

Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione.

Riflessioni di sintesi

di Giuseppe Franco Ferrari

Abstract: The new frontiers of the law of globalisation. Concluding remarks – This contribution summarises the main indications that emerged during the panel, highlighting the most innovative or most significant aspects of the different papers presented by the several speakers.

Keywords: Post-Westphalian legal systems; Sources of law; Legal integration; Comparative law.

Non è facile individuare un unico *fil rouge* che consenta di raccordare le considerazioni dei quattro relatori e di affrontarle congiuntamente. Si può però provare ad estrapolare alcune delle possibili tracce di lettura dei quattro testi. Partirei dalla chiave interpretativa che inizialmente ha fornito Mostacci, sostenendo che ci troveremmo in presenza di un tentativo di modernizzazione conservatrice del funzionamento dei mercati, che in un certo modo significa una prevalenza del privato sul pubblico nella disciplina del fenomeno economico.

Schumpeter, in un suo testo ormai divenuto classico¹, ha sostenuto che il capitalismo - parlava di capitalismo, ma credo si riferisse a qualunque sistema di disciplina dei rapporti produttivi - è sempre teso a condizionare l'economia e quindi a regolarne il diritto, a tentare di produrre regole su misura, che agevolino e rafforzino la conformazione dei rapporti di produzione in essere. Questa è una costante nella letteratura economica, e non solo economica, da sempre, dai mercantilisti a Necker, a Jeremy Bentham, a Spencer ed al pensiero liberale seguito, anzi celebrato, per decenni dalla Corte Suprema degli Stati Uniti² e poi ripudiato di colpo al

¹ J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, London, 1954, 1964, trad. it., Milano, 1977.

² Il riferimento è ovviamente alla substantive due process doctrine accolta dalla Corte a partire da, o con la massima enfasi in *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Nell'opinione di minoranza di Justice Holmes il celebre dictum "[the] fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics" (198 U.S. 75 (1905)).

momento della svolta rooseveltiana³. Si tratta quindi di un dato che nella storia economica ricorre continuamente. Lo stesso Watson⁴, di cui è stata richiamata la battaglia per l'autonomia del diritto, teneva una linea difensiva quando scriveva alla metà degli anni '70. Pur da liberale scozzese trapiantato negli Stati Uniti, intendeva salvaguardare una sfera di autonomia per il diritto nel momento in cui poi si verificano le modalità di circolazione dei modelli.

Peraltro, il momento storico nel quale viviamo non è certo il più indicato per ricavare conclusioni univoche di carattere generale in ordine ai *trends* in corso. E' ormai divenuto persino difficile interpretare il senso di specifici eventi istituzionali.

Penso ad esempio al ritiro americano dall'Afghanistan, evento che è stato letto da molti come un *set back* per l'universalizzazione, per la globalizzazione. Un articolo di Slavoj Žižek, intellettuale *sui generis*, non certo al centro del *mainstream* del pensiero liberale, sostiene invece che si tratterebbe di un simbolo, un segno della progressione della globalizzazione perché l'Occidente ancora una volta avrebbe illuso la popolazione locale, come i servizi segreti inglesi e americani nel '56 che favorirono l'insurrezione in Ungheria sapendo bene che non sarebbero mai intervenuti. Dunque, gli americani avrebbero ancora una volta predicato in favore della retorica dei diritti umani, pur sapendo che ad un certo punto avrebbe contato di più il dato fattuale, cioè il fatto che a morire erano prevalentemente soldati americani, per difendere i diritti umani delle donne e degli uomini dell'Afghanistan incapaci di difendersi da sé, probabilmente in qualche modo anche grazie alla corruzione che gli stessi americani non hanno saputo smontare, sicché l'Occidente li avrebbe prima o poi abbandonati. Letture diversissime, quindi, di fatti quotidiani di grande evidenza ed all'apparenza di facile decrittazione.

