

ISSN 1127-8579

Publicato dal 17/10/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36606-il-diritto-globale-incompiuto-ed-eclettico-a-confronto-con-il-diritto-nazionale>

Autore: Cellentani Valerio

Il diritto globale “incompiuto” ed “eclettico” a confronto con il diritto nazionale

Il diritto globale “incompiuto” ed “eclettico” a confronto con il diritto

nazionale. *Riflessioni sullo spunto di M.R. FERRARESE, Prima lezione di Diritto Globale, ed. Laterza, Roma-Bari, 2012.*

Sommario

1. Ecletticità e incompiutezza del diritto globale; **2.** Uno sguardo sul “diritto interno”

1. Ecletticità e incompiutezza del diritto globale

L’insieme delle regole di comportamento, convenzioni, prassi, di cui è costituito il cd. “diritto globale”¹ (diritto sovranazionale, internazionale, nazionale, transnazionale) ci si accorge immediatamente come ci si trovi di fronte a un film la cui trama, gli attori, la durata e il finale appaiono estremamente difficili da intravedere; la sua origine è da ricercarsi nel complesso, infinito e mutevole processo di globalizzazione, tanto diverso dalle, e per certi versi opposto alle, dinamiche storicamente accentratrici del potere a livello nazionale, caratteristica del XIX secolo e dell’affermazione politica degli Stati Nazionali.

Finalizzate a regolare interessi pubblici e privati, ma senza astrazione e mediante un, più o meno efficace, processo di *governance* degli stessi, le norme del diritto “globale” sono lontane dalla generalità e astrattezza necessarie richiesti in passato dal predominio e, forse, dall’arroganza e ipertrofia della fonte legislativa, che oggi è non solo illustre assente nel diritto globale, ma anche in crisi nel diritto interno, almeno in Italia.

Visto nel suo insieme, il diritto globale presenta anzitutto un certo grado di eclettismo. Questo sembra essere dovuto al pluralismo nella sua formazione, pluralismo che riguarda sia i “produttori” del diritto, sia i “formanti”², ma che in ultima analisi si affida alla forza

¹ Inteso qui nel senso più ampio del termine quanto a settori e composizione delle fonti (si veda S. CASSESE, *Globalizzazione del diritto*, in XXI Enciclopedia Italiana, Roma, 2009), cioè in quanto *fenomeno* (F. GALGANO, *Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, pp. 177-192 a. XL, n.2, Giugno 2009), più che in quanto concetto a sé definito: come “faccia giuridica” della globalizzazione. Come nell’ordinamento interno, d’altronde, parlare di *lex mercatoria* e di *diritto amministrativo globale* (S. CASSESE) è molto diverso in quanto a fonti e *ratio* ispiratrice, ma sembra possibile trovare qualche caratteristica comune, che si è provato a delineare nel paragrafo 1.

² R. SACCO. *Introduzione al diritto comparato* Torino UTET, 2001, in “Trattato di diritto comparato” (a cura di Rodolfo Sacco)

cogente degli apparati interni per assicurarsi effettività: si ripresenta anche nel diritto globale il problema dell'ambivalenza della *Gewalt*³, sicché nonostante tale diritto sia di diverso tipo e struttura rispetto a quello interno, si affida pur sempre al braccio secolare (e alla violenza) degli Stati quando si tratta di rimediare alle sue violazioni.

Tra i formanti il contratto, ha assunto un'importanza inedita, dovuta proprio alla natura del diritto globale, fondato sugli "interessi" dei *policy makers* e dei destinatari delle norme, meglio ancora *sul risultato di una negoziazione* in ordine a tali interessi successivamente "codificata", sicché la stessa valutazione sulla legittimità di una norma non è effettuata sulla base della compatibilità con una (o più) di rango superiore, se si eccettuano le poche norme di cd "*ius cogens*"⁴ nel diritto internazionale, ma in quanto essa rappresenti il risultato di una effettiva composizione degli interessi delle parti e/o di una prassi consolidata tra i soggetti destinatari. Il contratto diventa invece lo strumento fondamentale nel diritto globale; "Contratto" deve intendersi qui in senso lato, modalità orizzontale di regolamentazione di rapporti tra due o più parti, non solo di diritto privato: basti pensare come alla base della stagione del cd "multilateralismo" vi sia la particolare forma di contratto corrispondente al Trattato Internazionale, attraverso il quale sono state create le Nazioni Unite, i suoi istituti specializzati, le varie Corti Internazionali e Tribunali: in breve, tutti i nuovi attori istituzionali dell'ordine globale (di diritto pubblico e privato).

