

Oggi, il capitalismo, nella sua articolazione come finanzia-capitalismo<sup>22</sup>, forte della colonizzazione del mondo, è in lotta contro qualsiasi ostacolo si frapponga alle sue volontà, svuotando la democrazia della sua sostanza e piegando il diritto alle sue esigenze, nel contenuto, nel modo di produzione e nelle forme<sup>23</sup>.

Al netto – come si è premesso – della mitizzazione della democrazia costituzionale, si intende quindi ragionare del conflitto sul diritto, delineando i tratti della metamorfosi che sta subendo, con l'esautoramento degli organi della rappresentanza democratica, l'espropriazione della produzione giuridica in favore di soggetti privati, la flessibilizzazione delle forme, la degradazione delle costituzioni a formule di stile, l'assunzione come principio della massimizzazione dell'estrazione di profitto (dal lavoro, così come dalla vita delle persone)<sup>24</sup>.

L'intento è rendere manifesta l'esistenza del conflitto, nel presupposto che negarlo o minimizzarlo non aiuti il diritto a mantenersi nello spazio della democrazia costituzionale, sociale ed emancipante, ma veicoli la sua trasformazione in via surrettizia, stante la sua strutturale malleabilità.

## 2. Nuovi sovrani e diritto senza luogo

Lo spazio giuridico è oggetto di una trasformazione che concerne sia il contenuto sia le forme: i modi di produzione giuridica si modellano, in

---

<sup>22</sup> La locuzione si deve a L. GALLINO, *Finanzia-capitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

<sup>23</sup> Il capitalismo – per descriverlo con le suggestive parole di P. BEVILACQUA, *Il grande saccheggio. L'età del capitalismo distruttivo*, Laterza, Roma-Bari, 2011 – «ci trascina in un vortice che dissolve le strutture della società, decompone lo Stato, cannibalizza gli strumenti della rappresentanza politica e della democrazia, desertifica il senso della vita» (p. IX); esso produce, passando per vie diverse, «espulsione», per utilizzare le categorie di S. SASSEN, *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*, 2014, trad. it. *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, il Mulino, Bologna, 2015.

<sup>24</sup> Come sintetizza G. TEUBNER, *La cultura del diritto*, cit., p. 61: «Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale, tra i quali: la derivazione della validità giuridica da una gerarchia di fonti del diritto, la legittimazione del diritto mediante una costituzione politica, la statuizione del diritto mediante corpi parlamentari, la norma giuridica fondata su istituzioni, procedure e principi, nonché la garanzia delle libertà individuali tramite diritti fondamentali conquistati politicamente».

coerenza con l'affermazione di nuovi principi-guida. Vi è, cioè, una corrispondenza simbiotica fra l'abbandono del progetto della democrazia costituzionale emancipante<sup>25</sup> e il dilagare di fonti di diritto malleabili, fra una progressiva individualizzazione e disinteresse per la politica e il processo di privatizzazione e contrattualizzazione del diritto<sup>26</sup>.

Il mutamento di paradigma nell'esosfera del diritto, ovvero a livello costituzionale (in senso lato e descrittivo), dal costituzionalismo alla *global economic governance*, da un mondo centrato sulla persona (in senso plurale ed includente) e sui suoi bisogni<sup>27</sup> a uno spazio di mercato dove la *grundnorm* è la massimizzazione del profitto (per pochi), ha un parallelo nel passaggio dalla legge, come atto delle assemblee rappresentative, generale e astratto, alle norme rimesse alla contrattazione o demandate all'evanescenza eterodiretta della *soft law*.

La metamorfosi dei principi a volte è palese, ma più spesso è opaca. In altre parole, l'insofferenza espressa nel *Report* della J.P. Morgan per le costituzioni democratico-sociali può trovare una concretizzazione in revisioni costituzionali, come quelle che hanno segnato l'ingresso in numerose costituzioni dei Paesi dell'Unione europea del principio di pareggio di bilancio, o in tentativi di riforma delle costituzioni, ma più facilmente si insinua attraverso l'inattuazione o la trasfigurazione, tramite fonti sub-costituzionali, *hard* e *soft*, o operazioni di deregolamentazione e privatizzazione.

---

<sup>25</sup> E, parallelamente, sul piano internazionale, la debolezza del costituzionalismo globale o della democrazia cosmopolita; per un primo approccio, cfr. D. ARCHIBUGI, R. FALK, D. HELD, M. KALDOR, *Cosmopolis. È possibile una democrazia sovranazionale?*, Manifestolibri, Roma, 1993; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002, spec. p. 299 ss.; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014; A. LIGUSTRO, *Il dibattito sul costituzionalismo globale e quello sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale: prospettive a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. II/2013; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna, 2012.

<sup>26</sup> G. PRETEROSI, *Tramonto del diritto moderno?*, in L. BAZZICALUPO, R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 43, ragiona dell'«affermarsi di tendenze che mirano a sacrificare la portata universalistica ed emancipativa del diritto», anche in quanto universalismo giuridico-formale quale «soglia minimale», nonché ad abbandonare la sua «carica politico-pubblica», «cedendo a forme radicali di privatizzazione, patrimonializzazione e particolarismo contrattualistico».

<sup>27</sup> Sulla centralità della persona nel costituzionalismo e, in specie, nella Costituzione italiana, per tutti, si rinvia alle appassionante pagine di L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, Milano, 2012.

Antisovrani<sup>28</sup>, o, meglio, nuovi sovrani, sono in cerca del loro posto al sole nelle terre del diritto, per sancire sul piano normativo le vittorie ottenute sul terreno dello scontro sociale, economico, politico, culturale. Sono i soggetti che tengono in mano i fili della rete che compone la *governance* mondiale<sup>29</sup>: le *corporations* transnazionali<sup>30</sup>, con il loro braccio giuridico, le *law firms*<sup>31</sup>; le organizzazioni economiche internazionali, quali Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale, Organizzazione Mondiale del Commercio, Banca Centrale Europea; le agenzie di *rating*, e segnatamente le tre sorelle, Moody's, Standard & Poor's e Fitch<sup>32</sup>; le corti internazionali, in specie quelle arbitrali; gli Stati<sup>33</sup>.

Quanto a questi ultimi, si impone una precisazione: scontata la *vulgata* sulla loro crisi<sup>34</sup>, si può ragionare dell'avvio di una mutazione genetica, ov-

<sup>28</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, pp. 164-165, che vede «il tentativo di creazione di un *antisovrano*», che «si contrappone al sovrano da noi conosciuto», concepito non come un soggetto, ma «una pluralità di soggetti, oltretutto dallo statuto sociale altamente differenziato»; un antisovrano, che «ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato», dove «si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno di alcuni di essi: si pensi al ruolo sempre più significativo che è giuocato dal G7), di potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca Mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici».

<sup>29</sup> *Ex plurimis*, cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, spec. p. 106 ss.

<sup>30</sup> *Ex multis*, sul potere delle grandi *corporations*, cfr. J.H. ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Hegoa, Bilbao, 2009, ma anche ID., *The new global corporate law*, in N. BUXTON, M. BÉLANGER DUMONTIER (eds.), *State of Power 2015. An annual anthology on global power and resistance*, The Transnational Institute, Amsterdam, 2015, p. 6; Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200, La crescita del potere delle multinazionali*, in *www.cnms.it*, ottobre 2015.

<sup>31</sup> Per primi riferimenti sulle *mega law firms* o sulle *Wall Street law firms*, cfr. Y. DEZALAY, *Marchands du droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, 1992, trad. it. *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 149 ss.

<sup>32</sup> Sulla funzione "costituzionale" delle agenzie di *rating*, si vedano G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2015, p. 87 ss.; C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2012; A. PISANESCHI, *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it.*, n. 24/2015; G. SIRIANNI, *Il rating sovrano*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2012.

<sup>33</sup> Insiste sul ruolo degli Stati nella globalizzazione, fra gli altri, S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 46 ss.

<sup>34</sup> Fra chi legge gli Stati come (ancora) sedi privilegiate sia delle espressioni di identità

vero di una torsione nei fini e negli strumenti dell'organizzazione statale<sup>35</sup>.

---

politica, ritenendo l'idea di identità globale un progetto di *élites* (spec. p. 324), sia del «momento decisionale democratico» (p. 294), cfr. D. RODRIK, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 2015; l'Autore muove dalla constatazione di «una tensione fondamentale tra iperglobalizzazione e politica democratica» (p. 270), per poi proporre una globalizzazione come «collezioni di nazioni diverse le cui interazioni siano regolate da un sottile strato di regole del traffico semplici, trasparenti e di buon senso», al fine di «rendere possibile un'economia mondiale sana, sostenibile, che lasci alle democrazie la possibilità di determinare il proprio futuro» (p. 386): un'immagine, invero, che richiederebbe, stanti le tendenze egemoniche e di massimizzazione del profitto proprie della globalizzazione neoliberista, la nascita di un forte (contro)potere, magari interno agli Stati, ma comunque espressione di una posizione diffusa fra gli Stati stessi, in grado di contrastare le tendenze in questione.

<sup>35</sup> *Ex multis*, cfr., recentemente, W. BROWN, *Walled States, Waning Sovereignty*, 2010, trad. it. *Stati murati, sovranità in declino*, Laterza, Roma-Bari, 2013, che ragiona sulla disgiunzione fra sovranità e Stato-nazione, osservando come rimanga «vitale il ruolo svolto dagli Stati nello stabilizzare i mercati e nell'allestire condizioni favorevoli all'accumulazione di capitali», ma «tuttavia, lungi dall'essere un esercizio di sovranità» il loro intervento rivela la subordinazione al capitale» (p. 63); S. SASSEN, *Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization*, Columbia University Press, 1996; P. DARDOT, C. LAVAL, *Le nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013, che sottolineano il ruolo dello Stato nel sorreggere il mercato (una interessante analisi del volume è in A. CIERVO, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 29 ss.); nonché, restando alla letteratura italiana, A. BURGIO, *Senza democrazia. Un'analisi della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2009, che discorre di stato organico al capitale; L. CANFORA, *La natura del potere*, Laterza, Roma-Bari, 2010: «gli Stati sono ormai quinte teatrali e il potere risiede nel più "internazionalista" dei soggetti, il capitale finanziario sopranazionale» (p. 59); G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, che riflette sulla sovranità statale nei termini non tanto di un «suo indebolimento», quanto di un «mutamento della sua natura» (p. 33): lo Stato è mercificato e «china la testa di fronte a una nuova sovranità, la sovranità dei creditori» (p. 37); G.U. RESCIGNO, *A che serve la democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2017, che scrive di una democrazia «impotente», «che subisce le decisioni dei mercati finanziari e ha il solo compito di adeguarsi e portarle a compimento» (p. 22); P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2014, che rileva come il capitalismo finanziario «permea di sé dall'interno le funzioni» degli Stati (p. 13); L. PATRUNO, *Istituzioni globali e autonomia*, in B. PEZZINI, S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere, democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, per primi riferimenti al concetto di «stato globale» e al grado della sua autonomia o etero direzione; R. ESPOSITO, *Leviatano 2.0 così ritorna lo Stato sovrano*, in *Repubblica*, 20 luglio 2015, che segnala numerosi testi recenti dedicati alla sovranità (fra i quali, A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014).

