

Su democrazia e diritto nella società globalizzata

LUCIO FRANZESE

I processi di globalizzazione in atto nella contemporaneità e indotti soprattutto dalla tecnica e dall'economia sembrano mettere in discussione “la tradizionale funzione della democrazia, spostando progressivamente in ambiti transnazionali, sui quali i cittadini dei singoli Stati non possono influire, le decisioni che toccano i loro destini” (Galvano 2005: 197); del pari, il mondo globalizzato sembra non conosca “quei modi di produzione del diritto che sono caratteristici degli Stati nazionali, come le leggi votate dai parlamenti (o dai governi su delega dei parlamenti)” (Galvano 2005: 201). Con queste parole Francesco Galvano evidenzia quelle che appaiono come le due principali questioni istituzionali poste dalla globalizzazione: il declino della democrazia e del principio di statualità del diritto.

In effetti, il regime democratico, che riconduce la dinamica politica al circuito “elettori-rappresentanti-leadership-decisione” e teorizza “una relativa impermeabilità delle singole arene nazionali e una interdipendenza delle decisioni relativamente modesta” è in crisi perché oggi, per un verso, le decisioni politiche sono per lo più frutto della stessa società civile ovvero di organismi sovranazionali che, comunque, non promanano dallo Stato e, per l'altro, le “arene decisionali nazionali hanno perduto la loro sovranità, a seguito dei processi d'integrazione sopranazionale (come nel caso dell'UE, oppure dell'affermarsi

dei regimi internazionali), e le decisioni nazionali si ripercuotono nell'arena internazionale, per effetto della mondializzazione e delle interdipendenze dei mercati" (Ieraci 2016: 10). Analogamente, il monopolio del diritto da parte degli Stati mostra la corda in una società il cui asse non sembra più la legge, intesa quale manifestazione di volontà del titolare del potere secondo i canoni del pensiero giuridico moderno, profilandosi il singolo quale protagonista dell'esperienza giuridica e non come mero centro d'imputazione delle norme imposte dal potere. Attraverso il ricorso allo strumento contrattuale, che appare caratterizzare la globalizzazione giuridica, infatti, l'individuo consegue l'autoregolamentazione dei propri interessi. Cosicché appare opportuno riflettere sulla società globalizzata per mettere a fuoco l'ordinamento politico e giuridico delle relazioni intersoggettive a essa corrispondente. Del resto, pure coloro che evidenziano i vistosi limiti della globalizzazione presenti, indubbiamente, nell'esperienza contemporanea, sono consapevoli dei pericoli derivanti da un ritorno agli stati nazionali quali protagonisti autarchici della scena economico-istituzionale (King 2017).

Intervenendo sui rapporti tra globalizzazione economica e diritto, Pietro Barcellona ha dichiarato "la piena realizzazione del progetto moderno, del suo destino e della sua vocazione" (Barcellona 2000: 33), nel senso dell'avvenuto trionfo dell'economia di mercato e del suo referente, l'individuo-soggetto. Il teorico dell'uso alternativo del diritto, infatti, ravvisa nella connessione tra diritto privato ed economia di mercato "il dispositivo immanente al diritto moderno", così come "nell'individuo sciolto da ogni vincolo, libero e uguale", cioè il soggetto di diritto, "l'espressione del principio organizzativo fondamentale della società moderna" (Barcellona 1998: 65-66). Solo apparentemente opposta è la posizione di Luigi Ferrajoli, che dalla globalità vede messe in discussione le categorie proprie del pensiero politico e giuridico moderno. "Io credo che il principale problema del futuro [...] sia la crisi ormai irreversibile della sovranità degli Stati nazionali, cioè del monopolio statale della produzione giuridica, generata da un processo d'integrazione economica e politica non accompagnato dalla costruzione di una sfera pubblica internazionale all'altezza dei nuovi poteri e dei nuovi rapporti extra e sovra-statali. Ne è risultato un 'vuoto di diritto pubblico', cioè una mancanza di regole" (Ferrajoli 2004: 19).

Tra gli storici del diritto, invece, il dibattito è agitato da un insanabile contrasto. Mentre Paolo Grossi esprime una "valutazione positiva del rivolgimento in corso e, in particolare, della crisi attuale che investe il cuore del diritto di un Paese – come il nostro – a impostazione legalitaria" (Grossi 2002: 162), Ugo Petronio rivendica l'egualitarismo del diritto codificato contro le "seduzioni del mercato", nel senso che gli Stati nazionali, affidandosi all'autoregolamentazione

degli operatori economici, “spalancano le porte a un’egemonia totalizzante dei contraenti forti e creano i presupposti per una rinnovata disuguaglianza giuridica” (Petronio 2003: 466).

Una polarità interpretativa discrimina gli stessi cultori del diritto positivo. L’anacronismo della modernità è denunciato da Giovanni B. Ferri, secondo cui “alla razionalità della odierna realtà sociale e dei mercati nazionali e internazionali sempre più culturalmente ‘stretti’ vanno i confini delineati dai sistemi di principi e di regole, predisposti, sulla scia della tradizione illuministica delle grandi codificazioni continentali, dai legislatori statali” (Ferri 2001: 2). Per contro, Natalino Irti non ravvisa motivi per non riconfermare la sua adesione all’idea, elaborata dalla scienza giuridica moderna, della “separatezza” tra produzione e imputazione normativa e, quindi, alla necessità di una disciplina potestativa dei rapporti intersoggettivi, sia pure espressi mediante accordi tra i governi nazionali, al fine di far corrispondere il raggio d’azione della volontà pubblica alla dimensione mondiale dell’economia contemporanea. “La risposta alla globalità rimane nell’interstatualità: non già nella rinuncia, ma nell’esercizio della sovranità” (Irti 2001: 77). Secondo il fautore del formalismo normativistico, infatti, “il tramonto della sovranità statale farebbe – si passi l’ineleganza della parola – saltare il coperchio: esploderebbero tutte le passioni dei luoghi, e le potenze terrestri si troverebbero l’una contro l’altra in hobbesiana naturalità” (Irti 2001: 96).

