

## SAGGI

*Vincenzo Ferrari*

### LE METAMORFOSI DELLE FUNZIONI E DELLA STRUTTURA DEL DIRITTO TRA GLOBALIZZAZIONI E CRISI ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro esterno. – 3. Le trasformazioni del diritto.

#### 1. *Premessa*

Mi è stato chiesto di affrontare questo tema sotto un'etichetta che riecheggia vecchie letture<sup>1</sup> e vecchi studi<sup>2</sup>, con l'impegno di attualizzarli a fronte di una realtà profondamente trasformata rispetto a quei tempi, neppure troppo lontani in termini assoluti. Naturalmente in questo periodo, come tutti, ho continuato a osservare quanto accadeva nel mondo, periodicamente commentandolo – devo dire – con un crescente senso di insicurezza. Ricordo che nella mia relazione introduttiva al congresso internazionale di sociologia del diritto, tenutosi a Tokyo nel 1995, dissi cose che, in un seminario preparatorio svoltosi a Sapporo alcuni giorni prima, un giovane collega americano aveva ritenuto troppo pessimistiche. Eppure era un periodo di relativa stabilità e crescita, soprattutto in Europa dove, sotto la sapiente guida della Commissione Delors, erano stati compiuti i passi più decisivi per la fondazione dell'Unione, massimo simbolo di ottimismo per chi ha sempre coltivato l'ideale europeistico. Oggi è fin troppo facile dire che la realtà ha superato le previsioni, fuggendoci innanzi con una rapidità imprevedibile e ponendoci problemi di imprevedibile complessità, che coinvolgono, fra le diverse sfere di attività umana, anche il diritto – per dir meglio – gli ordinamenti giuridici con cui essa si regola.

<sup>1</sup> N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977.

<sup>2</sup> V. FERRARI, *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Roma-Bari 1987.

Confesso, di fronte a questi problemi, di sentirmi alquanto impreparato. In primo luogo essi esigono una competenza che spazia ben al di là del diritto: il quale, una volta di più, si rivela come una variabile dipendente da più decisive variabili, come l'economia e la politica intesa in senso lato. In secondo luogo, malgrado la moltitudine di studi che si affastellano nei più diversi luoghi, difettiamo ancora di una conoscenza dettagliata di molti fenomeni nelle loro dimensioni "reali", nel senso banale di misurabili nelle loro apparenze, e dando per scontato che la "realtà" è una costruzione sociale – non una illusione, però. La mancanza di dati e di indici affidabili presenta il grave pericolo di semplificare il quadro e di trasformare ragionevoli ipotesi in luoghi comuni, o vulgate, se si preferisce. Ho denunciato questo pericolo nella Facoltà giuridica trentina, aprendo poco più di un mese fa il corso di dottorato e sottolineando che, se è vero che la scienza tende per sua natura a ordinare semplificando, cioè espungendo il superfluo, raramente riesce a riassumere realtà complesse in sintetiche formule (per tutte: " $E = mc^2$ "), capaci di resistere alle falsificazioni. Soprattutto – vien da dire – ciò vale per le scienze sociali, a causa del loro impatto politico, della loro capacità di muovere all'azione e di creare fatti attraverso le opinioni, anche se sbagliate.

Nel prosieguo citerò alcuni esempi, seguendo in certa misura la falsariga della mia relazione trentina, la quale verteva praticamente sullo stesso tema odierno, sebbene ancor più specificamente focalizzato sul diritto e la giurisprudenza. Prima, tuttavia, vorrei sintetizzare alcuni punti che caratterizzano il quadro esterno entro cui il diritto opera, appunto come variabile dipendente, nel mondo odierno. Mi rendo conto ovviamente di correre il rischio – a mia volta – di cedere alle semplificazioni.

## 2. *Il quadro esterno*

Devo dire che nel periodo che stiamo attraversando mi torna in mente sempre più spesso quel denso volumetto del 1972, *The Limits to Growth*, contenente il rapporto "sui dilemmi dell'umanità" commissionato dal Club di Roma al "System Dynamic Group" del Massachusetts Institute of Technology<sup>3</sup>. Da quelle poche pagine – 159 nell'edizione ita-

<sup>3</sup> D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *The Limits to*

liana – emergeva un quadro fosco della situazione mondiale. Detto in sintesi, sulla base di analisi di lungo periodo accompagnate da proiezioni elaborate secondo modelli matematici, gli estensori denunciavano: (a) un eccesso “esponenziale” di pressione demografica, soprattutto nei paesi in via di sviluppo; (b) una crescente scarsità delle risorse rinnovabili e non rinnovabili; (c) un eccesso di consumi, soprattutto da parte dei paesi sviluppati; (d) una incontrollabile devastazione dell’ambiente, sempre più inquinato; (e) complessivamente, un grave squilibrio economico e sociale già in atto, tendente ad aggravarsi esponenzialmente nei decenni successivi. Di conseguenza invocavano un nuovo modello di sviluppo “auto-controllato”, da avviarsi immediatamente attraverso gli strumenti della politica internazionale su scala globale, intesa come sistema complesso e coordinato, *senza rimandare le decisioni “alla generazione successiva”*, come si legge nel commento finale del Comitato esecutivo del Club ispiratore<sup>4</sup>.