Lo Stato è depotenziato, commissariato dal potere economico, e perde il monopolio, se non il primato, nella produzione giuridica, divenendo sempre più un mero *recettore* di norme prodotte altrove<sup>36</sup>, oltre che un fornitore di servizi ed erogatore di appalti e un gestore dell'ordine sociale<sup>37</sup>, nonché cassa alla quale attingere nei momenti di traversie. Gli Stati devono garantire un terreno fertile e sicuro, dove gli attori economici possano liberamente muoversi e massimizzare i propri profitti. Con un appunto: l'azione degli Stati sulla scena internazionale è segnata dalla diseguaglianza, come è reso manifesto, oltre che dalla banale osservazione dello stato delle relazioni internazionali, dall'organizzazione di gruppi informali, come il G7/G8, o dei vari *summit* bilaterali e multilaterali<sup>38</sup>, o dalla stessa struttura e modalità di voto di istituzioni come il Fondo Monetario Internazionale.

Due sono gli elementi che, *icto oculi*, segnano i tratti dei nuovi sovrani globali: il *mélange* fra soggetti pubblici e privati<sup>39</sup> e l'egemonia degli attori

---

<sup>36</sup> In questo senso, si veda M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, spec. p. 84, la quale, nel rilevare come le istanze economiche legiferino «senza alcun permesso dello Stato», sottolinea come, quantomeno in alcuni settori, la concorrenza di fatto si tramuti in una sorta di posizione di monopolio delle stesse forze economiche.

<sup>37</sup> Come osserva G. BUCCI, *Diritto e politica nella crisi della globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2009, p. 115 ss., le politiche che privilegiano gli interessi dei grandi gruppi finanziari e industriali sono supportate da una accentuazione da parte dello Stato dei «tratti coercitivi del proprio intervento».

<sup>38</sup> G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 50 ss., nella mappa dei «nuovi sovrani globali» annovera «i diversi «summit» dei capi di Stato e di governo, gli incontri «informali» bilaterali o plurilaterali, ovvero le riunioni «formali» dei G-7, G-8, G-20», accanto agli ordinamenti sovranazionali locali, alle «organizzazioni internazionali dal corpo privatistico, ma dall'anima pubblica», quali «tipicamente la Wto, il Fmi, la Bce», alle «differenti Corti internazionali», ai «soggetti strettamente privati, come sono i grandi studi legali internazionali, le law firms», alle agenzie private di *rating*.

M. HARDT, A. NEGRI, *Impero*, cit., pp. 289-290, al vertice della piramide situano «un superpotere, gli Stati Uniti, che esercitano l'egemonia sull'uso globale della forza», al secondo livello del primo piano «un gruppo di stati-nazione che controllano i principali strumenti monetari globali», i quali «si ritrovano insieme in una serie di organismi – G8, i club di Parigi, Londra e Davos ...», al terzo livello, sempre del primo piano, «un complesso eterogeneo di associazioni ... che dispiegano un potere culturale e biopolitico di portata globale»; ad animare la struttura del «comando unificato globale», le «reti delle corporazioni capitalistiche transnazionali».

<sup>39</sup> Si vedano P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, 2006 (trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009), p. 264, per il quale la *governance* richiama «un réseau hétérogène et interactif de partici-

economici (economico-finanziari). L'effetto è inquietante: estromissione della sovranità popolare in favore di una oligarchia auto-referenziale, sostituzione del conflitto democratico con l'egemonia del mercato<sup>40</sup>.

Il diritto che ne consegue è segnato dal primato dell'economico e delle sue esigenze, dall'espansione delle fonti di matrice contrattuale e consuetudinaria; non solo: a mutare è anche il luogo del diritto sia come sede di produzione giuridica sia come ambito di applicazione.

Sono sempre meno il Campidoglio, Westminster o il nostrano Montecitorio, le sedi nelle quali si discutono e si approvano le norme, e non sono nemmeno (o non solo), la Casa Bianca, 10 Downing Street o Palazzo Chigi<sup>41</sup>: ad

---

pants», dove «opérateurs publics et privés se mêlent et interagissent», esercitando ciascuno il suo potere “governante”, che sia politico, economico, mediatico; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 30, che definisce la *governance* «la più seria rimessa in gioco» della separazione tra diritto pubblico e diritto privato; C. PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 179, che situa «la crescente indistinzione dei confini... fra pubblico e privato», accanto a quella fra esterno e interno, «tra i fattori di erosione della statualità»; di una «global economic law» che «has swept away traditional distinctions between public and private International law» (p. 13) e di «explosion of nonstate, sub-state, suprastate, and infrastate actors in the international system» (p. 15), ragiona A.-M. SLAUGHTER, *Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System*, in Y. DEZALAY, B.G. GARTH (edited by), *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan Press, 2002, p. 12 ss.

<sup>40</sup> *Ex multis*, cfr. C. MOUFFE, *On the Political*, 2005, trad. it. *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007, p. 119, la quale osserva come la *governance* globale implichi «una concezione della politica come risoluzione di problemi tecnici, e non come coinvolgimento attivo dei cittadini che esercitano i loro diritti democratici grazie a un confronto “agonistico” intorno a progetti egemonici contrapposti»; R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, Cedam, Padova, 2011, p. 7, rileva come dietro la *governance* vi sia la sostituzione della democrazia con il mercato.

<sup>41</sup> G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., p. 61: «nell'epoca della globalizzazione i processi di produzione giuridica si spostano dai centri del diritto – che erano stati politicamente istituzionalizzati negli Stati-nazione (parlamenti e ordinamenti giudiziari) – alle sue periferie, verso i confini tra il diritto e le altre sfere sociali globalizzate. Il diritto del nuovo mondo è innanzitutto periferico, spontaneo e sociale».

Viene meno «la coincidenza fra luoghi del diritto e luoghi della politica» – osserva G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale, Sovranità Rappresentanza Territori, Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016*, Jovene, Napoli, 2017, p. 453: «sempre più luoghi di formazione del diritto

essi si sostituiscono sale riunioni<sup>42</sup>, che possono essere nel palazzo della World Bank a Washington DC, o nel castello di Schloss Elmau, in Germania, presso il Kanko Hotel di Shima, in Giappone, o al Palacongressi di Taormina<sup>43</sup>, così come – *last but not least* – negli uffici delle *law firms* statunitensi<sup>44</sup>. Si assiste ad una delocalizzazione della sovranità<sup>45</sup>; il potere diviene sempre più, anche fisicamente, impalpabile e, dunque, inafferrabile, se pur dalla consistenza granitica e dalle decisioni inflessibili<sup>46</sup>.

Ai luoghi fisici deputati alla produzione di norme e al territorio, delimitato da confini che ne circoscrivono l'ambito di applicazione<sup>47</sup>, subentra la

---

(organismi internazionali come FMI, BCE, Banca mondiale, WTO, ILO, Comitato di Basilea, e agenzie di regolazione private come ISO, ICANN, e la Codex Alimentarius Commission) non sono infatti anche luoghi della politica, assoggettabili alle procedure discorsive della democrazia deliberativa».

<sup>42</sup> ... quando non *tout court* il cyberspazio.

<sup>43</sup> Gli ultimi tre luoghi indicati sono le sedi delle riunioni del G7, rispettivamente nel 2015, 2016, 2017.

<sup>44</sup> Sulla forza espansiva dei modelli giuridici statunitensi, per un primo approccio, cfr. M. BUSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, spec. p. 52 ss.

<sup>45</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.: «il potere è, oggi più che mai, *il problema* del costituzionalismo. A me sembra evidente che la moltiplicazione dei livelli decisionali, sia entro gli Stati (si pensi al travolgente sviluppo della autorità “indipendenti”), sia a livello dei rapporti sovranazionali e internazionali, non sia soltanto la conseguenza dell'accentuata pluralità e dell'oggettiva complessificazione dei rapporti sociali, ma sia anche una scelta *politica* soggettiva e consapevole, che tende a spostare all'infinito la sede della responsabilità e – conseguentemente – a rendere inafferrabile il potere. Anche la ridislocazione della decisione in sedi politicamente irresponsabili quali sono le Corti (intendo: i giudici, non solo costituzionali), se non rettamente operata, potrebbe avere (paradossalmente, perché in origine il rafforzamento della giurisdizione era lo strumento per limitare al massimo il potere sovrano) la stessa funzione. Il potere ha imparato la lezione. Oggi sa che il costituzionalismo può afferrarlo e limitarlo, sicché la migliore strategia a sua disposizione è conformarsi all'imperativo *lathe biosas*. Per questo rovescia la pluralità/molteplicità (che in astratto ne sarebbe una limitazione) in una risorsa».

<sup>46</sup> Di una «*necessità*», la cui forza determinante risiede nella finanza che non ha «altro scopo che se stessa», con l'esclusione delle «idee progettanti», ragiona G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., che disegna l'immagine inquietante di «una gabbia»: «neutra, grigia, debilitante, soffocante» (pp. 7-8); di «una sovranità non localizzabile, nebulosa, ma non per questo meno tangibile», scrive G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 456.

<sup>47</sup> Un approccio diacronico al rapporto fra territorio e ordinamenti giuridici è in I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2010; A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.

fluidità dei nodi della rete e la sua espansione senza confini; il risultato è un diritto a-territoriale, globale, del non-luogo<sup>48</sup>, «deterritorializzato»<sup>49</sup>.

Come osserva Maria Rosaria Ferrarese, in relazione alla *lex mercatoria*, la deterritorializzazione è correlata con il concetto di non-luogo, sia attraverso il suo intreccio con il mercato, «importantissimo «non-luogo» del nostro tempo», sia in quanto assume come strumento il contratto, quale «diritto-*medium* per eccellenza», «lungo il quale si transita solo al fine di arrivare da qualche altra parte», sia in quanto comprende una componente arbitrale che vede una selezione degli arbitri che prescinde da ogni rapporto di tipo territoriale<sup>50</sup>.

Il diritto perde il radicamento territoriale e diviene senza luogo: «la globalizzazione sradica il diritto dai luoghi antichi, e lo getta dinanzi all'*atopia dei mercati*. Le norme sono ormai senza patria ...»<sup>51</sup>.

La visione schmittiana del carattere costitutivo del territorio e della sua occupazione cede il passo all'artificialità del normativismo kelseniano, la cui radice procedurale assicura la dinamicità necessaria a seguire il moto espansivo dell'economia liberista<sup>52</sup>. Il passo successivo è innanzi ai nostri occhi: nemmeno il normativismo sfugge al tritacarne del mercato, che, nella sua corsa verso la *propria* libertà, ne decreta l'obsolescenza, preferendogli forme fluide, *à la carte*.

Nasce una nuova topografia del diritto; un tema che meriterebbe ben altro spazio, ma nell'economia di questo lavoro sia sufficiente ricordare come, nella fluidità degli attori e dei processi, tutto si tenga armonicamen-

---

<sup>48</sup> M. AUGÉ, *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, 1992, trad. it. *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera, Milano, 2009.

<sup>49</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., spec. p. 79 ss.; ad un processo di «denazionalizzazione del diritto», con il venir meno di un «rapporto diretto tra i luoghi e il diritto», si riferisce G. D'IGNAZIO, *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in G. D'IGNAZIO, A.M. RUSSO (a cura di), *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, sezione monografica in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. II/2013, p. 428.

<sup>50</sup> M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., pp. 80-82.

