

## I processi di decisione politico-normativa come *private lawmaking*

di Matteo Nicolini

**Abstract:** *Public Legislative Processes as Private Lawmaking* – The article assesses how legal change occurs in the realm of comparative constitutional law. To this end, it examines how the rules adopted by the transnational community impact on the public sphere, thus seeking a connection with state political communities. The essays assumes that the global holders of capital seek this connection through private law-making. In blurring the divide between publicly and privately made law, these transnational forces infiltrate the public sphere by controlling the decision-making process and suggesting a renovated organising principle on which political communities organise their constitutional affairs. Private law-making is functional to maximising profits for shareholders, capital investors, and assets owners. The interests of transnational actors turn out to be the interests of the whole community. The article argues that private interests have infiltrated the public sphere and contributed, globally and domestically, to the rise of ‘mortgaged democracies.’ This also triggers a change in how societies perceive political bonds, which are now rooted in several acts of conveyance.

609

**Keywords:** Transnational Law, Constitutional Law, Global Comparative Law, Private Lawmaking, Molecular Federalism, Distribution of Wealth, Mortgaged Democracies.

### 1. *Crossing the Divide*: decisioni pubbliche per un *private lawmaking*

I giuscomparatisti esaminano da sempre fenomeni giuridici che attraversano il *public/private divide*. Basti ricordare come nel XIX secolo Carl Friedrich von Gerber avesse rifondato il diritto pubblico tedesco ricorrendo alle categorie privatistiche di persona giuridica e diritto soggettivo<sup>1</sup>; o, come, nei primi anni del XX secolo, Frederick William Maitland iniziasse la *Constitutional History of England* con una “survey of public law by examining the system of landed property ... clearly a topic of private law”<sup>2</sup>. In epoca più recente, Philip Caryl Jessup costruì il diritto transazionale ibridando regole giuridiche emanate da soggetti pubblici e privati con “other rules” (derivanti

<sup>1</sup> C.F. von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, 15, 17-18.

<sup>2</sup> F.W. Maitland, *The Constitutional History of England* (ed. H.A.L. Fisher), Cambridge, 1909, 22. Cfr. altresì F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. I, Cambridge, 1898, 232; A. Lyon, *Constitutional History of the UK*, Abington, 2016<sup>2</sup>, p. 30; J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford<sup>5</sup>, 2019, 242-243.

da *self-regulation* e *soft law*) “which do not wholly fit into ... standard categories”<sup>3</sup>.

Il *crossing the public/private divide* ha ricevuto nuova linfa negli studi di diritto transnazionale. Grazie alle relazioni che intrattiene con il diritto globale, esso è stato indagato da comparatisti attenti alla mutazione generata dalle *variabili non giuridiche* sui modi produzione del diritto oggettivo<sup>4</sup>.

Il presente scritto si concentrerà sui processi che, attraversando il *public/private divide*, hanno effetti conformativi sul diritto costituzionale. Accresciuto da una *governance* giuridica della pandemia particolarmente “aperta” ad attori e interessi privati<sup>5</sup>, tale impatto è stato facilitato dalla perdita di potenziale euristico della dicotomia diritto pubblico-diritto privato negli studi sull’organizzazione costituzionale delle comunità politiche. Il *divide* è tradizionalmente ritenuto strumento di protezione dei *domaines réservés* del diritto costituzionale, ove la sovranità dello stato è principalmente monopolio pubblico della produzione normativa<sup>6</sup>. Il *private/public divide* ha così giustificato l’irrilevanza di forme di “private authority and lawmaking” transnazionali rispetto agli ordinamenti statali<sup>7</sup>. Inquadrate fra i “sottosistemi normativi”, tali forme acquistano rilievo accettandone la “soggezione al sistema giuridico” statale, che ne stabilisce “il fondamento e il limite di

<sup>3</sup> P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven (CT), 1956, 2. Sul diritto transnazionale v., fra i molti, H. Muir Watt, *The relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in Ead. (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Cambridge, 2014, 1 ss.; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2022<sup>3</sup>, 352 ss.; M. Maduro et al. (eds.) *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014; P. Zumbansen (ed.) *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup’s Bold Proposal*, Cambridge, 2020; M. Dowdle, *Transnational Law: A Framework for Analysis*, Cambridge, 2022. Si v. altresì lo speciale a cura di P. Passaglia e R. Tarchi su *L’impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi speciale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2021.

<sup>4</sup> Cfr., ad es., M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019<sup>2</sup>, 422 ss.; H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, *ivi*, 599 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 2019<sup>2</sup>, 166 ss. Sulle relazioni fra diritto transnazionale e globale v. J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Cheltenham-Northampton (MA), 2018, 49; N. Walker, *Rethinking aloud*, in M. Maduro (ed.) *Transnational Law*, cit., 385. Husa ritiene che diritto globale e diritto transnazionale siano manifestazioni della globalizzazione in campo giuridico, mentre Walker concepisce il primo come la partizione del diritto transnazionale che ne esprime la vocazione universalizzante.

<sup>5</sup> Cfr. W. Amedzro St-Hilaire, *Pandemic Governance Learning from COVID and Future Pathways*, Abingdon and New York, 2022. Cfr. *infra*, § 2.3.

<sup>6</sup> Cfr. riassuntivamente H. Muir Watt, *Private International Law’s Shadow Contribution to the Question of Informal Transnational Authority*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2018, 36 ss.; M. Dowdle, *Transnational Law*, cit., 3 ss. Sulla relazione tra sovranità, stato e diritto v. criticamente M.P. Gorlero, *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione e obbedienza*, Padova, 2012<sup>2</sup>, Cap. 4.

<sup>7</sup> H. Muir Watt, *Private*, cit., 36 ss.

validità ed efficacia”<sup>8</sup>. Per questa via, il *public/private divide* è stato strategicamente “maintained or crossed according to the interest involved”<sup>9</sup> contribuendo al venir meno della propria efficacia prescrittiva. L’uso strategico ha assicurato una costante “shadow contribution” degli attori transnazionali alla produzione del diritto statale; pur rimanendovi estranei, questi hanno contribuito alla mutazione giuridica, anche a livello costituzionale<sup>10</sup>.

Negli ultimi anni si è assistito a un rinnovato interesse sulle modalità con cui “private or non-state legalities” e “hybrid public-private law-makers” penetrano la sfera pubblica, favorendo l’adozione di categorie e istituti privatistici nel governo delle comunità politiche<sup>11</sup>. Indagata inizialmente dai privatisti comparatisti, la tematica ha guadagnato l’attenzione della pubblicistica nel momento in cui la produzione regolativa post-vestfaliana ha rielaborato in ottica privatistica gli attributi della sovranità statale<sup>12</sup>.

Il potere pubblico è sempre più inciso da una produzione normativa “esterna”, le cui regole operazionali sono generate da una costellazione di soggetti non riportabili a matrice pubblicistica<sup>13</sup>. Durante la crisi del debito pubblico, il *public/private divide* è stato superato per avviare un “mercato delle riforme” (anche costituzionali<sup>14</sup>) volto ad accrescere la performatività economica degli stati, ridurre la spesa pubblica e aumentarne efficienza e

<sup>8</sup> L’espressione “sottosistemi normativi” ne sottolinea la “non giuridicità”, poiché le relative norme “non realizzano alcuna finalità rilevante per il potere” statale: M.P. Gorlero, *Il patto*, cit., 121.

<sup>9</sup> H. Muir Watt, *Private*, cit., 39. Cfr. D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, in *Ohio State LJ*, 2003, 413: “let us ... be practical and realistic. Although the state could refuse to honor privately made law, it does not”. In *Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, 422, Snyder afferma che tale impostazione è debitrice del realismo giuridico di Karl N. Llewellyn (“law is simply a prediction about what an authoritative decision maker will do about a dispute”: Id. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, New York, 1930, 3) e Oliver Wendell Holmes, Jr. (*Address at Boston University School of Law: The Path of the Law*, in *Harvard LR*, 1897, 457 ss.).

<sup>10</sup> H. Muir Watt, *Private*, cit., 39.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Cfr. altresì D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit.; H. Muir Watt, *The relevance*, cit., 1 ss.; M. Graziadei, *Comparative Law*, cit., 455 ss.; K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, 77. In lingua italiana v. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2016; A. Somma, *Introduzione*, cit. 155 ss.

<sup>12</sup> Ad es. A. Pizzoruzzo: *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008 e *Disposizioni sulla legge in generale. Delle fonti del diritto*, in F. Galgano (cur.) *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011<sup>2</sup>, 67 ss. Sul sistema post-vestfaliano v. W. Twining, *Review: A Post-Westphalian Conception of Law*, in *Law & Society Review*, 2003, 199 ss.

<sup>13</sup> J. Husa, *Advanced Introduction*, cit., 48 definisce tali processi e soggetti “globalising legalities”. V. altresì J.M. Castellà Andreu, *Transformaciones de la estructura del poder estatal en el marco de la globalización. Apuntes para un debate*, in F. Reviriego Picón (coord.) *Constitución y Globalización. Transformaciones del Estado Constitucional*, Zaragoza, 2013, 23 ss.

<sup>14</sup> Si pensi al Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell’unione economica e monetaria del 2012. Cfr. S. Peers, *The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?*, in *European Constitutional LR*, 2012, 404 ss. Per una lettura critica v. A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell’Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, 167 ss. e *Introduzione*, cit., 177 ss.

adeguatezza dell'azione in ambito economico. La pandemia ha accentuato tale processo; nell'Unione europea, le politiche di *recovery* del programma *NextGenerationEU* hanno replicato forme di condizionalità con divieto di salvataggio finanziario degli stati<sup>15</sup>.

Con terminologia aziendalistica, si ragiona di *amministrazione per la (gestione delle) crisi*, la cui *performance* muta la portata dei principi costituzionali<sup>16</sup>. Come nelle imprese, le riforme costituzionali chiedono bilanci “sani” e conti in equilibrio a garanzia della sostenibilità economica<sup>17</sup>. Si è al cospetto di *costituzioni econometriche*, che appiattiscono la varietà delle “forme” giuridico-costituzionali sul contenimento dei costi e misurano la *qualità* democratica con metodi *quantitativi* basati su modelli economici, anche con profonde incisioni sulla fruizione dei diritti (in special modo sociali)<sup>18</sup>. La democrazia costituzionale diviene così formula di compendio per decisioni che, pur assunte nel formale rispetto delle disposizioni costituzionali, devono essere *finanziariamente sostenibili*.