È chiaro che il mestiere del comparatista è quello di individuare *trends* e mettere punti fermi alla lettura degli accadimenti istituzionali. Tuttavia, più il tempo e lo spazio sono compressi ed il mondo si appiattisce, più l'accelerazione fa sì che le zone grigie siano sempre più frequenti e inevitabili. Il diritto pubblico classico, con precetti e regole dure, tende a far registrare ritardi. Ma il problema è che, come si accennava, l'opinione pubblica nazionale e mondiale, nell'ambito di un approccio discorsivo, in realtà punta all'efficienza. Spesso è più importante che una norma ci sia, piuttosto che il fenomeno venga lasciato all'economia o alla politica pura. Ne deriva che la prima fonte che arriva a regolare rende comunque un servizio alla collettività; solo negli anni, poi, si vengono a creare problematiche di surroga, di sostituzione delle fonti originarie da parte di altre successive, magari di diverso livello o addirittura di diverso ordinamento. Talora queste

³Il cui punto nodale è rappresentato, come è noto, dal caso *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938).

⁴A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 1974, Athens (GA), 1993.

secondo fonti sono più connotate in senso pubblicistico, ma non è sempre così. A volte si verifica il contrario e l'equilibrio tra fatto e norma si coagula su fonti *soft*. È molto difficile fotografare istantaneamente *trends* chiari e costanti in un momento in cui i processi istituzionali sono stati così marcatamente accelerati.

Anche l'idea che si possa isolare come linea di tendenza in atto una sorta di contro-globalizzazione francamente è tutt'altro che dimostrata. Più corretto dire che l'accelerazione di cui parlavamo generi sempre più spesso interventi *ad hoc*. Tra l'altro una corrente di pubblicisti internazionalisti definisce *ad hocism*, con un neologismo tra il latino e l'americano, l'approccio seguito, in particolare nella sfera del commercio internazionale, con interventi puntuali dei principali protagonisti, molto spesso dettati da esigenze di breve periodo e non collocati in logiche strutturali, anche se suscettibili di condizionarle. La stessa tesi di Weiler prima citata, secondo cui ci troveremo in presenza di una terza ondata di protezione giurisdizionale dei diritti umani, desta qualche perplessità perché eccessivamente generalizzante. Tutti sappiamo che dopo la crisi economico-finanziaria del 2007-2009 molte corti europee, a cominciare da quella portoghese e quella greca, hanno effettuato interventi su misure stipendiali e pensionistiche e relative alla disciplina delle ferie dei lavoratori dipendenti, non solo pubblici, reagendo a misure draconiane adottate nei rispettivi ordinamenti, che per primi avevano subito la pressione delle istituzioni del Washington *consensus* e dell'Unione Europea⁵.

Da questo a dire che le corti stanno riscoprendo i diritti sociali richiede un salto logico in termini di semplificazione e generalizzazione. La Corte statunitense e quella canadese non si sono per nulla mosse nella stessa direzione. L'unica che non ha avuto problemi forse è stata quella tedesca, in ragione del fatto che tutto sommato l'economia tedesca ha tenuto all'urto delle emergenze, con il risultato che i giudici di Karlsruhe hanno potuto attestarsi sulle loro teorie classiche, come effettività ed affidamento, senza una specifica necessità di accelerare nel senso del rafforzamento della protezione dei diritti sociali. Quanto alla Corte italiana, molti suoi membri in occasioni semi-ufficiali e qualche Presidente in sede di relazione sull'attività dell'anno⁶ si sono spinti ad ammettere che se talune problematiche sociali si sono manifestate in forma grave durante la crisi pandemica è stato forse perché la giurisprudenza sui diritti sociali negli anni della crisi economico-finanziaria non era stata adeguatamente protettiva.

⁵ Sia consentito citare G.F. Ferrari, *I diritti sociali nel costituzionalismo della crisi: una prospettiva comparata*, in M. Iacometti, C. Martinelli (cur.), *La Costituzione spagnola quarant'anni dopo* Rimini, 2020, 95 ss. e G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, WP CSDLLE "Massimo D'Antona", 2014.

