

I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata

Prefazione alle “Giornate di studio in memoria di Alessandro Pizzorusso”

di Rolando Tarchi

Abstract: *Post-Westphalian Normative Systems between Political Decision-Making, Judicial Law-Making, and Informal Sources of Law: A Comparative Perspective. Preface to the “Study Days in Memory of Alessandro Pizzorusso”* – This Preface introduces the proceedings of the VI Biennial Conference of the Italian Association of Comparative and European Public Law (DPCE), devoted to the transformation of systems of legal sources in the post-Westphalian age and dedicated to the memory of Alessandro Pizzorusso. Adopting a comparative public law perspective, it examines the relationship between forms of legal production, forms of State and systems of government, while also considering the profound changes brought about by supranational integration, globalization and transnational law. Particular attention is devoted to Pizzorusso’s classification of legal sources according to the different grounds of legitimacy of normative power: political, judicial, customary, divine and conventional sources. The contributions collected in the volumes show that this taxonomy retains significant heuristic value, although the relative importance and interaction of its categories have substantially changed. The traditional centrality of legislation has been challenged by the growing normative role of executives and courts, while supranational, transnational and private actors increasingly participate in the production of rules. At the same time, the boundaries between hard law and soft law, public and private regulation, and national and non-national legal orders have become progressively blurred. Rather than producing entirely new categories of legal sources, these developments have generated processes of fragmentation, hybridization and overlapping forms of normative legitimacy. The post-Westphalian legal landscape therefore calls not for the abandonment of the classical taxonomy of legal sources, but for its critical reassessment within a pluralistic and comparative framework capable of accounting for the changing structures of contemporary legal production.

Keywords: Sources of Law; Comparative Public Law; Legal Pluralism; Transnational Law; Alessandro Pizzorusso.

1. Considerazioni introduttive

Con questi due volumi si pubblicano gli atti del VI Convegno Biennale dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, su *“I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata. Giornate di studio in memoria di Alessandro Pizzorusso”*, che si è svolto a Pisa nei giorni 8, 9 e 10 settembre 2021¹.

Si tratta di un'opera ponderosa; vengono infatti dati alle stampe ben 69 contributi, distribuiti tra le 18 relazioni di base (tutte pubblicate), 41 dei 52 interventi presentati nelle sessioni parallele, 9 relazioni di sintesi delle sessioni principali e parallele, oltre alla relazione finale del convegno di Lucio Pegoraro. In termini quantitativi gli atti, divisi in due parti sostanzialmente equivalenti, superano le 1.850 pagine, divisi in due volumi (corrispondenti a poco meno di 6 milioni e mezzo di caratteri, ovvero circa un milione di parole), ciò che rende quest'opera probabilmente quasi unica nel suo genere.

Lasciando da parte l'elemento della quantità, peraltro non trascurabile, dobbiamo riconoscere come il convegno e la pubblicazione dei relativi atti siano contrassegnati da plurimi elementi di novità che meritano di essere ricordati.

In questa occasione viene inaugurata la serie dei numeri speciali della rivista di *Dpce online*, destinati propri a raccogliere gli atti dei convegni e dei seminari organizzati dall'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo; una decisione recente, funzionale ad una valorizzazione di questi eventi e della loro proiezione sul piano scientifico, della quale dobbiamo ringraziare in primo luogo il Direttore, prof. G.F. Ferrari. Chi scrive appartiene ad una generazione di giuristi che si è formato studiando su volumi a stampa e riviste cartacee e, romanticamente, è ancora legato a questa nobile tradizione. Tuttavia, si deve riconoscere come le modalità di pubblicazione on line costituiscano ormai un fenomeno consolidato ed

¹ L'organizzazione dell'evento è stata possibile grazie ai fondi messi a disposizione dall'Università di Pisa, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo (PRA) 2018-2019 su: *“Il diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale”*, di cui questo evento ha rappresentato l'atto finale. Si ringrazia, inoltre, Istituto Dirpolis della Scuola Superiore S. Anna, il Dipartimento di giurisprudenza ed il Centro per l'Innovazione e la Diffusione della Cultura (CIDIC) dell'Università di Pisa, che hanno concorso al finanziamento ed all'organizzazione di questo convegno.

Un sentito ringraziamento deve essere rivolto al rettore dell'Università di Pisa, prof. Paolo Mancarella ed alla rettrice della Scuola Superiore S. Anna, prof.ssa Sabina Nuti che hanno voluto manifestarci personalmente il loro graditissimo apprezzamento per questa iniziativa, confermando, anche in questa occasione, come la sinergia tra queste due prestigiose istituzioni risulti sempre molto proficua. Un ringraziamento particolare al prof. Mancarella che, nel suo intervento, ha voluto testimoniare l'importanza scientifica della figura di Alessandro Pizzorusso, capace di dare corpo ad una scuola pisana di diritto costituzionale e di diritto comparato molto numerosa e attiva da lungo tempo, con un ricordo particolare per Paolo Carrozza, la cui prematura scomparsa ha lasciato un vuoto difficilmente colmabile.

assicurino, soprattutto quando si tratta di contributi *open access*, una diffusione di gran lunga maggiore, soprattutto tra gli studiosi più giovani, ben più avvezzi all'uso di questi strumenti. Non solo: le regole attualmente esistenti per il conseguimento delle abilitazioni scientifiche, anche se forse non con motivazioni sufficientemente adeguate, privilegiano nettamente le pubblicazioni su rivista (quando di c.d. fascia A, come nel caso delle riviste DPCE) rispetto ai volumi collettanei come quelli di raccolta di eventi convegnistici e seminariali, che costituiscono ormai un genere letterario in fase declinante, probabilmente destinata a rarefarsi ulteriormente in un futuro non troppo remoto.

Il secondo elemento inedito è che si tratta del convegno DPCE 2020, volutamente rimasto tale, che si è svolto l'anno successivo, nel 2021.

Anche se con una decisione di valore meramente simbolico, si è voluta mantenere la cadenza temporale biennale che ha caratterizzato finora i nostri congressi associativi, gli ultimi dei quali si sono svolti a Lecce nel 2016 e presso l'Università di Roma tre nel 2018². L'evento era stato originariamente previsto per il mese di dicembre del 2020 ed era stato rinviato una prima volta al mese di aprile 2021. Le ragioni di questa dissociazione temporale sono evidenti, risultando una delle tante conseguenze nefaste della pandemia da SARS COVID-19, delle chiusure e dei limiti alle libertà di circolazione e di riunione che ne sono derivati. Limitazioni indiscutibilmente necessarie sotto il profilo della sanità pubblica, dalle quali, tuttavia è derivata una forte compressione delle attività di ricerca scientifica e di esercizio della didattica universitaria, che hanno dovuto assumere forme di esercizio del tutto inconsuete.

Certamente il sopraggiungere della pandemia ha colto tutti di sorpresa e ci ha trovato, almeno inizialmente, impreparati; in un tempo piuttosto breve ha fatto emergere la possibilità di una modifica delle modalità di svolgimento del nostro lavoro, grazie all'uso di strumenti e piattaforme telematiche che hanno reso possibile le comunicazioni, come si dice, da remoto. Dopo il mese di marzo 2020 anche i seminari, i convegni e quant'altro sono stati organizzati con questa modalità, anzi, grazie a queste nuove possibilità, prima sconosciute ai più (compreso il sottoscritto), hanno prodotto quasi una "sbornia", con una proliferazione di iniziative in tutte le sedi, talora con modalità quasi seriali.

L'Associazione DPCE non si è sottratta a questo *trend*, facendosi promotrice di una pluralità di eventi, su temi e argomenti tra loro diversi, tra i quali mi limito a ricordare il seminario dell'11 dicembre 2020 su "*Il seguito del referendum sul 'taglio dei parlamentari'. Riflessioni in chiave comparata*",

² Rispettivamente dedicati a: "*La comparazione giuridica e i suoi metodi: approcci ed esperienze*" e "*Parlamenti e Parlamentarismo nel Diritto Comparato*"; già in questa precedente occasione la pubblicazione degli atti era avvenuta in modalità telematica, in parte in un volume a mia cura nella collana *Itinerari della comparazione, Quaderni della Rivista DPCE Online*, 2020 ed in parte in una sezione monografica sul fascicolo n. 4/2019 della Rivista *DPCE Online*.

organizzato proprio quale evento sostitutivo del VI Convegno biennale.

Ritenendo irrinunciabile lo svolgimento in presenza di questo evento, che, come per tutti i convegni associativi, persegue anche finalità di incontro dei soci in un luogo fisico e reale, il Consiglio direttivo di DPCE ha deciso e ribadito di attendere, rinviando lo svolgimento ad un periodo nel quale la situazione dei contagi sarebbe stata meno grave e le limitazioni imposte si fossero allentate. Una scommessa che è stata vinta: alla fine dell'estate 2021 la pandemia ha rallentato il suo corso, le aule universitarie si sono riaperte ed è stato possibile rivederci e stare insieme per un po' di tempo, nonostante le complicazioni imposte da regole ancora molto restrittive.

Questo ha segnato un'ulteriore novità: si è trattato di una vera riapertura e il nostro convegno ha rappresentato una delle prime occasioni, se non la prima in assoluto, di ritorno alle modalità tradizionali e consuete di organizzare degli incontri di riflessione scientifica. Un primato del quale ci attribuiamo il merito e di cui andiamo fieri. Non vorrei esprimermi in termini troppo enfatici, ma la riapertura dopo una lunga attesa è stata una sorta di rinascita, se non di resurrezione a vita nuova.

Le perduranti limitazioni alla presenza del numero di persone all'interno delle aule universitarie ci hanno imposto di prendere degli accorgimenti per garantire la massima fruizione possibile dell'evento; a questo scopo è stata predisposta una diffusione in streaming di queste tre giornate sul canale dell'Università di Pisa ed il riscontro in termini di partecipazione è risultato molto confortante, nell'ordine di diverse centinaia di accessi nell'arco delle tre giornate³. La registrazione è stata poi resa disponibile sullo stesso sito *web dpce.it*. Anche questo è un lascito (positivo) della pandemia: la doppia modalità di svolgimento di eventi come questo, per i quali alla presenza fisica dei relatori e del pubblico è possibile affiancare anche una forma di diffusione in rete, senz'altro opportuna per favorire una fruizione la più ampia possibile.

Il tempo trascorso dalla data originariamente prevista per il convegno e quella in cui si è effettivamente svolto, non è passato invano; questo ha consentito ai relatori coinvolti di avere più tempo a disposizione per preparare i loro interventi, anche attraverso un confronto collegiale tra i relatori stessi e gli organizzatori. Tra la primavera del 2020 e l'estate del 2021 si sono tenute, infatti, una serie di riunioni con tutti i colleghi coinvolti, sia nelle sessioni principali che in quelle parallele, per orientare le riflessioni individuali verso un obiettivo comune e fare in modo che la pluralità delle voci non si presentasse in forma disordinata, con una pluralità di solisti, ma piuttosto, di predisporre una sorta di "coro" in cui ciascuno potesse portare la propria voce ed esprimere il proprio pensiero all'unisono insieme agli altri. Forse questo obiettivo, molto ambizioso, è stato raggiunto solo parzialmente

³ Di questo deve essere ringraziato il Sidic, la struttura universitaria dell'ateneo pisano che cura queste attività e per essa al prof. Saulle Panizza, che la presiede ed i tecnici tutti che ci hanno garantito presenza e assistenza per l'intero corso di tutte le sessioni.

(questo lo potranno giudicare i lettori), non essendo facile modificare abitudini di studio e di lavoro consolidate nella nostra accademia, ma si è trattato di un tentativo che riteniamo decisamente opportuno, oltre che estremamente faticoso per tutti; un metodo di lavoro in parte anche collegiale che sarà riproposto per i prossimi convegni della nostra Associazione.

Quale ulteriore elemento di novità segnaliamo, infine, che si è trattato dell'ultimo convegno DPCE a cadenza biennale; è stato deciso, infatti, che a partire proprio del 2020 l'Associazione si farà carico di organizzare annualmente il proprio convegno, affiancandolo, inoltre, da un seminario, così da favorire una partecipazione più allargata dei soci, anche mediante la loro inclusione quali relatori o in altra veste. Tanto è vero che a distanza di poco più di un mese, nei giorni 19 e 20 ottobre 2021 si è tenuto presso l'Università della Calabria, il VII convegno dell'Associazione DPCE (2021), su *"I Federalizing Process europei nella democrazia d'emergenza. Riflessioni comparate a partire dai "primi" 20 anni della riforma del Titolo V della Costituzione italiana"*, i cui atti saranno dati alle stampe nei prossimi mesi sul secondo numero speciale di questa rivista.

Da ultimo non possiamo non ricordare come questo convegno si segnali, rispetto alle occasioni precedenti, anche per la maggiore sinergia tra studiosi diritto comparato pubblico e cultori delle discipline del diritto internazionale e dell'Unione europea, con la presenza di relazioni affidate a queste ultimi, oltre alla partecipazione nelle sessioni parallele di giovani studiosi ispirati da una medesima sensibilità. Credo sia opportuno che anche i nostri convegni e le attività associative in genere, replichino quell'idea di fondo posta a fondamento dell'origine della rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo, con la quale si era voluto declinare la comparazione in una prospettiva più ampia rispetto a quella fino ad allora praticata.

2. Perché occuparsi di fonti del diritto nella prospettiva comparata?

Il tema che è stato scelto per proporre questa riflessione collettiva è quello delle fonti del diritto; e ciò per un duplice ordine di ragioni.

La prima di carattere propriamente scientifico: quello delle fonti è uno degli argomenti classici degli studi di diritto pubblico e, tuttavia, risulta ancora poco indagato, o almeno non quanto sarebbe necessario, nella prospettiva della comparazione, per quanto ne costituisca una delle componenti essenziali. Non mancano certo contributi importanti dedicati a singole fonti o istituti particolari, ma sono estremamente rare trattazioni che guardino ai sistemi delle fonti nel loro complesso⁴, diversamente da quanto è avvenuto per altri temi, quali la riflessione sul metodo, sulle forme (e i tipi) di stato e le forme di governo, sui diritti di libertà, sulla giustizia costituzionale,

⁴ Un'importante eccezione è certamente rappresentata dagli studi di Lucio Pegoraro; cfr. L. Pegoraro, A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993; L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti nel diritto comparato*, Torino, 2000.

per citare solo i temi più gettonati.

Come abbiamo già ricordato (v. *supra* nota 2) anche i convegni DPCE si sono occupati di questi argomenti più consueti.

Dobbiamo osservare come la responsabilità per questa carenza di studi, per lo più elaborati sulla base di approcci settoriali, non possa essere addebitata esclusivamente ai cultori della comparazione declinata sul versante pubblicistico, essendo quello delle fonti del diritto un tema trasversale, trattato anche dai giusprivatisti; per quanto gli studi di diritto privato comparato di carattere generale abbiano costantemente trattato di fonti del diritto praticamente fin dalle origini, questo è avvenuto nell'ambito di una riflessione più ampia, che guardava alla costruzione delle famiglie giuridiche, all'interno delle quali i riferimenti alle fonti e talora al loro sistema, rappresentava solo uno degli elementi da considerare in uno schema ricostruttivo più generale⁵, che tradizionalmente si colloca in una prospettiva eurocentrica, nella quale vengono marginalizzate le tradizioni giuridiche altre rispetto a quella occidentale.

Peraltro, secondo quanto ribadiremo anche più avanti, se l'oggetto della riflessione è il medesimo per tutti i comparatisti, per gli studiosi di formazione pubblicistica lo studio delle fonti, in quanto inesorabilmente e strutturalmente collegate e dipendenti dai caratteri e dalle dinamiche delle forme (e dei tipi) di stato e delle forme di governo presenta evidenti profili di specialità, tali da richiedere l'impiego di metodologie non del tutto coincidenti. Si pone a questo proposito un nodo teorico di rilievo, che non abbiamo certo la pretesa di affrontare e tanto meno di risolvere in questa sede, che concerne lo statuto disciplinare della comparazione in ambito pubblicistico. La questione è affrontata in questo convegno, anche se ad altri fini, da Alessandra Di Martino⁶, la quale, richiamando una risalente ma ancora attuale riflessione di AP⁷, richiama alcune peculiarità non trascurabili,

⁵ Per esemplificare ci limitiamo al richiamo di soltanto due dei comparatisti classici, più noti e originali nella loro riflessione; R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1964, includeva le fonti tra le quattro invarianti (insieme alla formazione storica del sistema, alla struttura del diritto ed all'ideologia sottostante) utilizzate per la costruzione e lo studio delle diverse famiglie individuate; mentre per K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1982, 82 ss., le fonti (ed i metodi utilizzati per la loro interpretazione) sono uno dei cinque elementi (con quelli dell'evoluzione storica, della mentalità giuridica, dell'esistenza di istituti giuridici particolari e dell'ideologia) che concorrono a definire lo stile giuridico di un determinato sistema.

⁶ A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, *infra*, 743 ss., cui si rinvia integralmente.

⁷ A. Pizzorusso, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 61 ss.; a questa citazione possiamo aggiungere la trascrizione della tavola rotonda in AA.VV., *Il grande abisso tra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato*, Seminario di studio sul diritto comparato, Roma, 1° aprile 2000, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2000, 65 ss. Si tratta di un dibattito risalente ad oltre venti anni fa, per alcuni versi ancora attuale ma che meriterebbe oggi un supplemento di riflessione.

riconducibili alle finalità principali che l'approccio del privatista da una parte e del costituzionalista dall'altra devono perseguire. In quell'intervento, il Maestro, ripercorrendo le diverse tradizioni della comparazione privatistica da quella pubblicistica e della diversa conformazione delle rispettive fonti, precisa come nel campo del diritto pubblico difficilmente la comparazione per istituti difficilmente può dare dei buoni risultati se non è preceduta o accompagnata da un'analisi storica e politologica che consenta di stabilire quali siano i rapporti tra i diversi sistemi giuridici concretamente operanti. Entrambi gli approcci, quindi, offrono un'esposizione incompleta della realtà che intendono rappresentare quando si rivolgono allo studio di temi specifici, diversamente da quanto accade (dovrebbe accadere) per gli approfondimenti di carattere teorico, sul metodo, sui presupposti e sulle finalità della comparazione, che necessitano un superamento della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico.

La ricordata carenza di approfondimento nello studio delle fonti del diritto, trova certo delle giustificazioni dovute in primo luogo all'elevato coefficiente di difficoltà che si registra nello studio comparato delle fonti del diritto, che, se vogliono aspirare al perseguimento di una qualche completezza, devono considerare e mettere a confronto esperienze tra loro molto eterogenee, in quanto espressione di culture e tradizioni giuridiche tra loro molto diverse e lontane nel tempo e nello spazio. Anche se la riflessione viene circoscritta alle sole esperienze contemporanee o che, comunque, sono sopravvissute fino ai giorni nostri secondo quanto possiamo riconoscere in alcuni casi ai tipi di regole prodotti nell'ambito della tradizione ctonia, i fenomeni da considerare sono molteplici, multiformi e, talora, di non facile comprensione.

Ciascuna tradizione giuridica contemporanea, presenta infatti caratteristiche peculiari ed un proprio sistema di fonti o modalità di produzione normativa molto diverse tra loro, rendendo difficile la stessa enunciazione di un concetto di fonte del diritto cui riconoscere una portata tendenzialmente universale e condivisa. Ne sono una testimonianza le stesse difficoltà terminologiche risultanti dalle riflessioni macrocomparatistiche, che mettono in luce la non sovrapponibilità di concetti quali quelli di fonte del diritto (che riflette un tipo di approccio tecnico giuridico), di radice (come nella tradizione islamica) o di formante, che andando oltre la nozione di fonte in senso stretto, valorizza maggiormente i profili dell'effettività del fenomeno giuridico considerato nel suo complesso.

È quasi un'ovvietà, quindi, riconoscere che le regole di condotta e le forme della loro produzione costituiscono l'essenza stessa del fenomeno giuridico all'interno di qualsiasi sistema/ordinamento, ma la loro eterogeneità rende estremamente complessa l'opera di sistematizzazione e di razionalizzazione della materia. Una difficoltà, peraltro, già a suo tempo evidenziata da René David, nella trattazione comparata sulle fonti più conosciute e che ha senza alcun dubbio beneficiato di una circolazione

particolarmente diffusa e capillare⁸; David, infatti, individuava le ragioni principali di queste difficoltà nelle specificità proprie di ciascun sistema, per la molteplicità di concezioni sottostanti e di organizzazioni che ne derivano, non riconducibili solo al diritto positivo. A questo si aggiunge, poi, la dinamicità che caratterizza questi fenomeni, sui quali esercita un peso rilevante lo stesso principio di effettività⁹. A distanza di quasi quaranta anni dalla ricostruzione del grande comparatista transalpino, gli elementi complessità si sono accentuati, soprattutto in ragione dell'accresciuto disallineamento tra fonti del diritto e ordinamenti statali e della moltiplicazione dei centri di produzione, alcuni dei quali di non facile identificazione.

Il tentativo che questo convegno ha cercato di realizzare è andato nella direzione di offrire un contributo volto a colmare, anche se solo in parte, come avremo modo di precisare, questa lacuna. Certamente la pluralità di voci, per quanto coordinate tra loro, che caratterizza gli eventi congressuali non può dare corpo ad una ricostruzione organica e sistematica paragonabile a quella che caratterizza gli studi condotti individualmente, ma crediamo che il contributo offerto sia comunque da non trascurare anche sotto questo profilo.

Il secondo motivo che ci ha orientato nella scelta del tema è quello di rendere omaggio ad Alessandro Pizzorusso (da qui AP o Maestro), cui questo convegno è dedicato, in quella che avrebbe dovuto essere la ricorrenza dei cinque anni dalla sua scomparsa. E questo per una ragione ben precisa, non legata soltanto allo svolgimento di questo evento a Pisa: AP è stato fino ad oggi lo studioso che in Italia ha avviato e fornito il contributo maggiore alla riflessione comparata nello studio delle fonti del diritto, secondo quanto gli viene riconosciuto dallo stesso Lucio Pegoraro nella sua relazione conclusiva¹⁰, dalla quale si ricava il carattere imprescindibile del pensiero del Maestro. Questo ha quindi giustificato che alla riflessione di AP, che si è protratta per quasi mezzo secolo, venisse dedicata una delle relazioni principali, anzi la relazione introduttiva di questo convegno, affidata ad uno dei suoi ultimi allievi, Giuseppe Martinico¹¹. A questa relazione, completa nei

⁸ R. David, *Sources of Law*, in *Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, capp 3, Tubingen, 1984, 7 ss.

⁹ R. David, cit. 8 e 204.

¹⁰ L. Pegoraro, *Relazione finale. Iper-costituzione, decostruzione della Stufenbau e nuovi criteri legittimativi del diritto*, *infra*, 877 ss., spec. Parte II, § 4, ove l'A., pur muovendo dal proprio impianto critico, definisce quello di Pizzorusso «il solo volume» italiano capace di proporre, sulla base della legittimazione del potere, una classificazione sistematica delle forme di produzione giuridica sganciata dall'eurocentrismo, dichiarando altresì di volerne sostanzialmente mantenere l'impianto categoriale.