Tale disparità di vedute si riflette nella configurazione della nuova *lex mercatoria*, cioè del diritto che gli stessi operatori economici elaborano negozialmente per disciplinare i loro rapporti, così come avvenne nell’esperienza giuridica medievale, e che della globalizzazione appare la principale artefice (Galvano 2005: 9). Alcuni la riconducono alla mera volontà degli agenti economici, facendone la manifestazione dell’imprenditoria egemone, e di conseguenza vedono nella sottoposizione alla potestà sanzionatoria delle istituzioni statali e sovrastatali l’unico freno agli abusi e alle prevaricazioni dell’arena globale. Altri, invece, ne evidenziano il carattere di diritto promanante dalla generalità degli operatori, il risultato delle loro autodeterminazioni, munito di sanzioni per chi agisce scorrettamente, ma lo giustappongono al diritto statale che, nella presunzione di esaurire il fenomeno giuridico lo ignorerebbe, causando, a sua volta, una sdegnosa reazione di segno uguale e opposto¹. Negazione dell’assolutismo giuridico instaurato dalle codificazioni moderne – con la volontà legislativa accreditata quale

1 “Di fronte alla impotenza, alle sordità, alle lentezze del diritto ufficiale degli Stati”, la globalizzazione testimonia l’“auto-organizzazione dei privati, i quali, per proprio conto, grazie all’opera esperta di privati, inventano strumenti congeniali a ordinare i loro traffici giuridici, dando vita a un canale giuridico che si affianca e scorre accanto a quello dello Stato” (Grossi 2003: 69-70).

unica fonte di ordine delle relazioni intersoggettive – la nuova *lex mercatoria* rappresenterebbe l'epifania di un “diritto senza Stato”.²

Di fronte al dualismo tra mercato e società politica, non è mancato chi ha messo in luce il paradosso che “cambiamenti così importanti siano avvenuti per la forza spontanea della tecnologia, dell'economia e della finanza, per cui i mercati diventano globali, mentre le istituzioni su cui si appoggiano e che li regolano rimarrebbero nazionali” (Cassese 2003: 5). In particolare, nei confronti della visione autarchica della nuova *lex mercatoria*, che s'identificherebbe con le forze di mercato a prescindere da qualsiasi apporto delle istituzioni, Michael J. Bonell ha osservato che i contratti uniformi a livello internazionale, da cui principalmente essa prende forma, sono per lo più formulati dalle associazioni di categoria in vista del contemperamento dei diversi interessi presenti in campo e non dal singolo imprenditore che, dotato del necessario potere economico, potrebbe imporre la propria volontà agli altri operatori, pregiudicando l'equilibrato sviluppo degli scambi economici. E il contratto, anche quando è predisposto dagli studi legali delle multinazionali, non può essere considerato frutto dei “mercanti del diritto”, secondo la formula coniata da Yves Dezalay per stigmatizzare la “prostituzione” del sapere giuridico agli interessi dei potentati economici. Le *law firms* esplicano sostanzialmente un'attività di traduzione tecnico-giuridica delle pratiche commerciali che nel mercato, grazie alla generalità dei suoi avventori, si sono affermate per la loro efficacia operativa; esse appaiono dunque come i soggetti più attrezzati per formalizzare gli schemi contrattuali che meglio soddisfano le esigenze del commercio, garantendo una circolazione celere e al tempo stesso sicura di beni e servizi oltre le frontiere statali.³

Soprattutto, si è rilevato che la nuova *lex mercatoria* “non costituisce un fenomeno antagonista o, peggio, alternativo al diritto internazionale (sia privato che pubblico)”; infatti, “a differenza di quanto avvenne per l'antica *lex mercatoria*, il cui declino cominciò quando l'avvento dello Stato moderno provocò la statalizzazione e la centralizzazione del diritto commerciale, oggi accade che la nuova *lex mercatoria* si sviluppa con la piena complicità degli Stati”, i quali, dando “grande impulso all'arbitrato commerciale internazionale”, riconoscono “spazi di auto-

2 “Dobbiamo affrettarci verso una meta che è un diritto senza Stato; il conseguimento di questa meta è anche conseguimento di un effettivo pluralismo giuridico”, (Grossi 2002: 55). Sulla *lex mercatoria* quale ordinamento alternativo sia al diritto nazionale sia a quello internazionale cfr. Goldman 1964.

3 Per tale prospettazione (Franzese 2001: 72-80). Secondo M. R. Ferrarese le *law firms* internazionali “hanno uno stile di lavoro eminentemente creativo anziché esegetico [...] esse possono funzionare sia come convertitrici di dinamiche economiche in dinamiche giuridiche, sia come convertitrici di schemi giuridici in dinamiche economiche” (Ferrarese 2002: 83). Critico nei confronti dei grandi studi legali, strumenti “dell'imperialismo giuridico americano” è M. Lupoi (Lupoi 2003: 552).

mia vastissima” agli operatori economici⁴ (Marrella 2003: 36 e 21), conducendo di fatto verso un declino dei dogmi della statualità e della nazionalità del diritto. Questo evidenzia la *problematicità* della mondializzazione economica e della *lex mercatoria*, che ne costituisce per così dire il precipitato giuridico. I punti nodali riguardano il rapporto tra economia e diritto e quello tra diritto e democrazia e, più in generale, con le istituzioni, sui quali influisce il condizionamento della scienza giuridica moderna che, con il suo panlegalismo, sembra ostacolare l’intelligenza del *novum* indotto dalla globalizzazione dei mercati.⁵