⁶ D. Giannino, *Are we looking up or we looking out? The transnational constitutionalism of the Interamerican Court of Human Rights: conventionality control and the fight against impunity*, 2019 Trans. Legal Theory.

Analoghe considerazioni dovrebbero applicarsi alle evoluzioni del diritto costituzionale in America latina, di cui si è pure parlato durante la sessione. Ad esempio, è corretto dire che il ritiro del Venezuela dalla Convenzione Interamericana dei Diritti Umani segna un mutamento di linea di tendenza? Io ne dubito fortemente. Intanto il Venezuela è un caso *sui generis* di dittatura populista; su altro versante, le reazioni allora del Cile, dell'Argentina e del Paraguay, che hanno ricevuto direttive espresse in materia di indulto e amnistia, di illegittimità per contrasto con la Convenzione di leggi di immunità o impunità per i reati commessi durante periodi di dittatura e le hanno applicate addirittura revocando decisioni delle loro Corti Supreme per adeguarsi alle decisioni della Corte Interamericana di San José, sembrano piuttosto provare che le decisioni istituzionali *ad hoc* sono davvero prevalenti. Comunque, non si può ricavare da un fatto isolato come il ritiro del Venezuela che sia nata una forma di eccezionalismo latino-americano. Già quello statunitense da questo punto di vista è sempre riconoscibile, ma si manifesta in forme non facilmente decrittabili, nella fase di transizione dalla Presidenza Trump al mandato di Biden.

Prima di parlare di deglobalizzazione e di *trends* così marcatamente enfatizzati occorre lavorare in profondità su una moltitudine di fatti politico-istituzionali. Probabilmente ci troviamo ad attraversare un periodo in cui è opportuno lasciare ai filosofi, magari pieni di contraddizioni come Zizek, o ai politologi di provare a formulare conclusioni o almeno ipotesi interpretative di ampio raggio. Noi comparatisti dovremmo essere forse un po' più prudenti, pur senza limitarci alla micro comparazione, perché troppe ricostruzioni di *trends* recenti in termini molto impegnativi poi alla prova dei fatti vengono smentite.

Qualche parola anche sulla relazione di Gianpaolo Maria Ruotolo, molto importante per tutti noi in quanto contiene forti sollecitazioni intellettuali dal punto di vista dei rapporti tra la comparazione e il diritto europeo. Ricordo che quando abbiamo fondato la rivista nel 1998 proprio questa era una delle idee forti: quella di coniugare insieme la classica comparazione orizzontale con il fenomeno che vedevamo manifestarsi marcatamente in Europa, non altrettanto fortemente in America Latina e in Africa e per nulla in Asia, ovvero l'interazione tra diversi livelli istituzionali su scala globale, continentale e nazionale. Appariva con chiarezza a molti di noi che la comparazione, in Europa almeno, doveva già allora svilupparsi anche secondo dinamiche verticali, considerati i fenomeni in corso di sviluppo. Ancor oggi, quindi, va preliminarmente ribadita l'importanza della sintonia di vedute, se non certo dell'unanimità, tra i comparatisti pubblicisti e gli studiosi di diritto europeo.

Innanzitutto Gianpaolo Ruotolo è stato molto efficace nel costruire una coerente tesi interpretativa con riferimento alla genesi ed alla disciplina di internet. L'idea di base è che esso può essere governato interamente da norme di diritto internazionale pubblico o privato. Lo sforzo ricostruttivo è

documentatissimo e si svolge lungo tutti i formanti: quello normativo, partendo dalle Nazioni Unite; quello giurisprudenziale e perfino quello dottrinale.