¹¹ G. Martinico, *Comparazione giuridica e forme di produzione normativa nel pensiero di Alessandro Pizzorusso*, *infra*, 3 ss., ove l'A. sviluppa la propria analisi lungo quattro direttrici tra loro connesse: il rapporto tra comparazione giuridica e studio delle fonti, il diritto transnazionale, l'ibridazione giuridica e il *soft law*, il diritto costituzionale europeo e le tradizioni costituzionali

suoi riferimenti e del tutto adeguata per la piena comprensione del pensiero del Maestro, si rinvia interamente, non prima di avere ricordato come i meriti di AP nello studio delle fonti siano stati molteplici, a partire dalla rivendicazione, insieme a pochi altri studiosi dell'epoca¹², dell'appartenenza del tema al settore degli studi pubblicistici e del diritto costituzionale (per effetto dell'esistenza di una costituzione rigida operante come fonte sulla produzione normativa), rispetto ad una tradizione precedente che, muovendo dalle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 aveva creato un monopolio in ambito privatistico¹³. Il contributo a mio avviso maggiore è stato tuttavia quello di proporre un'analisi dei sistemi delle fonti, unico in Italia in quel periodo, che tenesse conto anche della prospettiva comparata¹⁴; e questo, non soltanto, come ricorda molto bene Martinico, per sprovvincializzare i nostri studi, ma altresì per favorire una rilettura complessiva di questi fenomeni con una lente diversa, non limitata ai soli confini nazionali, peraltro in una fase storica (gli anni '70 e '80 del Novecento) nella quale il fenomeno giuridico iniziava ad abbandonare la sua dimensione esclusivamente statuale per effetto dei processi di integrazione sovranazionale già avviati e dei primi sintomi legati a quei fenomeni di globalizzazione che sarebbero poi esplosi nei decenni successivi. L'impostazione adottata nel *Corso di diritto comparato* del 1982¹⁵, adottato come manuale del corso di Sistemi giuridici comparati della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze è assolutamente innovativa; partendo dal riconoscimento della multiformità e della grande eterogeneità delle forme e dei processi di produzione normativa, sia che essi derivino da disposizioni testuali piuttosto che da modelli di comportamento e dal riconoscimento del valore strumentalmente sovraordinato delle "norme sulle fonti", si perviene ad una sistematizzazione che utilizza un numero limitato di categorie generali cui fare riferimento. Perfezionando la bipartizione precedentemente elaborata tra fonti politiche e fonti culturali¹⁶, con la quale

comuni. Le prime due sono in parte riprese, sia pure con accenti diversi, nel prosieguito di questa prefazione.

¹² Ricordo solo il contributo di V. Crisafulli, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2° ed., vol. II, Padova, 1974; nonché, ID., voce *Fonti del diritto (dir. cost.)*, vol. XVII, Milano, 1969, 964 ss.

¹³ Un'operazione decisamente riuscita, come dimostrato dall'opera su: *Fonti del diritto*, in Commentario Scialoja-Branca del Codice civile, Zanichelli il Foro Italiano, Bologna Roma, 1977.

¹⁴ Per la rivendicazione dell'originalità di questo metodo, disarmonico rispetto alla nostra tradizione nazionale, v. *Comparazione giuridica e fonti del diritto*, in AP., *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, 42 ss.

¹⁵ Tale impostazione viene successivamente ripresa, senza innovazioni di carattere sostanziale, nel più noto manuale, edito da Giuffrè, di *Sistemi giuridici comparati*, nelle due edizioni del 1993 e del 1998; è proprio quest'ultimo il testo solitamente citato dalla letteratura successiva in argomento, nonostante l'elaborazione originaria sia precedente di oltre un decennio.

¹⁶ AP, *Fonti «politiche» e fonti «culturali» del diritto*, in *Studi in onore di Liebman*, Milano, 1979, I, 237 ss.

si era segnato il distacco da un'impostazione metodologica di tipo dogmatico e strettamente positivista e si era evidenziata la maggiore complessità del fenomeno giuridico anche negli ordinamenti di *civil law*, in quanto non riconducibile al solo diritto legislativo (con le limitate appendici delle norme regolamentari e degli usi), per inquadrare e raggruppare in base alle loro caratteristiche le principali fonti utilizzate nell'epoca contemporanea, si utilizza quale unico criterio ordinatore quello del criterio di giustificazione della potestà normativa esercitata, che attiene, altresì, al loro processo di formazione, o più correttamente, della loro diversa origine e che costituisce al contempo il fondamento della loro legittimazione.

La tassonomia risultante arriva quindi a tracciare quella pentadistinzione tra fonti politiche giurisprudenziali, consuetudinarie, divine e convenzionali, nota al punto da non richiedere ulteriori specificazioni e ancora oggi largamente utilizzata quale tavola di riferimento per le riflessioni in materia: si pensi alle pagine manualistiche ad essa dedicate da Lucio Pegoraro¹⁷ e, successivamente riprese anche da altri per finalità precipuamente didattiche¹⁸.

Può sembrare un caso, ma sicuramente non lo è, che l'elaborazione proposta da AP sia temporalmente coeva rispetto ad altre, che presentano impostazioni moto simili. Nella prima metà degli anni '80 del secolo scorso vede la luce, infatti, anche la già ricordata opera di David (del 1984, ma sintesi di una precedente riflessione ultradecennale)¹⁹ e qualche anno dopo quella di Jacques Vanderlinden²⁰, che utilizzano un metodo simile e pervengono a conclusioni in larga misura coincidenti. In linea generale possiamo riconoscere, ad esempio, una comune impostazione che muove dalle esperienze proprie della tradizione giuridica occidentale (peraltro meno accentuata nel lavoro di Vanderlinden), nella consapevolezza che è più facile trattare gli argomenti meglio conosciuti, anche se poi non viene trascurata l'analisi delle fonti risultante da altre culture ed esperienze giuridiche²¹.

¹⁷ V. in particolare, L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino 2017, 163 ss.

¹⁸ Il riferimento è a F. Palermo, *La produzione giuridica e i sistemi sulle fonti*, in P. Carrozza – A. Di Giovine – G. F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*², Bari – Roma, 2014, 956; successivamente, A. Algostino, *Le fonti del diritto*, in A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017, 131 ss., con espresso richiamo all'opera di Pizzorusso.

¹⁹ Cfr. R. David, *Sources of Law*, cit., *passim*, studioso che Pizzorusso conosceva molto bene e che apprezzava, dal cui pensiero è stato certamente influenzato, secondo quanto posso riferire anche come testimone diretto. Del resto, le idee, come ancor più dei modelli giuridici sono oggetto di diffusa circolazione, venendo poi adattate sulla base delle conoscenze e della sensibilità di ogni singolo studioso.

²⁰ J. Vanderlinden, *Comparer le droits*, Viegen, 1995, in un'opera di grande respiro la cui lettura è imprescindibile per la formazione di un comparatista.

²¹ Lo stesso AP, Corso cit., 200, osserva come nonostante la diversa importanza delle fonti enucleate anche sotto il profilo quantitativo, la prospettiva della macrocomparazione, diversamente da quanto accade allorché vengono studiati i singoli ordinamenti positivi,

Si segnalano, tuttavia, alcuni elementi di diversità non trascurabili; l'impostazione di David ha un andamento più descrittivo, con la sostanziale rinuncia ad elaborare una classificazione di tipo funzionale; diversi sono poi i tipi di fonte enucleati: le fonti costituzionali sono trattate separatamente da quelle legislative e da quelle amministrative e contrattuali (considerate insieme), mentre quelle di matrice dottrinarie sono distinte dalle decisioni delle corti. Manca invece un riferimento alle fonti convenzionali, probabilmente per la prevalente sensibilità privatistica propria di David. Infine, si conferisce un rilievo autonomo al diritto internazionale ed a quello sovranazionale, anticipando in qualche modo gli sviluppi successivi. In effetti, questa impostazione denota come siano privilegiati gli elementi che tradizionalmente sono stati utilizzati per lo studio delle fonti in ambito privatistico (in particolare, applicazione, interpretazione ed abrogazione delle norme), con esclusione di elementi rilevanti quali quelli che attengono ai rispettivi processi di formazione, strutturalmente collegati con l'organizzazione costituzionale e le dinamiche delle forme di governo.

Anche nell'opera di Vanderlinden, poi, le tipologie enucleate sono solo cinque, come in quella di AP, ma si registra ancora l'assenza di riferimenti al diritto convenzionale, mentre i sistemi a prevalenza dottrinale sono trattati separatamente da quelli giurisprudenziali, in un quadro complessivo che dedica grande attenzione al *droit coutumier*, quale esito della forte sensibilità antropologica di questo studioso.

Una breve notazione metodologica; AP utilizza, applicandola all'analisi delle fonti del diritto, la metodologia propria della comparazione pubblicistica, da lui stesso teorizzata in via generale²², una metodologia fino ad allora praticata in via quasi esclusiva soltanto per lo studio delle forme di stato e di quelle di governo. Così, si procede ad un'opera di catalogazione dei molteplici atti o fatti che sono stati e continuano ad essere utilizzati per produrre regole giuridiche (in una prospettiva che è al contempo diacronica e sincronica) nell'ambito della pressoché totalità delle esperienze che è possibile individuare e conoscere, al fine di elaborare un numero limitato di modelli generali, ciascuno dei quali funge da contenitore di tutti i fenomeni normativi che si contraddistinguono sulla base di una legittimazione coincidente o simile. Questi modelli, quindi, costituiscono, quindi, una forma di razionalizzazione dei dati forniti dalle diverse esperienze prese in esame, combinando il metodo induttivo (nel momento in cui si individuano i modelli sulla base delle indagini compiute) e metodo deduttivo (che consente di ricavare da quei modelli stessi, delle indicazioni da applicare in concreto tornando ad esaminare i dati offerti dalle esperienze). Certamente rimane discusso il valore che può essere attribuito a questi modelli ed alle indicazioni

richiede che il fenomeno della produzione giuridica nelle sue diverse forme sia trattato riconoscendo ad esse il medesimo rilievo.

²² AP, *Sistemi Giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1998, 181-182; G.U. Rescigno, voce *Forme di stato e forme di governo (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, n. 1.4.

che da essi sono desumibili; oltre alla valenza descrittiva ed euristica, in questo caso ci pare di poter sostenere che in misura maggiore di quanto sia possibile per le forme di stato e di governo, queste categorie possiedano anche un valore prescrittivo, essendo fondate su elementi che hanno natura prettamente giuridica²³.

3. L'impostazione del convegno

La stessa struttura di questo convegno è largamente debitrice di quella impostazione e delle idee che AP ha progressivamente maturato con riguardo ad altri profili. A questo riguardo si è ritenuto di poter adottare una visione strabica: per un verso si è ritenuto necessario trattare alcuni temi seguendo l'impostazione classica, in qualche misura ancora ancorata al sistema vestfaliano; per altro verso si è favorito un superamento di quei confini imposti dalla tradizione storica, per affrontare le questioni principali poste dai processi di integrazione sovranazionale e di globalizzazione, soprattutto economica, che hanno rappresentato il principale elemento di novità che si è manifestato negli ultimi decenni, con un impatto determinante sui sistemi nazionali delle fonti, per i quali è stato necessario rivedere alcuni paradigmi consolidati. Questa visione credo sia adeguatamente esplicitata dal titolo del convegno, che richiama il superamento dello schema vestfaliano, ancoraggio storico che ha rappresentato un punto di riferimento anche dell'originaria riflessione del Maestro, che, successivamente ne ha saputo cogliere gli evidenti segnali di crisi e le conseguenze che ne sono derivate in termini di "attenuazione della pratica funzionalità del sistema vestfalia". Si tratta, peraltro, di due piani d'indagine non separati ma intrecciati tra loro, secondo uno schema che acquista una struttura reticolare, con una serie di vasi comunicanti che si alimentano a vicenda.

Le questioni più tradizionali, almeno per come sono state declinate in questa sede, muovono dal legame storicamente sussistente e non ancora superato tra fonti del diritto da una parte, forme (e tipi) di stato e forme di governo dall'altra, riconducibile alla distinzione classica tra fonti in senso oggettivo (gli atti ed i fatti produttivi di norme giuridiche) e fonti in senso soggettivo (gli organi e più in generale i soggetti titolari del potere di produzione)²⁴. Come ampiamente noto la corrispondenza tra questi due piani non è perfetta, acquistando un valore solo tendenziale, ma già questo consente di conferire sistematicità allo studio della materia, potendosene

²³ Adattando quanto sostenuto da A. Pizzorusso, op. loc. cit., a proposito delle forme di governo, va precisato cosa si intenda, in questo contesto, per prescrittività del modello; ciò significa che, una volta individuati in via di elaborazione teorica, le caratteristiche tipiche di una categoria generale di fonte del diritto, può legittimamente presumersi, quantomeno fino a prova in contrario, che una specifica fonte riconducibile a tale modello debba integrare tali caratteristiche e non possa assumerne di diverse. Il modello, in definitiva, individua dei confini che non possono essere superate dalle concrete esperienze ad esso riconducibili.

²⁴ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

opportunamente separare i diversi i diversi profili sulla base degli elementi più rilevanti, quali il carattere pluralista (non solo in senso territoriale) della forma di stato, le applicazioni del principio dello stato di diritto, il rapporto tra principio di gerarchia e graduazione dell'autorità dei pubblici poteri in relazione al tasso di rappresentatività che li connota²⁵.

La seconda linea di direzione in cui si è mosso il convegno guarda invece ai fenomeni che non inquadrabili nello schema precedente e che hanno contribuito a far saltare, anche se solo in parte. Si tratta, come già anticipato, dell'affermazione di ordinamenti giuridici sovranazionali e/o transnazionali, costruiti in base ad accordi di diritto internazionale (come per le organizzazioni a carattere regionale/continentale), o, talora, in forma spontanea, secondo un modello di matrice prevalentemente contrattuale, per rispondere ad esigenze o interessi diffusi o di singoli gruppi, per i quali la denominazione più ricorrente è quella di diritto transnazionale. Anche di questo fenomeno AP si è occupato, in particolare negli ultimi anni della sua attività scientifica, con una riflessione in chiave problematica che ha preso corpo almeno a partire dal volume su *“La produzione normativa in tempi di globalizzazione”*, pubblicato con Giappichelli nel 2008. Senza entrare nel dettaglio di questa ricostruzione, sviluppata anche successivamente²⁶, si ribadisce come questa evoluzione abbia determinato l'attuazione della funzionalità del sistema vestfalia, con un affievolimento dei poteri ricondotti alla nozione di sovranità, sia interna che internazionale, oltre ad un forte indebolimento del vincolo tra cittadini e stati, con una maggiore permeabilità città dei confini territoriali, senza che per questo si sia prodotto un ordinamento giuridico cosmopolitico, con una soggezione adesso di tutti gli esseri umani. Al contrario, il fenomeno descritto ha determinato un'accentuazione del pluralismo giuridico a tutti i livelli, sia all'interno degli stati e delle rispettive società civili, sia nelle relazioni di diritto internazionale, per così dire tradizionale, sia per la costruzione di quegli ordinamenti atipici rispetto ai quali la definizione di transnazionale esprime l'idea che non sono collocabili in nessuno dei due livelli precedenti e che hanno contribuito ad attenuare fortemente la portata della distinzione tra *hard law* e *soft law*, con il riconoscimento che gli atti e i fatti riconducibili a quest'ultima categoria sono dotati di una capacità di utilizzazione almeno in sede applicativa del diritto, fungendo talora da strumenti di interpretazione delle stesse regole di diritto hard.

Un'ultima considerazione generale; alla luce di questi passaggi epocali ci dobbiamo domandare se le categorie di fonti proposte da Pizzorusso ormai quaranta anni orsono e la distinzione tra fonti consuetudinarie, divine, giurisprudenziali, convenzionali e politiche resti ancora valida o sia stata superata dal tempo ed emerga, quindi, la necessità di un suo

²⁵ AP, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quaderni cost.*, 1986, 217, ss.

²⁶ AP, *Fonti del diritto*, 2^a ed., in Commentario Scialoja-Branca del Codice civile, Zanichelli, Bologna, 2011.

aggiornamento²⁷.

Mi pare di dover riconoscere che l'esito della riflessione di queste tre giornate di lavoro propenda per una risposta affermativa. Le fonti di produzione, intese come contenitori generali, restano sempre le stesse, non essendone emerse di nuove da aggiungere al catalogo; semmai, si deve procedere ad una rivisitazione dei contenuti, essendo emerse più di recente forse di produzione normativa prima inesistenti o allo stato ancora latente e come tali difficilmente percepibili, secondo quanto dimostrato, in particolare, dalle relazioni presentate nella sessione dedicata a "Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione.

Per esemplificare, dobbiamo così riconoscere come proprio la nozione di diritto transnazionale sia profondamente mutata rispetto a quella utilizzata da AP nel 1982, epoca nella quale il fenomeno assumeva contorni ancora marginali. Oggi la sua collocazione all'interno delle fonti giurisprudenziali appare ormai insufficiente, in considerazione della natura eterogenea degli ordinamenti transnazionali, che si riverbera sul tipo di regole prodotte. La multiformità di queste ultime rende quindi impossibile un loro incasellamento unitario, potendo essere ascritte, a secondo della loro origine sia alle fonti giurisprudenziali (quando sono il prodotto di procedimenti di natura razionale (quali la soluzione di controversie o la creazione di esperti quali le *law firms*), sia a quelle convenzionali (e forse il gruppo più numeroso assume una sostanza contrattuale), sia, infine, a fonti consuetudinarie quando si rileva l'esistenza dei requisiti di questa categoria di fonti. Certo, non si potrà mai parlare di forme di diritto divino o politico, difettando negli ordinamenti transnazionali autorità che possiedono una legittimazione trascendente piuttosto che rappresentativa²⁸.

4. Le sessioni principali del convegno

Oltre alla sessione introduttiva, che, come abbiamo già ricordato, era funzionale ad una ricostruzione accurata del pensiero di AP, il convegno si è articolato in quattro sessioni principali e cinque sessioni parallele. Le prime due, che hanno visto il coinvolgimento di sedici relatori, sono state impostate seguendo un'impostazione tradizionale, che cala i tipi di fonte considerati in base alla loro legittimazione in uno schema che le pone in relazione prima con le forme di stato e poi con le forme di governo, considerato anche sotto il profilo dinamico. La terza e la quarta sessione, invece, si spostano dal piano dello stato nazionale, per affrontare la dimensione offerta dai processi di

²⁷ Devo annotare che quasi tutti i relatori intervenuti hanno richiamato e talora discusso lavori di AP; complessivamente il Maestro è stato citato 112 volte, senza considerare la relazione introduttiva di Martinico.

²⁸ Su questo punto ci permettiamo di rinviare a R. Tarchi, *Diritto transnazionale o diritti transnazionali? Il carattere enigmatico di una categoria giuridica debole ancora alla ricerca di un proprio statuto*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2021, 15.

integrazione sovranazionale e dei diritti prodotti dalla globalizzazione e dagli ordinamenti transnazionali.

L'inquadramento e le connessioni tra i sistemi delle fonti da un lato e la tipologia delle forme di stato e delle governo è stata declinata in senso ampio, con riferimenti non solo alle questioni più tradizionali e scontate (quali le connessioni tra stato democratico-costituzionale da un lato e delle relazioni tra organi di vertice delle organizzazioni statuali in relazione alla relativa distribuzione dei poteri normativi), ma altresì a fenomeni relativamente nuovi ma ormai di grande rilievo, quali, ad esempio, il rapporto tra i processi di produzione di regole e le influenze derivanti dalle conoscenze e tecnico-scientifiche, o ancora, tendendo conto del carattere multiculturale che molte società dell'occidente europeo stanno rapidamente acquistando, con le conseguenze che ne derivano in termini emersione di nuovi diritti di matrice sociale.

Ciascuna delle sessioni, quindi, si è articolata, quindi, in quattro distinte relazioni, ciascuna delle quali ha affrontato questi diversi profili.

4.1. Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di stato

La prima sessione, dedicata a *Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di Stato*, coordinata da Tommaso E. Frosini, si è articolata intorno a quattro relazioni che, pur muovendo da oggetti assai diversi – il potere costituente, il pluralismo territoriale, il precedente giudiziario e il pluralismo religioso –, possono essere lette come altrettante declinazioni di un medesimo problema: la crescente difficoltà di ricondurre i processi contemporanei di produzione normativa entro lo schema unitario dello Stato sovrano e del suo tradizionale sistema delle fonti. Ciò non significa, naturalmente, che venga meno il rapporto tra fonti e forma di Stato; al contrario, i contributi mostrano come proprio le trasformazioni della seconda si riflettano direttamente sulle prime, rendendone più complessa l'articolazione e più incerti i confini.

La relazione di Paolo Bianchi sul *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo*²⁹ prende le mosse dalla formazione del costituzionalismo del secondo dopoguerra, inserita in un ordine internazionale nel quale gli Stati, pur continuando a costituire i soggetti fondamentali della vita politica e giuridica, si trovano progressivamente inseriti in sistemi di vincoli esterni capaci di condizionarne anche le scelte fondamentali. In questo quadro il problema del potere costituente viene sottoposto a una significativa revisione. La sua tradizionale rappresentazione come potere originario, libero e illimitato incontra infatti, almeno nelle democrazie occidentali, il patrimonio ormai consolidato dei diritti, delle garanzie e dei principi dello Stato costituzionale, che tende a costituire un limite sostanziale anche per l'esercizio di una potestà formalmente costituente. Da qui l'interrogativo, ripreso anche attraverso la riflessione di Häberle, sulla stessa persistente configurabilità di un potere

²⁹ P. Bianchi, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, infra, 43 ss.

costituente nel suo significato classico e sulla progressiva attenuazione della distinzione fra questo e il potere di revisione costituzionale³⁰.

La questione, tuttavia, non si esaurisce sul terreno dei limiti giuridici alla decisione costituente. Il passaggio forse più significativo della relazione riguarda la trasformazione del contesto nel quale il costituzionalismo è chiamato a operare. La tradizionale rappresentazione pluralistica dello Stato democratico presupponeva comunque l'esistenza di una comunità politica territorialmente definita e di un ordinamento capace di disciplinare le modalità attraverso le quali i diversi interessi presenti nella società entravano in relazione tra loro. È proprio questo presupposto ad apparire oggi meno saldo. Secondo Bianchi, non vi è più necessariamente un unico corpo sociale né un unico spazio giuridico entro il quale possano essere ricondotti tutti i rapporti di potere; soprattutto, la tradizionale dialettica tra Stato e individuo non è più sufficiente a rappresentare situazioni nelle quali soggetti privati globali, a cominciare dalle grandi imprese transnazionali e dalle piattaforme digitali, dispongono di poteri economici, informativi e regolativi che possono assumere dimensioni comparabili a quelle proprie delle autorità pubbliche³¹.

Da questo punto di vista, la crisi dello schema vestfaliano non coincide semplicemente con una riduzione quantitativa della sovranità statale, ma investe più profondamente il rapporto fra costituzione, territorio, potere e produzione normativa. La costituzione nazionale non cessa di essere la fonte apicale dell'ordinamento statale, ma non è più necessariamente in grado di ricondurre entro il proprio spazio regolativo tutti i centri nei quali si esercitano poteri sostanzialmente normativi. Proprio per questo il problema delle fonti tende a sovrapporsi a quello, più generale, dell'individuazione dei soggetti effettivamente capaci di produrre regole e di influenzarne l'applicazione.

Una seconda manifestazione dello stesso fenomeno emerge dalla relazione di Anna Margherita Russo, dedicata al *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti*³². Qui la pluralizzazione dei centri di produzione assume una dimensione

³⁰ Sul progressivo indebolimento della concezione del potere costituente come potere originario assolutamente libero e sulla prospettiva della sua possibile «fine», anche alla luce della riflessione di P. Häberle, v. P. Bianchi, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo*, cit., spec. la parte dedicata a *La fine del potere costituente?* Bianchi osserva come, nella prospettiva häberliana, il potere costituente risulti ormai inserito in un patrimonio culturale e costituzionale acquisito, con conseguente avvicinamento fra potere costituente e potere di revisione.

³¹ P. Bianchi, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo*, cit., conclusivamente, ove si sottolinea l'insufficienza della tradizionale dialettica Stato-individuo di fronte alla presenza di imprese globali e altri soggetti privati dotati di poteri sostanzialmente assimilabili a quelli statuali.

³² A.M. Russo, *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti*, infra, 131 ss.

propriamente territoriale. Il punto di partenza è il superamento di una concezione dell'ordinamento fondata su unità, coerenza e completezza intese come qualità originarie e necessarie del sistema: in presenza di una pluralità di livelli di governo e di ordinamenti sovrapposti, tali caratteri appaiono piuttosto come risultati da costruire *ex post* attraverso strumenti di raccordo, coordinamento e composizione.