<sup>51</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 28.

<sup>52</sup> Feconde riflessioni sul passaggio da uno spazio che «non è più originario e costitutivo, ma spazio formato, stabilito, voluto» (p. 54), nonché sulla «sradicante latitudine dei mercati» che si rivela «intimamente *fraterna* al formalismo kelseniano», ritrovandosi entrambi «sull'artificialità tecnica di un puro volere» (p. 156), in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

te: la *global governance*, con la sua opaca evanescenza, la commistione fra pubblico e privato, la smaterializzazione del territorio.

La fisionomia del diritto muta, plasmandosi intorno ai voleri dei nuovi sovrani: le fattezze nette del diritto incardinato negli ordinamenti giuridici statali sfumano nella *soft law*, nell'a-tipicità del diritto contrattuale, nella duttilità di norme create e gestite privatamente, nella destituzione del paradigma della validità e nell'ascesa del criterio dell'efficacia<sup>53</sup>.

«Le leggi e i codici non sono più le forme attraverso le quali funziona la realtà del potere che assicura l'esistenza delle varie forme del governo della società»: il giuridico si situa «all'interno di un processo di «governamentalizzazione» della vita che ne cambia radicalmente la funzione», un processo che «è avvenuto attraverso l'emersione di nuovi processi normativi le cui principali forme sono quelle degli arbitrati e delle negoziazioni»<sup>54</sup>.

In ambito antropologico vi è chi ragiona di un sistema normativo *de facto*, che si affianca al diritto consuetudinario, al «diritto statutale nazionale, civile e penale», alla «costituzione nazionale», al diritto internazionale: un sistema che origina dalle rappresentazioni che assumono «la valenza di diritto narrativo» e che oggi esprimono principalmente «l'ordine dei mercati commerciali e soprattutto l'ordine dei mercati finanziari»<sup>55</sup>. Le rappresentazioni del mondo operate dai mercati commerciali e finanziari agiscono come diritto, «costituendo un quadro di ispirazione e di "legittimità" nel

---

<sup>53</sup> In questo studio si pone l'accento sullo scontro fra il diritto del costituzionalismo e quello della *global economic governance*, ma tutt'altro che trascurabile è la metamorfosi del sistema delle fonti che avviene all'interno dell'ordinamento statale, sia con la dilatazione delle fonti dell'esecutivo, di rango primario e di rango secondario, sia con la "confusione" fra potere amministrativo e potere normativo e l'utilizzo di atti *soft*, quali linee guida, protocolli, decreti, memorandum, dall'incerta natura (su quest'ultimo punto, un primo approccio è nel cap. V).

<sup>54</sup> R. CICCARELLI, *Ius sive potentia. Governamentalità e domanda di giustizia*, in M. BLECHER, G. BRONZINI, R. CICCARELLI, J. HENDRY, C. JOERGES (a cura di), *Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il comune*, Ediesse, Roma, 2009, p. 336.

<sup>55</sup> Così, sinteticamente, A.L. PALMISANO, *Le società indigene nell'epoca delle identità protocollari*, in A.L. PALMISANO (a cura di), *Identità delle Comunità Indigene del Centro America, Messico e Caraibi: aspetti culturali e antropologici*, Quaderni IILA, Serie economica 38, IILA, Roma, 2010, p. 207 (ora reperibile in *DADA – Rivista di antropologia post-globale*, Archive, <http://www.dadarivista.com>), nonché, più ampiamente, ID., *La rappresentazione come forma narrativa del diritto nell'epoca post-globale*, in ID. (a cura di), *Identità delle Comunità Indigene del Centro America, Messico e Caraibi: aspetti culturali e antropologici*, Quaderni IILA, Serie economica 36, IILA, Roma, 2008, p. 200 ss.

quale origina e si dispiega l'azione sociale, politica e culturale degli attori sociali nell'epoca post-globale»<sup>56</sup>.

### 3. Contrattualizzazione e privatizzazione versus diritto politico

Il diritto come prodotto di un processo di integrazione politica nel contesto di un ordinamento statale democratico-pluralistico<sup>57</sup> – ovvero il diritto che, di seguito, con una sineddoche, è definito come “diritto politico”<sup>58</sup> – è surrogato dal diritto di matrice contrattuale nato in ambiti privati a-territoriali.

La surrogazione avviene in primo luogo attraverso l'occupazione diretta degli spazi del diritto politico, sia nel senso di sovrapposizione rispetto a norme esistenti sia come colonizzazione di territori vergini. Nell'ipotesi della sovrapposizione si produce una sorta di disapplicazione di fatto di norme appartenenti all'*hard law* statale, sovranazionale o internazionale, in favore delle norme (auto)prodotte dagli attori del mercato e applicate dalle corti arbitrali<sup>59</sup>. Il diritto vigente è giudicato inadeguato, ovvero non coerente con le priorità del nuovo orizzonte *costituzionale di fatto* (sintetizzando, la *global economic governance*): una inadeguatezza che possiamo definire politica e che sfocia in un accantonamento del diritto politico.

La seconda ipotesi è correlata alla «bellezza della velocità»<sup>60</sup>, ovvero all'immagine della globalizzazione come tempo iperattivo; l'evoluzione scientifico-tecnologica traina una corsa dai ritmi impetuosi, che ridisegna i confini di economia, politica e società. Le norme di *hard law* non sono

---

<sup>56</sup> A.L. PALMISANO, *Le società indigene*, cit., p. 208.

<sup>57</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, v. 1. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988, p. 14.

<sup>58</sup> È evidente che la categoria “diritto politico”, rispondente al «principio secondo il quale si deve osservare quanto viene disposto dall'autorità politica» (A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 269 e 349 ss.), è più ampia rispetto alle fonti che nell'epoca contemporanea, in uno Stato democratico-pluralistico, sono qualificate come tali.

<sup>59</sup> Come scrive D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 89: «il potere decisionale, dinamico e innovativo, delle forze dei mercati tende a prevalere sulla decrescente efficacia regolativa delle legislazioni statali e delle istituzioni internazionali».

<sup>60</sup> F.T. MARINETTI, *Manifesto del futurismo*, 1909.

sintonizzate sui nuovi ritmi<sup>61</sup> e i neo *conquistadores* impongono i propri codici.

Sia che si determini una sovrapposizione rispetto al diritto positivo sia che si dia una normazione spontanea negli spazi vuoti di norme, si può ragionare di obsolescenza del diritto “classico”. Una categoria, quella dell’obsolescenza, è d’uopo precisare, che può assumere una valenza descrittiva, o costituire l’esito di una valutazione se si muove dalla prospettiva della *global economic governance*, ma che rischia di non essere neutrale, supportando, con un implicito giudizio negativo sull’esistente, i discorsi in stile “la Costituzione è ormai carta straccia”.

In secondo luogo, le norme di origine politica possono essere dequalificate, ovvero demansionate: non più adibite alla produzione giuridica attraverso la mediazione politica ma ridotte alla ratifica di quanto deciso altrove nella nebulosa della *governance*.

L’*hard law* assume la funzione di riprodurre e stabilizzare, ovvero di conferire una veste formale a norme il cui contenuto è deciso in altra sede: il diritto politico, in tutti i gradini della sua struttura piramidale, dalle circolari all’*higher law*, è, o rischia di essere, asservito ad una logica *altra* rispetto a quella che presiede ad una rappresentanza politica del pluralismo e del conflitto nella cornice di una costituzione democratica. La normatività del diritto politico viene ad essere come una maschera che si disegna sul volto della normatività di fatto dei nuovi sovrani.

Il discorso può essere esteso per analogia al diritto giurisprudenziale riconducibile alle organizzazioni giudiziarie nazionali, o a corti sovranazionali o internazionali la cui competenza discende da trattati internazionali sottoscritti dagli Stati, le quali possono essere esautorate in favore di più duttili corti arbitrali o le cui decisioni possono risentire dell’influenza del potere normativo di fatto<sup>62</sup>.

Il diritto politico, dunque, si trova ad essere sempre più spesso surrogato ed esautorato, in via diretta o in forma surrettizia<sup>63</sup>: da *chi* e *come*?

<sup>61</sup> Lasciando qui impregiudicata la questione inerente i motivi per cui ciò avviene, che sia per i tempi fisiologici delle fonti di *hard law* o che sia per non volontà, incapacità o esautoramento del legislatore (ipotesi, queste ultime, per le quali propende chi scrive).

<sup>62</sup> Sul punto, si rinvia alle osservazioni di cui al cap. IV.

<sup>63</sup> Si ribadisce: a prescindere dalla metamorfosi che avviene all’interno delle fonti di diritto politico, quale la preminenza degli atti dell’esecutivo sulla legge ordinaria del Parlamento, o la colonizzazione dello spazio normativo statale da parte di norme sovranazionali (anche di *hard law*).

I soggetti ai quali è imputabile il “nuovo diritto” sono i sovrani di cui si è detto pocanzi, ovvero gli attori della *global economic governance*: soggetti spesso privati, promiscui, incuranti della legittimazione democratica e refrattari a qualsivoglia controllo<sup>64</sup>. *Alias*, se non sono soggetti privati, tendono ad agire come tali. Braccio giuridico di tali soggetti, ovvero coloro che concretamente producono le norme, sono molto spesso gli esperti del diritto del commercio internazionale, che siedono nelle più influenti *law firms*, specie statunitensi, o nelle corti arbitrali<sup>65</sup>.

Il “privato” non è peraltro solo la cifra che caratterizza gli autori del diritto, ma anche la tipologia di diritto: si registra una prevalenza del diritto privato sul diritto pubblico<sup>66</sup>. Si espande paradigmaticamente il diritto (privato) degli investitori e si restringe il diritto (pubblico) del lavoro, in simbiosi con l’assetto assunto dal conflitto sociale; i gruppi dominanti dell’economia – osserva Yves Dezalay – attraverso il controllo delle competenze professionali dei giuristi, impongono «una visione economicista della società a cui viene attribuita la forma legittima di un nuovo ordinamento giuridico»<sup>67</sup>.

La legge, come archetipo dell’atto giuridico generale ed astratto, è espropriata – venendo al *come* – da fonti convenzionali: il contratto, *case-by-case*, o modellato da regole scarse e fluide, in perpetua adattabilità alle esigenze degli attori economico-finanziari che lo governano<sup>68</sup>, è la forma-

<sup>64</sup> «I governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali» (G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., p. 61); «il diritto della globalizzazione è sempre più ... un diritto di produzione privata, non più legislativa ma contrattuale, che si sta sviluppando, nelle forme appunto dell’auto-normazione privata e imprenditoriale, ad opera degli stessi soggetti, le grandi imprese multinazionali, che ne sono i destinatari» (L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2004, p. 12).

<sup>65</sup> In tema si veda l’analisi di Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, cit.: «il nuovo ordinamento giuridico ... non nasce da un colpo di bacchetta magica dei politici; ... esso si costruisce giorno per giorno fra gli esperti nell’ambito delle lotte per la concorrenza sul mercato del diritto. Per soddisfare le esigenze dei loro clienti o, qualche volta, anticiparle i giuristi d’affari elaborano continuamente nuovi strumenti sempre più sofisticati che entrano a far parte della costruzione giuridica e lentamente la trasformano, o la distorcono» (p. 12); nonché P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 387 ss.; suggestioni sul tema anche in P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 101.