Per cogliere il significato di quel rapporto, vorrei sottolinearne ancora una volta la data di pubblicazione, e tanto più d’inizio del lavoro di ricerca, cioè prima della guerra dello Yom Kippur che nell’ottobre 1973 giunse improvvisamente a turbare il sonno dell’Occidente col suo carico dirompente sul prezzo del petrolio e conseguentemente sui mercati valutari, fra cui l’italiano ebbe a soffrire gli effetti di gran lunga più devastanti e durevoli fra i paesi più sviluppati.

So bene che quel rapporto, oltre a vasti interessi, destò anche forti critiche non solo e non tanto dall’*establishment* economico internazionale – quei circoli che oggi si ostinano a negare, per dire, l’effetto serra – ma anche dal fronte progressista ufficiale, incline a leggerlo come un manifesto neo-malthusiano eccessivamente pessimista e, per un sottile paradosso, anche tecnocratico per l’apparente fiducia degli autori verso una politica illuminata dalla scienza. In particolare, venne messa in discussione la sua assunzione di fondo, che le risorse a disposizione dell’umanità stessero per esaurirsi. Ricordo che questa era, nella sostanza, l’opinione riferitami da Ralf Dahrendorf nel corso dell’*Intervista sul liberalismo e l’Europa* concessami nel 1979<sup>5</sup>. E ricordo anche altre voci, non

*Growth*, New York 1972, ed. it., *I limiti dello sviluppo*, tr. e cura di F. Macaluso, prefazione di A. Peccei, Milano 1972.

<sup>4</sup> *Op. ult. cit.*, 153.

<sup>5</sup> R. DAHRENDORF, *Intervista sul liberalismo e l’Europa*, a cura di V. Ferrari, Roma-Bari 1979.

meno autorevoli, come quelle di Robert M. Solow, che segnalava una debolezza di fondo nei dati empirici, e di Amartya Sen, convinto che lo sviluppo sia essenzialmente un problema di libero accesso delle maggioranze escluse a risorse tuttora sufficienti. Di maggiore diffusione di diritti, quindi, non di limiti oggettivi.

Non entro nel merito del dibattito – cosa che implicherebbe l'esame di molteplici variabili e indici – se non per sottolineare due punti.

In primo luogo, nei quarant'anni trascorsi dalla pubblicazione di *The Limits to Growth* sono apparsi, a cura degli stessi autori e di altri studiosi, significativi aggiornamenti che, arricchendo i dati e raffinando gli strumenti di calcolo, ne confermavano gli assunti di fondo con accenti sempre più preoccupati. L'ultimo aggiornamento, apparso pochi anni fa<sup>6</sup>, sottolineava che le capacità del pianeta di assorbire le conseguenze dello sviluppo incontrollato sono già oggi superate del venti per cento dal punto di vista della devastazione ambientale. La corsa verso i limiti dunque è diventata vertiginosa e quei limiti potrebbero essere molto vicini, ovvero anni e non decenni, come mi rivelava anni fa un geologo e glaciologo scozzese internazionalmente noto, Geoffrey Boulton, impegnato nello studio del ritiro accelerato dei ghiacci ai due poli. Dunque occorre agire con urgenza a livello politico e istituzionale prima che sia troppo tardi.

In secondo luogo, se pur dovessimo aderire sul piano descrittivo ad alcune fra le critiche mosse contro queste fosche previsioni, non perverremmo a conclusioni molto difformi sul piano normativo. Ovvero, si potrà magari concedere che – per esempio – la terra coltivabile sia sufficiente a sfamare anche il doppio degli esseri umani attualmente viventi, come sostengono alcuni sociologi dell'agricoltura, peraltro dimenticando che la terra è coltivabile solo se viene irrigata e sulla progressiva carenza d'acqua vi è oggi un accordo quasi generale. E analoghe considerazioni si potranno anche fare su altre variabili considerate dagli studiosi del MIT, professando fiducia nella possibilità di uno sviluppo ragionevole, se non esponenziale come accaduto negli ultimi due secoli. Ma questo – ripeto – non cambierebbe il quadro di fondo sul piano politico e istituzionale.

È infatti incontestabile che le risorse del pianeta, sufficienti o insufficienti che siano (in ogni caso non infinite), sono distribuite in modo tale

<sup>6</sup> D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, *The Limits to Growth. The 30-Year Update*, White River Junction, VT 2004.

da fomentare conflitti di fronte ai quali l'umanità è chiamata ad assumere decisioni non più rimandabili.

In primo luogo, in linea generale, vi è il problema eterno della ineguale distribuzione delle risorse, che provoca sentimenti di privazione da cui originano prese di coscienza, doglianze, rivendicazioni e – appunto – conflitti manifesti. E non parlo ovviamente solo della privazione assoluta, cioè la mancanza di cibo, acqua, medicinali, cure mediche elementari, che pure affligge più di un terzo dell'umanità, ma anche – e sul piano istituzionale, potremmo quasi dire “soprattutto” – la privazione relativa, che discende dalla platealità delle disuguaglianze in un mondo di comunicazioni – per fortuna – sempre più libere e capillari – o meno facilmente ostruibili, se si preferisce.