Negli Stati federali e regionali, soprattutto quando inseriti a loro volta in processi di integrazione sovranazionale, il sistema delle fonti assume così una conformazione reticolare: alla distribuzione verticale delle competenze legislative si aggiungono forme di interferenza, sovrapposizione e cooperazione che rendono sempre meno efficace una lettura costruita esclusivamente sulle sfere materiali di competenza. Russo coglie efficacemente questo dato quando richiama il sistema pluralistico delle fonti come «disciplina della polifonia delle società moderne»: il pluralismo sociale e politico trova il proprio riflesso giuridico nella moltiplicazione dei soggetti e dei livelli ai quali viene riconosciuta capacità normativa³³.

In tale quadro, il criterio della separazione tende a perdere parte della propria capacità ordinante e cresce, correlativamente, l'importanza delle tecniche di cooperazione. Le inevitabili sovrapposizioni tra livelli di governo non possono essere risolte soltanto mediante l'intervento delle corti costituzionali, ma richiedono strutture permanenti di coordinamento politico e interistituzionale. La stessa efficienza dei sistemi composti dipende quindi meno dalla precisione formale con la quale siano state enumerate le competenze e maggiormente dalla qualità delle relazioni che si stabiliscono tra i diversi livelli. L'esperienza dell'emergenza pandemica, ampiamente considerata nella relazione, conferma e accentua queste tendenze: se da un lato le crisi favoriscono fisiologicamente processi di accentramento, dall'altro gli enti territoriali possono esercitare una funzione di contropotere rispetto alla concentrazione delle decisioni negli esecutivi centrali, sicché il pluralismo territoriale conserva anche una specifica funzione garantistica³⁴.

Su un piano differente, ma riconducibile alla medesima trasformazione, si colloca la relazione di Andrea Pin su *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*³⁵. In questo caso il problema della pluralizzazione delle fonti riguarda la crescente rilevanza del formante giurisprudenziale e, più precisamente, il rapporto tra precedente, certezza del diritto ed evoluzione

³³ A.M. Russo, *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale*, cit., ove il crescente pluralismo delle fonti negli Stati composti viene ricondotto alla distribuzione verticale del potere normativo e alla sovrapposizione dei diversi livelli istituzionali; particolarmente efficace il richiamo al sistema delle fonti come «disciplina della polifonia delle società moderne».

³⁴ Ivi, sulla crisi della separazione rigida delle competenze e sulla crescente centralità delle forme di coordinamento interistituzionale e intergovernativo; per l'esperienza pandemica, v. in particolare le conclusioni, nelle quali gli enti territoriali sono considerati anche quali possibili «contropoteri» rispetto allo sbilanciamento governativo determinato dall'emergenza e il pluralismo territoriale viene posto in relazione con la stessa tenuta del costituzionalismo.

³⁵ A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, infra, 67 ss.

dell'ordinamento. La prospettiva comparata consente a Pin di evitare una lettura troppo semplice della progressiva convergenza fra *common law* e *civil law*. Il precedente risponde certamente a esigenze comuni a qualunque ordinamento – l'uguaglianza di trattamento, la prevedibilità delle decisioni, la tutela dell'affidamento – e proprio la crisi della centralità della legge e del codice ha contribuito ad accrescerne il rilievo anche nei sistemi continentali³⁶.

Non per questo, tuttavia, vengono meno le differenze strutturali tra le due tradizioni. Nei sistemi di *common law* il precedente opera storicamente come vero limite alla discrezionalità giudiziale e come strumento di stabilizzazione dell'ordinamento; nei sistemi di *civil law*, invece, il suo impiego crescente si è sviluppato soprattutto sul terreno interpretativo e dell'evoluzione giurisprudenziale del diritto. Pin mette così in guardia dall'equiparare fenomeni che restano collocati in «campi di forze» differenti. La qualificazione del precedente come fonte, ormai frequente nella dottrina continentale, coglie certamente un processo reale, ma non comporta una piena omologazione fra i due modelli.

Il punto assume particolare rilievo quando il precedente viene utilizzato non soltanto per assicurare continuità e certezza, ma come strumento di trasformazione della regola. In questa funzione evolutiva emerge inevitabilmente il problema della legittimazione del giudice a sviluppare il diritto e del confine tra interpretazione e produzione normativa. Anche negli ordinamenti di *common law*, nei quali tale funzione è tradizionalmente più riconoscibile, l'uso evolutivo del precedente incontra limiti e cautele proprio perché rischia di sovrapporsi al terreno proprio del legislatore³⁷. Ne deriva una conclusione particolarmente significativa ai fini di questa riflessione: l'accresciuto peso del formante giurisprudenziale non può essere descritto semplicemente come un trasferimento di potestà normativa dal legislatore al giudice, ma come una trasformazione più complessa dei meccanismi attraverso i quali stabilità ed evoluzione vengono composte all'interno dell'ordinamento.

Infine, la relazione di Angelo Rinella sull'*Etero-normazione di matrice religiosa nei sistemi multiculturali: la sharia in Occidente e l'impatto sul sistema*

³⁶ A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, cit., ove il rilievo del precedente viene collegato, sul piano teorico, all'uguaglianza di trattamento dei casi analoghi, alla certezza del diritto e all'affidamento; la prospettiva comparata assume particolare significato anche in relazione al declino della centralità della legge e del codice negli ordinamenti di *civil law*.

³⁷ Ivi, sulla distinzione fra funzione correttiva ed evolutiva del precedente e sui problemi di legittimazione che emergono quando lo sviluppo giurisprudenziale del diritto tende a sovrapporsi alla funzione normativa del legislatore; nelle conclusioni Pin rileva come la qualificazione del precedente in termini di fonte, pur cogliendo dinamiche effettivamente presenti nei sistemi continentali, debba essere collocata in un «campo di forze» diverso da quello proprio del *common law*.

delle fonti del diritto³⁸ sposta ulteriormente il punto di osservazione, affrontando direttamente il problema della compresenza, entro il medesimo spazio territoriale, di sistemi normativi che hanno origini e criteri di legittimazione differenti. Il pluralismo giuridico viene qui posto in relazione con il pluralismo religioso, nella misura in cui l'insediamento stabile di comunità appartenenti a tradizioni culturali diverse conduce all'applicazione, all'interno di ordinamenti occidentali, di regole che non sono state prodotte dagli organi dello Stato e che, tuttavia, possono acquistare un'effettività giuridicamente rilevante.

Particolarmente utile, ai fini della teoria delle fonti, è la ricostruzione delle diverse modalità attraverso le quali la *sharia* può entrare in rapporto con l'ordinamento statale: attraverso la scelta delle parti, le regole del diritto internazionale privato, forme di arbitrato religioso, tecniche giudiziali di *reasonable accommodation* o, ancora, mediante l'attività informale degli *Sharia Councils*. Rinella qualifica le norme sharaitiche, in alcune di queste ipotesi, come fatti normativi ai quali l'ordinamento statale può attribuire una legittimazione successiva attraverso forme di riconoscimento o di rinvio; in esperienze particolari può perfino prospettarsi la loro riconduzione alla categoria delle fonti *extra ordinem*³⁹.

Si tratta di un passaggio che si collega direttamente alla riflessione di Pizzorusso sul principio di effettività. La produzione giuridica non può essere identificata esclusivamente sulla base della sua conformità alle norme formali sulla produzione, quando regole provenienti da sistemi diversi riescano comunque a operare in maniera stabile all'interno del medesimo spazio sociale. Ciò non determina necessariamente l'incorporazione della fonte estranea nell'ordinamento statale. Possono piuttosto realizzarsi forme di interazione nelle quali sistemi differenti continuano a mantenere una propria identità, mentre la giurisdizione svolge una funzione di collegamento attraverso tecniche di interpretazione intersistemica. Rinella sottolinea, nello stesso tempo, che questa apertura non comporta la dissoluzione dell'ordinamento statale: è la stessa costituzione democratica, attraverso il riconoscimento del pluralismo, delle minoranze e della libertà della persona, a consentire e insieme delimitare tali forme di compresenza normativa⁴⁰.

³⁸ A. Rinella, *L'etero-normazione di matrice religiosa nei sistemi multiculturali: la sharia in Occidente e l'impatto sul sistema delle fonti del diritto*, infra, 207 ss.

³⁹ A. Rinella, *L'etero-normazione di matrice religiosa*, cit., sulle diverse modalità di ingresso della *sharia* negli ordinamenti occidentali e, soprattutto, sulla possibilità di qualificare le norme sharaitiche come «fatto normativo» la cui applicazione consegue, in determinate ipotesi, a un riconoscimento o rinvio dell'ordinamento dominante, con una legittimazione *ex post*; con riferimento all'esperienza greca viene altresì prospettata la possibile riconduzione alla categoria delle fonti *extra ordinem*.

⁴⁰ Ivi, conclusivamente, sulla possibilità che fonti appartenenti a sistemi normativi distinti insistano sui medesimi individui e sul medesimo spazio senza essere incorporate dall'ordinamento statale e sul conseguente sviluppo di forme di interpretazione «intersistemica»; l'affievolimento dell'esclusività del diritto statale trova, peraltro, il proprio

Considerate nel loro insieme, le quattro relazioni consentono dunque di precisare il rapporto tra sistema delle fonti e forma di Stato in termini più articolati rispetto a quelli tradizionali. Non si tratta più soltanto di individuare una corrispondenza fra un determinato modello di organizzazione politica e una specifica struttura delle fonti. Le trasformazioni dello Stato contemporaneo producono invece una pluralizzazione dei luoghi nei quali il diritto viene generato, riconosciuto e sviluppato. Il potere costituente incontra vincoli esterni e materiali che ne ridimensionano l'originaria assolutezza; il pluralismo territoriale moltiplica i livelli della decisione normativa e rende indispensabili tecniche cooperative; la giurisprudenza partecipa sempre più intensamente all'evoluzione delle regole; norme provenienti da ordinamenti religiosi e culturali distinti possono acquistare effettività all'interno dello spazio statale senza perdere necessariamente la propria autonomia.

In tutti questi casi, tuttavia, non emerge tanto la necessità di costruire nuove categorie di fonti quanto quella di ripensare i rapporti tra quelle esistenti e i criteri della loro legittimazione. Proprio sotto questo profilo la classificazione elaborata da Pizzorusso conserva una significativa capacità euristica. Le fonti politiche, giurisprudenziali, consuetudinarie, convenzionali e divine continuano a fornire una griglia utile per descrivere fenomeni molto diversi; ciò che cambia è la loro combinazione concreta, la loro capacità di interagire e, soprattutto, la possibilità che una medesima regola derivi la propria effettività dal concorso di formanti differenti. La forma di Stato contemporanea appare così sempre meno riconducibile a un modello fondato sull'esclusività di un unico centro di produzione normativa e sempre più caratterizzata da una struttura policentrica, nella quale il problema decisivo diviene quello della composizione fra ordini, poteri e legittimazioni differenti.

Questa lettura permette anche di cogliere un primo risultato generale del convegno: la crisi del monopolio statale sulla produzione del diritto non coincide con la scomparsa dello Stato, né con il venir meno della costituzione come punto di riferimento dell'ordinamento. Essa segnala piuttosto il passaggio da una concezione delle fonti costruita prevalentemente sulla separazione e sulla gerarchia a una nella quale acquistano crescente importanza l'interazione, il riconoscimento, il coordinamento e l'effettività. È in questa tensione fra permanenza delle categorie e trasformazione delle loro concrete modalità operative che si colloca, probabilmente, uno degli elementi più significativi dell'attuale evoluzione dei sistemi normativi post-vestfaliani.

fondamento ultimo nella stessa costituzione democratica, quale sede del riconoscimento della persona, delle minoranze, del pluralismo e del dissenso.

4.2. Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo

Per quanto concerne le relazioni presentate nella seconda sessione, dedicata a *Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo*, possiamo muovere dalle riflessioni proposte in chiave generale dal presidente della sessione stessa, Alfonso Di Giovine⁴¹, particolarmente efficaci nell'individuare alcuni *trend* in atto da decenni, che hanno fatto registrare la perdita di centralità del diritto legislativo, accompagnata, peraltro, da una sovrapproduzione di leggi e da una polverizzazione dei loro contenuti, l'esaltazione della funzione interpretativa dei giudici e l'irresistibile ascesa del potere esecutivo quale soggetto produttore di norme, anche primarie. Ne è derivata, in termini di valore, una crescente dissociazione tra la legittimazione politica della fonte in senso soggettivo e la fonte effettivamente prodotta. Si tratta di una tendenza che la pandemia ha accelerato e reso particolarmente evidente, ma che, come concordemente mostrano le relazioni della sessione, ha origini assai più risalenti e trova nella globalizzazione e nella sovranazionalizzazione ulteriori fattori di sviluppo⁴².

Le prime due relazioni si occupano delle fonti politiche per eccellenza, quelle di produzione parlamentare e quelle che trovano la loro matrice nella potestà normativa riconosciuta ai governi e al potere esecutivo considerato nel suo complesso.

La relazione di Lucia G. Sciannella, *I Parlamenti legislatori*,⁴³ procede a una ricostruzione diacronica molto ampia, mostrando come nei sistemi costituzionali moderni e contemporanei l'estensione dei poteri legislativi dei parlamenti sia il risultato di fattori storici, giuridici, istituzionali e politici che hanno conosciuto sviluppi assai differenti nei diversi ordinamenti. La centralità della legge parlamentare, lungi dal costituire una costante della storia costituzionale, rappresenta l'esito di una determinata fase dello sviluppo dello Stato liberale e democratico, mentre le trasformazioni più recenti mostrano una progressiva erosione di quella posizione.

La crisi non si manifesta soltanto sul piano quantitativo, attraverso la crescente incidenza degli atti normativi dell'esecutivo, ma investe la stessa capacità dei parlamenti di determinare autonomamente il contenuto della legislazione. La moltiplicazione delle fonti atipiche, la presenza in alcuni ordinamenti di fonti legislative rinforzate o superlegislative, la penetrazione del diritto sovranazionale e la crescente complessità tecnica delle materie oggetto di disciplina concorrono a ridurre lo spazio nel quale la legge

⁴¹ A. Di Giovine, *Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo. Riflessioni di sintesi*, infra, 433 ss. Si tratta dell'originaria nota 33 del § 4.2.

⁴² A. Di Giovine, *Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo*, cit., che individua quale «basso continuo» delle quattro relazioni la perdita di centralità della legge, l'«irresistibile ascesa dell'esecutivo» e la «dequotazione del legislativo», fenomeni risalenti ma amplificati dalla globalizzazione e dalla sovranazionalizzazione.

⁴³ L.G. Sciannella, *I Parlamenti Legislatori*, infra, 225 ss. Nell'originaria prefazione il rinvio al contributo seguiva la nota a Di Giovine. Il volume colloca il saggio alle pp. 225 ss.

parlamentare può ancora presentarsi come espressione libera e generale della decisione politica. La Francia rappresenta, sotto questo profilo, un caso particolarmente significativo: la legge parlamentare è compressa dalla riserva regolamentare e dalle *ordonnances*, mentre gli strumenti del parlamentarismo razionalizzato rafforzano ulteriormente la capacità del Governo di controllare il procedimento legislativo.⁴⁴

La relazione non si limita, tuttavia, a registrare il declino della funzione legislativa parlamentare. La questione diviene piuttosto quella di verificare in quali forme i Parlamenti possano ridefinire la propria funzione entro processi decisionali ormai assai più complessi. Sciannella individua, tra l'altro, nella dimensione cognitiva del lavoro parlamentare uno dei terreni sui quali tale recupero può essere perseguito: la capacità dei parlamentari di proporre norme, modificare i testi governativi e controllare efficacemente l'esecutivo dipende sempre più dall'accesso autonomo a dati, conoscenze e informazioni. Ciò richiede il rafforzamento dell'istruttoria legislativa, un coinvolgimento parlamentare già nella fase preparatoria delle decisioni e un rapporto più intenso con la società civile, rispetto al quale anche le forme del *Digital Parliament* possono offrire nuove possibilità.⁴⁵ Non si tratta, dunque, di immaginare un improbabile ritorno a una nuova «età dell'oro» del parlamentarismo, quanto di ripensare le funzioni dell'assemblea rappresentativa alla luce di condizioni strutturalmente mutate.

La relazione di Matteo Nicolini, *I governi legislatori*,⁴⁶ osserva il medesimo fenomeno dal versante opposto, ma complementare. La stessa nozione di «governo legislatore» richiede, secondo l'A., di essere liberata da classificazioni eccessivamente rigide. La comparazione mostra infatti una molteplicità di strumenti attraverso i quali gli esecutivi partecipano alla produzione normativa, non tutti riconducibili alle categorie formali tradizionali. Da qui la proposta di ricorrere a una tassonomia *fuzzy*, capace di misurare la distanza fra le declamazioni del formante costituzionale e le regole operazionali che disciplinano concretamente la produzione del diritto.

La prospettiva comparata consente di constatare come il rafforzamento normativo dell'esecutivo attraversi forme di governo molto diverse. Alle tradizionali delegazioni legislative e ai poteri normativi di urgenza si affiancano le *ordonnances* francesi, gli *ukaze* russi, gli *executive*

⁴⁴ L.G. Sciannella, *I Parlamenti Legislatori*, cit.; cfr. anche A. Di Giovine, *Riflessioni di sintesi*, cit., sulla moltiplicazione delle fonti atipiche e delle leggi organiche e, con particolare riferimento alla Francia, sulla compressione della legge fra *ordonnances*, riserva regolamentare, *vote bloqué* e art. 49, comma 3, Cost.

⁴⁵ L.G. Sciannella, *I Parlamenti Legislatori*, cit., conclusivamente, sulla necessità di rafforzare la dimensione cognitiva dell'attività parlamentare, l'accesso autonomo a dati e informazioni, il coinvolgimento dei parlamentari nella preparazione dei testi e le relazioni con la società civile, anche attraverso le opportunità offerte dal *Digital Parliament*.

⁴⁶ M. Nicolini, *I governi legislatori*, infra, 287 ss. L'A. propone una classificazione comparatistica costruita attraverso tassonomie *fuzzy*, volta a individuare la collocazione operativa dei governi legislatori nei diversi quadri politico-costituzionali.

orders statunitensi e una pluralità di strumenti mediante i quali l'esecutivo interviene direttamente nella produzione di regole. Ciò conferma che il fenomeno non può essere ricondotto soltanto alla struttura parlamentare, presidenziale o semipresidenziale della forma di governo: l'espansione della normazione governativa assume ormai carattere trasversale.⁴⁷

Ancora più significativa è l'estensione soggettiva del fenomeno. Il «governo legislatore» non coincide necessariamente con il Governo inteso come organo costituzionale: la produzione normativa coinvolge ministri, amministrazioni, autorità indipendenti, esecutivi territoriali e altri soggetti che concorrono alla definizione concreta degli effetti regolativi.⁴⁸ La normazione governativa si colloca quindi entro uno spazio nel quale la distinzione fra produzione politica e amministrativa delle regole si fa meno netta e nel quale assumono crescente rilievo processi negoziali e informali che possono perfino sostituire le procedure costituzionalmente previste.

Particolarmente rilevante è, sotto questo profilo, il riferimento di Nicolini alla «democrazia immediata». La crescente centralità del Governo deriva anche dalla sua capacità di presentarsi come interlocutore diretto di una pluralità di interessi sociali che tendono ad autorappresentarsi nel processo decisionale. Ma proprio questa immediatezza espone la normazione al rischio di un'eccessiva aderenza alla contingenza: regole costruite per rispondere a esigenze particolari e mutevoli possono perdere quella capacità di stabilizzazione e di ordinamento della realtà che dovrebbe caratterizzare il diritto. La produzione normativa finisce così per «fotografare» situazioni in continuo mutamento anziché proporre modelli destinati a durare, mettendo sotto stress non soltanto le classificazioni delle fonti, ma la stessa funzione ordinante del diritto.⁴⁹

La pandemia ha rappresentato, anche in questo caso, un potente acceleratore. Il ricorso a strumenti governativi di normazione e la compressione dei tempi della decisione parlamentare hanno portato alle conseguenze più estreme una tendenza già consolidata, ponendo la questione se il Governo sia ormai destinato a stabilizzarsi nella posizione di principale produttore di norme, comprese quelle di rango primario.⁵⁰ Non si tratta,

⁴⁷ M. Nicolini, *I governi legislatori*, cit.; cfr. A. Di Giovine, *Riflessioni di sintesi*, cit., che richiama, oltre alle *ordonnances* francesi, gli *ukaze* russi e gli *executive orders* statunitensi come manifestazioni dell'incisività dei poteri normativi dell'esecutivo indipendentemente dalla forma di governo.

⁴⁸ M. Nicolini, *I governi legislatori*, cit., sulla nozione di governo legislatore «in senso ampio», comprensiva dell'amministrazione e di soggetti esterni che concorrono a definirne gli effetti normativi, incluse autorità amministrative indipendenti ed esecutivi territoriali.

⁴⁹ Ivi, conclusivamente, sui rischi derivanti dall'aderenza della produzione normativa alla contingenza e sulla conseguente perdita della «regolarità giuridica» e della capacità ordinante del diritto.

⁵⁰ Cfr. A. Di Giovine, *Riflessioni di sintesi*, cit., che riprende l'interrogativo, formulato da N. Lupo e richiamato da Sciannella, se la pandemia abbia accelerato fino alle ultime conseguenze il processo che tende a collocare stabilmente il Governo quale principale produttore di norme, anche primarie.

dunque, di un fenomeno spiegabile attraverso la sola categoria dell'emergenza: quest'ultima ha piuttosto reso visibile una trasformazione strutturale già in corso.

Un diverso versante della relazione tra fonti e forma di governo è affrontato da Francesca Rosa nel contributo *Convenzioni costituzionali, prassi, corti e novazioni legislative. Un percorso di diritto comparato fra Regno Unito e Italia*.⁵¹ La prospettiva adottata richiama direttamente il problema del «diritto muto», mostrando come nessun ordinamento possa essere compreso soltanto attraverso le proprie fonti formalizzate. Le convenzioni costituzionali costituiscono manifestazioni di un potere normativo diffuso e non autoritativo: regole politiche, spesso non verbalizzate, che integrano il sistema normativo disciplinando i comportamenti e le relazioni fra i titolari degli organi costituzionali.⁵²

La comparazione tra Regno Unito e Italia evidenzia naturalmente una profonda differenza quantitativa e qualitativa. Nell'ordinamento britannico le *conventions of the constitution* occupano uno spazio incomparabilmente maggiore, in ragione della struttura stessa della costituzione; nell'ordinamento italiano, dominato da una costituzione rigida e scritta, il loro spazio è più circoscritto. Ciò non impedisce, tuttavia, che anche nell'esperienza italiana la comprensione effettiva della forma di governo richieda di considerare il diritto vivente, le prassi degli organi costituzionali, l'attività pretoria dei Presidenti delle assemblee e le regole non scritte che governano l'azione del Governo e del Presidente della Repubblica.⁵³

Particolarmente interessante è la tensione tra natura non verbalizzata della convenzione e tendenza alla sua formalizzazione. Rosa mostra come sia in atto, soprattutto nell'area del *Commonwealth*, una sorta di «irresistibile attrazione delle convenzioni costituzionali per la scrittura», alla quale corrisponde, simmetricamente, un'attrazione delle stesse costituzioni verso le convenzioni. Ma la verbalizzazione non è neutrale: trasferire una convenzione in una fonte scritta ne modifica inevitabilmente natura e contenuto, irrigidendo una regola che traeva parte della propria funzionalità proprio dalla flessibilità.⁵⁴ Anche sotto questo profilo, pertanto, il rapporto

⁵¹ F. Rosa, *Convenzioni costituzionali, prassi, corti e novazioni legislative. Un percorso di diritto comparato fra Regno Unito e Italia*, infra, 323 ss.