<sup>66</sup> Così, fra gli altri, D. ZOLO, *Globalizzazione*, cit., p. 89.

<sup>67</sup> Y. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, cit., p. 224.

<sup>68</sup> Della «enorme flessibilità del contratto e della sua attitudine a modellarsi secondo le

immagine del diritto dello spazio giuridico globale<sup>69</sup>. All'astrattezza e alla generalità si sostituisce una sinallagmaticità contraddistinta dalla tendenza all'espansione<sup>70</sup>, evocando categorie come l'"isomorfismo coercitivo"<sup>71</sup>.

L'ambito del diritto del lavoro è emblematico della de-regolamentazione in favore di una contrattazione viepiù particolaristica: ormai relegato nelle soffitte dello Stato novecentesco il contratto collettivo nazionale, fuoreregiano i contratti aziendali e individuali.

Accanto al contratto, inquadrabile come atto giuridico particolare, dilaga il fatto giuridico<sup>72</sup>: le convenzioni, le consuetudini, l'effettività. È un *patchwork* di fonti de-formalizzate, malleabili, elastiche per piegarsi alle esigenze dei nuovi sovrani e rigide per assicurare il rapido raggiungimento del risultato voluto.

L'autonomia privata è l'*humus* dal quale germogliano le norme: così è per antonomasia nell'ipotesi delle norme contrattuali, ma così può dirsi anche per le norme consuetudinarie, in quanto ascrivibili agli stessi soggetti che le osservano<sup>73</sup>.

---

esigenze, le più diverse e pervasive, dell'economia capitalistica», scrive G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit., par. XVI.

<sup>69</sup> Non a caso si discorre di *governance by contract* (per un primo riferimento e ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 149 ss.).

<sup>70</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 470, si riferisce a «un diritto che si alimenta di fonti variegata, ma accomunate tutte dal loro carattere *bottom-up*, ossia dal loro nascere dal caso e per il caso per stabilizzarsi progressivamente e divenire universali con l'uso e la reiterazione»; di un «passaggio dalla "regolamentazione" (la fissazione parlamentare di principi e regole di tipo astratto e generale) alla "regolazione", cioè una formale normativa di ispirazione pragmatica e casistica (ad opera del governo e delle agencies)», ragiona C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Giapichelli, Torino, 2008, p. 24; di un potere «che vincola direttamente i contraenti, ma, indirettamente, condiziona tutti coloro che entrano in rapporto con le parti bilaterali e multilaterali dei contratti», discorre G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit., par. XVI.

<sup>71</sup> Cfr. P.J. DI MAGGIO, W.W. POWELL, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, 1983, p. 147 ss.

<sup>72</sup> «Di un canale di produzione giuridica contrassegnato da una marcata fattualità», scrive P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 102; per precisazioni sul "fatto" e sul principio di effettività, si rinvia *infra*, par. 2.4.

<sup>73</sup> In questo senso, si veda R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 128: «la consuetudine è un modo peculiare di produrre norme, caratterizzato da autonomia e decentramento»; le norme consuetudinarie «sono create non da organi speciali per la produzione giuridica, bensì da quelle medesime persone che ad esse sono soggette. Sotto questo profilo, la consuetudine può essere accostata all'autonomia privata».

Resta, tuttavia, che, stabilizzandosi nel tempo e discostandosi dai loro autori, le norme

La nuova *lex mercatoria* sintetizza in sé tali caratteri: è un diritto spontaneo, «creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati», al fine di regolare i rapporti commerciali sui mercati<sup>74</sup>; è il diritto «spontaneously produced by the *societas mercatorum*, like usages of the international trade and general principles governing it»<sup>75</sup>. È il diritto della *business community* per disciplinare i rapporti reciproci e risolvere eventuali controversie<sup>76</sup>, senza mai tuttavia abbandonare il controllo e la disponibilità delle norme prodotte. È un diritto la cui strumentalità rispetto all'utilità del più forte non conosce limiti e cesure temporali; è un diritto *prêt-à-porter*, pronto a presentarsi nella taglia al momento necessaria: norme a fisarmonica, che si modellano senza soluzione di continuità<sup>77</sup>.

Il diritto politico, dunque, recede<sup>78</sup> e imperversa il diritto privato dei

---

consuetudinarie possono assumere, accanto ad un profilo di autonomia, una declinazione come eteronome.

<sup>74</sup> F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, ed. 2010, p. 248.

<sup>75</sup> B. GOLDMAN, *Introduction*, in T.E. CARBONNEAU (ed.), *Lex mercatoria and arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, rev. ed., Juris Publishing, 1998, p. XXI, il quale individua nelle fonti citate una nozione ristretta di *lex mercatoria*, in contrapposizione ad una definizione più ampia «according which all principles and rules governing specifically International contracts which embody international economic relations enter into *lex mercatoria*», compresi quelli «enacted by interstate treaties or even state legislations»; in tema, *ex plurimis*, cfr. anche K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

<sup>76</sup> P. RESCIGNO, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto*, cit., p. 90, ragiona di «un “ordinamento”» posto dal «ceto degli operatori economici» «da applicare nei reciproci rapporti, un ordine costituito da precetti che in larga misura nascono da diffuse consuetudini e dalla pratica degli affari».

<sup>77</sup> Gli operatori economici, nella «officina giuridica globale» o nella *lex mercatoria*, «si danno alla frenetica invenzione di strutture nuove e nuovissime più adeguate a ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici» (P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 122).

<sup>78</sup> Di «formazione non politica del diritto», in relazione alla società post-industriale e ad un diritto che «aspira a porsi come diritto universale», discorre F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., p. 249; ad un «contesto dominato da deregolazione, privatizzazione e crescente autorità di attori non statali», si riferisce F. GALLO, *Il diritto e l'economia. Costituzione, cittadini e partecipazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 106; rileva la contraddizione, rispetto ai tradizionali canoni del diritto statale, della *lex mercatoria*, M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 85, la quale, individuati gli elementi predominanti della *lex mercatoria* nei «moduli contrattuali “atipici”», negli usi commerciali e nelle decisioni arbitrali, ne evidenzia il carattere spurio rispetto ad un'ottica giuspositivistica.

“mercanti”<sup>79</sup>, fluido, contrattato, gestito dai consulenti giuridici degli azionisti di maggioranza delle principali *corporations* transnazionali, che contribuiscono a produrlo così come ad applicarlo nelle corti arbitrali.

Privatizzazione, contrattazione e frammentazione inducono alcuni commentatori ad evocare similitudini con l’età medievale, ragionando di medievalizzazione del diritto: «un ritorno al modello antico e medievale della giurisprudenza pretorile e dello *jus commune*»<sup>80</sup>, un «“neomedievalismo istituzionale”»<sup>81</sup>.

#### 4. Dalla legittimazione democratica all’effettività: validità versus efficacia

L’accantonamento dell’orizzonte giuridico statale e costituzionale, del diritto pubblico e del diritto politico, si coniuga con un mutamento dei parametri della normatività: l’approccio sostanziale sostituisce quello formale, la legittimazione democratica cede il passo all’effettività, la categoria dell’efficacia subentra a quella della validità. Si afferma una fattualità «tesa a mandare in soffitta il legalismo formalista escogitato dalla civiltà moderna a propria difesa»<sup>82</sup>; «i criteri di validazione dominanti sono l’efficienza funzionale, l’economicità, e in definitiva l’effettività, che pone ai margini il principio di legalità»<sup>83</sup>; emergono «quelle che appaiono come vere e proprie fonti-fatto», «sotto forma di atti innominati o, più spesso, di atti adottati in rottura dei limiti rappresentati dal rispetto delle procedure formali e

<sup>79</sup> «Un diritto che è dettato e si piega agli interessi di una classe» (così P. RESCIGNO, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, cit., p. 90).

<sup>80</sup> Così, nella sua ricostruzione, D. ZOLO, *Globalizzazione*, cit., p. 89.

<sup>81</sup> S. RODOTÀ, *Quando il fango cancella la politica*, in *la Repubblica*, 29 dicembre 2010; Rodotà, nel definire la vicenda Fiat Mirafiori «un caso esemplare di quello che viene chiamato “neomedievalismo istituzionale”», descrive «un mondo senza centro», dove «il governo dei processi, e la creazione delle regole che li accompagnano, sono ormai appannaggio degli specifici soggetti che agiscono in presa diretta nelle situazioni considerate» (il che, nel caso specifico, «legittimerebbe la Fiat, come ogni altro soggetto transnazionale, ad essere insieme imprenditore e legislatore, giudice non solo delle convenienze ma pure dei diritti, a Chicago come a Torino»).

<sup>82</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 48.

<sup>83</sup> Così G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., pp. 469-470.

delle forme legali», con una «disarticolazione del sistema delle fonti del diritto», e con ricadute sul ruolo dei Parlamenti e sulla «resa del sistema democratico»<sup>84</sup>.

Il fatto è interpretato come normativo, non tanto nel senso che produce norme giuridiche – seguendo la definizione di Riccardo Guastini – «se, e solo se, vi è una norma sulla produzione giuridica che lo assume come fattispecie condizionante di quella particolarissima conseguenza giuridica che è la nascita di nuove norme giuridiche»<sup>85</sup>, ovvero in quanto è riconducibile ad un contesto di diritto preesistente che lo identifica come fonte legale, quanto piuttosto perché *si impone* come produttivo di norme giuridiche in virtù del principio di effettività. Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico positivo, in quest'ultima accezione, il fatto si pone come fonte *extra ordinem*<sup>86</sup>; diversamente, muovendo nell'orizzonte liquido del diritto postmoderno, esso è fonte del diritto, senza ulteriori aggettivazioni, stante che la fluidità dei modi di produzione giuridica non consente di individuare un ordinato sistema di fonti legali.

L'effettività, in un contesto positivista, è mediata dalla validità delle procedure e delle forme, così come, dal punto di vista sostanziale, dal rispetto del principio di gerarchia, nella sua articolazione come principio di costituzionalità e principio di legalità, o di quello di competenza<sup>87</sup>. Essa è relegata al ruolo di *Grundnorm* presupposta ed è espulsa dalla quotidianità dell'ordinamento; riaffiora solo in ipotesi marginali<sup>88</sup>, o quale sintomo di

---

<sup>84</sup> F. BILANCIA, *Crisi economica, decisioni finanziarie ed istituzioni democratiche nazionali. Considerazioni di sintesi*, in *Federalismi.it*, n. 26/2016, p. 5.

<sup>85</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 128-129.

<sup>86</sup> Riprendendo R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 129: «si dicono “fonti *extra ordinem*” tutti quei fatti che, pur non essendo previsti come fatti produttivi di diritto dalle norme sulla produzione giuridica, nondimeno danno vita a norme che, di fatto, ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari, e si impongono come norme giuridicamente esistenti in virtù del cosiddetto “principio di effettività”»; similmente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 541: le fonti *extra ordinem* rappresentano «un prodotto immediato del principio di effettività il quale ... funziona direttamente come una norma sulla produzione giuridica ...».

<sup>87</sup> Ci si riferisce, cioè, alle due accezioni della validità, formale e materiale (fra gli altri, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 246); in tema, cfr. anche le classificazioni di L. FERRAJOLI, *Principia iuris, 1. Teoria del diritto*, cit., p. 530 ss., con la distinzione fra validità formale come «fatto di *conformità*» e validità sostanziale come «fatto di *coerenza*» (p. 533).