Due sono a ben vedere le posizioni che si contendono il campo: quella che concepisce il diritto come espressione di *eteronomia* e quella che ricostruisce il processo di ordinamento giuridico delle relazioni umane a partire dall’*autonomia*. Nella prima prospettiva l’economia è il regno dell’*homo oeconomicus*, dell’individuo che pensa solo al proprio *particolare*, per cui gli scambi, lasciati a se stessi, si svolgerebbero secondo la logica del profitto a tutti i costi. “Il mercato – dichiara un protagonista della vita economica e istituzionale – svaluta la regola giuridica, perché vuole che la base di tutto non sia la virtù delle regole, ma la capacità contrattuale del singolo che persegue il proprio interesse” (Rossi 2006: 81). La corrispettività nei traffici dipende esclusivamente dall’intervento eteronomo: ergo, il mercato è di per sé *antigiuridico*. E non si porrà fine all’attuale sconquasso “se al *Rule of Economics*, con il suo abusato credo che ha condizionato il capitalismo degli ultimi decenni, non si sostituisca il *Rule of Law*” (Rossi 2009: 938-939). In quest’ottica i processi di globalizzazione riconducono la società a quello “stato di natura” teorizzato dal giusnaturalismo moderno, per la mancanza di istituzioni che siano in grado di presidiare il mercato mondiale, mediante l’imposizione di precetti e l’applicazione di sanzioni nel caso in cui essi siano violati. Quasi si rimpiange l’epoca in cui i confini nazionali coincidevano con quelli del mercato e gli Stati, grazie al loro indiscusso potere d’imperio, erano tutori delle relazioni che in essi si svolgevano. Ma c’è anche chi, come Charles E. Lindblom, non facendo coincidere l’ordine intersoggettivo con la volontà dello Stato apre all’idea secondo cui esso è un effetto del mutuo aggiustamento della relazionalità delle parti sociali, guardando al “modello della democrazia pluralista, il cui apparato di governo serve solo a salvaguardare le regole indispensabili dell’adattamento reciproco di tutte le parti” (Croziere e Friedberg 1978: 216).

4 “Oltre a norme di origine statale ed interstatale, il diritto del commercio internazionale – e quindi anche il più vasto diritto dell’economia – viene disciplinato, in misura crescente, dalla *lex mercatoria*, intesa alla stregua di un insieme di norme di diritto internazionale privato materiale di origine astatale” (Marrella 2003: 915).

5 Una lucida rappresentazione dei mutamenti è quella di F. Galgano (2005); si veda altresì M. R. Ferrarese (2000).

Per il futuro, da un lato, si auspica una codificazione del diritto dei contratti da parte dell'Unione Europea, che nel Vecchio continente sarebbe subentrata, quale entità sovrana, agli Stati nazionali ormai limitati dall'estensione planetaria del mercato;⁶ dall'altro, ci si riferisce al diritto amministrativo, che sarebbe chiamato a esercitare su scala internazionale quell'addomesticamento del mercato tradizionalmente svolto a livello nazionale (Ferrara 2004).

La categoria del diritto amministrativo, in crisi d'identità nei luoghi nati (Berti 1986, Benvenuti 1996, Cassese 2002, Napolitano 2003), dove è avvertita la necessità di riconoscere spazio alla partecipazione dialettica del singolo mediante la previsione d'istituti che legittimano fenomeni di coamministrazione e perfino di autoamministrazione, è rilanciata a livello sovranazionale quale strumento di eteroregolazione della vita economica. A ciò confortati dal fatto che anche il Nuovo continente avrebbe ormai ammesso, secondo la dichiarazione di Richard B. Stewart, che "quasi ogni attività è soggetta a regolazione pubblica: la nostra sicurezza fisica ed economica e il nostro benessere dipendono da essa. Non c'è praticamente settore del diritto – titoli di credito e finanza, benessere dei bambini, fisco, commercio internazionale, edilizia residenziale, impiego e quasi tutti gli altri settori – che non richieda una regolazione amministrativa" (Stewart 2004: 2).⁷

6 Al significato della codificazione del diritto è dedicato AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio* (Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 Settembre 2000), Milano, 2002. Per l'idea che con l'entrata in vigore delle Costituzioni del secondo dopoguerra i codici civili europei "si sono dissociati dall'ideologia tradizionale della codificazione, fondata sull'identificazione delle fonti del diritto con la sovranità statale", per risolversi in "un concetto puramente tecnico, correlato alla funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinarie adeguate alla selezione strutturale dei conflitti di interessi" (Mengoni 1992: 515-516). Anche (Zeno-Zencovich 1998: 812) il codice è una "struttura logica – ce lo insegna Leibniz – volta a dare ordine alle regole giuridiche". Sul codice come "impresa politica, non come operazione tecnica" (Rodotà 2004). Secondo S. Patti (Patti 2004) la "decodificazione interna", cioè il nuovo diritto dei contratti di matrice europea che si allontana dal principio dell'uguaglianza formale dei soggetti di diritto, proprio dei codici moderni, costituisce "un fenomeno in grado di mettere in crisi la stessa idea di codice". Un progetto di codificazione europea dei contratti è quello elaborato dall'Accademie des privatistes européen (Gandolfi 2003). Tale opzione si distingue da quella incarnata dai *Principles of European contract law* elaborati da parte della Commissione accademica guidata da Ole Lando (Castronovo 2000) i quali operano una sintesi tra i principi generali dei diversi ordinamenti europei; così come è diversa da quella praticata dal Progetto del gruppo di Trento, che mira alla ricostruzione delle matrici comuni del diritto europeo (Bussani e Mattei 2000).