⁵² F. Rosa, *Convenzioni costituzionali*, cit., che muove dalla riflessione di R. Sacco sul «diritto muto» e considera le convenzioni costituzionali come possibile manifestazione di un potere normativo diffuso e non autoritativo, sottolineando la labilità dei confini fra regola politica e regola giuridica.

⁵³ Ivi, sulla diversa funzione delle convenzioni nel Regno Unito e in Italia e sul loro carattere integrativo o suppletivo rispetto alle regole giuridiche; per l'ordinamento italiano vengono richiamati, fra l'altro, il diritto vivente, l'attività pretoria dei Presidenti d'assemblea e le regole non scritte relative al Governo e al Presidente della Repubblica.

⁵⁴ Ivi, sul dilemma della verbalizzazione delle convenzioni: la scrittura risponde a esigenze di certezza ma modifica inevitabilmente struttura e contenuto della regola; significativa la formula della «irresistibile attrazione» delle convenzioni verso la scrittura.

fra forma di governo e fonti non può essere ricostruito esclusivamente sulla base delle categorie formali: le regole effettivamente operanti si collocano in uno spazio nel quale diritto scritto, prassi politica, convenzione e intervento giurisprudenziale interagiscono continuamente.

L'ultima relazione, di Elena D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*,⁵⁵ introduce un elemento destinato ad assumere un'importanza crescente nella ricostruzione contemporanea del sistema delle fonti. La crisi della legge viene efficacemente rappresentata attraverso l'immagine della «piramide rovesciata»: una quota sempre più significativa della regolazione, anche di materie costituzionalmente rilevanti, si concentra in atti collocati ai livelli inferiori della gerarchia o addirittura difficilmente riconducibili alle categorie tradizionali – linee guida, direttive, circolari, standard e altre forme di *soft law* – nei quali la componente tecnica assume un peso determinante. Parallelamente, le fonti primarie incorporano prescrizioni tecniche estremamente dettagliate o rinviano a discipline elaborate al di fuori del circuito politico-rappresentativo.⁵⁶

D'Orlando distingue, a questo riguardo, diverse possibili configurazioni del rapporto fra politica e tecnica. In una prima ipotesi, la tecnica mantiene una funzione servente rispetto alla politica, fornendo conoscenze e strumenti utili alla decisione; in una seconda si realizza una forma di condivisione, particolarmente evidente nell'attività delle autorità amministrative indipendenti; nella terza si configura invece una vera e propria «riserva di scienza», nella quale il dato tecnico tende a vincolare o addirittura a neutralizzare la discrezionalità politica. Quest'ultima tendenza appare particolarmente evidente in settori quali il biodiritto, l'ambiente, la tutela della salute e, in prospettiva, l'intelligenza artificiale.⁵⁷

Gli strumenti attraverso i quali la tecnica penetra nella produzione normativa sono ormai molteplici. Alle tradizionali tecniche di *drafting* e di valutazione preventiva e successiva degli effetti della regolazione si aggiungono organismi parlamentari di consulenza scientifica, *fiscal councils*, autorità amministrative indipendenti, comitati tecnico-scientifici e forme di normazione tecnica o di *soft law*.⁵⁸ Il caso delle autorità indipendenti è

⁵⁵ E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, infra, 347 ss.

⁵⁶ E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit.; sul sistema delle fonti quale «piramide rovesciata», nella quale una quota rilevante della normazione è affidata a linee guida, direttive, circolari e altri atti fortemente caratterizzati dalla componente tecnica, v. anche A. Di Giovine, *Riflessioni di sintesi*, cit.

⁵⁷ E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit. La sistematizzazione distingue, in termini generali, fra tecnica al servizio della politica, ambiti di condivisione e situazioni nelle quali si configura una «riserva di scienza», con possibile prevalenza del dato tecnico sulla discrezionalità politica.

⁵⁸ Ivi, sulla tecnica legislativa, sulle valutazioni *ex ante* ed *ex post*, sugli organismi parlamentari destinati all'acquisizione di conoscenze scientifico-tecnologiche e, con particolare riferimento alle crisi economico-finanziaria e sanitaria, sugli organismi specializzati chiamati a fornire le basi conoscitive della decisione politica.

particolarmente significativo: porzioni rilevanti della regolazione vengono sottratte alla decisione politica diretta e affidate a soggetti la cui legittimazione non deriva dalla rappresentanza elettorale. Il problema della legittimazione democratica viene allora affrontato sul diverso terreno dell'*accountability*, dell'imparzialità, della trasparenza e della giustiziabilità dei loro atti, così da ricondurne comunque l'attività entro il *rule of law*.⁵⁹

La relazione evita, tuttavia, di contrapporre semplicemente democrazia e tecnocrazia. La risposta proposta è quella dell'*evidence-based rule-making*: un modello nel quale l'apporto tecnico viene integrato nel processo normativo senza sottrarre al decisore politico la responsabilità ultima della scelta. Il rafforzamento delle basi conoscitive della decisione può anzi contribuire a migliorare la qualità della normazione, ad aprire nuovi canali partecipativi e persino a recuperare una diversa centralità del Parlamento.⁶⁰ La tecnica, pertanto, non dovrebbe sostituire la politica, ma consentirle di assumere decisioni più consapevoli in contesti caratterizzati da una complessità che gli strumenti tradizionali della produzione legislativa non sono più in grado di governare autonomamente.

Considerate congiuntamente, le quattro relazioni consentono di cogliere una trasformazione della forma di governo che va oltre la pur evidente «crisi della legge». Il dato più significativo sembra essere costituito da una progressiva inversione funzionale dei ruoli tradizionalmente assegnati a Parlamento e Governo. Nella rappresentazione classica della forma di governo parlamentare, il Parlamento era il luogo della produzione normativa e il Governo l'organo chiamato essenzialmente a dare esecuzione all'indirizzo legislativamente definito. Nell'esperienza contemporanea questa sequenza tende in misura crescente a rovesciarsi: è il Governo a progettare, promuovere, negoziare e spesso produrre direttamente la parte prevalente della normazione politicamente significativa, mentre il Parlamento è chiamato sempre più frequentemente a convertire, ratificare, emendare entro margini limitati o comunque a conferire legittimazione formale a decisioni il cui impulso e contenuto sostanziale sono maturati altrove.

La formula di René Capitant, *gouverner c'est légiférer*, richiamata da Di Giovine, sembra dunque aver acquisito una capacità descrittiva ancora maggiore di quella originaria: la legislazione è divenuta uno degli strumenti principali attraverso i quali il Governo realizza il proprio indirizzo politico, mentre la maggioranza parlamentare tende a operare come strumento di

⁵⁹ Sulle autorità amministrative indipendenti quali manifestazione della sottrazione di porzioni della regolazione al circuito politico e sul problema della loro legittimazione, ricostruita attraverso *accountability*, imparzialità, terzietà, trasparenza e giustiziabilità degli atti, cfr. A. Di Giovine, *Riflessioni di sintesi*, cit., nella lettura della relazione D'Orlando.

⁶⁰ E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, cit., conclusivamente: l'*evidence-based rule-making* viene proposta come risposta giuridica al dilemma della complessità, mantenendo la centralità del decisore politico. Il modello può concorrere al miglioramento della qualità della normazione, alla rigenerazione della rappresentanza e al recupero della centralità parlamentare.

sostegno e di stabilizzazione normativa dell'indirizzo governativo.⁶¹ Non è il Parlamento che, mediante la legge, orienta l'azione dell'esecutivo; è sempre più spesso l'esecutivo che, attraverso il controllo dell'iniziativa, dei tempi e dei contenuti della legislazione, orienta l'attività normativa del Parlamento. L'inversione non è naturalmente assoluta né uniforme – e la distinzione fra parlamenti-*arena* e parlamenti di trasformazione conserva una sua utilità –, ma la direzione del mutamento appare sufficientemente generalizzata da oltrepassare le differenze tra singole forme di governo. Di Giovine individua, infatti, proprio nella perdita di centralità della legge, nell'ascesa dell'esecutivo e nella «dequotazione» del legislativo il «basso continuo» che accomuna i quattro contributi.⁶²

Tale trasformazione non comporta necessariamente l'irrilevanza del Parlamento. Ne impone, piuttosto, una diversa concezione. Se l'esecutivo dispone strutturalmente di un vantaggio in termini di rapidità decisionale, continuità dell'azione, disponibilità degli apparati amministrativi e accesso alle conoscenze specialistiche, la possibile riqualificazione della funzione parlamentare sembra spostarsi dalla pretesa di detenere il monopolio della produzione legislativa alla capacità di controllare, discutere, correggere e legittimare decisioni normative sempre più complesse. Da questo punto di vista, l'insistenza di Sciannella sulla dimensione cognitiva del Parlamento acquista un significato sistemico: senza strutture autonome di conoscenza e valutazione, il controllo parlamentare sul Governo rischia di divenire meramente formale proprio perché l'asimmetria informativa precede e condiziona l'asimmetria normativa.

Ed è precisamente a questo livello che il rapporto tra politica e tecnica assume una portata ulteriore. Alla tradizionale relazione duale Parlamento-Governo tende infatti ad aggiungersi un terzo polo, quello della competenza tecnico-scientifica, che non può più essere considerato un semplice ausilio esterno alla produzione normativa. La tecnica concorre sempre più spesso alla determinazione non soltanto dei mezzi attraverso i quali realizzare una scelta politica, ma degli stessi presupposti, contenuti e limiti della scelta. La scienza può così passare da base conoscitiva della decisione a vero e proprio *formante* della produzione giuridica.⁶³

La conseguenza è particolarmente rilevante per la teoria delle fonti. Se la decisione normativa nasce dall'interazione fra indirizzo politico

⁶¹ A. Di Giovine, *Le fonti del diritto nelle dinamiche delle forme di governo*, cit., che richiama la formula di R. Capitant, *gouverner c'est légiférer*, osservando come essa anticipasse la configurazione della legge quale strumento dell'indirizzo politico governativo e del Parlamento nella sua dimensione maggioritaria quale sostegno del Governo.

⁶² Ivi. La sintesi di Di Giovine identifica esplicitamente nella perdita di centralità della legge, nell'ascesa dell'esecutivo e nella dequotazione del legislativo i tre fenomeni comuni alle relazioni della sessione.

⁶³ Sul passaggio della scienza da semplice base conoscitiva della decisione a vero e proprio «formante» e sulle diverse modalità di interazione tra sapere tecnico-scientifico e decisione politica, cfr. la riflessione sviluppata nel volume anche a partire dalla relazione di D'Orlando.

governativo, legittimazione parlamentare e conoscenza tecnico-scientifica, diviene sempre più difficile ricostruirne la legittimazione sulla base della sola imputazione formale dell'atto. Una legge può essere formalmente parlamentare ma sostanzialmente governativa quanto all'impulso e al contenuto e, al tempo stesso, risultare fortemente condizionata da dati, standard o valutazioni elaborate da organismi tecnici estranei al circuito rappresentativo. Analogamente, un atto formalmente amministrativo può assumere un'importanza regolativa superiore a quella di numerose fonti primarie. È questo il significato più profondo della «piramide rovesciata» evocata da D'Orlando: non soltanto uno spostamento della normazione verso fonti inferiori, ma una dissociazione crescente fra forma, forza, provenienza e capacità effettiva di conformare i comportamenti.

Il fenomeno non può essere risolto contrapponendo semplicemente decisione democratica e sapere tecnico. Nelle società contemporanee la complessità delle materie rende inevitabile l'apporto di conoscenze specialistiche che il decisore politico non possiede direttamente. Il problema costituzionale diviene allora quello di impedire che la necessaria integrazione della tecnica si trasformi in sostituzione della decisione politica, poiché il sapere scientifico può delimitare le alternative praticabili, ma non è in grado di operare autonomamente il bilanciamento fra interessi, valori e diritti che rimane proprio della decisione democratica. La stessa solidità del presupposto scientifico non determina automaticamente la legittimità della scelta normativa che su di esso si fonda.⁶⁴

Sotto questo profilo, l'*evidence-based rule-making* può rappresentare non la resa della politica alla tecnica, ma il tentativo di ricomporre i due elementi: procedimentalizzare l'acquisizione delle conoscenze, renderne trasparenti le fonti, consentirne la verifica e il contraddittorio e ricondurre infine la scelta alla responsabilità del decisore democraticamente legittimato. D'Orlando vede in questo modello una possibile risposta giuridica alla crescente complessità, capace al tempo stesso di migliorare la qualità normativa e di recuperare la centralità della rappresentanza politica.

Si delinea così una trasformazione ancora più profonda di quella rappresentata dalla sola ascesa del Governo legislatore. Il sistema delle fonti delle democrazie contemporanee tende a passare da un modello centrato sul Parlamento a un modello policentrico nel quale Governo, Parlamento, amministrazioni, autorità indipendenti, giudici e organismi tecnico-scientifici partecipano, con diversa intensità, alla produzione della regola. La questione non è più soltanto stabilire *chi* sia formalmente titolare del potere normativo, ma individuare *dove* la decisione venga effettivamente formata, quali soggetti concorrano a determinarne il contenuto e secondo quali criteri

⁶⁴ Sulla necessità di evitare che il formante tecnico-scientifico, da elemento giustificativo, integrativo o correttivo, divenga «assorbente» rispetto agli altri formanti e sulla necessità di preservare il bilanciamento politico fra interessi anche in presenza di presupposti scientificamente solidi, v. le riflessioni sviluppate nel volume sul rapporto fra politica e scienza.

ciascuno di essi possa rivendicare una legittimazione a partecipare alla produzione del diritto.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la classificazione di Pizzorusso mantiene intatta la propria utilità, ma richiede di essere letta dinamicamente. La fonte politica non scompare, ma si trasforma: si sposta dal Parlamento verso il Governo e, contemporaneamente, incorpora apporti tecnici che ne modificano il procedimento di formazione e la stessa sostanza. A sua volta, il diritto non formalizzato delle convenzioni continua a integrare le regole scritte e a condizionare il concreto funzionamento della forma di governo. Più che una sostituzione di una categoria con un'altra, emerge quindi ancora una volta una crescente ibridazione dei criteri di legittimazione della norma. Ed è forse proprio questa compenetrazione tra decisione politica, effettività, sapere tecnico e regole non formalizzate a costituire uno dei tratti più caratteristici dei sistemi normativi post-vestfaliani.

4.3. Le forme del diritto sovranazionale

Anche con riferimento alla terza sessione su *Le forme del diritto sovranazionale*, l'articolata sintesi proposta da Guerino D'Ignazio⁶⁵ offre un punto di partenza particolarmente utile. I processi di integrazione sovranazionale hanno messo in crisi il modello dello Stato concepito come ordinamento completo, autoreferenziale e tendenzialmente impermeabile a forme di ingerenza esterna, inizialmente sul terreno del governo dei processi economici e, successivamente, anche su quello delle istituzioni, della politica e della tutela dei diritti. La loro crescita quantitativa e qualitativa mostra come il costituzionalismo contemporaneo non possa più essere pensato esclusivamente all'interno del nesso tradizionale fra costituzione e Stato nazionale, ma debba confrontarsi con strutture reticolari di potere e con ordinamenti che interferiscono stabilmente con quelli statali⁶⁶.

Dal complesso delle cinque relazioni emerge, al tempo stesso, come il fenomeno delle organizzazioni sovranazionali a carattere regionale, a conferma del carattere pervasivo della pluralità di ordinamenti giuridici tra loro collegati, sia diffuso in tutte le aree del globo, ma presenti manifestazioni e gradi di intensità profondamente diversi. Da questo punto di vista, il livello di evoluzione raggiunto dall'Unione europea, che ha cessato da tempo di essere un ordinamento soltanto internazionale e ha realizzato un processo di integrazione sovranazionale particolarmente avanzato, non conosce repliche

⁶⁵ G. D'Ignazio, *Le forme del diritto sovranazionale. Riflessioni di sintesi*, infra, 583 ss. Si corregge in tal modo il mero errore materiale presente nella precedente versione della nota 38, che rinviava invece alla relazione di P. De Pasquale. L'indice del volume attribuisce correttamente a D'Ignazio le riflessioni di sintesi della sessione.

⁶⁶ G. D'Ignazio, *Le forme del diritto sovranazionale*, cit., sulla necessità per il costituzionalismo di recuperare una dimensione sovranazionale e di allentare il tradizionale collegamento esclusivo con lo Stato nazionale; i processi di integrazione hanno inciso, con intensità differenti, sull'economia, sulla politica, sulle istituzioni e sulla tutela dei diritti.

negli altri ambiti continentali. Proprio questa constatazione, tuttavia, impone una cautela metodologica: l'esperienza europea non può essere assunta come un modello necessario né, soprattutto, come parametro attraverso il quale qualificare le altre forme di integrazione come riuscite, incomplete o fallite. D'Ignazio sottolinea espressamente il rischio di uno sguardo eurocentrico, mentre Mastromarino mostra quanto possa essere fuorviante ricostruire processi maturati in contesti storici, culturali e istituzionali differenti attraverso categorie elaborate a partire dall'esperienza europea⁶⁷.

Dei formanti del processo di integrazione europea si occupa Patrizia De Pasquale,⁶⁸ concentrando la propria attenzione sul ruolo della Corte di giustizia. L'elemento centrale della sua ricostruzione è rappresentato dal carattere sostanzialmente pretorio di una parte decisiva del diritto dell'Unione. La Corte non si è limitata a interpretare disposizioni elaborate dalle istituzioni politiche, ma ha contribuito attivamente alla formazione dell'ordinamento europeo, creando norme e principi destinati a costituirne il «tessuto connettivo» e collocandosi, sotto questo profilo, a pieno titolo accanto alle tre istituzioni che partecipano alla produzione legislativa, Commissione, Consiglio e Parlamento europeo. La peculiare natura *sui generis* dell'ordinamento ha consentito alla Corte di assumere progressivamente funzioni assimilabili a quelle di una corte costituzionale, attraverso una lettura dei Trattati non riducibile all'interpretazione letterale della loro origine convenzionale.

La relazione individua tre terreni sui quali questa funzione creativa si è storicamente manifestata con particolare intensità: diritti fondamentali, principi e competenze. L'assenza originaria di un catalogo dei diritti fondamentali non ha impedito alla Corte di ricavarne la protezione dai principi generali del diritto e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; analogamente, attraverso la progressiva elaborazione dei principi dell'effetto diretto, del primato, della responsabilità dello Stato e delle altre categorie fondative dell'ordinamento europeo, il formante giurisprudenziale ha concorso alla stessa costruzione costituzionale dell'Unione⁶⁹. È significativo, sotto questo profilo, che l'autonomia del diritto dell'Unione non operi soltanto nei confronti del diritto internazionale, ma anche rispetto agli ordinamenti nazionali, sui quali esso è in grado di incidere direttamente, pur continuando a fondarsi su competenze attribuite dagli Stati.

⁶⁷ Ivi, sulla necessità di evitare uno sguardo eccessivamente eurocentrico e, in particolare, di non assumere l'integrazione europea come *benchmark* sulla base del quale giudicare il successo o il fallimento delle altre esperienze regionali.

⁶⁸ P. De Pasquale, *I formanti del processo di integrazione europea: il ruolo della Corte di giustizia*, infra, 439 ss.

⁶⁹ P. De Pasquale, *I formanti del processo di integrazione europea*, cit., sui tre principali ambiti nei quali la Corte ha proposto una lettura dinamica dei Trattati – diritti fondamentali, principi e competenze – e, in particolare, sull'elaborazione della tutela dei diritti fondamentali a partire dalle tradizioni costituzionali comuni.

Nella fase più recente la funzione della Corte ha assunto una diversa, ma non meno importante, configurazione. Il problema non è più soltanto costruire un ordinamento ancora incompleto, quanto preservarne i risultati costituzionali acquisiti e difenderne i valori essenziali. A questo riguardo assumono rilievo sia la valorizzazione del ruolo del Parlamento europeo nelle relazioni interistituzionali, sia, soprattutto, la giurisprudenza relativa alla salvaguardia dello Stato di diritto. La Corte è così chiamata a difendere principi alla cui stessa formazione ha storicamente contribuito, in un contesto nel quale alcuni Stati membri hanno contestato la portata del primato e la capacità dell'ordinamento europeo di incidere su settori ritenuti appartenenti al nucleo della sovranità costituzionale nazionale⁷⁰.

La vicenda europea assume pertanto un significato paradigmatico per la teoria delle fonti: un formante originariamente giurisprudenziale può acquisire una vera e propria funzione costituente, producendo principi che, consolidandosi, divengono elementi strutturali dell'ordinamento e finiscono per retroagire sugli stessi ordinamenti nazionali. L'integrazione non si realizza così soltanto attraverso atti normativi formalizzati, ma mediante un processo incrementale nel quale fonte convenzionale, legislazione sovranazionale, giurisprudenza e tradizioni costituzionali nazionali interagiscono e si alimentano reciprocamente. Il tradizionale schema gerarchico deve pertanto essere affiancato da una ricostruzione fondata sull'interazione fra formanti e sulla circolazione dei principi tra i diversi livelli dell'ordinamento.

Anche con riguardo all'America latina Anna Mastromarino⁷¹ concentra la propria attenzione sul formante giurisprudenziale, ritenendolo quello che ha prodotto le conseguenze più significative sul piano dell'integrazione. La relazione prende tuttavia le mosse da una premessa metodologica decisiva: la stessa nozione di «America Latina» non può essere assunta come dato neutrale e geograficamente autosufficiente, ma deve essere costruita in relazione allo specifico oggetto dell'indagine. Le profonde fratture culturali, economiche, sociali e politiche che attraversano il continente impediscono di ricondurlo a una presunta omogeneità fondata soltanto sulla lingua, sulla religione o sull'esperienza coloniale.

Il processo di integrazione latinoamericano si colloca dunque in uno «stato di tensione»: tra identità nazionali e aspirazioni regionali, tra pluralismo delle popolazioni indigene e narrazioni unitarie del continente, tra modelli di derivazione europea e costruzione di percorsi originali. Il nuovo non sostituisce completamente il vecchio e l'integrazione non cancella

⁷⁰ Ivi, sulla più recente funzione della Corte nella tutela dei valori dell'Unione, del *rule of law* e degli equilibri interistituzionali, nonché sulla valorizzazione del ruolo del Parlamento europeo. Sul ruolo della Corte nella definizione del «nocciolo duro» dell'identità europea, v. altresì le conclusioni della relazione.

⁷¹ A. Mastromarino, *Processi di integrazione in America latina: il valore del formante giurisprudenziale*, infra, 453 ss.

la persistente centralità degli Stati. Proprio per questo l'esperienza latinoamericana non deve essere interpretata come una riproduzione incompleta di quella europea, ma come un processo dotato di una propria specificità⁷².

Entro questa pluralità, il principale spazio di convergenza si è prodotto sul terreno della tutela dei diritti umani. La Convenzione americana e soprattutto l'azione della Corte interamericana dei diritti umani hanno progressivamente trasformato il sistema convenzionale in un vero spazio di integrazione regionale. La crescente autorevolezza della Corte ha prodotto un processo circolare di legittimazione: il consolidamento della sua giurisprudenza ne ha accresciuto il prestigio e, correlativamente, tale prestigio le ha consentito di estendere il significato e la forza vincolante delle proprie decisioni oltre quanto potesse ricavarsi dalla sola lettera della Convenzione⁷³.

Particolare importanza assume, in questa prospettiva, il controllo diffuso di convenzionalità. Le clausole costituzionali di apertura ai trattati sui diritti umani hanno consentito al diritto convenzionale di penetrare nei sistemi nazionali non semplicemente attraverso una cessione lineare di sovranità, ma mediante il suo ingresso nel blocco di costituzionalità e la sua utilizzazione quale parametro da parte dei giudici domestici. Il risultato è la costruzione progressiva di uno *ius commune* regionale dei diritti, nel quale Corte interamericana, giudici nazionali e costituzioni interagiscono in una dimensione che non coincide con il modello europeo, ma non per questo appare meno significativa sul terreno dell'integrazione.

