DIRITTI COMPARATI
Comparare i diritti fondamentali in Europa

# "FONTI DEI PRIVATI E GLOBALIZZAZIONE": CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL LIBRO DI ANNA MOSCARINI

*Posted on 17 Marzo 2016 by Francesco Saverio Marini*

Testo elaborato in occasione della presentazione del libro di Anna Moscarini, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, 2014, svoltasi all'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" il 7 marzo 2016.

L'incontro di oggi prende spunto da un recente lavoro della Prof.ssa Anna Moscarini: "Fonti dei privati e globalizzazione".

Il volume costituisce l'ultima riflessione, in ordine di tempo, su un tema di stringente attualità per il diritto pubblico: il ripensamento e la perdurante applicabilità delle tradizionali categorie del costituzionalismo nel contesto della globalizzazione.

Il lavoro – come si intuisce fin dal titolo - inquadra la problematica da un preciso angolo visuale: quello delle fonti del diritto. L'Autrice analizza la miriade di regole di matrice privata affermatesi nell'esperienza più recente (dai contratti collettivi ai codici di autoregolamentazione; dalle norme tecniche, ai *rating* finanziari, fino alla *lex mercatoria*) con un duplice intento: da un lato, verificarne la configurabilità quali fonti del diritto in senso proprio; dall'altro, valutare la concreta possibilità di ricondurre tali atti (e fatti) alle garanzie del costituzionalismo (generalità, astrattezza, pubblicità, partecipazione democratica).

Il volume offre alla discussione molteplici spunti di riflessione.

La prima notazione, di carattere preliminare, è che il tema delle "fonti dei privati", o meglio del "diritto dei privati" è tutt'altro che nuovo alle trattazioni costituzionalistiche.

La prima analisi organica del fenomeno fu infatti sviluppata – e di questo Anna Moscarini dà conto fin dalla quarta di copertina – già nel 1929 da Cesarini Sforza.

L'Autore, nel "sezionare" il tessuto dell'ordinamento, individua tre livelli della realtà giuridica.

Il primo, di maggior spessore, costituito dai rapporti giuridici che le leggi statuali, e più in generale le norme poste dal potere pubblico, regolano direttamente.

Il secondo strato – che per alcuni aspetti è un ibrido fra il primo e il terzo - rappresentato dalle consuetudini, la cui efficacia normativa poggia in alcuni casi sul rinvio operato da previsioni statali (es. gli usi commerciali), in altri in via esclusiva sull'effettività e sullo spontaneismo del corpo sociale (es. le consuetudini *extra ordinem*). Strato che può essere accomunato solo sotto il profilo oggettivo e non sotto quello degli effetti e della posizione gerarchica delle norme immesse.

Il terzo e ultimo strato è costituito da tutti i rapporti che i privati creano, specie nelle materie che le leggi dello Stato e le consuetudini che esse richiamano lasciano prive di regolamento o relegano nella sfera dell'irrilevante giuridico. Tale insieme di rapporti va tenuto ben distinto dal diritto privato: quest'ultimo, infatti, è il complesso delle regole di produzione statuale miranti a regolare i rapporti fra persone private; laddove, invece, il "diritto dei privati" è l'insieme delle regole poste, appunto, dai privati, nell'esercizio della propria autonomia, il cui ambito d'applicazione finisce però per estendersi anche a soggetti "terzi" rispetto al rapporto originario.

L'ambito elettivo, sia pur non esclusivo, nel quale il fenomeno si manifesta è quello delle norme poste dalle collettività, dai corpi e dalle organizzazioni private, che si formano senza l'intervento dello Stato. È il

caso, per Cesarini Sforza, degli ordinamenti sportivi: si tratta – almeno all'epoca in cui l'Autore scrive - di insiemi di norme "spontanee", che hanno il proprio sostrato in specifiche collettività organizzate e vincolano tutti i soggetti ad esse appartenenti, estranee e irrilevanti per l'ordinamento statale, azionabili solo di fronte a giudici interni all'ordine stesso.