In secondo luogo, in particolare, lo sviluppo economico degli ultimi decenni, proprio dalla metà degli anni settanta in poi, è stato tale da provocare già una notevole redistribuzione di risorse a livello planetario e rendere estremamente problematico mantenere gli stessi standard di vita e di crescita economica ai quali i paesi ancor oggi più sviluppati erano abituati da almeno due secoli.

Soprattutto questo secondo aspetto occupa il centro dell'agenda politico-economica odierna, dopo la crisi finanziaria che ci affanna ormai da quattro anni, ma che ha radici più antiche. Spesso ho segnalato che nell'analizzare la crisi del *welfare state* occidentale, oggetto delle riflessioni scientifiche di trent'anni fa, si constatava una impensabile convergenza di studiosi di diversa ispirazione politica, concordi nel sottolineare – in sintesi – lo squilibrio crescente e sempre meno rimediabile fra aspettative sociali e mezzi di soddisfacimento: cito James O'Connor<sup>7</sup>, vicino al marxismo, e due liberali peraltro molto diversi fra loro come Ralf Dahrendorf<sup>8</sup> e Niklas Luhmann<sup>9</sup>. Tanto era chiaro il problema già negli anni ottanta che quando nel 2007 apparve negli Stati Uniti *Supercapitalism* di Robert Reich<sup>10</sup> (della cui lettura quasi in tempo reale sono debitore a Sil-

<sup>7</sup> J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York 1973, ed. it. *La crisi fiscale dello Stato*, tr. V. Grisoli, Torino 1977.

<sup>8</sup> R. DAHRENDORF, *Lebenschancen. Anläufe zur sozialen und politischen Theorie*, Frankfurt a.M. 1979, ed. it., *La libertà che cambia*, tr. P. Micchia, Roma-Bari 1981.

<sup>9</sup> N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981, ed. it. *Teoria politica nello stato del benessere*, tr. R. Sutter, Milano 1981.

<sup>10</sup> R. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, New York 2007, ed. it. *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, tr. T. Fazi, Roma 2008.

vana Sciarra), la sorpresa che provocò non fu tanto per il contenuto, quanto per la lucidità con cui la situazione veniva descritta nelle sue cause e, naturalmente, il ruolo dell'autore, ministro del lavoro durante l'amministrazione Clinton. Cioè, non un rivoluzionario, né un *no-global*, o un *indignado*, intendo dire.

Come noto, con anticipo di un anno rispetto alla crisi finanziaria del 2008, Reich ritraeva le tappe di una crisi che ha afflitto l'industria americana a partire dalla fine della "età non proprio dell'oro" (*Not Quite Golden Age*), risalente alla metà degli anni settanta con la dislocazione dei processi industriali dal cosiddetto Primo Mondo, USA in testa, nei paesi a basso costo di manodopera. In questo torno di tempo – registrava Reich – il margine di profitto delle imprese americane è venuto drasticamente diminuendo, obbligandole ad altrettanto drastici risparmi a carico dei costi di produzione fra cui, primariamente, i salari. Da ciò conseguenze di grande scala, con la trasformazione dell'economia occidentale da industriale a finanziaria, la riduzione dei cittadini a meri consumatori e tutt'al più investitori in mercati drogati e in parte etero-diretti, l'apertura di una forbice sociale fra un vertice sempre più ristretto e ricco e una base sempre più ampia e povera, la correlativa perdita di legittimazione e perfino di senso della stessa democrazia.

Non posso qui domandarmi se le proposte operative che Reich avanza, fondamentalmente orientate sul versante della tassazione delle élite superprotette dalle amministrazioni repubblicane, siano ragionevolmente convincenti per gli Stati Uniti e soprattutto riportabili nel vecchio continente, caratterizzato da ben più alti indici di tassazione. Né posso addentrarmi ad analizzarle nei punti più delicati, laddove per esempio identificano la *Not Quite Golden Age* con un'economia oligopolistica fondata sugli accordi istituzionali fra grandi imprese e grandi sindacati, smentendo il principio cardinale del liberismo economico, ovvero il regime di concorrenza. Rilevo però che quelle tesi posseggono una solidità di fondo che l'attuale crisi economica, particolarmente vistosa nei paesi dell'Europa meridionale, ma in realtà mondiale, ha messo chiaramente in luce.

