la pratica illegale che prevede l'ingaggio di manodopera, normalmente non qualificata, da parte di un soggetto che la colloca successivamente presso datori di lavoro, esigendo quale compenso per la propria attività di intermediazione una quota del salario spettante ai lavoratori. Si tratta, come avremo modo di evidenziare, di un fenomeno risalente il cui governo s'intreccia con molteplici aspetti della regolazione statale: le politiche attive sul lavoro, la gestione delle dinamiche migratorie e le strategie di integrazione, il contrasto alla criminalità organizzata e allo sfruttamento lavorativo.

Volendo ricostruire le ragioni che in tempi recenti ne hanno determinato la diffusione, in Italia come all'estero, queste sono anzitutto da rintracciare nelle trasformazioni che hanno riguardato i modi di produzione e il mercato: l'adozione, su larga scala, di metodi intensivi di coltura, la conformazione in senso globale della filiera produttiva, la pressione dell'industria di trasformazione e lo strapotere assunto dalla grande distribuzione organizzata (GDO), orientata al conseguimento dei profitti a scapito dei produttori agricoli<sup>9</sup>.

Vi è poi da considerare, sicuramente per i Paesi membri, il cambio di passo delle politiche agricole europee che sono andate progressivamente abbandonando l'iniziale atteggiamento protezionistico e di sostegno al mercato e al sistema dei prezzi per abbracciare le ragioni del libero mercato<sup>10</sup>.

Tutti elementi, quelli appena indicati, che hanno determinato una corsa al ribasso del costo del lavoro per compensare le distorsioni a valle della catena del valore. Anche in Europa, infatti, una delle risposte delle aziende agricole alla pressione sui prezzi e sugli standard produttivi è stata l'adozione del cd. 'modello californiano'<sup>11</sup>: il lavoro a giornata o a cottimo è diventata la regola in un mercato in cui i lavoratori vengono assoldati al bisogno in corrispondenza dei picchi stagionali, ricevendo paghe infime al punto da rendere persino svantaggiosa la meccanicizzazione delle attività di raccolta.

Un altro fattore che ha agevolato la diffusione del caporalato è la sovrabbondanza di forza lavoro in condizione di estremo bisogno. Soprattutto a causa della recessione economica manifestatasi negli ultimi anni e dei conflitti politico-istituzionali che hanno coinvolto alcuni paesi dell'Africa e dell'Asia, l'agricoltura è divenuta sempre di più una sorta di camera di compensazione del mercato del lavoro in cui si rifugiano principalmente

<sup>9</sup> A. JANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, p. 11 ss.; S.W. BARRIENTOS, *'Labour Chains': Analysing the Role of Labour Contractors in Global Production Networks*, in *J. Dev. Stud.*, 2013, p. 1058 ss.

<sup>10</sup> Per la ricostruzione di questi temi, v. L. COSTATO e L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, V ed., Milano, 2019, p. 131 ss.; F. CAPELLI, *Evoluzione della politica agricola dell'Unione europea dalle origini ai nostri giorni: un sintetico commento*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2015, p. 267 ss.

<sup>11</sup> Il modello californiano (secondo l'analisi dell'economista e attivista Jean Pierre Berlan) descrive un modello di sviluppo dell'agricoltura – basato, appunto, su quanto accaduto in California - in cui il ricorso alla forza lavoro straniera si configura come una necessità strutturale. Gli studi di Berlan hanno dimostrato come l'agricoltura intensiva moderna necessiti di una quantità di lavoro all'ettaro, ripartita in modo discontinuo durante la stagione. L'imprenditore ha quindi bisogno di una riserva di manodopera da utilizzare nei momenti opportuni; ciò determina una situazione di stabile disoccupazione di molti lavoratori e il loro forte sfruttamento.

lavoratori stranieri privi delle più elementari forme di tutela<sup>12</sup>, la cui situazione di vulnerabilità economica non fa che produrre una drammatica spirale verso il basso dei salari e delle garanzie della classe lavoratrice tutta<sup>13</sup>.

Afflussi di migranti, anche stagionali, riguardano l'Italia come altre zone dell'Europa mediterranea (a cominciare da Spagna e Grecia<sup>14</sup>), interessando però anche i Paesi più a nord. In Germania, ad esempio, nella produzione di asparagi e nelle aziende zootecniche sono normalmente impiegati lavoratori polacchi, cechi e rumeni; in Inghilterra, lavoratori dell'Est Europa e asiatici sono largamente impiegati nell'industria alimentare; in Svezia, Finlandia, Norvegia i lavoratori stagionali giungono anche dalla Cina e dalla Thailandia.

In ultimo, ma non meno importante, tra le cause del radicarsi di questo fenomeno non si può trascurare di considerare l'infiltrazione delle mafie e della criminalità organizzata nella filiera agroalimentare<sup>15</sup>. Il caporale è, infatti, sempre più spesso non un intermediario autonomo, bensì un componente dell'organizzazione malavitosa che si distribuisce gli utili e che si avvale della propria forza intimidatrice per esercitare pressione sulle vittime. Nel caso di stranieri, si tratta sovente della stessa organizzazione che ne ha garantito l'ingresso, illegalmente, nel territorio dello Stato in piena collaborazione con le mafie straniere (soprattutto dell'est europeo e della Africa sub-sahariana)<sup>16</sup>, nell'ambito di operazioni di traffico o tratta di esseri umani per finalità di sfruttamento che sono difficili da smascherare giacché celate dietro forme apparentemente legali di attività, come agenzie di servizi, appalti, subappalti, distacchi transnazionali<sup>17</sup>.

### III. LE FONTI SOVRANAZIONALI DI CONTRASTO AL CAPORALATO E ALLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO IN AGRICOLTURA.

La lotta al caporalato e allo sfruttamento del lavoro in agricoltura trova ancoraggio normativo in una serie di strumenti di natura sovranazionale.

---

<sup>12</sup> Cfr. C. FALERI, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2019, p. 19 ss.

<sup>13</sup> Come osservano A. BARBA e M. PIVETTI, *Il lavoro importato*, 2018, l'estremo stato di bisogno in cui versano gli immigrati è capace di «portare indietro di secoli le lancette del grado di sviluppo sociale della classe lavoratrice», giacché l'immigrato «è portatore di una convenzione prossima al minimo della sussistenza fisiologica e la sua concorrenza tende a imporre questo più basso standard retributivo ai più avanzati lavoratori nativi». Con la conseguenza che non sarebbe vero, così come comunemente si afferma, che i lavoratori stranieri fanno lavori poco qualificati che i lavoratori italiani non sono più disposti a fare; perché in realtà quello che i lavoratori indigeni rifiutano non sarebbero certe mansioni, bensì le condizioni peggiorative in cui doverle prestare. Cosa che spesso conduce, piuttosto che a maggiori rivendicazioni da parte della classe lavoratrice, alla scelta della fuoriuscita dal mercato. Il settore agricolo rappresenterebbe, però, un'eccezione in questo panorama, giacché l'arretratezza socio-economica tipica di tale contesto non lascerebbe ai lavoratori locali altra opzione se non accettare i livelli salariali di mera sussistenza che la presenza degli immigrati ha determinato.

<sup>14</sup> Cfr. il Rapporto della NGO Terra!, presentato nel febbraio 2021, dal titolo *'E(U) Exploitation. Il caporalato: una questione meridionale, Italia, Spagna, Grecia?*, che contiene specifici riferimenti alle pratiche di sfruttamento nella regione della Murcia (la "huerta de Europa") e nella zona di Monolada, famosa per la coltivazione delle fragole.

<sup>15</sup> Cfr. R. IOVINO, *L'infiltrazione delle mafie e della criminalità nella filiera agroalimentare*, in IV Rapporto su *Agromafie e Caporalato* (a cura dall'Osservatorio Placido Rizzotto FLAI-CGIL), Roma, 2018, p. 13 ss.

<sup>16</sup> Cfr. G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro. Storia e analisi della fattispecie delittuosa vigente*, in G. DE SANTIS, S. M. CORSO e F. DEL VECCHIO (a cura di), *Studi sul caporalato*, Torino, 2020, p. 9 ss.

<sup>17</sup> Cfr. R. IOVINO, *L'infiltrazione*, cit., p. 13 ss.

### 3.1. *Le fonti internazionali*

A livello internazionale, la cornice di riferimento è offerta anzitutto da alcuni testi convenzionali approvati sotto l'egida dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), specificamente volti ad assicurare un livello di protezione adeguato ai braccianti, soprattutto migranti, contro le pratiche di sfruttamento nel settore agricolo.

Il testo più importante è rappresentato dalla Convenzione n. 184 sulla sicurezza e la salute in agricoltura<sup>18</sup>, da ascrivere nel più ampio quadro della politica dell'Organizzazione volta alla tutela dei diritti sociali fondamentali (*core labour standards*)<sup>19</sup>. Ratificata da un numero ancora assai ristretto di Paesi<sup>20</sup>, questa Convenzione contiene alcune importanti prescrizioni per i datori di lavoro, tra cui l'adozione di tutte quelle misure di prevenzione e protezione che possano rendersi necessarie, anche in considerazione del livello di istruzione e delle competenze linguistiche dei lavoratori, per garantirne la salute e la sicurezza<sup>21</sup>. Ai lavoratori è riconosciuto il diritto di sottrarsi ai propri compiti, qualora esista un pericolo imminente e grave che ne metta a rischio la vita o la salute<sup>22</sup>, individuandosi in diciotto anni l'età minima per lo svolgimento di quelle attività che, per le condizioni in cui sono prestate, possano essere lesive della loro incolumità<sup>23</sup>. Inoltre, è sancito l'obbligo per gli Stati aderenti di non discriminare i lavoratori temporanei e stagionali rispetto ai lavoratori permanenti quanto ai livelli di tutela<sup>24</sup>, di riconoscere e proteggere i bisogni delle lavoratrici donne<sup>25</sup>, di garantire che la durata della giornata lavorativa, il lavoro notturno e i periodi di riposo dei lavoratori agricoli siano conformi alla legislazione nazionale e ai contratti collettivi<sup>26</sup>. In più, è richiesto ai legislatori nazionali e alle autorità competenti di adottare norme minime in materia di alloggio per i lavoratori che vivano, anche solo temporaneamente, presso l'azienda in cui sono impiegati<sup>27</sup>.

Tra i documenti OIL specificamente dedicati al mondo agricolo, occorre poi ricordare la Convenzione n. 129 sull'ispezione del lavoro in agricoltura<sup>28</sup>, adottata nel quadro della *decent work agenda*. Se la centralità della pratica ispettiva ai fini dell'accertamento e del contrasto alle condotte illecite da parte dei datori di lavoro fa di questo testo una delle più importanti convenzioni cd. di *governance*<sup>29</sup>, si comprendono agevolmente le ragioni della

<sup>18</sup> Convenzione OIL sulla salute e la sicurezza in agricoltura (C184), adottata il 21 giugno 2001 e entrata in vigore il 20 settembre 2003.

<sup>19</sup> I *core labor standards* riguardano la libertà sindacale e il diritto di contrattazione collettiva, la lotta al lavoro forzato, al lavoro infantile e alle discriminazioni di impiego e salariali. Posto che è stato individuato un obbligo di implementazione di tali principi da parte degli Stati membri dell'Organizzazione indipendentemente dalla ratifica dei trattati di riferimento (si veda la "Dichiarazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti", 18 giugno 1998), tra questi figurano la Convenzione sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale del 1948, la Convenzione sul diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva del 1949, la Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile del 1999, la Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione del 1951. Per le ragioni del maggiore successo di queste convenzioni rispetto a quelle che promuovono il *decent work* quale ulteriore politica di intervento dell'Organizzazione, v. M. BORZAGA e M. MAZZETTI, *Core labour standards e decent work: un bilancio delle più recenti strategie dell'OIL*, in *Law. Dir.*, 2019, p. 447 ss.

<sup>20</sup> La Convenzione è stata ratificata solo da diciannove Paesi, l'adesione più recente essendo quella da parte della Francia, dove entrerà in vigore quest'anno. In Italia è stato avviato da poco l'iter ai fini della ratifica.

<sup>21</sup> Cfr. artt. 6 e 7 Conv. 184.

<sup>22</sup> Cfr. art. 8 Conv. 184.

<sup>23</sup> Cfr. art. 16 Conv. 184.

<sup>24</sup> Cfr. art. 17 Conv. 184.

<sup>25</sup> Cfr. art. 18 Conv. 184.

<sup>26</sup> Cfr. art. 20 Conv. 184.

<sup>27</sup> Cfr. art. 19 Conv. 184.

<sup>28</sup> Convenzione OIL sull'ispezione del lavoro in agricoltura (C129), entrata in vigore il 12 gennaio 1972.

<sup>29</sup> Per convenzione di *governance* s'intende uno strumento finalizzato a rafforzare l'implementazione dei diritti sostanziali dei lavoratori riconosciuti da altri testi convenzionali attraverso la previsione di norme di tipo procedurale (cfr. M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione Europea in tema di contrasto alla povertà*, in *Law. Dir.*, 2019, p. 63 ss. (p. 70)).

resistenza degli Stati all'adesione<sup>30</sup>, tanto più alla luce degli adempimenti imposti alle Parti contraenti dai meccanismi di monitoraggio in seno all'Organizzazione<sup>31</sup>.

Passando a considerare i numerosi testi di portata generale siglati dall'OIL, meritano di essere richiamate le Convenzioni n. 29 e n. 105 sul lavoro forzato e sull'abolizione del lavoro forzato<sup>32</sup>, come integrate dai più recenti Protocollo n. 29<sup>33</sup> e Raccomandazione n. 203<sup>34</sup>. Posto che la nozione di "lavoro forzato o obbligatorio" di cui all'art. 2 della Convenzione n. 29<sup>35</sup> deve interpretarsi estensivamente in modo tale da ricomprendere anche quelle situazioni in cui, indipendentemente dall'uso della forza e della costrizione fisica, il consenso del lavoratore non possa considerarsi liberamente prestato<sup>36</sup> (come, ad esempio, nelle ipotesi in cui vi sia trattenimento del salario o il lavoro sia prestato sotto il vincolo della restituzione di un debito o la minaccia di denuncia del lavoratore alle autorità, è utile evidenziare che nel Protocollo è richiesto in modo specifico agli Stati aderenti di porre in essere le misure necessarie a prevenire pratiche abusive o fraudolente ai danni dei lavoratori migranti con riferimento al processo di reclutamento o collocamento<sup>37</sup>. Nella Raccomandazione si sollecitano, invece, gli Stati membri a adottare, tra le altre, misure per combattere la discriminazione quale fattore potenzialmente capace di accrescere il rischio di cadere vittime di lavoro forzato e per scongiurare il lavoro minorile, in aggiunta alle misure volte alla regolamentazione e al controllo dell'attività dei reclutatori e delle agenzie per l'impiego affinché si eliminino "le spese di reclutamento imputate ai lavoratori, in modo da prevenire la servitù per debiti e altre forme di costrizione economica"<sup>38</sup>.

Nell'ambito degli strumenti normativi promossi dall'ONU, una particolare considerazione merita la Dichiarazione sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali, approvata nel 2018<sup>39</sup>. Pur trattandosi di *soft law*, essa riveste grande importanza ai fini dell'affermazione e del riconoscimento dei diritti di tutti i soggetti che vivono e lavorano nelle aree rurali e, in special modo, dei soggetti deboli che traggono dall'attività

<sup>30</sup> La Convenzione C129 risulta, infatti, ratificata da poco più di una cinquantina di Paesi, ossia da meno di un terzo degli Stati aderenti all'OIL.

<sup>31</sup> Sui meccanismi di monitoraggio dell'OIL e le loro criticità, S. BORRELLI e S. CAPPUCCIO, *Chi monitora e come? Appunti sui meccanismi di supervisione dell'OIL*, in *Lav. Dir.*, n.3/2019, p. 513 ss.

<sup>32</sup> Siglate, rispettivamente, nel 1930 e nel 1957, le due Convenzioni sono state rese esecutive in Italia, rispettivamente, con le leggi 29 gennaio 1934, n. 274, e con la legge 24 aprile 1967, n. 447.

<sup>33</sup> Protocollo del 2014 relativo alla Convenzione sul lavoro forzato del 1930.

<sup>34</sup> Raccomandazione su misure complementari per la soppressione effettiva del lavoro forzato, 2014.

<sup>35</sup> Secondo l'art. 2, comma 1, Conv., s'intende per lavoro forzato o obbligatorio «ogni lavoro o servizio che si esige da una persona sotto minaccia di una punizione, e per il quale detta persona non si è offerta spontaneamente».

<sup>36</sup> Sul progressivo affermarsi di una nozione di schiavitù, sganciata dalla concezione domenicale, idonea a coprire anche le moderne forme di sfruttamento lavorativo, A. JANNARELLI, *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 335 ss.; per riferimenti alla problematica si veda anche L. SCHIUMA, *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, p. 87 (p. 92 ss.)

<sup>37</sup> Cfr. art. 2, let. d), Protocollo n.29.

<sup>38</sup> Cfr. Art. 3, let. c), d), i), Raccomandazione.

<sup>39</sup> United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas, UN Doc. A/RES/73/165, 17 dicembre 2018, in [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/73/165](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/73/165). 3P. L'impulso per l'elaborazione della Dichiarazione ONU è venuto da *La Via Campesina* - l'organismo più rappresentativo del movimento dei contadini attualmente esistente a livello globale, cui aderiscono più di centottanta fra sindacati e organizzazioni contadine presenti in oltre 81 Paesi - che ha svolto anche un ruolo fondamentale nella fase di elaborazione del testo, definito come uno degli esempi più importanti di "international law from below". Frutto di un complesso negoziato durato sei anni, il documento è stato approvato da più di centoventi Paesi, pur vedendo l'opposizione, sin dal principio, di Stati Uniti, Australia, Israele, Gran Bretagna e Svezia. L'Italia si è astenuta in sede di approvazione.

agricola il loro sostentamento. Posizione centrale è riconosciuta al diritto alla terra<sup>40</sup> e alle sementi<sup>41</sup>, che si inseriscono in un più ampio catalogo comprendente il diritto all'accesso alle risorse naturali e ai mezzi di produzione, il diritto alla conservazione delle pratiche culturali antiche e alla preservazione della biodiversità. Nel Preambolo alla Dichiarazione, è fatto espresso riferimento, tra altro, alle gravose condizioni di lavoro dei contadini e dei braccianti, alla mancanza di tutele e alla difficoltà di rivendicare i propri diritti in giudizio. All'interno della Dichiarazione, trovano riconoscimento anche il diritto a un ambiente pulito e salubre, il diritto alla sicurezza sociale e alla salute, a una retribuzione adeguata<sup>42</sup>. Inoltre, è necessario richiamare la Convenzione ONU sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie<sup>43</sup>, documento dal contenuto innovativo<sup>44</sup> in cui trovano riconoscimento il principio della parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sociale tra lavoratori migranti e lavoratori domestici<sup>45</sup>. Si stabilisce ulteriormente che gli Stati parte dovranno collaborare al fine di prevenire ed eliminare movimenti illegali o clandestini, nonché adottare le misure adeguate ed efficaci per contrastare l'occupazione di lavoratori in situazione irregolare<sup>46</sup>. Un fondamentale contributo alla lotta allo sfruttamento lavorativo dei migranti viene ulteriormente dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato

<sup>40</sup> Quali corollari del diritto alla terra, vi si trovano enunciati il diritto dei contadini a partecipare alla all'implementazione delle politiche riguardanti la terra (art. 4), il diritto alla conservazione e preservazione dell'ambiente e della capacità produttiva della terra (art. 18), il diritto a essere protetti contro forme di espropriazione e confisca arbitrari e illegittimi (art. 17). Vi si trova anche enunciata la necessità che gli Stati combattano il cambiamento climatico (art. 18), promuovendo politiche dirette a realizzare una agricoltura sostenibile e un uso responsabile della terra, tema quest'ultimo al centro di altri due importanti documenti internazionali di *soft law* quali le "Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security" (VGGT), adottate nel 2012 dalla FAO, e, più di recente, la *Legal Guide on Land Investment Contracts*, frutto della collaborazione tra UNIDROIT, FAO e IFAD.

<sup>41</sup> È noto come, nell'agricoltura moderna, l'accesso alle sementi sia divenuto un nodo problematico a causa del conflitto tra i contadini e i detentori di diritti di proprietà intellettuale su varietà vegetali o singole loro parti. La Dichiarazione ONU riconosce il cd. farmer's privilege, i.e. il diritto di scambiare, condividere, vendere e ripiantare i semi derivanti da una parte del raccolto (cfr. art. 19, lett. D, Dichiarazione ONU). Inoltre, la Dichiarazione riconosce ai contadini il diritto di scegliere quali varietà coltivare e incoraggia la diffusione delle cd. sementi contadine (vale a dire, le sementi tradizionali, più economiche, più rispettose dell'ambiente e più resistenti) e le pratiche culturali tradizionali (cfr. art. 20 Dichiarazione ONU).