<sup>88</sup> Di esistenza di fatto, ad esempio, potrebbe ragionarsi a proposito della presenza di norme invalide, come una legge incostituzionale o un regolamento *contra legem*, anche se

un malessere del sistema delle fonti legali, quando, in caso di generalizzata e persistente non osservanza delle norme, può ripercuotersi sulla validità<sup>89</sup>.

Nel nuovo diritto liquido globale, invece, l'effettività è una presenza stabile, imprescindibile; da essa dipendono la creazione, la modificazione e l'estinzione delle norme. La validità, come intesa nell'accezione positivista, non rileva: una norma, in ragione del principio di effettività, «deve considerarsi giuridicamente esistente – anche se non risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari»<sup>90</sup>. Nel diritto della globalizzazione «non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività»<sup>91</sup>.

La norma assume come parametro non la validità, bensì l'efficacia, la sua capacità di raggiungere un determinato risultato, e a tale capacità è legata la produzione di effetti giuridici. Come a dire, l'efficacia come «capacità di produrre effetti giuridici»<sup>92</sup> è simbiotica rispetto all'efficacia come capacità di produrre il risultato. «Ciò che conta è il “successo”: l'accadere di un fatto in quanto fatto»<sup>93</sup>.

Ad essere accantonata è la categoria della validità in senso formale, in quanto scompaiono forme e procedimenti predefiniti, così come la validità in senso sostanziale dipendente da una struttura gerarchicamente ordinata è sostituita da parametri e obiettivi a disposizione degli attori dominanti.

in tali ipotesi, come è stato osservato, vi è comunque quantomeno «una parvenza come di validità formale» (R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 248) o una «validità parziale o in senso debole» (F. MODUGNO, *Validità. a) Teoria generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993); sono i casi in cui L. FERRAJOLI, *Principia iuris, 1. Teoria del diritto*, cit., p. 529, ragiona di «atti invalidi vigenti» (ovvero «atti conformi a talune ma non a tutte le norme formali») e «decisioni in contrasto, quanto al significato, anche solo con taluna delle norme sostanziali sulla loro produzione»).

<sup>89</sup> Per tutti, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Cedam, Padova, 1991, p. 8: «una disubbidienza diffusa verrebbe a togliere alle norme il requisito dell'“effettività”»; più recentemente, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 75: «una norma non può considerarsi giuridicamente esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari».

<sup>90</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 129.

<sup>91</sup> Così P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 289.

<sup>92</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 249.

<sup>93</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 88 (l'Autore, nel prosieguo, individua il successo della legge «nella imposizione ...»).

Il principio di legalità è detronizzato, sostituito da un *pot-pourri* di fonti nel quale la scelta è effettuata, come specificato *ante, à la carte*, soddisfacendo le voglie del momento; «allo schematismo rassicurante del criterio gerarchico di un tempo, rispettoso del principio di legalità in senso formale, ... si viene sostituendo il criterio della maggiore o minore adeguatezza della regola a rispondere alle esigenze del caso singolo da risolvere, e della conseguente scelta della fonte ...»<sup>94</sup>.

La struttura dello Stato costituzionale, dove la legittimazione democratica è il fondamento di un sistema positivista di fonti, presenta un sistema dove i rapporti di forza, esaurita la loro emersione allo stato “puro” nel momento costituente, sono incanalati in forme e procedure precostituite, all’interno di un quadro di norme sostanziali (quali principi e diritti), che ne limitano e dirigono il libero esplicarsi<sup>95</sup>. La *global economic governance* esprime, nel contesto di una razionalità neoliberista, rapporti di forza che danno luogo a norme che li rappresentano in un processo permanente<sup>96</sup>, dove il parametro del diritto è la sua conformità al risultato atteso da chi detiene la capacità di imporlo, ovvero la sua efficienza.

L’efficacia abbandona la validità e si unisce all’efficienza<sup>97</sup>, o, se si vuole, la validità abbandona l’orizzonte positivista e si lega all’effettività<sup>98</sup>: un

---

<sup>94</sup> G. ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in R.E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 57.

<sup>95</sup> ... o tentano di farlo, con tutte le difficoltà testimoniate ad esempio dall’abuso degli atti aventi forza di legge, o dall’inattuazione di non poche norme costituzionali.

<sup>96</sup> Scrive G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 470: «il diritto globale si forma a contatto con la vita in un processo di continuo affinamento e di verifica empirica costante in ordine alla sua efficacia e funzionalità rispetto alla soluzione dei problemi pratici da fronteggiare».

<sup>97</sup> Sul punto, si vedano le precisazioni di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 92: «“efficacia”, ancorché si lasci ricondurre a comune radice, non è il medesimo di efficacia e di effettività. Essa implica la funzionalità di un organismo, capace di produrre i risultati attesi».

<sup>98</sup> Senza nascondersi che la locuzione “effettività” non possiede un significato univoco («è fenomeno complesso, massiccio, poliedrico»), sintetizza G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit., par. XIII) ed è adoperata in contesti assai diversi: come è stato osservato (recentemente, così T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova, 2012, p. 109), «di «effettività» parla Santi Romano in riferimento al suo istituzionalismo, mentre parallelamente (e in posizione diametralmente opposta) ne parla Kelsen, in riferimento alla sua idea di ordinamento giuridico, per giungere ad Heidegger che lo usa come predicato dell’essere».

concetto di validità non più *à la Kelsen* bensì *à la Ross*<sup>99</sup>. La validità, detto altrimenti, vive in quanto efficacia<sup>100</sup>.

La durata delle norme non è formalizzata e disciplinata dai criteri per risolvere le antinomie delle fonti, ma è mobile: il tempo della vita di una norma è legato alla sua effettività, la quale è subordinata alla sua efficienza. Il diritto che ne consegue è un diritto in moto perpetuo, discendente in via diretta dalla materialità dei rapporti di forza.

La rassicurante presenza della validità come strumento, in un contesto di legittimazione democratica del diritto, di limitazione e regolamentazione del potere, lascia il campo ad una inquietante incertezza, dominata da volubili e malleabili criteri efficientisti.

È il diritto della «“dittatura del presente”», dove «la forza normativa del fatto ci dice solo che lo *status quo* è legittimo»<sup>101</sup>. Alla luce del concetto di diritto enucleato *ante*, sempre di diritto si tratta, seppure di un diritto non democratico, senza aspirazioni di giustizia, bensì dominato dall'efficientismo teso alla massimizzazione del profitto, nel contesto della strutturale diseguaglianza propria del finanzia-capitalismo. E si apre, dunque, il terreno dello scontro sul diritto: riconoscere l'effettività come fonte del diritto non significa, dato lo stato di lotta per il diritto, accettarne supinamente il dilagare, bensì raggiungere una disincantata consapevolezza sullo *status quo*, per meglio assumere – se questo è l'orizzonte che si sceglie – le difese di un diritto democratico, emancipante, ancorato alla giustizia, quale il diritto del costituzionalismo.

Ciò tanto più ove si consideri che non solo l'effettività si pone come criterio di legittimazione di “nuove” fonti del diritto, ampliando lo spazio del fatto giuridico in un ipotetico vuoto normativo, ma che essa corrode altresì il territorio delle fonti legali, depotenziandole. Le “norme dell'effettività” possono, cioè, determinare la disapplicazione delle fonti legali, le quali rimangono in vigore formalmente, ma perdono, per l'appunto, l'effettività, con inevitabili ripercussioni, nel lungo termine, sulla loro validità; il che, a

---

<sup>99</sup>Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., spec. p. 34 ss. e pp. 55-56; dello stesso Autore, si veda anche ID., a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, il Mulino, Bologna, 1982, spec. p. 152 ss.

<sup>100</sup>Citando quanto scriveva un giovane Norberto Bobbio, a proposito del diritto consuetudinario: «in esso validità ed efficacia coincidono», «il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa» (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, ed., con *Introduzione* di P. GROSSI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 48).

<sup>101</sup>Così G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., p. 105, che identifica il filo conduttore degli argomenti trattati nel volume proprio nella critica alla forza normativa del fatto.

sua volta, revoca in dubbio lo stesso principio di legittimazione sul quale le fonti stesse si fondano.

I tentativi del normativismo di oscurare il fatto cedono e si illumina l'affermazione che «il diritto deriva dal fatto»: Bobbio lo sosteneva criticando il requisito dell'*opinio iuris* quale elemento necessario per la formazione di una consuetudine<sup>102</sup>, ma il discorso può estendersi anche al diritto politico positivo, quando si passa dal piano della fonte del diritto a quello del fondamento del diritto.

Le norme incardinate sull'effettività – si può quindi rilevare – hanno un ancoraggio diretto ed immediato nella società: in questo senso si può ragionare di diritto spontaneo<sup>103</sup>. La prospettiva della spontaneità può, *prima facie*, evocare l'immagine di un diritto *osservato*, e non obbedito, ovvero di un diritto “vicino”, dove autori e destinatari delle norme coincidono<sup>104</sup>: un diritto, in sintesi, dal carattere eminentemente *autonomo*. Tale lettura però misconosce il dato reale<sup>105</sup>: non si sta discorrendo del diritto di una comunità di persone libere ed eguali<sup>106</sup>, bensì del diritto della *global*

---

<sup>102</sup> N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 68: «fondare la validità del diritto sul convincimento di chi lo deve osservare serve al fine di combattere la tesi che il diritto sia all'origine null'altro che uno stato di fatto e quindi forza; ma una tesi si combatte con argomenti tratti dall'esperienza e non con aspirazioni morali ... La tesi del convincimento è dunque anch'essa la ripetizione di una posizione ideologica ...»; sia consentita un'annotazione *prima facie*: convince la riconduzione della consuetudine ad uno stato di forza, che rinvia più ampiamente all'idea del diritto come espressione della materialità dei rapporti di forza, ciò però non conduce forse ad escludere la necessaria presenza dell'elemento psicologico inteso come volontaria adesione, ma non di per sé il convincimento della giuridica doverosità della condotta?

<sup>103</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., spec. p. 62 ss.

<sup>104</sup> Come osserva G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit., par. IV: «appaiono spontanee le fonti raccontate (*opinio juris ac necessitatis*). Ma non ne possiamo essere certi. Non sapremo mai se la *opinio* si sia formata per libera e comune convinzione dell'aderenza della regola giuridica al fatto, al rapporto, all'evento cui si applica, o invece, come sembra più probabile, sia stata dettata da qualcuno che fosse dotato di autorità – non importa se morale, o sociale, o politica».

<sup>105</sup> In argomento, si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 541, il quale, tra i fattori che determinano in pratica «l'operatività del principio di effettività», annovera il «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole» così come «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza ... o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese od occulto».

<sup>106</sup> Come può essere, citando un'esperienza attuale, se pur limitata a territori circoscritti, che la rendono un'eccezione nel panorama comparato, per il diritto prodotto nel conte-

*economic governance*. Per i “nuovi sovrani”, le norme sono autonome, nel senso che sono da essi auto-prodotte ed osservate spontaneamente, ma per la stragrande maggioranza degli abitanti del pianeta sono *eteronome*. Un’eteronomia che evoca concetti come sudditanza ed obbedienza; con l’aggravante della mancanza di sanzionabilità in termini di responsabilità politica.