Il problema essenziale, senza neppure indugiare in visioni millenaristiche, è quello del *conflitto* economico, politico e sociale, che l'umanità si troverà a fronteggiare per il controllo delle risorse e il mantenimento, ovvero l'acquisizione, di modelli di vita compatibili con le sue aspettative. E questo, come riconoscono gli spiriti liberi di ogni tendenza – cito

da un lato ancora Niklas Luhmann<sup>11</sup>, dall'altro Amartya Sen<sup>12</sup> – è un problema politico, anzi *il problema della politica, ossia della regolazione del conflitto attraverso adeguati parametri normativi, di merito e di metodo.*

### 3. *Le trasformazioni del diritto*

Vorrei qui partire ancora da un punto preliminare. Nell'ambito di una economia capitalistica – ma forse, per quel che ne sappiamo, non solo di quella – la scala degli interventi normativi derivanti dall'azione politica va da un massimo a un minimo di intervento regolativo. Ovvero, non è tanto una questione di pubblico o privato, giacché dal privato possono provenire interventi regolatori e dal pubblico politiche de-regolatrici, quanto piuttosto una questione di limiti sostanziali o procedurali posti alla libera esplicazione delle attività economiche di singoli e gruppi.

Sottolineo che la necessità di fissare tali limiti, non solo non è contrastante, ma è anzi connaturale anche alla visione più classica, cioè concorrenziale, dell'economia di mercato, quella praticata da pensatori liberali come John Stuart Mill in Gran Bretagna e, in Italia, soprattutto Luigi Einaudi. Secondo questi autori un mercato è libero – come nei loro desideri – solo se è regolato in modo che, attraverso lo scontro di interessi contrastanti, non degeneri nel suo contrario, premiando gli interessi del più forte (spesso colui che viola la legge) o comunque diventando monopolistico. Durante i lavori preparatori della Costituzione fu esemplare l'emendamento proposto dallo stesso Einaudi con altri liberali (Guido Cortese, Epicarmo Corbino) e purtroppo avversato non solo dalle sinistre, ma anche, e direi soprattutto, dal fronte cattolico: *“La legge non è strumento di formazione di monopoli economici; ed ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”*. Dico “purtroppo” pensando a quanto avvenuto in Italia non solo sul versante pubblico (che le sinistre non volevano toccare), ma anche sul versante privato, che invece premeva ai circoli conservatori, e considerando i vantaggi che sarebbero derivati da quella norma, se fosse stata approvata, per esempio nel campo dell'informazione.

<sup>11</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, 1979.

<sup>12</sup> A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford 1999, ed. it. *Lo sviluppo è libertà: perché non c'è crescita senza democrazia*, tr. G. Rigamonti, Milano 2000; ID., *The Idea of Justice*, Cambridge, Mass. 2009, ed. it. *L'idea di giustizia*, tr. L. Vanni, Milano 2010.

Dunque non vi è bisogno di essere dirigisti, né di confidare nella negoziazione istituzionale fra grandi soggetti economico-politici, come sembra dire Reich con riguardo alla *Not Quite Golden Age*, in tacita assonanza con le politiche seguite in Germania dopo Bad Godesberg o alle larghe intese tra Confindustria e centrali sindacali nella politica assistenziale della cosiddetta Prima Repubblica in Italia. Basta essere liberali einaudiani, cosa che ancor oggi, nella società italiana, purtroppo non viene intesa. In sintesi, la questione è dove collocare il limite dell'intervento regolatore lungo quella scala, se verso l'estremo dirigistico tipico delle economie del cd. socialismo reale o verso l'estremo liberistico della totale, incontrollata libertà dei singoli.

Ora, che l'estremo dirigistico sia pericoloso non credo sia soggetto a dubbi. Nelle economie dei paesi cd. in transizione verso il socialismo esso ha permesso, anzi incentivato, la nascita di una rigogliosa economia sommersa – lasciamo perdere se collegata o meno a gruppi criminali, dato che questo concetto è ovviamente normativo – da cui è esploso un neocapitalismo tendenzialmente monopolistico, estremamente aggressivo e di fatto incontrastabile. Nelle economie occidentali, l'interventismo statale ha comportato una esplosione incontrollata della spesa pubblica soprattutto nelle democrazie meno solide, come quella italiana, dove le pubbliche provvidenze sono state per decenni uno strumento essenziale di scambi leciti o illeciti al confine tra politica ed economia. Che, tuttavia, sia pericoloso anche l'estremo liberistico, credo cominci ad esser chiaro a chiunque voglia semplicemente guardare e vedere attorno a sé. Ma proprio questa, purtroppo, è stata la via intrapresa dalle élite politiche ed economiche nel mondo intero – Cuba e Corea del Nord escluse – a partire dalla svolta cd. neo-liberistica simbolizzata dai governi di Margaret Thatcher nel Regno Unito e di Ronald Reagan negli Stati Uniti: *governi conservatori – sottolineo – non liberali*, nel senso di John Stuart Mill o di Luigi Einaudi, poc'anzi ricordato. Le cui opere hanno detto con chiarezza, ben prima del teorema di Arrow e del teorema di Sen, che la tensione fra libertà e uguaglianza dovrebbe essere democraticamente affrontata secondo il principio della libertà uguale, almeno come tendenza, o “nei punti di partenza”, nelle parole proprio di Einaudi.

A questo punto, rimane solo da dire che negli ultimi decenni anche i sistemi giuridici – variabile dipendente dall'economia e dalla politica, come già ricordato – si sono evoluti orientandosi verso l'estremo liberistico, nella prassi e nella teoria, anche di alto raggio.