Il formante costituzionale è sottoposto a notevoli *stress*: da regola e limite al potere (anche economico), esso ne diviene garante, assicurando a tutti i livelli di governo la corrispondenza tra entrate e spese attraverso la regola operativa della gestione efficiente delle risorse. La stabilità trascende il *public-private divide*; e l'equilibrio fra entrate-funzioni-spesa diviene garanzia della solvibilità dei titoli del debito pubblico ed espressione di una relazione di fiducia tra stato e mercati<sup>19</sup> funzionale alla mutazione giuridica che indicatori e *rankings* richiedono per attrarre investitori stranieri e massimizzarne

<sup>15</sup> Cfr. lo Special meeting of the European Council (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) – Conclusions. Una sana *governance* economica è la condizionalità stabilita dall'art. 10 del Reg. (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Cfr. A. Somma, *Il mercato delle riforme. Come l'Europa è divenuta un dispositivo neoliberale irrimediabile*, in E. Mostacci, A. Somma (cur.), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, 229 ss. M. Brunazzo, *Il Next Generation EU: solidarietà e politica nell'UE della pandemia*, in *Riv. It. Pol. Pubbl.*, 2022, 43 ss.

<sup>16</sup> Il mutamento è evidente per il principio di “preferenza costituzionale per l'autonomia” dell'art. 5 Cost. (M. Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, 168); da “valore presupposto” è divenuto “strumento flessibile” della *governance* pubblica per finalità di contenimento della spesa: F. Cortese, *L'autonomia regionale*, in F. Palermo e S. Parolari (cur.), *Riforma costituzionale e Regioni. Riflessioni a prima lettura sul nuovo Titolo V della Costituzione*, Bolzano, 2015, 33. Cfr. anche M. Nicolini, M. Trettel, *Crisis económica y reformas continuas de la administración local en Italia*, in C. Vidal Prado e D. Delgado Ramos (cur.), *Crisis económica y reforma de las Administraciones públicas. Un estudio comparado*, Madrid, 2017, 253 ss.

<sup>17</sup> J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid et al., 2013, 138. Sulle revisioni in tempo di crisi v. T. Ginsburg et al. (eds), *Constitutions in Times of Financial Crisis*, Cambridge, 2019.

<sup>18</sup> Cfr. M. Nicolini, *Modelos económicos neoliberales y cambios constitucionales. La promoción de la mutación jurídica en la perspectiva de la comparación*, in *Revista de Derecho Político*, 2020, 71 ss.

<sup>19</sup> Come aveva evidenziato Antonio Ruggeri in relazione alla formazione dei governi Monti (2011) e Conte (2018): *Art. 94 della Costituzione vivente: 'Il Governo deve avere la fiducia dei mercati' (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *Federalismi.it*, 2011; *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

le rendite del capitale ivi investito.

Non stupisce che il *private/public divide* imbrigli a livello globale la residua sovranità statale in una trama di relazioni che corrono tra il WTO, la *World Bank* e il FMI. È un circuito decisionale che lo stato istituisce impegnandosi a rispettare, ma dalla cui *governance* è escluso. L'ordine giuridico generato è “dotato di proprie fonti, organi giurisdizionali e regole di interpretazione” e che impatta sulla produzione normativa statale anche superando il *public-private divide*: la *governance* (privatistica) affluisce nelle legislazioni nazionali e replica modelli di “Private Lawmaking”<sup>20</sup>.

## 2. *Private Lawmaking*: forma e sostanza dei processi decisionali pubblici

Nel rassegnare alcune ipotesi in cui al superamento del *public/private divide* è seguita la rilettura in chiave giusprivatistica dei processi decisionali pubblici, s'è fatto ricorso all'espressione *private lawmaking*. Impiegata da David V. Snyder per titolare un articolo sul *privately made law*, la locuzione è d'interesse per il presente contributo.

Essa testimonia della perdita di significato e prescrittività – cui pure s'è fatto riferimento – del *discrimen* fra disciplina dell'interesse generale (e pubblico) e gli strumenti regolativi di transazioni tra soggetti privati. Inoltre, la locuzione esprime un criterio sostanziale di identificazione delle fonti di produzione del diritto oggettivo. Il *private lawmaking* designa un effetto normativo, elevando a regola di condotta della comunità politica (e dell'ente che ne è esponenziale) la disciplina adottata dai portatori di interessi particolari al fine di regolare i propri rapporti giuridici patrimoniali quali che “siano il ... nome, il procedimento di formazione, e l'organo da cui ... promana” tale effetto normativo<sup>21</sup>.

Nei paragrafi successivi si accerterà se la locuzione *private lawmaking* assicuri una prospettiva d'indagine privilegiata al fine di cogliere modalità, forme e impatto del *crossing the private/public divide* sui processi di decisione politico-normativa statali.

### 2.1 Il diritto *privately made* come effetto normativo

La disciplina delle transazioni commerciali e finanziarie è prodotta in maniera crescente dai soggetti che attivano, traendone vantaggio, dette transazioni. Si tratta di attori che Katharina Pistor designa come *holders of global capital*: sono soggetti economici transnazionali che cercano di determinare verso, modalità e contenuti del processo di circolazione e convergenza tra

<sup>20</sup> Rispettivamente: P.G. Monateri, A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, 231; D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit.

<sup>21</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2010, 17.

ordinamenti nazionali. Essi detengono le leve della finanza globale e organizzano *supply chains* e catene produttive (e di valore) che riflettono i propri interessi economici per remunerare il capitale investito dai propri azionisti. È una poliarchia di soggetti privati e attori sovra- e trans-nazionali cui gli stati consentono di “pick and choose among their laws”<sup>22</sup> e che genera regole operazionali (dunque, diritto) *a prescindere dallo stato* e al suo sistema di produzione normativa.

Il *private lawmaking* è un “pervasive and important element of contemporary lawmaking”, nonché “a robust component of commercial and consumer life”<sup>23</sup>. Si tornerà più avanti sull'utilizzo strategico del *private lawmaking* nelle relazioni tra *holders of capital* e cittadini-consumatori, notevolmente cresciuto in tempo di pandemia<sup>24</sup>. Non a caso Snyder applica la locuzione con una connotazione che richiama il criterio sostanziale di identificazione delle fonti di produzione del diritto. Mentre il *private lawmaker* è (e rimane) un soggetto privato (*private group*)<sup>25</sup>, l'effetto normativo si estende ben oltre la *self-regulation*. Lo confermano le modalità con cui il *private lawmaking* si converte nella principale fonte di regolazione del diritto dei contratti commerciali e finanziari. Nel diritto statale, il suo rilievo è assicurato dalle norme dispositive (*default rules*), *cedevoli* rispetto alle scelte regolative delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. È, questa, una notevole apertura di credito verso l'autopoiesi della disciplina contrattuale posta dagli stessi soggetti che regolano le comuni transazioni rimanendone vincolati<sup>26</sup>. Il “publicly made law” si piega ai “private agreements and thus to privately made law”, dilatandone la legittimazione e lo spazio applicativo: “as far as default rules go, the rules confected by an actor's community or association are likely to carry much greater weights”<sup>27</sup>.

Lungi dal rappresentare meri *private orderings*, i soggetti economici transnazionali producono un effetto *quodammodo* normativo, dal momento che esercitano “important segments of lawmaking power, affecting millions

<sup>22</sup> K. Pistor, *The Code*, cit.; Ead. *Capital's global rule*, in *Constellations*, 2019, 436.

<sup>23</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., 374. Cfr. altresì Id., *Molecular Federalism*, cit., 420 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *infra*, § 5.

<sup>25</sup> Snyder individua una varietà di *private lawmakers* (transnazionali). L'*American Law Institute* (ALI), la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (altrimenti detta *Uniform Law Commission*), UNIDROIT e UNCITRAL sono *private legislatures* che hanno redatto *restatements of the law* e lo UCC. Vi sono poi la *Security and Exchange Commission* (SEC), la NYSE, il NASDAQ, l'*American Stock Exchange* (Amex), la *International Chamber of Commerce*, gli istituti di credito, le *Credit Card Associations* e altri *rulemakers* minori come l'*Association of Diamond Dealers* e la *Grain Merchants*. Oltre ai contributi di Snyder citati *supra*, nota 23, v. D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of A Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, 1991, 112 e 121; G.R. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in Ch. Joerges et al. (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, 16.

<sup>26</sup> Sul concetto di autopoiesi v. M. Pedrazza Gorlero, *Il patto*, cit., 5.

<sup>27</sup> D.V. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 418-420.

who are not groups members”<sup>28</sup>. Di più: essi vincolano le controparti senza che sia richiesta *adesione spontanea* alla regolazione *privately made* e, dunque, la media osservanza dei consociati<sup>29</sup>. A differenza del diritto oggettivo – che compone gli interessi particolari in quello generale –, la produzione normativa in esame è autopoietica perché espressiva di un interesse sezionale che guarda alla massimizzazione dei profitti, alla remunerazione del capitale investito e all’accumulo della ricchezza. Poiché, tuttavia, tali interessi mirano a controllare, alterandole, “the levers for the distribution of wealth in society”<sup>30</sup>, il *private lawmaking* diviene fonte di produzione eteronoma di situazioni giuridiche per tutti coloro – i consumatori, in primo luogo – che subiscono le conseguenze della riscrittura delle regole sulla (dis)eguale distribuzione della ricchezza all’interno delle comunità politiche.