Detto altrimenti, viene meno nel territorio globale la possibilità di qualificazione delle norme come autonome in quanto prodotte da organi di intermediazione, quali i parlamenti, che costituiscono espressione della sovranità popolare, sia in quanto eletti a suffragio universale all’interno di un contesto democratico sia in quanto soggetti a meccanismi di responsabilità e controlli periodici<sup>107</sup>. Non esiste – al momento – nello spazio-mondo un equivalente della rappresentanza<sup>108</sup>, come concepita in uno Stato democratico-pluralistico, e sociale, la quale consente di ricondurre le norme alla sovranità popolare e quindi di ragionare di autonomia del diritto (senza pe-

---

sto del *mandar obedeciendo* delle comunità zapatiste, o dell’esperienza della Comune di Oaxaca (cfr. G. ESTEVA, *La comune di Oaxaca. Cronaca di un movimento annunciato*, Carta, 2008; nonché, sulle esperienze messicane, con specifica attenzione alle forme di «democrazia radicale», sia dei municipi autonomi zapatisti e delle Giunte di Buon Governo sia della Comune di Oaxaca, V. SERGI, *Il vento dal basso nel Messico della rivoluzione in corso*, ed.it, Catania, 2009, p. 173 ss.); per non riferirsi a sistemi più antichi, come quello africano della *palabre* (si vedano, per un primo approccio nella letteratura italiana, B. BUJO, *I diritti dell’uomo: la visione dell’Africa nera. È possibile un pluralismo?*, in L. BONANATE, R. PAPINI (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 325 ss.; in argomento vedi anche, per altri esempi, O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, trad. it. *La democrazia nell’era della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 80; D. GRASSI, *Forme tradizionali di autogoverno politico e democrazia in America Latina e Africa sub-sahariana*, in *Nuvole*, n. 40, luglio 2009; A. CACOPARDO, *Antiche gentes e democrazia*, in *Nuvole*, n. 42, ottobre 2009).

<sup>107</sup> Diversamente, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, F. PALLANTE, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, cit., p. 21, dove l’autonomia individuale è intesa come spazio di libera azione dell’individuo, in quanto non regolata dal diritto, donde la configurazione del diritto «come un insieme di norme che alle ragioni soggettive dell’agire sovrappongono ragioni oggettive; in una parola: che sostituiscono l’autonomia con l’eteronomia».

<sup>108</sup> Si intende un «equivalente omeomorfo» (l’espressione si deve a R. PANIKKAR, *La torre di Babele. Pace e pluralismo*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (FI), 1990), ovvero un *quid* che, anche in forme totalmente differenti e al momento ignote, possa esercitare una funzione analoga a quella della rappresentanza; si tratta, cioè, per dirlo con le parole di Ulrich Beck, di «trovare o inventare per la modernità cosmopolitica un’altra architettura che consenta di associare la democrazia ai diritti dell’uomo» (U. BECK, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter. Neue weltpolitische Ökonomie*, 2002, trad. it. *Potere e contropotere nell’età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 401).

raltro misconoscere la “finzione” che può nascondersi dietro il *medium* rappresentativo).

Le norme spontanee della *global economic governance* esprimono la volontà del più forte, riflettono la materialità di rapporti economici nettamente sbilanciati, e in quanto tali vengono obbedite perché non si può “farne a meno”, cioè «non per convinzione, ma per costrizione»<sup>109</sup>. Il darwinismo sociale, la competitività, il *laissez-faire* non si prestano certo a costruire un diritto di tutti e per tutti, il quale esige il riconoscimento dell’eguaglianza sostanziale, della centralità della persona, dell’emancipazione e della giustizia sociale.

Ritorna l’immagine del diritto che, nella molteplicità delle vesti che indossa (fuor di metafora, nella pluralità delle fonti), è neutro rispetto ad un contenuto che è determinato dal contesto sociale, economico, politico, culturale, ovvero dai rapporti di forza, che esso recepisce e stabilizza, o tenta di stabilizzare e riprodurre.

Non è il legame più o meno immediato del diritto con la società, il suo essere dipendente dal fatto in sé piuttosto che da criteri formali, ma è la concretezza dei rapporti di forza che stabilisce il discrimine fra diritto democratico o non democratico, osservato o obbedito.

Nel conflitto sul diritto di questo inizio di XXI secolo lo scontro fra validità, formale e sostanziale, ed effettività narra di un conflitto fra democrazia e autocrazia, tra eguaglianza e diseguaglianza, ma è un dato contingente.

## 5. La rete e la rigidità del diritto liquido

Il “nuovo diritto” non si limita, tuttavia, ad ammiccare evocando l’immagine di un diritto auto-prodotto dai consociati che, per se stesso, sarebbe più “democratico”; una mistificazione analoga riguarda la rappresentazione del diritto come sistema.

Al ritratto verticistico di un ordinamento giuridico simbolicamente rappresentato dalla piramide e costruito sul principio di gerarchia, si sovrappo-

---

<sup>109</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 238, che, nel prosieguo, afferma come a tali norme si obbedisca fino a quando non si possa farne a meno, ovvero «fino a che chi comanda è effettivamente il più forte».

pone l'istantanea di una rete morbida e policentrica<sup>110</sup>. All'“odiosa” figura di uno Stato sovrano, che dall'alto ordina, si affianca la visione di un mondo dove le norme si formano secondo una logica plurale e comunitaria.

In primo luogo, *incidenter*, una precisazione: si ragiona di sovrapposizione, o meglio, di *tentativi di sovrapposizione*, e affiancamento, del “diritto della rete” al “diritto della piramide”. Si vuole, cioè, rimarcare come vi sia, indubbiamente, il tentativo del nuovo diritto globale di fagocitare il “vecchio” diritto di matrice statale<sup>111</sup>, ma come, per l'appunto, non vi sia ad oggi la prevalenza di un modello, ma si possa, invece, registrare la coesistenza di due strutture normative, le quali, oltre che conoscere reciproche penetrazioni e generare ibridi<sup>112</sup>, sono in conflitto<sup>113</sup>. Non convince, cioè, né la lettura che espunge le “nuove norme” dalla sfera del diritto, nel nome

---

<sup>110</sup> *Ex multis*, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 29 ss.; A.J. ARNAUD, *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*, in *Droit et Société*, 35-1997 (*Globalisation des échanges et espaces juridiques*), p. 15: «on assiste à la renaissance d'un pluralisme juridique», «le droit étatique est aussi relayé ... On assiste à un déplacement de la production juridique vers des pouvoirs privés économiques; on note l'importance du rôle joué par les corporations, les codes de conduite privés, le développement d'un droit négocié, la juridicisation croissante d'une normalisation technique, ecc.»; M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2005, pp. 427-428: «il mutamento profondo nel diritto attuale obbliga a un cambio di paradigma nel suo studio. Il modello della rete sostituisce quello della piramide», «scompare lo Stato come unico centro produttore del diritto e la produzione delle norme diviene “policentrica”»; C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, cit., p. 25: «la coppia moderno-globalizzazione, implica il passaggio dall'universalità della legge al pragmatismo e al relativismo, da un sistema sostanzialmente monocentrico, fondato sullo stato sovrano, ad una pluralità illimitata e scoordinata di fonti»; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, spec. p. 27 ss.

<sup>111</sup> Con la locuzione “di matrice statale” si intende includere anche il diritto internazionale “classico”, incardinato sugli Stati.

<sup>112</sup> Per alcuni riferimenti, cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete*, cit., p. 32 ss.

<sup>113</sup> In questo senso, si veda F. OST, *Dalla piramide alla rete*, cit., p. 32: «la nostra tesi fondamentale è che dalla crisi del modello piramidale stia progressivamente emergendo un paradigma concorrente, quello della *rete*, senza che da ciò consegua, tuttavia, la totale sparizione del vecchio modello»; per una lettura che sottolinea aspetti differenti, cfr. M.G. LOSANO, *Diritto turbolento*, cit., p. 429, che legge «la teoria sistematica e la visione reticolare» come «complementari», sottolineando come «la piramide esprime la struttura del diritto; la rete esprime la funzione del diritto».

di una sua purezza, dato il concetto di diritto postulato e argomentato *ante*; né si ritiene coerente con la realtà la tesi che le riduce ad anomalia e fenomeno eccentrico, stante la loro pervasività.

In secondo luogo, si sottolinea come il proposito è dipingere un ritratto il più possibile dal vero dei connotati dei contendenti per come storicamente determinati, non il loro modello ideale o idealizzato. Da un lato, dunque, non si può non rilevare come abbia un che di mito l'immagine di un sistema delle fonti limpido, ordinato e riconducibile *ad unicum*, coerentemente organizzato in base al principio di gerarchia; del resto, una tale immagine assume una diversa pregnanza già se si ragiona in un sistema di *common law*, strutturalmente più duttile e circolare<sup>114</sup>. Altrettanto, è innegabile la distanza dall'ideale dell'identità governanti-governati delle odierne democrazie, sempre più maggioritarie e «senza democrazia»<sup>115</sup>; pur restando, d'altro canto, che la figura di uno Stato grande Leviatano non corrisponde comunque alla fisionomia delle democrazie democratico-pluralistiche, quando non sociali, del secondo Novecento. Ciò per tacere della metamorfosi che stanno incontrando classiche fonti del diritto statale, dalla legge, sempre meno la fonte *par excellence* e sempre meno generale e astratta, al diritto giurisprudenziale, sempre più creativo e imperniato sul bilanciamento di interessi e di valori<sup>116</sup>.

Dall'altro lato, non si può misconoscere come, se di realtà si vuole trattare, decisamente distopica appaia l'immagine della rete.

Abbandonare relazioni verticali in favore di rapporti orizzontali non implica necessariamente che essi siano simmetrici<sup>117</sup>. Ragionare di collabo-

---

<sup>114</sup> In senso ampio, sulle differenze «costituzionali» tra *common law* e *civil law*, cfr. T. FLEINER, C. SAUNDERS, *Constitutions Embedded in Different Legal Systems*, in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (edited by), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Oxon/New York, 2013.

<sup>115</sup> Così M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, cit., che chiede alle società occidentali, per continuare a definirsi democratiche, nella consapevolezza della difficoltà di integrare tutto l'ideale, la fedeltà «almeno al nucleo qualificante» dell'ideale, per non scivolare in un mero «discorso pubblico retorico privo di sostanza ma strumento efficace nelle mani di chi è in grado di manipolare quelle masse popolari pur sempre titolari ... della sovranità» (p. 7), ed utilizza, per fotografare la situazione esistente, propria del «secondo sistema liberaldemocratico» (p. 54 ss.), l'espressione «governi a legittimazione popolare passiva» (spec. pp. 83-87).

<sup>116</sup> Sull'argomento, in una amplissima bibliografia, si segnala L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016, p. 13 ss.

<sup>117</sup> Come scrive A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*,

razione e interdipendenza<sup>118</sup>, piuttosto che di gerarchia, evoca uno scenario democratico, ma, come nota Sabino Cassese, la figura organizzativa “rete” ha conosciuto in passato «almeno due utilizzazioni importanti», quella dell’ordinamento medievale e quella di alcuni imperi coloniali, come l’Impero inglese<sup>119</sup>: sono due esempi che, da soli, argomentano come non sia intrinseco rispetto alla rete un giudizio di maggiore o minore aderenza alla democrazia o alla prospettiva dell’eguaglianza.