È oggi comune osservare che il panorama del diritto odierno è quello

di un accentuato pluralismo, che ha frantumato quella unità di produzione e applicazione normativa incentrata per tre secoli sul principio hobbesiano della sovranità statale, temperato esclusivamente dal modello groziano del mutuo riconoscimento e della reciproca limitazione negoziale fra stati sovrani. Si segnala in particolare la crisi della fonte normativa pubblica, in particolare la legislazione, al cospetto di altre fonti sia pubbliche, come quella giudiziaria, sia soprattutto private come quella dottrinale nella determinazione dei contenuti e quella arbitrale nella gestione delle controversie. Queste fonti private, si aggiunge, affiancherebbero e ormai sopravanzerebbero per importanza quelle pubbliche, in particolare nello stato moderno, di cui si segnala continuamente l'irreversibile crisi. Su tutto ciò vi è un'ampia letteratura, entro la quale spiccano, in Italia, i lavori di Sabino Cassese, di Francesco Galgano e, per il settore della sociologia del diritto, i libri molto informati di Maria Rosaria Ferrarese<sup>13</sup>.

Questa panoramica si avvantaggia – come accennato – di una già ricca riflessione alto-teorica, anch'essa ormai consolidata. Mi limito al campo della sociologia del diritto<sup>14</sup>, particolarmente sensibile e, aggiunto, avanzata nel proporre modelli alternativi d'interpretazione dei mutamenti. Di diritto riflessivo, di sistemi semi-autonomi, di svolta proceduralistica, di pluralismo delle fonti, Gunther Teubner parla da tre decenni, fino a usare, nel 1997, l'efficace immagine della “Bucovina globale”<sup>15</sup>. L'intreccio fra sistemi giuridici di varia natura e ispirazione, anche fra sistemi “vissuti” (*vécus*), cioè kelsenianamente effettivi, e sistemi “concepiti” (*conçus*), cioè non vigenti e tuttavia motivanti all'azione, fu teorizzato da André-Jean Arnaud già nel 1981<sup>16</sup>. L'idea della cd. interlegalità, del simultaneo inserimento di ogni soggetto singolo o collettivo in una serie di distinti sistemi normativi a seconda della natura dei singoli atti o delle singole aspettative, è stata avanzata da Boaventura de Sousa Santos a cavallo fra gli anni ottanta e novanta e poi esposta nei dettagli nel suo

<sup>13</sup> Da ultimo M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006; EAD., *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010; EAD., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012.

<sup>14</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico* [1965], nuova ed. a cura di A. Catania e M. Jori, Napoli 1997, 218.

<sup>15</sup> G. TEUBNER, “Global Bukowina”. *Legal Pluralism in the World Society*, in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot 1997.

<sup>16</sup> A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*. I, *Où va la sociologie du droit*, Paris 1981, 23-26.

monumentale *Toward a New Common Sense* del 1996<sup>17</sup>. Risale al 2000, infine, il citatissimo saggio di François Ost e Michel Van de Kerchove sul passaggio “dalla piramide alla rete”<sup>18</sup>.

Lungi da me l’idea di smentire questa realtà in assoluto. Sono almeno trent’anni che ne sentiamo parlare. In Italia, Uberto Scarpelli parlava di crisi dello stato in *Cos’è il positivismo giuridico*, apparso nel 1965. Ralf Dahrendorf mi ripeteva la stessa cosa nella sopra citata *Intervista sul liberalismo e l’Europa*, anno 1979. La mia generazione, del resto, può testimoniare che al tempo della nostra formazione giuridica, fra gli anni cinquanta e gli anni sessanta, non si sentiva nemmeno parlare dei cd. “contratti in *-ing*”, come li chiama Maria Rosaria Ferrarese, cioè *leasing*, *factoring*, *franchising* e simili: dei quali non è mai stata accertata definitivamente la fonte primigenia, ma si può anche ipotizzare che siano scaturiti dall’inventiva giuridica di qualche *law firm* o di qualche *business lawyer* preoccupato di minimizzare costi, aggirare regimi fiscali troppo onerosi, abbattere barriere doganali, evitare responsabilità civili o penali di qualche cliente operante su scala inter- o transnazionale. Esempio fra tutti il *franchising*, callida invenzione che ha permesso alle società multinazionali di svincolarsi da molte pastoie burocratico-normative nei paesi stranieri in cui operavano. E infine, di *lex mercatoria*, con tutti i dubbi che tuttora vertono sulla sua natura e le sue dimensioni, stiamo parlando da circa quarant’anni (Berthold Goldman propose questa definizione per il diritto commerciale transnazionale negli anni sessanta)<sup>19</sup>; e sul cd. *soft law* l’attenzione della dottrina – penso fra gli altri a Francis Snyder<sup>20</sup> – è ben fissa almeno dagli anni ottanta-novanta. Tutto ciò dunque è ben consolidato.