<sup>42</sup> Cfr. artt. 13, 14, 15, 16 Dichiarazione ONU. Per ulteriori riflessioni, cfr. L. PAOLONI e S. VEZZANI, *Dichiarazione ONU sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali: prime riflessioni*, in *Federalismi*, n.1/2019, p. 1 ss. (p. 25)

<sup>43</sup> Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990, la Convenzione è entrata in vigore il 1° luglio 2003 e vanta attualmente 52 Stati aderenti, di cui nessuno è un Paese europeo. È qui appena il caso di precisare che la nozione di lavoratore migrante di cui all'art. 2 della Convenzione è particolarmente ampia e idonea a coprire molteplici situazioni in cui la prestazione lavorativa può realizzarsi in uno Stato diverso da quello di appartenenza. In particolare, rientrano in tale nozione i lavoratori frontalieri, i lavoratori stagionali, i lavoratori itineranti, quelli impiegati a titolo di progetto nonché i lavoratori indipendenti.

<sup>44</sup> Cfr. P. BENVENUTI, *Migrazioni e diritto internazionale: un equilibrio difficile fra interessi in competizione*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI e C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizi della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, 2012, p. 87 ss. (p. 113 ss.)

<sup>45</sup> Cfr., rispettivamente, artt. 25 e 27 Conv. Il fondamentale principio di non discriminazione in materia di retribuzione, sicurezza sociale, etc. tra lavoratori cittadini dello Stato di arrivo e lavoratori migranti legalmente presenti sul territorio, si trova espresso anche nella Convenzione OIL n. 143 del 1975 (*Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti*), che ha ricevuto poche ratifiche (28 Paesi, tra cui l'Italia) e soprattutto non da parte degli Stati verso cui si dirigono i flussi migratori.

<sup>46</sup> Cfr. art. 68 Conv. Per approfondimenti sul tema, cfr. G. CELLAMARE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, p. 861 ss. (p. 876 ss.)

transnazionale del 2000 («Convenzione di Palermo»)<sup>47</sup>, e in particolare dal Protocollo addizionale contro il contrabbando («*smuggling of migrants*»)<sup>48</sup>, strumenti volti a rafforzare la cooperazione internazionale quale ineludibile presupposto per un'azione di contrasto efficace a tali fenomeni<sup>49</sup>. Dal Protocollo scaturiscono obblighi per gli Stati parti che comprendono l'adozione di atti normativi e misure atte a prevenire e punire l'ingresso illegale nel territorio, trattamenti inumani e l'uso della violenza sui migranti. La protezione delle vittime di sfruttamento offerta dalla Convenzione di Palermo e dal Protocollo addizionale trova completamento e rafforzamento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta di esseri umani del 2005<sup>50</sup>.

### 3.2. *Le fonti europee*

Sul fronte del diritto europeo, gli strumenti di lotta al caporalato e allo sfruttamento dei lavoratori del comparto agricolo sono riconducibili, da una parte, alle politiche di governo delle migrazioni economiche e, dall'altra, al contrasto e alla repressione del lavoro irregolare.

Quanto al primo profilo, viene in considerazione la Direttiva 2014/36/UE<sup>51</sup>, volta ad assicurare condizioni di vita e di lavoro dignitose per i cittadini di Paesi terzi che si rechino in uno Stato dell'Unione per lo svolgimento di un'attività temporanea legata al ciclo delle stagioni. Pur lasciando agli Stati membri la competenza in ordine alla determinazione del volume annuale di ingressi, la normativa fornisce criteri circa le condizioni per il rilascio dei permessi di soggiorno, la durata, i presupposti per il rigetto e per la revoca<sup>52</sup>, prevedendo anche la possibilità per gli Stati membri di stabilire che i datori di lavoro sostengano le spese di viaggio dei lavoratori e quelle per la stipula dell'assicurazione sanitaria obbligatoria. La direttiva obbliga, altresì, gli Stati a mettere in campo misure per accertare che il lavoratore usufruirà di un alloggio adeguato durante la propria permanenza

<sup>47</sup> Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/RES/55/25 del 15 novembre 2000, la Convenzione è entrata in vigore il 29 settembre 2003 e attualmente vanta 190 Stati Parti, tra cui l'Italia (legge di ratifica n. 146 del 16 marzo 2006).

<sup>48</sup> La Convenzione di Palermo è completata da tre Protocolli addizionali: oltre a quello relativo al contrabbando di migranti, vi sono quello contro la tratta di persone (siglato nel 2000 ed entrato in vigore nel 2003), che pone particolare enfasi sulla protezione dei diritti umani delle vittime, e il Protocollo contro il traffico di armi (approvato nel 2001 ed entrato in vigore nel 2005).

<sup>49</sup> Secondo la definizione accolta nel Protocollo, per traffico o contrabbando di migranti si deve intendere il procurare l'ingresso illegale di una persona in uno Stato di cui la persona non è cittadina o residente permanente, allo scopo di ricavarne un vantaggio finanziario o materiale diretto o indiretto (cfr. art. 3, lett. a), Protocollo). Sebbene concettualmente distinta, la nozione di traffico o contrabbando di migranti è strettamente legata a quella di tratta di persone e spesso finisce con il sovrapporsi, se non altro perché le persone che tentano di entrare illegalmente nel territorio di un Paese senza averne i mezzi finanziari cadono nella rete di organizzazioni dedite alla tratta di esseri umani ai fini di sfruttamento (per maggiori considerazioni sul punto, cfr. G. PALMISANO, *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 53 ss.

<sup>50</sup> La Convenzione del Consiglio d'Europa pone, infatti, al centro dei suoi obiettivi la tutela delle vittime, individuando una serie di misure per la loro assistenza materiale e psicologica (cure mediche, sistemazione in un alloggio adeguato, servizi di traduzione, accesso all'istruzione nel caso di minori, divieto di allontanamento, etc.). Importanza centrale assume il procedimento di identificazione, che conduce al rilascio di uno specifico permesso di soggiorno; il grado di attuazione della Convenzione da parte degli Stati membri è oggetto di monitoraggio da parte di un apposito organismo formato da un Gruppo di esperti provenienti dai quindici Paesi membri con competenze diversificate (GRETA) e da un Comitato delle Parti.

<sup>51</sup> Direttiva 2014/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali (GU del 28.03.2014 n. L 94/375), attuata in Italia con il d. lgs. 203/2016 (GU Serie Generale n.262 del 09-11-2016).

<sup>52</sup> Cfr. art. 4 ss. Direttiva.

nel territorio di uno Stato membro, il cui canone, nel caso in cui la sistemazione sia fornita dal datore di lavoro, non dovrà essere eccessivo e non potrà essere trattenuto alla fonte<sup>53</sup>. È inoltre riconosciuto il diritto alla parità di trattamento dei lavoratori stagionali quanto alle condizioni di impiego, all'esercizio della libertà sindacale, alla sicurezza sociale, alla formazione<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda l'obiettivo della lotta al lavoro irregolare, a questo risponde la Direttiva 2009/52/CE<sup>55</sup>, che ha previsto il divieto generale di assunzione di lavori di cittadini extracomunitari non autorizzati a soggiornare nel territorio dell'Unione, l'obbligo per il datore di lavoro, nel caso di assunzione irregolare, di pagare tutte le somme dovute a titolo di retribuzione e i contributi previdenziali, la possibile esclusione dai benefici e dagli aiuti pubblici e la chiusura degli stabilimenti nel caso di violazioni gravi. Sempre alla finalità repressivo-dissuasiva, è da ricondurre anche la Direttiva 2011/36/UE<sup>56</sup> in materia di contrasto alla tratta di esseri umani, che affianca alle previsioni di diritto penale anche misure volte alla prevenzione e alla protezione delle vittime<sup>57</sup>.

Si deve, inoltre, aggiungere che un nuovo mezzo per contrastare il fenomeno del caporalato intende venire, all'interno della Politica Agricola Comune, dal meccanismo della condizionalità. Se già a partire dal 2003 era stata prevista l'esclusione dal beneficio diretto, o una riduzione del beneficio, per quegli agricoltori che non rispettassero determinati requisiti posti a tutela della salute e del benessere delle piante e degli animali, l'accordo faticosamente raggiunto per il nuovo settennio, considerato molto deludente sotto il profilo dei vincoli ambientali, si segnala, invece, in positivo per l'introduzione della clausola di condizionalità sociale. Cioè a dire, la possibilità di applicare una sanzione amministrativa a carico dei beneficiari di contributi e incentivi pubblici di matrice europea che non rispettino la legislazione di fonte nazionale, internazionale e unionale a tutela dei lavoratori<sup>58</sup>. Benchè nel primo biennio si tratterà di un'applicazione rimessa alla volontà di ciascuno Stato membro, essa diverrà invece obbligatoria a far data dal 2025, spettando ai singoli Paesi di definire, all'interno dei Piani strategici nazionali, i modi di attuazione della condizionalità sociale, il che comporterà necessariamente il raccordo con le forme di controllo del mercato del lavoro agricolo già esistenti nelle relative realtà<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. art. 20 Direttiva.

<sup>54</sup> Cfr. art. 23 Direttiva.

<sup>55</sup> Direttiva 2009/52/CE<sup>55</sup> del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, recante "norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare", attuata in Italia con d. lgs. 16 luglio 2012, n. 109 (cd. Legge Rosarno). Prima della Legge Rosarno, la legislazione italiana già proibiva l'impiego di migranti irregolari, sanzionando i datori di lavoro con il carcere (da sei mesi fino a tre anni) e una multa di 5.000 euro per ciascun lavoratore migrante irregolare impiegato (artt. 12, comma 5, e 22, comma 12, del T.U. sull'Immigrazione (D. lgs. 286/1998)). Dando seguito alla Direttiva, la Legge Rosarno ha inasprito le sanzioni penali, aggiungendo tra queste anche la possibilità di condannare il datore di lavoro a pagare le spese per il rimpatrio del lavoratore. La legge ha anche previsto che il lavoratore migrante che denunci il datore e cooperi nel procedimento penale possa essere riconosciuto un permesso di soggiorno per motivi umanitari (sul tema, *ex multis*, M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, n.3/2010, p. 99 ss.)

<sup>56</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, attuata in Italia con d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24.

<sup>57</sup> Per un commento si veda M. VENTUROLI, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento "completo" per contrastare la tratta degli esseri umani*, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 47 ss.

<sup>58</sup> Si vedano gli artt. 84-89 Reg. (UE) 2021/2116 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune.

<sup>59</sup> Si veda l'art. 14 del Reg. (UE) 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 2 dicembre 2021, recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR).

## IV. IL CAPORALATO AGRICOLO IN ITALIA

In Italia, il caporalato costituisce una pratica risalente. Alcune ricerche hanno dimostrato come figure simili ai caporali esistessero già tra il '600 e il '700, quando si trattava di organizzare migrazioni stagionali in territori inospitali della Toscana, del Lazio e del Sud Italia<sup>60</sup>. Sicuramente, il caporalato era già diffuso nella seconda metà dell'Ottocento (in concomitanza con l'affermarsi di colture, come quella del riso e della vite, che richiedevano abbondante manodopera, soprattutto avventizia) e alla stessa epoca la figura dell'intermediario era socialmente accettata e perfettamente inserita nella comunità di riferimento<sup>61</sup>.

Con l'andare del tempo, questo fenomeno - non affatto scomparso - è andato però modificando la propria fisionomia, anche in risposta alle trasformazioni del lavoro agricolo sia in termini di tecniche utilizzate che di composizione e provenienza geografica della manodopera. Se nel caporalato classico si trattava, infatti, essenzialmente di ingaggiare lavoratori locali organizzandone il trasferimento dalle città alle campagne per la stagione del raccolto<sup>62</sup>, nel cd. nuovo caporalato (anche detto *caporalato nero*, per la presenza di stranieri in posizione apicale)<sup>63</sup> sono andati piuttosto emergendo tratti di particolare crudeltà e sfruttamento. Non è raro, infatti, che l'intermediario eserciti un controllo pressoché totale sulla vita del lavoratore sia dentro sia fuori i campi di lavoro, costringendolo a sperimentare una situazione di ricatto occupazionale ed esistenziale che gli impedisce di denunciare gli abusi e le violenze patiti<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> D. PERROTTA, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, n. 79, p. 193 ss.

<sup>61</sup> *Ibidem*, 195

<sup>62</sup> Lo racconta bene la pellicola neorealista *Riso Amaro*, diretto nel 1949 da Giuseppe De Santis, che ha sullo sfondo il periodico spostamento delle cd. mondine dai luoghi di origine verso il Piemonte e la Lombardia. Il film si apre con l'immagine delle donne riunite alla stazione di Torino in partenza per le campagne del vercellese. Sul treno, s'incontrano due donne, protagoniste del film, la cui storia diventerà l'occasione per narrare di una guerra tra poveri, anzi tra donne povere: le operaie regolari assunte dalla Camera del Lavoro, da una parte, e le clandestine, assoldate senza contratto dal caporale, dall'altra parte. In una delle scene più drammatiche del film, si scatena una lotta violenta in mezzo ai campi tra le lavoratrici regolari e quelle irregolari, dopo che il caporale aveva detto alle seconde che sarebbero state assunte solo se avessero lavorato di più e meglio delle prime. Nella pellicola, tuttavia, è un senso di solidarietà a prevalere tra le donne, che porterà quelle regolarmente assunte a recarsi dal padrone per chiedere che a tutte, indistintamente, sia consentito di lavorare.

<sup>63</sup> Sul mutamento della fisionomia del caporalato nel settore agricolo, v., da ultimo, L. PALMISANO, *Appunti per una sociologia dello sfruttamento in agricoltura*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Roma, 2017, p. 17 ss.

<sup>64</sup> Come evidenzia M. OMIZZOLO, *Sfruttamento lavorativo e caporalato in Italia: la profughizzazione del lavoro in agricoltura e il caso dei braccianti indiani dell'Agro Pontino*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2020, spec. 8 ss., la ricattabilità occupazionale ed esistenziale a danno dei migranti è favorita dalle inefficaci e poco trasparenti politiche di governo nazionali in materia di immigrazione economica. Basti pensare alle carenze del sistema disegnato dal cd. decreto flussi, che individua quote di ingresso assolutamente esigue, e al circolo vizioso innescato dal fatto di costituire la previa esistenza di un contratto di lavoro il titolo per vedersi riconosciuto (anche in sede di rinnovo) il permesso di soggiorno nel nostro territorio (v. art. 5 bis T.U. Immigrazione); ciò induce i lavoratori immigrati ad accettare qualsiasi condizione di lavoro (quando non anche a pagare per ottenere un contratto), nella speranza di essere regolarizzati *ex post* o di riottenere il permesso di soggiorno e dissuadendoli dal compiere rivendicazioni e reclamare tutele, a maggior ragione in considerazione del fatto che il soggetto che denuncia il caporale o proprio datore di lavoro è perseguibile per il reato di clandestinità (art. 10 T.U. immigrazione). La medesima circostanza agevola l'immigrazione irregolare, tanto in più in presenza di politiche di ingresso restrittive che - anche nelle quote più che raddoppiate previste nell'ultimo decreto flussi varato dal governo Draghi - non rispondono al reale fabbisogno di manodopera (sul punto cfr., per tutti, SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici - Focus sul lavoro agricolo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n.1/2020, p. 125 ss.).

Tale situazione è stata ben documentata, in Italia, da inchieste giornalistiche<sup>65</sup>, rapporti di ONG<sup>66</sup>, ricerche condotte da sociologi e antropologi<sup>67</sup>, nonché una filmografia ispirata a recenti tragici fatti di cronaca<sup>68</sup>. Hanno altresì avuto grande eco mediatico le azioni di rivendicazione compiute dai braccianti stranieri a Rosarno (Calabria) nel gennaio del 2010, a Nardò (Puglia) nell'estate del 2011, nell'Agro pontino nell'aprile del 2016 e nell'ottobre del 2019<sup>69</sup>. Complice la pandemia e l'acuirsi della crisi climatica, gli articoli sulla stampa nazionale di denuncia del caporalato, dello sfruttamento degli addetti del settore agricolo e delle morti sono quasi all'ordine del giorno<sup>70</sup>.

Anche l'attenzione della dottrina italiana per questo tema è andata crescendo sensibilmente nell'ultimo lustro di anni, accompagnando l'entrata in vigore di una legge *ad hoc* che ha comportato un inasprimento delle sanzioni penali e la predisposizione di misure di contrasto anche di tipo preventivo.

Nonostante sul piano penale la repressione stia dando risultati più che apprezzabili<sup>71</sup>, il fenomeno dell'intermediazione illecita di manodopera gode ancora di ottima salute. Nel *Quinto Rapporto su Agromafie e Caporalato*, si è stimato che i fenomeni dello sfruttamento e del caporalato coinvolgano almeno 180mila braccianti italiani e stranieri, tra cui anche lavoratori che sono regolarmente assunti o il cui rapporto di lavoro si colloca nella c.d. zona grigia<sup>72</sup>. Nella maggior parte dei casi, le vittime del caporalato sono, però, lavoratori in nero (circa il 35%, in Italia, secondo le stime<sup>73</sup>) e tra questi molte donne, preferite agli uomini per alcuni tipi di pratiche colturali (ma pagate ancora meno) e facile preda di maltrattamenti e abusi sessuali<sup>74</sup>. A livello geografico, le regioni italiane più colpite sono la

<sup>65</sup> Si pensi, ad esempio, alle inchieste di Leo Grande, raccolte nei volumi *Le male vite. Storie di contrabbando e di multinazionali* (2003, 2010); *Nel paese dei viceré. L'Italia tra pace e guerra* (2006); *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud* (2008).

<sup>66</sup> Amnesty International, Oxfam, Medici senza frontiere, Terra!

<sup>67</sup> Si veda, da ultimo, M. OMIZZOLO, *Sotto padrone: uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Feltrinelli 2020.

<sup>68</sup> La morte per fatica, nel 2015, della bracciante pugliese Paola Clemente ha ispirato la pellicola, molto forte e toccante, intitolata *Spaccapietre*, uscita nel 2020 (per la regia di Gianluca e Massimiliano De Serio).

<sup>69</sup> Le vicende dei braccianti indiani dell'Agro Pontino ha ispirato il docu-musical *The Harvest* (per la regia di A.P. Mariani), esperimento cinematografico interessante perché coniuga il linguaggio della musica e delle danze tradizionali con quello del documentario. Narra delle storie parallele di un agricoltore indiano Sikh e di una mediatrice culturale che cerca di aiutare la comunità impartendo lezioni di italiano.

<sup>70</sup> Basti pensare agli articoli apparsi sui maggiori quotidiani alla metà del mese di dicembre 2021, riguardanti l'inchiesta che ha coinvolto alcune aziende agricole ubicate nella provincia di Foggia.

<sup>71</sup> Per alcuni dati relativi alle inchieste della magistratura e alle operazioni di polizia giudiziaria ai fini della repressione del caporalato e dello sfruttamento del lavoro in agricoltura, cfr. R. IOVINO, *L'infiltrazione delle mafie*, cit., p. 18 ss.

<sup>72</sup> Per "lavoro grigio" s'intende quello prestato in costanza di un regolare contratto di lavoro, ma in violazione della normativa fiscale, contributiva e previdenziale, che è molto diffuso tra le imprese agricole. In sede di (ri)stipula del contratto di lavoro a termine, queste procedono infatti a indicare un numero inferiore di ore e/o giornate di lavoro rispetto a quelle effettivamente lavorate, pagando in nero la differenza. Ulteriore criticità è rappresentata dal fatto che l'indennità per disoccupazione involontaria, spettante ai lavoratori che siano stati impiegati per un numero di giornate tra le 50 e le 180, non è dovuta ai lavoratori extracomunitari muniti di permesso di soggiorno per lavoro stagionale, derivandone effetti distorsivi: per un verso, le giornate di lavoro sono spesso attribuite a lavoratori fittizi (i cd. falsi braccianti) per consentire alle imprese di riscuotere l'indennità di disoccupazione; per altro verso, il lavoratore straniero non ha interesse a esigere da parte del datore di lavoro la denuncia dei giorni effettivamente lavorati perché non potrà beneficiare della prestazione. A ciò si aggiunga che ai lavoratori stranieri è precluso di poter chiedere, in caso di rimpatrio, il rimborso dei contributi previdenziali versati.

<sup>73</sup> Cfr. Documento approvato dalle Commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura) nella seduta del 12 maggio 2021 a conclusione dell'indagine conoscitiva sul caporalato in agricoltura (Doc. XVII n.9).