7 Si tratta della prolusione pronunciata all'atto d'insediamento come John Edward Sexton Professor of Law alla New York University, in cui rivendica all'Ateneo il merito di aver stabilito, a partire dal 2003, che gli studenti del primo anno frequentino un nuovo corso sullo stato regolatore e amministrativo, sottolineando come invece la Law school di Harvard si attardi sul common law curriculum predisposto dal presidente Landgell nel XVIII secolo.

In definitiva, l'invocazione di un nuovo codice e di un diritto amministrativo internazionale testimonia che si cerca nel vecchio armamentario dell'Illuminismo e del Giacobinismo la soluzione ai problemi posti all'organizzazione giuridica dall'unificazione mondiale dell'economia. Non rendendosi conto che queste figure sono la quintessenza di una concezione che guarda al fenomeno giuridico esclusivamente dal punto di vista statale.

Nella seconda prospettiva l'economia è dotata di un'intrinseca razionalità, di un principio ordinatore che tende alla reciprocità nella circolazione dei beni e nella prestazione dei servizi, per cui il diritto non verrebbe a incidere su una *tabula rasa* o, peggio ancora, in una situazione da Far West. La globalizzazione dei mercati è vista non come una minaccia, bensì come un'opportunità per il singolo di esercitare le proprie capacità affrancandosi dalla pretesa degli Stati nazionali di predeterminare ogni aspetto della vita umana; in particolare, dall'imposizione di fini e modalità dell'agire economico, come avviene quando l'allocatione delle risorse risponde alla logica dirigistica. Si riconosce il ruolo dell'autonomia soggettiva, l'attitudine cioè del singolo a darsi da sé le regole della propria azione e a rispettarle, nell'ordinamento giuridico delle relazioni economiche. Condizionati però dalla figura dello Stato moderno, che si sovrappone ai singoli quali unica garanzia dell'ordinato svolgersi dell'agire umano, si teorizza per reazione l'autosufficienza dell'operato individuale e si disdegna l'ausilio delle istituzioni, non ravvisando in esse il necessario supplemento all'autonomia, qualora il regolamento negoziale divisato non prenda in considerazione tutti gli interessi implicati dallo scambio economico.

Nel dibattito sulla globalizzazione è frequente il ricorso al concetto di "*governance*" il quale, a prescindere dall'esistenza di organi di governo sopranazionale, per il policentrismo caratterizzante l'età postmoderna, concerne la necessità che il processo d'integrazione mondiale sia orientato in modo da garantirne la sostenibilità non solo dal punto di vista economico, e cioè dell'efficienza degli scambi, ma anche da quello sociale, in vista dell'utile generale.⁸ Si pone così un problema politico, poiché necessita individuare quanto è opportuno, conveniente, necessario per la vita in comune, cui indirizzare le energie individuali sprigionate dai fenomeni di mondializzazione.

⁸ Per quanto riguarda i politologi, cfr. Rosenau e Czempiel 1992; Ieraci 2002. Per la prospettiva giuridica, si vedano le considerazioni di chi ritiene che il termine *governante* evoca "de una parte – incluso etimologicamente –, el 'gobierno', más allá del Estado, aunque también implica, de otra, en la realidad, la rendición de la política al economicismo" (Ayuso 2005: 52). Secondo G. Palombella, "il *Rule of Law* chiede al diritto di incorporare qualità e caratteri tali da contrastare sul piano giuridico la tendenza monopolizzatrice del potere", convergendo in un diritto positivo "che sia giuridicamente collocato al di fuori della portata del sovrano e della sua mera volontà" (Palombella 2009: 335-336). Per la prospettiva economica cfr. Stiglitz 2006.

Il governo della globalizzazione potrebbe essere concepito in due diversi modi, tra di loro antitetici. Come mera imposizione delle istituzioni, che sostituiscono la propria volontà a quella degli agenti economici, le cui determinazioni sarebbero volte al proprio esclusivo tornaconto; oppure come attività di supporto all'ordine espresso dal mercato stesso, nel senso che le istituzioni, riconoscendo l'autodisciplina di cui sarebbero capaci gli operatori economici, pongono l'accento su quanto è indefettibile per il bene della comunità.

Nella prima prospettiva si è affermato, con riguardo al mercato nazionale, che il "governo dell'economia e le istituzioni della regolazione sono espressione di un chiaro e immanente bisogno di canalizzare i conflitti dentro uno schema di composizione per stabilire un meccanismo di controllo sul mercato. Un meccanismo che prende vari nomi (regolazione, vigilanza, disciplina, ecc.) in ragione del punto di equilibrio in cui nei vari mercati (il mercato delle imprese, della finanza, dei beni pubblici) si attesta l'"ingerenza" storicamente accettabile e giustificabile o addirittura necessaria dei poteri pubblici per lo sviluppo e la crescita dell'economia in quel determinato momento" (Cardi 2005:14). Si prospetta in questo modo un ordinamento "virtuale" delle relazioni economiche, espressione di mera potestà, dimenticando che "regolare il mercato non è mai un'attività esclusiva ed imperativa del potere politico: occorre in ogni caso, per definizione, la collaborazione dell'ambiente, vale a dire la contrattazione o l'accettazione delle regole politiche, rigenerate nella loro efficacia dalla prassi effettiva del mercato, al punto che divengono anch'esse fattore di autodisciplina" (Berti 2001: 174-175)⁹.

La seconda concezione configura un'implicazione tra mercato e istituzioni, sia nazionali sia sovranazionali, nel senso che la funzione di queste prenderebbe lo slancio dall'agire individuale, nella consapevolezza che i singoli sono capaci di un vivere sociale e, quindi, di perseguire la concomitanza tra il bene proprio e quello della comunità cui appartengono. Invero si può aspirare al bene comune solo quando l'azione individuale sia informata a questo criterio, nel senso che già i singoli considerano le conseguenze della propria condotta sulla vita societaria.