Il mio intento, molto più modesto, è riflettere criticamente su queste incontestabili trasformazioni, onde evitare che ragionevoli opinioni, come detto all’inizio del mio intervento, si trasformino in vulgate a discapito di una più profonda comprensione, anche storica, di ciò che è accaduto e accade.

<sup>17</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York 1996.

<sup>18</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 44, 2000, 1, 88 ss.

<sup>19</sup> Sui problemi posti dalla complessa (e discussa) natura della *lex mercatoria*, sotto il profilo teorico ed empirico, v. l’ampia raccolta di saggi in *Sociologia del diritto*, XXXII, 2005, 2-3.

<sup>20</sup> V. p. es. F. SNYDER, ‘Soft law’ e prassi istituzionale nella Comunità europea, in *Sociologia del diritto*, XX, 1993, 1, 79 ss.

Esporrò qui solo alcuni fra i miei dubbi.

Come prima cosa, mi riferisco proprio al nucleo del pensiero corrente, la mille volte teorizzata crisi dello stato, secondo l'ipotesi che questo sia un'invenzione esclusivamente moderna, nata dall'oggi al domani, come un fungo, in occasione della Pace di Westfalia, e sia oggi una sorta di residuo storico di fronte ai grandi poteri superstatuali di cui nessuno ignora l'influenza sulla *governance* del mondo attuale.

Ora a me pare che questa visione, pur attentamente temperata (come si nota negli ultimi lavori di Maria Rosaria Ferrarese), da un lato esageri nel ritenere che nell'antichità, e poi ancora nel Medioevo, non siano esistiti "stati", ovvero confini territoriali e poteri politici in grado di imporre leggi statuite ai propri sudditi o cittadini (si pensi alle acuminate parole di Sant'Agostino contro lo stato del *De Civitate Dei*; A.D. 426); e, parimenti, che non siano allora esistiti accordi "internazionali" improntati a un'idea di sovranità che, sebbene non così *tranchant* come quella hobbesiana, è anch'essa frutto di una evoluzione storica risalente nei secoli, non un fungo nato dalla sera alla mattina, per proseguire nella metafora: penso alle dense pagine di Diego Quaglioni, secondo cui il concetto moderno di sovranità trova le sue radici nel tardo Medioevo e in genere "la sovranità si presenta [...] come lo specchio di una realtà soggiacente ad ogni ordinamento, sia pure con diverse accentuazioni nella gius-pubblicistica e nella politologia del nostro tempo, dove lo schema trova la sua più naturale collocazione"<sup>21</sup>.

Ma al di là della prospettiva storica, mi pare di poter esprimere dubbi – con ancor maggiore chiarezza – proprio riguardo all'attualità. Infatti nessuno nega che – per dire – il Fondo Monetario Internazionale o la Banca Mondiale, e così pure alcune grandi imprese multinazionali o le grandi banche a dimensione mondiale, come la Goldman Sachs, posseggano nell'economia mondiale un peso maggiore di molti fra i 193 stati membri delle Nazioni Unite, magari anche la maggioranza: fenomeno non certo nuovo, oso dire, se si pensa al ruolo che le Compagnie delle Indie giocavano sullo scacchiere internazionale già fra il Settecento e l'Ottocento, in pieno trionfo dello statalismo. Peraltro, sarebbe difficile sorvolare sul fatto che l'ONU è una organizzazione composta da stati, che la Banca Mondiale è una istituzione della stessa ONU, che più o meno lo stesso può dirsi del Fondo Monetario Internazionale e che le de-

<sup>21</sup> D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari 2004, 9.

cisioni di queste istituzioni sono saldamente nelle mani dei principali governi nazionali<sup>22</sup>. Sarebbe altrettanto difficile negare la perdurante importanza di un certo numero di stati e dei loro processi decisionali nella politica e nell'economia contemporanee, anche nel settore privato, come dimostra da ultimo, fra altri mille esempi, l'intervento dell'amministrazione Obama a salvare le grandi banche in procinto di fallire per la crisi finanziaria che stiamo tutti vivendo.

Anche nel campo specifico del diritto la formula della crisi dello stato, sebbene utile a fini discorsivi, va alquanto circoscritta. Non va dimenticato che anche gli schemi giuridici nati dalla fantasia costruttiva di qualche *law firm*, da un lato non possono ignorare quanto meno i principi dell'ordinamento statale nel quale nascono, prima di proiettarsi verso l'esterno, e dall'altro lato, in un momento o nell'altro del loro itinerario, per quanto esso paia svolgersi in una sorta di mondo etereo che sorvola confini sempre più porosi, prima o poi atterra in un ordinamento statale che, se lo riconosce, lo tipizza, lo tassa, lo coordina con altri schemi normativi recependolo secondo le più classiche procedure messe in luce dalla dottrina giuridica tradizionale<sup>23</sup>. Così avviene anche con i lodi arbitrali – da cui traiamo le maggiori conoscenze sulla *lex mercatoria* – i quali possono bensì regolarsi secondo una pluralità di fonti, di solito tuttavia non estranee ad un sistema giuridico statale. E quello stabilimento “chiavi in mano”, che notoriamente rappresenta l'epitome di questo discusso sistema normativo, a sua volta in qualche luogo sorge, ben visibile e stabile, e del corrispondente sistema giuridico non può non tenere conto. L'extraterritorialità è tuttora una eccezione riservata a pochi eletti, anch'essi, d'altronde, riflesso della sovranità statale.