L’impostazione di Snyder è d’interesse per i comparatisti. Indagando i processi di *private lawmaking* sotto il profilo dell’effetto normativo, essa contribuisce a definire le regole operazionali del diritto transazionale<sup>31</sup>. Tuttavia, essa non offre strumenti ermeneutici per indagare il superamento del *public/private divide* nei processi di decisione politico-normativa nella prospettiva del *private lawmaking*. Snyder si sofferma su processi di decisione espressivi d’autonomia e non d’autorità: “private lawmaking happens without established structures and depends on ad hoc combinations of private actors”<sup>32</sup>. Forma e sostanza del *lawmaking* rimangono nel *private realm* senza dialogare con i processi statali. L’alterità tra *private/public lawmaking* sembra così confermare, più che smentire, il *discrimen* tra diritto pubblico e diritto privato. Anzi, il formante normativo *privately made* presuppone tale alterità: lo stato ne consente l’operatività nel proprio ambito mediante le norme dispositive perché, a differenza della legge espressione dell’interesse generale, esso varia al variare degli interessi coinvolti. Al contrario, il formante normativo statale non muta e conserva operatività, ricomponendo nell’interesse generale la regolazione di sottosistemi normativi la cui volubilità dipende non da una volontà politica, ma da calcoli microeconomici che generano un sempre nuovo e diverso *privately made law*.

<sup>28</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., 377.

<sup>29</sup> “Ordinamento effettivo vuol dire ordinamento in grado di concretamente realizzarsi in uno stabile assetto di congegni e relazioni sociali, almeno mediamente ... conformi alle norme che ne costituiscono l’aspetto deontologico”: V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici – Stato e costituzione – Formazione della Repubblica italiana)*, Padova 1970<sup>2</sup>, 36. Sulla ‘media obbedienza’, esito di una strategia volta a conseguire efficacia all’ordinamento, cfr. M. Pedrazza Gorlero, *Il patto*, cit., 136 ss. Altra cosa è l’individuazione dei motivi per i quali si presta obbedienza al diritto: v. H. KELSEN, *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino 1952, 71-72.

<sup>30</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., 17.

<sup>31</sup> U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1977, 23 ss.

<sup>32</sup> D.V. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 420.

## 2.2. Lo stato al servizio dell'ideologia neoliberale

V'è una seconda accezione di *private lawmaking* rilevante per il presente contributo. Essa guarda alle modalità con cui gli *holders of capital* si relazionano, condizionandoli, con i processi di decisione politico-normativi per realizzare le proprie finalità. Si tratta di modalità cui tali soggetti ricorrono per attivare un dialogo con le comunità politiche statali e favorire la recezione, nel circuito democratico-rappresentativo, degli strumenti giuridici più adeguati alla cura in concreto degli interessi economici transnazionali.

Tale tipologia di *private lawmaking* non è solo riportabile a schemi regolativi transnazionali con cui i *private orderings* promuovono i propri interessi, ma presuppone l'adesione a tali regole e schemi da parte degli stati. Si è al cospetto della mutazione giuridica: gli stati adattano il proprio ordinamento al paradigma (di tipo privatistico) del *private ordering* perché si attendono un beneficio economico dalla mutazione giuridica intrapresa. Il fenomeno si accompagna a un cambio nel significato del fenomeno giuridico: da strumento di organizzazione della comunità esso diviene moltiplicatore della resa economica dei sistemi e garanzia di solvibilità dello stesso. Ciò assicura che il “distressed sovereign debt can be sold on private equity markets”; lo stato, da soggetto debitore, “[is] subjected to the harsh economics of private law”<sup>33</sup>. Non è un caso che tale mutamento riguardi anche il linguaggio giuridico. Si pensi alla nozione di codice, che vede coesistere, entro un unico lemma, significanti giuridici e computazionali: il verbo inglese “to code” indica la redazione dei codici *civilian*, la messa “into the form required by a code”, l'attività di “write or edit the code of a computer program”<sup>34</sup>. Non diversamente, il linguaggio giuridico registra un incremento del peso delle scienze economiche nel *domaine* tradizionalmente riservato al diritto<sup>35</sup>. L'analisi economica accerta come “legal institutions have an impact on economic growth” e misura il diritto “by the incentives it sets for welfare-maximizing conduct”<sup>36</sup>.

Il dialogo con le scienze economiche cela insidie metodologiche. Non

---

<sup>33</sup> H. Muir Watt, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Northampton, 2012, 286. Sulle forme di adattamento dello stato agli interessi degli *holders of global capital* v. altresì M. Nicolini, *'Inequality of Goods and Lands' in Mortgaged Democracies: Paradigms and Effects of Global Comparative Law*, in *Liverpool Law Rev.*, 2020, 27 ss.

<sup>34</sup> *s.v.* *code*, in *Oxford English Dictionary*, [www.oed.com/view/Entry/35581?rskey=X6KhNh&result=4#eid](http://www.oed.com/view/Entry/35581?rskey=X6KhNh&result=4#eid). Cfr. K. Pistor, *The Code*, cit., 2-3.

<sup>35</sup> Si pensi al “federalismo fiscale”: l'espressione, di scienza delle finanze, ha soppiantato quella di “relazioni intergovernative finanziarie”. Cfr. M. Nicolini, *The Principles of Separation and Correspondence, the Comparative Method, and the Problem of Semantic Change*, in F. Palermo, A. Valdesalici (cur.), *Comparing Fiscal Federalism*, Leiden-Boston, 2018, 100 ss.

<sup>36</sup> R. Michaels, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 2009, 768.

dovendo più occultare l'agenda politica degli operatori economici, la misurazione quantitativa incoraggia il mutamento giuridico perché convergenze e trapianti di istituti da sistemi *qualitativamente* “superiori” (perché più efficienti) a sistemi “inferiori” accrescono la resa istituzionale di questi ultimi. Non diversamente da altre forme di misurazione quantitativa, la *valutazione della qualità* genera *rankings*<sup>37</sup>. In tali ipotesi, il *public-private divide* è strategicamente attraversato in nome delle ‘qualità’ privatistiche del *legal code* che i soggetti economici propongono alle comunità statali: esso si fonda sui concetti di *durability*, *priority*, *convertibility* e *universality*, riscrivendo la relazione tra ordinamenti costituzionali e capitale per favorire la “superiority of privately, i.e. sectionally, coded assets”<sup>38</sup>.

L'insidia maggiore viene dall'ortodossia neoliberale, che ha dimostrato di saper penetrare a fondo le infrastrutture giuridiche. In America Latina, ad esempio, numerose costituzioni incorporano la *neoliberal orthodoxy* (protezione degli investitori stranieri, austerità delle politiche sociali e monetarie). Ciò riduce gli spazi di manovra dei decisori tradizionali per determinare le politiche pubbliche, ormai affidate a organi a legittimazione tecnica che rispondono a indicatori stabiliti da soggetti economici non (più solo) statali<sup>39</sup>. Per quanto appaia “spoliticizzata”, anche la globalizzazione promuove una propria *policy*. La richiesta di garanzie per investitori esteri, il rispetto della proprietà privata e del diritto dei contratti non sono forse frutto di *decisioni politiche* che condizionano la politica economica degli Stati e introducono forme neocoloniali di dominazione? Il *network* dei soggetti globali propone il dialogo per la formazione di *networks* di poteri pubblici, ove il dialogo è funzionale a immettere nei processi di decisione politico-normativa statali la tutela degli interessi delle comunità transnazionali.

Il riferimento all'ortodossia neoliberale va intesa come agenda di riforme, formulata dagli attori economici transnazionali per l'adozione di politiche economiche elaborate sulla falsariga di quanto proposto da Friedrich von Hayek in *The Constitution of Liberty*<sup>40</sup>. L'agenda ivi formulata fu accolta

<sup>37</sup> Lo dimostra lo studio *Law and Finance*, dove la “qualità” di 49 sistemi giuridici è stabilita sulla base di un *benchmark* “quantitativo”: la disciplina nazionale sulla protezione degli azionisti e dei creditori stranieri. R. La Porta *et al.*, *Law and Finance*, in *Journal of Political Economy*, 1998, 1113 ss. V. anche K. Pistor *et al.*, *Law and finance in transition economies*, in *Economics of Transition*, 2000, 337; R. La Porta *et al.*, *The Economic Consequences of Legal Origin*, in *Journal of Economic Literature*, 2008, 285; G. Schnyder *et al.*, *Twenty years of 'Law and Finance': time to take law seriously*, in *Socio-Economic Review*, 2021, 377 ss.

<sup>38</sup> M. Nicolini, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach*, in *Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020, § 45. Per il *legal code* del capitale transnazionale v. K. Pistor, *The Code*, cit., 21.

<sup>39</sup> I. Bruff, *The Rise of Authoritarian Neoliberalism*, in *Rethinking Marxism. A Journal of Economics, Culture & Society*, 2013, 113 ss. Sull'incidenza del neoliberalismo nel diritto costituzionale latinoamericano v. H. Alviar García, *Neoliberalism as a form of authoritarian constitutionalism*, in H. Alviar García, G. Frankenberg (eds.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham-Northampton. MS, 2019, 37 ss.

<sup>40</sup> F. Von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Chicago, IL, 1960. Chicago UP. V. anche L.

già negli anni Ottanta da Stati Uniti e Regno Unito e poi riproposta come “ricetta” economica dell’*austerity* per uscire dalla crisi del debito sovrano. Essa si compendia nella formula “economic value [is] measured only by price; what [has] no price [has] no value”<sup>41</sup>. L’agenda neoliberale è economica, politica e giuridica. A livello economico, supporta la libertà e autonomia del mercato, la centralità dei diritti proprietari, quale la “freedom of contract and alienability of property”.<sup>42</sup> In prospettiva politica, promuove un intervento minimo dello stato nel mercato, esigendo la privatizzazione di beni pubblici e la formazione di “unrestrained markets”<sup>43</sup>. A livello giuridico, l’intervento è funzionale alla creazione, da parte del potere pubblico e mediante i processi di decisione, della “law that is wanted” dai soggetti economici globali<sup>44</sup>. Lo stato non interviene nell’economia per “socializzarla”, bensì “per imporre il funzionamento del mercato” a sua volta servente gli interessi sezionali degli *holders of global capital*<sup>45</sup>, assicurando la semplificazione (e privatizzazione) degli strumenti contrattuali per consentire alla “possessive market society” globale di massimizzare i profitti<sup>46</sup>.