Del contratto si serve inoltre anche l'autorità pubblica nazionale, che affida a privati determinati servizi svolti in precedenza dall'apparato statale (c.d. "New Public Contracting"⁵).

Questo modo di produzione del diritto sembra essere il più idoneo in uno scenario globale attento all'esigenza di rendere più veloci e sicuri i commerci, in cui è richiesto di disciplinare fenomeni operanti su scala globale con strumenti che non risentano dell'*esprit de lois* (Montesquieu) nazionale. Complementare alla diffusione del contratto è il fenomeno della proliferazione delle c.d. "Corti Internazionali", della più varia natura e destinate in ultima analisi proprio a far rispettare i più diversi "contratti" che disciplinano i rapporti tra

³ E. RESTA, *Il diritto vivente*, p. 85, Editori Laterza, 2008; che richiama il pensiero di Walter Benjamin nella *Critica della violenza*

⁴ La cui esistenza è generalmente rintracciata negli articoli 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 (sicché gli stessi limiti della contrattazione vengono... contrattati!), ma il cui numero, e il cui uso per "svincolarsi" dall'osservanza di disposizioni di trattati, risulta estremamente limitato. Cit. B. CONFORTI, *La formazione delle norme internazionali*, in *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

⁵ Si veda, per una corposa introduzione all'argomento, P. VINCENT-JONES, *The new public contracting: regulation, responsiveness, relationality*, Oxford University Press, 2006

gli attori del panorama giuridico globale; attraverso questi organismi, Corti o *quasi-judicial bodies* (nonché a combinazioni o interazioni di entrambi, si pensi ai “sistemi regionali” di protezione dei diritti umani come quello Africano), che hanno accompagnato il processo di globalizzazione, le varie componenti del diritto “globale” vengono applicate ai rapporti transnazionali tra privati e internazionali tra Stati sovrani.

Le “nuove” Corti assicurano non solo l’applicazione del cd “diritto globale”, ma provvedono anche a fornirne l’interpretazione e specificare il contenuto delle norme consuetudinarie e pattizie, talvolta con funzione di accertamento della concreta esistenza della norma, o degli atti negoziali, ma con limitate capacità, rispetto ai giudici nazionali, di integrare le lacune di tale complesso di regole: a differenza degli ordinamenti tradizionali, che vengono descritti come “*ordo ordinans et ordinatus*” da cui, in via ermeneutica o mediante l’applicazione diretta di disposizioni normative, l’interprete può, o aspira a, ricavare ogni volta la disciplina da applicare alla fattispecie concreta, il diritto globale è invece diritto incompiuto. Non esistono “norme di chiusura”, in quanto la volontà di regolamentazione si forma progressivamente solo negli stretti limiti degli interessi di parte. Non può dirsi “ordinamento” in senso proprio, per la mancanza delle caratteristiche che hanno accompagnato la nozione in sede di teoria generale (norma fondamentale, ordine intrinseco, espressione di volontà politica centralizzata o, almeno, istituzionalizzata, ambito di applicazione territoriale, coercizione volta alla rimessione in pristino o al risarcimento in caso di violazione), ma è anche e soprattutto incompiuto per il semplice fatto che ad oggi risulta *in fieri* il processo di globalizzazione stesso, e lo stesso (ri)assetto del potere politico (ed economico) globale. Il diritto globale è, infine, incompiuto perché il suo stesso ambito di applicazione varia nel tempo e nello spazio, oltre i sicuri confini degli Stati nazionali: è un diritto senza legge, società e territorio di riferimento, dove l’economia si è imposta sul primato della politica e della scienza del diritto, ora “piegato” alle esigenze della nuova “teologia economica”⁶, che piuttosto che la razionalità dell’ordinamento e la rigidità delle norme predilige la soluzione dei problemi contingenti, man mano che questi si presentano.