La "politicità" individuale, che nel lessico filosofico (Gentile 1983) indica l'idoneità soggettiva a individuare ciò che consente ai singoli di stare insieme senza avvertire la presenza degli altri come un limite alla propria libertà, è sostenuta dalle istituzioni. Esse sono complementari all'ordine espresso dai mercati, intervenendo per controllare la correttezza delle relazioni economiche, per impedire

9 Il giuspubblicista ha anche osservato che "molto vi sarebbe da dire sull'identità Stato-diritto e sul diritto in sé: si potrebbe pensare anzitutto che il diritto offre una propria immagine della realtà e la sovrappone alla vita e ai rapporti di tutti i giorni, quali sono voluti e definiti dagli uomini. È come se la società, riflettendosi appunto nell'ordine giuridico, predisponesse una diversa realtà a propria misura per poi imporla ai singoli, già astretti per loro natura al vincolo sociale" (Berti 2004: 10).

cioè prevaricazioni e asimmetrie¹⁰, e per supportare quelle logiche non attinenti alla mera efficienza, censurando le condotte individuali che adottano il profitto come unico criterio decisionale.

L'apertura al sociale trova la sua scaturigine nell'autonomia soggettiva, in quanto il singolo avverte la cogenza dell'etica nelle relazioni di cui è parte, percependo cosa è necessario per il benessere della comunità.¹¹ L'utile sociale non è, infatti, un risultato inintenzionale dell'agire individuale¹² né, tantomeno, un *quid* estraneo al mercato, imposto dall'esterno, quasi fosse uno scotto che l'economia deve pagare per potersi legittimare, trattandosi di un valore originario delle relazioni economiche che deve essere difeso e valorizzato dalle istituzioni.

Sulla scorta di tali considerazioni, sembra di poter confutare la negazione dell'accostamento della *lex mercatoria* medievale a quella odierna, che difetterebbe della dimensione politica. “Ho la sensazione – ha dichiarato Paolo Spada, intervenendo al XIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica – che ci sia una differenza fondamentale che è questa: nella civiltà comunale italiana i mercanti costruivano regole al servizio sì dei propri interessi, ma proprio nel momento stesso in cui costruivano una società politica nella quale quelle regole si applicavano. Non a caso noi commercialisti, quando andiamo a pescare l'immagine remota delle figure giuridiche con le quali ci confrontiamo oggi, prima di tutto andiamo a vedere gli statuti dei Comuni, prima, ancora quelli delle Corporazioni. Oggi non è così, manca la costituzione di una società politica corrispondente alla società dei mercanti; quindi non so quanto il paragone tra la *lex mercatoria* di allora e quella di oggi abbia conoscitivamente qualche valenza” (Spada 2008: 125).

Di conseguenza l'agire politico, che si connota per l'elaborazione di un disegno globale entro il quale le diversità trovano la possibilità di coesistere senza rinunciare a ciò che è essenziale per la convivenza umana, si riduce alle forme organizzative del potere. Si assumono cioè le procedure di gestione degli affari della comunità come principio aggregante la stessa, con l'effetto di confondere

10 “Al deficit di potere economico dei consumatori rispetto al potere economico delle imprese può porsi rimedio con l'ausilio delle regole giuridiche mediante le quali sono contenute entro canali invalicabili le forme di azione economica delle imprese nei rapporti con i consumatori” (Falzea 2004: 29).

11 È stato evidenziato “il superamento della prospettiva dirigistica, che associava la regolazione alla tutela dell'interesse pubblico in contrapposizione a quello dei regolati, sostituita da una più complessa visione in cui l'interesse pubblico e quello dei regolati coincidono o sono comunque parte integrante di un processo regolativo unitario” (Cafaggi 2004: 219).

12 Per l'idea che l'ordine spontaneo del mercato sia il risultato inintenzionale di atti inintenzionali bisogna rinviare all'orientamento che da Adam Smith, proposto nella *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, va fino al premio Nobel per l'economia Friedrich August von Hayek, espresso in *Legge, legislazione, libertà*; sul punto cfr. Moroni 2005.

il fine per cui si sta insieme con gli strumenti realizzativi. Per tal modo si riconosce il valore della nuova *lex mercatoria*, che realizza, anche grazie al supporto istituzionale all'autonomo operato degli agenti economici, l'unità dei mercati mediante l'ordinamento giuridico delle relazioni economiche.

Ecco perché la sussidiarietà si presenta come un "principio particolarmente adatto a governare la globalizzazione e a orientarla verso un vero sviluppo umano. Per non dar vita a un pericoloso potere universale di tipo monocratico", ammonisce Benedetto XVI, "il governo della globalizzazione deve essere di tipo sussidiario, articolato su più livelli e piani diversi, che collaborino reciprocamente. La globalizzazione", conclude il Pontefice emerito, "ha certo bisogno di autorità in quanto pone il problema di un bene comune globale da perseguire; tale autorità, però, dovrà essere organizzata in modo sussidiario e poliarchico, sia per non ledere la libertà sia per risultare concretamente efficace" (Benedetto XVI: 57).¹³

È necessario chiedersi se il delineato assetto tra mondializzazione economica e diritto – che mostra la tendenziale coesistenzialità tra fenomeno giuridico e autodisciplina individuale, nel senso che gli istituti giuridici sono intrinseci alla vita degli affari, riflettendo ciò che in essa accade emendato di quanto non corrisponda all'autentico sviluppo della persona umana – sia rimesso in discussione dagli aspetti patologici della globalizzazione che, nella presente temperie, sembrano dominanti, per non dire esclusivi, del processo di unificazione dei mercati. Si è icasticamente parlato di logoramento dell'autoregolamentazione, la quale sarebbe servita per dissimulare quella *deregulation* che, invocata e praticata nel mondo anglosassone, avrebbe attecchito anche nel Vecchio Continente nonostante la pervasiva, ma, di fatto, neutralizzabile regolazione pubblica dei mercati (Rossi 2008).