Per quanto funzionale a strumentare giuridicamente l’ideologia neoliberale nelle comunità statali, tale *private lawmaking* non riflette pienamente l’impatto del *crossing the private/public divide* sui processi di decisione politico-normativa statali. Anche in questa accezione, esso presuppone l’alterità fra forma (pubblicistica) e sostanza (privatistica). Certo, condizionando i processi di decisione politico-normativa, gli attori economici sono in grado di far adottare agli ordinamenti statali i dispositivi per la cura dei loro interessi. Tuttavia, nel dare forma giuridica all’agenda neoliberale, i processi e soggetti statali sono (e rimangono) pubblici. D’altra parte, l’agenda “politica” dei soggetti economici non sarà mai un’agenda astratta, bensì una declinazione concreta in grado di realizzarne appieno gli obiettivi.

L’alterità si manifesta perché l’intesse particolare raramente è perseguito nella sua globalità. Secondo concetto, i processi decisionali pubblici curano gli interessi di parte mediandoli con altri interessi nell’interesse generale. A differenza dello stato, i *private orderings* sono sottosistemi normativi; e i *private groups* non sono enti politici a fini generali, esponenziali delle comunità di riferimento<sup>47</sup>. Una volta immessi nel circuito democratico-rappresentativo, gli interessi sezionali vengono a essere mediati – e “annegati”

---

von Mises, *The Free and Prosperous Commonwealth: An Exposition of the Ideas of Classical Liberalism*, Princeton, NJ, 1962; N.R Van Nostrand, *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, Oxford, 1974.

<sup>41</sup> G. Standing, *Plunder of the Commons. A Manifesto for Sharing Public Wealth*, Londra, 2019, viii.

<sup>42</sup> J. Husa, *Advanced Introduction*, cit., 79.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 53. Cfr. anche T. Friedman, *The World is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century*. Londra, 2006.

<sup>44</sup> A. Watson, *Failures of the Legal Imagination*, Philadelphia, 1988, 87.

<sup>45</sup> A. Somma, *Introduzione*, cit., 101.

<sup>46</sup> C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford, 2010, 48.

<sup>47</sup> Nel senso che la territorialità ancora rilevi al fine di integrare la politicità degli enti:

– dal pluralismo degli interessi particolari da comporre a sistema.

Nel convertire lo stato in un dispositivo neoliberale, in definitiva, la mutazione giuridica accetta il rischio che il *private lawmaking* smarrisca la potenzialità prescrittiva che lo caratterizza e che è connessa all'effetto normativo assicurato dalle norme dispositive di fonte statale.

### 2.3. Il *private lawmaking* come processo decisionale pubblico e interesse generale

V'è una ulteriore definizione di *private lawmaking* che sembra spiegare come gli *holders of private capital* attraversino strategicamente il *public/private divide* condizionando i processi di decisione-politico normativa. In tale accezione, il *private lawmaking* converte la sfera pubblica e i circuiti democratico-rappresentativi che la caratterizzano in luogo di discussione, deliberazione e adozione delle regole giuridiche di disciplina e protezione dei propri interessi e finalità. La relazione che questi instaurano con le comunità statali non mira a condizionare i processi decisionali per l'adozione di *private lawmaking* – si perdoni il bisticcio di parole – *publicly made*, quanto a superare l'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e una sostanza regolativa (privatistica) tipica dello stato operante come dispositivo neoliberale.

La metafora del 'mercato delle riforme'<sup>48</sup> è particolarmente istruttiva. Per un verso, essa indica il luogo dal quale gli ordinamenti nazionali attingono gli istituti giuridici per avviare le riforme (e la mutazione giuridica) funzionali ad accrescerne l'attrattività nei confronti degli investitori transnazionali. Per altro verso, è denotativa del *private lawmaking* come "robust component of commercial and consumer life"<sup>49</sup>. Tale mercato è il punto terminativo di una *supply chain* che determina il verso del dialogo tra attori economici, sfera pubblica e organizzazione costituzionale dello stato, riflettendo il paradigma diffusionista utilizzato dai comparatisti per interpretare i processi di mutazione giuridica<sup>50</sup> – dunque, le soluzioni giuridiche che gli ordinamenti statali devono adottare per massimizzare l'investimento. Gli *holders of capital* stabiliscono una propria politica economica (e del diritto) neoliberale; vengono poi presentati i 'prodotti', vale a dire i congegni giuridici da collocare sul mercato delle riforme, dove un'attenta attività di *nudging* li renderà appetibili per gli ordinamenti nazionali, donando loro l'*outfit* idoneo per *rating* e *outlook* attrattivi.

Il concetto di *private lawmaking* è coerente con l'ambizione degli inte-

---

v. Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 68; S. Ortino, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1994, 42; M. Pedrazza Gorlero, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, 167.

<sup>48</sup> Cfr. *supra*, § 2.2.

<sup>49</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., 374 come citato e discusso *supra*, § 2.2.

<sup>50</sup> Cfr., ad es., A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2018<sup>3</sup>, 24; A. Somma, *Introduzione*, cit., 159; M. Graziadei, *Comparative Law*, cit., 457 ss.

ressi economici transnazionali, che mirano a co-determinare – se non sostituire – l'interesse generale nei processi di decisione politico-normativa. La loro regolazione deve risultare non dalla mediazione con gli interessi delle comunità statali di cui sono esponenti, ma dell'essere il *private lawmaking*, al contempo, processo decisionale pubblico e interesse generale. In caso contrario, i soggetti economici transnazionali vedrebbero sacrificata la possibilità di massimizzare la remunerazione del capitale investito. Essi dovrebbero infatti attivare una continua 'mediazione di ritaglio' tra le proprie libertà economiche e la tutela delle posizioni giuridiche dei lavoratori, consumatori e cittadini caratteristica del capitalismo renano ma estranea a quello neoliberale<sup>51</sup>. L'alternativa, anch'essa poco remunerativa, è la 'mediazione di scambio', vale a dire "l'assunzione come finalità generale di un fine proprio dei subalterni"<sup>52</sup>. Come corrispettivo del consenso delle comunità politiche, gli attori economici transnazionali dovrebbero assumerne gli interessi generali come costitutivi di quello sezionele (si pensi a quelli variamente collegabili alla sostenibilità sociale e ambientale e alla lotta al cambiamento climatico). Sarebbe, questo, un prezzo davvero elevato da pagare affinché l'interesse sezionele possa essere riguardato come finalità generale.

Un'ipotesi di mediazione di scambio si è avuta durante la pandemia da COVID-19. L'adozione di misure e strumenti giuridici di mitigazione del contagio hanno riarticolato gli interventi limitativi della libertà di circolazione delle società politiche statali in una serie ordinata e coordinata di *supply chains*, volte ad assicurare la disponibilità e pronta reperibilità non solo di farmaci e dispositivi medici, quanto (e soprattutto) di ogni *commodity* richiesta dai cittadini-consumatori. Un'indubbia attuazione del disposto costituzionale che "tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", anche garantendo "cure gratuite agli indigenti" (art. 32, c. 1, Cost.) mediante semplificazioni del *public procurement* anche per la profilassi vaccinale<sup>53</sup>.

Si badi: pur di far aderire la società alla *supply chain*, gli interventi degli stati si sono spesso tradotti in misure difficilmente riportabili allo stesso figurino costituzionale<sup>54</sup>. Si trattava, in piena pandemia, di un problema avvertito come secondario, posto che le misure adottate erano espressive di un

<sup>51</sup> Sulla distinzione tra capitalismo renano e neoliberale v. A. Somma, *Introduzione*, cit., 99 ss. Sulla nozione di mediazione di ritaglio v. M. Pedrazza Gorlero, *Il patto*, cit., 80: essa assume come interesse generale "i fini degli egemoni quali risultano integrati e/o ritagliati da quelli dei subalterni". Tale mediazione ha un costo per gli *holders of capital* "che si riflette sulla struttura della finalità generale".

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> Si v. ad es. La "Strategia dell'UE sui vaccini", reperibile al sito [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy\\_it](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_it) (consultato il 16 settembre 2022).

<sup>54</sup> Cfr. J. Sarkis, *Supply chain sustainability: learning from the COVID-19 pandemic*, in *Intern. Journ. Operations & Production Management*, 2021, 63 ss. Per una rassegna delle misure v. le sezioni monografiche (a cura di A. Vidaschi e L. Cuocolo), *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*; (a cura di C. Sbailò e P. Passaglia) *Lo Stato e l'eccezione dopo la pandemia. Le conseguenze globali della pandemia di COVID-19 sui rapporti*

assetto nel quale il rapporto tra OMS, organizzazioni sovranazionali e stati operava in deroga al *decision-making process* pubblico per la sola epoca dell'emergenza. Proprio nella mediazione di scambio tra interesse generale alla salute e interessi economici, esso ha avuto (e ha) conseguenze di rilievo sulla tenuta "a lungo termine" del significato e della funzione dei congegni del costituzionalismo. Quando l'OMS richiede l'apposizione di un proprio limite strutturale-assiologico per il confinamento di un diritto, esso sta in realtà generalizzando il proprio "Rights-Based Postwar Health Order"<sup>55</sup>.

Non s'intendono sottoporre a critica le *policies* di contenimento del contagio ma solo affermare che la logica di fondo di tali misure ha un approccio universalizzante, essendo le stesse costruite per generalizzazione di un *concern* avvertito come transnazionale. Anche in questa ipotesi, la massimizzazione dell'interesse sezionale è sacrificata perché gli interessi delle comunità economiche transnazionali sono costrette a riconoscere l'esistenza di altri interessi transnazionali, quali quelli sanitari, che trascendono la dimensione nazionale, e che rendono 'transnazionali' anche le comunità statali.

Il venire meno della fase più acuta dell'emergenza non ha certamente rappresentato il ritorno a una 'regolarità' prepandemica. Gli ordinamenti costituzionali hanno metabolizzato, adattandovisi, all'impatto delle mediazioni di ritaglio e della *supply chain* attivate dagli *holders of global capital* per determinare, in nome dei relativi interessi (economici o sanitari che siano), modalità e contenuti del processo di circolazione e convergenza tra ordinamenti nazionali. La necessità di operare mediazioni di ritaglio o scambio con le comunità politiche nazionali sperimentate nella fase più acuta della crisi sanitaria non ha poi disincentivato l'esigenza degli attori transnazionali di superare l'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e una sostanza regolativa (privatistica) che caratterizza lo stato come dispositivo neoliberale nella produzione di un diritto funzionale agli interessi sezionali degli attori economici globali.