2. Uno sguardo sul “diritto interno”

Esposto tutto ciò, sarebbe errato pensare che solo il diritto globale abbia queste caratteristiche: che il diritto interno sia una specie di “tenuta stagna”, dove i modi di produzione del diritto siano ancora quelli del diritto “moderno”, nazionale, dove il diritto

⁶ G. AGAMBEN, *Lo stato d’eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003

extra-statuale incide solo in maniera marginale, immettendo norme, spesso di diritto sostanziale, che non cambiano l'architettura tradizionale dell'ordinamento. Sarebbe errato anche pensare in termini di *prevalenza* delle caratteristiche di compiutezza e linearità (o, meglio, normatività) dell'ordinamento quando, vuoi per un'ipertrofica e schizofrenica attività normativa, espressione da una parte dell'assenza di disegno del legislatore nazionale, ma dall'altra dell'impossibilità per tale fonte di regolare una società che, benché locale, è oggi *globalizzata* ed estremamente più complessa anche solo di cinquanta anni fa; la prepotenza della *lex* nei confronti dello *ius* sembra destinata ad esaurirsi. Come nel diritto globale, anche in quello interno le Corti assumono sempre maggior potere, talvolta che sfiora la creazione di norme⁷ e il legislatore, lungi dal regolare secondo la sua volontà (quale?) i fenomeni economici e sociali, si trova spesso a rivestire il ruolo di Achille contro la tartaruga nel noto paradosso di Zenone: per quanto si sforzi di correre veloce, la fenomenologia del quotidiano e degli affari sarà sempre un passo avanti. Forse lo è semplicemente sempre stata: non è riuscito neanche a Giustiniano di creare un *templum iustitiae*, dove dentro vi sia il diritto e fuori il nulla⁸, è stato costretto a promulgare le *novellae*. Forse, nella volontà dei compilatori, il *Corpus Iuris Civilis* avrebbe ben potuto essere composto di tre parti, ma così non è stato.

Volgendo lo sguardo nuovamente all'Italia e ai tempi attuali, non si può che far riferimento all' art. 117, *comma 1* della Costituzione Italiana⁹, dove lo Stato cede potestà normativa, un tempo la massima espressione della sovranità territoriale, verso l'alto e verso il basso: oggi il dato normativo non è costituito solo dalle fonti di livello ordinario e secondario menzionate nella Carta Costituzionale o nella l. 400/1988, ma anche tutti quegli atti contenenti disposizioni suscettibili di essere applicati nell'ordinamento statale in virtù di disposizioni di diritto interno, ma elaborate altrove e talvolta su diversi presupposti dottrinali, da attori che condizionano tanto la produzione nazionale quanto quella

⁷ Perché se è vero che il giudice *dice*, ma non *crea* il diritto, è anche vero che la disposizione in quanto testo è vuota prima che l'interprete la faccia "cantare" cit. M. T. FÖGEN, *Il Canto della legge*, pp. 23 e ss, Editoriale Scientifica, 2012. Della natura creativa dell'interpretazione, non solo giurisprudenziale, è anche consapevole F. ANTOLISEI (*Manuale di Diritto Penale*, Introduzione, Sezione II, p. 23), altissimo esponente di una disciplina in cui, per altro, la tassatività e il divieto di analogia limitano la portata delle conseguenze della creatività del giurista e dell'attività ermeneutica. Si parla di creazione come di un'interpretazione molto lontana dal testo della norma, giustificabile talvolta *in extremis* in via sistematica, ma che certo non ossequia la certezza del diritto. Per una definizione giurisprudenziale di questo valore meta-giuridico, limitata al settore penale, si veda Corte Costituzionale, Sent. 364 del 1988.