Un tentativo di risposta non può non tenere in debito conto gli aspetti etimologici ed epistemologici che la questione richiama. Va rilevato il fraintendimento cui è andato incontro il concetto di autonomia soggettiva. In una società secolarizzata, qual è quella in cui viviamo, dominata dal razionalismo giuridico, cioè da una conoscenza strutturata in termini ipotetico-deduttivi e con finalità operativa (Gentile 2006), l'autonomia è sinonimo di signoria della volontà individuale. Con il risultato che, di fronte al caos in cui è precipitato il mondo economico, s'invoca l'intervento dello Stato: l'unico in grado di riportare ordine tra soggetti che, in nome di una sedicente autodisciplina, hanno impunemente scorazzato in quelle che consideravano essere delle praterie finanziarie, finendo con il mettere in pericolo l'economia globale.¹⁴ Pertanto si rimettono in campo politiche

13 Si veda altresì Scambeck 2006.

14 "Lo Stato ha fallito per inazione, non per eccesso di azione; per non aver voluto vedere e contrastare una sequenza di evidenti fallimenti del mercato" (Rossi 2008: 56).

keynesiane e, soprattutto, s'invoca l'eterno ritorno al *Leviatano*, secondo la sperimentata strategia del pensiero politico e giuridico moderno, che giustifica l'eterodirezione della vita in base all'assunto convenzionale dell'anomia individuale. Per contro, l'etimo di autonomia esprime l'idoneità del singolo a essere legge a se stesso, rispettando l'impegno assunto anche a dispetto del mutamento del proprio volere. Questo perché la persona umana, in ciò supportata dalle istituzioni, è capace di essere "signore di sé".¹⁵

Sgombrato il campo dagli equivoci, si prende coscienza della scaturigine sociale del diritto nonostante che le contingenze sembrano legittimare un nuovo monopolio statale o comunque pubblico della produzione giuridica. Sul piano nazionale e su quello sovranazionale le istituzioni sono sussidiarie rispetto al processo di ordinamento delle relazioni autonomamente attivato dagli operatori economici.¹⁶ Tant'è che la nostra Cassazione ha avuto modo di affermare la giuridicità originaria della nuova *lex mercatoria* in quanto ordinamento proprio della società degli affari¹⁷, le cui decisioni sono portate ad esecuzione dalle istituzioni nazionali non essendo dotata di propri organi di coercizione¹⁸.

Opportunamente Giuseppe Tesaurò ha ricordato che la *lex mercatoria*, la quale come si è detto costituisce il profilo giuridico della globalizzazione, "non si è mai affermata in un vuoto normativo e/o istituzionale. Il Duca di Amalfi, intorno al 1000, raccolse gli usi nelle tavole amalfitane e ne fece il codice dei traffici marittimi del Mediterraneo. Né si limitò alle regole: inventò perfino una moneta unica del Mediterraneo, insomma l'euro di quei tempi, usata da tutti i trafficanti del nostro mare. Già allora, per non andare ancor più indietro nei secoli, c'era, dunque il coniugarsi degli usi commerciali con l'esercizio della funzione regolatoria

15 "Nella stessa anima di ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. E quando la parte per natura migliore ha il dominio sulla peggiore, ecco l'espressione essere signore di sé e suona lode; quando invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia, la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto di sé schiavo e suona biasimo e rimprovero": di ciò ci rende edotti Platone, *La Repubblica*, X, 431 a.

16 L'analisi dell'esperienza giuridica sembra evidenziare che l'ordinamento nasca dall'incontro dialettico tra la naturalità dell'autonomia soggettiva e la sussidiarietà delle istituzioni: sia consentito il rinvio a Franzese 2010.

17 "Nella misura in cui si constata che gli operatori (prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione delle loro attività in uno Stato) consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una *affectio* dettata da motivi pratici) l'opinione *cessitatis*, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, *pro tempore*, determinati)" Cass. 8 febbraio 1982, n. 722, in *Rivista internazionale privato processuale*, 1982, p. 835.

18 "Il ricorso al braccio secolare dello Stato ed alle sue sanzioni non sminuisce il carattere di ordinamento giuridico della *lex mercatoria*, ma, anzi, ne mette in evidenza il riconoscimento ad opera dell'ordinamento statale" (Merrella 2003: 652).

dei poteri pubblici”.¹⁹ Insomma, a parere del giurista, accanto all’autoregolazione, “ci deve essere, e c’è sempre stato, il contrappeso di un potere pubblico, che a volte ha fatto un passo indietro, altre volte ha fatto dei passi avanti, in ogni caso vigilando sul perseguimento anche di un interesse generale”.²⁰

Ritornando all’odierna *lex mercatoria*, vanno menzionati i “Principi dei contratti commerciali internazionali” elaborati dall’Istituto internazionale per l’unificazione del diritto privato (UNIDROIT) che, partito con l’obiettivo di sollecitare l’uniformità legislativa del diritto, ha puntato la sua attenzione sulle prassi commerciali al fine di desumerne i principi della contrattualità internazionale, intervenendo ortopedicamente laddove fosse necessario affinare ed equilibrare quanto elaborato dall’inventiva negoziale.²¹ I “Principi” pongono invero l’accento sulla necessaria “ragionevolezza”, “appropriatezza” e “proporzionalità” dei rimedi esercitabili nei confronti delle patologie del commercio internazionale.²² Si mira all’equità degli scambi, consapevoli che la coesione sociale richiede il *suum cui tribuere* diversamente da quanto assume la prospettiva formalistica, in cui l’ordine giuridico è dato dalla mera conformità dell’agire individuale al volere del potere normativo.

