

Ringraziamenti

La scrittura di un libro non è, quasi mai, il prodotto del lavoro solitario del suo Autore, ma è spesso l'esito di un confronto culturale – e prima ancora umano – attraverso il quale le intuizioni iniziali possono guadagnare più solidi fondamenti.

Ciò vale soprattutto per il presente studio, che pur mirando a rimanere saldamente ancorato entro la scienza del diritto costituzionale, si è misurato con domini epistemologici rispetto ad essa apparentemente distanti.

Pertanto, desidero innanzi tutto sinceramente ringraziare i miei Maestri, per il paziente sostegno che in quindici anni non mi hanno mai fatto mancare.

Ma un sentito ringraziamento debbo anche a quanti mi hanno dedicato il loro tempo con critiche, osservazioni, occasioni di dialogo o suggerimenti bibliografici, che si sono rivelati preziosi e dei quali spero di aver fatto un uso adeguato: Daniele Amoroso, Chiara Bergonzini, Roberto Cherchi, Giovanni Coinu, Andrea Deffenu e Ilenia Ruggiu.

Introduzione

Quasi trent'anni fa, nello scrivere la postfazione alla traduzione italiana de *Il nomos della terra* di Schmitt, Emanuele Castrucci si chiedeva come pervenire a categorie concettuali capaci di dare conto delle trasformazioni epocali cui è soggetta la forma-Stato, senza incorrere nel rischio di adottare approcci astratti superati dalla realtà e, a un tempo, senza «abbassare la teoria alla mera registrazione dei fatti (vedi sociologismi e realismi empirici di vario genere)»¹.

L'inarrestabile processo di globalizzazione ha sottoposto a tensione le strutture portanti degli ordinamenti giuridici statali, dando luogo a fenomeni che sembrerebbero minare le fondamenta dello Stato costituzionale stesso, erodendone la sovranità. Come è stato lucidamente osservato, il diritto costituzionale è di per sé una «disciplina di frontiera»², perché si nutre del contributo epistemologico delle altre scienze umane, con le quali si combina dando luogo ad un intreccio che «diviene particolarmente evidente nelle fasi di instabilità, quando, cioè, la forza normativa del fatto assume, per i rami alti dell'ordinamento, caratteristiche del tutto peculiari»³.

Che la globalizzazione sia un problema che non può non riguardare il diritto

¹E. CASTRUCCI, *La ricerca del nomos*, postfazione alla trad. it. di C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano, 1991, p. 439.

²P. CIARLO, *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, p. 118.

Sulla natura del costituzionalista, come di un giurista che in ragione dell'oggetto dei suoi studi deve essere aperto alle altre discipline, si v., tra i molti, già J. BRYCE, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions*, in ID., *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901, p. 258: «The constitutional lawyer, however, must always, if he is to comprehend his subject and treat it fruitfully, be a historian as well as a lawyer. His legal institutions and formulae do not belong to a sphere of abstract theory but to a concrete world of fact. Their soundness is not merely a logical but also a practical soundness, that is to say, institutions and rules must represent and be suited to the particular phenomena they have to deal with in a particular country».

Più in generale, sulla necessità per i giuristi di mutuare strumenti conoscitivi dalle altre scienze sociali si v. M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1998, p. 305 s.; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003, p. 25 ss.

³P. CIARLO, *Intervento*, cit., p. 118 s.

costituzionale e i suoi teorici è affermazione auto-evidente, ove solo non si dimentichi di ricordare che «se oggetto della costituzione deve essere il potere, nessuna delle sue forme può logicamente sfuggire al contenimento e alla limitazione»⁴. Ciò vale non solo per il potere politico, ma anche per quello economico, che della globalizzazione costituisce uno degli aspetti forse più significativi.

Tuttavia, la letteratura *mainstream* appare o limitarsi ad una sterile osservazione e conseguente legittimazione dell'esistente, dando per acquisite e non più modificabili le trasformazioni avvenute, oppure si pone nei loro confronti in termini "apocalittici", limitandosi a sostenere argomentazioni "nostalgiche", rigidamente ancorate al perimetro degli Stati-nazione e radicalmente critiche nei confronti delle istituzioni economiche sovranazionali.

Da qui, nasce l'esigenza di una rinnovata attenzione dei costituzionalisti nei confronti di tali fenomeni e istituzioni, onde misurarne il grado di compatibilità con la funzione propria del costituzionalismo e con l'idea della politica come spazio del negoziato e della mediazione democratica, al contempo uscendo «dalla morsa soffocante "statalismo/antistatalismo"»⁵, che ha spesso permeato gli studi giuridici sulla globalizzazione, sterilizzandone analisi e conclusioni.

Questo libro intende rifuggire i vizi metodologici sopra evidenziati, a partire dall'abusata formula della "crisi dello Stato", che abbonda nella letteratura contemporanea ma che trova autorevoli riferimenti negli Autori dei primi del Novecento⁶, secondo cui lo Stato era ormai «un povero gigante scoronato»⁷. Non credo, invece, si possa parlare correttamente di "crisi" se con essa ci si intenda riferire a fenomeni ultradecennali, se non addirittura secolari, come anche la storiografia economica ha mostrato, quando ha individuato l'inizio della prima grande globalizzazione nel corso del diciannovesimo secolo⁸.

⁴M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996, p. 161.

Sulla limitazione del potere come «il più persistente e duraturo dei caratteri essenziali del vero costituzionalismo» si v. C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, p. 44.

⁵G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 21.

⁶Basti ricordare la famosa prolusione di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1910.

⁷G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in Id., *Opere*, vol. I, Milano, 1959, p. 5.

⁸K.H. O'ROURKE-J.G. WILLIAMSON, *When did globalisation begin?*, in *European Review of Economic History*, Vol. 6, n. 1, 2002, p. 23 ss.; K.H. O'ROURKE-J.G. WILLIAMSON, *Once more: When did globalisation begin?*, in *European Review of Economic History*, Vol. 8, n. 1, 2004, p. 109 ss.: «Is globalisation 50, 500 or 5,000 years old? Most economists take the 'big bang' view, and think globalisation happened very recently. Most historians also take the big bang view, but point to globalisation in the distant past, citing famous dates like 1492. [...] Instead, we argued that globalisation has evolved since Columbus, but that the most dramatic change by far took place in the nineteenth century».

Più che di crisi, pertanto, occorre parlare di trasformazioni di lungo periodo⁹. Quanto queste trasformazioni siano compatibili con il costituzionalismo democratico e, in particolare, con la funzione propria delle Costituzioni del secondo dopoguerra di «estendere l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dei tradizionali rapporti politici, strettamente intesi, [...] correggendo ed attenuando le conseguenze dell'assetto economico-sociale fondato sul principio della proprietà»¹⁰, è il quesito principale cui questo libro cercherà di fornire una risposta.