Sinteticamente dunque credo di dover dire che, più che di crisi dello stato come entità giuridica sovrana, sarebbe bene parlare, oggi come sempre, di *differenze fra stato e stato e, semmai, di riorganizzazione delle strutture statali tradizionali secondo modelli nuovi e tuttora discussi*. Alle tendenze centripete verso la formazione di grandi entità territoriali, come

<sup>22</sup> A. SANTA MARIA, *L'organizzazione dell'economia internazionale. Il ruolo degli Stati*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, Napoli 2008, 17 ss.

<sup>23</sup> V. p. es. V. GESSNER, *Theories of Change – The Governance of Business Transactions in Globalising Economies*, in V. GESSNER (ed.), *Contractual Certainty in International Trade. Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Oxford and Portland, Oregon 2009, 175 ss.

l'Unione Europea, che sarebbe difficile non considerare statuali almeno nelle prospettive, per non dire nelle azioni concrete (l'UE sta in effetti imponendo il suo volere ad alcuni stati membri come e forse più di quanto non farebbe il governo federale americano nei confronti dei cinquanta stati dell'Unione), si contrappongono tendenze centrifughe che – non lo voglia il destino – potrebbero alla fine prevalere, come suggeriscono le vicende politiche di paesi quali l'Ungheria e da ultimo la Grecia, rilanciando nazionalismi estremi ispirati alla piena e assoluta sovranità, statale per definizione. E soprattutto, sulla scena mondiale giocano un ruolo sempre più pesante paesi in via di rapido sviluppo, come Cina, India, Brasile e Argentina, che sarebbe difficile rappresentare se non come stati moderni, nella piena accezione della parola.

Certo vi sono temperamenti alla tuttora determinante e talora brutale presenza degli stati – *rectius*, di alcuni stati – nel mondo attuale. La dimensione transnazionale dei diritti umani, si suol dire, è uno di quelli. E tuttavia, sorvolando sul fatto che i diritti umani, una volta positivizzati, divengono patrimonio dei singoli ordinamenti giuridici statuali che li hanno riconosciuti, nessuno ignora che nel momento della loro applicazione concreta essi trovano ostacoli spesso insormontabili proprio nei singoli stati, che li disconoscono nei fatti dopo averli riconosciuti a parole, mentre il livello transnazionale difetta tuttora di un organo giurisdizionale capace di imporne il rispetto prescindendo dai confini: che gli Stati Uniti non abbiano mai ratificato il trattato istitutivo del Tribunale penale internazionale non è irrilevante.

Un altro punto su cui desidero soffermarmi è quello – correlato al precedente – della crisi dello strumento legislativo come forma principale di normazione giuridica: eteronoma nel senso kantiano della parola, autoritativa, discendente dall'alto in basso, prevalente su ogni altra fonte, vincolante per tutti i destinatari, fornita di sanzioni afflittive e infine – problema in realtà ben diverso – coordinata, unitaria, internamente logica, univoca negli enunciati e, infine, codificata o codificabile in nome della certezza del diritto.

Qui non ho bisogno di rendere omaggio a Natalino Irti e ai suoi lavori, da quello sulla decodificazione a quelli sul nichilismo giuridico, per riconoscere che questo modello di diritto attraversa una fase critica. Ciò malgrado, una volta ancora, raccomanderei cautela di fronte al pericolo delle estremizzazioni.

In primo luogo, come per la crisi dello stato, ancora la storia stessa ci fornisce un ammonimento. Vi è infatti da chiedersi se il quadro appena

tracciato a proposito della legislazione, oltre ad esprimere un'opzione ideologica ed agire pertanto come modello normativo<sup>24</sup>, non sia stata sempre, di fatto, relativamente in crisi. Anche chi professa fiducia – ripeto, normativa – verso il modello illuministico non dimentica le ragioni addotte da Savigny contro la codificazione in Germania, né la resistenza della cultura giuridica britannica, pur così influenzata da Bentham, contro le sue proposte di codificazione, né le critiche di Jhering al formalismo concettuale, né la massa di legislazione speciale che veniva assommandosi accanto ai codici già nell'Ottocento man mano che nuovi gruppi sociali ponevano con forza il tema della riforma sociale, né la teoria di Ehrlich sul diritto vivente, né infine le critiche di Kelsen al mito della certezza del diritto, al ruolo dichiarativo del giudice e alla stessa applicabilità delle regole della logica all'analisi delle norme giuridiche. Ognuno infine ben sa che anche nei periodi di massima fortuna del diritto legislativo, altre fonti normative lo affiancano: nessuno dubita, per esempio, che il precedente giurisdizionale cambi il diritto anche nei sistemi che non lo riconoscono come fonte vincolante. E i precedenti giurisdizionali nascono spesso da invenzioni dottrinali. Sotto il sole odierno dunque vi è una realtà – dirò così – meno nuova di quanto si sente dire.