La conclusione proposta da Mastromarino è dunque particolarmente rilevante sul piano comparatistico: l'America Latina troverà una propria strada, che non sarà necessariamente quella europea, né quella imposta da altri centri di potere esterni. Il comparatista deve pertanto abbandonare le «false assonanze» e riconoscere l'originalità dei processi in atto, evitando di ridurli a fenomeni di imitazione o di circolazione incompleta dei modelli.

Volgendo lo sguardo all'Africa subsahariana, la relazione di Veronica Federico, *Pluralismo e integrazione regionale in Africa sub-sahariana: il ruolo controverso dei formanti sovranazionali*,⁷⁴ mette in luce un contesto ancora

⁷² A. Mastromarino, *Processi di integrazione in America latina*, cit.; sull'esigenza di costruire il campo di indagine evitando di assumere l'America latina come spazio aprioristicamente omogeneo e sulla necessità di considerare fratture culturali, economiche, sociali e politico-giuridiche. Cfr. anche G. D'Ignazio, *Le forme del diritto sovranazionale*, cit., sulla «tensione» fra identità nazionali, pluralismo indigeno e rappresentazione unitaria del continente.

⁷³ A. Mastromarino, *Processi di integrazione in America latina*, cit., sulla progressiva trasformazione del sistema interamericano dei diritti umani in uno spazio di integrazione regionale e sul processo circolare di consolidamento dell'autorevolezza della Corte; particolare rilievo assume il controllo diffuso di convenzionalità e l'ingresso dello *ius commune* dei diritti umani nei blocchi di costituzionalità nazionali.

⁷⁴ V. Federico, *Pluralismo e integrazione regionale in Africa sub-sahariana: il ruolo controverso dei formanti sovranazionali*, infra, 483 ss.

differente. Le organizzazioni regionali del continente nascono, per usare l'espressione dell'A., già «liquide»: non si sovrappongono come un ulteriore strato rigido alla già elevata stratificazione degli ordinamenti giuridici africani – segnati dalla debolezza degli Stati, dalla fragilità dei Parlamenti e dal fenomeno delle «costituzioni senza costituzionalismo» –, ma ne assecondano piuttosto la flessibilità. La pluralità delle organizzazioni regionali, spesso sovrapposte quanto a composizione, finalità e competenze, determina una rete di rapporti nella quale risulta particolarmente difficile individuare un unico ordinamento sovranazionale dotato di capacità autonoma di indirizzo⁷⁵.

La distanza fra *law in books* e *law in action* costituisce qui un criterio decisivo. Alcune organizzazioni africane dispongono formalmente di strumenti che potrebbero produrre effetti analoghi a quelli delle fonti sovranazionali europee: in determinati casi sono previsti atti direttamente applicabili e persino forme di primazia del diritto regionale. L'effettività di tali disposizioni rimane tuttavia condizionata dalla volontà politica e dalla capacità istituzionale degli Stati membri, spesso assai riluttanti a riconoscere al diritto regionale una forza realmente vincolante.

Particolarmente istruttiva è l'esperienza delle giurisdizioni sovranazionali. Quando queste hanno cercato di affermare una propria autonomia rispetto agli Stati, le reazioni politiche sono state talvolta apertamente ostili. Il depotenziamento della Corte di giustizia della East African Community e, soprattutto, la sospensione del Tribunale della SADC dopo la sua giurisprudenza in materia di tutela dei diritti mostrano quanto fragile possa risultare un formante giurisdizionale quando non sia sostenuto da una sufficiente disponibilità degli Stati ad accettarne l'autorità⁷⁶. La fonte sovranazionale, in altre parole, non acquista effettività semplicemente perché formalmente prevista: la sua capacità di incidere dipende dal contesto politico-istituzionale nel quale è chiamata ad operare.

Federico evita, tuttavia, di concludere nel senso dell'irrilevanza dell'integrazione africana. Vi sono esperienze nelle quali il formante regionale riesce a orientare efficacemente l'azione degli Stati – come mostra l'armonizzazione della normativa sulla protezione dei dati personali nell'area ECOWAS – e possono svilupparsi processi di regionalizzazione «dal basso», alimentati anche dalle organizzazioni della società civile. La suggestiva immagine conclusiva è quella dei processi carsici: le norme regionali possono scomparire momentaneamente dalla superficie, per riemergere nel medio

⁷⁵ V. Federico, *Pluralismo e integrazione regionale in Africa sub-sahariana*, cit. L'A. descrive formanti regionali che nascono «liquidi», all'interno di ordinamenti già fortemente stratificati, segnati dalla debolezza dello Stato e dei Parlamenti e dal fenomeno delle «costituzioni senza costituzionalismo».

⁷⁶ Ivi, sul *backlash* degli Stati nei confronti delle giurisdizioni regionali: particolarmente significativi il depotenziamento della Corte EAC e la sospensione del Tribunale SADC, successivamente limitato alle controversie interstatali.

periodo contribuendo alla formazione di un *humus* politico, culturale e giuridico favorevole allo sviluppo della *rule of law*⁷⁷.

Il dato assume rilievo teorico generale. L'effettività di una fonte non deve essere misurata necessariamente attraverso la sua capacità di produrre immediatamente conseguenze analoghe a quelle osservabili negli ordinamenti europei. Possono esistere tempi diversi della normatività, nei quali una regola apparentemente ineffettiva nel breve periodo concorre tuttavia alla trasformazione progressiva delle culture giuridiche e delle aspettative istituzionali. Il rapporto fra fonte ed effettività non è dunque necessariamente istantaneo, né il processo di integrazione deve essere concepito come sviluppo lineare e irreversibile.

Elisa Bertolini, ne *L'integrazione regionale a debole intensità dell'Asia-Pacifico: quale ruolo per formanti e meta-formanti?*,⁷⁸ analizza un'area estremamente estesa ed eterogenea, comprendente territori collocati in tre continenti, caratterizzati da tradizioni giuridiche, esperienze storiche, livelli di sviluppo economico e assetti costituzionali profondamente differenti. Proprio questa eterogeneità costituisce uno dei principali fattori esplicativi della natura parcellizzata dei processi di integrazione.

L'integrazione regionale si presenta strutturalmente «a bassa intensità», per il prevalere del metodo intergovernativo e del consenso e per la marcata preferenza verso strumenti di *soft law*. La produzione propriamente normativa delle organizzazioni regionali risulta pertanto assai limitata. Ma ciò non significa assenza di fattori integrativi: semplicemente, questi devono essere ricercati anche al di fuori dei formanti giuridici tradizionali. Nell'area ASEAN assume infatti un ruolo centrale il meta-formante culturale, che si manifesta attraverso l'elaborazione di un'«ASEAN identity», mentre nel Pacifico sono maggiormente i formanti giurisprudenziali, legati alla persistenza del *common law* britannico o statunitense, a produrre elementi di convergenza⁷⁹.

Il punto è particolarmente significativo per la teoria comparata delle fonti. In alcune esperienze la coesione può svilupparsi prima e indipendentemente dall'elaborazione di un diritto sovranazionale forte. Il formante culturale può cioè svolgere una funzione aggregante che altrove è affidata a trattati, legislazione e giurisprudenza; inversamente, la presenza di formanti giuridici comuni può derivare dalla storia coloniale e non dall'azione

⁷⁷ Ivi, conclusivamente, sulla centralità dell'effettività e sulla natura «carsica» dei formanti regionali africani, la cui influenza può manifestarsi nel medio periodo attraverso la progressiva formazione di un *humus* favorevole alla *rule of law* e all'*accountability*.

⁷⁸ E. Bertolini, *L'integrazione regionale a debole intensità dell'Asia-Pacifico: quale ruolo per formanti e meta-formanti?*, infra, 517 ss.

⁷⁹ E. Bertolini, *L'integrazione regionale a debole intensità dell'Asia-Pacifico*, cit.: il metodo intergovernativo, il consenso e la preferenza per il *soft law* determinano una produzione normativa estremamente limitata; nell'ASEAN assume particolare rilevanza il meta-formante della tradizione e dell'«ASEAN identity», mentre nel Pacifico operano prevalentemente formanti giurisprudenziali di matrice britannica o statunitense.

delle attuali organizzazioni regionali. Ne consegue che la relazione fra integrazione politica e produzione normativa non procede necessariamente nella stessa direzione osservata nel caso europeo.

Il ricorso al consenso, la preferenza per il *soft law*, il rilievo delle identità regionali e la resistenza a limitazioni della sovranità rendono ancora embrionale qualsiasi prospettiva di integrazione fondata su un approccio *rules-oriented* e di *hard law*. L'eterogeneità storico-costituzionale, la persistente presenza degli interessi delle grandi potenze e, nel Pacifico, la relativamente recente decolonizzazione contribuiscono ulteriormente a spiegare questa configurazione. Non si tratta, però, necessariamente di una fase arretrata destinata a essere superata secondo la traiettoria europea: potrebbe essere, piuttosto, una diversa modalità di concepire la cooperazione regionale, nella quale la conservazione della sovranità e la flessibilità normativa costituiscono elementi strutturali e non semplici residui del passato.

Chiude la sessione la relazione di Carmine Petteruti su *Formanti giuridici e pluralismo delle fonti nell'Asia meridionale*,⁸⁰ dedicata al subcontinente indiano e, in particolare, all'esperienza della SAARC. Qui il processo di integrazione regionale si configura sostanzialmente come una «non-issue»: la SAARC conserva un'utilità quale sede di relazioni interstatali e di costruzione della fiducia reciproca, ma la sua attività rimane prevalentemente circoscritta a obiettivi economici e di sicurezza, senza tradursi in un processo di integrazione socio-politica o di armonizzazione giuridica paragonabile a quello europeo.

Il vero elemento qualificante di questi ordinamenti è piuttosto costituito dal pluralismo interno delle fonti. Nell'esperienza indiana, e in termini differenti negli altri ordinamenti sudasiatici, il formante della tradizione – soprattutto religiosa – si affianca al formante legislativo e a quello giurisprudenziale. Ne deriva la convivenza tra un *official law* di matrice statale e un *unofficial law* costituito dalle *personal laws* delle diverse comunità. La disciplina di una medesima fattispecie può pertanto risultare dalla combinazione di più diritti e di differenti criteri di legittimazione⁸¹.

Il caso assume un particolare significato se letto attraverso le categorie di Pizzorusso. Le norme personali non derivano la propria effettività dal riconoscimento formale dello Stato, ma dall'essere profondamente radicate nelle comunità che le osservano. Si determina così la coesistenza fra norme «imposte» dall'ordinamento statale e norme «congenitamente accettate» dai gruppi sociali, la cui forza risiede nella tradizione e nell'effettività. La

⁸⁰ C. Petteruti, *Formanti giuridici e pluralismo delle fonti nell'Asia meridionale*, infra, 547 ss.

⁸¹ C. Petteruti, *Formanti giuridici e pluralismo delle fonti nell'Asia meridionale*, cit., conclusivamente: l'esperienza della SAARC mostra come l'integrazione costituisca sostanzialmente una «non-issue», mentre il dato caratterizzante degli ordinamenti sudasiatici è la convivenza di *official law* e *unofficial law* e l'influenza del formante tradizionale e religioso su legislazione e giurisprudenza.

giurisprudenza svolge spesso una funzione di mediazione, risolvendo caso per caso i conflitti fra diritto territoriale, diritto personale e principi costituzionali.

La stessa forza del pluralismo costituisce però anche un limite alle spinte uniformanti. Il lungo e irrisolto dibattito indiano sull'introduzione di un *Uniform Civil Code* mostra la scarsa attitudine delle *personal laws* a essere ricondotte a un diritto comune uniforme. Quello che costituisce, sul piano interno, una manifestazione della ricchezza pluralistica degli ordinamenti può pertanto divenire, sul piano regionale, un fattore di resistenza all'armonizzazione normativa e alle limitazioni della sovranità. Petteruti individua così una relazione particolarmente interessante fra pluralismo giuridico interno e debolezza dell'integrazione sovranazionale: la frammentazione normativa non costituisce soltanto un effetto dell'assenza di integrazione, ma può esserne anche una delle cause.

Le cinque relazioni restituiscono così un quadro comparato nel quale il grado di intensità e di effettività dei formanti sovranazionali appare profondamente differenziato: massimo nel caso dell'Unione europea, ove il formante giurisprudenziale ha nel tempo assunto una funzione in parte costituente; significativo, pur se ancora parziale e qualitativamente differente, in America latina, grazie soprattutto alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani; assai più incerto nelle esperienze africana, asiatico-pacifica e sudasiatica, ove il pluralismo delle tradizioni giuridiche, la struttura prevalentemente intergovernativa delle organizzazioni, la fragilità istituzionale o, in altri casi, la persistente centralità della sovranità statale limitano la capacità autonoma dei formanti sovranazionali⁸².

Questa rappresentazione richiede, tuttavia, una precisazione. Non sembra corretto costruire una scala unilineare dell'integrazione, al cui vertice collocare l'Unione europea e lungo la quale disporre le altre esperienze secondo il loro maggiore o minore avvicinamento al modello europeo. Una simile ricostruzione rischierebbe di trasformare la comparazione in una misurazione delle distanze rispetto a un paradigma assunto aprioristicamente come universale. Le relazioni mostrano invece che l'integrazione può essere prodotta da combinazioni molto differenti di formanti: dalla giurisprudenza costituzionalizzante dell'Unione europea; dalla tutela sovranazionale dei diritti in America latina; da fonti regionali intermittenti ma capaci di produrre nel medio periodo effetti di trasformazione nell'Africa subsahariana; da meta-formanti culturali e strumenti di *soft law* nell'Asia-Pacifico; dalla difficile composizione fra diritto statale e tradizioni religiose nell'Asia meridionale.

⁸² Per una lettura d'insieme delle cinque esperienze v. G. D'Ignazio, *Le forme del diritto sovranazionale*, cit., che sottolinea come i processi sovranazionali si sviluppino secondo modalità e «spessori» differenti e come sia necessario disporre di strumenti concettuali capaci di interpretare una realtà difficilmente riconducibile a classificazioni uniformi.

Sotto questo profilo, uno dei risultati più interessanti della sessione consiste nel mostrare che la sovranazionalità non coincide necessariamente con la produzione di *hard law*. L'effettività dei processi integrativi può dipendere dalla giurisprudenza, dalla circolazione dei principi, dal riconoscimento reciproco, dalla cultura, dalla tradizione, dalla *soft law*, dall'attività delle organizzazioni della società civile e persino dalla formazione graduale di aspettative condivise. Viceversa, l'esistenza formale di trattati, regolamenti o corti sovranazionali non garantisce affatto, di per sé, l'effettività dell'integrazione: l'esperienza africana dimostra emblematicamente come anche fonti formalmente vincolanti possano rimanere lettera morta quando manca il consenso politico necessario a sostenerle⁸³.

Ne deriva una conseguenza di rilievo per la teoria delle fonti. Forza formale ed effettività della fonte sovranazionale possono dissociarsi in misura ancora maggiore di quanto accada negli ordinamenti statali. Nell'Unione europea una regola elaborata inizialmente dalla giurisprudenza può acquistare una forza sistemica superiore a quella ricavabile dal testo originario dei Trattati; in America latina una decisione della Corte interamericana può entrare, attraverso il controllo di convenzionalità, nel parametro utilizzato dai giudici nazionali; in Africa un regolamento formalmente direttamente applicabile può incontrare resistenze tali da renderlo sostanzialmente ineffettivo; nell'ASEAN strumenti non vincolanti e un meta-formante identitario possono esercitare una funzione integrativa maggiore della produzione normativa formale.

Anche la categoria dell'effettività, centrale nella costruzione di Pizzorusso, assume quindi una particolare capacità esplicativa. Non basta individuare chi produce formalmente la fonte e quale posto essa occupi nella gerarchia; occorre verificare quale capacità abbia di orientare stabilmente i comportamenti degli Stati, delle istituzioni, dei giudici e dei destinatari. Il processo di integrazione diviene così un laboratorio privilegiato nel quale osservare la dissociazione tra validità, forza ed effettività e, contemporaneamente, le modalità attraverso le quali i diversi formanti possono supplire reciprocamente alle proprie debolezze.

Un secondo risultato riguarda il ruolo particolarmente intenso delle giurisdizioni. Nell'Unione europea e nell'America latina sono state soprattutto le Corti a trasformare strumenti originariamente pattizi in ordinamenti capaci di incidere direttamente sui sistemi costituzionali nazionali. Ma il confronto con l'Africa dimostra anche il limite strutturale del formante giurisprudenziale: esso può essere decisivo soltanto se dispone di un ambiente politico e istituzionale disposto, almeno in misura sufficiente,

⁸³ Particolarmente significativa, a questo riguardo, l'esperienza africana: possono rimanere ineffettivi non soltanto strumenti di *soft law*, ma anche trattati ratificati, regolamenti e sentenze delle corti sovranazionali; decisivo diviene quindi il passaggio dalla *law in books* alla *law in action*.

ad accettarne l'autorità. L'efficacia della giurisdizione sovranazionale non dipende dunque soltanto dalla qualità della sua giurisprudenza o dalla forza formale delle sue decisioni, ma da una relazione circolare fra autorevolezza del giudice, disponibilità degli Stati, comportamento dei giudici nazionali e progressiva interiorizzazione della regola sovranazionale.

Un terzo elemento concerne infine il rapporto fra integrazione e pluralismo. Il pluralismo non opera in una sola direzione. Può favorire l'integrazione, quando la dimensione sovranazionale offre uno spazio nel quale diversità nazionali e culturali vengono riconosciute e ricomposte; può però anche limitarla, quando tradizioni giuridiche profondamente radicate o identità nazionali e regionali resistono a processi di uniformazione. L'esperienza sudasiatica è particolarmente significativa, perché mostra come il pluralismo normativo interno possa costituire esso stesso un limite alla costruzione di regole comuni sovranazionali. La relazione fra pluralismo e integrazione deve pertanto essere ricostruita in termini dialettici, non potendosi presumere che una crescente apertura fra gli ordinamenti conduca necessariamente alla loro progressiva omogeneizzazione.

Le esperienze esaminate confermano così l'affermazione di Pizzorusso secondo cui «ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato (se mai ha potuto esserlo in passato) come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo»⁸⁴. Ma consentono forse di precisarla ulteriormente: la fine dell'isolamento non conduce necessariamente alla costruzione di un unico modello di sovranazionalità. Il post-Westfaliano non è un ordinamento nuovo che sostituisce uniformemente quello statale; è piuttosto una condizione nella quale ordinamenti statali, regionali e internazionali si sovrappongono e interagiscono secondo intensità, forme e temporalità profondamente differenti.

La comparazione delle cinque aree conduce pertanto a una conclusione che si collega direttamente alla tesi generale di queste pagine. Anche nella dimensione sovranazionale non sembrano emergere categorie di fonti del tutto estranee alla tassonomia di Pizzorusso; cambiano invece radicalmente il peso relativo dei diversi criteri di legittimazione e le loro combinazioni. Nell'Unione europea e nel sistema interamericano cresce il peso del formante giurisprudenziale; nell'Asia-Pacifico diviene centrale quello culturale; nell'Asia meridionale la tradizione e la religione continuano a concorrere con legge e giurisprudenza; nell'esperienza africana è soprattutto il principio di effettività a consentire di distinguere le fonti realmente capaci di orientare i comportamenti da quelle destinate a rimanere sul piano delle proclamazioni.

Più che di una progressiva uniformazione del diritto sovranazionale, sembra dunque corretto parlare di una pluralizzazione delle forme

⁸⁴ A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, 2008, richiamato da G. D'Ignazio nella sintesi della sessione e da C. Petteruti: «ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato (se mai ha potuto esserlo in passato) come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo».

dell'integrazione. Ed è proprio questa varietà a suggerire che la comparazione debba rinunciare alla ricerca di un unico modello e concentrarsi, piuttosto, sul «gioco dei formanti»: sulla loro diversa capacità di emergere, combinarsi, entrare in conflitto e produrre effettività nei differenti contesti storici, istituzionali e culturali. Come osserva D'Ignazio nelle conclusioni della sessione, la sfida consiste nel comprendere le prospettive future del diritto all'interno di sistemi inevitabilmente segnati dal pluralismo e dalla complessità, seguendo processi la cui mutevolezza impone al comparatista una continua verifica delle categorie utilizzate.

Si possono, quindi, segnalare tre linee di tendenza principali: la non linearità dei processi di integrazione; la dissociazione fra forza formale ed effettività delle fonti sovranazionali; e l'impossibilità di assumere l'UE come paradigma universale. Il confronto tra le relazioni di questa sessione mostra infatti qualcosa di ancora più interessante: non esistono soltanto diversi gradi di sovranazionalità, ma probabilmente diversi tipi di sovranazionalità, prodotti da combinazioni differenti di formanti politici, giurisprudenziali, culturali, religiosi e convenzionali.

4.4. Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione

La quarta sessione, presieduta e conclusa da Giuseppe Franco Ferrari, completa il quadro delle dinamiche transnazionali e sovranazionali già impostato nella sessione precedente, spostando l'angolo visuale dai processi di integrazione regionale ai fenomeni, ancora più sfuggenti alle categorie tradizionali, della produzione normativa a vocazione globale: quella dei privati nei rapporti commerciali internazionali, quella delle organizzazioni «del governo mondiale» dell'economia, quella della Rete, quella, infine, della circolazione stessa dei modelli e delle idee costituzionali⁸⁵.

Se nella sessione precedente la fuoriuscita dalla dimensione statale si realizzava ancora attraverso organizzazioni regionali dotate, sia pure in misura molto diversa, di un qualche grado di istituzionalizzazione, i fenomeni qui considerati mostrano un livello ulteriore di destrutturazione. La produzione delle regole si trasferisce verso sedi che non coincidono né con lo Stato né necessariamente con organizzazioni internazionali formalizzate; soggetti pubblici e privati interagiscono all'interno di reti transnazionali; la distinzione tra *hard law* e *soft law* diviene incerta; la territorialità perde una parte della propria capacità ordinante e, soprattutto, l'effettività delle norme tende sempre meno a dipendere dal loro inserimento in una gerarchia formalmente predeterminata. In questa prospettiva, la globalizzazione non produce soltanto un ampliamento geografico degli spazi di regolazione, ma modifica la stessa struttura dei processi attraverso i quali il diritto viene

⁸⁵ G.F. Ferrari, *Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione. Riflessioni di sintesi*, infra, 871 ss.; per l'articolazione della sessione v. l'indice del volume, che comprende i contributi di E. Mostacci, A. Pierini, G.M. Ruotolo e A. Di Martino.

creato, riconosciuto e applicato.

Apres la session la relatione di Edmondo Mostacci su *Tra kosmos e spolitizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*,⁸⁶ dedicata al ruolo dei soggetti privati nella produzione delle norme che regolano lo sviluppo dei rapporti economici. Il contributo assume un rilievo particolare perché muove da una questione preliminare di teoria generale: che cosa consente di qualificare come giuridica una regola che non trae la propria origine dallo Stato né da un soggetto al quale lo Stato abbia formalmente delegato una potestà normativa? La critica del positivismo statualista non conduce Mostacci a identificare indiscriminatamente diritto e regolazione sociale, ma lo induce a ricercare un diverso fondamento della giuridicità. A questo fine vengono utilizzate, da un lato, la nozione searliana di intenzionalità collettiva e, dall'altro, la distinzione hayekiana tra ordini «costruiti» e ordini «spontanei».

La conseguenza metodologica è importante. Il diritto rilevante per il comparatista non coincide con il solo diritto positivo prodotto dagli ordinamenti politico-statali; occorre prendere in considerazione anche regole capaci di orientare stabilmente le condotte e di operare effettivamente nei rapporti economici, benché prodotte da soggetti privati. Il mercato, da questo punto di vista, non costituisce uno spazio naturale che precede il diritto, ma un ordine artificiale strutturato da regole. Viene quindi meno la possibilità di contrapporre semplicemente regolazione pubblica e spontaneità economica: anche gli assetti apparentemente spontanei incorporano decisioni, interessi e distribuzioni di potere.