### 3. *Molecular federalism*. La catena produttiva del *private lawmaking* e l'uso strategico della comparazione

Converrà esaminare tale *private lawmaking* penetri nelle comunità politiche statali alterandone sfera pubblica e strutture costituzionali nella produzione del diritto richiesto dagli attori della costellazione transnazionale post-vestfaliana.

A tale fine, gli *holders of global capital* adottano numerose strategie per creare la "law that is wanted" dagli interessi economici transnazionali. Tale elaborazione non è l'esito della mediazione di tali interessi con quelli delle

---

tra i pubblici poteri, analizzate nello specchio italiano, entrambe in DPCE Online, 2020.

<sup>55</sup> B. Mason Meier, F. Kastler, *Development of Human Rights through WHO*, in B. Mason Meier, L. O. Gostin, *Human Rights in Global Health: Rights-Based Governance for a Globalizing World*, Oxford, 2018, 111.

comunità statali, ma consegue alla conversione dei processi decisionali pubblici e dell'interesse generale in *private lawmaking*. Il superamento dell'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e sostanza regolativa (privatistica) testimonia una singolare capacità di tali soggetti a utilizzare con disinvoltura gli strumenti metodologici che la comparazione giuridica mette loro a disposizione.

Il primo degli strumenti è la *generalizzazione*. Si tratta del “cultural habit” del diritto comparato sin dalla sua nascita come disciplina giuridica autonoma<sup>56</sup>. Esso è la “translation of diverse legal rules into one language” per conseguire l'uniformità dei diritti nazionali mediante, soluzioni giuridiche elaborate e immesse sul mercato transnazionale delle riforme.<sup>57</sup> La generalizzazione di cui si ragiona è di tipo metodologico, non sostantivo: gli interessi economici non sono di per sé “universal in scope and character”<sup>58</sup>, ma lo diventano a esito dell'applicazione delle soluzioni regolative elaborate dagli *holders of capital*, che converte gli interessi di parte (di un soggetto o di una categoria di soggetti transnazionali) in interesse economico e politico generale.

Tale generalizzazione è caratterizzata da un singolare paradosso. La costellazione dei soggetti transnazionali è portatrice non di un interesse unitario, bensì di una pluralità di interessi; nella maggior parte dei casi, essi confliggono fra loro secondo una competizione che riflette quella operante in un mercato concorrenziale. Snyder ritiene che la loro “frammentarietà” sia caratteristica strutturale del *private lawmaking*, in grado di generare un “molecular federalism”, nel quale la regolazione delle transazioni commerciali “is more likely to meet different kinds of diverse regulatory needs”<sup>59</sup>. In conseguenza di ciò, il diritto transnazionale è un laboratorio dove viene creata una varietà di strumenti negoziali per soddisfare la vasta gamma degli interessi della comunità giuridica di riferimento, che sono mutevoli in ragione dell'andamento dei mercati e delle politiche produttive e di *retail* degli attori economici. Non stupisce che le regole “can be – and are – made for particular

<sup>56</sup> J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, 2015, 100. Sul punto si v. G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Universalism: An Historical Perspective*, in *Journ. for Juridical Science*, 2017, 144 ss. Le radici di tale *cultural habit* possono essere individuate nella filosofia classica (Platone, Aristotele e gli Stoici) e medievale, dove la disputa sugli universali guardava agli stessi come categorie universali. Cfr. G. Klima, *The Medieval Problem of Universals*, in E. Zalta et al. eds.) *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, Stanford, 2017. Sulla storia dell'universalismo v. M. Nicolini, *Methodologies*, cit. Cfr. altresì H.E. Yntema, *Comparative Law and Humanism*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1958, 493 ss.; A. Peters, *Universalist Assumptions and Implications of Comparative Law: Should They Be Deconstructed?*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1999, 366 ss.; J. Gordley, *The universalist heritage*, in P. Legrand-R. Munday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 31; P. Legrand, *The Same and The Different*, *ivi*, 246.

<sup>57</sup> G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Traditions. Historical and Comparative Perspectives*, Cham, 2019, 8.

<sup>58</sup> M. Nicolini, *Methodologies*, cit., §§ 1-5.

<sup>59</sup> V.D. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., 441.

but wide-ranging contexts”<sup>60</sup>.

Tuttavia, ciascuna delle soluzioni giuridiche individuate è suscettibile di generalizzazione. Per quanto espressiva di interessi contingenti e sezionali, queste ben potrebbero essere applicate per regolare (e massimizzare) interessi in origine incompatibili con quelli per la tutela dei quali era stato generato lo strumento negoziale oggetto di generalizzazione. La metafora molecolare illustra chiaramente come avvenga la ricomposizione degli interessi degli attori della comunità transnazionale in ragione di calcoli microeconomici dettati dagli andamenti dei mercati. V'è poi un elemento utilitaristico nel *molecular federalism*: la soluzione negoziale di volta in volta individuata è espressione del “cooperative effort of at least two actors”; in altri termini, il paradosso trasforma il mercato concorrenziale in struttura cooperativa, in modo che il *privately made law* realizzi all'interno di quello la funzione sociale (la massimizzazione dei profitti) della comunità transnazionale<sup>61</sup>.

Il processo di generalizzazione risponde così all'esigenza di reiterare soluzioni e regole giuridiche ove lo richieda la promozione degli interessi in gioco. Dal momento che le comunità economiche transnazionali manifestano interessi particolari, gli *outputs* giuridici dovranno essere in grado di assicurare la massimizzazione dei profitti, secondo modelli che siano replicabili ovunque, in qualunque momento e luogo del pianeta<sup>62</sup>.

Utilizzando il meccanismo delle generalizzazioni, il diritto transnazionale diviene serviente al diritto globale<sup>63</sup>. Proprio perché trascende le giurisdizioni nazionali, esso consente agli attori dell'economia globale un uso strategico del diritto comparato per l'elaborazione di una “transnational theory of what is common in all legal systems”<sup>64</sup>. Non solo: gli *holders of global capital* dimostrano anche di padroneggiare con disinvoltura la teoria stessa della comparazione giuridica<sup>65</sup>. Come dire: nelle mani dei detentori del capitale globale, le funzioni ancillari della comparazione ne determinano il ruolo della finalità primaria, con mutamento epistemologico del ruolo della stessa. L'universalismo si converte da approccio metodologico a strumento di generalizzazione per la produzione seriale di soluzioni giuridiche esporta-

<sup>60</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 435.

<sup>61</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 420 e 440.

<sup>62</sup> Cfr. M. Nicolini, *The Legal, the Digital, and the Global Production of Space*, in *Pólemos*, 2022.

<sup>63</sup> Cfr. J. Husa *Advanced Introduction*, cit., 49 (diritto transnazionale e diritto globale sono entrambi “based on legal dimensions of globalisation”); N. Walker, *Rethinking aloud*, in M. Maduro et al. (eds.) *Transnational Law*, cit., 385 (il diritto globale è “one particular subset of transnational law embracing any endorsement of or commitment to the universal”).

<sup>64</sup> J. Hall, *Comparative Law and Social Theory*, in *Louisiana State UP*, 1963, 62.

<sup>65</sup> Sul punto v. P.G. Monateri, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham-Northampton (MA), 2021, Cap. 5.

bili negli ordinamenti nazionali. Non solo la “legal globalisation is ... transforming legal culture on a global scale”<sup>66</sup>, ma l’uso delle generalizzazioni come modalità di produzione del diritto in chiave transnazionale obiettivizza gli interessi sezionali negando la rilevanza di altri interessi e modi di produzione giuridica.

L’uso della comparazione non si limita all’impiego dell’universalismo ma si estende alle metodologie variamente riportabili al funzionalismo<sup>67</sup>. L’interesse degli attori economici globali trascende i confini nazionali, richiedendo strumenti giuridici fungibili e replicabili in differenti contesti, anche costituzionali. Poiché l’interesse economico conserva una propria identità a prescindere dal contesto giuridico, anche la soluzione individuata per la sua promozione deve essere generalizzata. Ciò che conta è l’equivalenza funzionale fra le soluzioni individuate, perché è da tale equivalenza che dipende la realizzazione delle finalità di massimizzazione dei profitti e di controllo della distribuzione della ricchezza. Il funzionalismo consente d’individuare soluzioni più aderenti ai contesti nazionali, dimostrando che varietà e versatilità non sono d’ostacolo alla massimizzazione degli interessi economici transnazionali. Adottata nel rispetto dei processi di decisione politico-normativa statali, la regolazione di tali interessi rifletterà, in buona sostanza, l’esigenza di loro protezione e tutela.

Il funzionalismo è adatto al superamento dell’alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e una sostanza regolativa (privatistica) perché, esso ha da sempre occupato una posizione mediana tra funzione primaria e ancillari della comparazione. Si tratta di una posizione che Ralf Michaels definisce come “nondoctrinal”: esso, cioè, si concentra “not on rules alone, but on their effects not on doctrinal structure and arguments alone but on the consequences they bring about”<sup>68</sup>. In tal modo, riesce a rendere irrilevanti gli interessi generali dei singoli ordinamenti nazionali, omettendo dal quadro di riferimento quanto di tali interessi richiederebbe l’attivazione di mediazioni di ritaglio e scambio, pregiudicando l’effettiva realizzazione degli interessi transnazionali<sup>69</sup>. Non solo: questi diventano il nuovo principio di organizzazione delle comunità politiche nazionali senza necessità di mediazioni di scambio e/o ritaglio. A ciò s’accompagna il venir meno della varietà delle soluzioni giuridiche locali e l’imposizione di una *uniformity through law*.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> J. Husa, *Advanced Introduction*, cit., 32.

<sup>67</sup> Non a caso, il funzionalismo è connesso all’universalismo: M. Nicolini, *Methodologies*, cit., §§ 16 e 28-31; J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Cheltenham-Northampton (MA), 2022, 168-169.