“Per quasi tutto il XX secolo la nostra cultura giuridica si è fatta beffe dell’idea che l’assetto di interessi messi in atto volontariamente dalle parti possa essere in sé giusto, ed ha quindi formato schiere compatte di giuristi ed operatori del diritto che venerano la legge statuale e disprezzano l’idea che il contratto abbia forza di legge tra le parti, essendo, a loro modo di vedere, l’effetto giuridico vincolante una conseguenza della legge e non già dell’autonomia privata. Lo scoramento che simile cultura giuridica prova a fronte dei fenomeni di globalizzazione la dice lunga sul fatto che agli inizi del XXI secolo ci si avveda che tale tendenza [...] era solo una strada sbagliata” (Gambaro 2008: 246).

Il criterio della ragionevolezza informa anche l’operato dell’Organizzazione mondiale del commercio (WTO), l’istituzione intergovernativa sorta a Marrakech nel 1994 per favorire la liberalizzazione del commercio mondiale, vagliando l’attitudine delle misure adottate dagli Stati a fungere da impulso ovvero da ostacolo allo scambio di beni e servizi.

19 Intervento pronunciato al CNEL l’8 aprile 2008.

20 *Ibidem*.

21 Si è evidenziato che la nuova *lex mercatoria* si avvale del “filtro culturale di Unidroit, che la rimodella secondo i consolidati principi di civiltà giuridica, cui nessun operatore economico può sottrarsi, nella ricerca del giusto punto di equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell’impresa e le esigenze di protezione del contraente debole” (Galvano 2005: 74-75).

22 Si vedano anche i già citati “Principi di diritto europeo dei contratti” redatti dalla Commissione Lando, che non si sarebbe limitata a un *restatement*: cfr. Zimmermann 2009.

Secondo una prima posizione, lo “schema entro il quale si sviluppa ed opera l’Organizzazione mondiale del commercio è quello, tipico e ben noto, internazionale. E nel sistema globale del diritto internazionale e delle Organizzazioni internazionali sono le Nazioni ad essere titolari di diritti ed obblighi. La rivoluzione di Marrakech modifica molte cose, ma soprattutto impone la categoria “nazione” come categoria fondante. Ai tavoli delle Organizzazioni internazionali siedono e votano le Nazioni. Le norme del mercato globale, le sole a cui tutti gli Stati devono sottostare, sono quelle delle Organizzazioni internazionali” (Ciccarelli 2010: 141).

In realtà lo scopo del WTO, secondo quanto dichiarato dall’allora direttore generale, Supachari Panitchpakdi, al Simposio del 2005, è quello di assicurare relazioni economiche pacifiche e stabili (*the most crucial function*) e tale obiettivo non è perseguito in termini di sovranità, nel senso che la WTO non sembra volta a ripristinare a livello sopranazionale quel potere sommo che si è disintegrato a livello nazionale per effetto della globalizzazione, ponendo in crisi il dogma della statualità del diritto. L’Organizzazione mondiale del commercio non sovrasta invero i Paesi aderenti, bensì indica loro quanto attiene alla protezione delle produzioni di qualità ovvero tipiche, e quanto, invece, limita e distorce la concorrenza tra i produttori dei diversi Stati. Sulla base di questi criteri, da tempo essa è impegnata a dirimere la controversia in materia di agricoltura tra i cosiddetti Paesi emergenti e quanti, come Europa, Stati Uniti e Giappone, esercitano politiche protezionistiche che, in quanto tali, privilegiano alcuni produttori a scapito di tutti gli altri e dei consumatori. Così come nell’annosa controversia *Boeing-Airbus*, che ha opposto gli Stati Uniti all’Unione Europea, la WTO ha distinto il sostegno (lecito) alla sicurezza dato dagli Stati, dal sussidio (illecito) dato alle imprese nazionali che, invece, impedisce lo sviluppo armonioso del commercio internazionale. Continuando nell’esemplificazione, una particolare rilevanza presenta la questione della commercializzazione degli organismi geneticamente modificabili (OGM) nei cui riguardi un Paese ha diritto di difendersi; a patto però, dice l’Organizzazione, che le misure adottate siano ragionevoli, cioè adeguate al rischio che si prospetta.

A oggi tra gli Stati membri figurano Cina e Israele, Mongolia e Pakistan, Gibuti e Arabia Saudita. Per Libia, Libano, Algeria, Vietnam, Russia e Sudan è in corso la procedura per il loro ingresso nell’Organizzazione. Non sembra dunque di poter ravvisare in essa uno strumento di condizionamento del commercio internazionale. Apparendo, invece, plausibile avanzare un parallelo tra la funzione assolta dall’Unione Europea nei confronti degli Stati membri e quella che sta svolgendo la WTO a livello mondiale: far emergere un ordinamento che consenta alle singole comunità nazionali di affermare le proprie ragioni senza chiudersi a quelle degli altri, invocando pretestuosamente esigenze di ordine pubblico

o di sicurezza sanitaria, di tutela ambientale o di libertà di religione. Di qui la rilevata discrepanza si può tradurre in uno schema interpretativo che vede da una parte la prospettiva dell'agire strategico dei singoli attori sociali, e dall'altra l'idea dogmatica della statualità del diritto che però trova dei limiti proprio nel momento in cui deve trovare soluzioni a problemi nuovi. In definitiva, occorre far leva sul paradigma giuridico della sussidiarietà che, incardinandosi nell'originaria autonomia personale, indica la strada per congedarsi dalla sovranità statale. Soprattutto oggi che la crisi economica ci spinge verso posizioni mercantilistiche. Si tratterebbe invero di un ritorno a un'architettura giuridica logorata dall'esperienza della globalizzazione, che indica nell'autodisciplina personale e nel corrispondente ausilio delle istituzioni, sia nazionali sia sovranazionali, le modalità dell'ordinamento giuridico delle relazioni economiche. È chiaro che il dispiegarsi dell'autonomia impone un rafforzamento dei presidi istituzionali, soprattutto internazionali, per vigilare sull'esercizio dell'autodeterminazione. Non in base a criteri estrinseci, usciti dalla testa di Minerva, ma di quelli che affiorano dalla stessa associazione societaria e che bisogna riconoscere e valorizzare per quel seme di socialità di cui è naturalmente portatore la persona umana, eventualmente integrandoli qualora si rivelassero insufficienti al bene comune. Compito delle istituzioni, infatti, dovrebbe essere quello di *iustitiam dare*.