Riassumendo, quindi, il diritto dei privati è un insieme di norme eteronome, che hanno fonte non nella sovranità dello Stato, ma nell'autonomia privata; esso non è sottoposto, ma parallelo al diritto statuale, e gode dei caratteri di "originarietà", "extrastatualità" ed "extraterritorialità".

La premessa appena svolta suggerisce due chiavi di volta, strettamente complementari, per affrontare le questioni poste dal volume di Anna Moscarini: la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici; il rapporto fra Stato sovrano e produzione del diritto. Si tratta di prospettive di lettura classiche, addirittura "classicissime", ma che mantengono intatta la propria capacità di decodificare fenomeni che, pur non nuovi, si presentano oggi in "dimensioni" inedite.

Cominciando dalla prospettiva della pluralità degli ordinamenti, non sembra casuale che il lavoro di Cesarini Sforza segua di pochi anni (13) "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, ponendosi dichiaratamente nel solco delle teorie istituzionaliste. Tanto si desume, infatti, dal rifiuto delle teorie volontaristiche più risalenti, secondo cui l'ordinamento è, appunto, solo l'insieme delle norme "poste" d'imperio dallo Stato; e dal contemporaneo accoglimento della teoria che l'Autore definisce subiettivistica, in forza della quale il diritto vive anche di rapporti giuridici che non traggono la propria esistenza dalla volontà del potere pubblico, ma si sviluppano nell'ambito di organizzazioni umane spontanee e stabili, che si dotano di norme in vista del raggiungimento di uno scopo autodeterminato. A conferma del fatto che lo Stato non "esaurisca" il diritto, può considerarsi che in molti casi, per i rapporti privati, esso non crea la giuridicità, ma si limita a stabilire "*a quali applicazioni di essa è disposto a prestare la sua forza per realizzarle*" (ad esempio, per le

obbligazioni naturali derivanti da giochi e scommesse, prive di “azione”).

Bene, è chiaro che solo negando il monopolio statuale sul crisma della giuridicità si può giungere ad affermare – come fa Cesarini Sforza – l’idoneità dell’autonomia privata a creare effetti giuridici, vincolanti per i soggetti del rapporto o anche *ultra partes (*ad esempio, i contratti collettivi di lavoro di diritto pubblico).

Seguendo questa visuale, può tentarsi un primo inquadramento delle “fonti dei privati” nelle vicende della globalizzazione. La trasposizione dei processi culturali, sociali ed economici a livello transnazionale, resa possibile dall’evoluzione tecnologica che consente interconnessioni immediate riducendo o azzerando il peso delle variabili spaziali e temporali, ha permesso a individui, gruppi e imprese di darsi formati organizzativi di dimensioni inedite, e di “insediarsi” in ambiti che sfuggono alla pretesa regolativa degli Stati. Ciò si è spesso tradotto – riportando il fenomeno in termini più tecnici – nella creazione di ordinamenti sezionali privati che non possono più definirsi “micro-ordinamenti” inseriti nell’ordinamento statale e ad esso in varia misura sottoposti; bensì in “macro-ordinamenti” che, per forza politica ed economica, si pongono in rapporto di concorrenzialità con gli Stati stessi (mi riferisco al mercato, definito come “antisovrano” da Luciani), e che per la frequente assenza di un collegamento territoriale definito operano per molti aspetti in spazi “vuoti di diritto”, che essi medesimi possono “occupare” con la propria autonomia regolativa (si pensi, ad esempio, alla *lex mercatoria* o ad alcune norme tecniche).

Proprio per questo, se è vero, per citare ancora Cesarini Sforza, che “*un dato sistema di norme vale, in quanto prevale sugli altri*”, non si tarda a scorgere le ragioni per le quali, nello scenario della globalizzazione, più difficilmente lo Stato può confinare nella sfera dell’irrilevante giuridico regole di matrice privata munite di effettività, che reclamano o conquistano ambiti di competenza concorrente o riservata rispetto alla potestà normativa pubblica.