Si tratta, insomma, di far vivere le parole della politica democratica e del costituzionalismo davanti alle sfide dell'economia globale. Non meno di altre, forse più di altre, è questa la questione dell'oggi¹¹.

⁹ Secondo V. ANGIOLINI, *Sovranità e reciprocità (potere e libertà)*, in *Lo Stato*, n. 7, 2016, p. 42, non siamo di fronte a «una crisi degli Stati come fatti della storia», ma a «una crisi delle dottrine della sovranità, di cui i moderni studi politici, giuridici e costituzionali hanno contribuito a rivestire gli Stati stessi».

¹⁰ V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, n. 1, 1950, ora in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, p. 253.

¹¹ Cfr. P. CIARLO, *Il costituzionalismo dopo le costituzioni*, Nola, 2006, p. 13.

CAPITOLO I

Paradigmi della globalità: l'agire limitato delle istituzioni politiche

SOMMARIO: 1. L'economizzazione del mondo e il posto dello Stato-nazione. – 2. L'ascesa della *governance*. – 3. Ideologie del globalismo. – 4. La sovranità statale esiste ancora.

1. *L'economizzazione del mondo e il posto dello Stato-nazione*

La globalizzazione, intesa come fenomeno socio-economico, si fonda su tre paradigmi. Il primo è fattuale, il secondo è istituzionale, il terzo è ideologico.

Il paradigma fattuale costituisce il nucleo d'origine del fenomeno, ma ne è dibattuta l'esatta ricostruzione.

La prima letteratura aveva individuato i tratti salienti dei processi di globalizzazione nell'intensificazione delle relazioni sociali mondiali e nell'influenza che avvenimenti tra loro distanti esercitano sulla vita di ogni essere umano¹². Questa chiave di lettura, proposta nei primi anni Novanta e basata sulla rilevazione del dato fenomenico secondo cui l'interdipendenza globale fa sì che «gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa»¹³, non è apparsa, però, del tutto appagante, perché non

¹² Si tratta del c.d. effetto farfalla, secondo la formula coniata da Edward Lorenz nel 1972 nella relazione dal titolo *Predictability: Does the Flap of a Butterfly's Wings in Brazil Set Off a Tornado in Texas?*, presentata durante il meeting annuale dell'*American Association for the Advancement of Science*, ora in E. LORENZ, *The Essence of Chaos*, Washington, 1993, p. 179 ss.

¹³ A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, p. 71.

Parimenti troppo generica la definizione proposta da J. HABERMAS, *The Divided West*, Cambridge, 2006, p. 175: «By “globalization” is meant the cumulative processes of a worldwide expansion of trade and production, commodity and financial markets, fashions, the media and computer programs, news and communications networks, transportation systems and flows of migration, the risks generated by large-scale technology, environmental damage and epidemics, as well as organized crime and terrorism».

ne mette in luce il tratto più caratteristico, rappresentato dalla rivoluzione nel rapporto tra Stati e mercati¹⁴.

La dottrina successiva ha osservato come, nel suo significato più profondo, la globalizzazione sembrerebbe riecheggiare l'idea di una crescente autonomizzazione dei mercati globali rispetto alle politiche statali¹⁵: una vera e propria "frattura"¹⁶, che avrebbe affrancato il capitale dal controllo dei governi. Si è parlato in tal senso di un carattere autopropulsivo e non governabile dei mercati globali¹⁷.

È indubbio che si tratti di aspetti già presenti *in nuce* nel capitalismo, che non ha mai celato la propria vocazione globalizzante. Ma essa sarebbe stata destinata a rimanere incompiuta se non avesse goduto di due trasformazioni fondamentali, tra loro concatenate: l'affermazione del cyberspazio e la finanziarizzazione dell'economia.

Se nei primi anni del secolo scorso Georg Jellinek ricostruiva il concetto di sovranità statale in relazione al territorio, visto come la «sfera di dominazione delimitata nello spazio ed esclusiva»¹⁸, l'affermazione del cyberspazio¹⁹ ha sottratto al territorio il suo antico carattere di «abitazione della sovranità»²⁰. Lo spazio della globalizzazione non è di tipo fisico, ma uno spazio virtuale che vive in un presente «ipertrofico»²¹ di cui le nuove tecnologie sono al tempo stesso

¹⁴ Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 13 ss. Ancor prima, la tesi è a fondamento del libro di S. STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996, trad. it. *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna, 1998: «Mentre in passato gli stati erano padroni dei mercati, oggi su molti problemi cruciali sono i mercati a dominare i governi» (p. 23).

¹⁵ Ma si v., *contra*, M. LUPOI, *Il "diritto al presente" nel mondo "globalizzato". Riflessioni su un libro recente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2003, p. 554, secondo cui si tratterebbe di una «assolutizzazione di un particolarissimo momento storico, quella della deregolamentazione, che è già cessato perfino ove esso appariva quale dato strutturale. Ovunque la fonte legislativa, non – si noti – quella giurisprudenziale, ha ripreso la situazione in mano».

¹⁶ Cfr. R. SENNETT, *Something in the City: the Spectre of Uselessness and the Search for a Place in the World*, in *Times Literary Supplement*, 22 Settembre 1995.

¹⁷ Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, Cambridge-Oxford, 1998, trad. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, p. 67.

¹⁸ G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, p. 368.

¹⁹ Sia consentito rinviare diffusamente a M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012.

²⁰ L'espressione è di N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, p. 100.

²¹ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 7 ss.

fattore e prodotto²². Non pare dubbio che la globalizzazione raggiunga la sua più alta espressione in Internet²³. I diversi computer sono disseminati nel globo. Risiedono nei territori di quasi tutti gli Stati, eppure operano al di là di essi²⁴.

Il legame tra sovranità e territorio è ben ricavabile dall'etimologia stessa del termine: *territorium* deriva da *terreo* e non a caso, sin dal diritto romano, *ius terrendi* si trova usato come sinonimo di *ius imperii*, in quanto «il significato letterale di *territorium*, come la desinenza stessa rivela, è ambito di signoria»²⁵. Insomma, i confini (*limes, fines*) segnano le coordinate spaziali delle norme, che sono tali in un determinato tempo e luogo. Separano i luoghi, ne fissano la fine, individuano le cose. Circoscrivono le comunità che entro quelli vivono e operano: di un confine ogni società giuridicamente ordinata ha necessità. Viceversa, il cyberspazio – e la globalizzazione con esso – non ha confini territoriali. È sciolto dalla fisicità e, quindi, è tendenzialmente “s-confinato”²⁶. La comunità che vive e opera nel cyberspazio è la comunità globale.