<sup>68</sup> R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann & R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook*, cit., 347.

<sup>69</sup> Sul punto v. M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in in P. Legrand-R. Munday (eds.) *Comparative Legal Studies*, cit., 109-110.

<sup>70</sup> Cfr. H. Muir Watt, *The relevance*, cit., 9; C. Valcke, *Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems*, in *Am. Journ. Comp. Law*, 2014, 713. Sul declino della diversità giuridica v. P. Legrand, *Le droit comparé*, Parigi, 1999, 37; Id.,

Correttamente Michele Graziadei ci ricorda che tale uniformità deriva da un mondo “with one legal culture” e restituisce all’umanità un “extremely impoverished habitat”<sup>71</sup>.

#### 4. La costruzione del *private lawmaking*: l’interesse generale degli *holders of capital*

Il funzionalismo facilita così il superamento dell’alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e una sostanza regolativa (privatistica), generando un *private lawmaking* rispondente alle finalità della comunità economica transazionale. Tale mutazione giuridica, s’è detto, ha effetti sul diritto costituzionale. La conversione dei processi decisionali pubblici e dell’interesse generale in *private lawmaking* converte – generalizzandoli – gli interessi della comunità transnazionale in elementi strutturali di quelle nazionali. Si tratta di un’impostazione coerente con la metafora della *supply chain* del mercato delle riforme, e che sposta l’indagine dalla produzione al momento della distribuzione del *private lawmaking* negli ordinamenti nazionali.

Nella catena distributiva, la costellazione dei soggetti transnazionali dialoga in molte forme con soggetti pubblici, principalmente statali, praticando attività di *nudging*. Non essendo in grado di (o non desiderando per ragioni di consenso) sollevare il velo del modello statuale di regolazione delle situazioni giuridiche economicamente rilevanti, i *private orderings* devono individuare un punto di contatto tra la promozione dei loro interessi e la sfera pubblica. Generalizzare gli interessi (e la loro disciplina) significa estenderli *anche* alla comunità politica, affinché quelli continuo (e siano percepiti) come interessi del corpo politico e, come tali, meritevoli di protezione e regolazione.

Com’è tuttavia possibile che i detentori del capitale globale siano in grado d’infiltrare la sfera pubblica contribuendo a riorganizzare gli spazi giuridici (e costituzionali) nazionali in conformità ai propri interessi? Nel *The Code of Capital* (2019), Katharina Pistor offre una possibile risposta: la globalizzazione esercita un fascino particolare non solo sui consumatori, ma *anche* sugli stati, che non sono indifferenti alla tutela degli interessi degli *holders of global capital*. La possibilità di trarre utilità economiche dai guadagni in conto capitale cattura più facilmente il consenso degli stati delle richieste, provenienti dalle comunità di riferimento, che chiedono più democrazia “or seek to ensure environmental sustainability”<sup>72</sup>.

I detentori del capitale globale cercano un punto di contatto con la

---

*The Same*, cit., 248; J. Husa, *A New Introduction*, cit., 242; R. Hirschl, *Comparative Methodologies*, in R. Masterman- R. Schütze (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge, 2019, 28.

<sup>71</sup> M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, cit., 114.

<sup>72</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., 23.

sfera pubblica, proponendole una nuova “morally eligible foundation” per organizzare politicamente ed economicamente le comunità nazionali<sup>73</sup>. Il punto di contatto tra *private orderings* e sfera pubblica è la massimizzazione dei profitti di azionisti, investitori e proprietari di *assets*<sup>74</sup>. Gli interessi di natura privata incontrano quelli della “public finance and the income and solvency of state”<sup>75</sup>. Una comunanza di interessi e investimenti che contribuisce a trasformare gli interessi degli attori transnazionali in quelli dell’intera comunità<sup>76</sup>. Di fronte al fascino della globalizzazione, gli stati mostrano una non indifferente “prontezza di spirito” nel consentire agli attori di produrre una “considerable part of the law” delle comunità nazionali<sup>77</sup>.

Tale prontezza di spirito si manifesta nella facilità con la quale gli stati attraversano il *public/private divide* adottando una *governance* economica privatistica. Lo si è visto in relazione alle revisioni costituzionali che hanno codificato il principio del pareggio di bilancio e l’equilibrio finanziario degli assetti costituzionali<sup>78</sup>. E lo si è visto anche in termini strettamente regolativi, in relazione alla semplificazione (e privatizzazione) degli strumenti con cui lo stato stesso si è dotato, anche in pandemia, per semplificare il “conveyancing process” e consentire alla “possessive market society” globale di massimizzare i propri profitti<sup>79</sup>.

Quando gli ordinamenti statali adattano il proprio diritto a quello richiesto dagli *holders of capital*, essi se ne introiettano pure i valori, che spesso confliggono con quelli delle comunità nazionali. Si pensi alla promozione dell’eguaglianza sostanziale prescritta dai formanti costituzionali, normativi e giurisprudenziali, anche a fini di una prima redistribuzione della ricchezza e del reddito. Gli attori economici transnazionali premono, al contrario, per controllare “the levers for the distribution of wealth in society”.<sup>80</sup> Una produzione normativa di matrice esterna non si proporrà di realizzare l’eguaglianza sostanziale, ma favorirà gli interessi particolari e altererà a proprio vantaggio la redistribuzione della ricchezza<sup>81</sup>, ponendo “the law ... firmly in the service of [their] capital”<sup>82</sup>.

<sup>73</sup> R. Mullender, *Context, Contingency and the Law of Negligence (or from Islands to Islands of Time)*, in *Bracton Law Journal*, 1997, 25. Cfr. altresì J. Braithwaite, *Markets*, in *Vice, Markets in Virtue*, New York-Sydney, 2005, 9.

<sup>74</sup> Non a caso, “the control and accumulation of resources” era e rimane un tema organizzativo centrale nelle comunità politiche, nonché “key element of political tension”: F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, 2015, 53.

<sup>75</sup> R. Hoyle, *Introduction: aspects of the Crown’s estate, c. 1558–1640*, in Id. (ed.), *The Estates of the English Crown 1550–1640*, Cambridge, 1992, 1.

<sup>76</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., 154.

<sup>77</sup> A. Watson, *Failures*, cit., 87.

<sup>78</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>79</sup> Rispettivamente: N.P. Gravells, *Land Law*, London, 2010<sup>4</sup>, 43 e C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford, 2010, 48. Cfr. *supra*, §§ 2.2. e 2.3.

<sup>80</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., 17 e 19.

<sup>81</sup> J. Husa, *Advanced Introduction*, cit., 74.

<sup>82</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., xi.

In definitiva, gli attori economici transnazionali generalizzano la disciplina richiesta per la protezione dei propri interessi convertendo i processi di produzione normativa nazionale in *private lawmaking*. Il che significa influenzarne anche la struttura costituzionale. Dilatare la libertà economica transazionale significa contrarre la portata garantista della disciplina dell'organizzazione costituzionale che mira alla tutela dei diritti fondamentali, anche in funzione oppositiva al potere economico. Da un punto di vista metodologico, generalizzazioni e funzionalismo danno applicazione al paradigma diffusionista con l'indicare alle comunità nazionali l'assetto politico-giuridico della democrazia (neo)liberale come quello superiore (e meritevole di attenzione) perché maggiormente performativo: “the one thing that has been almost completely absent from the 50 or so cases of attempted democratization since 1974 is experimentation beyond the basic institutions of liberal democracy”<sup>83</sup>. La democrazia liberale risponde infatti pienamente alle esigenze delle *élites* transnazionali ed è coerente anche con la *superiorità* del *Global North*: “Western liberal democracies have acted together to construct the current system that enables the global economy to operate”<sup>84</sup>.

In luogo di quello rivoluzionario, ne risulta un nuovo trittico, quello (neo)liberale, strutturato attorno: (1) alla regola d'oro del pensiero economico liberale espressa dal principio di pareggio di bilancio<sup>85</sup>; (2) al principio per cui le assemblee legislative sono luoghi formalmente chiamati a recepire i formanti transazionali; (3) a un equilibrio tra poteri che non si fonda più sull'alterità fra legislativo ed esecutivo, ma sulla centralità dell'esecutivo come cabina di regia per realizzare politiche economiche dettate da deliberate oscillazioni dei mercati, dai *rankings* di performatività, dall'*outlook* della rendita del debito pubblico e da un mercato condizionato delle riforme necessarie ad assicurare stabilità e solvibilità economica.

Le democrazie liberali rimangono “the only viable societal model left, for only they are compatible with economic success and [the] rapidly integrating information-intensive world economy”<sup>86</sup>. In altri termini, il superamento del *public-private divide* sembra orientare il dialogo nazionale in una pluralità di processi decisionali che, complice la generalizzazione degli interessi degli attori transnazionali, realizza il *private lawmaking* come produzione normativa nazionale e non più solo condizionata dall'esterno.

---

<sup>83</sup> P.C. Schmitter, *More Liberal, Preliberal, or Postliberal*, in *Journal of Democracy*, 1995, 16.

<sup>84</sup> J. Bohman, *Democracy across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge, MA, 2007, 28.

<sup>85</sup> M. Bouvier, *La règle d'or: Un concept à construire*, in *Revue Française de Finances Publiques*, 2011, v-xii. Sull'impatto del principio di pareggio di bilancio sui contenuti costituzionali (diritti, fonti, decentramento) v. M. Nicolini, *Modelos económicos*, cit., 87 ss.

<sup>86</sup> M. Kurki, *Democracy and Conceptual Contestability: Reconsidering Conceptions of Democracy in Democracy Promotion*, 2010, in *International Studies Review*, 2010, 366.