⁸ E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, p. 68, Il Cigno, 2011

⁹ "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, *nonché* dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali[...]" (corsivo nostro, ndr)

internazionale o sovranazionale: esse assurgono a norme interposte rispetto a quelle interne di fonte legislativa, condizionando dunque non solo il contenuto dell'ordinamento, ma l'esercizio della stessa funzione legislativa di livello nazionale, e finanche la forma di governo sancita dall'ordinamento.¹⁰ Non è un caso che non si parli quasi mai nella letteratura di crisi del diritto, quanto di crisi della legge; poiché poi nel diritto, come nella politica, il vuoto non esiste e non può esistere, alla crisi della legge sopperiscono altre fonti, non necessariamente nominate nell'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, ma che la legge ben conosce e disciplina. Mi riferisco ad esempio dell'autonomia privata, menzionata nell'art. 1322 Codice Civile, che certo non crea la legge, ma produce diritto. Cambiata la società, d'altronde, come sarebbe potuto rimanere anche solo tendente alla completezza e alla normatività il diritto interno? Vale il principio *ubi societas, ibi ius* nel senso non solo che la vita sociale di ogni comunità organizzata è governata da regole, scritte o meno, ma che a ciascuna società corrisponde un dato modo di essere del diritto. È compito anche dei giuristi, consapevoli che il diritto è un'arte¹¹, prima ancora che una scienza, guardare il cambiamento, avendo l'accortezza, tuttavia, di cambiare occhiali¹². Quale modo di essere oggi del diritto, interno e globale? Difficile, forse impossibile, pronunciarsi, ma anche se si riuscisse a intravedere un nuovo paradigma, quanto durerebbe? Forse il diritto globale non è che lo specchio di un fenomeno, quale quello giuridico, che è sempre stato complesso e cangiante, e di cui è difficile operare una "cristallizzazione" artificiale e *positiva*, sia pur temporanea, tentando di costruire un quadro sistematico di un fenomeno asistemico (se si vuole, quantomeno parzialmente asistemico¹³) che aspira oggi a regolamentare una società *globalizzata*, sempre più complessa, in quanto espressione

¹⁰ Per il diritto dell'Unione Europea, c.d. "sovranazionale", si veda A. CELOTTO, *L'impatto del sistema comunitario su forma di stato e forma di governo*, pp. 243-244 in F. MODUGNO (a cura di), *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2010. L'autore definisce il sistema delle fonti del diritto italiano "sconvolto dal congiunto operare del primato e dell'efficacia diretta delle norme comunitarie", e definisce le fonti nazionali "subordinate rispetto alle fonti comunitarie" (*rectius*, dell'Unione Europea), in virtù della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (C-6/64, *Costa c. Enel*) e di Corte Cost. sent. 170/1984; ex art. 117, c.1 Cost., è possibile infatti che una qualsiasi norma di diritto UE assurga a parametro per la costituzionalità delle leggi ordinarie, non solo quelle *self-executive*.

¹¹ Se è vero che la giurisprudenza è «*iusti atque iniusti scientia*» (Inst. Lib. I, Tit. I), lo «*ius est ars boni et aequi*» (Dig. 1.1.1pr.).

Il giurista può considerarsi quindi, a pieno titolo, parte artigiano e in parte scienziato del diritto.

¹² L'immagine è di Arturo Carlo Jemolo (cit. *Gli occhiali del giurista* 2 voll., CEDAM, Padova, 1985)

¹³ si veda, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Introduzione, p. 25, Giuffrè, 1998.

esso stesso dell'imprevedibile, ma orientato, agire umano in una società plurale e pluralista.¹⁴

¹⁴ “Mentre in una società omogenea il diritto garantisce il risultato, nella società pluralista il diritto corrisponde ad una possibilità di agire nelle situazioni, a seconda dell'utilità, e questo perché il risultato di qualsiasi azione è dovuto a più forze e interessi concorrenti”, cit. G. BERTI, *Omogeneità e pluralismo nel diritto, il pensiero frammentario di Federico Spantigati*, in “Il giurista e il diritto, studi per Federico Spantigati” (G. CRIFÒ, A. BIXIO, a cura di), p. 72, Franco Angeli, 2010.