Per contro, passando all'attualità, pare difficile negare (e mi pare stupefacente che si neghi) che la legislazione, intesa come produzione autoritativa, dall'alto, di modelli normativi, sebbene sfidata da altre fonti, sembri resistere bravamente alle sfide, anche se le funzioni che svolge sono venute distaccandosi dal modello ideale originario. Ciò vale anche per i sistemi di *common law*: non dimentico che anni or sono Stewart Macaulay, notissimo esperto americano di diritto contrattuale, mi disse apertamente che noi giuristi di *civil law* abbiamo un'immagine ormai distorta del diritto del suo paese, sempre più *statute* e sempre meno *common*. Ma soprattutto non si può ignorare che gli stati – sì, proprio gli stati – legiferano in continuazione in ogni campo, accompagnando la legislazione con adeguato supporto di sanzioni – certo, positive, non solo afflittive – e confidando non solo sulla funzione persuasiva della legge, quella che condusse Kelsen a parlare di diritto come di una tecnica sociale, ma anche e sempre più sulla sua funzione simbolica, strettamente connessa alla mediatizzazione della politica. Il fatto che spesso la legislazione statale non faccia che recepire modelli che provengono da una fonte so-

<sup>24</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.

vranazionale – penso soprattutto all’Unione Europea – non smentisce l’importanza permanente dello strumento legislativo, anzi la conferma nel bene e nel male: giacché, ribadisco, spesso la legge formale, nella sua confusione, vuotaggine, lacunosità, contraddittorietà e, soprattutto, parzialità, tradisce nella sostanza il mito illuministico che la elevò a voce unica o comunque suprema della *volonté générale*.

Ciò detto, affaccio alcune conclusioni sulle trasformazioni del diritto contemporaneo, nella sua struttura e nelle sue funzioni, su cui mi è stato chiesto di riferire.

Ciò che vedo non nega nella sostanza quelle innovazioni su cui si concentra tanta parte della dottrina odierna, sopra ricordate, ma se ne discosta nella sostanza e nella chiave interpretativa. Il neo-pluralismo, l’intreccio tra le fonti, l’istituzionalizzazione di nuove procedure di produzione e di applicazione del diritto non mi sfuggono, ma vedo tutto ciò in una luce problematica e ambigua. Da un lato questi fenomeni, oltre a suggerire variazioni teoriche, sembrano aprire orizzonti politici in quanto, almeno a prima vista, paiono rivelare una più capillare distribuzione del potere, più vasti ambiti di autonomia dei singoli e dei gruppi sociali, maggiore diffusione delle libertà: in sintesi una ulteriore tappa del processo di liberazione dal potere ingiustificato che è caratteristica – piaccia o no – proprio dell’epoca moderna, che col contrattualismo ha capovolto i canoni della legittimazione del potere facendolo salire dal basso anziché scendere dall’alto. Dall’altro lato, tuttavia, non può sfuggire che sotto l’apparenza della liberalizzazione, dell’autonomia, della deregolazione – che ovviamente non vuol dire mancanza di leggi, ma adozione di certe e non di altre leggi – si è nascosta sin qui, per logica intrinseca dei processi economici e politici, una crescente monopolizzazione delle risorse entro circoli privilegiati e, parallelamente, una crescente tendenza di questi stessi circoli ad esercitare un controllo sociale pervasivo e anche oppressivo. La mancanza di validi argini giuridici contro speculazioni borsistiche sconfinanti nell’aggiotaggio organizzato a livello mondiale è un segno vistoso sul versante privato. Sul versante pubblico, la costruzione di un diritto penale duplice, ormai esplicitamente rivolto al contenimento del “nemico” – versione moderna del diritto penale medioevale, distinto per i nobili e per i “comuni” – è il segno più vistoso di quanto sto dicendo. Mi sembra cioè che tra i principi dell’illuminismo giuridico sia oggi tornato in discussione, anche nei paesi sviluppati, quello aureo, sebbene mai effettivamente applicato, cioè l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Si dirà che nell'epoca della globalizzazione il pendolo che oscilla fra libertà e uguaglianza, dopo essersi spinto in là verso quest'ultima, è tornato verso la prima. Questa però è una rappresentazione tanto consolidata, quanto illusoria ed eticamente insostenibile. L'uguaglianza non è altro che il riflesso sociale della libertà. Estendere la libertà di Tizio equivale spesso a comprimere quella di Caio. Nel caso nostro, trent'anni di liberismo sregolato hanno finito per sacrificare le aspettative di molti sull'altare del privilegio di pochi. Questo esito è il frutto di scelte politiche in un mondo che – si dice – necessita disperatamente di un ritorno alla politica. In realtà, ciò di cui abbiamo bisogno, e che si sta profilando, è piuttosto una presa di coscienza politica riguardo ai problemi posti da una società che, se vuol sopravvivere degnamente, non può fomentare squilibri che ne mettano in gioco, per citare Durkheim, i vincoli elementari della solidarietà sociale.