## 5. Società e diritto *privately made*: il diritto della “comprasfera”

Gli *holders of global capital* ricorrono a una seconda strategia per riorganizzare gli spazi giuridici (e costituzionali) nazionali, generalizzare l'interesse sezionale di cui sono portatori e convertire i processi decisionali pubblici in *private lawmaking*. La strategia si riallaccia alla natura “molecolare” di tali interessi. Il *molecular federalism* – afferma Snyder – “lacks the coordination that inheres in constitutional, governmental federalism nevertheless presents certain opportunities”<sup>87</sup>. Tale carattere consente di evitare che i circuiti democratico-rappresentativi irrigidiscano eccessivamente il sistema di *private lawmaking*, così assicurando alle soluzioni giuridiche elaborate flessibilità per adeguarsi alla volatilità degli interessi economici in un mercato concorrenziale. La flessibilità è assicurata nuovamente dall'attraversamento strategico del *public/private divide*: dopo aver occupato le sedi di produzione del diritto *publicly made*, i soggetti economici transnazionali saturano anche la sfera delle libertà. Qui il diritto torna ad essere *privately made*. È la costituzione a consentire lo “scambio” tra le due sfere: essa consente di elaborare l'interesse generale “whether through governmental or private organization. Thus corporatism, private and public, occurs in this organized space; it is the realm of the state, the business corporation, the labor union, the political party, and the club”<sup>88</sup>.

Occupare l'area dell'autorità e quella della libertà consente agli interessi di penetrare più diffusamente la sfera pubblica e di attivare un dialogo diretto con i cittadini – o, dalla prospettiva dei *private lawmakers*, i consumatori. L'area della libertà consente di eludere in maniera ancor più incisiva la rappresentanza politica e le mediazioni degli interessi che ivi si realizzano, consentendo di generalizzare l'interesse economico di forma ancor più immediata. Bypassando il corpo politico, la catena di distribuzione dei beni e servizi prodotti arriva direttamente ai membri delle comunità. Il dialogo così instaurato realizza l'utilizzo strategico del *private lawmaking* nelle relazioni tra *holders of capital* e cittadini-consumatori. Questo punta alla massimizzazione dei profitti mediante catene distributive che, grazie allo spazio digitale, entrano nella sfera personale del cittadino, ne soddisfano l'indole consuméristica, premono per la creazione di rapporti privilegiati tra consumatore e produttore e accentuano, nella sfera pubblica nazionale, la generalizzazione degli interessi di due categorie particolari e private: consumatori e *private orderings*. Il tutto sta – spiega Sarah McFarland Taylor – nel convincere ogni membro della comunità politica a “simply adjust [their] behavior” al consumismo (interesse comune alle due categorie) e modificare “behavior and outlook in keeping with the system, not to challenge or to change it”<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 442.

<sup>88</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 445.

<sup>89</sup> S. McFarland Taylor, *Ecopiety. Green Media and the Dilemma of Environmental Virtue*, New York, 2019, 252.

Complice la pandemia, il ricorso all'*online retail* è penetrato in profondità della vita quotidiana degli individui, articolando negli spazi digitali la *narrative of acquisitiveness* orchestrata dagli attori economici transnazionali, incoraggiando, specie nella vita privata, una sperimentazione ad ampio raggio delle potenzialità che il mondo digitale mette a disposizione dei consumatori. Ne è risultata “a growing diversity and a healthy ferment, a dynamic of experiment and learning, irritation and response, presentation and relationship-building”<sup>90</sup>. Al pari della globalizzazione, la *narrative of acquisitiveness* è una narrativa affascinante, perché esalta la tendenza individualistica del cittadino consumatore e asseconda, mediante l'induzione dei bisogni, i *trends* del mercato. L’“immense, incalculable scope of 24/7 [online] capitalism” genera artificialmente i nostri appetiti e “the speed and ubiquity of digital networks” with their “incontestable priority of getting “incontestable priority of getting, having, coveting, resenting, envying.”<sup>91</sup> La nostra resistenza è vinta perché il mondo digitale moltiplica la logica del mercato e i consumi, consentendo uno scambio incessante di dati; condividendo i nostri gusti e *cookies*, facilitiamo le *multinational media companies* a profilare per noi futuri bisogni.

Centrale in questo processo è la nozione di *commodity*, che l'*Oxford English Dictionary* definisce “A thing which is beneficial to or advantageous for a person.” E per le imprese. Gli individui le usano per “private or selfish interest”;<sup>92</sup> gli imprenditori le convertono in “something useful [for] commercial advantage.”<sup>93</sup> Non è un caso che le *commodities* segnino il luogo in cui la sfera (anche spaziale) di consumo di beni e di servizi coincide con la *comfort zone* degli *holders of capital*. Le *commercial comfort zones* sono funzionali agli spazi di acquisto e consumo di beni e servizi, consentendo di massimizzare i profitti.

Si genera così un nuovo processo di produzione normativa attivato dagli attori economici transazionali. Il quadro giuridico di riferimento può essere definito la *Law of the Buyosphere*. L'espressione “Buyosphere” (in italiano, “comprasfera”<sup>94</sup>) è stata coniata da Anne-Dorothee Herbort nel 2012; Sarah McFarland Taylor in *Ecopiety* (2019) ne offre una connotazione utile a fini giuridici, quello di spazio il cui significato e regolazione sono compatibili con l'ideologia del mercato<sup>95</sup>. La “comprasfera” è disciplinata da un quadro giuridico transnazionale che coniuga consumismo e massimizzazione dei profitti

<sup>90</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., 445.

<sup>91</sup> J. Crary, *Scorched Earth. Beyond the Digital Age to a Post-Capitalist World*, Londra-New York, 2022, 2.

<sup>92</sup> S.v. *commodity*, in *OED*, available at <https://www.oed.com/view/Entry/37205?redirectedFrom=commodity&> (accessed on 17 November 2021).

<sup>93</sup> M. Watts, *Commodities*, in P. Cloke et al. (eds.) *Introducing Human Geographies*, Londra-New York, 2014, 391.

<sup>94</sup> Ringrazio Alessandro Somma per avermi suggerito, durante una conversazione, la traduzione italiana del sostantivo *buyosphere*.

<sup>95</sup> A.-D. Herbort, *Buyosphere - The Relationship Between Commercial and Public Spaces and*

– anche in chiave *green*. Se n'è fatto riferimento più sopra, indicando le problematiche ambientali come possibile contenuto della mediazione di scambio tra interessi economici transnazionali e comunità politiche<sup>96</sup>. Il diritto transnazionale assume come interesse da tutelare quello ambientale se questo può fungere da catalizzatore (o merce di scambio) del consenso delle comunità politiche, affinché l'interesse sezionale possa essere riguardato come finalità generale. La pratica consumeristica *green* diventa atto di *ecopietty*, poiché incoraggia the “popular production of environmental (green) virtue as a commodity”, perpetuando “the logics of global capitalism and market ideology”<sup>97</sup>.

La “comprasfera” indica lo stadio finale della *supply chain* globale: quella della distribuzione delle *commodities*. Henri Lefebvre lo aveva già indicato in *La production de l'espace* (1974). Le commodities ivi acquistate “dissimulate not only the amount of social labour that they embody, but also the social relationships of exploitation and domination on which they are founded”. E aggiungeva: “Things lie, and when, having become commodities, they lie in order to conceal their origin, namely social labour, they tend to set themselves as absolutes”. Non è più centrale il mercato, né lo spazio fisico nella quale è possibile acquistare, bensì le *commodities*, che sono “fetishized and so become more “real” than reality itself – that is, than productive activity itself, which they thus take over”<sup>98</sup>. Sono dunque le catene globali di valore e la domanda di lavoro e retribuzione a rappresentare la chiave di operatività del dialogo tra attori globali, stati e consumatori.

Si tratta di principi a tal punto penetrati nella sfera pubblica, da essere ormai accolti anche come espressivi dell'interesse generale. Nuovamente, siamo di fronte a una generalizzazione di esigenze regolative degli *holders of global capital* con la finalità di massimizzare, oltre ai profitti, l'utilizzo esclusivo di risorse e mercati, a loro volta funzionali alla libera circolazione delle loro merci e capitali.<sup>99</sup>

La “comprasfera” è dotata di un proprio diritto, il diritto della comprasfera (*law of the buyoshere*), che è un assetto regolativo di tipo transnazionale, articolato a cavallo di più ordinamenti (statali, sovranazionali e internazionale, applicabile sia nella realtà fisica sia nel mondo digitale<sup>100</sup>. Esso è, evidentemente, un fenomeno giuridico costruito dagli *holders of capital* per perseguire i propri interessi in spazi (fisici e digitali) servienti le transazioni commerciali. Con ciò, la legge della comprasfera non realizza l'interesse generale delle comunità nazionali, ma quello delle comunità transnazionali,

---

*the Impact of the Shopping Mall on Contemporary Society*, MA Thesis; University of Lugano, 2012.

<sup>96</sup> Cfr. *supra*, § 2.3.

<sup>97</sup> S. McFarland Taylor, *Ecopietty*, 5 and 7.

<sup>98</sup> H. Lefebvre, *The Production of Space* trad. inglese, Oxford, 1991, 81.

<sup>99</sup> J. Husa, *Advanced Introduction*, cit., 163.

<sup>100</sup> Nicolini, *The Digital*, cit.; Id., *Legal Geography. Comparative Law and the Production of Space*, Cham, 2022, Cap. 8.

consentendo loro di controllare a proprio vantaggio “the levers for the distribution of wealth in society”<sup>101</sup>. È, questo, un diritto che rispecchia le pratiche di generalizzazione e il funzionalismo, e che promuove la convergenza dei sistemi giuridici nazionali (anche costituzionali) per assicurare una rapida distribuzione di beni, capitali, e servizi in un mondo senza frontiere.

## 6. Il superamento del *public-private divide* e la costruzione di *mortgaged societies*

La coincidenza tra interessi di consumatori, attori economici globali e comunità politiche statali ha prodotto un nuovo modo di intendere la sfera pubblica, convertendo i processi decisionali pubblici e l’interesse generale in *private lawmaking*. Nell’interazione tra individui privati-consumatori e comunità giuridica transazionale, lo scambio tra interesse economico di parte e interesse pubblico-generale ha così riarticolato la società secondo modelli di *governance* di ispirazione privatistica, generando una costellazione di “mortgaged democracies”.