La “sconfinatezza” territoriale ha portato molti Autori a ritenere in atto un processo di totale eclissi della sovranità statale²⁷. Non tanto perché gli Stati nazione appaiono «too big, too slow, and too geographically and technically limited to regulate a global citizenry's fleeting interactions over mercurial medium»²⁸, quanto perché il cyberspazio è utilizzato dai poteri economici per slegarsi dai limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*.

²² Cfr. G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole private*, Bologna, 2006, p. 192.

²³ Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, p. 253: «La globalizzazione, prima che economica e capitalistica, è tecnologica; è l'“agire tecnico” che sta diventando l'atteggiamento “globale” praticato, cioè, in ogni punto del globo».

²⁴ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 61: «Navigando in Internet – e bene fu rilevato lo sradicante lessico del mare –, non tocchiamo alcun approdo spaziale, ma soltanto risultati visivi o auditivi. Parole e suoni e figure, che non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telematico. Se approdo, per modo d'esempio, al 'sito' di una libreria, consulto sì un deposito di memoria, ma non mi trovo certo nella strada di una città reale. Lo spazio telematico si distende intorno alla terra come un sopra-mondo, un'epidermide, popolata di esseri intangibili, percepiti soltanto dal nostro occhio e dal nostro orecchio. Il 'navigante' non si sposta da un luogo all'altro, non lascia una terra per un'altra, ma si muove in un indefinito campo di energia. Il computer non è un mezzo per stare nel mondo. Il mezzo ha creato il proprio mondo, nel quale si può entrare o non entrare. Quegli, che valica il confine e ne percorre le rotte, è perciò diviso tra mondo e sopra-mondo, fra terra e spazio telematico, tra luoghi e non-luogo».

²⁵ T. PERASSI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, p. 103, nota 8.

²⁶ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 95 ss.

²⁷ Secondo H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, p. 171, «Land has become an 'old factor'».

²⁸ J. BOYLE, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 66, 1997, p. 177.

Per sostenere l'affrancamento dei poteri economici dal controllo degli Stati sogliono essere addotti molteplici argomenti.

In primo luogo, si è registrato il radicamento nel mondo della produzione della scienza e della tecnica²⁹, veri e propri “sistemi esperti”³⁰ che hanno la capacità di generare flussi di fiducia³¹, consentendo alle *corporations* di esercitare una propria azione in una dimensione transnazionale. Attraverso l'abbandono del sistema di produzione fordista, il passaggio ad un ciclo produttivo caratterizzato da un'accentuata flessibilità e la collocazione di unità produttive in diverse paesi, le imprese transnazionali hanno saputo rompere il vincolo fisico che le teneva avvinte a una dimensione del mercato controllabile dal potere statale³².

In secondo luogo, tutti riconoscono oggi che è anche grazie a Internet che la finanziarizzazione dell'economia ha ricevuto un forte impulso³³. L'ingresso del potere economico nel cyberspazio significa trasferire l'azione economica in un mondo in cui le distanze spaziali annichiliscono e il tempo è estremamente compresso, quasi irrilevante: la Rete «è l'infrastruttura della globalizzazione»³⁴. Una infrastruttura in cui i flussi finanziari circolano in modo istantaneo³⁵ e non dormono mai. Il venir meno dei legami territoriali consente alle *élite* dei mercati finanziari una pressoché totale libertà di movimento, che gli permette di non ricevere danno alcuno dalle conseguenze sociali del proprio operato³⁶, «in una combinazione agghiacciante e poderosa di impalpabilità e onnipotenza, non-fi-

²⁹ Così M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 39 ss.

³⁰ Cfr. A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 37: «Per sistemi esperti intendendo i sistemi di realizzazione tecnica o di competenza professionale che organizzano ampie aree negli ambienti materiali e sociali nei quali viviamo oggi».

³¹ Cfr. A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., p. 42, il quale intende la fiducia come il «confidare nell'affidabilità di una persona o di un sistema in relazione a una determinata serie di risultati o di eventi».

³² Cfr. P. BARCELLONA, *Quale politica per il terzo millennio?*, Bari, 2000, p. 63 ss.

³³ Cfr. S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., p. 155: «L'integrazione dei mercati finanziari è stata possibile grazie ai miglioramenti nei sistemi di comunicazioni; e la stessa integrazione finanziaria ha contribuito a questi progressi dotando le Telecom di ricchi clienti sicuramente in grado di pagare il prezzo di consistenti scambi internazionali di dati».

³⁴ E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, n. 1, 2017, p. 19.

³⁵ È frequente il richiamo all'immagine dell'operatore finanziario che, attraverso il semplice clic su una tastiera, trasferisce investimenti da un settore all'altro, decidendo con un solo gesto la vita di milioni di persone: cfr. P. BARCELLONA, *Quale politica per il terzo millennio?*, cit., p. 70.

³⁶ Cfr. G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 70, secondo cui mentre il mercato finanziario è divenuto estremamente volatile, «chi produce è costretto a recitare un ruolo di comparsa».

sicità e potere di determinare la realtà»³⁷. La territorialità nazionale viene così “bypassata” da *network* elettronici globali cui i mercati finanziari sono incorporati³⁸.

Si pensi, in questa prospettiva, al recente avvento delle monete virtuali, che non sono emesse da una banca centrale o da altra pubblica autorità e, per questo, costituiscono una minaccia per la sovranità monetaria degli Stati, che da sempre ha costituito la premessa «indispensabile per l'esercizio degli istituzionali compiti di iniziativa e di direzione della politica economica»³⁹. Un esempio tipico è il *bitcoin*, espressione con la quale si individua sia il sistema di emissione, caratterizzato dall'anonimato, sia la valuta che ne è il prodotto. Tale valuta non è garantita «da alcuna banca centrale o istituzione statale»⁴⁰ e pone seri problemi sia di regolazione che, soprattutto, di tracciabilità, anche a fini fiscali⁴¹.

Il discorso non viene però limitato al mercato finanziario, potendosi estendere anche a quello industriale, nel quale il fenomeno della transnazionalità dell'impresa si fonda sulla scissione tra il momento della direzione strategica, cui è riconducibile la maggioranza del capitale di rischio, e quello della produzione e dello scambio, dislocato in una pluralità di mercati nazionali. È proprio dalle differenze socio-economiche – ma anche e soprattutto giuridiche – che intercorrono tra essi, che le imprese transnazionali traggono vantaggio, separando i rischi dei

³⁷Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 23, che sottolinea, viceversa, l'asimmetria che così viene a crearsi tra i vincenti della globalizzazione e i perdenti, ossia coloro i quali restano legati a un territorio oramai incapace di attribuire un'identità».