<sup>74</sup> Sulla drammatica situazione delle donne della comunità sikh nell'Agro pontino, si veda, da ultimo, l'articolo apparso su *La Repubblica* il 16 ottobre 2021 dal titolo "Io sono una pecora, loro i leoni. Stupri e umiliazioni, l'incubo delle nuove schiave nel Basso Lazio costrette a lavorare tra i veleni". Per una pregevole analisi, in una prospettiva di genere, delle politiche italiane in tema di immigrazione, si veda il volume curato da E. OLIVITO, *Gender and Migration in Italy: A Multilayered Perspective*, London, 2020.

Lombardia, l'Emilia-Romagna, la Toscana, la Campania, la Puglia, la Basilica, la Calabria e la Sicilia, con riferimento a territori particolari a forte vocazione agro-alimentare e a distretti di eccellenza produttiva<sup>75</sup>.

In alcune zone del Mezzogiorno, i caporali hanno oggi un monopolio quasi totale sull'attività di intermediazione, che svolgono anche con l'ausilio delle nuove tecnologie<sup>76</sup>. Ciò a causa dell'inefficienza dei canali pubblici per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro (come le cd. liste di prenotazione, predisposte dai centri per l'impiego di alcune regioni del Sud Italia), la debolezza delle organizzazioni dei produttori (che al Nord d'Italia riescono, invece, a porre in essere trattative dagli esiti più vantaggiosi con la controparte industriale), la frammentarietà della realtà produttiva, la carenza delle infrastrutture (per es. i trasporti), le difficoltà nell'organizzazione del lavoro (come nel caso della raccolta del pomodoro da industria), la massiccia presenza di immigrati<sup>77</sup> e l'infiltrazione delle mafie<sup>78</sup>. Il che spiega anche perché i caporali forniscano, spesso in collaborazione con professionisti locali, molti altri servizi a braccianti e imprenditori<sup>79</sup>: il trasporto nei campi e in altri luoghi (negozi, stazioni ferroviarie, ospedali, ecc.), la supervisione nei luoghi di lavoro, il reperimento e la gestione dell'alloggio (il più delle volte fatiscente, ma pagato a caro prezzo), la fornitura di cibo e acqua nel luogo di abitazione e nei campi, il disbrigo di pratiche amministrative.

Peraltro, è tristemente noto come i lavoratori immigrati sperimentino nella stragrande maggioranza dei casi una condizione di esclusione sociale e di marginalizzazione, anzitutto rispetto al contesto urbano, amplificata da pulsioni e atteggiamenti ostili di tipo xenofobo, veicolati anche da retoriche che li rappresentano come una minaccia per la sicurezza e l'identità culturale del Paese<sup>80</sup>.

## V. LE MISURE DI CONTRASTO AL CAPORALATO IN ITALIA

La complessità del fenomeno caporalato, e dello sfruttamento del lavoro che spesso vi si accompagna, esige una risposta articolata; è quindi più che mai opportuno che le misure di contrasto da parte dell'ordinamento si muovano su piani diversi e contemplino misure

<sup>75</sup> Per una recente mappatura delle aree comunali, all'interno delle Regioni italiane, in cui il caporalato si manifesta con particolare problematicità, si veda *Geografia del Caporalato* (a cura dall'Osservatorio Placido Rizzotto FLAI-CGIL), Roma, 2021.

<sup>76</sup> È, infatti, assai diffuso l'uso di chat su *What's Up* e il ricorso al cd. dark web.

<sup>77</sup> Tra questi, vanno naturalmente considerati anche i richiedenti asilo e i rifugiati, in un processo che è stato appunto definito di "refugizzazione" del lavoro in agricoltura. Sullo strutturale contributo della manodopera straniera all'agricoltura italiana, si veda da ultimo il Rapporto "L'impiego dei lavoratori stranieri nell'agricoltura in Italia. Anni 2000-2020", curato dal Consiglio per la Ricerca in Agricoltura e l'analisi dell'economia agraria (CREA), in cui sono messi bene in risalto, con riferimento alle diverse realtà regionali, i fenomeni della etnicizzazione e della concentrazione di alcune nazionalità in specifiche mansioni; per una ricostruzione delle politiche italiane in materia di immigrazione fino agli anni più recenti, COLUCCI, *Per una storia del governo dell'immigrazione straniera in Italia: dagli anni Sessanta alla crisi delle politiche*, in Meridiana, 2018, p. 9 ss.; per rilievi critici sul tema anche G. BASCHERINI, *Immigrazione e asilo*, in Treccani. *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, pp. 277 ss.

<sup>78</sup> Cfr. *Relazione su Mafie, Migranti e Tratta di esseri umani e nuove forme di schiavitù*, Commissione Antimafia, 14 dicembre 2017, Doc. XXIII n. 30. È qui appena il caso di ricordare che l'infiltrazione delle mafie nel settore agroalimentare del nostro Paese non si limita all'intermediazione illecita di manodopera e all'agevolazione dell'immigrazione clandestina, ma si estende al controllo dei mercati ortofrutticoli e alla contraffazione di prodotti da commercializzare sia all'estero che in Italia (per riferimenti puntuali R. R. IOVINO, *L'infiltrazione delle mafie*, cit., p. 23 ss.)

<sup>79</sup> Cfr. M. OMIZZOLO, *Sfruttamento lavorativo*, cit., p. 14 ss.

<sup>80</sup> Si vedano, per tutti, A. DAL LAGO, *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Roma 2004; L. FERRAJOLI, *Le politiche contro i migranti tra disumanità e illegalità*, in M. GIOVANNETTI – N. ZORZELLA, *Ius migrandi – Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 17 ss.

con finalità diversificate. Agli interventi del legislatore, si affiancano, inoltre, iniziative che si possono definire “dal basso”, promosse cioè dagli stessi attori della filiera, spesso con il sostegno degli enti locali e dei sindacati di riferimento, e dirette a favorire la legalità e combattere il lavoro sommerso.

### 5.1. *Le misure di contrasto nel diritto del lavoro: dalla legge sulla risicoltura alla riforma Biagi.*

Il primo terreno su cui si combattono il reclutamento e l'impiego irregolare di manodopera è certamente quello del diritto del lavoro.

Su tale fronte, l'intervento degno di nota più risalente nel tempo può essere considerato la legge n. 337 sulla risicoltura<sup>81</sup>, varata nel 1907 in risposta all'elevato contenzioso sorto nelle zone della penisola interessate da tale pratica<sup>82</sup>. Tra le altre prescrizioni volte a regolare il lavoro nelle risaie, vi si trovava espresso il divieto per l'intermediario di appropriarsi del salario spettante al lavoratore quale prezzo per la sua attività, comminandosi la nullità del patto che avesse avuto tale scopo<sup>83</sup>.

Il divieto di intermediazione di manodopera a scopo di lucro formulato nel provvedimento appena citato venne poi generalizzato a opera del r.d. n. 2214 del 1919<sup>84</sup>, per essere eliminato quattro anni dopo da uno dei primi decreti del governo fascista, che però lo reintrodusse nel 1929<sup>85</sup> allorquando, insieme al sistema pubblico di collocamento in agricoltura, si istituirono anche tre uffici nazionali dedicati al controllo delle migrazioni interne di manodopera<sup>86</sup>.

Nell'Italia repubblicana, il primo baluardo contro il caporalato è stato rappresentato dall'accentramento in mano pubblica dell'attività di collocamento, realizzatasi con la legge n. 264 del 29 aprile 1949<sup>87</sup>. Successo politico dell'allora Ministro del Lavoro Amintore Fanfani<sup>88</sup>, la legge n. 264/1949 rese obbligatorio l'inserimento dei lavoratori nelle liste di collocamento in base all'età, al titolo di studio, al settore e alla qualifica, e per i datori di

<sup>81</sup> In realtà, il primo provvedimento sulla risicoltura, emanato con legge 12 giugno 1866, n. 2967, ebbe come uno degli scopi principali quello di fare in modo che i campi dedicati a tale coltura fossero, per esigenze igienico-sanitarie legate alla insalubrità dei luoghi, posti a una certa distanza dai centri abitati. Le condizioni particolarmente gravose con cui si svolgeva il lavoro in risaia – e, tra queste, anche la larga diffusione dell'intermediazione illecita a fronte dell'affermarsi del lavoro avventizio – destarono grande preoccupazione nel movimento bracciantile dei primi del '900, ponendo la protezione dei lavoratori del settore al centro degli obiettivi della neo costituita Federazione nazionale dei lavoratori della terra (su questi temi, si v. V. STRINATI, *Il lavoro nelle risaie tra lotte sindacali e legislazione sociale* (1866-19), in *Studi Storici*, n.3/2006, p. 705 ss.)

<sup>82</sup> Frutto di una gestazione lunga e piuttosto controversa, la legge del 1907 conteneva sia prescrizioni di carattere igienico-sanitario (riguardanti, ad esempio, la somministrazione del chinino), sia prescrizioni circa l'orario di lavoro, le condizioni di impiego di donne e minori, la durata dell'impiego (cfr. V. STRINATI, *Il lavoro nelle risaie*, cit., p. 737 ss.)

<sup>83</sup> Cfr. art. 20 Legge sulla Ricoltura del 1907.

<sup>84</sup> Regio Decreto-legge 19 ottobre 1919, n. 2214, recante norme circa l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria.

<sup>85</sup> Cfr. D. PERROTTA, *Vecchi e nuovi mediatori*, cit., p. 199.

<sup>86</sup> I tre uffici erano quello per la monda del riso a Milano, quello per la raccolta delle olive a Bari e per la mietitura del grano a Roma. Nel 1931, venne anche istituito il Commissariato per le migrazioni e la colonizzazione interna (che succedette al Comitato permanente per le migrazioni interne, istituito nel 1926), preposto alla gestione dell'allocatione della manodopera rurale (per ampi riferimenti, cfr. S. GALLO, *Senza attraversare le frontiere: Le migrazioni interne dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, 2012).

<sup>87</sup> Legge n. 264 del 29 aprile 1949 (*Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati*).

<sup>88</sup> L'istituto del collocamento rappresentò, dalla fine del 1943 alla primavera del 1949, un tema di particolare rilevanza politica, la cui risoluzione toccò alcune delle questioni principali della vita italiana e del dibattito pubblico del periodo: il passaggio dall'ordinamento corporativo fascista a un ordinamento di tipo democratico, la definizione dei rapporti tra la sfera sindacale e la sfera statale, l'entità dell'intervento statale nel mercato del lavoro e i meccanismi di regolamentazione tra le parti sociali, nonché il ruolo della manodopera nel processo di ricostruzione (per più ampie considerazioni sul tema, M. COLUCCI e S. GALLO, *Agricoltura, Conflitto e Collocamento: 1950-2003*, in *Osservatorio Placido Rizzotto* (a cura di), *Agromafie e caporalato. Quarto Rapporto*, Roma, 2018, p. 69 ss.)

lavoro di rivolgersi agli uffici preposti per soddisfare la propria domanda di occupazione. Tale accentramento serviva, evidentemente, a introdurre il divieto di ogni forma di intermediazione privata, la cui violazione avrebbe integrato un'ipotesi di reato punito con l'ammenda e, nei casi più gravi, con l'arresto. Questo assetto fu modificato da una serie di successivi interventi, tra cui la legge 28 febbraio 1987, n. 56, che per un verso inasprì la pena per l'intermediario<sup>89</sup>, per altro verso depenalizzò la condotta del datore di lavoro che avesse utilizzato manodopera non attingendo alle liste di collocamento.

L'altro tassello fondamentale si deve all'approvazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369<sup>90</sup>, con cui si punì, sempre a titolo contravvenzionale, il fenomeno dell'interposizione di manodopera, cioè le situazioni in cui si verificasse la dissociazione tra la titolarità del contratto e l'utilizzo della prestazione lavorativa<sup>91</sup>.

Nel 1970, poi, a completamento del più generale intervento legislativo nel settore del lavoro semplificato dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori, fu emanata la legge n. 83 sul collocamento agricolo<sup>92</sup>, che intese ripensare l'impianto della legge 264/1949, rendendo soprattutto meno burocratica la dinamica della mediazione pubblica e statale in tale settore<sup>93</sup>. Tuttavia, l'applicazione della legge si rivelò critica e non diede i risultati sperati sia perché le imprese disattesero sostanzialmente l'obbligo di presentare i piani colturali (e, anche quando lo fecero, comunicarono un fabbisogno di manodopera di molto inferiore a quello effettivo); sia perché le commissioni comunali e territoriali, composte per la maggior parte da rappresentanti sindacali, non riuscirono ad avere il ruolo di indirizzo e coordinamento che avrebbero dovuto avere<sup>94</sup>.

I divieti di intermediazione e interposizione di manodopera sono venuti meno a seguito delle riforme del mercato del lavoro degli anni Novanta, che si sono mosse nella direzione della complessiva riduzione della sfera di azione pubblica<sup>95</sup>. La legge n. 608, nel 1996, e la legge n. 469, nel 1997, hanno previsto, tra altro, l'abolizione dei piani colturali per le aziende e l'introduzione della chiamata diretta senza la mediazione del collocamento.

---

<sup>89</sup> Si deve, per esempio, a questo provvedimento anche la previsione del sequestro del mezzo usato allo scopo di svolgere l'attività di intermediazione: cfr. G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro*, cit., p. 9 ss.

<sup>90</sup> Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (*Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*).

<sup>91</sup> La legge n. 1369/1960 vietava all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, stabilendo altresì che i prestatori di lavoro occupati in violazione dei divieti posti dalla legge fossero considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente avesse utilizzato le loro prestazioni.

<sup>92</sup> D.L. 3 febbraio 1970, n. 7 (*Norme in materia di collocamento e accertamento dei lavoratori agricoli*) (G.U. Serie Generale n.29 del 03-02-1970).

<sup>93</sup> Protagonisti di tale intermediazione divenivano le Commissioni regionali, provinciali e statali che avevano il compito di stabilire, in considerazione delle previsioni e delle esigenze produttive, dove e come allocare la manodopera. Inoltre, la legge introduceva l'obbligo per le imprese di comunicare annualmente alla Commissione regionale il piano colturale aziendale in modo che essa potesse predisporre con anticipo la dislocazione della forza lavoro necessaria. Tra le novità più importanti per le imprese inadempienti, vi era, poi, l'esclusione dai finanziamenti che, nel frattempo, erano divenuti una voce significativa di entrata per gli imprenditori agricoli.

<sup>94</sup> Cfr. G. ROMA e A. VINO, *Collocamento, previdenza e mercato del lavoro in agricoltura*, in M.G. GAROFALO e L. LAGALA (a cura di), *Collocamento e mercato del lavoro*, Bari, 1982, pp. 129 ss.

<sup>95</sup> Ciò è avvenuto anche in conseguenza di una serie di critiche che aveva interessato il sistema: l'eccessiva rigidità burocratica, l'incapacità di soddisfare richieste di lavoro più sofisticate e una generale inefficacia, cui si aggiunse la declaratoria di incompatibilità della normativa italiana in materia di collocamento pubblico con i principi del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia CEE (sentenza dell'11 dicembre 1997, n. 55, *Job Centre coop. arl.*, Causa C-55/96).

Questi provvedimenti sono stati presi parallelamente al cd. pacchetto Treu (l. n. 196/1997), che ha istituito il lavoro temporaneo e le cd. agenzie interinali, rendendo lecita la c.d. interposizione di manodopera.

Il processo di riforma del mercato del lavoro è stato quindi portato a compimento dalla legge Biagi<sup>96</sup>, che ha eliminato definitivamente il divieto di ogni forma di intermediazione e di somministrazione di manodopera e ha introdotto il contratto di somministrazione di manodopera<sup>97</sup>. Gli strumenti di contrasto al caporalato previsti dalla legge Biagi, individuati in tre fattispecie di diversa gravità (la somministrazione irregolare, la somministrazione abusiva e la somministrazione fraudolenta), sono stati, poi, sostanzialmente espunti dall'ordinamento a seguito del c.d. Jobs Act<sup>98</sup> e, successivamente, del d.lgs. n. 8/2016 che ha trasformato in illeciti amministrativi i reati di somministrazione irregolare e abusiva di manodopera, spianando la strada alla riscrittura della disciplina penalistica ad opera della legge n. 199/2016<sup>99</sup>, mentre la somministrazione fraudolenta è stata reintrodotta come reato di natura contravvenzionale nel 2018<sup>100</sup>.

### 5.1.1. (Segue). *La Rete del Lavoro Agricolo di Qualità.*

Rinviano al prossimo paragrafo l'analisi dei profili penalistici della materia, occhie sin d'ora osservare che all'interno della legge 199/2016 si rinvengono anche misure di tipo giuslavoristico e promozionale<sup>101</sup>. Tra queste spicca il rafforzamento della cd. Rete del Lavoro Agricolo di Qualità, istituita nel 2014<sup>102</sup> allo scopo di costituire un elenco di imprese agricole (ma non solo<sup>103</sup>) che si qualificano per l'eticità della loro attività. Possono, infatti, iscriversi alla stessa le imprese che non abbiano riportato condanne per violazioni della normativa fiscale, lavoristica e previdenziale, nonché per alcuni delitti, tra

<sup>96</sup> L. 14 febbraio 2003, n.30, recante oggetto 'Delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro', attuata dal D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (GU Serie Generale n. 235 del 9-10-2003, Suppl. Ordinario n. 159)

<sup>97</sup> Il contratto di somministrazione di manodopera è oggi definito dall'art. 30 d.lgs. 81/2015 come quel contratto, a tempo indeterminato o determinato, con cui un'agenzia di somministrazione autorizzata mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Sul ricorso a questo strumento, anche con riferimento alle cd. clausole di contingentamento, e al rapporto con il contratto di appalto e le forme di condivisione del lavoro ammesse dalla legge in agricoltura, v. V. NUZZO, *L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 357/2018.

<sup>98</sup> D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183) (GU Serie Generale n.144 del 24-06-2015 - Suppl. Ordinario n. 34).

<sup>99</sup> Cfr. P. BRAMBILLA, *'Caporalato tradizionale' e 'nuovo caporalato': recenti riforme a contrasto del fenomeno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 188 ss. (p. 206 ss.).

<sup>100</sup> La reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta si deve al d.l. n. 87/2018 recante "Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese" (cosiddetto "Decreto Dignità"), conv. con mod. in l. n. 96/2018. V. amplius infra § 5.2, nota n.

<sup>101</sup> Trattasi di modifiche al sistema dei controlli nei luoghi di lavoro, misure di supporto ai lavoratori stagionali, modalità sperimentali per il collocamento agricolo (cfr. artt. 8-9 l. n. 199/2016).

<sup>102</sup> L'istituzione della Rete del Lavoro agricolo di qualità si deve all'art. 6 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, recante disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea (GU Serie Generale n.192 del 20-08-2014 - Suppl. Ordinario n. 72).

<sup>103</sup> È infatti previsto che possano iscriversi alla Rete altri soggetti quali, ad esempio, gli sportelli unici per l'immigrazione, i centri per l'impiego, i soggetti autorizzati all'esercizio delle attività di intermediazione di lavoro, ma non anche altri operatori economici della filiera agro-alimentare (per una critica sul punto, tra altri, C. FALERI, *Non basta la repressione. A proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in *Lav. Dir.*, n.2/2021, p. 257 ss. (p. 270).

cui quello previsto dall'art. 603 *bis* c.p.<sup>104</sup>; è necessario, inoltre, che l'impresa richiedente non sia collegata o controllata ad altra impresa priva dei requisiti per accedere alla Rete e che la stessa applichi i contratti collettivi predisposti dalle organizzazioni sindacali più rappresentative<sup>105</sup>.

Il numero delle imprese iscritte alla Rete è cresciuto negli ultimi anni fino a superare le 5.000 unità<sup>106</sup>. A questo risultato (invero, ancora al di sotto delle aspettative) hanno sicuramente contribuito alcune politiche incentivanti adottate a livello regionale che hanno subordinato l'erogazione di contributi alla presenza delle imprese nell'elenco, come anche il favore verso gli operatori inseriti nell'elenco da parte della GDO e della industria alimentare<sup>107</sup>. Tuttavia, le zone d'ombra intorno a questa iniziativa non si sono dissipate, dal momento che, per disposto legislativo, proprio le aziende iscritte alla Rete sono sottratte - almeno in prima battuta - al sistema dei controlli<sup>108</sup>. In buona sostanza, la certificazione dell'eticità dell'agire dell'azienda non appare suffragata da verifiche oggettive, rischiando di avvantaggiare sul mercato anche operatori nient'affatto rispettosi dei diritti dei lavoratori. Ulteriore fattore di criticità è dato dal fatto che le Sezioni territoriali in cui dovrebbe essere articolata la Rete, e che dovrebbero svolgere, tra le altre, le importanti funzioni di agevolare l'incontro tra domanda e offerta e organizzare i flussi migratori, hanno incontrato notevoli difficoltà nella loro attuazione e sono oggi presenti in un numero ancora limitato di province<sup>109</sup>.