Discorrere di policentrismo nel mondo globalizzato odierno non significa ragionare di un diritto che proviene dal basso, creato attraverso una democratica ed eguale condivisione e compartecipazione alla produzione giuridica, bensì di un diritto frammentato e frantumato, preda dei soggetti che hanno il potere di appropriarsene, *ça va sans dire*, a proprio uso e consumo.

In altri termini, non convince la rete come modello inclusivo, che evoca orizzontalità, intersoggettività, interconnessione, convivenza, *contra* la piramide come modello escludente, *in re ipsa* caratterizzato da diseguaglianza, da rapporti verticali, dalla logica del comando.

A prescindere dalla considerazione che il dato materiale è composito, refrattario ad essere costretto in un modello astratto e facile invece a contaminazioni, la dicotomia piramide *versus* rete come *supra* aggettivata, o quella «impero del diritto» (Dworkin) *versus* «arcipelago della norma» (Timsit)<sup>120</sup>, sottovaluta alcuni elementi.

Ciò, essenzialmente per due ragioni convergenti, già affiorate, ovvero sia in quanto, pur con tutti i limiti, quando si riflette di fonti statali, si muove nel contesto di uno Stato democratico-pluralistico, se non sociale, nella cui *higher law* si sancisce il diritto del costituzionalismo; sia in quanto i fili della rete sono nelle mani dei nuovi sovrani della *global economic governance*.

---

Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 161, «se, concettualmente, l’indebolimento della sovranità quale garante dell’effettività apre la scena a rapporti non verticali ma orizzontali e ad una effettività fondata sul calcolo di convenienza, non per questo relazioni orizzontali sono relazioni paritarie»; per una lettura “in positivo” del diritto transnazionale, innervato da strumenti di partecipazione «degli interessati» (spec. p. 61 ss.), cfr. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

<sup>118</sup>S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 21, individua nella «collaborazione o interdipendenza» uno dei due tratti (il secondo è «appartenenza a entità o apparati diversi») con il quale il termine “rete” è utilizzato nel diritto.

<sup>119</sup>S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., p. 22.

<sup>120</sup>Cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete*, cit., p. 36.

Da un lato, “si dimentica” che i principi del costituzionalismo mirano a rendere autonomo il diritto per tutti <sup>121</sup>, sovvertendo la logica del diritto come imposizione attraverso il riconoscimento della sovranità popolare (coniugata con l’orizzonte dell’eguaglianza sostanziale) <sup>122</sup>; dall’altro lato, si sopravvalutano le potenzialità del carattere spontaneo e sociale del diritto <sup>123</sup>.

Policentria <sup>124</sup>, diritto solubile, internormatività <sup>125</sup>, citando alcuni concetti o locuzioni proposte, sono formule suggestive e possono prestarsi a descrivere lo *status quo* del diritto (di una parte di esso) e a coglierne le trasformazioni in modo più “efficace” rispetto a letture che tendono a ridurre la portata delle nuove (non)forme di diritto o a configurarle in termini di eccezionalità o di anomalia, se non a negarne l’originalità. Una rappresentazione non illusoria è prodromica a qualsiasi interpretazione della stessa, nella prospettiva che il diritto, strutturalmente neutro, non lo è nelle sue concretizzazioni in ordine a forme e contenuto, le quali esprimono determinati rapporti di forza e orizzonti assiologici.

Il discorso, però, muta se il diritto liquido assurge al rango di progetto, in un’ottica prescrittiva, per il futuro, misconoscendo come esso, *rebus sic stantibus*, sia un canto delle sirene letale per la prospettiva dell’eguaglianza, della democrazia, dell’emancipazione <sup>126</sup>.

La sostituzione dell’ordine di fonti predeterminate, caratterizzate da una specifica forma e ordinate in base a criteri preventivamente stabiliti, avviene a favore di un dis-ordine di fonti eterogenee, frammentate, fran-

---

<sup>121</sup> Si ripete: con tutte le contraddizioni, i limiti, le ambiguità, nonché le regressioni, nella concretizzazione dei principi cui si assiste.

<sup>122</sup> ... *alias*, il riferimento è ad un costituzionalismo che abbraccia la sfera politica, quella sociale e quella economica.

<sup>123</sup> A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 162, discorre, a proposito della *lex mercatoria* e degli accordi multilaterali di tipo commerciale, di «una forma opaca, e perciò forse anche più insidiosa di coercizione», di «tratti meno palesi ma egualmente costrittivi di dominio, di esclusione».

<sup>124</sup> Alle osservazioni sul carattere policentrico del diritto già citate, *adde* il volume, emblematico sin dal titolo, di A. HIRVONEN (edited by), *Policentry: The Multiples Scenes of Law*, Pluto Press, London, 1998.

<sup>125</sup> Cfr. J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoise à l’étude de l’internormativité*, LGDJ, Paris, 1996.

<sup>126</sup> In questo senso pare *molto* ottimista la *pars costruens* del discorso di Teubner, ladove ragiona di sviluppo nelle costituzioni sociali parziali di «autolimitazioni costituzionali» (G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale*, cit.).

tumate, de-formalizzate e de-tipicizzate<sup>127</sup>. Contratti, consuetudini, convenzioni, residui di diritto politico, sentenze delle giurisdizioni ordinarie, lodi arbitrali, *soft law*: un *mélange* disarticolato. È un dis-ordine, tuttavia, lungi dall'essere "neutro": è un *pot-pourri* dal sapore dolce per alcuni (i pochi dell'*élite* del finanzia-capitalismo) e dal sapore amaro per molti.

È una galassia di fonti legate dalla forza dei soggetti dominanti, ovvero una rete che ondeggia e si plasma secondo i voleri del mercato. È un caos hobbesiano, dove le scorribande dei mercenari del nuovo diritto globale impongono le proprie regole, malleabili e manipolabili<sup>128</sup>.

L'opacità diviene la nota dominante: l'evanescenza e la natura multiforme dei nuovi sovrani così come il carattere policentrico e flessibile delle fonti del diritto rendono l'esercizio del potere privo di controllo. L'irresponsabilità si presenta come strutturale effetto collaterale di norme polimorfe e fluide.

La liquidità del "nuovo diritto" nulla toglie peraltro alla sua rigidità, nel senso che, flessibile nelle forme e disponibile nel contenuto, esso non è una morbida coperta *patchwork* che avvolge e riscalda delicatamente ma una fredda e rigida gabbia a maglie d'acciaio.

## 6. Lo spazio del diritto dal basso ed emancipatorio

Quanto osservato circa la rete, si ribadisce, non riguarda *a priori* il modello "rete" – la rete in sé è neutra –, bensì la sua estrinsecazione quale strumento normativo del finanzia-capitalismo.

Al *patchwork* giuridico prodotto dalle tendenze egemoniche della *global economic governance* può essere contrapposto non solo il diritto del costituzionalismo, bensì anche un *patchwork* contro egemonico di norme tese all'eguaglianza, alla giustizia sociale, a sperimentare nuove modalità di partecipazione e organizzazione, ecc.<sup>129</sup>. Esiste una rete nei cui nodi non vi

---

<sup>127</sup> Di un processo giuridico di produzione normativa che «si frantuma nei vasti territori di un *brave new world* facendosi disordinato e incontrollabile», scrive G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., p. 65; sul tema, *ex multis*, cfr. P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism*, in *Southern California Review*, vol. 80, 2007, p. 1155 ss., e in *Princeton Law and Public Affairs Working Paper*, No. 08-002, 2007.

<sup>128</sup> Cfr. I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, 1997, ed. it. *Geopolitica del caos*, Asterios, Trieste, 2016.

<sup>129</sup> La stessa *governance* globale, come è stato osservato (A. FERRARA, *Governance e go-*

sono le società transnazionali, ma i movimenti dal basso dei cittadini del mondo, con la creazione di spazi di autogestione, di *altra* economia, di comunità locali, che testimoniamo un modo di concepire e produrre le norme, alternativo, sia rispetto al *modus operandi* delle democrazie rappresentative (sempre meno, ammesso e non concesso che lo siano mai state, rappresentative e sempre meno democratiche) sia alla rete imperiale del finanzia-capitalismo.

Ugo Mattei e Laura Nader ragionano in proposito di un «regime di legalità popolare», «fondato sulla giustizia sociale anziché sulla definizione capitalista di efficienza economica», che si contrappone al «regime di legalità imperiale» e potrebbe cambiarlo<sup>130</sup>. L'idea, precisa altrove Mattei, spostando la prospettiva del «comune», è un diritto «prodotto per così dire “dal sotto in su” ed emancipato tanto dall'assolutismo giuridico dello Stato sovrano quanto dalla morsa predatoria della persona giuridica transnazionale privata ...»<sup>131</sup>.

Altri, come de Sousa Santos, discorrono di «legalità cosmopolita» come elemento di una globalizzazione antiegemonica e strumento per l'emancipazione sociale<sup>132</sup>, che si differenzia dalle «nuove forme di legalità globale

---

*verno: la democrazia oltre la scala nazionale*, in *Parolechiave*, 43, 2010, p. 169 ss.), può essere letta, nella consapevolezza che il metro nazionale della democrazia, alla luce del potenziale trasformativo di quest'ultima, può essere sostituito dal ricorso ad altri parametri, quale quello della democrazia deliberativa, come non necessariamente portatrice di un deficit democratico: un discorso che si può condividere in astratto, ma, nello specifico dell'attuale *global economic governance*, non vale a colmare la distanza rispetto all'ideale democratico, nelle diverse declinazioni che esso può assumere.

<sup>130</sup> U. MATTEI, L. NADER, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, 2008, trad. it. *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Mondadori, Milano, 2010, p. 226; cfr., inoltre, *ivi*, più ampiamente, p. 220 ss., per l'indicazione di casi di «legalità popolare», nonché, per una revisione del diritto nella direzione auspicata, F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, 2015, trad. it. *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro (AR), 2017.

<sup>131</sup> U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015, spec. p. 87; per una critica del ripudio *tout court* dello Stato e del pubblico, senza distinzione tra le differenti forme di Stato, sia consentito rinviare a A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013; si segnalano altresì, per una sferzante critica ad alcuni approcci al discorso dei beni comuni, E. VITALE, *Contro i beni comuni, Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013, nonché, per interessanti riflessioni sul tema, MAR. FIORAVANTI, *Costituzionalismo dei beni comuni*, in *Storica*, n. 55, 2013, p. 103 ss.

<sup>132</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Casi di diritto emancipatorio*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2004, p. 157 ss.

«provenienti dall'alto», create da potenti attori transnazionali», come la *lex mercatoria*, le quali «si alleano e si articolano con la legalità dello stato in una specie di cogestione giuridica, la quale rafforza la globalizzazione neoliberale e rende più profonda l'esclusione sociale». Una lettura, quella di de Sousa Santos, disincantata, nei confronti dello Stato, ma anche del pluralismo giuridico, che «svolge un compito centrale nella legalità cosmopolita, ma dovrà sempre essere assoggettato ad una specie di test», per verificare se «contribuisca alla riduzione della disparità nelle relazioni di potere diminuendo, così, l'esclusione sociale o elevando la qualità dell'inclusione, oppure, al contrario, renda più rigidi gli scambi disuguali e in tal modo produca esclusione»<sup>133</sup>.