Su queste basi teoriche vengono condotte tre verifiche empiriche. La prima riguarda la nuova *lex mercatoria*. La sua rilevanza non può essere adeguatamente spiegata ricorrendo soltanto alle categorie dell'uso e della consuetudine. Nel commercio internazionale, infatti, i lodi arbitrali vengono riconosciuti sulla base della loro conformità alla *lex mercatoria* anche indipendentemente dalle norme nazionali, salvo il limite delle disposizioni inderogabili. Ricondurre forzatamente tale fenomeno alla categoria tradizionale degli usi condurrebbe al paradosso di attribuire a una fonte gerarchicamente subordinata una capacità derogatoria rispetto alla legge che quella stessa classificazione dovrebbe escludere⁸⁷.

Mostacci propone perciò di riconoscere l'alterità dell'ambito giuridico

⁸⁶ E. Mostacci, *Tra kosmos e spolitizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, infra, 593 ss. La relazione muove dalla critica del dogma statualista e utilizza le riflessioni di J.R. Searle e F.A. Hayek per ricostruire il fondamento e il ruolo della normazione privata, verificandone successivamente la capacità esplicativa con riguardo alla *lex mercatoria* e alle piattaforme digitali.

⁸⁷ E. Mostacci, *Tra kosmos e spolitizzazione*, cit., sulla difficoltà di ricondurre la nuova *lex mercatoria* alle categorie tradizionali degli usi e delle consuetudini, considerato che i lodi arbitrali conformi ad essa vengono riconosciuti anche indipendentemente dalle norme nazionali; da qui la proposta di riconoscere l'alterità e la struttura policentrica dell'ambito giuridico anazionale.

anazionale, caratterizzato da una struttura policentrica e diffusa e da un sistema delle fonti non formalizzato, ma effettivo perché maggiormente adattato alla dimensione del mercato mondializzato. È un passaggio particolarmente significativo rispetto alla tassonomia tradizionale delle fonti: il problema non è tanto rintracciare un nuovo gradino della gerarchia quanto constatare l'esistenza di spazi normativi nei quali la gerarchia stessa non costituisce più il principale criterio di ordinazione.

La seconda verifica riguarda le piattaforme della *gig economy*. Qui il fenomeno assume caratteristiche ancora più radicali. Le piattaforme non si limitano ad adottare regole contrattuali, ma, attraverso algoritmi, sistemi di *rating*, meccanismi di determinazione dinamica dei prezzi e condizioni unilateralmente predisposte, esercitano un potere capace di orientare direttamente le condotte dei soggetti che partecipano al mercato. In tal modo possono aggirare o svuotare discipline pubblicistiche nate per proteggere il lavoratore, l'utente o la parte contrattuale debole. Il passaggio dal «profitto nelle regole» al «profitto sulle regole» consiste precisamente nella capacità dell'impresa di incidere sulla struttura normativa entro la quale essa stessa opera.

Una dinamica analoga emerge nel terzo ambito considerato, quello delle piattaforme che organizzano mercati bilaterali – dalle agenzie di prenotazione ai *marketplace*. Anche qui il gestore non è un intermediario neutrale: determina le condizioni di accesso, struttura gli incentivi, seleziona le informazioni, attribuisce visibilità differenziata agli operatori e può rendere assai più difficile l'effettiva applicazione delle garanzie previste dal diritto statale. Il potere normativo del soggetto privato non dipende quindi soltanto dalla possibilità di produrre regole formalmente vincolanti, ma dalla capacità materiale di costruire l'ambiente nel quale le condotte diventano possibili.

È su questo terreno che la tesi di Mostacci raggiunge, a mio avviso, il suo punto più innovativo. Il fenomeno non determina soltanto una frammentazione del sistema delle fonti, ma può produrne una vera e propria destrutturazione. Quando la *lex mercatoria* prevale nella soluzione arbitrale delle controversie e quando le piattaforme riescono a organizzare i rapporti in modo tale da rendere marginale l'accesso alla giurisdizione statale, viene meno anche il momento nel quale la pluralità delle fonti potrebbe essere ricomposta attraverso una decisione autoritativa.

Ne deriva una duplice forma di spolticizzazione. La prima consiste nella marginalizzazione del potere pubblico nella produzione delle regole, a vantaggio di soggetti privati che possono definire autonomamente le condizioni della relazione economica. La seconda è ancora più profonda: le scelte operate dai privati vengono occultate dietro la pretesa naturalità dei meccanismi economici o tecnologici. Il funzionamento algoritmico del mercato viene rappresentato come conseguenza necessaria e oggettiva della relazione tra domanda, offerta e prezzo, mentre esso incorpora in realtà

decisioni controvertibili, culturalmente situate e frequentemente funzionali agli interessi del gestore della piattaforma. La neutralizzazione del conflitto politico avviene quindi presentando come «tecnica» o «natura» ciò che costituisce una scelta allocativa. Mostacci definisce efficacemente questo processo «depolicizzazione 2.0»⁸⁸.

Questa conclusione si collega direttamente al problema generale dei sistemi normativi post-vestfaliani. Se la prima globalizzazione del diritto aveva ridimensionato il monopolio statale mediante la costruzione di ordinamenti sovranazionali e transnazionali, la trasformazione descritta da Mostacci sembra spingersi oltre: non è più soltanto il diritto statale a perdere centralità, ma può essere il diritto stesso a essere parzialmente sostituito da architetture tecnologiche capaci di disciplinare direttamente le condotte. La distinzione tra fonte e dispositivo, tra norma e infrastruttura, diviene così sempre meno netta. In questa prospettiva, l'algoritmo non è necessariamente una nuova «fonte» nel senso tradizionale, ma può esercitare una funzione normativa più efficace di molte fonti formalmente riconosciute.

Andrea Pierini, ne *Il diritto delle organizzazioni internazionali «del governo mondiale»*,⁸⁹ ricostruisce in chiave diacronica le fonti del diritto transnazionale dell'economia, soffermandosi in particolare sugli effetti prodotti dalla Grande Crisi Finanziaria del 2007-2008 sulla *governance* globale dei mercati finanziari. Il contributo mostra come le crisi sistemiche abbiano rafforzato il ruolo di soggetti che non corrispondono al modello classico dell'organizzazione internazionale dotata di una precisa potestà normativa: G7, G20, Financial Stability Board, reti di regolatori settoriali e altri organismi partecipano alla definizione delle politiche economiche globali e producono standard destinati a essere recepiti dagli ordinamenti statali e sovranazionali.

Il passaggio dalla deregolazione alla *re-regulation* seguita alla crisi finanziaria segna, sotto un certo profilo, un ritorno della politica rispetto al paradigma di un mercato capace di autoregolarsi. Ma questa ripoliticizzazione non coincide con un recupero delle tradizionali fonti statali. Le decisioni vengono sempre più spesso elaborate all'interno di reti istituzionali e tecniche che operano mediante raccomandazioni, standard, linee guida e altri strumenti di *soft law*. Il Financial Stability Board costituisce, al riguardo, un esempio paradigmatico: da organismo di coordinamento e monitoraggio è progressivamente divenuto un vero produttore di standard, sia predisponendo proposte destinate al G20, sia

⁸⁸ Ivi, conclusivamente. L'A. individua un duplice processo di spoliticizzazione: marginalizzazione del processo politico nella produzione delle regole e occultamento della politicità delle scelte economiche dietro l'apparente naturalità dei meccanismi di mercato e del funzionamento algoritmico; da qui la formula «depolicizzazione 2.0».

⁸⁹ A. Pierini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali «del governo mondiale»*, infra, 635 ss. L'indagine ricostruisce il crescente ruolo delle organizzazioni e delle reti della *global economic governance* quali *policy makers* e produttori di standard internazionali e transnazionali, soprattutto a seguito della Grande Crisi Finanziaria e, successivamente, della crisi pandemica.

adottando direttamente linee guida rivolte ai regolatori e agli operatori⁹⁰.

Si realizza così un processo normativo a più stadi. Gli indirizzi politici vengono definiti in sedi come il G20; organismi tecnici e reti di regolatori traducono tali indirizzi in standard internazionali; gli Stati e le organizzazioni sovranazionali provvedono poi a trasformarli in *hard law*. La normazione procede quindi, insieme, verticalmente, dal livello globale verso quello statale, e orizzontalmente, attraverso l'uniformazione delle regole fra ordinamenti diversi. Proprio questa capacità degli standard di orientare il successivo diritto vincolante attenua, sul piano sostanziale, il loro carattere formalmente non obbligatorio.

La centralità della *soft law* non elimina tuttavia i problemi di legittimazione, né garantisce l'uniformità dell'attuazione. Pierini sottolinea le persistenti divergenze nell'implementazione degli standard e le difficoltà di ricondurre a sistema un diritto transnazionale dell'economia caratterizzato da complessità, frammentazione e frequente sovrapposizione fra soggetti regolatori. Anche questa esperienza conferma pertanto che l'effettività della norma globale non discende direttamente dalla forza formale della fonte, ma da una pluralità di incentivi economici, meccanismi di monitoraggio, condizionalità e pressioni istituzionali che rendono il confine fra diritto e regolazione assai meno nitido.

Segue la relazione di Gianpaolo Maria Ruotolo su *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*,⁹¹ dedicata alla regolamentazione giuridica di Internet. Attraverso l'esame di alcuni nodi problematici specifici – le *Requests for Comments*, la qualificazione di Internet quale patrimonio comune dell'umanità e/o bene pubblico globale, la *governance* del sistema dei nomi di dominio e il ruolo dell'ICANN – l'A. verifica se tali fenomeni siano riconducibili a una più generale tendenza all'informalizzazione dell'ordinamento internazionale, tanto sul piano dei procedimenti normativi quanto su quello delle fonti.

L'aspetto forse più interessante è rappresentato dalla compresenza di modelli regolatori differenti. Da un lato continuano a operare le categorie del diritto internazionale classico; dall'altro si sviluppano strutture nelle quali Stati, organizzazioni internazionali, imprese, organizzazioni non governative, comunità tecniche e individui partecipano congiuntamente alla formazione di regole. La *governance* di Internet assume così una struttura tipicamente *multistakeholder*, nella quale la soggettività internazionale tradizionale non costituisce più il criterio necessario per partecipare ai

⁹⁰ A. Pierini, *Il diritto delle organizzazioni internazionali «del governo mondiale»*, cit., sul potenziamento del Financial Stability Board e sulla progressiva assunzione da parte di quest'ultimo di una funzione diretta di *standard setting*, mediante raccomandazioni e linee guida aventi natura di *soft law* transnazionale.

⁹¹ G.M. Ruotolo, *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*, infra, 701 ss. Il contributo esamina RFC, regime giuridico di Internet, DNS e ICANN al fine di verificare la più generale tendenza all'informalizzazione dei procedimenti e delle fonti dell'ordinamento internazionale.

processi regolativi.

Particolare rilevanza assume il carattere delle regole prodotte in questi contesti. Ruotolo osserva opportunamente che esse non sono facilmente riconducibili neppure alla categoria tradizionale della *soft law*. Molte regole tecniche della Rete sono formalmente informali e prive di sanzioni pubblicistiche, ma risultano sostanzialmente inderogabili per chi intenda utilizzare l'infrastruttura: il mancato rispetto delle RFC o delle regole del DNS può comportare, in concreto, l'impossibilità di partecipare al sistema. Esse sono dunque «soft» quanto alla forma della produzione, ma assai meno quanto alla loro effettività⁹².

L'A. conclude, tuttavia, con una notazione di cautela, che conviene conservare. Il consenso statale continua a giocare un ruolo determinante anche entro le strutture informali; ciò che cambia sono le modalità e le sedi attraverso le quali esso viene manifestato. Non può quindi dirsi perfezionato il superamento della struttura post-vestfaliana dell'ordinamento internazionale. Il *global law* non sostituisce integralmente il diritto internazionale né forma un metaordinamento mondiale: assistiamo piuttosto all'emersione di nuovi procedimenti normativi che si affiancano a quelli tradizionali, modificandone il funzionamento e ampliando la platea dei soggetti partecipanti.

Chiude la sessione la relazione di Alessandra Di Martino su *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*,⁹³ già richiamata *supra* (§ 2) con riguardo allo statuto disciplinare della comparazione pubblicistica. Il contributo assume, nel contesto di questa sessione, un rilievo particolare perché sposta la nozione stessa di «produzione normativa» dal piano degli atti e dei soggetti a quello della circolazione dei significati giuridici.

Di Martino prende le mosse dalla pluralità delle metafore attraverso le quali la comparazione ha tentato di descrivere il trasferimento del diritto: «trapianti», «prestiti», «circolazioni», «esportazioni», «importazioni», *transfers*, «innesti», «fertilizzazioni», «contaminazioni», «comunicazioni», «dialoghi», «migrazioni». Non si tratta di una semplice varietà terminologica. Ogni metafora presuppone una diversa concezione del diritto: alcune evocano il trasferimento meccanico di un oggetto relativamente autonomo dal proprio contesto; altre processi organici di

⁹² G.M. Ruotolo, *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*, cit., sul carattere difficilmente riconducibile alla stessa *soft law* delle regole informali della Rete: il rispetto delle RFC e delle regole relative al DNS costituisce infatti una condizione sostanzialmente necessaria per l'accesso e l'utilizzazione dell'infrastruttura.

⁹³ A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, infra, 743 ss. L'A. ricostruisce criticamente le principali metafore dei *legal transfers* e delle migrazioni costituzionali, soffermandosi sull'autonomia del diritto, sulle culture costituzionali, sui rapporti fra egemonia e comunicazione delle tradizioni e sulle varietà del costituzionalismo.

adattamento; altre ancora relazioni ermeneutiche nelle quali il significato stesso della regola viene trasformato.

Proprio questo punto consente di superare l'immagine troppo semplice del «trapianto». Un istituto o una regola non costituiscono elementi «da imballaggio» suscettibili di essere trasferiti immutati da un ordinamento all'altro. Il passaggio fra sistemi produce necessariamente reinterpretazione, ridisegno e bricolage: il significato originario viene modificato dal nuovo contesto e dalla mentalità degli interpreti che lo ricevono. L'apparente impossibilità del trapianto non implica quindi impossibilità della circolazione, ma consapevolezza del fatto che ogni ricezione è, inevitabilmente, trasformazione⁹⁴.

Da qui la centralità attribuita alle culture costituzionali. Esse comprendono fattori storici, politici, economici, sociologici, antropologici e filosofici che eccedono la dimensione strettamente normativa ma contribuiscono a determinare il significato effettivo delle istituzioni. La medesima soluzione formale può quindi assumere funzioni differenti quando venga inserita in culture costituzionali diverse. La comparazione non può limitarsi a mettere a confronto testi e istituti, ma deve ricostruire le reti di significato entro le quali questi operano.

La valorizzazione del contesto non conduce però a un relativismo assoluto. Di Martino mantiene aperta la tensione tra universalismo e particolarismo: riconoscere la specificità delle culture costituzionali non significa negare la possibile esistenza di soluzioni condivise né le aspirazioni universalistiche del costituzionalismo; significa evitare che queste ultime vengano assunte come neutrali o naturali, occultandone la genesi storica e culturale.

È proprio qui che la riflessione sulla circolazione giuridica incontra il tema del potere. Di Martino ricostruisce accanto alle teorie dei trapianti e delle migrazioni quelle che interpretano la circolazione in termini di egemonia, mettendo in evidenza come l'esportazione di istituzioni e concetti possa derivare da rapporti asimmetrici tra ordinamenti e culture. Le prospettive postcoloniali assumono, sotto questo profilo, un rilievo essenziale: concetti apparentemente universali come Stato, costituzione, globalità o cosmopolitismo appartengono storicamente alla tradizione euro-atlantica e la loro estensione ad altri contesti può produrre forme di occultamento delle specificità locali⁹⁵.

Questa cautela assume particolare importanza rispetto al global

⁹⁴ A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, cit., sul necessario lavoro di ricontestualizzazione che accompagna ogni *transfer*: norme e istituti non possono essere trattati come elementi «pronti all'uso», perché nel nuovo contesto sono inevitabilmente oggetto di «reinterpretazione, ridisegno e bricolage».

⁹⁵ Ivi, sulla necessità di ricostruire la genealogia euro-atlantica dei concetti costituzionali utilizzati nella globalizzazione e sulla rilevanza, a tal fine, delle prospettive postcoloniali e della *global history of ideas*, che mettono in discussione la presunta neutralità di categorie presentate come globali o universali.

constitutionalism. La circolazione globale di categorie costituzionali non deve essere identificata automaticamente con la loro universalizzazione. Il linguaggio del costituzionalismo può divenire esso stesso veicolo di egemonia, soprattutto quando soluzioni elaborate all'interno di specifiche esperienze occidentali vengono presentate come standard neutrali e universalmente validi. Da questo punto di vista, le teorie critiche richiamate da Di Martino sottolineano come anche la globalizzazione dei diritti e delle tecniche costituzionali possa interagire con la riorganizzazione globale dell'economia e con rapporti di potere tra centri e periferie.

Particolarmente interessante è inoltre l'analisi della comunicazione trans-giudiziale. L'utilizzo di precedenti stranieri da parte delle corti costituzionali e supreme costituisce certamente uno dei principali veicoli contemporanei della circolazione delle idee costituzionali; ma anche in questo caso il trasferimento non è neutrale. Un precedente può essere selezionato, decontestualizzato e utilizzato strategicamente per rafforzare una soluzione già preferita. La stessa «identità costituzionale», divenuta negli ultimi anni un argomento circolante fra numerose corti europee, mostra come una categoria possa essere importata e contemporaneamente trasformata sino a svolgere funzioni anche assai diverse da quelle proprie del contesto di origine.

Il fenomeno ha dunque una natura ambivalente. La comunicazione tra le corti può favorire la costruzione di principi comuni, ma può anche produrre forme di appropriazione selettiva, resistenza o addirittura «avversione» rispetto ai modelli stranieri. Anche il non-trapianto può assumere un significato costituzionale: una comunità politica costruisce talvolta la propria identità precisamente attraverso il rifiuto di soluzioni considerate estranee⁹⁶. La circolazione non deve perciò essere ricostruita come un moto unidirezionale dalla fonte «prestigiosa» verso l'ordinamento ricevente, ma come un processo nel quale ricezione, adattamento, rifiuto e trasformazione concorrono tutti alla produzione di nuovo diritto.

Questo mi sembra il punto nel quale la relazione di Di Martino si collega più strettamente al tema generale del convegno. La circolazione non costituisce semplicemente un fenomeno esterno alle fonti: può diventare essa stessa uno dei processi attraverso i quali le fonti acquistano nuovi significati. Una medesima disposizione, un principio o una tecnica argomentativa, passando da un ordinamento a un altro, viene ricostruita dalla dottrina, utilizzata dalla giurisprudenza e adattata dalla legislazione. Non nasce necessariamente una nuova categoria formale di fonte, ma cambia il contenuto della fonte esistente attraverso l'intervento del formante culturale e interpretativo.

⁹⁶ Ivi, sui problemi di legittimazione connessi al ricorso ai modelli stranieri e sulla rilevanza comparatistica anche dei fenomeni di non-circolazione o «avversione», attraverso i quali l'identità costituzionale di una comunità può formarsi per contrapposizione rispetto a un modello esterno.

La relazione consente inoltre di precisare una questione già emersa nella sessione precedente. La globalizzazione giuridica non produce soltanto convergenza, ma anche differenziazione. La circolazione di modelli apparentemente comuni può accentuare le differenze proprio perché ogni sistema li ricontestualizza secondo la propria cultura costituzionale. La diffusione globale di concetti come proporzionalità, dignità, identità costituzionale o *rule of law* non implica necessariamente uniformità semantica: dietro un medesimo lessico possono persistere concezioni profondamente diverse del rapporto tra individuo, comunità, Stato e costituzione.

Considerate unitariamente, le quattro relazioni permettono allora di individuare un tratto comune. La globalizzazione non elimina la produzione normativa; ne disloca i luoghi, ne pluralizza gli attori e ne rende più opachi i criteri di legittimazione. Nella *lex mercatoria* e nelle piattaforme digitali il potere normativo può provenire direttamente dai privati; nella *global economic governance* esso si forma attraverso reti di istituzioni politiche e tecniche e circola prevalentemente sotto forma di standard; nella disciplina di Internet emerge da processi *multistakeholder* e informali; nella circolazione delle idee costituzionali opera attraverso processi culturali e interpretativi privi di un unico centro produttore.

Il contributo di Mostacci consente però di spingere questa conclusione ancora oltre. Non siamo semplicemente davanti a una nuova frammentazione delle fonti. La frammentazione presuppone ancora l'esistenza di una pluralità di fonti che possano, almeno teoricamente, essere ricondotte a un sistema. La destrutturazione indica invece la possibilità che vengano meno persino i luoghi e le tecniche attraverso cui operare tale ricomposizione. Quando l'arbitrato sostituisce sistematicamente la giurisdizione pubblica, la piattaforma incorpora la regola nell'architettura tecnologica e il mercato viene rappresentato come ordine naturale, il diritto rischia di perdere non soltanto la propria centralità statale, ma la propria capacità di presentarsi come spazio visibile e contestabile della decisione collettiva.

Da questo punto di vista, la «depoliticizzazione 2.0» rappresenta una categoria particolarmente feconda. Il problema costituzionale non consiste soltanto nel fatto che la regola sia prodotta da un soggetto privo di legittimazione democratica, ma nel fatto che la natura normativa della decisione venga occultata. Se una scelta viene incorporata in un algoritmo, in un *rating system* o nell'architettura di una piattaforma e presentata come conseguenza tecnica inevitabile, essa viene sottratta non soltanto al procedimento legislativo ma, più radicalmente, alla possibilità stessa di riconoscerla come scelta politica e quindi di contestarla.

Parallelamente, Di Martino mostra che anche la dimensione apparentemente opposta, quella della circolazione «virtuosa» delle idee costituzionali, deve essere sottratta a una rappresentazione ingenua. Non esiste circolazione senza selezione, interpretazione e potere. I modelli

viaggiano attraverso corti, accademie, organizzazioni internazionali, reti professionali e soggetti politici; vengono adottati perché considerati autorevoli, efficienti o universalmente validi, ma anche perché sostenuti da rapporti di prestigio ed egemonia. Il problema non è quindi scegliere tra la tesi della libera comunicazione delle tradizioni e quella dell'imposizione egemonica: nell'esperienza concreta entrambe le dimensioni possono coesistere.

Proprio l'accostamento tra Mostacci e Di Martino permette allora di cogliere due facce complementari della globalizzazione giuridica. Mostacci mostra come la regola possa diventare invisibile perché incorporata nei meccanismi economici e tecnologici; Di Martino mostra come possa diventare apparentemente universale perché separata dal contesto storico e culturale che ne ha prodotto il significato. In entrambi i casi il compito della comparazione consiste in un'operazione di disvelamento: riportare alla luce, dietro l'apparente neutralità del mercato, della tecnica o del modello circolante, i soggetti, gli interessi, le culture e le scelte che concorrono alla produzione della normatività.

È questo, probabilmente, il risultato più rilevante della quarta sessione ai fini della riflessione sulle fonti. Il post-Westfaliano non coincide soltanto con la crisi della sovranità territoriale. Esso mette in discussione tre equivalenze sulle quali era costruita gran parte della teoria moderna delle fonti: diritto e Stato; produzione normativa e procedimento formalizzato; normatività e decisione giuridicamente visibile. Le relazioni mostrano che una regola può essere prodotta da soggetti privati, elaborata da reti transnazionali, incorporata in infrastrutture tecnologiche o trasferita attraverso circuiti culturali e interpretativi, senza che per questo la sua capacità di orientare le condotte risulti meno intensa.