A rendere più trasparente e efficace l'azione della Rete dovrebbe invero contribuire il raccordo con il cd. *Tavolo Caporalato*, organismo inter-istituzionale introdotto nel 2018<sup>110</sup> con funzioni di impulso e attuazione della strategia nazionale di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo, messa a punto mediante un *Piano Triennale* nazionale<sup>111</sup>, declinabile sulle realtà territoriali, la cui realizzazione appare oggi più che mai fondamentale anche ai fini del rispetto della clausola di condizionalità sociale inserita nella riforma della PAC.

---

<sup>104</sup> L'iscrizione alla Rete è rivolta principalmente alle imprese agricole (ex art. 2135 c.c.); tuttavia, possono aderirvi anche altri soggetti (sportelli unici per l'immigrazione, istituzioni locali, centri per l'impiego etc.) e altre imprese con dipendenti assunti come lavoratori agricoli.

<sup>105</sup> Deve trattarsi dei contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. Tale requisito serve a contrastare il dilagare, anche nel settore agricolo, dei cd. contratti pirata, che introducono discriminazioni salariali tra i lavoratori (dumping salariale).

<sup>106</sup> L'aggiornamento dell'elenco delle imprese iscritte alla Rete è a cura dell'Inps, sul cui sito istituzionale è reperibile.

<sup>107</sup> Cfr. M. D'ONGHIA – C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2018, p. 16; SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro*, cit., p. 137 ss.

<sup>108</sup> L'esonero dalle ispezioni delle imprese iscritte alla Rete non si applica quando l'intervento ispettivo sia richiesto dal lavoratore, dalle organizzazioni sindacali, dall'autorità giudiziaria o da autorità amministrative.

<sup>109</sup> D. FIATTI, *Rete del Lavoro Agricolo di Qualità: lo stato dell'arte*, in *Geografia del Caporalato* (a cura dall'Osservatorio Placido Rizzotto FLAI-CGIL), Roma, 2021, p. 9 ss.

<sup>110</sup> Il Tavolo è presieduto dal Ministro del Lavoro e composto da altri undici membri istituzionali (Ministri o loro delegati, INPS, Guardia di Finanza, rappresentanti di enti locali), partecipandovi anche rappresentanti dei datori di lavoro, degli agricoltori e delle organizzazioni del Terzo settore. Informazioni sull'attività del Tavolo e il metodo di lavoro sono reperibili al sito <https://www.integrazionemigranti.gov.it/>.

<sup>111</sup> Trattasi di un documento programmatico che si struttura intorno a quattro assi prioritari che riguardano la prevenzione dello sfruttamento lavorativo, la vigilanza e il controllo, la protezione delle vittime e il suo reinserimento socio-lavorativo, individuando misure da attuare nel breve periodo e interventi di sistema e di lungo periodo.

5.2. *Le misure di contrasto nel diritto penale: dalla novella del 2016 al disegno di legge n. 2404/2021.*

Sul fronte del diritto penale, la norma di riferimento è rappresentata dall'art. 603-bis c.p., rubricata *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*.

A inserire per la prima volta questa previsione all'interno del Titolo XII del Libro II del codice penale (riservato ai reati contro la persona e, in particolare, a quelli contro la libertà individuale) è stata la legge 14 settembre 2011 n. 148<sup>112</sup>, in cui il delitto in parola veniva descritto come quello commesso da chiunque svolgesse “un'attività organizzata di intermediazione reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori”<sup>113</sup>.

L'intervento del legislatore era stato motivato dall'esigenza di rimediare a una lacuna del sistema, vale a dire rendere possibile sanzionare tutte quelle condotte e violazioni che esorbitassero dai confini degli illeciti contravvenzionali di cui alla legge Biagi<sup>114</sup>, senza tuttavia assumere i contorni più gravi dei reati di tratta di esseri umani e riduzione in schiavitù (di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p.) o dei casi meno gravi della violenza privata e dell'estorsione<sup>115</sup>.

I limiti e i profili di debolezza della fattispecie di nuovo conio apparvero, però, subito chiari ai commentatori, che oltre a criticare l'esclusione del datore di lavoro tra i soggetti direttamente punibili dalla norma incriminatrice<sup>116</sup>, evidenziavano la difficoltà probatoria tanto degli elementi costitutivi della fattispecie, tanto di quelli da cui desumere lo sfruttamento (costruiti intorno ai nodi della retribuzione, dell'orario di lavoro, della sicurezza sui luoghi di lavoro<sup>117</sup>). Ancora, si mettevano criticamente in luce la mancata previsione della responsabilità delle persone giuridiche<sup>118</sup> e la troppa contiguità della norma rispetto a quelle fattispecie delittuose da cui avrebbe dovuto differenziarsi<sup>119</sup>.

Non potendo evitare di tenere conto anche delle scarsissime applicazioni giurisprudenziali

<sup>112</sup> Legge n. 148/2011 di conversione del decreto legge n.138/2011, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo.

<sup>113</sup> Art. 12 legge 138/2003 «Art. 603-bis (Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato».

<sup>114</sup> Come si è ricordato sopra, nel 2018 è stato però reintrodotto nel nostro ordinamento il reato di somministrazione fraudolenta, fattispecie contemplata originariamente dalla legge Biagi affianco alla somministrazione irregolare e a quella abusiva. Tale fattispecie, collocata nel nuovo art. 38-bis del d. lgs. n. 81/2015 quale reato contravvenzionale, prevede una responsabilità penale in capo sia al somministratore sia all'utilizzatore della manodopera laddove si riscontri una loro specifica finalità di eludere le norme inderogabili di legge o del contratto collettivo. Definito come una sorta di caporalato “con i guanti bianchi”, detta fattispecie trova applicazione sia nei casi di appalto e pseudo appalto, sia nei casi di distacchi transnazionali che sono molto ricorrenti nell'ambito del lavoro agricolo.

<sup>115</sup> Tra i numerosissimi contributi sul tema, cfr. A. DI MARTINO, *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 106 ss.; FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione) dei caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, p. 871 ss.; G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro*, cit., p. 39 ss.)

<sup>116</sup> Cfr. G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del caporalato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 811 ss.

<sup>117</sup> Indice di sfruttamento sono la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

<sup>118</sup> Cfr., *ex multis*, B. D'OTTAVIO, *Profili penali del reclutamento e dello sfruttamento di manodopera (il cd. caporalato)*, in *Lav. Dir. Eur.*, n.2/2019, 1 ss. (p. 23).

<sup>119</sup> Cfr. G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro*, cit., p. 41

della norma in parola<sup>120</sup>, nel 2016 il legislatore provvedeva a riscriverne il dettato<sup>121</sup>, costruito oggi attorno a due ipotesi criminose distinte e autonome<sup>122</sup>: l'una, il reclutamento illegale di manodopera a opera del caporale<sup>123</sup>; l'altra, l'utilizzazione, l'assunzione e l'impiego di manodopera da parte del datore di lavoro in condizioni di sfruttamento<sup>124</sup>, indipendentemente quindi dal fatto se vi sia stata intermediazione illecita. Fermo restando che gli indici sintomatici da cui desumere lo sfruttamento sono rimasti per lo più immutati rispetto al testo precedente<sup>125</sup>, mentre gli altri elementi (violenza, minaccia, intimidazione, nonché la necessaria esistenza di una struttura organizzativa) sono stati espunti dalla fattispecie<sup>126</sup>, consentendo così di reprimere condotte saltuarie e perpetrate con mezzi più subdoli<sup>127</sup>, è indubbio che l'apparato repressivo – che ha dato già buona prova di sé<sup>128</sup> – si è notevolmente ampliato a seguito della novella. Si noti, infatti, che sono stati previsti l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, la confisca obbligatoria (anche per equivalente), il controllo giudiziario dell'azienda<sup>129</sup>, la responsabilità dell'ente<sup>130</sup>. Al di là dell'orizzonte repressivo, nell'ottica della protezione delle vittime, la legge n. 199 ha, poi, ulteriormente previsto che queste possano ottenere un indennizzo da parte del Fondo anti-tratta in cui confluiscono i proventi delle confische ordinate a seguito

<sup>120</sup> Cfr. G. DE MARZO, *Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato*, in *Foro It.*, 2016, c. 377 ss.

<sup>121</sup> Legge 29 ottobre 2016, n. 199 (*Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni di lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*) (GU Serie Generale n.257 del 03-11-2016).

<sup>122</sup> Tale aspetto è messo chiaramente in luce da Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7857, reperibile su [www.osservatorioagromafie.it](http://www.osservatorioagromafie.it)

<sup>123</sup> Secondo il novellato art. 603-bis c.p., è punito con una pena da uno a sei anni e la multa da 500 a 1000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque recluti manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi, in condizione di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori. Trattasi di un reato a dolo specifico, in cui l'autore deve rappresentarsi lo scopo della condotta, senza necessità che detto scopo si realizzi concretamente.

<sup>124</sup> Secondo il novellato art. 603-bis c.p., è punito con una pena da uno a sei anni e la multa da 500 a 1000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque utilizzi, assuma o impieghi manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento e approfittando del loro stato di bisogno.

<sup>125</sup> Secondo la nuova formulazione, tuttavia, mentre lo sfruttamento e l'approfittamento dello stato di bisogno costituiscono elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, in cui si concretizza il disvalore penale (cfr. Cass. Sez. IV Pen. 4 marzo 2022, n.7862, disponibili su [www.osservatorioagromafie.it](http://www.osservatorioagromafie.it)), gli indici legali da cui desumere lo sfruttamento non hanno carattere tassativo né esaustivo e servono piuttosto la valutazione del giudice (cfr., tra altri, V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Labour & Law Issues*, n.2/2020, p. 84; per la giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861 e Cass. Sez. IV Pen. 4 marzo 2022, n. 7859).

<sup>126</sup> È, tuttavia, necessario precisare che il ricorrere della violenza e della minaccia determina l'applicazione della circostanza aggravante che determina un inasprimento della pena (art. 603 bis, 2° co., c.p.).

<sup>127</sup> Cfr. E. SANTORI e C. STOPPIANI, *Luci e ombre della legge 199/2016. Cosa cambiare?* in *Quinto Rapporto Agromafie e Caporalato*, cit., p. 129 ss. (p. 140); C. FALERI, *Non basta la repressione*, cit., p. 261 ss.

<sup>128</sup> Per una ricognizione delle inchieste e dei procedimenti penali avviati nel territorio nazionale sulla scorta dell'art. 603 bis c.p., si vedano i dati raccolti dal "Laboratorio sulla sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime" promosso dal Centro di ricerca interuniversitario L'Altro diritto e dalla Flai-Cgil, <http://www.adir.unifi.it>.

<sup>129</sup> L'attuazione della misura cautelare reale del controllo giudiziario dell'azienda, subordinata alla condizione che l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale, implica l'affiancamento dell'imprenditore indagato con un amministratore cui è affidato il compito di vigilare sulla legalità dell'attività di impresa. Per un'analisi dell'istituto, anche nel difficile rapporto con il sequestro preventivo, si v. F. DEL VECCHIO, *Il controllo giudiziario dell'azienda e l'amministrazione dei beni sequestrati*, in G. DE SANTIS, S.M. CORSO e F. DEL VECCHIO (a cura di), *Studi sul caporalato*, cit., p. 129 ss.).

<sup>130</sup> Diffusamente, sul punto, CORSO, *La responsabilità "da reato" dell'ente datore di lavoro nella l. n. 199/2016*, in G. SANTIS, S.M. CORSO e F. DEL VECCHIO (a cura di), *Studi sul caporalato*, cit., p. 165 ss.

dell'accertamento del reato<sup>131</sup>, e che il lavoratore migrante che scelga di cooperare nel procedimento penale possa attivare il percorso di protezione sociale di cui all'art. 18 del d. lgs. 286/1998 (T.U.I.). I dati rilevano come quest'ultima misura sia stata attivata in un numero assai esiguo di casi<sup>132</sup>. È quindi da salutare con estremo favore la presentazione al Senato del disegno di legge n. 2404 intitolato "Norme per il contrasto dello sfruttamento lavorativo e per l'emersione del lavoro nero"<sup>133</sup>, che intende allestire dispositivi più efficaci per la lotta al lavoro sommerso e sfruttato, anche nel quadro degli obiettivi individuati nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)<sup>134</sup>.

Le misure previste dal disegno di legge intendono, infatti, rappresentare una sorta di accompagnamento per le vittime di reati di particolare gravità - tra cui, appunto, quello di cui all'art. 603-bis c.p. - che scelgano di denunciare gli autori di tali reati o di rendere dichiarazioni su fatti di loro conoscenza che possano concretamente servire a raccogliere prove per l'individuazione o la cattura o per il sequestro di beni, denaro o altre utilità<sup>135</sup>. Il percorso di protezione, predisposto dal Prefetto di concerto con l'Ispettorato Nazionale del Lavoro ed estendibile ai congiunti e parenti dei denunciati, oltre che agli altri lavoratori che si trovino nella medesima condizione di sfruttamento (spesso chiamati quali testimoni in giudizio), comprende la temporanea messa a disposizione di alloggi<sup>136</sup>, la garanzia del reddito per un massimo di ventiquattro mesi dall'adesione al programma, l'assistenza sanitaria e legale, un percorso di formazione volto alla regolarizzazione e al reinserimento lavorativo.

Nell'ottica dell'approccio sistemico e sinergico che sorregge il provvedimento, da segnalare è anche la previsione dell'istituzione di un apposito ufficio con funzione di coordinamento e raccordo delle attività svolte non solo dalle autorità pubbliche, ma anche dal Terzo settore per il contrasto al caporalato e allo sfruttamento del lavoro, che si annuncia senza dubbio prezioso al fine di favorire una maggiore efficacia dell'azione.

### 5.3. *Le misure di contrasto "dal basso"*

A fronte di un fenomeno diffuso così capillarmente nel territorio e difficile da sradicare, le iniziative di contenimento che provengono dall'azione congiunta di attori privati - associazioni, cooperative di lavoratori, organizzazioni di produttori, anche in stretta collaborazione con gli enti locali e le organizzazioni sindacali - non possono che assumere una particolare rilevanza. Di tali iniziative ne esistono svariate, molte delle quali inserite nella più ampia cornice della promozione della cultura della legalità e di un modello di agricoltura sostenibile anche dal punto di vista sociale.

<sup>131</sup> Ciò in ragione della numerosità dei casi in cui vittime del caporalato sono anche vittime di tratta e sfruttamento del lavoro.

<sup>132</sup> Come evidenziano E. SANTORI e C. STOPPIANI, *Luci e ombre della legge 199/2016*, cit., p. 144

<sup>133</sup> DDL S. 2404, XVIII Legislatura, presentato in Senato in data 5 ottobre 2021. Primi firmatari di questo provvedimento sono stati i senatori Tommaso Nannicini (PD) e Sandro Ruotolo (LEU).

<sup>134</sup> Nell'ambito della V Missione ("Inclusione e Coesione") in cui si articola il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e che racchiude anche le politiche sul lavoro, è infatti specificamente prevista la predisposizione di un Piano Nazionale per la lotta al lavoro sommerso, che contempla, tra gli altri interventi, il rafforzamento del sistema delle ispezioni. Il Piano si affianca ad altre misure, quali il potenziamento dei Centri per l'impiego, la riforma della formazione professionale, strategie per supportare l'imprenditoria femminile e superare il divario di genere.

<sup>135</sup> Il percorso di protezione previsto dal disegno di legge n. 2404 va ad integrare, sempre nell'ottica di diminuire il rischio della cd. vittimizzazione secondaria, le misure (di applicazione generale, ossia non intese alla protezione di vittime di specifici reati) introdotte dal d. lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, in attuazione della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. In conformità al provvedimento comunitario, alla persona offesa dal reato sono riconosciuti, ad esempio, il diritto ad avere informazioni circa la propria posizione e il diritto all'assistenza linguistica, ove non conosca la lingua italiana.

<sup>136</sup> Questo perché, in molti casi, la denuncia del datore di lavoro o del caporale implica la perdita dell'alloggio da parte del lavoratore.

Ad esempio, nella filiera del pomodoro, tramite il progetto *Pelato in Rete* è stata applicata la prima *blockchain* del settore agricolo con l'intento di rendere trasparenti tutte le fasi del processo produttivo<sup>137</sup>. È di recente istituzione anche la filiera *Iamme*, che si impegna nell'acquisto di prodotti agricoli con la certificazione NoCap.

Progetti che mirano alla tutela dei lavoratori autoctoni e migranti attraverso la creazione di reti commerciali alternative sono anche *Sfruttazero* (nel settore del pomodoro), *Contadinazioni* (per la raccolta delle olive), SOS Rosarno, Barkafoo, Barikamà.

Negli ultimi anni, sono inoltre apparse alcune App per dispositivi digitali specificamente dedicate a contrastare l'illecito ingaggio di forza lavoro. È questo il caso di *Fair Labor*, iniziativa promossa dalla Regione Lazio (sul modello dell'App Restoincampo lanciata dall'Anpal), che ha lo scopo di favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, facilitando l'iscrizione presso i centri per l'impiego da parte dei soggetti interessati anche grazie al fatto di essere disponibile nella lingua rumena e nel dialetto punjabi. Inoltre, ai lavoratori che s'iscrivono alle liste di prenotazione e ottengono un contratto di lavoro è concesso di viaggiare gratuitamente sui mezzi pubblici della zona. Simile è l'iniziativa pugliese *Campo libero*, che consente di prenotare, attraverso l'App, posti a bordo gratuiti su pullman che conducono i lavoratori nei campi.

Ha piuttosto lo scopo di incoraggiare i braccianti a denunciare più facilmente situazioni di caporalato, violenze e abusi sui luoghi di lavoro l'App *Laborat*, grazie alla predisposizione di un canale diretto di comunicazione con gli sportelli sindacali.

Ancora, a partire dal 2017, la Regione Puglia ha reso operative le prime foresterie destinate ai braccianti agricoli, attivando contestualmente servizi di assistenza sanitaria, socio-legale e sportelli mobili in materia di avviamento e sicurezza sul lavoro.

Sotto il profilo della sensibilizzazione al tema dello sfruttamento del lavoro, è interessante infine segnalare l'iniziativa artistica *Orchestra dei Braccianti*, formazione musicale composta da uomini e donne di varie nazionalità coinvolti nel lavoro agricolo, che affida allo strumento della musica, anche attraverso la rivisitazione di *work songs*, il compito di veicolare storie personali e tradizioni culturali, di far riflettere sulle condizioni precarie dei tanti migranti lavoratori del settore e orientare le scelte dei consumatori nella direzione di filiere etiche.

## VI. IL CAPORALATO AGRICOLO IN INGHILTERRA: ALLE ORIGINI DEL MODELLO AUTORIZZATORIO

Anche in Inghilterra, l'intermediazione illecita ai fini della costituzione di rapporti di lavoro in agricoltura è fenomeno risalente nel tempo. Assunse particolare rilevanza quando, sul finire del XVIII secolo, nelle contee orientali dell'isola più vocate all'attività agricola e interessate dalla bonifica di terre incolte e paludose resesi necessarie per incrementare la produzione di derrate alimentari, si registrò un'elevata richiesta di manodopera da assoldare a termine<sup>138</sup>. La maggior parte della "nuova" terra trovandosi a una certa distanza dagli insediamenti esistenti, i *landlords* non furono disposti a sobbarcarsi i costi della costruzione di nuovi alloggi permanenti per ospitare lavoratori che avrebbero rappresentato un costo ulteriore anche in termini di imposte.

Fu allora che il gangmaster iniziò a interporre tra i braccianti e gli affittuari agricoltori, accordandosi con questi ultimi sul lavoro che i primi avrebbero dovuto svolgere. Tale sistema era, di fatto, percepito come profittevole sia dai proprietari terrieri sia dai *farmers*,

<sup>137</sup> Cfr. il sito dell'iniziativa, [www.pelatoinrete.it](http://www.pelatoinrete.it).

<sup>138</sup> Ciò accadde principalmente nelle contee di Norfolk, Lincolnshire, Cambridgeshire, in concomitanza con l'aumento del prezzo del grano durante il conflitto bellico con la Francia (cfr. J. PATRICK, *Agricultural Gangs in Victorian England*. History Today, 1986, p. 21 ss.)

che erano così in grado di procurarsi manovalanza a buon mercato di cui avrebbero potuto disfarsi senza troppi problemi al termine della stagione<sup>139</sup>.