³⁸Cfr. S. SASSEN, *Né globale, né nazionale: la terza dimensione dello spazio nel mondo contemporaneo*, in *il Mulino*, n. 6, 2008, p. 976, secondo cui i centri finanziari, che sono parte dei mercati finanziari globali, costituiscono «un diverso tipo di territorialità, allo stesso tempo incorporati dai grandi network elettronici e funzionanti come microstrutture localizzate per quegli stessi network. Questi centri si situano in territori nazionali, ma non possono essere visti semplicemente come nazionali nel senso storico del termine, e non possono essere neanche ridotti all'unità amministrativa che circoscrive il suolo (per esempio una città), e che è parte di uno Stato-nazione. Nel loro aggregato essi ospitano componenti significative del mercato globale, parzialmente elettronico, di capitali. In quanto località, sono denazionalizzate in modi specifici e parziali. In questo senso possono essere viste come costituenti degli elementi di un nuovo tipo di territorialità “multisita”, che si distingue nettamente dalla territorialità dello Stato-nazione storico».

³⁹B. INZITARI, *La moneta*, in B. INZITARI-G. VISENTINI-A. DI AMATO, *Moneta e valuta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. VI, Padova, 1983, p. 6.

⁴⁰N. MANCINI, *Bitcoin: rischi e difficoltà normative*, in *Banca Impresa Società*, n. 1, 2016, p. 117.

⁴¹Sul punto si v. R. HOLDEN-A. MALANI, *Why the I.R.S. Fears Bitcoin*, in *New York Times*, Jan. 22, 2018, secondo i quali «It is inconceivable that the government would simply accept enormous revenue losses from a larger underground economy and from tax dodges on trading profits. The only question is how heavy-handed the response would be».

diversi mercati «in rapporto alla convenienza che ciascuno di essi offre sotto i diversi aspetti delle risorse materiali o del costo del lavoro o del mercato dei capitali o del trattamento fiscale»⁴².

Su queste basi fattuali si è innestata la meta-narrazione che celebra l'economia come scienza autosufficiente, portatrice di valori non discutibili, e proietta una visione del mercato come *locus naturalis*, panacea per i mali dell'umanità. Nel mondo globalizzato, la crescita economica e l'efficienza nell'allocazione dei fattori della produzione non rivestono più un ruolo funzionale al pieno sviluppo della persona umana, ma sono valori in sé. L'uomo è tale in quanto *homo oeconomicus*⁴³, mero soggetto del traffico economico le cui scelte di consumo sono «immagini speculari e riflessi delle decisioni dei produttori»⁴⁴, in quella che una voce autorevole ha definito «la mercificazione della vita»⁴⁵. Sembra troppo facilmente dimenticato l'ammonimento di Max Weber, che diffidava di un mercato affidato all'autoregolazione, ove a prevalere è «la dignità della cosa e non della persona, non doveri di fratellanza e di pietà, non relazioni umane di cui le comunità umane siano portatrici»⁴⁶. Nel mondo economizzato, fondato sull'ideologia predominante del globalismo di mercato⁴⁷, quei doveri sono privi di effettività, perché la dimensione sociale contraddistinta dalla solidarietà reciproca e da un comune senso di responsabilità viene sostituita da una dimensione economica che ci consegna una terra esclusivamente «regolata dalla voracità acquisitiva»⁴⁸.

⁴² F. GALGANO, *Globalizzazione e conglomerazione*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2006, p. 73 ss.

⁴³ Secondo S. CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012, p. 10, l'espressione designa, quanto meno in via di prima approssimazione, «un soggetto caratterizzato da una qualche forma di egoismo razionale». Un essere non solo razionale, ma “super razionale”, ovvero capace, secondo l'ironica considerazione di J. STIGLITZ, *Freefall. America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, New York, 2010, trad. it. *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, 2013, p. 361, «di utilizzare statistiche complesse e dati storici per fare le migliori previsioni possibili per il futuro. Ironia della sorte, neanche gli economisti che ritenevano gli altri capaci di queste previsioni sono riusciti a farle».

⁴⁴ G. DI TARANTO, *La globalizzazione diacronica*, Torino, 2013, p. 103.

⁴⁵ P. BARCELLONA, *Quale politica per il terzo millennio?*, cit., p. 69, che registra una scissione tra i bisogni elaborati dalla comunità e la produzione, il cui esito finale (p. 127) sarebbe l'assorbimento della società ad opera della «megamacchina dell'economia e della tecnica». Dello stesso A. si v. *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*, Roma, 1993, p. 11, ove si nota che nell'economia globale il sistema delle imprese pretende di porsi come «l'unico soggetto capace di rispondere a tutti i problemi della società».

⁴⁶ M. WEBER, *Economia e società*, Vol. I, (1922), Milano, 1968, p. 620.

⁴⁷ M.B. STEGER, *Globalization. A Very Short Introduction*, Oxford, 2013, trad. it. *La globalizzazione*, Bologna, 2016, p. 106: «Il globalismo di mercato è indubbiamente l'ideologia predominante della nostra epoca».

⁴⁸ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 190.

La stessa *lex mercatoria* rappresenta, oggi, un qualcosa di molto diverso dalla sua antesignana di stampo medievale: non costituisce più «un corpo di misure giuridiche elaborate dalla tradizione del mondo commerciale e che esprime usi e consuetudini; diventa anzi piuttosto il suo contrario, ossia un universo normativo estremamente mobile, soggetto a continue manipolazioni e ritocchi che sono paralleli alla estrema mobilità del mercato»⁴⁹.

La *lex mercatoria* globale è un insieme variegato di misure giuridiche paragonabili elaborate da giuristi d'impresa⁵⁰, sempre mutevoli in quanto conformi alla dinamicità che contraddistingue le transazioni economiche transnazionali. È un diritto che mira a superare le residue barriere giuridiche statali che intersecano il mercato globale, una volta che i singoli mercati settoriali si sono spogliati dei loro limiti territoriali. Più che un diritto globale in senso stretto, è un diritto transnazionale⁵¹, «creato dal ceto imprenditoriale, formato da regole destinate a disciplinare, in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati»⁵². Essa costituisce la diretta conseguenza dell'evoluzione dell'organizzazione aziendale dell'attività d'impresa, non più localizzabile all'interno di un solo Stato, ma articolata su scala globale. È il modello delle «imprese multinazionali o transnazionali il cui potere organizzativo attraversa i confini degli Stati»⁵³, e che oggi tende ad estendersi anche alle medie e piccole imprese, le quali sono portate a svilupparsi «su scala societaria multinazionale»⁵⁴.

Secondo la letteratura *mainstream* la *lex mercatoria* rappresenterebbe un sistema normativo autonomo, contenente sia regole di condotta, che meccanismi di *enforcement*⁵⁵. Un sistema che non poggerrebbe sulla sovranità statale, che

⁴⁹ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 50.

⁵⁰ Quelli che Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, 1997, ha chiamato i «mercanti del diritto».