BIBLIOGRAFIA

Ayuso M.

2005 *Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho publico en la era de la globalizacion*, Madrid.

Barcellona P.

1998 'Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo/mondiale', in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

2000 'Il contratto e l'economia globale', in AA. VV., *Contratto e lavoro subordinato. Presentazione degli scritti in onore di Renato Scognamiglio*, Padova.

Benedetto XVI

2009 *Caritas in Veritate*.

Benvenuti F.

1996 *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, CEDAM.

Berti G.

1986 *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, CEDAM.

2001 *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM.

2004 *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, CEDAM.

Bussani M., Mattei U.

2000 *Making European law – Essays on the 'Common Core' project*, Trento, Università di Trento.

Cafaggi F.

2004 'Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi', *Politica del diritto*, pp. 205-221.

Cardi E.

2005 *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, UTET.

Cassese S.

2002 *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza.

2003 *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza.

Castronovo C.

2001 *I principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, Giuffré.

Ciccarelli D.

2010 '15 aprile 1994-15 aprile 2009: 15 anni di Organizzazione mondiale del commercio, 15 anni di pastrocchi europeisti', *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2010, 3, pp. 135-146.

Crozier M., Friedberg E.

1978 *Attore sociale e sistema. Sociologia dell'azione organizzata*, Milano, Etas Libri.

Falzea A.

2004 'Il civilista e le sfide d'inizio millennio', *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, Giuffrè, pp. 3-29.

Ferrajoli L.

2004 'Per un costituzionalismo di diritto privato', *Rivista critica di diritto privato*, 1, pp. 11-22.

Ferrarese M. R.

2000 *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino.

2002 *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino.

Ferri G. B.,

2001 *Il negozio giuridico*, Padova, CEDAM.

Franzese L.

2001 *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Napoli, ESI.

2010 *Percorsi della sussidiarietà*, Padova, CEDAM.

Galgano F.

2001 *Lex Mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino.

2005 *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino.

Gambaro A.

2005 'Alcuni aspetti istituzionali della cosiddetta globalizzazione', *Sociologia del diritto*, 2/3, pp. 241-253.

Gandolfi G.

2003 *Code europeen des contrats*, Padova, CEDAM.

Gentile F.

1983 *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, Giuffrè.

2005 *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, CEDAM.

- 2006 *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, CEDAM.
- Goldman B.
1964 *Frontieres du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit*.
- Grossi P.
2002 'Unità giuridica europea: un medioevo prossimo venturo?', *Quaderni Fiorentini*, 31, pp. 40-57.
2002 'Globalizzazione, diritto, scienza giuridica', *Il Foro Italiano*, 5, pp. 151-164.
2003 *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza.
- Ieraci G.
2002 *Governance. Un punto di vista anticonformista*, in *Sociologia urbana e rurale*.
2016 *Le politiche pubbliche. Concetti, teorie e metodi*, Torino, UTET.
- Irti N.
2001 *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, Laterza.
2004 *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza.
- King S. D.
2017 *Il mondo nuovo. La fine della globalizzazione e il ritorno della storia*, Milano, FrancoAngeli.
- Lupoi M.
2003 'Il 'diritto al presente' nel mondo globalizzato', in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2003, p. 552.
- Marrella F.
2003 *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi del commercio internazionale*, Padova, CEDAM.
- Mengoni L.
1992 'L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?', *Rivista critica di diritto privato*, 2, pp. 510-550.
- Moroni S.
2005 *L'ordine sociale spontaneo. Conoscenza, mercato e liberta dopo Hayek*, Torino.
- Napolitano G.
2003 *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè.
- Palombella G.
2009 'Il Rule of Law oltre lo Stato', *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, pp. 325-357.

Patti S.

2004 'Tradizione civile e codificazioni europee', *Rivista critica di diritto privato*, I, pp. 510-549.

Petronio U.

2003 "Ménin aeide thea". Alcune considerazioni sull'assolutismo giuridico', *Rivista critica di diritto privato*, 21, pp. 427-467.

Rosenau J.N., Czempiel E. O. (eds.)

1992 *Governance without government. Order and Change in World Politics*, Cambridge

Rossi G.

2006 'Homo homini lupus?', *MicroMega*, 2, pp. 76-86.

2008a 'Misericordia e nobiltà della finanza', *Il Mulino*, 1, pp. 121-145.

2008b *Il mercato d'azzardo*, Milano, Adelphi.

2009 'Crisi del capitalismo e nuove regole', *Rivista delle società*, 5, pp. 929-946.

Scambeck H.

2006 *Globalizzazione e sussidiarietà*, in A.C. Amato Mangiameli (eds), *Persone e stati*, Milano.

Spada P.

2008 *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione*, Macerata, EUM.

Stewart R. B.

2004 'Il diritto amministrativo nel XXI secolo', *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, pp. 134-167.

Stiglitz J. E.

2006 *La globalizzazione che funziona*, Torino, UTET.

Zeno-Zencovich V.

1998 'Il codice civile europeo le tradizioni giuridiche nazionali e il neopositivismo', *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, I, pp. 788-823.

Zimmermann R.

2009 *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e impr./Europ.*