I braccianti, principalmente donne, giovani e bambini<sup>140</sup>, organizzati in bande, venivano reclutati per lo più nei cosiddetti villaggi aperti, in cui si concentravano le famiglie povere e i disoccupati che avevano rinunciato a cercare fortuna nelle città. A titolo di remunerazione per l'intermediazione, il capobanda era solito trattenere una somma dal salario spettante al lavoratore; oppure costringere quest'ultimo a fare acquisti presso i negozi di proprietà del datore di lavoro o dello stesso capobanda, in cui erano praticati prezzi maggiorati che non lasciavano ai braccianti altra scelta se non di contrarre debiti ripagabili attraverso il lavoro.

In molti casi, i lavoratori agricoli erano immigrati, provenienti soprattutto da Scozia e Irlanda del Nord. L'afflusso in Inghilterra da parte di braccianti irlandesi, fortemente richiesti per la loro capacità di lavorare duro in cambio di paghe bassissime (e, per tale motivo, spesso invisibili ai lavoratori del posto), raggiunse il suo picco alla metà dell'Ottocento, in concomitanza con il verificarsi di una drammatica situazione di carestia che investì tutta la Gran Bretagna. In tale frangente furono gli stessi migranti irlandesi, sollecitati dai farmers inglesi, a procacciare altri braccianti facendo essi stessi da intermediari.

Testimonianze della durezza delle condizioni cui erano costretti i lavoratori assoldati nelle gangs e della condotta spregiudicata dei loro capibanda furono fornite dalle inchieste di alcuni organismi governativi, in particolare la *Children's Employment Commission*<sup>141</sup>. La preoccupazione per lo sfruttamento dei bambini e per le misere condizioni di vita cui erano sottoposti, spesso vittime di violenza assieme alle loro madri, nonché una certa apprensione per alcuni comportamenti da parte delle donne, giudicati sconvenienti e motivo di grave scadimento morale<sup>142</sup>, furono tra le ragioni principali che portarono all'approvazione, nel 1867, del primo tentativo di regolamentazione del fenomeno.

Nell'*Agricultural Gangs Act*<sup>143</sup>, fu stabilito che l'attività del gangmaster, definito come colui il quale "*hires children, young persons, or women with a view to their being employed in agricultural labour on lands not in his own occupation*", dovesse essere autorizzata mediante la concessione di una apposita licenza rilasciata dalle *Petty Sessions* all'esito di un'indagine circa le caratteristiche del soggetto aspirante. Per legge fu anche previsto il divieto di assoldare bambini al di sotto degli otto anni, di riunire nella stessa banda donne e uomini, di mettere un uomo a capo di una banda femminile salvo che non fosse accompagnato da una donna anch'ella titolare di una licenza<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> W. HASBACH, *A History of the English Agricultural Labourer*, London, 1908.

<sup>140</sup> La richiesta di manodopera si concentrò su donne, ragazzi e bambini poiché le attività da svolgere, all'inizio, erano relativamente semplici: il diserbo, la raccolta delle pietre, la messa a dimora delle patate e la loro raccolta, lo spargimento del letame e tutti i lavori connessi alla coltivazione delle rape. La durata della giornata lavorativa era almeno di nove ore e spesso si era costretti a percorrere a piedi lunghi tratti di strada per recarsi sul luogo di lavoro. Come evidenzia W. HASBACH, *A History*, cit., p. 195 ss., l'impiego di donne e ragazzi nei lavori agricoli aumentò a seguito delle modifiche apportate nel 1834 al *Poor Law Act*, che determinarono un abbassamento dei salari degli uomini e dei sussidi destinati ai non abbienti, costringendo le donne maritate a trovare lavoro per fare fronte alle esigenze della famiglia.

<sup>141</sup> Si veda in particolare *The Children's Employment Commission (1862) (1867). Sixth Report of the Commissioners (on Organised Agricultural Gangs), Commonly called 'Public Gangs', in some of the Eastern Counties, with Appendix: HMSO.*

<sup>142</sup> Cfr. N. VERDON, *The Employment of Women and Children in Agriculture: A Reassessment of Agricultural Gangs in Nineteenth-Century Norfolk*, in *The Agricultural History Review*, Vo. 49, 2001, p. 41 ss. (p. 45 ss.), il quale ricorda anche come, non sorprendentemente per l'epoca, l'impiego delle donne nelle gangs fosse criticato anche in quanto si riteneva portasse queste a trascurare l'accudimento dei figli, le faccende domestiche, l'assistenza ai mariti nonché il proprio aspetto fisico, rendendo "very unpleasant" per gli uomini il rientro a casa la sera e contribuendo alla loro propensione all'alcolismo.

<sup>143</sup> 30 and 31 Vict. c. 130.

<sup>144</sup> Cfr. N. VERDON, *The Employment of Women*, cit., p. 49 ss.

Se il modello autorizzatorio introdotto dal *Gangs Act* (e che ancora oggi sopravvive) non servì, a giudizio di alcuni commentatori, a combattere più di tanto il fenomeno, fu perché questo ebbe l'effetto di portare a distinguere tra gang 'pubbliche o comuni' e gang private, organizzate queste ultime direttamente dai farmers, eludendo la legge, per evitare i costi della intermediazione e risparmiare ulteriormente sui salari spettanti ai braccianti.

Il sistema delle bande andò comunque in declino negli ultimi anni del XIX secolo, non solo per il crescente impiego di macchinari in agricoltura ma anche per effetto dell'introduzione dell'istruzione obbligatoria che ridusse drasticamente il numero di bambini disponibili al lavoro<sup>145</sup>. Contribuì ulteriormente a tale esito il fatto che i salari degli uomini impiegati in questo settore andarono via via aumentando, rendendo quindi meno necessario per le donne di lavorare fuori dalle mura domestiche.

Tuttavia, anche se da tempo i gangmasters non destavano più preoccupazione e se i minimi salariali erano stati garantiti dall'*Agricultural Wages Act* a partire dal 1948, il sistema di licenze stabilito dalla legge del 1867 durò fino al 1960. Con la crisi economica degli anni '70, si gettarono però le premesse per la ricomparsa del fenomeno e fu, infatti, l'Inghilterra thatcheriana il momento in cui si assistette a una recrudescenza del sistema delle gangs. Le riforme neoliberali in materia di rapporti di lavoro, la drastica riduzione del *welfare state*, le pressioni della grande distribuzione organizzata e il massiccio afflusso di braccianti migranti ne furono le principali concause. Occorrerà, tuttavia, attendere fino al 2004 perché il legislatore inglese tornasse a regolamentare il fenomeno.

#### 6.1. Da "Operation Gangmaster" al *Gangmaster (Licensing) Act*.

Le istanze in favore dell'introduzione di un sistema di licenze per l'intermediazione in agricoltura iniziarono nel 1993 (giusto un anno dopo l'abolizione dell'*Employment Agencies Act*<sup>146</sup>), quando un disegno di legge *ad hoc* fu presentato alla Camera dei Comuni da Richard Body, deputato del partito conservatore.

Dopo l'avvio del dibattito nel maggio 1997, subito dopo l'elezione del primo governo Blair, il governo istituì un Gruppo di lavoro per decidere circa la migliore strategia da adottare nei confronti del fenomeno. Il Gruppo di lavoro non si dichiarò favorevole all'introduzione di un sistema di licenze, reputandolo troppo costoso sia per le imprese sia per lo Stato, senza necessariamente costituire un dispositivo efficace contro comportamenti illeciti.

Un tale esito portò comunque al lancio, nel giugno 1998, di una *taskforce* di governo denominata "Operation Gangmaster", che inizialmente riguardò le regioni del Lincolnshire e dell'East Anglia, per poi estendersi alle altre zone della Gran Bretagna che presentavano criticità. I risultati dell'iniziativa furono, però, piuttosto deludenti<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Con l'*Agricultural Children Act* (1873) si introdussero dapprima alcune limitazioni all'impiego dei bambini in agricoltura: ad esempio, fu previsto che nessun minore di anni otto potesse essere impiegato nel lavoro agricolo e per i bambini di età superiore fu comunque necessario dimostrare che avessero frequentato la scuola, per un certo numero di giorni. Tre anni più tardi, l'*Education Act* elevò a dieci anni l'età sotto la quale non fu consentito impiegare bambini nei lavori agricoli rendendo la frequenza scolastica obbligatoria, fino ai quattordici anni. Tuttavia, in Scozia gli studenti poveri furono impiegati con il sistema delle bande fino alla metà del ventesimo secolo.

<sup>146</sup> L'*Employment Agencies Act* regolamentava l'attività delle agenzie di intermediazione ma si applicava ai gangmasters solo nell'ipotesi in cui i lavoratori assoldati non fossero rimasti sotto il di lui controllo e supervisione. Il requisito della licenza per le agenzie di intermediazione fu abolito nel 1994, come parte della politica di deregolamentazione dell'allora governo conservatore, sostituendovi una forma di controllo retroattivo, successivo, da parte dello Stato. Era infatti possibile rivolgersi al tribunale del lavoro per ottenere un'ordinanza con cui proibire a determinati soggetti di gestire un'agenzia o un'attività di collocamento a causa di cattiva condotta o di 'altra ragione sufficiente'.

<sup>147</sup> Cfr. T. BRASS, *Medieval Working Practices? British Agriculture and the Return of the Gangmaster*, in *Journ. Peas. Stud.*, 2004, p. 313 ss. (p. 322).

Agli inizi degli anni Duemila, fu l'industria del settore agro-alimentare a spingere per un intervento dello Stato in materia e, nelle more, ci si indirizzò verso l'introduzione di una forma volontaria di regolamentazione. Nell'ottobre 2002, fu istituito il *Temporary Labour Working Group*, formato da rappresentanti delle principali stakeholders dell'industria alimentare, che elaborò un codice di condotta contenente alcune importanti linee guida e *best practices* per il contrasto al lavoro irregolare<sup>148</sup>. In quegli stessi anni, il *Select Committee on the Environment, Food and Rural Affairs (EFRA Committee)*<sup>149</sup> condusse un'inchiesta sul caporalato in agricoltura, in cui emersero innumerevoli casi di sfruttamento e anche gli stretti legami con i fenomeni dell'immigrazione clandestina e della tratta di esseri umani<sup>150</sup>. Da tale inchiesta emergeva come i lavoratori impiegati dai gangmasters fossero pagati con salari da fame, vivessero in alloggi precari per la cui occupazione sborsavano cifre esorbitanti, subissero pesanti trattenute sul salario e orari di lavoro massacranti, fossero costretti a rimborsare somme ingenti nel caso decidessero di lasciare l'attuale impiego, a mo' di copertura dei costi che i capibanda reclamavano di aver sostenuto per trovare loro l'ingaggio<sup>151</sup>.

Tuttavia, un intervento del legislatore divenne una priorità di governo solo dopo il clamore mediatico suscitato dalla tragedia di *Morecombe Bay*, in cui trovarono la morte di più di venti giovani cinesi immigrati irregolari, rimasti travolti dalla marea mentre erano intenti nella raccolta di molluschi a servizio di gang cinesi<sup>152</sup>. L'anno 2004 ha, infatti, visto l'approvazione del *Gangmaster Licensing Act*, presentato come progetto di legge alla *House of Commons* giusto pochi mesi prima del verificarsi del drammatico episodio.

Nel descrivere sinteticamente il perimetro e i principali contenuti del *Gangmaster Licensing Act*, occorre subito chiarire che, quantomeno nell'intento originario del legislatore, questo intende applicarsi agli ambiti tradizionalmente più afflitti dai fenomeni del reclutamento illecito e del lavoro irregolare: l'agricoltura, l'orticoltura, la raccolta di prodotti ittici, la lavorazione e l'imballaggio di prodotti derivati.

La gestione del sistema delle licenze è affidata ad una specifica autorità, il cui potere di *enforcement* – oltre che la struttura organizzativa e le dotazioni finanziarie – sono stati ampliati e rafforzati attraverso la riforma intervenuta nel 2016 per effetto dell'entrata in vigore dell'*Immigration Act*, che ha portato a ridenominarla come *Gangmaster and Labour Abuse Authority* (di seguito: GLAA)<sup>153</sup>, potenziandone il ruolo ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare e alla tratta di esseri umani<sup>154</sup>.

Composta da ventotto membri nominati nell'ambito dei sindacati, delle organizzazioni di produttori, dei rappresentanti delle imprese, degli organi di polizia e dei dipartimenti governativi, la GLAA si prefigge di tutelare i lavoratori vulnerabili e gli attori economici che operano nel rispetto della legge, evitando pratiche di dumping sociale<sup>155</sup>. Essa ha compiti regolatori e di vigilanza: definisce le condizioni per l'ottenimento e il

<sup>148</sup> Vedine il testo all'indirizzo [http://adlib.eversite.co.uk/resources/000/074/704/Gangmasters\\_code.pdf](http://adlib.eversite.co.uk/resources/000/074/704/Gangmasters_code.pdf). Per ulteriori riferimenti all'iniziativa, D. REEDS, *New Measures to Tackle Exploitation in the UK Agricultural Industry*, in C. KUPITSCH (ed.), *Mercants of Labour*, International Institute for Labour Studies, Geneva 2006, p. 217 ss.

<sup>149</sup> Si vedano in particolare i rapporti delle inchieste dall'*Environment, Food and Rural Affairs Select Committee* (<https://websearch.parliament.uk/>).

<sup>150</sup> Cfr. D. POLLARD, *The Gangmaster System in the UK: Perspective of a Trade Unionist*, in S. BARRIENTOS – C. DOLAN, *Ethical Sourcing in the Global Food System*, Abington – NY, 2006.

<sup>151</sup> T. BRASS, *Medieval Working Practices*, cit., p. 313 ss.

<sup>152</sup> Alla tragedia di Morecombe Bay è ispirata la pellicola *Ghosts*, diretto da Nick Broomfield nel 2006.

<sup>153</sup> Originariamente, l'autorità prendeva il nome di *Gangmaster Licensing Authority* (GLA).

<sup>154</sup> Cfr. E. GUILD - A. M. BARYLSKA, *Decent Work for Migrants? Examining the Impacts of the UK Frameworks of Gangmasters Legislation and Modern Slavery on Working Standards for Irregularly Present Migrants*, *Global Public Policy and Governance*, 2021, Vol. 1, p. 279 ss., disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1007/s43508-021-00015-w>.

<sup>155</sup> Cfr. *Explanatory Memorandum, Gangmasters (Licensing Conditions) Rules 2009*, § 7.2.

mantenimento delle licenze di chi intenda operare come *gangmaster o labour provider*<sup>156</sup>, ne fissa i costi a carico degli interessati<sup>157</sup>, procede al rilascio e alla revoca delle licenze<sup>158</sup>, conduce attività ispettiva preventiva e di controllo successivo sui soggetti che ne sono detentori<sup>159</sup>, curando altresì la tenuta del registro in cui quest'ultimi vengono iscritti.

Gli obblighi cui sono tenuti i titolari di licenza (e alla violazione di alcuni dei quali può essere disposta la revoca immediata dell'autorizzazione), sono individuati con precisione nei *Licensing Standards* sviluppati (e aggiornati) dall'Autorità. Tra questi, vi è quello di corrispondere ai *workers* il salario minimo o altro salario stabilito dalla legge, di pagare i contributi previdenziali ed eventuali indennità, di accordare un periodo di ferie pagate. È, inoltre, vietato ai *labour providers* di far pagare, sia direttamente sia indirettamente, un prezzo ai lavoratori per la loro intermediazione, di sanzionare il lavoratore che abbia accettato un impiego presso un altro datore, di tenere comportamenti violenti e discriminatori, di ostacolare l'iscrizione a una associazione sindacale. Nel caso sia prevista la fornitura di un alloggio, il *labour provider* deve garantirne l'adeguatezza e informare preventivamente il lavoratore dell'importo che questi dovrà pagare quale canone di locazione; se è previsto che l'intermediario si occupi del servizio di trasporto sui luoghi di lavoro, questi dovrà servirsi di un mezzo sicuro e affidabile.

In aggiunta alle funzioni che hanno connotato la sua attività fin dal principio, è importante evidenziare che spettano oggi alla GLAA anche i compiti di prevenire, accertare e reprimere (ai sensi del *Police and Criminal Evidence Act* del 1984) tutte le forme di sfruttamento nei settori considerati ad alto rischio (e, quindi, non solo negli ambiti originariamente coperti dal *Gangmaster Licensing Act*)<sup>160</sup> quali l'edilizia, la ristorazione, l'industria tessile, i servizi di pulizia e cura delle persone e, più recentemente, le attività commerciali degli autolavaggi e dei nailbars.

Proprio allo scopo di prevenire il lavoro sfruttato all'interno degli autolavaggi a mano – ambito in cui l'impiego di immigrati irregolari è particolarmente frequente in Inghilterra, data la totale deregolamentazione del settore che ne ha favorito l'apertura, anche temporanea, in aree urbane dismesse<sup>161</sup> – è stata sviluppata la *Safe Car Wash App* e,

---

<sup>156</sup> La legge definisce un *gangmaster* come chiunque, persona fisica o giuridica, fornisca negli ambiti individuati un lavoratore a terzi, indipendentemente se dal fatto se sia posto sotto il di lui controllo e se vi siano ulteriori intermediari, ossia impieghi il lavoratore nell'ambito di una propria attività che ricada tra quelle coperte dalla normativa: cfr. Sec. 3 *Gangmaster Licensing Act*.

<sup>157</sup> I soggetti interessati all'ottenimento di una licenza o al suo rinnovo sono tenuti al pagamento di licence fees proporzionali al volume di fatturato dell'impresa (da un minimo di 400 sterline a più di 2500 sterline), e al pagamento dei costi per le ispezioni da parte della GLAA (*inspection fees*), che possono superare le 2900 sterline.

<sup>158</sup> Come si apprende dai dati disponibili sul sito della GLAA, dall'anno della sua istituzione la GLAA ha revocato più di trecento licenze.

<sup>159</sup> L'elenco dei soggetti che annualmente sono oggetto di ispezione da parte della GLAA con esiti favorevoli è reso pubblico sul sito della Agenzia.

<sup>160</sup> Si deve al *Gangmaster Licensing Act* la previsione di ipotesi di reato, punibili anche con la detenzione, sia in capo agli intermediari che operano senza licenza, sia in capo a coloro che si avvalgano consapevolmente di lavoratori reclutati in violazione della legge.

<sup>161</sup> Secondo il Rapporto *Labour Exploitation in Hand Car Washes*, pubblicato nel 2018 a cura dell'*Office of the Independent Anti-Slavery Commissioner and the University of Nottingham's Rights Lab* (<https://www.antislaverycommissioner.co.uk/media/1238/labour-exploitation-in-hand-car-washes.pdf>), nell'ultimo decennio il numero degli autolavaggi a mano è cresciuto in modo esponenziale in Inghilterra, fino a occupare oggi il 70% dell'intero settore. Si tratta di attività commerciali sorte in spazi urbani dismessi come stazioni di carburante chiuse, parcheggi pubblici, parcheggi di supermercati, che sono gestite - e occupano - principalmente immigrati provenienti dall'Est Europa (per un'analisi del fenomeno, I. CLARK e T. COLLING, *Work in Britain's Informal Economy: Learning from Road-Side Hand Car Washes*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2018, p. 320 ss.) È interessante notare che anche in Italia, alcune recenti inchieste condotte in diverse regioni della penisola hanno portato alla condanna per caporalato di gestori di imprese di autolavaggio.

successivamente, sul modello di questa, nel 2020, la *Farm Work Welfare App*<sup>162</sup>, con il fine di dare visibilità e fornire informazioni sugli operatori provvisti di licenza nel settore agricolo nonché di agevolare la denuncia di situazioni di irregolarità da parte dei lavoratori.

### 6.2. *Cenni alla circolazione del modello inglese in Australia.*

Il modello autorizzatorio nato in Inghilterra è stato di recente esportato in Australia. Più precisamente, pur mancando una normativa federale in materia, tre Stati - Queensland<sup>163</sup>, Victoria<sup>164</sup> e South Australia<sup>165</sup>, nonché l'Australian Capital Territory<sup>166</sup> -, hanno adottato modelli di regolazione molto simili a quello di cui al *Gangmaster (Licensing) Act*.