⁵¹ Cfr. G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World*, in ID., *Global Law without a State*, Aldershot, 1997, p. 3, che tuttavia sovrappone i due concetti: «Lex mercatoria, the transnational law of economic transactions, is the most successful example of global law without a state».

⁵² F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, (1993), 2001, p. 238.

⁵³ F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, p. 145 s.

Un esempio può essere facilmente tratto dal settore automobilistico. Fiat Chrysler Automobiles N.V., nota come FCA, è un'azienda italo-statunitense di diritto olandese, con sede legale nei Paesi Bassi e domicilio fiscale nel Regno Unito, che possiede insediamenti produttivi in Stati Uniti, Canada, Messico, Venezuela, Brasile, Argentina, Polonia, Italia, Turchia, India, Serbia e Cina.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2011, p. 199.

sarebbe frutto esclusivo dell'autonomia contrattuale dei soggetti economici⁵⁶, ma che nondimeno mostrerebbe una normatività proveniente «dall'esistenza di specifiche norme di condotta e di contenuto»⁵⁷. Se già nell'Ottocento essa manifestava forti tensioni nei confronti degli ordinamenti statali⁵⁸, «in nome delle esigenze di un ceto sociale che si fa regolatore e non suddito»⁵⁹, oggi viene comunemente ritenuta uno dei fenomeni più espressivi del mutato rapporto tra Stati e mercati⁶⁰, della nascita e progressiva estensione di un sistema normativo "liquido"⁶¹. Tale sistema, infatti, finirebbe per imporsi agli ordinamenti giuridici statali in forza di una forma di auto-validazione, tale da obbligare questi ultimi «al riconoscimento paradossale di un diritto dettato dalle regole economiche»⁶².

Tuttavia, molte di queste valutazioni appaiono eccessive.

Innanzitutto non sembra affatto vero che la fine dello Stato-nazione sia ormai prossima, né appare pienamente convincente sostenere che la globalizzazione economica, o la sconfinatazza territoriale di Internet⁶³, abbiano definitivamente eroso la sovranità statale, rendendola, come spesso forse superficialmente si dice, un vuoto simulacro. In numerosissimi settori, infatti, la sovranità statale è intatta, così come intatte sono gran parte delle funzioni che di essa sono espressione.

⁵⁶ Cfr. E. PARIOTTI, «Soft law» e ordine giuridico ultra-statale tra «rule of law» e democrazia, in *Ragion pratica*, n. 1, 2009, p. 90, secondo cui la *lex mercatoria* è il «risultato di una produzione normativa che procede, per così dire, dal basso, secondo la logica che ispira quei medesimi attori la cui condotta il diritto è chiamato a regolare, verso l'alto (il riconoscimento da parte dello stato e da parte degli organismi o delle organizzazioni internazionali)».

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr., in senso critico, W. BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England*, Vol. I, New York, 1838, p. 52, nota 13: «The *lex mercatoria*, or the custom of merchants, like the *lex et consuetudo parlamenti*, describes only a great division of the law of England. [...]. But the expression has frequently led merchants to suppose that all their new fashion and devices immediately become the law of the land; a notion which, perhaps, has been too much encouraged by the courts. Merchants ought to take their law from the courts, and not the courts from the merchants; and when the law is found inconvenient for the purpose of extended commerce, application ought to be made to parliament for redress».

⁵⁹ F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, cit., p. 640.

⁶⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, p. 109, secondo cui «lo sviluppo di questo tipo di diritto costituisce uno dei maggiori fattori di attenuazione della funzionalità del "sistema Vestfalia" e, in particolare, del regime di prevalenza della sovranità degli Stati su ogni altro centro organizzativo».

⁶¹ G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012.

⁶² G. MESSINA, *Diritto liquido?*, cit., p. 251.

⁶³ Sul punto, per una confutazione dell'idea ricorrente secondo cui gli Stati avrebbero perso la capacità di regolare il cyberspazio, si v. M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, cit., p. 33 ss.

Si pensi, ad esempio, al potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti nei confronti delle imprese transnazionali, nonché al sindacato giurisdizionale interno che ne può derivare.

La pretesa normatività della stessa *lex mercatoria* poi, in tanto sussiste, in quanto un ordinamento giuridico la riconosca⁶⁴. Nell'ordinamento italiano questo riconoscimento è avvenuto non di fatto, o per un'irresistibile forza propria, ma in virtù di una risalente decisione della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui la *lex mercatoria* è composta da «regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati»⁶⁵, che danno luogo a un diritto transnazionale che si fonda sulla «adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente»⁶⁶.

È vero, invece, che «l'economia, e cioè oggi il rapporto tra creditori e debitori che, mediante il gioco della moneta, governa e orienta l'intero processo economico mondiale, non può nella realtà sostituirsi a ed assorbire la politica (e cioè il governo della intera società, che non è e non può essere ridotta a realtà meramente economica)»⁶⁷. Pertanto, più che a un'agonia della sovranità politica stiamo assistendo a una difficoltà degli Stati a governare singolarmente e in maniera effettiva le dinamiche economico-finanziarie⁶⁸ e quindi, ancor più che in passato, assumono un ruolo di primo piano quelle istituzioni economiche sovranazionali che sono, però, il prodotto della cooperazione delle entità statali stesse. Né può sottovalutarsi il ruolo attivo svolto dai governi nel facilitare l'apertura dei mercati nazionali, attraverso «forme coordinate di riduzione delle barriere al commercio internazionale costituite da dazi, quote, standard e regolamenti imposti»⁶⁹.

⁶⁴ Cfr., tra gli altri, J.-B. AUBY, *Globalisation, Law and the State*, Oxford-Portland, 2017, p. 49: «the theory of an 'a-national', 'stateless' law governing international trade sidesteps the fact that the factors on which the theory of *lex mercatoria* is founded can only take effect on the basis of state regulations which make them possible or make them sustainable in the long term».

Contra G. TEUBNER, *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine systemtheoretische Kritik der théorie ludique du droit*, 1998, ora in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 24, secondo cui la *lex mercatoria* sarebbe un vero e proprio diritto positivo, sia in senso sociologico che in senso giuridico.

⁶⁵ Cass., Sez. I civ., 8 febbraio 1982, n. 722.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ G.U. RESCIGNO, *Moneta e Stato*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2017, p. 332.

⁶⁸ Cfr. A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, p. 73 s., il quale tuttavia ritiene (p. 71) che «l'idea di sovranità nazionale, di fronte alla sofisticazione estrema delle attuali tecnologie militari [...] appare – anche per i costi altissimi della ricerca in questo campo – un'ingenua utopia». Si tratta, tuttavia, di un argomento che prova troppo, considerato che la più devastante di queste tecnologie – la bomba nucleare – è a disposizione dalla fine della Seconda guerra mondiale.

⁶⁹ R. PEDERSINI, *Globalizzazione e politiche commerciali. Non solo deregolamentazione*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2017, p. 105.