La seconda prospettiva per tematizzare le questioni poste dal volume di Anna Moscarini è poi quella del rapporto fra Stato sovrano e fonti del

diritto.

Come è noto, il dogma del monopolio statale sulle fonti del diritto non è una necessità logica, ma solo un accidente storico, connesso ai processi di formazione degli Stati nazionali e agli equilibri determinatisi dopo i trattati di Vestfalia del 1648.

Risale infatti a quest'epoca la definitiva sanzione del principio *rex superiorem non recognoscens in regno sue est imperator*: ciascuno Stato, negando definitivamente le pretese universalistiche dell'Impero e della Chiesa, ha avocato a sé in via originaria ed esclusiva – pur limitatamente al proprio territorio e agli individui sottoposti alla sua potestà- sia la produzione del diritto, sia la definizione dei criteri in base ai quali conferire eventuale rilievo alle regole prodotte da altri soggetti privati o statuali.

Il "modello Vestfalia" (come lo definiscono Anna Moscarini, e prima ancora Alessandro Pizzorusso) vede dunque lo Stato come unico "elargitore", diretto o indiretto, del crisma della giuridicità: non esistono norme giuridiche che non siano poste in via immediata dallo Stato, o che non trovino nella volontà dello Stato abilitazione, delega o riconoscimento.

Ma, come si diceva, quello fra Stato e diritto non è un binomio inscindibile. A testimoniarlo stanno – fra l'altro - le esperienze del diritto imperiale romano, la riscoperta e affermazione medioevale dello *ius commune*, la teorica del diritto naturale: tutte espressioni di un medesimo intento, quello di erigere un diritto universale e cosmopolitico. Ed è del tutto significativo evidenziare – in prospettiva diacronica – che i principali tentativi di formare un *corpus* di regole potenzialmente universali non sono mai transitati per le vie "autoritative" del diritto pubblico o tramite la forza dello Stato, ma sempre attraverso la spontanea opera di soggetti privati: giuristi e glossatori nell'epoca dello *ius commune*, *law firms* o associazioni come Unidroit nello scenario della globalizzazione. Il che può agevolmente spiegarsi, se si considera che nessuna autorità nel corso della storia è mai riuscita ad accentrare il monopolio della forza e della decisione politica su base universale, e così a costituire il parallelismo fra sovranità e creazione del diritto che caratterizza la produzione di norme

pubblicistiche. Al contrario, un tale risultato appariva e appare possibile, almeno *ratione materiae*, a ordinamenti spontanei che, pur "specializzati", operano su scala transnazionale. Segnalo che, non a caso, Paolo Grossi, nei suoi scritti dedicati alla formazione dell'unità giuridica europea, ha fatto riferimento all'avvento di un "medioevo prossimo futuro". La formula, per certi versi immaginifica, aspira a evidenziare come nel processo di integrazione europea, e così *a fortiori* in tutti gli altri processi di apertura dell'ordinamento nazionale verso dimensioni extrastatuali, affiorino elementi tipici dell'esperienza medioevale: il moltiplicarsi degli ordinamenti e degli statuti giuridici, il ruolo "nomopoietico" dei giuristi nella formazione del diritto, l'assunzione dell'effettività o dell'autorevolezza, anziché della validità, quali criteri di legittimità e legittimazione delle norme.

Cercando di portare a sintesi le considerazioni finora svolte, sembra possibile formulare, anche alla luce dell'analisi condotta nel volume della Moscarini, due osservazioni.

La prima è che non può mettersi in dubbio l'erosione di tutti e tre gli elementi costitutivi dello Stato: la sovranità, intesa qui soprattutto come monopolio della normazione e della giurisdizione; i confini territoriali e la cittadinanza quali ambiti di validità spaziale e personale della volontà normativa dello Stato. Tuttavia, al momento non può certo ritenersi esistente un unico ordinamento giuridico "cosmopolitico", ma al più una miriade di ordinamenti "transnazionali" fra loro scollegati, non a fini generali, che si affiancano (in modo orizzontale e non gerarchico) agli ordinamenti statuali, intersecandosi con essi su ambiti settoriali e rivendicando ambiti di competenza concorrente o riservata.