Prima di riferire sinteticamente sulle discipline in questione, sembra necessario evidenziare le criticità scaturenti dall'assenza di regole valide per l'intero territorio australiano. Non è difficile immaginare, infatti, come ciò possa indurre i nuovi operatori a stabilirsi nelle regioni prive di regolamentazione in modo da evitare maggiori costi e controlli nello svolgimento della loro attività, come i soggetti collocati nelle regioni in cui è richiesto il rilascio di autorizzazioni ne subiscano uno svantaggio e come una simile situazione sia di intralcio alle relazioni transfrontaliere. D'altro canto, vi è da notare che, a dispetto di politiche sugli ingressi che sono particolarmente restrittive<sup>167</sup>, i fenomeni del reclutamento illecito di manodopera e dello sfruttamento dei lavoratori locali o di provenienza straniera, impiegati questi ultimi anche sulla base di permessi di lavoro o di studio stagionali oppure immigrati irregolari<sup>168</sup>, sono in realtà diffusi in modo piuttosto simile in tutto il Paese specialmente in taluni settori (ortofrutticolo, dell'allevamento, dei servizi di pulizia), e una disciplina uniforme gioverebbe a rendere il contrasto più efficace.

Quanto alle legislazioni approvate fino ad oggi, queste presentano vari punti di contatto<sup>169</sup>, che riguardano sia il sistema sanzionatorio (per lo più di natura penale a carico di chi svolga attività di intermediazione pur essendo sprovvisto dell'apposita licenza, e di quanti si rivolgano a soggetti non autorizzati), sia i requisiti cui la concessione della licenza è subordinata (per esempio, il fatto che l'aspirante non abbia riportato condanne penali nei dieci anni precedenti la richiesta o non sia stato dichiarato fallito o non sia stato destinatario di un provvedimento di revoca). Le differenze di disciplina concernono, invece, l'ambito di applicazione del regime delle licenze (che nel caso del *South Australia* è ristretto ad alcuni settori<sup>170</sup>, mentre negli altri casi opera senza distinzioni) e la durata della licenza (che nel caso del *South Australia* è a tempo indeterminato, mentre negli altri casi

<sup>162</sup> Trattasi di iniziative promosse nell'ambito della *Clever Initiative* (facente capo alla Chiesa d'Inghilterra), in collaborazione con la GLAA, la *National Crime Agency* e la *National Farmers' Union* (NFU).

<sup>163</sup> The *Queensland Labour Hire Licensing Act* (2017).

<sup>164</sup> *Labour Hire Licensing Act* (2018).

<sup>165</sup> *Labour Hire Licensing Scheme* (2017), emendato dal 'the Labour Hire Licensing (Miscellaneous Amendment Act' (2020).

<sup>166</sup> *Labour Hire Licensing* 2020.

<sup>167</sup> Per l'individuazione del populismo e della cultura del controllo tra le ragioni alla base della strategia particolarmente restrittiva del governo australiano nei confronti dei richiedenti asilo, si vedano J. MCKENZIE - R. HASMATH, *Deterring the 'Boat People': Explaining the Australian government's People Swap response to asylum seekers*, in *Australian Journal of Political Science*, 2013, Vol. 48, No. 4, p. 417 ss.;

<sup>168</sup> Si tratta di persone provenienti principalmente da Malesia, Indonesia, Thailandia, Cambogia e Vietnam.

<sup>169</sup> Per riferimenti più ampi, S. ARIYAWANSA, *A Red-Tape Band-Aid or a Solution? Lessons from the United Kingdom's Gangmasters (Licensing) Act 2004 for Temporary Migrant Workers in the Australian Horticulture Industry*, in *Australian Journal of Labour Law*, Vol. 30 (2017), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3054293>; A. FORSYTH, *Regulating Australia's 'Gangmasters' through Labour Hire Licensing*, in *Federal Law Review*, Vol. 47, 2019.

<sup>170</sup> La normativa si applica, infatti, a chi intenda svolgere attività nell'ambito di alcuni settori 'tradizionali' (orticoltura, lavorazione del pesce e della carne, servizi di pulizia), ma anche nell'ambito dei cd. *trolley collector jobs*, intendendo con ciò il lavoro di coloro che raccolgono i carrelli del supermercato dai parcheggi e da altre aree, e li riportano indietro o presso il deposito a fine giornata, svolgendo anche altri servizi accessori come la pulizia e la riparazione.

va da un anno a tre anni)<sup>171</sup>. Ancora, merita di essere evidenziato che solo all'interno dello Stato di Victoria è stata istituita una apposita autorità con compiti ispettivi e di vigilanza<sup>172</sup>, affidati questi, negli altri casi, a organismi preesistenti<sup>173</sup>.

## VII. CONCLUSIONI

L'intermediazione illecita nella fornitura di manodopera e lo sfruttamento dei lavoratori del settore agricolo sono fenomeni antichi che l'accresciuta e feroce competitività del mercato globalizzato, l'intensificarsi dei flussi migratori e la costruzione di reti criminali internazionali hanno reso sempre più acuti e drammatici, in Italia come in altre zone del mondo.

Realtà così complesse impongono la messa in campo di una strategia di contrasto multilivello, di cui l'indagine qui svolta ha cercato di dare conto. Spetta, infatti, prima di tutto alle fonti sovranazionali, internazionali e europee, di predisporre gli strumenti diretti a far convergere l'azione degli Stati sui medesimi obiettivi quanto alla tutela delle condizioni di lavoro e di vita dei braccianti agricoli, alla repressione di pratiche illecite di reclutamento e di impiego di forza lavoro, soprattutto migrante.

Per quanto riguarda il diritto interno, i dispositivi attivabili operano, come si è visto, su più fronti: agli strumenti predisposti dal diritto del lavoro e dal diritto penale, che scontano spesso problemi di effettività in una realtà, come la nostra, afflitta dal dilagare dell'economia informale, si affiancano misure preventive e promozionali della legalità che in taluni casi coinvolgono non solo enti locali ma anche attori privati, nel tentativo di dare vita a buone pratiche che possano imprimere un cambiamento nei rapporti di forza all'interno della filiera produttiva e indirizzare i consumatori verso la scelta di beni provenienti da catene di produzione al riparo da fenomeni di sfruttamento. Nel contesto italiano, inoltre, una doverosa attenzione si sta sempre più rivolgendo alle politiche di protezione e reinserimento sociale e lavorativo delle vittime.

Nel confronto con il diritto inglese, sono stati messi in luce le origini, gli sviluppi e (seppur limitatamente) la circolazione di un modello di contrasto al caporalato basato su uno schema di tipo autorizzatorio, incentrato cioè sulla concessione di licenze ai privati che intendano svolgere attività di intermediazione nel settore agricolo e in altri settori 'a rischio'. Presupposto per il funzionamento e la reale effettività di tale modello è l'esistenza di un sistema ispettivo trasparente e efficiente non solo quanto alla fase preliminare ma anche quanto a quella del controllo successivo sull'operato dei soggetti detentori di autorizzazione.

Al di là delle difficoltà che l'arginare i fenomeni allo studio incontra in concreto, resa tangibile dalla numerosità dei casi di pratiche illecite che, in entrambi i contesti, sfuggono alle maglie della legge, non si può trascurare di evidenziare come una seria battaglia al lavoro nero e sfruttato nel comparto agricolo non possa prescindere da un riequilibrio dei rapporti all'interno della catena del valore.

---

<sup>171</sup> Secondo la legislazione del Queensland, la durata della licenza è al massimo di un anno, mentre secondo la legislazione dello stato di Victoria la durata è massimo di tre anni.

<sup>172</sup> Trattasi della *LHL Authority* e del *Labour Hire Licensing Commissioner (LHL Commissioner)*, che hanno il compito di gestire il sistema delle licenze; di tenere il registro dei soggetti autorizzati; di sviluppare codici di condotta, di condurre ispezioni per indagare su sospette violazioni della legislazione.

<sup>173</sup> Nel Queensland, per la materia è competente l'Office of Industrial Relations; nel South Australia, il Department of Consumer and Business Services, mentre nell'Australian Capital Territory è competente il Labour Hire Licence Commissioner, di nomina ministeriale.

Sotto tale profilo, l'adozione della Direttiva europea sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare<sup>174</sup>, sebbene improntata al criterio dell'armonizzazione minima e non esente da difetti, costituisce un innegabile passo in avanti nella direzione di assicurare una giusta remunerazione per l'anello più debole della catena. Tanto più se, come è il caso dell'attuazione in Italia<sup>175</sup>, si è optato per un ampliamento dell'ambito di applicazione soggettivo<sup>176</sup> e per l'espresso divieto di alcune pratiche commerciali particolarmente pregiudizievoli come le gare e le aste a doppio ribasso e le vendite sottocosto<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare (GUUE L 111 del 25.04.2019). La Direttiva, che ha come destinatarie potenziali sia le imprese agricole, sia le imprese produttrici di alimenti o che semplicemente li commercializzano, fornisce un elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate, nel cui ambito si distingue tra pratiche commerciali sempre vietate (ricomprese nella c.d. 'blacklist') e pratiche commerciali vietate solo se non previamente concordate in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura o successivamente (rientranti nella cd. 'Greylist'). Per un primo commento della direttiva e del rapporto con la normativa italiana, rappresentata dall'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1 e s.m.i., relativo alla disciplina delle relazioni commerciali in materia di contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, cfr. L. RUSSO, *La Direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare: una prima lettura*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2019, p. 1419 ss.; sul tema anche IANNARELLI, *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, p. 3 ss.; con particolare attenzione al confronto con l'esperienza francese, A.M. MANCALEONI, *Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare e la tutela civilistica della parte debole alla luce della Direttiva UE 633/2019 e dell'esperienza francese*, in *Oss. dir. civ. comm.*, n.2/2020, p. 475 ss. Per un'analisi comparata degli interventi di recepimento negli Stati membri, si veda il volume di R. TORINO e A.M. MANCALEONI (a cura di), *Agrifood Market Regulation and Contractual Relationships*, in corso di pubblicazione presso RomaTre-Press.

<sup>175</sup> D. lgs. 8 novembre 2021, n. 198 (G.U. n. 285 Serie generale 41/L 30.11.2021)

<sup>176</sup> Mentre la Direttiva limita l'applicazione ai rapporti tra imprese purchè tra i fatturati di queste esista una apprezzabile differenza con riferimento a determinate soglie, da intendersi come indice di un significativo squilibrio di potere contrattuale (cfr. art. 1, par. 2, lett. a-e), la normativa attuativa italiana, invece, si applica "indipendentemente dal fatturato dei fornitori e degli acquirenti".

<sup>177</sup> Cfr. art. 5, lett. (a) e (b), D. lgs. 198/2021.



# NOMINAL AND PUNITIVE REMEDIES IN ENGLISH CONTRACT: THEORY AND DOCTRINE

*Nicolò Gaggero*

TABLE OF CONTENTS:

I. INTRODUCTION; II. THEORY III. DOCTRINE; IV. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCTION

It is assumed that legal theory can be distinguished from legal doctrine in that the former, rather than dealing with ‘the salient features of a municipal legal system’, addresses the underlying ‘recurrent issues’ about the nature of law in general or – by extension – of a particular legal issue.<sup>1</sup> However, the separation of theory and doctrine need not mean that the two should be insulated from each other. Rather, it would be desirable if doctrine informed theory to prevent the abstract concepts furnished from straying excessively for reality and, conversely, if theory informed the reform of doctrine, when necessary. The proper remedies for breach of contract – and, specifically, the proper role of nominal and punitive remedies – is a recurrent issue of contract theory, and therefore an opportunity to test the relationship between legal theory and doctrine.

In the realm of theory, one must first define nominal and punitive remedies, identify the differences between the two, and determine the possible forms which each may take. It is at the following stage – assessing when, if ever, nominal and punitive remedies should be available in contract – that theoretical disagreement as to the nature of contract becomes relevant, as different theories of contract assign a different scope to nominal and punitive remedies. On the proper scope of nominal damages, controversy aligns nicely with the conventional division between promissory and non-promissory theories; by contrast, the debate on the availability of punitive remedies is decidedly untidy, with similar theories diverging and radically different theories converging, ultimately introducing an additional element of complexity.

Subsequently turning to doctrine is of little use to resolving these theoretical controversies. As to nominal remedies, the common law has not yet regulated the hardest cases of breach of contract, nor has it fully removed uncertainty in easy cases, nor has it taken a conclusive view on nominal remedies other than nominal damages. Regarding punitive remedies, the traditional bar on punitive remedies may have been undermined by recent case law, presenting a two-fold challenge. First, one must assess whether the recent developments truly constitute departures from the general rule. Second, one must evaluate the merits of departing from the general bar, so that he may determine whether the departures are likely to be affirmed or undone by courts in the future. Thus, the juxtaposition of the theory and the doctrine of nominal and punitive remedies demonstrates that, whereas attention to doctrine may discipline one’s theoretical investigations, doctrine is sometimes incapable of

---

<sup>1</sup> The distinction is taken from Hart, who himself did not envision it as being between ‘theory’ and ‘doctrine’, but between innominate methodologies; instead, Hart uses ‘doctrine’ to refer to any individual concept, from Austin’s account of laws (‘properly so construed’) as commands to Hart’s own rule of recognition. Since, ‘doctrine’ has also been used to mean ‘legal dogmatics’, comprising the legal norms in effect in a given jurisdiction, as well as the structural devices created by academic and judicial commentary: see E Pattaro, ‘Legal Doctrine and Legal Theory’ in C Rovorsi (ed), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Springer 2005) 814-15. The latter definition is especially popular amongst contract theorists: eg, D Kimel, *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Bloomsbury 2003) 136 (‘contract law doctrine’). In this essay, ‘doctrine’ will be used in the latter sense and applied, in opposition to ‘theory’, to Hart’s distinction. On the distinction and the merits of upholding it, HLA Hart, *The Concept of Law* (3rd edn, OUP 2012) 3, 5-6

curing theoretical controversies; the difference between the law of nominal remedies and punitive remedies lies merely in how doctrinal systems of common law can reflect theoretical uncertainty – through silence or through dissonance.

## II. THEORY

### 2.1 *Definitions and taxonomy*

The chapter on punitive damages in Lord Burrows's textbook on private law remedies opens as follows: 'Punitive or exemplary damages are damages whose purpose is to punish the defendant for his or her wrongful conduct.'<sup>2</sup> Although it may seem, as first glance, that Lord Burrows's definition simply re-arranges the name of the remedy, it does more than that. First, Lord Burrows implies that the defining characteristic of different types of remedies is not their effect, but their purpose, and that the purpose of punitive damages, albeit opaque, is 'punishment'. On the ancillary question of what is meant by punishment, it may suffice for the present purposes to note that punishment has an expressive, a retributive, and a deterrent component: the objectives of punishment is to express disapproval, deal out retribution proportional to the wrongfulness of the offence, and deter future offences.<sup>3</sup> Such objectives are visible in the various expressions employed to refer to the damages in question – 'punitive damages',<sup>4</sup> 'penal damages',<sup>5</sup> and 'exemplary damages'.<sup>6</sup> Second, Lord Burrows discusses only punitive damages, seemingly implying that English law has no other punitive remedies. The explanation for this choice lies in the controversial concept of 'remedy'. Birks argues that the central concept of 'remedy' is 'a cure to something nasty', and that 'the only precondition... is a state of affairs which needs making better'. However, all five possible conceptions of 'remedy' identified by Birks seem, crucially, to presuppose a claimant: the broadest conception, which sees a remedy as 'an action, cause of action, or the law's configuration of the actionability of a claimant's story', appeals to the historical forms of action, which required an aggrieved claimant; narrower conceptions must also carry the same assumption. It seems no coincidence that 'remedy' is an expression unique, in common usage, to private law, nor that all examples of remedies noted by Birks are instances of restitution, compensation, or specific performance of an obligation. It therefore seems that there is an ulterior precondition: not only must the remedy cure something nasty, but it must do so for the benefit of a claimant.<sup>7</sup> Returning to punitive remedies, such awards must therefore both punish and – unlike the punishment inflicted by the criminal law – benefit the wronged party. Two forms of possible punitive remedies come to mind. One form is punitive damages, which inflict a punishment analogous to that inflicted by a fine but, unlike a fine, financially benefit the claimant. One might object, as noted by Lord Burrows, that 'punishment requires a state–individual relationship rather than being for one individual to demand against another', suggesting that 'punitive remedies' is an oxymoron.<sup>8</sup> Nonetheless, the required state-individual relationship is not lost when punitive damages are awarded, since it is legal authorities who decide whether the wrong warrants punishment and, then, the intensity of the punishment.

<sup>2</sup> A Burrows, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs* (4th edn, OUP 2019) 360.

<sup>3</sup> On the competition between the different purposes of punishment, ulterior 'constraining considerations', and the attempts to formulate a unified account, see, amongst countless others: HLA Hart and J Gardner, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd edn, OUP 2008); N Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values* (Routledge 1988); A von Hirsch and A Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (OUP 2005).

<sup>4</sup> Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997) Report No 247, para 5.39.

<sup>5</sup> *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (No 5)* [1998] 1 CMLR 1353, 1414 [157].

<sup>6</sup> *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] AC 1027 (HL) 1073 and subsequent case law.

<sup>7</sup> P Birks, 'Rights, Wrongs, and Remedies' (2000) 1 OJLS 1.

<sup>8</sup> Burrows (fn 2) 375.

Another objection starts from the view – taken by law-and-economics scholars – that all remedies pursue a deterrent objective,<sup>9</sup> and concludes that punitive damages are indistinguishable from compensatory damages. However, whereas the objective of punitive damages is exclusively to punish, the principal purpose of compensatory damages in contract may instead be to redress the claimant's disappointment by substituting performance of the primary obligation.<sup>10</sup> Importantly, even if a law-and-economics scholar may ultimately reject the substitution thesis, a preliminary glimpse into English doctrine demonstrates that the substitution thesis has been accepted.<sup>11</sup> Because retribution requires some degree of awareness on the defendant's part, and English defendants do not believe that compensation has a retributive purpose, compensation in England does not in fact deal out retribution. In England, punitive damages must hence be additional to any substitutionary remedy and be of a sufficient size to retribute and deter. Any other form of punitive remedy must take a non-pecuniary form, yet constitute a punishment and benefit the claimant. Once again, it is worth distinguishing between specific performance – which, like compensatory damages, is merely substitutionary – and a non-pecuniary obligation which goes further.<sup>12</sup> Hence, non-pecuniary punitive remedies are, in short, chores – clean the claimant's car, cook dinner for the claimant, and so on. Lord Burrows's decision to ignore punitive chores will be justified later on.

Finally, one can distinguish punitive remedies from nominal remedies. The purpose of nominal damages – says Lord Burrows – is 'merely to declare that the defendant has committed a wrong against the claimant and hence that the claimant's rights have been infringed'. In Smith's words, nominal remedies have an expressive function, like punitive damages, but lack the additional retributive and deterrent components.<sup>13</sup> In practice, the difference between punitive and nominal damages is one of magnitude: the former must be proportional to the wrongfulness of the defendant's conduct and sufficiently intense to deter it; by contrast, the latter must be symbolic but otherwise negligible. The question then turns – as with punitive remedies – to whether there are nominal remedies other than damages. Lord Burrows argues that a declaration that the defendant has committed a wrong, without any sum at all, should suffice and, further, that nominal damages are 'superfluous'.<sup>14</sup> This, it seems, is a misstep: nominal remedies are remedies, and must therefore benefit the claimant, even if that benefit is negligible; in some cases, the satisfaction enjoyed by the claimant and the embarrassment suffered by the defendant as a result of a declaration may satisfy the essential requirement of 'remedy'; however, in other cases, the benefit and burden deriving from the satisfaction and embarrassment may be not

<sup>9</sup> Eg, R Posner, 'A Theory of Negligence' (1972) 1 JLS 29.

<sup>10</sup> S Smith, 'Performance, Punishment, and the Nature of Contractual Obligation', (1997) 60(3) MLR 360. D Friedmann, 'The Performance Interest in Contract Damages' (1995) 111 LQR 628 esp 630. Kimel (fn 1) 93-94, 101. Whereas some argue that the categories of compensatory and substitutionary damages do not match exactly, it seems that the issue lies in differing notions of compensation; the better and more widespread view appears to be that of Kimel, for whom losses include lost expectations, such that compensation is congruent to substitution.

<sup>11</sup> *Robinson v Harman* (1848) 1 Exch 850, 855: 'where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed' (Parke B). *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507 (CA) 528: 'in the ordinary [compensatory] way, damages bear no resemblance to a criminal penalty' (Sir Thomas Bingham MR).

<sup>12</sup> See fn 10. Lord Burrows ignores any suggestion to the effect that specific performance has a punitive dimension, and may well be implying the opposite: see Burrows (fn 2) ch 22. Specific remedies are sometimes treated as separate from substitutionary remedies, and the issue there seems to be an improper adherence to the methodology of duty continuity: see S Steel, 'Compensation and Continuity' (2020) 26 Legal Theory 250. The better view seems to be that specific performance is not 'the very thing promised', and is thus a substitutionary remedy as well.

<sup>13</sup> Smith (fn 10) 372.