Ne consegue che soltanto in un certo senso «i governi e i parlamenti nazionali, sia pure in misura *assai diversa* da Stato a Stato, hanno in effetti un potere limitato»⁷⁰, ovvero laddove intendano adottare orientamenti di politica economica in contrasto con gli impegni assunti nell'ambito delle istituzioni sovranazionali o in maniera dissonante con le dinamiche globali. Ma ciò non significa che la globalizzazione imponga una scelta «tra sovranità *sì o no*, come spesso si dice»⁷¹. La scelta, al contrario, è sul modello di cooperazione interstatale che si vuole perseguire, dal quale passa non già la persistenza, ma la rinascenza degli Stati-nazione.

2. *L'ascesa della governance*

In questo contesto si è innestato il secondo paradigma, quello istituzionale. In forza di esso il diritto non è rimasto insensibile, ma ha assunto nuove forme.

Si è assistito sia a una accentuata flessibilità del linguaggio giuridico, che ha in parte perso la rigidità tipica della grammatica del diritto legislativo di matrice europea⁷², sia al fenomeno della pluralizzazione dei centri di produzione normativa e della loro contestuale privatizzazione, in conseguenza della più accentuata porosità che esso presenta rispetto agli interessi dell'economia transnazionale. L'esempio principale è fornito dalla produzione di regole transnazionali, prevalentemente non vincolanti, recepite dagli Stati attraverso le Autorità amministrative indipendenti nazionali⁷³, che priva i Parlamenti «di un controllo anche indiretto sulle modalità di recezione di regolazioni internazionali negli ordinamenti interni»⁷⁴. Si pensi alle raccomandazioni in tema di disciplina antiriciclaggio, o a quelle in tema di strumenti finanziari, oppure – ancora – agli standard internazionali nel settore agro-alimentare⁷⁵.

A monte, la relativizzazione dei sistemi giuridici occidentali ha compiuto un salto di qualità con l'affermazione dei modelli di *governance*.

⁷⁰ C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 2015, p. 85.

⁷¹ C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 2144.

⁷² Cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, p. 38 ss.

⁷³ Spesso attraverso l'esercizio di poteri normativi "di fatto": sul punto E. GROSSO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" alle Autorità Amministrative Indipendenti*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, p. 70 ss.

⁷⁴ F. CAFAGGI, *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato: un'introduzione*, in ID. (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2016, p. 31 s.

⁷⁵ Sul tema si v. D. BEVILACQUA, *L'impatto del diritto globale sulla regolazione interna del settore agro-alimentare*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, cit., p. 135 ss.

Governance è un termine ormai di uso comune, spesso promiscuo⁷⁶, polisenso⁷⁷, con il quale generalmente sogliono indicarsi processi normativi per mezzo dei quali le deliberazioni vengono adottate attraverso la contestuale partecipazione di attori istituzionali e non istituzionali, di soggetti pubblici e privati, che danno vita a *network* decisionali paralleli a quelli classicamente ascrivibili al *government*⁷⁸. Difatti, le istituzioni statali figlie dell'illuminismo giuridico – in primo luogo quelle strettamente legate alla democrazia rappresentativa, come i Parlamenti – non vengono completamente esautorate, ma inserite in una nuova dimensione, in una competizione contrattata (*bargaining*) con le istituzioni *altre*. Accanto alle prime, quali espressioni dell'oggettivazione in forme costituzionalmente definite del processo di integrazione politica⁷⁹, si pongono nuovi attori⁸⁰:

a) organizzazioni private che «funzionano come nuclei di società civile transnazionale»⁸¹, in quanto agiscono come gruppi di pressione nei confronti dei decisori pubblici⁸²;

b) tecnici ed esperti nei diversi settori materiali oggetto del singolo processo

⁷⁶ Si v. J. FINKELSTEIN, *What is Global Governance?*, in *Global Governance*, Vol. 1, N. 3, 1995, p. 368: «we say “governance” because we don't really know what to call what is going on»; R.J. ROTBERG, *Good Governance Means Performance and Results*, in *Governance. An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, n. 3, 2014, p. 511 ss.; H. LEVI-FAUR, *From “Big Government” to “Big Governance?”*, in A. NARLIKAR-M. DAUNTON-R.M. STERN (ed.), *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, Oxford, 2012, p. 3: «Governance is said to be many things, including a buzzword, a fad, a framing device, a bridging concept, an umbrella concept, a descriptive concept, a slippery concept, an empty signifier, a weasel word, a fetish, a field, an approach, a theory and a perspective».

⁷⁷ P. BILANCIA, *Governance*, in AA. VV., *Diritti Umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione. Dizionario*, Vol. I, Torino, 2007, p. 668.

⁷⁸ Cfr. R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1, 1999, p. 3: «Attualmente si ricorre a *governance* soprattutto per indicare un nuovo stile di governo, distinto dal modello del controllo gerarchico e caratterizzato da un maggior grado di cooperazione e dall'interazione tra lo stato e attori non-statali all'interno di reti decisionali miste pubblico/private»; R.A.W. RHODES, *Understanding Governance: Ten Years On*, in *Organization Studies*, Vol. 28, N. 8, 2007, p. 1246: «In sum, *governance* refers to governing with and through networks».

⁷⁹ Su questi concetti G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 20 ss.

⁸⁰ Utilizzo la classificazione proposta da M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, p. 32 ss., ma si v., ancor prima, M. SHAPIRO, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 8, N. 2, 2001, p. 369 ss.

⁸¹ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 33.

⁸² Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 110.

decisionale, ovvero quello che è stato definito un “micromanagement burocratico pervasivo”⁸³;

c) imprese transnazionali e, più in generale, «signori del *global market* che partecipano ai processi di *governance* per salvaguardare i propri interessi»⁸⁴.

L’allargamento degli attori legittimati a intervenire nei processi decisionali produce diverse conseguenze ordinamentali.

La prima è la rappresentazione di interessi particolari sullo stesso piano dell’interesse pubblico, che si traduce in una commistione tra pubblico e privato del tutto inedita⁸⁵. Nel modello di *government*, infatti, gli interessi vengono selezionati e promossi attraverso i filtri della democrazia rappresentativa, che li media e li bilancia⁸⁶. È, questa, l’idea liberale del parlamento quale sede della rappresentanza generale, «interprete dell’interesse comune e non di interessi particolaristici di gruppo»⁸⁷, consacrata nell’art. 67 della Costituzione italia-

⁸³ M. SHAPIRO, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, cit., p. 374.

⁸⁴ F. SCAMARDELLA, *Teorie giuridiche della governance. Le ragioni e i limiti di una nuova narrazione*, Napoli, 2013, p. 158.