Nel pensiero anarchico, si ragiona di un diritto, non statale, il cui scopo è «il *coordinamento* e non la subordinazione»: la regolamentazione di «una "rete" di organizzazioni funzionali e territoriali» per instaurare l'interdipendenza nei campi socio-economico ed ecologico»<sup>134</sup>. È un diritto che nasce nel contesto dell'autodeterminazione e di «sistemi coreferenziali» ed è concepito come autonomo, non gerarchico e legato alla figura del contratto collettivo libero, con il richiamo a concetti come «diritto interattivo»<sup>135</sup>.

La costruzione di forme di diritto emancipatorio dal basso è senza dubbio affascinante e conosce alcune concretizzazioni, dall'*altra* storia raccontata dall'organizzazione dei popoli indigeni<sup>136</sup> e delle «società segmenta-

<sup>133</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Casi di diritto emancipatorio*, cit., p. 161.

<sup>134</sup> T. HOLTERMAN, *Le "regole" dell'anarchismo*, cit., p. 36; in tema, cfr. altresì M. COSUTTA, *Enrico Malatesta. Note per un diritto anarchico*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2015; M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei Moderni*, DeriveApprodi, Roma, 2017.

<sup>135</sup> T. HOLTERMAN, *Le "regole" dell'anarchismo*, cit., p. 39; l'Autore cita come esempio l'organizzazione di Indymedia, con i suoi *draft unity criteria* e *draft membership criteria*.

<sup>136</sup> Profili interessanti, quando si ragiona di *altre* forme di organizzazione politica, possono essere tratti dagli studi di antropologia politica, quali, ad esempio l'analisi in termini di "anarchia ordinata" dell'organizzazione dei Nuer dell'Alto Nilo di E.E. EVANS-PRITCHARD (in *I Nuer: un'anarchia ordinata*, Franco Angeli, Milano, 1975), nonché, in senso ampio, limitandosi ad alcune citazioni, le ricerche di M. FORTES, E.E. EVANS-PRITCHARD (eds), *African political system*, Oxford University Press, London, 1940; P. CLASTRES, *La società contro lo Stato*, cit.; J. PALEY, *Towards an anthropology of democracy*, in *Annual Review of Anthropology*, 2002, v. 31, p. 469 ss.; in senso ricognitivo, nella dottrina italiana, cfr. A. FAVOLE, *Le democrazie degli altri: prospettive antropologiche*, in *Parolechiave*, 43 (democrazia), giugno 2010, p. 155 ss.; sul tema può inoltre citarsi, da una differente prospettiva disciplinare, A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'Occidente*, Mondadori, Milano, 2004.

rie»<sup>137</sup> alle esperienze di autogestione ed economia alternativa, e costituisce una modalità di resistenza al diritto del neoliberismo. Così come, dal punto di vista teorico, sempre in contrapposizione al “giuridico” del neoliberismo, si situano le proposte che muovono nello spazio del *comune* e dei *Commons*<sup>138</sup>, con una tendenza non solo all’eccedenza rispetto al diritto esistente bensì anche alla creazione di una nuova legalità, a partire dalla sperimentazione di pratiche<sup>139</sup>. Il diritto è prodotto «liberamente, autonomamente» nel comune, il quale «si fa nell’immanenza della cooperazione», oltre qualsiasi statica o riferimento trascendentale, ed è «diritto a essere e a restare liberi», «diritto a non recedere dalla propria autonomia», ovvero «un’autonormazione permanente innestata al processo della vita», per rendere «permanente la resistenza all’appropriazione»<sup>140</sup>.

Sono tuttavia esperienze *al momento* circoscritte, proposte minoritarie, non in grado di competere alla pari nello scenario globale con la *vis* del diritto dall’alto dei nuovi sovrani.

Non si vuole peraltro con ciò difendere ad oltranza il diritto incardinato nella forma Stato (spesso responsabile della distruzione di altre forme di diritto), ma rilevare come attualmente la meta-dicotomia fra diritto democratico e non democratico, dell’eguaglianza e della diseguaglianza, della sopraffazione e dell’emancipazione, passi *soprattutto* attraverso il conflitto fra il drit-

---

Con specifica attenzione al diritto, si veda altresì, per un primo riferimento, con approccio generale, ma sintetico, sull’antropologia del diritto (anche nella sua distinzione rispetto all’antropologia giuridica), R. MOTTA, *Antropologia del diritto e antropologia giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2015, p. 575 ss.; più ampiamente, R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>137</sup> La fortuna dell’espressione si deve a E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Edizioni di comunità, Milano, 1971 (p. 186: «diamo il nome ... di società segmentarie a base di clan ai popoli che sono costituiti da un’associazione di *clan*», «per indicare che esse sono formate dalla ripetizione di aggregati simili», connotati da una natura mista, «ad un tempo familiare e politica»), ed è utilizzata nell’ambito degli studi antropologici.

<sup>138</sup> Cfr. M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010; S. CHIGNOLA (introduzione e cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, ombre corte, Verona, 2012.

<sup>139</sup> Un inquadramento del tema è in G. ALLEGRI, *Le esperienze giuridiche delle nuove istituzioni comuni nella crisi delle democrazie capitalistiche*, in G. ALLEGRI, M.R. ALLEGRI, A. GUERRA, P. MARSOCCHI (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. p. 91 ss.

<sup>140</sup> S. CHIGNOLA, *Introduzione*, in S. CHIGNOLA (introduzione e cura di), *Il diritto del comune*, cit., p. 14.

to del costituzionalismo<sup>141</sup> e il diritto della *global economic governance*.

Con due annotazioni: da un lato, che il diritto del costituzionalismo non coincide con le norme che compongono l'ordinamento giuridico statale, le quali, anzi, sempre più spesso contraddicono o non attuano quanto sancito nelle costituzioni<sup>142</sup>; dall'altro lato, che forme nuove di diritto emancipatorio dal basso possono allearsi con la tradizione del costituzionalismo e della limitazione del potere<sup>143</sup>, che non sono dati una volta per tutte ma sono aperti, per non dire necessitano, di nuovi sviluppi<sup>144</sup>, di forme nuove di diritto contro egemonico e di diritto emancipatorio.

---

<sup>141</sup> ... che, in attesa della costituzionalizzazione del diritto internazionale o del costituzionalismo globale trova espressione in specie negli Stati.

<sup>142</sup> ... nel qual fatto allo stato non si rileva un disconoscimento del diritto costituzionale, quanto piuttosto uno stadio di lotta per/sulla sua attuazione.

<sup>143</sup> Come osserva B. DE SOUSA SANTOS, *Casi di diritto emancipatorio*, cit., pp. 162-163, pur potendo dar luogo a «una tensione tra il cosmopolitismo nel suo complesso e la legalità cosmopolita», «in un periodo in cui le aspettative sociali sono negative se paragonate alle esperienze sociali del quotidiano, la legalità cosmopolita si potrà trovare nella situazione di essere più efficace quando difende lo status quo giuridico ...»; malgrado le differenze fra «legalità demoliberale» e «legalità cosmopolita», «le lotte cosmopolite possono collegare utilmente strategie giuridiche cosmopolite e strategie demoliberali» (un'ibridazione giuridica che l'Autore riscontra nelle lotte a favore dei diritti umani).

Ciò non esclude peraltro che possano darsi ipotesi di diritto «presente sotto le spoglie di pratiche illegali, che altro non sono se non un mezzo per lottare per una legalità alternativa» (*ivi*, p. 191); per riflessioni in senso ampio sul rapporto fra diritto ed emancipazione sociale, si veda anche ID., *Può il diritto essere emancipatorio? Una riflessione teorica*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/2004, p. 25 ss.

<sup>144</sup> ... come, *ma non solo*, «l'allargamento alle relazioni internazionali del paradigma dello stato costituzionale di diritto», la costruzione di un «costituzionalismo di diritto privato», muovendo dalla considerazione che «l'esaltazione (liberista) come «libertà» esente da limiti e controlli dei diritti civili di autonomia privata, che sono in realtà diritti-potere, si risolve in una sorta di neo-assolutismo dei poteri economici del mercato» (così L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, cit., pp. 18 e 22); più ampiamente, dello stesso Autore, cfr. altresì *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Mucchi, Modena, 2017, dove si prospettano «quattro espansioni» della democrazia costituzionale: a garanzia dei diritti sociali, nei confronti dei poteri privati, a tutela dei beni fondamentali e a livello del diritto internazionale (spec. p. 25 ss.).

Una consonanza rispetto alla prospettiva descritta si può rintracciare altresì nella «*concezione dinamica* della costituzione come progetto inconcluso», che legge lo Stato democratico di diritto non come «una struttura perfetta» ma piuttosto come «un'impresa difficile e delicata», «progettata al fine di realizzare ogni volta *daccapo*, nel mutare delle circostanze, il sistema dei diritti» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 455).

L'idea, sviluppata nell'alveo della legalità cosmopolita, della «giustizia trasformatrice», cioè di «un progetto di giustizia sociale che vada oltre l'orizzonte del capitalismo globale»<sup>145</sup>, è compagna del concetto di eguaglianza sostanziale del costituzionalismo emancipante.

Può darsi cioè un'alleanza tra forme di diritto differenti – *hard law* statale e diritto spontaneo dal basso – che condividono la stessa tensione verso la realizzazione di un diritto democratico, eguale, giusto; è sempre opportuno ricordare come il paesaggio giuridico non sia solo quello del mondo parcellizzato in Stati e del modello giuridico democratico-liberale occidentale. Lo scontro odierno sul diritto non si gioca solo in difesa con il diritto costituzionale statale, ma anche in attacco immaginando nuove forme di diritto dal basso ed emancipante, contro la pervasività delle norme spontanee del finanzia-capitalismo.

Le prospettive in senso lato costituzionali si schierano, dal punto di vista dei principi e obiettivi, secondo una bi-polarizzazione, mentre i modi di produzione giuridica si rivelano ancora una volta di per sé potenzialmente trasversali e asettici: solo l'innesto di orizzonti assiologici esterni qualifica e aggettiva il diritto.

Calandosi nel contesto del XXI secolo, chiarito che la traduzione giuridica di democrazia e giustizia non è appannaggio esclusivo delle costituzioni democratico-pluralistiche (e senza misconoscere i limiti di queste ultime), resta che allo stato attuale esse costituiscono senza dubbio un forte baluardo giuridico a fronte del diritto del finanzia-capitalismo, sempre che, ovviamente, vi siano delle forze sociali che ne facciano la propria armatura<sup>146</sup>. Muovendo da tale presupposto si analizzeranno nei capitoli che seguono *nel nome del costituzionalismo* e nel contesto di una lotta per il diritto i meccanismi di risoluzione delle controversie fra investitore e Stato, quale esempio della forza dei nuovi sovrani e del dilagare della privatizzazione e contrattualizzazione del diritto, nonché la nascita della *soft law*, quale manifestazione di diritto flessibile e informale.

---

<sup>145</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Casi di diritto emancipatorio*, cit., p. 162.

<sup>146</sup> La domanda sull'esistenza di «soggetti che oggi possono dare forza materiale al costituzionalismo» (p. XII) è il *fil rouge* della monografia di G. AZZARITI, evocativamente intitolata *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.