Anche la quarta sessione conferma, sotto una diversa luce, l'assunto già anticipato: il catalogo delle fonti individuato da Pizzorusso resta valido nei suoi contenitori generali, ma la sua articolazione concreta è investita da una crescente ibridazione. Tanto nella regolamentazione finanziaria transnazionale quanto nella disciplina di Internet, il formante convenzionale e quello consuetudinario si intrecciano con procedimenti informali di *soft law* elaborati da reti di soggetti pubblici e privati che sfuggono alla tradizionale distinzione tra fonti statali e fonti internazionali; mentre la circolazione stessa dei modelli giuridici e costituzionali, ormai irriducibile ai soli canali della colonizzazione o dell'imposizione egemonica, si rivela essa stessa un formante di rango culturale, la cui capacità aggregativa – come già rilevato con riguardo alle esperienze extra-occidentali esaminate nella sessione precedente – resta condizionata dalla persistenza delle culture costituzionali di destinazione.

A ciò si può ora aggiungere che la maggiore difficoltà non consiste nell'assenza di categorie attraverso le quali descrivere la legittimazione delle norme, quanto nell'identificazione del momento nel quale una decisione

acquista effettivamente carattere normativo. L'effettività torna così a occupare una posizione centrale. La *lex mercatoria* è efficace perché gli operatori e gli arbitri la riconoscono; gli standard finanziari acquistano forza perché condizionano le scelte degli Stati e dei mercati; le regole tecniche di Internet sono sostanzialmente inderogabili perché costituiscono la condizione di accesso alla Rete; i modelli costituzionali circolanti acquistano significato perché vengono reinterpretati e incorporati nelle culture giuridiche riceventi.

La globalizzazione, pertanto, non sembra produrre una nuova fonte unitaria e sovraordinata alle altre. Produce piuttosto una pluralità di processi di normazione che attraversano e ricombinano le categorie già conosciute, rendendo sempre più difficile distinguere nettamente fra produzione politica, convenzionale, consuetudinaria, giurisprudenziale e culturale: la crisi della statualità delle fonti è accompagnata da una crescente opacità dei processi di legittimazione normativa, e la comparazione serve precisamente a riportarli alla luce.

In questo senso, proprio le nuove frontiere analizzate nella sessione costituiscono forse la verifica più radicale della perdurante utilità, ma anche della necessaria lettura dinamica, della tassonomia di Pizzorusso.

5. Le sessioni parallele

Le cinque sessioni parallele, nelle quali sono intervenuti ben 53 relatori, selezionati sulla base di una call for paper che ha escluso un numero significati di altri giovani studiosi, si distaccano in parte da questo schema, proponendo una riflessione che distingue tra il tipo di fonte preso in considerazione. Si parte, così, dalla contrapposizione tra fonti politiche (cui è dedicata la prima sessione parallela) e fonti culturali (se ne occupa la seconda), per esaminare poi i fenomeni legati alla produzione normativa nel pluralismo multilivello (terza sessione parallela), inteso tanto nella sua dimensione infra-statuale (dei rapporti tra federazione e stati membri/stato e regioni, oltre per le interazioni tra l'ordinamento giuridico ufficiale e sistemi di regole *praeter legem* di matrice religiosa), che sovra-statuale (integrazioni sovranazionali, ma soprattutto, dinamiche transnazionali – in primis la *lex sportiva*, legate anche alla crescente diffusione delle nuove tecnologie e dei fenomeni di digitalizzazione). Con la quarta sessione parallela si è cercato di recuperare una serie di riferimenti ai modelli di produzione normativa “oltre la tradizione giuridica occidentale”, guardando, in particolare ai contesti dell'Eur-Asia e dell'Africa. Un ambito nel quale riaffiorano problematiche concernenti i diritti di derivazione trascendente e di natura consuetudinaria, anche nel loro rapporto con le fonti politiche e giurisprudenziali.

In considerazione dell'alto numero di contributi e della loro relativa eterogeneità risulta praticamente impossibile una ricostruzione analitica ed

accurata; ci limitiamo, pertanto ad alcune sintetiche considerazioni d'insieme, eccezion fatta per la quinta e ultima delle sessioni parallele che ruota intorno ad un *fil rouge* ben individuabile e di estrema attualità, essendo focalizzato sulle fonti emergenziali nel periodo della pandemia.

Della prima sessione parallela, dedicata alle fonti politiche tra democrazia diretta e rappresentativa, la relazione di sintesi di Angela Di Gregorio e Carlo Casonato⁹⁷ individua il filo conduttore dei contributi nella crescente compressione dello spazio delle fonti politiche tradizionalmente intese, ad opera tanto delle incursioni dei soggetti privati – imprese digitali, piattaforme, gruppi di interesse – quanto delle distorsioni della democrazia diretta e del principio maggioritario amplificate dalle nuove tecnologie. Ne risulta una democrazia rappresentativa al tempo stesso arricchita e insidiata dagli strumenti digitali, che spinge la dottrina comparatistica a interrogarsi sulla tenuta delle proprie categorie tradizionali di fronte a fenomeni – la manipolazione algoritmica del consenso, l'uso plebiscitario del referendum, la stessa ipotesi di una soggettività politica per le intelligenze artificiali – che eccedono lo schema classico delle forme di stato e di governo.

Della terza sessione parallela, dedicata alla produzione normativa nel pluralismo multilivello degli ordinamenti giuridici, si occupa la sintesi di Miriam Iacometti e Jens Woelk⁹⁸, che nei contributi presentati rintraccia un duplice registro: da un lato l'approfondimento di specifici snodi del rapporto tra ordinamento nazionale, europeo e internazionale – dalla condizionalità connessa al Next Generation EU all'effetto diretto del diritto UE, sino ai rapporti tra autonomia dell'Unione e diritto internazionale generale –; dall'altro l'emersione di ulteriori forme di pluralismo, giuridico-religioso (i rapporti tra ordinamento statale e diritto islamico in tema di scioglimento del matrimonio) o territoriale (il riparto delle risorse finanziarie tra centro e autonomie speciali). Il filo che lega i contributi, secondo i curatori, è la straordinaria complessità di uno scenario nel quale la sfida principale resta quella di preservare un controllo, anche solo di natura parlamentare, sui nuovi poteri pubblici e privati che intervengono nella produzione normativa multilivello, a garanzia della tenuta dei diritti fondamentali.

La quarta sessione parallela, dedicata al superamento della tradizione giuridica occidentale nei sistemi normativi dell'Eur-Asia e dell'Africa, è stata oggetto di una duplice relazione di sintesi. Domenico Amirante⁹⁹ vi legge la conferma di un processo di piena maturazione, in seno alla comparatistica pubblicistica italiana, degli studi rivolti agli ordinamenti extra-occidentali –

⁹⁷ A. Di Gregorio – C. Casonato, *Le fonti politiche tra democrazia diretta e rappresentativa. Riflessioni di sintesi*, *infra*, 1315 ss.

⁹⁸ M. Iacometti – J. Woelk, *La produzione normativa nel pluralismo multilivello degli ordinamenti giuridici. Riflessioni di sintesi*, *infra*, 1529 ss.

⁹⁹ D. Amirante, *Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in «Eur-Asia» e Africa. Riflessioni di sintesi. Gli «acquis» della comparazione oltre-occidente fra pluralismo giuridico e formanti*, *infra*, 1721 ss.

non più confinati, come ancora un decennio fa, nella nicchia di un interesse ritenuto marginale –, segnalando al contempo l'esigenza di un approccio metodologico «contestuale», capace di valorizzare il formante culturale senza scivolare in una lettura appiattita sul solo modello di common law. Ciro Sbaìlò¹⁰⁰ muove da premesse più radicali, rintracciando nella comparazione giuspubblicistica extra-occidentale il luogo in cui si rivela il nesso, tutto interno alla cultura occidentale, tra le aporie della nozione di «spazio pubblico» e la pretesa universalità di categorie che, come dimostrato dalla stessa disputa sui c.d. «Asian values», finiscono per essere ridefinite proprio nell'atto di essere contestate.

Un rilievo autonomo merita la sessione dedicata alle *fonti dell'emergenza nella crisi pandemica*, nella quale le relazioni di Luca Di Majo, Andrea Marchetti, Stefano Bargiacchi, Federico Spagnoli, Enrico Buono e Jacopo Paffarini hanno consentito di sottoporre il sistema delle fonti a una sorta di *stress test* comparato, osservandolo nel momento in cui la necessità di adottare decisioni rapide, destinate a incidere profondamente sui diritti fondamentali e sui rapporti economici e sociali, ha sottoposto a particolare tensione le ordinarie regole sulla produzione normativa¹⁰¹. Le esperienze esaminate confermano, anzitutto, che l'emergenza non determina necessariamente la formazione di un autonomo sistema di fonti, né può essere ricostruita identificando senz'altro la necessità con una nuova fonte del diritto. Piuttosto, essa modifica gli equilibri tra le fonti esistenti, ne altera i normali rapporti e accentua tendenze già presenti negli ordinamenti: espansione della normazione degli esecutivi, marginalizzazione delle assemblee rappresentative, accentramento territoriale, crescente incidenza del sapere tecnico-scientifico e maggiore flessibilità temporale e contenutistica delle regole.

Le due relazioni di sintesi di questa sessione parallela insistono su altrettanti nodi problematici: Marina Calamo Specchia¹⁰² sul delicato equilibrio tra libertà e sicurezza, che l'emergenza sanitaria ha esposto al rischio di una torsione autoritaria delle stesse fonti del diritto; Romano

¹⁰⁰ C. Sbaìlò, *Oltre la tradizione giuridica occidentale: questioni e problemi dei sistemi normativi in «Eur-Asia» e Africa. Riflessioni di sintesi: se la dottrina giuspubblicistica ha un futuro...*, *infra*, 1727 ss.

¹⁰¹ L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità?*, *infra*, 1737 ss.; A. Marchetti, *La limitazione temporale degli effetti giuridici delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria, spunti comparatistici a partire dalle "sunset clauses" britanniche*, *infra*, 1753 ss.; S. Bargiacchi, *Tra crisi economica ed emergenza sanitaria: la decretazione d'urgenza in Italia e in Spagna, vecchi rimedi per nuovi problemi?*, *infra*, 1783 ss.; F. Spagnoli, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo. Discipline e impieghi in Italia, Spagna e Stati Uniti*, *infra*, 1799 ss.; E. Buono, *Tipo di Stato e conflittualità interlivello. Tensioni dello Stato regionale nell'emergenza Covid-19*, *infra*, 1823 ss.; J. Paffarini, *Indirizzo politico e regulation dopo l'emergenza Covid-19. Alcune riflessioni sulle recenti tendenze dell'antitrust*, *infra*, 1837 ss.

¹⁰² M. Calamo Specchia, *Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica. Riflessioni di sintesi. Le fonti del «diritto della pandemia» tra forma e sostanza*, *infra*, 1855 ss.

Orrù¹⁰³ sul controverso rapporto tra scienza e politica nella gestione dell'emergenza, che ha reso ancora più evidenti le difficoltà del diritto a mediare tra l'esigenza di una risposta rapida e il rispetto delle garanzie costituzionali.

Il primo profilo, affrontato da Luca Di Majo ne *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza nella progettazione normativa: un problema o un'opportunità?*¹⁰⁴, investe uno dei tratti maggiormente caratterizzanti della normazione pandemica: la straordinaria incidenza delle conoscenze scientifiche sulla determinazione del contenuto delle decisioni politiche. L'emergenza ha reso particolarmente evidente un rapporto che non nasce certamente con il Covid-19, ma che in quella occasione ha raggiunto un'intensità senza precedenti. Alla «latenza» e all'impreparazione iniziale della politica si è affiancata la crescente centralità di comunità scientifiche e organismi tecnici non sempre organicamente inseriti nell'amministrazione, con il rischio che il riferimento all'expertise potesse diventare anche uno strumento di deresponsabilizzazione della decisione politica.

La soluzione suggerita non consiste, tuttavia, né nella subordinazione della politica alla scienza né, inversamente, nella rivendicazione di una discrezionalità politica impermeabile al dato scientifico. Di Majo insiste opportunamente sulla «compenetrazione biunivoca» tra i due momenti, da costruire attraverso procedimenti aperti, trasparenti e controllabili, nei quali il sapere specialistico possa entrare in contraddittorio con il decisore pubblico. In tale prospettiva acquistano rilievo gli strumenti della *better regulation* – AIR, ATN, VIR, consultazioni ed analisi preventive –, destinati non a sostituire la decisione politica ma a renderne verificabili i presupposti conoscitivi. La scienza, infatti, non detiene il monopolio della razionalità: accanto alla razionalità scientifica permane quella propriamente giuridica e costituzionale del bilanciamento tra fatti, interessi e diritti. Il dato è particolarmente importante perché impedisce che l'espressione, spesso utilizzata durante la pandemia, «lo vuole la scienza» diventi una formula capace di occultare la responsabilità politica della scelta.

Una diversa risposta al problema dell'eccezionalità è analizzata da Andrea Marchetti, nella relazione sulla limitazione temporale degli effetti delle fonti e sulle *sunset clauses*¹⁰⁵. Il fattore temporale rappresenta infatti una

¹⁰³ R. Orrù, *Le fonti dell'emergenza nella crisi pandemica. Riflessioni di sintesi. Il controverso rapporto tra «scienza» e «politica»*, *infra*, 1878 ss.

¹⁰⁴ L. Di Majo, *La compenetrazione biunivoca tra politica e scienza*, cit. Sulla centralità della trasparenza, della partecipazione e dell'*accountability* e sull'esigenza di una procedimentalizzazione aperta e controllabile del rapporto fra *expertise* e decisione politica, v. anche R. Orrù, *Il controverso rapporto tra "scienza" e "politica"*, *infra*, 1878 ss.

¹⁰⁵ A. Marchetti, *La limitazione temporale degli effetti giuridici delle fonti*, cit. Le *sunset clauses* assumono particolare valore nell'emergenza quale possibile contrappeso alla concentrazione di potestà normative nell'esecutivo. Sulla loro funzione di separare la legislazione emergenziale da quella ordinaria ed evitare la stabilizzazione delle misure eccezionali, *ivi*, conclusivamente.

delle principali garanzie che consentono di distinguere il diritto dell'emergenza dal diritto ordinario. La legislazione straordinaria può giustificare procedure accelerate, deleghe più ampie e restrizioni di diritti che non sarebbero ammissibili in condizioni normali; proprio per questo diviene essenziale impedire che misure giustificate dall'eccezione si stabilizzino, trasferendosi nella fisiologia dell'ordinamento.

L'esperienza britannica del *Coronavirus Act 2020* offre sotto questo profilo un laboratorio particolarmente significativo. L'ampio ricorso alle *sunset clauses* ha consentito di predeterminare la durata di numerose misure e di sottoporle a successivi momenti di verifica parlamentare, collegando la temporaneità della legislazione alla valutazione della sua persistente necessità e proporzionalità. Marchetti sottolinea peraltro che il *sunsetting* acquista autentica valenza garantistica soltanto quando alla scadenza automatica si accompagna un'effettiva *evaluation* degli effetti prodotti dalla disciplina. In tal modo il Parlamento è chiamato non semplicemente a ratificare una proroga, ma a riesaminare i presupposti della regolazione, correggerne il contenuto o determinarne la cessazione. La temporaneità diventa così non solo una tecnica di produzione normativa ma uno strumento per preservare la differenza tra eccezione e normalità.

Il problema torna, sotto una diversa angolazione, nella relazione di Stefano Bargiacchi sulla decretazione d'urgenza in Italia e in Spagna¹⁰⁶. Il confronto tra i due ordinamenti conferma in maniera particolarmente evidente una delle intuizioni più risalenti di Pizzorusso: l'esistenza di un collegamento fra grado di razionalizzazione della forma di governo e distribuzione delle potestà normative tra Parlamento ed esecutivo. La pandemia si è inserita in ordinamenti nei quali il decreto-legge aveva già cessato da tempo di rappresentare uno strumento realmente eccezionale, divenendo una delle modalità ordinarie attraverso le quali il Governo realizza il proprio indirizzo politico. L'emergenza ha quindi agito meno come causa di una trasformazione che come fattore di accelerazione di una trasformazione già intervenuta.

In Italia il fenomeno è risultato particolarmente evidente sia per l'impiego quantitativamente assai intenso della decretazione d'urgenza sia per il rapporto costruitosi fra decreto-legge e DPCM, con il primo utilizzato quale fonte autorizzatoria dei secondi, ai quali veniva concretamente affidata l'individuazione di numerose misure restrittive. A ciò si è aggiunto il problema della crescente disomogeneità fra decreti-legge e relative leggi di conversione. La pandemia ha così sottoposto il sistema delle fonti a uno «stress» che ha esasperato patologie preesistenti, confermando il nesso fra dilatazione della normazione governativa e modificazione sostanziale della forma di governo.

¹⁰⁶ S. Bargiacchi, *Tra crisi economica ed emergenza sanitaria*, cit. L'A. assume espressamente quale chiave interpretativa la correlazione indicata da Pizzorusso tra razionalizzazione della forma di governo e uso delle fonti del diritto.

La comparazione viene ulteriormente sviluppata da Federico Spagnoli, che estende l'osservazione agli Stati Uniti¹⁰⁷. Italia, Spagna e Stati Uniti hanno conosciuto tutti un significativo ricorso agli atti normativi dell'esecutivo, ma la medesima tendenza ha prodotto conseguenze differenti in ragione della forma di governo, della disciplina costituzionale o legislativa dell'emergenza e della struttura territoriale dello Stato. In Italia e Spagna l'assemblea legislativa è risultata spesso confinata in una posizione di ratifica delle decisioni già assunte dal Governo; nel sistema presidenziale statunitense, invece, il Congresso ha conservato maggiori capacità di intervento autonomo, soprattutto sul versante delle misure economiche e sanitarie.

Ne emerge una conclusione importante sul piano comparato: l'espansione dell'esecutivo costituisce una tendenza comune, ma non produce necessariamente gli stessi effetti sistemici. Il quadro costituzionale nel quale l'emergenza viene assorbita continua a contare. La separazione dei poteri, la capacità di controllo delle assemblee, il federalismo e la predeterminazione legislativa dei poteri emergenziali possono contenere il grado di concentrazione. Spagnoli conclude infatti che, pur essendo comprensibile un temporaneo predominio dei governi centrali, esso non dovrebbe tradursi in un'abdicazione delle assemblee legislative proprio nei momenti nei quali le decisioni incidono più profondamente sull'ordinamento e sui diritti.

A questa dimensione orizzontale dei rapporti fra poteri si aggiunge quella verticale studiata da Enrico Buono, che utilizza Italia e Spagna quali paradigmi dello Stato regionale¹⁰⁸. L'emergenza ha inizialmente favorito una forte tendenza all'accentramento, ma le Regioni e le Comunità autonome non hanno cessato di rivendicare propri spazi decisionali. Ne è derivata, soprattutto nella prima fase, la formazione di veri e propri «contro-sistemi» delle fonti emergenziali, con sovrapposizioni e conflitti che hanno inciso negativamente sulla certezza del diritto. La Corte costituzionale italiana e il *Tribunal Constitucional* spagnolo sono stati così chiamati a ricomporre per via giurisdizionale conflitti che la debolezza dei meccanismi di cooperazione politica non era riuscita preventivamente a risolvere.

Anche in questo caso, tuttavia, la lezione che si ricava non è necessariamente favorevole a una risposta centralistica. La crisi ha mostrato piuttosto l'importanza di sedi efficaci di cooperazione tra livelli territoriali. La prospettiva indicata da Buono è quella del recupero della dimensione

¹⁰⁷ F. Spagnoli, *Emergenza sanitaria e atti normativi dell'esecutivo*, cit. La comparazione fra Italia, Spagna e Stati Uniti mostra una tendenza comune all'accentramento dei poteri normativi nell'esecutivo, ma con esiti differenti in funzione della disciplina dei poteri di emergenza e delle rispettive forme di Stato e di governo.

¹⁰⁸ E. Buono, *Tipo di Stato e conflittualità interlivello*, cit., sull'emersione, in Italia e Spagna, di «contro-sistemi» delle fonti emergenziali e sulla successiva ricerca di forme cooperative capaci di ridurre la conflittualità tra centro e autonomie.

collaborativa e solidaristica che dovrebbe appartenere geneticamente allo Stato regionale: l'unitarietà richiesta dall'emergenza non implica cancellazione del pluralismo territoriale, ma presuppone strumenti capaci di coordinarlo. In questo senso la pandemia conferma quanto già emerso, in termini più generali, dalla relazione di Russo: i sistemi territorialmente composti risultano tanto più resilienti quanto più solidi sono gli «anelli di congiunzione» fra i diversi livelli decisionali.

Infine, Jacopo Paffarini sposta l'attenzione sul terreno della regolazione economica e dell'antitrust¹⁰⁹. La prospettiva è particolarmente interessante perché mostra come l'emergenza abbia prodotto movimenti apparentemente contraddittori rispetto alla più generale crescita della normazione tecnica. Nel governo dell'economia, la pandemia ha infatti favorito una riappropriazione di spazi da parte della politica, ridimensionando almeno in parte la centralità acquisita negli ultimi decenni dalle autorità amministrative indipendenti. L'esigenza di sostenere interi settori produttivi, tutelare attività strategiche e intervenire direttamente sul mercato ha riportato in primo piano soggetti politici *pro-active*, rispetto al carattere prevalentemente *re-active* e procedimentalizzato delle autorità di regolazione.

Nella disciplina della concorrenza ciò si traduce in un mutamento ancora più profondo. La crisi del paradigma antitrust imperniato esclusivamente sull'efficienza del mercato e sul benessere del consumatore si accompagna alla riemersione di interessi ulteriori: distribuzione della ricchezza, tutela dei settori strategici, contrasto alle concentrazioni delle grandi piattaforme, accesso ai beni essenziali. Negli Stati Uniti si riapre il problema del potere economico dei grandi operatori digitali; nell'Unione europea il maggiore ricorso al coordinamento intergovernativo e agli interventi pubblici segna un rafforzamento dei formanti politici rispetto alla regolazione indipendente. Paffarini parla significativamente di un'epoca di «eccezionalismo diffuso», nella quale il «ritorno dello Stato salvatore» risponde anche alle tensioni prodotte dalle crescenti diseguaglianze. Il problema, ancora una volta, è stabilire se tali modificazioni resteranno circoscritte alla crisi oppure siano destinate a modificare stabilmente il rapporto tra indirizzo politico e regolazione tecnica.

Considerati nel loro insieme, i sei contributi consentono di evitare una rappresentazione eccessivamente semplice del «diritto dell'emergenza». Non emerge un unico modello, né una generale e indistinta sospensione della normalità costituzionale. Emergono, piuttosto, cinque tensioni strutturali: tra Parlamento e Governo; tra centro e autonomie territoriali; tra decisione politica e sapere scientifico; tra durata eccezionale e stabilizzazione delle

¹⁰⁹ J. Paffarini, *Indirizzo politico e regulation dopo l'emergenza Covid-19*, cit. La crisi pandemica viene utilizzata per verificare la «dequotazione della regolazione indipendente» e la contestuale riemersione del potere di indirizzo degli organi politici nella disciplina dell'economia e della concorrenza.

misure; tra regolazione tecnica indipendente e riappropriazione politica dell'indirizzo economico. La pandemia ha esercitato pressione simultaneamente su tutti questi rapporti, ma gli esiti sono dipesi dalle caratteristiche pregresse dei singoli ordinamenti.

Proprio questa constatazione consente di collegare la sessione alla riflessione generale sulle fonti. L'emergenza non ha creato ex novo le trasformazioni osservate. La centralità dell'esecutivo precedeva la pandemia; la difficoltà dei Parlamenti nel controllare la produzione normativa era già evidente; i conflitti fra centro e periferia appartenevano alla fisiologia degli Stati regionali; il rapporto tra scienza e politica costituiva da tempo uno dei nodi della regolazione delle società tecnologicamente avanzate; la crisi delle autorità indipendenti e la revisione delle politiche di concorrenza erano già avviate. Il Covid-19 ha compresso i tempi e aumentato l'intensità di tali fenomeni, rendendoli contemporaneamente visibili. È proprio in questo senso che l'emergenza può essere considerata un acceleratore e un rivelatore delle trasformazioni del sistema delle fonti.