⁸⁵ Secondo D. CARUSO, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 39, n. 1, 2006, p. 15, «The private/public boundary is by no means marked with a bright line».

⁸⁶ Rimangono fondamentali sul punto le considerazioni svolte da Madison nel *The Federalist No. 10* del 22 Novembre 1787, ora in A. HAMILTON-J. MADISON-J. JAY, *The Federalist Papers*, New York, 1982, p. 52 s.: «The latent causes of faction are thus sown in the nature of man; and we see them everywhere brought into different degrees of activity, according to the different circumstances of civil society. A zeal for different opinions concerning religion, concerning government, and many other points, as well of speculation as of practice; an attachment to different leaders ambitiously contending for pre-eminence and power; or to persons of other descriptions whose fortunes have been interesting to the human passions, have, in turn, divided mankind into parties, inflamed them with mutual animosity, and rendered them much more disposed to vex and oppress each other than to co-operate for their common good. So strong is this propensity of mankind to fall into mutual animosities, that where no substantial occasion presents itself, the most frivolous and fanciful distinctions have been sufficient to kindle their unfriendly passions and excite their most violent conflicts. But the most common and durable source of factions has been the various and unequal distribution of property. Those who hold and those who are without property have ever formed distinct interests in society. Those who are creditors, and those who are debtors, fall under a like discrimination. A landed interest, a manufacturing interest, a mercantile interest, a moneyed interest, with many lesser interests, grow up of necessity in civilized nations, and divide them into different classes, actuated by different sentiments and views. The regulation of these various and interfering interests forms the principal task of modern Legislation, and involves the spirit of party and faction in the necessary and ordinary operations of the Government».

⁸⁷ C. BOLOGNA, *Art. 67*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 619.

na⁸⁸. Nel modello della *governance*, invece, i soggetti titolari di un interesse egoistico particolare (ad esempio, le imprese transnazionali) sono posti sullo stesso piano dei soggetti cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico, e la stessa deliberazione finale non è necessariamente espressione del perseguimento dell'interesse generale, ma è il prodotto di una contrattazione. Una contrattazione, tuttavia, cui sono ammessi soltanto i soggetti o i corpi sociali dotati di una sufficiente "forza contrattuale", che deriva dal dominio di *technicalities* o dal rivestire posizioni economico-sociali non da tutti attingibili⁸⁹.

La seconda conseguenza è data dalla già accennata pluralizzazione dei centri di produzione normativa, che conferma la conclamata crisi della legge quale strumento normativo regolatore generale⁹⁰, ritenuto incapace di tenere il passo dell'incessante evoluzione della realtà materiale⁹¹. Ai vincoli di quello ora definito *hard law*, che altro non è se non il diritto oggettivo creato da atti e fatti a ciò abilitati dall'ordinamento⁹², si affianca la consensualità delle procedure negoziate, siano esse previste nel quadro di organizzazioni internazionali cui partecipano gli Stati (ad esempio il WTO), siano invece espressione di una logica autoregolativa ispirata dal principio dell'efficienza economica, «a cui ormai è pie-

⁸⁸ Sul fondamento gnoseologico delle deliberazioni parlamentari sia consentito rinviare a M. BETZU, *La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2013.

⁸⁹ Cfr. M.R. FERRARESE, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una «soft revolution»*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2014, p. 175, secondo cui «La governance implica dunque un tipo di organizzazione politica e giuridica, dove è richiesta una capacità di mobilitazione basata prevalentemente sugli interessi, che tuttavia non tutti i soggetti, né tutte le società possiedono in eguale misura, e che deriva da capacità di tipo cognitivo, informazionale ed imprenditoriale che sono diversamente distribuite e diversamente attingibili. Non è difficile pensare che, in questo tipo di organizzazione, i grandi interessi, dotati di molte risorse e di forti capacità di pressione, sono particolarmente favoriti».

⁹⁰ La letteratura sul tema è ormai sterminata. Si rinvia diffusamente a F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Volume II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000.

⁹¹ Cfr. B. PASTORE, "Soft law", *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2003, p. 9 s., secondo cui la crisi della legislazione riguarda «i suoi moduli di intervento nella società, che appaiono troppo rigidi e incapaci di seguire percorsi più articolati e complessi. Si sente, allora, il bisogno di liberare il concetto di diritto dal riferimento obbligato ad una struttura tipica, riconducibile al modello del comando, per dare ad esso un maggior spettro d'azione».

⁹² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, p. 2: le fonti di produzione sono «fatti (ed atti) [...] abilitati dall'ordinamento a creare diritto oggettivo, e perciò "normativi", nel senso più ristretto e storicamente relativo – che solo interessa in sede dommatica – avente riferimento alla produzione e modificazione di norme costitutive del diritto positivo».

gata qualsiasi esigenza di coesione sociale»⁹³. Ne deriva un pluralismo normativo di difficile composizione, in forza del quale accanto ai tradizionali settori in cui le istituzioni politiche – pur talvolta tardivamente rispetto ai fenomeni da regolare – assumono in piena autonomia le decisioni volte a realizzare una sintesi tra interesse pubblico e interessi concorrenti, diventano sempre più numerosi gli ambiti materiali ove lo Stato si limita a garantire «l'effettività di scelte normative assunte altrove»⁹⁴ e da esso accettate.

La risultante finale è una “complessificazione” del sistema delle fonti, nel quale alla tradizionale struttura verticale di tipo piramidale fondata sul principio gerarchico, come presupposto dalle norme sulla produzione, si affianca e in parte sovrappone una dimensione orizzontale, popolata dalle procedure di *governance* e – finanche in taluni frammenti dell'ordinamento penale⁹⁵ – dalla *soft law* che ne è spesso il prodotto⁹⁶. Le forme imposte dallo Stato costituzionale di diritto, che contribuivano ad assicurare «la certezza della libertà garantita dalla leg-

⁹³ R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, Relazione tenuta al Convegno *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, Trento, 25-26 Novembre 2010, ora in G. ARENA-F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, p. 3 ss.

⁹⁴ R. BIN, *Soft Law, No Law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31 ss., secondo cui «Deviare dalle forme tipiche della produzione di norme generali significa smarrire uno dei capisaldi dello Stato di diritto, la netta separazione tra i documenti che sono abilitati (e legittimati) a produrre regole obbligatorie per la generalità dei consociati e i documenti che sono privi di tali obbligatorietà. Sarà anche vero che tutto ciò appartiene alla mitologia dello stato liberale, che assegnare alle istituzioni rappresentative la funzione di garantire la “volontà generale” risponda più all'ideologia che alla realtà effettiva dello Stato costituzionale, ma non è certo meno vero che le prassi di negoziazione politica tipiche della *governance* aprono un canale privilegiato per gli interessi sociali più forti e meglio organizzati: sicché la “legittimazione dal basso” che può giustificare la produzione normativa “negoziata” o comunque ispirata dal “mercato” o dalla “cosa da regolare”, non è per nulla tranquillizzante, se riletta dall'angolo visuale dello Stato di diritto e dei suoi principi».