E' arduo, però, che si possa pensare di passare sotto silenzio l'esistenza di un settore intermedio fra il diritto costituzionale e il diritto internazionale che proprio sul terreno di internet si è manifestato e talora imposto. Come peraltro in numerosi altri settori, ad esempio nel diritto sportivo: la legislazione sportiva è un esempio di come l'internazionalizzazione normativa e decisione secca e totale non può essere la soluzione del problema. Senza entrare in eccessivi dettagli impossibili in questa sede, è sufficiente richiamare il suo sistema giudiziario. Il supremo organo di giustizia sportiva, il TAS, che in realtà è un tribunale arbitrale, decide secondo il diritto scelto dalle parti e, in assenza di tale scelta, può decidere quale diritto applicare, ed i suoi lodi vengono poi impugnati al Tribunale Supremo svizzero e possono essere decisi secondo il diritto federale svizzero: si ha qui la prova provata che si tratta di un ordinamento ibrido, non riconducibile ad un solo livello di regolazione.

Considerazioni analoghe valgono per internet. Anche qui, chi ha adottato le regole? Il primo nell'ordine temporale, cioè, di fatto, coloro che sono detentori del mezzo. Molti altri hanno provato a intervenire. L'ultimo tentativo di intervento è stato, nell'estate del 2020, quello del Presidente Trump, che, essendo stato escluso dai social, ha enunciato l'intenzione, in un *executive order*, di vararne uno successivo, con cui stabilire il perimetro del *fake*, i limiti dell'esclusione o della moderna censura, e forse addirittura della responsabilizzazione della persona fisica o giuridica colpevole di avere inventato o fatto circolare *fake news* o notizie politicamente scorrette. È evidente che il tentativo è fallito, anche a seguito delle vicende politiche che hanno portato alla mancata rielezione del Presidente uscente, al di là della difficoltà del compito prefisso. Rimane però il fatto che sia stato segnalato un problema di grande rilievo: se questa è la nuova sede del *market place of ideas*, come ha scritto molti anni fa la Corte Suprema degli Stati Uniti, Google non può essere il gestore e regolatore unico, né possono esserlo altri *providers*. Deve esistere un soggetto, od anche una pluralità di soggetti, che detti i principi applicabili a questa diffusa e neppure più nuova modalità di esercizio della libertà di espressione, non a caso da sempre qualificata come il pilastro, la pietra fondativa delle libertà secondo qualunque approccio, da quello americano⁷ a quello della Dichiarazione francese dell'89, fino alla Carta Interamericana dei Diritti o alla Carta di Nizza.

Il problema è che evidentemente i soggetti internazionali, quelli pubblici, quelli classici, che avrebbero potuto tentare un intervento, fin qui sono rimasti totalmente inerti. Difficile, dunque, che la soluzione finale si

⁷ La manualistica cita di solito la formula "touchstone of individual liberty", *Dunagin v. City of Oxford*, 489 F. Supp. 763, 769 (N.D. Miss., 1980).

possa trovare al livello istituzionale globale, a meno che l'ONU non cambi improvvisamente approccio, reperisca consensi e capacità di intervento fin qui mai manifestati e riesca a proporsi o meglio ad imporsi come fonte di strumenti regolativi capaci di coprire le *grey areas* di questo enorme settore dell'informazione e della comunicazione contemporanea. La rete è stata messa all'uso civile nel 1982, ma praticamente è dalla seconda metà degli anni '90 che se ne fa uso, anche se magari inizialmente non così massivo e sofisticato come oggi. Un ipotetico regolatore internazionale aveva tutto il tempo di manifestarsi. Qualche soluzione non rientrante nella sfera del diritto internazionale classico si dovrà necessariamente trovare, ma proprio per questa ragione sarà probabilmente di natura ibrida, multilivello, al crocevia tra pubblico e privato. Davanti alla presente generazione di pubblicisti sta una sfida epocale, che non si può perdere sotto pena di abbandonare a se stesso un ambito di esercizio di diritti fondamentali da cui dipende la stessa circolarità virtuosa che fonda la democrazia contemporanea. In un'epoca già contrassegnata da imponenti fattori di crisi, gli effetti sarebbero devastanti.

Giuseppe Franco Ferrari
Dip.to di Studi Giuridici
Università comm.le L. Bocconi
ferrari.giuseppe@unibocconi.it