<sup>14</sup> Burrows (fn 2) 503, 377.

merely negligible, but entirely non-existent; in those cases, a token award of damages is necessary.<sup>15</sup>

## 2.2 *The normative debate on the remedies' proper scope*

Conventionally, contract theories are separated into promissory and non-promissory theories. The former posit, first, that contract is either a species or the equivalent of promise and, second, that promises – and thus contract as well – give rise to a content-independent reason for performing the promised act.<sup>16</sup> Agreement-based theories are assimilated to promissory theories, as both can be understood as constituents of a broader voluntaristic school of thought.<sup>17</sup> Voluntaristic theories accept, moreover, that promise and agreement are moral institutions, and that contract, being a legal institution, is affected by the ‘transformational’ features of legal systems generally – including ‘legal enforceability on its own’, some formulation of the rule of law and, arguably, systematicity – as well as the features of the particular legal system of which it is part – most notably, the accepted political morality.<sup>18</sup> By contrast, non-promissory theories reject the analogy between the morality of promise and the law of contract, either understanding contracts as evidence of pre-existing, non-voluntary obligations<sup>19</sup> or denying altogether the existence of contract as a body of law separate from tort.<sup>20</sup> Non-promissory theories, lacking the promise principle as the justification for recognising a legal obligation, must therefore appeal to non-promissory principles which may be moral or economic.<sup>21</sup>

Different promissory theories express different views on nominal and punitive damages. As a preliminary point on punitive remedies, one should dismiss punitive chores as a remedy, since it would be too discretionary for some conceptions of the rule of law, as well as too intrusive upon promisors’ freedom for modern political moralities. As to the more agreeable remedy of punitive damages, one may compare three theories of contract. Shiffrin argues that the law in general ‘should be compatible with the conditions necessary for moral agency to flourish’, that the morality of promise requires punishment for intentional breaches of contract, and that the divergence of contract law from the morality of promise would be undesirable, specifically criticising the economic doctrine of efficient breach.<sup>22</sup> By contrast, Kimel finds the distinctive value of contract – that is, the reason for recognising a legal equivalent to promise – to lie in enhancing freedom by facilitating detachment between parties. In Kimel’s paradigm of contract – the classical, arm’s-length, commercial arrangement – the moral quality of breach of contract is ‘entirely insensitive to fault’, such that the call for punishing wrongful breach on moral grounds is much weaker. Fault does

---

<sup>15</sup> The point will be illustrated later with reference to doctrine, comparing human rights claims and ordinary claims.

<sup>16</sup> The classical example is C Fried, *Contract as Promise* (HUP 1982), esp ch 2. Other examples, not discussed later, include N MacCormick and J Raz, ‘Voluntary Obligations and Normative Powers’ (1972) 46 *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes 59.

<sup>17</sup> S Smith, *Contract Theory* (OUP 2004) 43-44. However, agreement-based theories, unless formulated as strictly as done by Fried (fn 16) ch 4, risk drifting into evidential theories such as Atiyah’s.

<sup>18</sup> D Kimel, ‘The Morality of Contract and Moral Culpability in Breach’, (2010) 21(2) *King’s LJ* 213, 220. On the different formulations of the rule of law, see P Craig, ‘Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework’ (1997) PL 467; cf J Gardner, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General* (OUP 2012) ch 7-8. On systematicity, see Hart (fn 1) ch 2-3; cf R Dworkin, *Law’s Empire* (Bloomsbury 1986) ch 1, 4, 7.

<sup>19</sup> P Atiyah, ‘The Practice of Promising’ in *Promises, Morals, and Law* (OUP 1982). P Atiyah, ‘The Liberal Theory of Contract’ in *Essays on Contract* (OUP 1990).

<sup>20</sup> G Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio UP 1974) esp ch 4.

<sup>21</sup> Although the legal rules for which non-promissory and promissory theorists often converge. Eg, see R Craswell, ‘Promises and Prices’ (2012) 3 *Suffolk LR* 735, 738-79, 776 and C Fried, ‘The Ambitions of Contract as Promise’ in G Klass, G Letsas, and P Saprà (eds), *Philosophical Foundations of Contract Law* (2014) sec II.

<sup>22</sup> S Shiffrin, ‘The Divergence of Contract and Promise’ (2007) 120 *Harvard LR* 708, 712, 722-24, 730-33.

have a role in Kimel's remedial regime, but a more modest one: it is one amongst multiple factors to consider when deciding whether to order specific performance rather than compensatory damages. That is not to say that political morality plays no role in Kimel's theory. Far from it, the harm principle – understood in a broad sense to account for institutional harm – features prominently in the model, and generally bars punitive damages on the grounds that, since compensation is sufficient to redress the harm suffered by the claimant, punitive damages would curtail the promisor's liberty unnecessarily. One might even add that the need to quantify punitive damages would introduce significant uncertainty in contract, undermining its commercial value. Therefore, Kimel admits punitive damages, with hesitation, only in exceptional cases in which breach would undermine the public perception of contract, giving rise to institutional harm.<sup>23</sup> Lastly, Smith's paradigm of contract is as an instrument to protect both material (economic) and non-material (interpersonal) interests. Unlike Shiffrin, Smith argues that protecting non-material interests – like trust between parties – means encouraging promisors not only to act properly, but to act for the proper reasons in a legal system in which it is apparent that promisors who act properly do so for the proper reasons. In more practical terms, the prospect of punitive damages would constitute a selfish reason to perform contracts, frustrating the institution's bond-creating function. Smith rushes to distinguish between punitive and compensatory damages: both have a detrimental effect on non-material interests, but compensation is both necessary and sufficient to adequately protect parties' material interests, while punitive damages are not. Smith hence joins Kimel in supporting a general bar on punitive damages; however, unlike Kimel, Smith provides for a wider exception based on fault, arguing for punitive damages whenever parties 'deliberately attempt to avoid both their primary and their secondary contractual obligations' and, more tentatively, 'where the [deliberately] broken contract is for the transfer of a priceless good, but where it is not possible to order specific performance for pragmatic reasons'.<sup>24</sup> Smith's theory is hence an intermediate one, which is relatively similar to Shiffrin's model yet diverges from it, moving towards Kimel's fundamentally different paradigm.

There is no shared view on punitive damages on the non-promissory front, either. The non-promissory principles employed by contract theorists can be sorted, as Smith does, as either rights-based (those which seek to give effect to individual moral rights) or utilitarian (those which seek to maximise utility, broadly defined). Smith maintains that right-based approaches to determining the proper scope of punitive damages give rise to 'a genuine puzzle', and with good reason.<sup>25</sup> Stevens, for example, proposes a rights-based theory of tort, according to which the damages awarded are always substitutive of the right violated by the defendant; punitive damages are available when the defendant's conduct is so 'outrageous' than the infringement of the claimant's right exceeds the losses caused, justifying a non-compensatory but nonetheless substitutive award.<sup>26</sup> Subscribing to the death-of-contract theory, one may treat breach of contract as a tort, and hence argue for punitive damages for outrageous breaches. However, there is much applicative uncertainty surrounding 'outrage', and the scope of punitive remedies varies considerably depending on how strictly Stevens's model is employed. Most radically, Smith suggests that 'breach of contract is simply not serious enough to attract punishment', rejecting that punitive damages may have any place at all in a rights-based non-promissory model of contract. Smith's dismissive view is consistent with Atiyah's observation – in the context of his historical account of contract doctrine – that the decline of XIX century classical moral

---

<sup>23</sup> Kimel (fn 1) ch 2-4, esp 80. Kimel (fn 18) 221, 225-29. On the broader conception of the harm principle in the context of contract theory, see J Raz, 'Review: Promises in Morality and Law' (1982) 95(4) *Harvard LR* 916, 918-19, 933-38.

<sup>24</sup> Smith (fn 10) 368-70, 372-73, 375-76.

<sup>25</sup> Smith (fn 17) 46-47, 418-19.

<sup>26</sup> R Stevens, *Torts and Rights* (OUP 2007) esp 81-85.

principles and the rise of XX century pragmatism coincided with the gradual ‘whittling away’ of punitive damages;<sup>27</sup> Atiyah’s observation emphasises that punitive damages in contract depend on an outdated political morality, which can in hindsight be said to have been replaced by Kimel’s. Turning to utilitarian arguments, a further distinction must be made. Some legal theories, mentioned earlier, equate all remedies on the grounds that all deter inefficient conduct. As a result, there is an argument – which comes at the cost of abandoning the labels of ‘substitution’ and ‘compensation’, as well as employing a rather broad understanding of punishment – that the scope of punitive damages is all-encompassing. Other theories of private law, more moderately, retain the conventional label and argue that punitive damages, ordinarily construed, can be justified or rejected depending on whether they promote or hinder efficiency. Traditionally, such theorists have argued that, if one party would make a net gain from breaching the contract and compensating the disappointed party, committing breach is the more efficient option for both the defaulting party and society more generally, and that punitive damages would discourage such breach and thus lead to inefficiency.<sup>28</sup> However, the traditional understanding of efficient breach has been criticised for making unwarranted assumptions, such as the absence of transaction costs and the ability to effortlessly detect breach. Critics argue that few, if any, breaches are efficient, and that there is therefore plenty of room for punitive damages to operate according to rights-based rules.<sup>29</sup> Hence, non-promissory theories of contract resemble promissory theories in lacking a consensus on the ideal scope of punitive damages.

Turning to nominal remedies, the practical differences between subscribing to promissory and non-promissory theories of contract become more noticeable. Promissory theories recognise every promise – if truly consensual and if reasonably fair – as a binding contract,<sup>30</sup> therefore always require a residual nominal remedy to express disapproval for breach of such promises. (The nominal remedy is residual because, if a better remedy is available, the better remedy expresses disapproval, and there is no need for a nominal remedy.) Most controversially, promissory theories require nominal remedies even for breach of certain executory contracts which do not induce the promisee in suffering losses, nor give rise to a valuable expectation for the promisee, nor benefit the promisor. Objections to such awards conceal more fundamental objections to recognising all breaches of promise as legal wrongs – Atiyah, for example, is avowedly critical of the binding character of executory promises.<sup>31</sup> What is more troubling is, instead, Kimel’s statement, made in a discussion of punitive damages, that viewing contract as ‘enforcing the morality of promise-keeping for its own sake’ would ‘not only be illiberal and ill-advised on its own, but would also significantly undermine the propensity of contract law to fulfil the functions more commonly attributed to it’ and, hence, ‘the threshold for legitimate remedial responses to a breach can only plausibly be harm’.<sup>32</sup> If ‘enforcement’ and ‘response’ included awarding nominal remedies, Kimel’s position would be tantamount to Atiyah’s: Kimel’s political

<sup>27</sup> P Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (OUP 1979) 677-79.

<sup>28</sup> Law Commission (fn 4) para 1.72. US Restatement (Second) of Contracts (1981) ch 16, Introductory Note. R L Birmingham, ‘Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency’ (1969) Rutgers LR 273, 284-85.

<sup>29</sup> R Craswell, ‘Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach’ (1988) 3 S Cal LR 629, 636-38. D Friedmann, ‘The Efficient Breach Fallacy’ (1989) JLS 1, 6-7. J Goudkamp, ‘Exemplary Damages’ in G Virgo and S Worthington (eds), *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (CUP 2018) 328. R Posner, *Economic Analysis of Law* (9th edn, Wolters Kluwer 2014) 145-46. I Macneil, ‘Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky’ (1968) Va LR 947.

<sup>30</sup> Fried (fn 16) ch 3, which is especially critical of the doctrine of consideration.

<sup>31</sup> Atiyah, for example, objects to executory contracts: Atiyah (fn 27) 653-659, 755-64; Atiyah 1990 (fn 19) 126.

<sup>32</sup> Kimel (fn 18) 222-23, emphasis omitted.

morality, rather than complementing the morality of promise, would contradict the analogy between contract and promise entirely. Yet, there is an argument – beyond the desire to preserve the promissory character of Kimel’s theory – in favour of resolving the linguistic ambiguity to the effect of generally admitting nominal remedies. Kimel follows the troublesome statement as follows: ‘The imposition of remedial duties, on this view, would not be justified unless explicable as a means of preventing or redressing the harm associated with a breach.’ To allow certain breaches of contract to go entirely unrecognised – with no expression of disapproval, however negligible its practical effects – would generate institutional harm; because the effects of nominal remedies, unlike those of punitive damages, are so trivial that they may not even constitute harm, it appears that Kimel’s own harm principle requires nominal remedies. Ultimately, Kimel may thus be reasonably interpreted to be supporting a coherent promissory philosophy. By contrast, non-promissory theories see only some breaches of contracts as wrongs. If, as suggested by a rights-based approach, the wrong is moral, wrongful breaches must deserve the award of a residual nominal remedy. Admittedly, such breaches are likely to be those involving loss, entailing that the residual remedy would rarely operate in practice. If, as possibly suggested by an economic approach, wrongful breach is not also a moral wrong, there is no need for a nominal remedy (which, moreover, is by definition economically negligible). Therefore, nominal remedies have no place at all in utilitarian non-promissory theories, and a practically meaningful one only in some promissory theories. The implication is that, at least in relation to contract, there is no purely theoretical account which is both complete and uncontroversial, demanding – perhaps – a clarificatory intervention on the part of doctrine.<sup>33</sup>

### III. DOCTRINE

Given the law’s efforts to provide a complete regulatory framework, one expects doctrine to sometimes cure theoretical indecision: when there are multiple solutions to a case which are theoretically defensible and a legal authority finds itself regulating that case – through legislation or adjudication – the authority must somehow choose one option; the doctrinal choice may then provide an opportunity to meaningfully revise the theoretical disagreement and, perhaps, to resolve it at a theoretical level.<sup>34</sup> However, this doubt-resolving mechanism has two requisites. First, there must be a legal authority willing to regulate the controversial case; this requirement explains the continued uncertainty surrounding nominal damages. Second, the conduct of legal authorities must give rise to a coherent, intelligible doctrinal choice; this requirement explains the persistent doubt regarding punitive damages.

#### *3.1 Nominal remedies in English contract*

Despite the clear-cut difference between promissory and non-promissory views on nominal remedies, doctrine has not yet expressed a preference. Doubtlessly, courts sometimes award nominal damages. In *Omak Maritime Ltd v Mamola Challenger Shipping Co Ltd*, the owner of a ship elected to terminate a charterparty after the charterers committed a repudiatory breach. Because termination discharges the contractual obligations prospectively, the owner was entitled to sue the charterers for the contractual liability which had already accrued by the time the charterparty was terminated. However, the termination had allowed the owner to enter into a more profitable charterparty. Because there were no expectation losses, and

---

<sup>33</sup> On the broader thesis that no account of private law can be purely theoretical, and requires at least some reference to doctrine, as well as economic, social, and political inquiries, see G Alpa, ‘About the Methods of Studying Private Law: An Italian Perspective’ (2022) 23 German Law Journal 838.

<sup>34</sup> See Hart (fn 1) ch 5-6 and Dworkin (fn 16) ch 7.

reliance losses were unavailable to the owner, Teare J made a nominal award of damages.<sup>35</sup> In *Beswick v Beswick*, a businessman conveyed his business to his nephew in exchange for the nephew promising to pay, upon his uncle's death, an annuity to the uncle's wife; after the uncle died, the nephew reneged on his promise. Upholding the common law doctrine of privity, the House of Lords held that the wife, being a stranger to the contract, could not sue the nephew in her own name. Given that her husband – having died before the nephew could breach his promise – could not have suffered any loss, the House of Lords concluded that the wife could only sue in her husband's name for nominal damages.<sup>36</sup> Nevertheless, such judgments leave much unsaid. Foremost, the crucial point of theoretical controversy lies in whether nominal damages are available for breaches of contracts which cause no loss and no benefit – promissory theories, contrary to non-promissory theories, compel an affirmative answer. In this light, decisions such as *Omak* are immaterial: reliance losses were in fact suffered by the claimant, and the defendant hence committed both a promissory and a non-promissory wrong; it follows that Teare J's award of nominal damages is compatible with both theoretical schools of thought. An analogous argument can be made for *Beswick*, in which the nephew made a considerable gain in exchange for his promise. Indeed, the case-law-making power held by judges in systems of common law is casuistic, and can cure theoretical disagreement only if the right kind of claim is brought. For the present purposes, it is unlikely that the right kind of claim will ever be brought – both because the theoretical stalemate concerns a narrow set of cases and because, in those rare cases, the disappointed party does not have any meaningful incentive to sue – and one should expect to wait very long for the common law to cure the indecision. Nonetheless, one finds comfort in the realisation that the theoretical disagreement, being still unresolved, must be negligible.

There are two further instances of doctrinal uncertainty. First, the scope of nominal damages, being that of a residual remedy, always depends on both whether nominal damages are available (that is, whether the defendant's conduct is wrongful) and, importantly, whether a better remedy is available to redress the wrong. The most obvious, in this light, is whether recoverable loss was suffered and compensation is triggered. In addition, the House of Lords in *Beswick* ultimately refused to award nominal remedies on the grounds that they would have been 'inadequate', preferring to order specific performance. Further still, certain mechanisms have also developed to circumvent or disapply the common law doctrine of privity, enabling claimants like Mrs Beswick, even if not entitled to specific performance, to have their own losses compensated. Regardless of the merits of *Beswick* and the reform of privity, these developments integrate ulterior considerations in the test for awarding nominal damages. Crucially, the new considerations which have been established judicially tend to be difficult to apply. Inadequacy is a flexible notion, and has hence required further refinement by courts in the form of particular bars to specific performance – for example, when the remedy would cause disproportionate loss to the defendants and when specific performance would be a prolonged activity, requiring constant (and expensive) judicial supervision.<sup>37</sup> These refinements, while useful, are both developed casuistically, undermining predictability, and themselves rely on slippery concepts like proportionality. On the privity side, the 'transferred loss' exception comes with much uncertainty: in *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, Lords Clyde and Jauncey argued for a narrower formulation, while Lords Goff and Millett argued for a

<sup>35</sup> [2010] EWHC 2026 (Comm), [2011] Bus LR 212. On repudiatory breach, *Hong Kong Fir Shipping v Kawasaki* [1962] 2 QB 26 (CA). On the effects of termination, *Johnson v Agnew* [1980] AC 367 (HL) 392-93. On expectation and reliance losses, *Robinson* (fn 11); L Fuller and W Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages: 1' (1936) 1 Yale Law Journal 52; D McLaughlan, 'The Redundant Reliance Interest in Contract Damages' (2011) 1 LQR 23.

<sup>36</sup> [1968] AC 58 (HL).

<sup>37</sup> *Co-operative Insurance Soc Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1 (HL).

broader formulation, and Lord Browne-Wilkinson was open to both; because the facts of *Panatownn* did not require the House of Lords to come to an agreement on the preferable formulation, and no suitable case has since reached the House of Lords, it is still impossible to exactly know what the exception is.<sup>38</sup> It is no coincidence that Parliament has intervened, with sharper legislative language, in both specific performance<sup>39</sup> and privity.<sup>40</sup> A second instance of further doctrinal uncertainty concerns the role of alternative nominal remedies. Although case law has primarily focused on nominal damages, there is also evidence that Lord Burrows's argument – that mere declarations can fulfil the purpose of nominal damages – has been partially accepted by doctrine. The ECtHR has refused to award nominal damages on the grounds that a declaration already constitutes 'sufficient just satisfaction' to the injured party;<sup>41</sup> implementing the Law Commission's suggestion, domestic courts have adopted the same practice when issuing declarations of incompatibility under s 4 of the Human Rights Act 1998.<sup>42</sup> This is a reasonable application of theory: finding a person guilty of having infringed on another's human rights to such an extent to trigger the ECHR seems a sufficient embarrassment for the defendant to give the claimant some nominal satisfaction; by contrast, a mere declaration would seem insufficient on the facts of *Omak* and *Beswick*, justifying the award of damages. The question then turns on when, if ever, judgments in respect of claims made other than under the HRA manage to fulfil the expressive function of nominal remedies. Once again, case law is silent on the issue.

### 3.2 Punitive remedies in English contract

Before addressing punitive remedies themselves, one might note that other remedies have been recognised which resemble punitive remedies, but pursue a different purpose. One example is compensation for non-pecuniary loss, available when a major purpose of the contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind, or freedom from molestation, or when non-pecuniary loss has a sensory cause and is reasonably foreseeable.<sup>43</sup> Atiyah argues that 'the award of damages to a disappointed tourist for his "loss of happiness" appears to have been motivated by a desire to penalize the careless production of over fulsome holiday brochures, much as *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co* may have been inspired by a desire to discourage reckless or fraudulent advertising'.<sup>44</sup> However, Atiyah's interpretation flies in the face, first, of the rationes of the authoritative judgments – themselves logically coherent and normatively defensible – and, second, of the analogous award of aggravated damages in tort, aimed at compensating distress and grief.<sup>45</sup> Atiyah's scepticism is therefore better understood as the product of Atiyah's time, when case law compensating non-pecuniary loss was still scarce. Similarly, but less controversially, loss of a chance has been historically recognised to deserve compensation.<sup>46</sup> Another award which should be distinguished from punitive damages is liquidated damages to which the parties agreed before breach. Although liquidated damages may exceed the compensation otherwise payable, their origin in the parties agreement – as opposed to being decided by a legal authority – seems incompatible with the notion of punishment. In fact, damages clauses are arguably no more than a

<sup>38</sup> [2001] AC 518 (HL).