⁹⁵ Sul tema A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2011, p. 536 ss.

⁹⁶ La dottrina si è a lungo impegnata nell'individuazione degli atti riconducibili al fenomeno della *soft law*. In termini generali si è proposto di attribuire tale qualifica alle «attività, anche informali, qualificabili come “quasi fonti”, cui corrisponde, cioè, una sorta di zona-cuscinetto fra ciò che deve essere considerato a pieno titolo come diritto e ciò che invece non può esserlo» (A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 151). In chiave analitica sono stati ricondotti alla categoria le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali, gli accordi non vincolanti, le dichiarazioni di principi, le linee guida, la c.d. *lex informatica*, la stessa *lex mercatoria*. Tuttavia, qualsiasi sforzo classificatorio appare difficilmente risolutivo, attesa l'irriducibile ambiguità del concetto, che è suscettibile di ricomprendere numerosissime e sempre nuove ipotesi.

ge»⁹⁷, perdono la loro centralità in favore di un diritto fondato sulla mera effettività: norme prodotte da procedure più o meno consensuali, capaci di imporsi ai destinatari perché preferibili in base a «dei calcoli di convenienza singolari e privati»⁹⁸.

È la forza del fattuale nelle relazioni orizzontali diseguali, della meta-narrazione della “costituzione spontanea” del mercato⁹⁹ che ancora una volta si riaffaccia prepotente nella vita degli uomini e pretende di regolare la realtà sociale celando la sua volontà di potenza dietro lo schermo della neutralità tecnica¹⁰⁰, dietro la giustificazione della flessibilità richiesta a un diritto che voglia essere capace di adattarsi prontamente ai continui mutamenti. Giustificazione – pur troppo spesso invocata¹⁰¹ – che non può che apparire debole agli occhi del giurista o, quanto meno, di quei giuristi che ancora ritengono necessario distinguere tra le norme costituenti il diritto oggettivo e la vasta congerie dei fatti produttivi «di un “qualunque” effetto giuridico»¹⁰².

3. *Ideologie del globalismo*

Il terzo paradigma rappresenta la “copertura” ideologica dei primi due. Il costituzionalismo del Novecento manifestò un’ambizione normativa nuo-

⁹⁷ E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im wandel*, Stuttgart, 1964, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1973, p. 7.

⁹⁸ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Roma-Bari, 2010, p. 160.

⁹⁹ Cfr. P. CIARLO, *Contro l’idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2002, p. 101.

¹⁰⁰ Giustamente CH. S. MAIER, *Governance e anti-governance. Note sulla impasse attuale della politica democratica*, in *Parolechiave*, n. 2, 2016, p. 35 s., sottolinea che al fondo della *governance* risiede la mai sopita aspirazione di governare senza la politica, ovvero «il governo dei “saggi” che detengono una conoscenza scientifica superiore e la cui competenza si afferma in virtù di una superiorità auto-evidente rispetto a obiettivi di parte. Non esclude il consenso popolare, ma assume che il pubblico importante o i gruppi di interesse concordino su procedure e politiche che sono evidentemente a loro favorevoli. Immaginate Sarastro come un ingegnere. I sansimoniani nel XIX secolo e poi i seguaci di Auguste Comte hanno tracciato piani simili di governo per esperti tecnicamente preparati».

¹⁰¹ Si v. B. PASTORE, “*Soft law*”, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., p. 8, secondo cui la *soft law* rappresenterebbe un modello di regolazione «attento all’esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento dei soggetti, senza costringerli a tenerne uno specifico, indirizzandoli invece, per molti versi, al conseguimento di determinati obiettivi».

¹⁰² Si v., in tal senso, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 2.

va: non più la sola “cattura costituzionale del politico”, ovvero il suo contenimento e contestuale limitazione, ma anche, come è stato scritto in un fortunato saggio, la “cattura costituzionale dell’economico”, che divenne «oggetto delle regole e dei limiti del *governo dello stato sociale*, incentrato su un progetto di progresso [...] che impone ormai l’*Ergreifung*»¹⁰³. Si realizzò, così, un «salto di qualità»¹⁰⁴ destinato a connotare le costituzioni europee del secondo dopoguerra, cui venne consegnato il compito di conformare i rapporti sociali secondo una precisa prospettiva: «proiettare sulla società la strutturazione concettuale che identifica il costituzionalismo»¹⁰⁵.

Oggi quell’ambizione appare sempre più frustrata. La “cattura costituzionale dell’economico” è stata resa progressivamente precaria dalla struttura dei rapporti tra Stato, società e mercato affermata dalle istituzioni della globalizzazione. Certamente, sia la «dissoluzione del legame tra economia e territorio»¹⁰⁶ che la «sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali o sopranazionali sempre più forti e numerose»¹⁰⁷ rappresentano pre-condizioni della crisi della capacità regolativa delle costituzioni in ambito economico. Ma la vera radice di questa crisi è da individuare nell’ideologia neoliberista che guida l’operato delle istituzioni globali e che caratterizza il processo di globalizzazione economica come ispirato – in forma quasi manichea – al principio della «liberalizzazione progressiva del commercio mondiale e dei capitali»¹⁰⁸. Individualismo e libero mercato sono, dunque, le parole d’ordine del nuovo corso, nel quale gli interventi pubblici – come è stato criticamente ricordato – «non possono che ridursi al minimo indispensabile, con conseguenze, anzitutto, sui singoli diritti sociali»¹⁰⁹, ma anche e soprattutto sull’essenza stessa delle costituzioni e del costituzionalismo, che vengono amputati della loro base di senso in uno dei campi che più interessano la vita delle persone.

Globalismo di mercato è l’espressione che racchiude meglio i tratti caratteristici del neoliberismo globale, inteso quale ideologia in forza della quale viene (ri-) costruito il mondo, secondo una linea di sviluppo elaborata dalle istituzioni della globalizzazione in netta antitesi con le conquiste del costituzionalismo.

¹⁰³ M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 160 s.

¹⁰⁴ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, p. 248 ss.

¹⁰⁵ G. FERRARA, *La Costituzione*, cit., p. 251, che richiama la definizione di H. HELLER, *Gundrechte und Grundpflichten*, in *Gesammelte Schriften*, II, Leiden, 1971, p. 291, dello stato sociale come «continuazione logica della democrazia politica in quella economica».

¹⁰⁶ M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 161.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ M. RUOTOLO, *A mo’ di introduzione*, in ID. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant’anni dopo*, Napoli, 2008, p. 11.

¹⁰⁹ M. RUOTOLO, *A mo’ di introduzione*, cit., p. 11 s.