Peraltro, questa rivendicazione degli ordinamenti transnazionali privati verso lo Stato ricalca fenomeni e si realizza attraverso forme già ben note e studiate: mi riferisco alla cessione di competenze (quando non anche di sovranità) avvenuta dallo Stato a beneficio di livelli di governo infrastatuali (gli enti territoriali) ed extrastatuali (Unione europea e organizzazioni internazionali). Tale svuotamento "bidirezionale" ha trovato sempre riscontro, sul piano del sistema delle fonti, nell'istituzione di aree di

competenza riservata alle fonti prodotte dai nuovi livelli di governo, cui è corrisposta la recessione e la sopravvenuta residualità della fonte statale per eccellenza: la legge, che tradizionalmente gode di competenza generalizzata.

Analogamente alle fonti di matrice pubblicistica non statuali, anche il "diritto dei privati" preme sul sistema delle fonti dell'ordinamento dello Stato, accentuando il tramonto del ruolo ordinatore del criterio gerarchico, sostituito sempre più nettamente dal criterio della competenza o, addirittura, della sussidiarietà. Sotto questo profilo, può dirsi che nello scenario globalizzato competenza e sussidiarietà si intreccino in modo peculiare, proponendosi quali nuove coordinate strutturali del sistema delle fonti: gli ordinamenti privati transazionali, per forza e dimensioni, divengono sempre più "idonei" ad autoregolare e autotutelare in modo efficace gli interessi di cui sono espressione, senza bisogno del *subsidium* degli ordinamenti pubblicistici. Da tale capacità, difficilmente contrastabile e qualche volta anche assecondata dallo Stato sovrano in crisi, deriva la progressiva conquista degli ambiti di competenza riservata, in virtù di esplicito riconoscimento da parte delle fonti nazionali o per vie di pura effettività.

Il risultato complessivo, comunque, è un sistema delle fonti sempre più orizzontale e – pur potendo sembrare una contraddizione in termini - "asistematico".

La seconda considerazione è che, comunque, lo Stato conserva ampi margini in ordine alla determinazione dei criteri di collegamento e raccordo fra gli ordinamenti transnazionali e il proprio. Lo Stato conserva, in altri termini, la "competenza della competenza" in ordine alla qualifica degli atti e i fatti da essi prodotti in termini di indifferenza, illiceità, liceità, o addirittura di riconoscimento e "appropriazione".

Questo consente di concludere, almeno provvisoriamente, che se lo Stato ha perso il monopolio sulle fonti di produzione, non ha però smarrito il tendenziale monopolio circa l'individuazione degli atti e dei fatti idonei a produrre diritto oggettivo, sulla base di apprezzamenti che – citando Crisafulli – restano ancora in prevalenza appannaggio dei circuiti politici

nazionali.

In assenza di un riconoscimento statale, pertanto, il “diritto dei privati” non assurge al rango di “diritto dello Stato”, ma resta, al più, “diritto nello Stato”, con tutto quel che ne consegue in punto di regime giuridico.

In particolare, solo rispetto al primo vale il dovere generale di osservanza ai sensi dell’art. 54 Cost., la soggezione esclusiva dei giudici ex art. 101 Cost., la ricorribilità straordinaria in Cassazione ex art. 111 Cost., i criteri interpretativi di cui all’art. 12 preleggi, l’autointegrazione mediante l’*analogia legis* e *iuris*, il principio *iura novit curia*. Al contrario, il “diritto nello Stato” segue le regole interpretative proprie della categoria di atti in cui è veicolato e deve essere provato, circa la fonte e il contenuto, dalle parti che lo invochino a sostegno della propria pretesa.

In conclusione, quindi, alla luce di tutto quanto detto, anche, e anzi soprattutto nell’età della globalizzazione, la distinzione fra “diritto dello Stato” e “diritto nello Stato” – secondo l’insegnamento di Pierfrancesco Grossi - conserva intatta la sua rilevanza pratica.