<sup>39</sup> Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, s 263.

<sup>40</sup> Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

<sup>41</sup> *Albert and Le Compte v Belgium* A 68 (1983), 13 EHRR 415.

<sup>42</sup> Law Commission and Scottish Law Commission, *Damages Under the Human Rights Act 1998* (2000) Report No 266/180, para 4.74. *Cullen v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] UKHL 39, [2003] 1 WLR 1763 [81].

<sup>43</sup> *Jarvis v Swan's Tours* [1973] QB 233 (CA), as developed by *Watts v Morrow* [1991] 1 All ER 937 (CA) and *Farley v Skinner* [2002] 2 AC 732 (HL).

<sup>44</sup> Atiyah (fn 27) 677.

<sup>45</sup> *Kralj v McGrath* [1986] 1 All ER 54 (QB).

<sup>46</sup> *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786 (CA).

conditional primary obligation, therefore not even a remedy.<sup>47</sup> To the contrary, Atiyah argues that damages clauses which neither party, before breach, wishes to be invoked, ‘cannot be justified as part of the bargained-for contractual price’; the justification must be ‘detering future breaches’.<sup>48</sup> Atiyah’s argument appears unconvincing. Every contractual term which imposes a duty or a liability or extinguishes a claim-right or a power is part of the consideration: a contract with a penalty clause is more valuable to the promisee than the same contract without the penalty clause. The fact that neither party wishes a penalty clause to be invoked – on which Atiyah placed much emphasis – is in reality immaterial for identifying what is part of the consideration: neither insurer or insured wishes the insurance to be paid, yet there is little doubt that the term stipulating payment of the insurance is part of the insurer’s consideration. Regardless, English law accounts for Atiyah’s concern through its penalty rule – that agreed remedies are effective unless they constitute a penalty in the sense of imposing a detriment to the defaulting party out of all proportion to the legitimate interest of the wronged party in the enforcement of the primary obligation.<sup>49</sup> Yet, precisely as Atiyah’s justification is objectionable, so too does the penalty rule attract criticism for unjustifiably restricting freedom of contract.<sup>50</sup>

Punitive damages are a controversial element of English contract law. The case most often cited for the general proposition that ‘no punitive damages can be awarded for breach of contract’ is *Addis v Gramophone Co Ltd*.<sup>51</sup> However, *Addis* need not stand for such a strong proposition: Goudkamp notes that only Lord Atkinson and Lord Gorell discussed punitive damages directly – while the others may have been referring to the similar, but distinct, remedies mentioned earlier – and, whereas the former concluded that no breach of contract deserves punishment, the latter limited himself to barring punitive damages for outrageous breaches of an employment contract.<sup>52</sup> Nevertheless, subsequent case law has employed a rather expansive interpretation of *Addis* to the effect that, by 2000, there was substantial case law of the Court of Appeal in support of a general bar on punitive damages.<sup>53</sup>

It is difficult to make sense of *Attorney-General v Blake*. The breach of contract in question was committed by a British spy which became a double agent for the USSR and then, in breach of his original contract of employment with the British Secret Service, published an autobiography revealing confidential consideration. The House of Lords, unaffected by the Court of Appeal’s unauthoritative case law, found that compensation would have been an inadequate remedy and that the claimant had a legitimate interest in preventing the defendant’s profit-making activity. Ultimately, the House of Lords ordered the

---

<sup>47</sup> S Worthington, ‘Penalties’ in G Virgo and S Worthington (eds), *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (CUP 2018).

<sup>48</sup> P Atiyah, ‘Freedom of Contract and the New Right’ in *Essays on Contract* (OUP 1990) 368-70.

<sup>49</sup> *Cavendish Square Holding BV v El Makdessi, ParkingEye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67, [2016] AC 1172. An analogous rule is the equitable remedy (for the defaulting party) of relief against forfeiture: *The Scaptrade* [1983] 2 All ER 763 (HL).

<sup>50</sup> More forcefully, Worthington (fn 47). More moderately, S Rowan, ‘The legitimate interest in performance in the law on penalties’ [2018] CLJ 148. Rowan attempts to rationalise the penalty rule as part of a doctrine of abuse of rights: S Rowan, ‘Abuse of Rights in English Contract Law: Hidden in Plain Sight?’ (2021) 84(5) MLR 1066. However, as noted by Rowan, such justification has not been openly recognised and, further, sits uncomfortably with the rather harsh individualism and consequentialism generally exhibited by English private law: eg, *Allen v Flood* [1895] 2 QB 21 (HL) 92 (‘the existence of a bad motive, in the case of an act which is not in itself illegal, will not convert that act into a civil wrong for which reparation is due’); *Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597, 606-8; *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (t/a Medirest)* [2013] EWCA Civ 200; [2013] BLR 265 [77]-[92].

<sup>51</sup> *Burrows* (fn 2) 360, citing [1909] AC 488 (HL). To the same effect, Law Commission (fn 4) para 1.112.

<sup>52</sup> Goudkamp (fn 29) 321-22.

<sup>53</sup> *Perera v Vandiyar* [1953] 1 WLR 672 (CA). *Kenny v Preen* [1963] 1 QB 499 (CA). In *McMillan v Singh* (1985) 17 HLR 120 (CA) punitive damages were awarded for breach of a covenant concerning land, while in *Warner v Clark* (1984) 134 NLJ 763 (CA) punitive damages were awarded in a tort committed while breaching a contract; however, *Burrows* (fn 2) 361 is sceptical of both rationes.

disgorgement of the Mr Blake's profits.<sup>54</sup> *Blake* presents a taxonomical difficulty. For Lord Burrows, disgorgement is a form of restitution for wrongs – that is, a remedy which compels the defendant to 'give up' the profits made through wrongdoing (as opposed to 'giving back' benefits improperly transferred by from the claimant to him, which constituted restitution for unjust enrichment). Lord Burrows goes on to say that 'punishment is a more extreme remedial response to a wrong than restitution', conceptualising disgorgement 'as a mid-position between compensation and punishment'.<sup>55</sup> This conceptualisation begs a question: if remedies for wrongs are placed along a spectrum – which starts with nominal remedies, followed by compensation, then restitution, then finally punishment – how does one draw the line between one remedy and the next and, more specifically, between restitution and punishment? Indeed, it is difficult to argue that the House of Lord's treatment of Mr Blake – a treacherous tattler who committed a very public breach of contract – was not motivated by a desire to punish him. Lord Hobhouse – the only Law Lord to address the taxonomy of disgorgement – dissented precisely because he saw the remedy sought as punitive, and hence inconsistent with the nature of contract law. His Lordship's interpretation of disgorgement is buttressed by the majority's dubious application to the facts of the law laid down: a central element in the majority's reasoning was that the remedies available to the claimant were inadequate; however, the Crown had a reasonable opportunity to request and injunction and prevent the publication altogether, but for some reason failed to pursue that option; from a claimant-centric perspective, the Crown's complacency entails that 'it has to be content with a remedy in [compensatory] damages'; disgorgement can hence only be justified as a means to punish Mr Blake.<sup>56</sup> Kimel, who equates disgorgement to punitive damages, is only able to tentatively justify *Blake* as an exceptional instance in which the institutional harm caused by the public breach – so profound, one might add, that it could not be redressed by a nominal remedy – 'perhaps' justified judicial intervention.<sup>57</sup> Even Lord Burrows notes that *Blake* is 'important' for punitive damages in that it recognises that 'a substantial monetary remedy that is non-compensatory is appropriate for a breach of contract'.<sup>58</sup> Contrarily, there is tension between disgorgement and the rights-based justification for punitive damages: the moral character of a wrong need not depend on the profitability of the wrong, therefore the punishment should not be wholly linked to profits. This may be the reason Lord Reed rejected Lord Burrows's continuum analysis: 'the impression that... damages for breach of contract and an account of profits are similar remedies at different points along a continuum... would be mistaken'.<sup>59</sup> Even utilitarian approaches to punishment – which would leap at the opportunity of removing the economic incentive to commit an inefficient breach – do not match the law laid down by *Blake*, which requires the claimant to have a legitimate interest in preventing the profit-making activity: first, because the claimant's legitimate interests are hardly relevant to the broader concerns of utilitarians and, conversely, there is no provision to ensure that disgorgement is available only for inefficient breaches; second, because 'legitimate interest' is a vague concept<sup>60</sup> which undermines parties' ability to predict the consequences of breach of contract and thus frustrates the disincentivising effect of disgorgement. Most radically, Lord Sumption has expressed scepticism over Lord Nicholls's leading judgment in *Blake*, leading Davies to

---

<sup>54</sup> [2001] 1 AC 268 (HL).

<sup>55</sup> Burrows (fn 2) 336-37, 343.

<sup>56</sup> *Blake* (fn 54) 293-99.

<sup>57</sup> Kimel (fn 18) 228-29.

<sup>58</sup> Burrows (fn 2) 361.

<sup>59</sup> *One Step (Support) Ltd v Morris-Garner* [2018] UKSC 20, [2019] AC 649 [90].

<sup>60</sup> J O'Sullivan, 'Repudiation: Keeping the Contract Alive' in G Virgo and S Worthington (eds), *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (CUP 2018) on 'legitimate interest' as applied in termination. Rowan 2018 (fn 50) on 'legitimate interest' throughout the law of contractual remedies. Both highlight the applicative uncertainty of the test.

argue that, beyond the narrow facts of *Blake*, ‘it seems very unlikely that an English court will disgorge a defendant of the profits made from a breach of contract’.<sup>61</sup> Therefore, if *Blake* is an attempt at introducing punitive damages in contract, it is rather flawed.

*One Step* is analogous to *Blake*. In that case, the Supreme Court dealt with the role of the hypothetical fee to which the parties of a breached contract would have agreed, before the breach, to release one party from the obligation which he subsequently breached. Beyond the tortious remedy of user damages, beyond the remedy established by Lord Cairn’s Act,<sup>62</sup> and beyond the evidential function which the hypothetical release fee may have for the purposes of quantifying ordinary compensatory damages, the Supreme Court agreed that the hypothetical release fee can constitute itself a remedy, available when the claimant suffers loss of the economic value of the right that has been breached, considered as an asset – for example, for breach of restrictive covenants over land, intellectual property agreements, non-negligible confidentiality agreements, and instances in which the defendant ‘takes something for nothing’. In effect, this restricted the scope of the remedy previously labelled ‘negotiating damages’.<sup>63</sup> Importantly, the Court presented the remedy – negotiating damages – as neither restitution nor disgorgement, but as a form of compensation, complementary to the ordinary one, concerned with the claimant’s non-financial interest in the observance of his rights.<sup>64</sup> Nevertheless, the test proposed by the Supreme Court is at best vague and at worst circular, attracting criticism.<sup>65</sup> One may therefore speculate whether negotiating damages may conceal a desire to punish default parties when ordinary compensation appears insufficient. In *Experience Hendrix* – decided between *Blake* and *One Step* and involving the old ‘negotiating damages’ – Mance LJ suggested that *Blake* represented a ‘new start in this area of the law’, implying a link between disgorgement and nominal damages, possibly with a punitive theme.<sup>66</sup> Whether doctrine has actually departed from the conventional bar on punitive damages – as a result of *Blake*, *One Step*, or both – is controversial, as courts have still not had the opportunity to fully digest the (relatively) recent developments.

The final doctrinal issue is the likelihood of English law departing – by either developing the recent case law or establishing entirely new authorities – from the bar on punitive remedies in contract. Inevitably, the question turns to the merits of the bar on punitive remedies. Beyond the theoretical debate discussed previously, there are two compelling doctrinal arguments which, starting from the peculiar features of English law, conclude that punitive damages should not be recognised in English contract specifically. The first is a labelling concern: ‘punitive damages, because their primary aim is punishment, confuse the role of the criminal and the civil law’ and undermine the structure of the English legal system. The second argument is that ‘(as under present criminal proceedings), the defendant should have the benefit of more protective procedures, evidential rules and rights of appeal if punishment rather than, say, compensation is in issue’.<sup>67</sup> It follows that the desire to punish certain defaulting parties should be satisfied by creating new offences, rather than denaturing contract law. In this sense, it is both instructive and admirable that unfair commercial practices, if engaged in by a trader to a consumer’s detriment, constitute

---

<sup>61</sup> P Davies, ‘One Step Backwards: Restricting Negotiating Damages for Breach of Contract’ (2018) 4 LMCLQ 433, 437. Although *Blake* was applied in *Esso Petroleum Co Ltd v Niad* [2001] All ER (D) 324 (Nov) (Ch), Lord Sumption’s obiter dictum in *One Step*, albeit strictly unauthoritative, is very likely to affect lower courts’ application of *Blake*.

<sup>62</sup> Now the Senior Courts Act 1981, s 50.

<sup>63</sup> Eg, *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc* [2003] EWCA Civ 323; [2003] 1 All ER (Comm) 830.

<sup>64</sup> *One Step* (fn 59) esp [30], [81], [90]-[96], [111].

<sup>65</sup> Davies (fn 61), esp 438-39.

<sup>66</sup> *Experience Hendrix* (fn 63) [16].

<sup>67</sup> Burrows (fn 2) 375.

an offence.<sup>68</sup> Conversely, the central doctrinal argument against the punishment-averse convention is that punitive remedies are recognised in all torts, if (i) constituting arbitrary, oppressive, or unconstitutional behaviour on part of a public official, (ii) calculated by the defendant to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant, or (iii) stipulated by statute.<sup>69</sup> Especially in light of death-contract theories, the argumentative burden shifts to traditionalists to either justify the different remedial regime in contract and tort or argue for the abolition of punitive damages in tort as well. Lord Burrows argues that the categories established by Lord Devlin in *Rookes* for punitive damages in tort ‘lack satisfactory rationale in principle or policy’.<sup>70</sup> Similar criticism can be found in Lord Wilberforce’s dissenting judgment in *Broome v Cassel*.<sup>71</sup> Hence, Lord Burrows concludes that new tests should be found for tortious punitive damages and, further, that sufficient deterrence concerns may exceptionally exist to justify punitive damages for breach of contract, appealing to Canadian case law.<sup>72</sup> Yet, it would be unfair to say that Lord Devlin’s controversial categories are completely unjustifiable: category (a) distinguishes between private persons and public officials because the latter’s status as a legal authority may reasonably bind him to more virtuous moral standards;<sup>73</sup> category (b) deals with cases in which, from a utilitarian perspective, it is necessary to counteract an economic incentive to misbehave; category (c) defers to the supremacy of Parliament. An ulterior doctrinal argument in favour of distinguishing between tort and contract is that the measure of compensatory damages in contract is often much greater than its tortious analogue. First, contractual duties are typically positive while tortious duties are typically negative, such that compensation for breach of contract extends to lost expectations while compensation for torts is usually limited to reliance losses.<sup>74</sup> Second, non-economic torts – like negligence, occupiers’ liability, product liability, liability for defective premises, and nuisance, as well as the relative vicarious liabilities – subject recovery of pure economic loss, if available at all, to narrow tests.<sup>75</sup> Although tort employs a more generous remoteness test than contract,<sup>76</sup> and deceit provides unusually generous compensation,<sup>77</sup> the contractual remedial regime remains preferable for claimants. Given that contract overcompensates claimants relative to tort, the need for punishment may therefore be lower than what it would otherwise be. An alternative open to traditionalists is to accept that tort and contract deserve identical treatment, but that the identical treatment should involve abolishing punitive remedies. The spirit of *Rookes* itself – as well as its emphatic affirmation in *Broome* – was to restrict punitive remedies; the reason the House of Lords

<sup>68</sup> Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Part 3.

<sup>69</sup> *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129 (HL), as interpreted by *Johnson v Unisys Ltd* [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518 [15] and developed by *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2001] UKHL 29, [2002] 2 AC 122.

<sup>70</sup> Burrows (fn 2) 374.

<sup>71</sup> *Broome* (fn 6) esp 1114.

<sup>72</sup> Burrows (fn 2) 377-78, citing *Whiten v Pilot Insurance Co* (2002) 209 DLR (4th) 257 (Supreme Court of Canada), in which the punitive damages amounted to \$1 million.

<sup>73</sup> On the two-fold proposition that law – through its officials – must claim legitimate authority, and that such claim – even if false – must be accepted, see J Raz, ‘Authority, Law, and Morality’ (1985) 3 *The Monist*, 295. See also J Raz, *The Morality of Freedom* (OUP 1988) ch 2-3.

<sup>74</sup> Burrows (fn 2) 38-39. The difference is illustrated in practice by liability for misrepresentations concerning a contract. Cf *Esso Petroleum v Mardon* [1976] QB 801 (CA) and *Dick Bentley v Harold Smith* [1965] 1 WLR 623 (CA). The difference shrinks when opportunity costs are recognised as reliance losses: *East v Maurer* [1991] 1 WLR 461 (CA); Fuller and Perdue (fn 35) 60.

<sup>75</sup> In negligence, *Commissioner for Customs & Excise v Barclays Bank* [2006] UKHL 28, [2007] 1 AC 181. On occupiers’ liability, Occupiers Liability Act 1957, s 1, and Occupiers Liability Act 1984, s 1. On product liability, Consumer Protection Act 1987, s 5(1) and *Muirhead v Industrial Tank Specialities* [1986] QB 507 (CA). On liability for defective premises, Defective Premises Act 1972, Preamble. On nuisance, *Network Rail Infrastructure v Williams* [2018] EWCA Civ 1514, [2019] QB 601.

<sup>76</sup> Cf *The Wagon Mound (No 1)* [1961] AC 388 (PC) and *The Heron II* [1969] 1 AC 350 (HL).

<sup>77</sup> *Smith New Court v Scrimgeour Vickers* [1997] AC 254 (HL).

refused to abolish them completely may be that drastically overruling case law is inconsistent with the common-law approach of incremental change.<sup>78</sup> Even *Kuddus*, which abolished the cause-of-action test, was primarily motivated – rather than the normative ambition of extending punitive damages – by a concern for coherence within tort, a dislike of the applicative difficulties of the cause-of-action-test, and scepticism towards the authorities presented in support of the cause-of-action test; in fact, the House of Lords was careful to implement the Law Commission’s recommendations and limit punitive damages to tort.<sup>79</sup> Therefore, there is ultimately no consensus – theoretical or doctrinal – regarding the proper role of punitive damages.

#### IV. CONCLUSION

Doctrine can sometimes inform theory so as to resolve controversies, but sometimes does not. Especially in systems of common law, issues which are trivial in practice – like nominal remedies – are unlikely to attract sufficient doctrinal attention to give rise to theoretically-relevant decisions. Conversely, practically significant issues may attract excessive, unstructured attention, as in the case of punitive damages. In both cases, the theoretical stalemate remains unaffected. Is the solution, then, to abandon the common law? Admittedly, its casuistic form of law-making may leave certain issues unresolved, and its conservative approach to the law may sometimes result in volatile outbursts of reform. However, it is precisely the casuistic outlook of the common law that allocates public resources – already scarce – to real-life adjudication rather than fun but otherwise sterile theoretical puzzles. Furthermore, the organic development of the common law is slow and requires the occasional false-step, but may not look like such a bleak prospect in comparison to the risk of foolish legislation which looms above. Most likely, the ideal arrangement lies somewhat in the middle: perhaps, statute should supplement the common law when in need for quick reform, sharp clarification, or consolidation; perhaps, it should be case law which supplements statute by interpreting its language and regulating any cases ignored by the legislator. The key, it seems, is balance: first, as to the respective roles of statute and case law; second, between theoretical curiosity and practical needs.

---

<sup>78</sup> See *Caparo Industries v Dickman* [1990] 2 AC 605 (HL) 617-18, 633-34.

<sup>79</sup> *Kuddus* (fn 69) [26]-[27], [38], [45], [89], [117]. Law Commission (fn 4) para 1.72. Whereas Goudkamp (fn 29) 326 interprets the Law Commission’s motivations to be driven by deference towards case law, he also rightly notes that the same deference was not afforded to the cause-of-action test; the suggestion is that the Law Commission is likely to have been motivated by normative reasons in excepting contract from the scope of punitive damages.