L’espressione *mortgaged democracies* designa un corpo politico in cui è venuta meno l’alterità una forma (pubblicistica) e una sostanza (privatistica), e nel quale anche il *private/public divide* ha perso ogni capacità descrittiva del fenomeno giuridico. L’alterità tra sfera pubblica e interessi privati si diluisce in una formula politica che adotta come tema organizzativo la dimensione economico-finanziaria e concepisce il vincolo giuridico-politico come la risultante di atti giuridici espressivi di transazioni commerciali tra consumatori e attori transazionali<sup>102</sup>. Il patto costituzionale non poggia più (solo) su di un accordo tra eguali, ma è la risultante di su asimmetrie informative, della capacità del corpo politico di attrarre, mediante il *private lawmaking*, investimenti e risorse finanziarie a garanzia della solvibilità dello stato. Siamo al cospetto di un rinnovato *pactum subiectionis* in cui il nuovo Leviatano non priva gli individui della forza fisica, ma del potere di contrattazione individuale e collettiva sulla definizione dell’interesse generale e della determinazione macroeconomica del potere di acquisto.

L’obbligazione politica sottesa al nuovo principio di organizzazione della comunità replica l’asimmetria di potere economico (e politico) tra creditore ipotecario (*rectius*: tra gli *holders of capital* come terzi datori d’ipoteca) e il debitore ipotecario (in inglese: *mortgagor* e *mortgagee*). Nella società altamente consumistica della comparsa, il cittadino diventa consumatore e debitore. È un cambio di cui la mentalità di *common law* ha preso atto già da tempo. Anziché rispondere alle esigenze di protezione del consumatore-debitore, la “fabbrica del diritto” transnazionale propone un mercato delle riforme nelle quali gli stati vedono moltiplicarsi le possibilità di collocare debito pubblico e i privati di contrarre contratti di mutuo e credito al consumo.

<sup>101</sup> Pistor, *The Code*, xi, 17, and 19.

<sup>102</sup> M. Nicolini, *Inequality of Goods and Lands*, cit., 27 ss.

Ciò richiama il *dictum* di Lord Diplock in *Pettit v. Pettit*: le democrazie occidentali sono ora divenute democrazie tipo ‘real-property-mortgaged-to-a-building-society-owning’<sup>103</sup>.

Sotto questo riguardo, le *mortgaged societies* subiscono, su scala nazionale “the desire for power” e la politica di accumulazione<sup>104</sup>, praticata a livello globale. Si pensi allo strumento di debito *NC2 Mortgage Loan*. Venduto da Citigroup Mortgage Realty Corporation (CMCR), tale strumento ne supportò la strategia aggressiva poggiante sulla necessità di indurre i privati a contrarre sempre più mutui ipotecari “by pushing homeowners into financial arrangements they could hardly afford”. Su scala globale, ciò favorì una pratica diffusionista di “private-label securitization”, con produzione di mutui in massa. I mutui ipotecari dovevano “be fed into this machine constantly to sustain it”.<sup>105</sup> Fino, ovviamente, al crollo del sistema avvenuto con la crisi dei mutui *subprime* nel 2007-2008.

In *common* e in *civil law*, tuttavia, il debitore ha la possibilità di estinguere il mutuo con la cancellazione dell’ipoteca – in *common law*, con il rimedio in *equity* del *right of redemption* con l’opzione di riacquisto.<sup>106</sup> Nelle attuali *mortgaged societies*, i ‘termini e le condizioni’ dell’obbligazione politica richiedono un’attività di acquisto sistematico e continuo di beni e servizi – rendendo irredimibile lo stesso vincolo giuridico: i “current packages on offer”, verrebbe da dire, “could have the effect of removing or rendering illusory” la cancellazione dell’ipoteca<sup>107</sup>.

## 7. *Private lawmaking*, dissoluzione dei corpi politici e ruolo della comparazione

Visto dalla prospettiva delle comunità politiche, il processo di “commodificazione” del diritto e di *private lawmaking* esprime l’incapacità degli stati contemporanei di effettuare, nell’ambito del mercato delle riforme, scelte consapevoli, trapianti giuridici e progettualità costituzionali in favore delle comunità politiche di riferimento. Alan Watson definì tale incapacità “failures of the legal imagination”<sup>108</sup>. Non s’intende affermare che lo stato non sia *in assoluto* più in grado di elaborare soluzioni giuridiche anche nel dialogo con i soggetti del diritto transnazionale; quel che si può dire con certezza è che la conversione dei processi decisionali pubblici e dell’interesse generale in *private lawmaking* inaridisce la funzione di cura degli interessi delle comunità politiche di riferimento, che da sempre ha consentito incessantemente di immaginare il futuro delle comunità politiche<sup>109</sup>.

<sup>103</sup> *Pettit v Pettit* [1970] AC 777, HL, per Lord Diplock, at 824.

<sup>104</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, a cura di R. Tuck, Cambridge, 1991, 53.

<sup>105</sup> K. Pistor, *The Code*, cit., 81-82.

<sup>106</sup> Cfr., ad es., le sezz. 5.1 e 205.1.xvi del *Land Property Act*, 1925 (UK).

<sup>107</sup> Houghton and Livesey (2001: 167).

<sup>108</sup> A. Watson, *Failures*, cit., 124-125.

<sup>109</sup> M. Nicolini, *Against the failure of the legal imagination. Literary narratives, Brexit and the fate of the Anglo-British constitution*, in R. Mullender et al. (eds), *Law and Imagination*

La necessità di riattivare la carica prospettica del costituzionalismo liberale come progetto di salvezza<sup>110</sup> diventa ogni giorno sempre più pressante per arginare non tanto il *private lawmaking*, quanto la sua capacità di favorire la dissoluzione dei corpi politici in nome di un interesse di parte, volubile e determinato egoisticamente dalle leggi della microeconomia classica. Non è che la crisi del costituzionalismo liberale implichi necessariamente la fine dello stato costituzionale. Il processo di ricostruzione e reinvenzione avverrà certamente. “Reimaging will inevitably happen”. È che non sarà forse (mai) più nelle mani delle comunità politiche territoriali. Il processo di reinvenzione politico-costituzionale avverrà “thoughtlessly through the mere passage of time, in which case it is likely to be bad”<sup>111</sup>.

La perdita, da parte degli stati, della capacità di rielaborare il progetto del costituzionalismo liberale, significa il venir meno della costituzione come programma di limitazione del potere (anche economico) in favore delle libertà individuali e collettive e per l’emancipazione della comunità politiche dai bisogni. Sempre di più spesso essa si vedrà sostituirà da una *law that is wanted* dai soggetti dell’economia globale. In assenza della carica propulsiva del costituzionalismo, inoltre, gli interessi particolari assunti a regola di condotta della comunità politica non renderanno più redimibile e cancellabile l’ipoteca, rendendo il *right of redemption* diviene vano e illusorio<sup>112</sup>.

L’alternativa al paradigma consumeristico è stata ad oggi individuata solo in termini rivoluzionari, come opposizione frontale al *private lawmaking*, anche attraverso una “creative response to these times of crisis the world has yet seen”<sup>113</sup>. Si è così proposta la “creation of spaces of collective rebellion”, nonché “the liberation of our mind from colonizing categories” della società dei consumi, anche con “mass civil disobedience to create a new political reality the whole world over”<sup>114</sup>, ad esempio dichiarando che i “bonds of the social contract” sono ormai “null and void”:

When Government and the law fail to provide any assurance of adequate protection, as well as security for its people’s well-being and the nation’s future, it becomes the right of its citizens to seek redress in order to restore dutiful democracy and to secure the solutions needed

---

in *Troubled Times A Legal and Literary Discourse*, Abingdon-New York, 2020, 239 ss.

<sup>110</sup> Mediante congegni di limitazione del potere medesimo, si propone d’instaurare un ordine costituzionale basato “su una visione radicalmente nuova, e dunque prescrittiva, dell’ordine politico” P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, II, Roma-Bari 2014, 737. Cfr. altresì A. Buratti, *Western Constitutionalism. An Introduction*, Torino, 2016.

<sup>111</sup> J. Welby, *Reimagining Britain. Foundations for Hope*, Londra, 2018, 19.

<sup>112</sup> *Knightsbridge Estates Trust Ltd v Byrne* [1939] 1 Ch 441, 463.

<sup>113</sup> E. Thompson (ed.), *Letters to the Earth. Writing to a Planet in Crisis*, Londra, 2020, 6.

<sup>114</sup> D. Silver, *Everyday Radicalism and the Democratic Imagination: Dissensus, Rebellion and Utopia*, in *Politics and Governance*, 2018, 161 ss. Extinction Rebellion, *This Is Not A Drill. An Extinction Rebellion Handbook*, Londra, 2019, 9 e 22.

to avert catastrophe and protect the future.<sup>115</sup>

Per il comparatista, forse, vi sono alternative alla creazione di tali “spaces of collective rebellion”. Non vi sono antidoti scientifici alle modalità con cui gli *holders of capital* hanno infiltrato la società politica e ridefinito significato e portata delle garanzie costituzionali e dei processi decisionali pubblici. Il comparatista può, forse, attivare un dialogo con gli attori della società e riaffermare il ruolo della comparazione come sapere critico, in grado di svelare l'uso strategico delle categorie giuridico-costituzionali. Un ruolo che potremmo dirci prodromico a quello di *constitutional reinvention*, ma comunque in grado di ricollegare la realtà a un rinnovato progetto costituzionale per le comunità politiche.

È richiesto un cambiamento di prospettiva e nuove chiavi di lettura di fenomeni giuridici. Di là da attitudini trasformative, la comparazione è strumentata per rideterminare verso, modalità e contenuti del dialogo tra ordinamenti nazionali, comunità territoriali e attori economici transnazionali. Di fronte a un diritto brandizzato e generato da *un private lawmaking* espressivo di interessi che non rispecchiano quelli delle comunità politiche, il formante dottrinale deve tornare a decrittare la realtà, scandagliare i problemi, indicare tendenze e contrastare un processo di produzione del diritto che, avendo ormai varcando il limite esterno del formante costituzionale, sta riscrivendo in chiave privatistica il significato dell'obbligazione politica.

Matteo Nicolini  
Dipartimento di Scienze giuridiche  
Università degli Studi di Verona  
[matteo.nicolini@univr.it](mailto:matteo.nicolini@univr.it)

---

<sup>115</sup> *Idib.*