Questo dato conferma anche la persistente utilità della lettura di Pizzorusso. Il problema della necessità non richiede necessariamente l'individuazione di un'ulteriore categoria di fonte. L'emergenza modifica soprattutto la combinazione e il peso relativo dei criteri di legittimazione già esistenti: rafforza la fonte politica governativa rispetto a quella parlamentare; attribuisce alla conoscenza scientifica una capacità crescente di determinazione dei contenuti normativi; valorizza l'effettività e la rapidità rispetto alla stabilità e alla certezza; sollecita l'intervento della giurisprudenza per ricomporre conflitti tra poteri e livelli territoriali. Ancora una volta, dunque, più che nuovi «contenitori», si osservano nuove e più instabili combinazioni dei formanti.

6. La relazione finale

Chiude il volume la relazione finale di Lucio Pegoraro¹¹⁰, che si sottrae per dichiarata scelta al genere della «relazione di sintesi» per proporre, in due parti distinte, un bilancio critico tanto del convegno quanto, più in generale, dello stato degli studi comparatistici sulle fonti.

La prima parte, dedicata alle «questioni metodologiche», muove da un rilievo quantitativo: la distribuzione dei contributi dovrebbe idealmente disporsi secondo una curva a campana, mentre la tendenza a valutare in blocco, per fasce, tradisce una sopravvalutazione diffusa; per toccare, in successione, il problema lessicale (l'incertezza terminologica che da sempre accompagna lo studio delle fonti), quello epistemologico (l'impossibilità di un'osservazione davvero neutrale: descrivere le fonti significa già scegliere un lessico, e dunque una cultura), quello teorico generale (la persistente

¹¹⁰ L. Pegoraro, *Relazione finale. Iper-costituzione, decostruzione della Stufenbau e nuovi criteri legittimativi del diritto*, *infra*, 877 ss.

difficoltà della dottrina, anche quando rifiuta il formalismo, a liberarsi da un *tertium comparationis* eurocentrico) e, da ultimo, quello politico: anche solo parlare di fonti, per Pegoraro, è «fare politica», perché ogni scelta di prospettiva – linguistica, classificatoria, valutativa – riflette un'opzione di campo che l'onestà intellettuale impone di riconoscere, piuttosto che mascherare dietro una pretesa neutralità scientifica.

In questo quadro severamente critico verso l'eurocentrismo della comparatistica pubblicistica si colloca, come già ricordato *supra*, nota 10, l'eccezione che l'A. riconosce alla tassonomia delle fonti elaborata da AP, l'unica, a suo giudizio, capace di una classificazione sistematica sganciata dai criteri di legittimazione propri della sola tradizione occidentale.

La seconda parte della relazione, la più originale, costruisce la nozione di «iper-costituzione»: una fonte sulla produzione collocata, di fatto, al di sopra della stessa costituzione, i cui criteri di legittimazione, non riposando più sulla sovranità popolare, ma sulla sapienza dei giudici nazionali e transnazionali, la superiorità dei trattati, l'affermazione di valori dichiarati universali, avrebbero progressivamente eroso, senza clamore e senza che la dottrina costituzionalistica se ne dia compiutamente conto, il primato della costituzione quale *supreme law of the land*. Ricostruita nella sua dimensione diacronica a partire dalla colonizzazione, che innesta forme giuridiche occidentali su tradizioni autoctone, alla globalizzazione, letta come una sua prosecuzione in forma «soft» e in quella sincronica, l'iper-costituzione si manifesta, sul piano dinamico, attraverso tre vettori concorrenti: la trasformazione dei limiti alla revisione costituzionale da eccezione a regola, la subordinazione delle costituzioni ai trattati internazionali, e la sostituzione del giudizio dei «giudici-demiurghi» a quello del legislatore o del potere di revisione.

Si tratta di una tesi che innerva l'intero impianto della relazione di una tensione feconda, ma che non manca di sollevare interrogativi. Se, da un lato, l'insistenza sul carattere ineludibilmente situato di ogni discorso sulle fonti (e sulla conseguente impossibilità di un *tertium comparationis* davvero neutrale) costituisce un richiamo salutare alla cautela metodologica di cui questo stesso convegno, nella sua articolazione, ha cercato di farsi carico, dall'altro la stessa diagnosi dell'iper-costituzione, per quanto empiricamente fondata con riguardo alle esperienze costituzionali europee e nordamericane, rischia essa stessa di riflettere un punto di osservazione parziale, se solo si considerano le ben diverse dinamiche: istituzioni deboli, sovranità statale ancora fortemente rivendicata, formanti sovranazionali dall'effettività incerta, che, come si è visto (*supra*, §§ 4-5), caratterizzano buona parte delle esperienze africane, asiatiche e sudamericane discusse nelle altre sessioni del convegno. Meno un'obiezione, questa, che un invito a proseguire l'indagine: se un nuovo criterio di legittimazione delle fonti sia davvero emerso su scala globale, o se non si tratti, piuttosto, dell'ennesima manifestazione, per quanto sofisticata, di quello sguardo occidentale sul mondo che la stessa relazione di

Pegoraro, con più acume di altre, si propone di decostruire.

7. Riflessioni conclusive

Giunti al termine di questo lungo itinerario, è forse possibile tornare, con qualche elemento in più, all'interrogativo posto in apertura (supra, § 2): se la tassonomia delle fonti proposta da Alessandro Pizzorusso quasi quarant'anni, fa con la distinzione tra fonti politiche, giurisprudenziali, consuetudinarie, divine e convenzionali, conservi ancora un valore euristico, o debba essere definitivamente archiviata come reperto di un'epoca, quella della piena sovranità statale, ormai trascorsa.

La risposta che emerge dal complesso delle relazioni raccolte in questi due volumi non è univoca, ma converge, a mio avviso, verso una conclusione più sfumata di quanto la sola formula della «crisi delle fonti», spesso evocata, lasci intendere. I contenitori individuati dal Maestro, ovvero le fonti come categorie generali di legittimazione della potestà normativa, restano validi; nessuna relazione, tra le moltissime qui pubblicate, ha proposto di aggiungerne di nuovi, né di sostituirli con altri. Ciò che è mutato, in profondità, è piuttosto il peso relativo di ciascuno di essi, la loro reciproca combinazione, e soprattutto la loro capacità di descrivere da soli fenomeni che nascono ormai all'incrocio tra più formanti contemporaneamente.

Le prime due sessioni hanno documentato come, all'interno della cornice statale, il baricentro si sia spostato dal diritto legislativo verso l'esecutivo e la giurisdizione, senza che questo spostamento trovi ancora un adeguato inquadramento teorico nelle categorie tradizionali delle forme di governo. La terza e la quarta hanno mostrato come, fuori da quella cornice, l'effettività dei formanti sovranazionali sia tutt'altro che uniforme, dipendendo dal grado di istituzionalizzazione raggiunto dai singoli processi di integrazione, e come essa si intrecci sempre più spesso con formanti di matrice privata, tecnologica, financo algoritmica, che eccedono la stessa nozione di fonte in senso soggettivo su cui la dottrina si è a lungo attardata. Le sessioni parallele, pur nella loro necessaria selettività, hanno confermato questa lettura da angolazioni ulteriori: il pluralismo territoriale, quello religioso, quello legato alle nuove tecnologie della partecipazione politica sono tutte manifestazioni di un medesimo fenomeno di frammentazione e, insieme, di ibridazione dei processi di produzione normativa.

Un primo dato di carattere generale sembra allora potersi ricavare dall'insieme delle analisi che precedono: il pluralismo giuridico, lungi dal rappresentare un fenomeno nuovo, acquista negli ordinamenti contemporanei un'intensità e soprattutto una qualità differenti rispetto al passato. La pluralità degli ordinamenti, che la teoria istituzionalistica aveva colto già nel momento di massima affermazione dello Stato sovrano, non si manifesta più soltanto attraverso la compresenza, entro uno stesso spazio sociale, di organizzazioni capaci di produrre un proprio diritto. Nel contesto

post-vestfaliano essa opera contemporaneamente in senso verticale e orizzontale: ordinamenti statali, sovranazionali, internazionali e transnazionali si sovrappongono e interferiscono tra loro, mentre soggetti privati, comunità religiose, organizzazioni professionali, operatori economici e, più recentemente, piattaforme tecnologiche concorrono alla produzione di regole dotate di diversa intensità normativa. Il pluralismo non costituisce dunque soltanto una caratteristica dell'ambiente nel quale operano le fonti, ma tende a divenire un elemento strutturale dello stesso modo di produzione del diritto.

La novità rispetto alle tradizionali costruzioni pluralistiche consiste soprattutto nella difficoltà di individuare un ordinamento generale capace di ricondurre stabilmente questa molteplicità a unità. La crisi del paradigma vestfaliano non determina la scomparsa dello Stato, che conserva una posizione essenziale e per molti aspetti insostituibile, ma ne ridimensiona la pretesa di esclusività quale luogo nel quale il fenomeno giuridico trova origine, riconoscimento e sistemazione. Il pluralismo contemporaneo assume pertanto una conformazione policentrica e, frequentemente, eterarchica: più ordinamenti e più criteri di legittimazione convivono, si intersecano e talora entrano in conflitto senza che sia sempre disponibile una norma superiore capace di determinarne definitivamente i rispettivi rapporti. È precisamente questa accentuazione del pluralismo, più ancora della semplice moltiplicazione delle fonti, a rappresentare uno dei caratteri qualificanti dei sistemi normativi post-vestfaliani¹¹¹.

Da questa trasformazione deriva una seconda conseguenza, particolarmente rilevante per la teoria delle fonti. Una parte crescente dei problemi che siamo abituati a qualificare come problemi di rapporti tra fonti sembra essere diventata, più propriamente, un problema di rapporti e di raccordi tra ordinamenti. Gerarchia, competenza, successione nel tempo e specialità continuano naturalmente a svolgere la loro funzione quando le norme poste a confronto appartengano a un medesimo sistema, nel quale sia possibile individuare norme sulla produzione comuni e criteri prestabiliti di soluzione delle antinomie. La loro capacità esplicativa diminuisce, invece, quando la relazione si stabilisce tra regole che appartengono a ordinamenti differenti, ciascuno dei quali rivendica una propria autonomia e dispone di propri criteri di validità e di legittimazione.

In questi casi la questione decisiva non consiste più soltanto nello stabilire quale fonte debba prevalere, ma preliminarmente nel comprendere attraverso quali meccanismi ordinamenti differenti entrino reciprocamente

¹¹¹ La questione non è nuova, v. già S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, II ed., Firenze, 1946; di recente, cfr. G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, 1997, 3 ss., che riconduce espressamente il diritto globale non statale a una nuova fase del *legal pluralism*; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010, che costruisce il diritto postnazionale come interazione eterarchica fra ordini differenti.

in comunicazione. Rinvio, riconoscimento, adattamento, primato, effetto diretto, interpretazione conforme, equivalenza, mutuo riconoscimento, dialogo tra corti, cooperazione istituzionale rappresentano, pur nella loro profonda diversità, altrettante tecniche attraverso le quali viene costruita una relazione tra sistemi normativi che non sono necessariamente inseriti in una medesima struttura gerarchica. Il tradizionale problema delle antinomie tende così ad essere preceduto, e in parte sostituito, da quello delle interconnessioni: prima ancora di determinare quale norma trovi applicazione occorre stabilire in quale modo un ordinamento riconosca rilevanza alla norma prodotta da un altro ordinamento.

La teoria delle fonti viene in tal modo sollecitata ad ampliare il proprio oggetto. Alla dimensione prevalentemente verticale propria della *Stufenbau*, costruita intorno alla collocazione degli atti normativi entro un singolo ordinamento, si affianca una dimensione orizzontale o reticolare, nella quale assumono importanza crescente le tecniche di collegamento, coordinamento e reciproco riconoscimento. Non si tratta di decretare la fine della gerarchia, che continua a operare all'interno dei singoli sistemi, quanto di riconoscere che essa non è più sufficiente a spiegare relazioni normative che si producono tra ordinamenti distinti. Il passaggio dai rapporti tra fonti ai raccordi tra ordinamenti potrebbe allora costituire una delle chiavi attraverso le quali aggiornare, senza abbandonarla, la stessa impostazione sistematica dalla quale questa riflessione ha preso le mosse¹¹².

Su questo sfondo, il confronto tra l'impostazione descrittiva di AP e quella più esplicitamente critica di Pegoraro, con cui si chiude idealmente il volume, non credo vada risolto a favore dell'una o dell'altra prospettiva, quanto piuttosto letto come la cifra stessa della vitalità di questi studi. Se il primo insegna che una tassonomia delle fonti resta possibile, anzi necessaria, per orientarsi nella molteplicità dei fenomeni normativi contemporanei, senza per questo dover rinunciare alla comparazione, il secondo ricorda che ogni tassonomia porta con sé, inevitabilmente, un punto di vista, e che l'onestà intellettuale del comparatista sta proprio nel riconoscerlo, piuttosto che nascondere dietro una pretesa neutralità scientifica. Sono due lezioni che si tengono insieme più di quanto non appaia a prima vista, e che questo convegno ha avuto il merito di lasciare entrambe aperte, senza forzature sistematiche.

Resta, infine, da sciogliere un'ultima riserva. Chi scrive appartiene, come ha già avuto modo di ricordare, a una generazione di giuristi formatasi in un'epoca nella quale questi problemi si ponevano in termini più lineari; sarà compito delle più giovani studiose e dei più giovani studiosi che hanno preso la parola in queste giornate e che con generosità e rigore hanno

¹¹² Oltre ad AP, AP, *Fonti del diritto*, 2ª ed., cit., 120 ss., cfr. ancora N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, cit., spec. 69 ss.; G. Teubner, *Global Bukovina*, cit.; oltre a M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, voll. I-IV, Paris, 2004-2011.

accettato di misurarsi anche con esperienze lontane dalla propria formazione di origine, portare avanti l'indagine, verificando se i formanti culturali e tecnologici che oggi appaiono ancora ai margini della riflessione sistematica non debbano, in un futuro ormai prossimo, trovare una collocazione teorica più compiuta. A loro, e alla memoria di Alessandro Pizzorusso, che per primo indicò questa strada, sono idealmente dedicate le pagine che seguono.

Un filo comune, non concordato eppure ricorrente, attraversa poi trasversalmente sessioni altrimenti eterogenee per oggetto e metodo: quello della pandemia da Sars-Cov-2, evocata tanto nella relazione di Anna Margherita Russo sul pluralismo territoriale (supra, § 4) quanto in quella di Elena D'Orlando sul rapporto tra tecnica e politica, fino alla sessione parallela interamente ad essa dedicata. Al di là delle differenze tra i sistemi analizzati, l'emergenza sanitaria ha funzionato, per l'intero convegno, come un autentico banco di prova collettivo, capace di portare alla luce, in tempi compressi, dinamiche che altrimenti sarebbero rimaste latenti o disperse in analisi settoriali: l'accentramento nelle mani degli esecutivi, la crescente dipendenza delle decisioni politiche da un sapere tecnico-scientifico esso stesso non neutrale, la tensione tra legalità formale ed effettività delle misure adottate. Che una crisi contingente e transitoria abbia potuto rivelare, con tanta nitidezza, linee di tendenza già in atto da tempo conferma, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto lo studio delle fonti guadagni dall'essere condotto, come si è cercato di fare in queste giornate, senza pregiudiziali separazioni tra la dimensione dell'emergenza e quella, apparentemente più tranquilla, della normalità costituzionale.

A questo riguardo, il richiamo alla distinzione tra emergenza e normalità apre una questione ulteriore, che trascende l'esperienza contingente della pandemia e investe più direttamente il tema delle fonti del diritto. Il problema dell'eccezione accompagna, del resto, da lungo tempo la riflessione sulla sovranità e sui rapporti tra diritto e potere. Nella formulazione classica di Carl Schmitt, la decisione sullo stato di eccezione costituisce addirittura il momento nel quale la sovranità si manifesta nella sua forma più pura, proprio perché la situazione eccezionale rende visibile ciò che nella normalità rimane nascosto: l'esistenza di un potere capace, in presenza di circostanze straordinarie, di sospendere o comunque derogare alle regole che disciplinano il suo ordinario esercizio¹¹³. Su un diverso piano, ma muovendo anche da questa impostazione, Giorgio Agamben ha successivamente insistito sulla progressiva tendenza dello stato di eccezione a perdere il proprio carattere necessariamente temporaneo per trasformarsi in una tecnica di governo suscettibile di stabilizzazione, sino a rendere

¹¹³ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1922; trad. it., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, spec. 33 ss. Sul rapporto tra sovranità, decisione ed eccezione resta fondamentale anche Id., *Die Diktatur*, München-Leipzig, 1921.

sempre più incerto il confine tra regola ed eccezione¹¹⁴.

Una lettura di questo tipo ha il merito di richiamare l'attenzione sul rischio che strumenti giustificati dalla necessità e dalla temporaneità sopravvivano alle condizioni che ne avevano determinato l'introduzione; essa, tuttavia, se assunta in termini assoluti, non sembra restituire integralmente quanto emerge dalle esperienze considerate in queste pagine. L'indagine comparata induce, piuttosto, ad adottare una prospettiva meno radicale. Non pare potersi affermare che l'eccezione abbia semplicemente sostituito la normalità costituzionale, né che la crisi pandemica abbia determinato ovunque una sospensione, dichiarata o implicita, degli ordinari meccanismi dello Stato costituzionale. Le reazioni degli ordinamenti sono state assai differenti e, soprattutto, diversamente efficaci si sono rivelati i limiti, i controlli parlamentari e giurisdizionali e i meccanismi destinati a garantire il carattere temporaneo dei poteri straordinari. Proprio questa varietà conferma l'utilità di quelle ricostruzioni che, anziché collocare necessariamente l'emergenza al di fuori del diritto, si interrogano sulle condizioni attraverso le quali essa possa essere ricondotta entro un quadro costituzionale di competenze, procedure, limiti temporali e responsabilità¹¹⁵.

Dal punto di vista che qui maggiormente interessa, la questione assume però una fisionomia ancora diversa. L'emergenza non sembra aver prodotto nuove categorie di fonti, quanto piuttosto aver modificato, talora assai profondamente, i rapporti tra le fonti esistenti e tra i soggetti chiamati a produrle. La necessità di assumere decisioni in tempi estremamente rapidi ha favorito l'espansione della normazione governativa, il ricorso a strumenti caratterizzati da maggiore elasticità formale, una più intensa integrazione tra fonti primarie e atti amministrativi e, soprattutto, l'ingresso nei processi decisionali di conoscenze tecnico-scientifiche la cui rilevanza normativa non può essere ricostruita ricorrendo soltanto alle tradizionali categorie della gerarchia e della competenza. La dottrina italiana formatasi durante la pandemia ha colto con particolare chiarezza questo fenomeno, interrogandosi sia sulla tenuta del sistema delle fonti sia sulle alterazioni prodotte nei rapporti tra Parlamento e Governo e, più generalmente, sulla possibilità di ricondurre la necessità entro le categorie del diritto

¹¹⁴ G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*, Torino, 2003, passim, il quale sviluppa la tesi della progressiva trasformazione dello stato di eccezione da misura provvisoria e straordinaria in paradigma di governo. La prospettiva di Agamben riprende criticamente la riflessione schmittiana, collocando tuttavia al centro dell'analisi proprio l'indeterminatezza crescente del confine tra situazione normale ed eccezionale.

¹¹⁵ In una prospettiva diversa v. B. Ackerman, *Before the Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven-London, 2006, spec. sulla proposta di una *emergency constitution* destinata a sottoporre l'esercizio dei poteri eccezionali a limiti procedurali e temporali; ampiamente, in prospettiva comparata, O. Gross – F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, 2006, che ricostruiscono i diversi modelli attraverso i quali gli ordinamenti cercano di conciliare risposta alla crisi e permanenza dei vincoli giuridici.

costituzionale¹¹⁶.

In questa prospettiva, l'esperienza pandemica appare meno come una parentesi isolata che come un fattore di accelerazione di processi già in corso. L'accentramento della decisione normativa negli esecutivi, l'indebolimento della centralità della legge parlamentare, l'accresciuto peso degli apparati tecnici e l'utilizzazione di strumenti normativi flessibili non nascono certamente nel 2020; l'emergenza ne ha tuttavia amplificato l'intensità e, soprattutto, ne ha reso immediatamente percepibili gli effetti sistemici. Il punto maggiormente problematico diviene allora quello della persistenza: non tanto se l'ordinamento sia capace di reagire temporaneamente a una situazione eccezionale, quanto se le trasformazioni prodottesi durante la crisi tendano a sopravvivere alla crisi stessa, trasferendosi nella fisiologia della forma di governo e del sistema delle fonti. Il rischio della normalizzazione dell'eccezione, evocato da Agamben, può allora essere riformulato in termini meno totalizzanti e, forse, più utili per il giurista: come problema della stabilizzazione degli effetti normativi e istituzionali dell'emergenza.

Da questo punto di vista, anche la distinzione tra normalità ed eccezione perde parte della sua apparente rigidità. Le crisi contemporanee: sanitarie, economiche, ambientali, migratorie, belliche, tendono sempre più spesso a sovrapporsi e a succedersi, producendo ciò che potrebbe essere definito un contesto di emergenza ricorrente, nel quale gli ordinamenti sono chiamati con crescente frequenza a utilizzare strumenti originariamente concepiti per circostanze straordinarie¹¹⁷. La questione decisiva per lo studio delle fonti diviene pertanto quella di verificare se e in quale misura questi fenomeni incidano stabilmente sui criteri di legittimazione della produzione normativa. Sotto questo profilo, la vicenda pandemica sembra confermare ancora una volta la persistente utilità della classificazione di Pizzorusso: non emerge una nuova fonte dell'«eccezione», da aggiungere alle categorie già

¹¹⁶ Nell'ormai vastissima letteratura italiana sviluppatasi durante l'emergenza pandemica, v., tra gli altri, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Rivista AIC, n. 2/2020, pp. 109 ss.; U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale 2020, *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*; P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, ivi; A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, ivi; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in Rivista AIC, n. 2/2020; G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in Rivista AIC, n. 2/2020, pp. 558 ss.; A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2021.

¹¹⁷ Sulla necessità di evitare che l'emergenza determini una stabile deferenza nei confronti dell'esecutivo, cfr. ancora O. Gross – F. Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis*, cit.; per la specifica esperienza pandemica italiana, oltre agli scritti citati nella nota precedente, è particolarmente significativa la riflessione collettiva sviluppata in Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale 2022, *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*.

individuate, ma si determina una diversa combinazione tra fonti politiche, giurisprudenziali e, in senso lato, culturali, nella quale mutano il peso rispettivo dei soggetti produttori e le modalità attraverso le quali la regola acquista effettività e legittimazione. Anche l'eccezione, dunque, più che confutare quella tassonomia, contribuisce a dimostrarne la capacità di adattamento, purché le categorie originarie siano utilizzate non come contenitori statici, ma come strumenti attraverso i quali leggere le continue trasformazioni dei processi contemporanei di produzione del diritto.

Queste considerazioni consentono, infine, di tornare su un principio già più volte affiorato nelle pagine precedenti e che sembra acquistare un rilievo crescente nella comprensione dei sistemi normativi contemporanei: quello di effettività. Quanto più si attenua la corrispondenza tra ordinamento statale e produzione del diritto e quanto più si moltiplicano regole provenienti da centri normativi differenti, tanto meno l'individuazione del diritto concretamente operante può essere affidata esclusivamente ai criteri formali che disciplinano la produzione delle fonti. Validità ed effettività, naturalmente, restano concetti distinti e sarebbe improprio dissolvere la prima nella seconda; ma l'osservazione comparata mostra come norme prive di una piena investitura formale possano orientare stabilmente i comportamenti, condizionare le decisioni dei pubblici poteri e dei giudici e, talora, risultare più incisive di disposizioni formalmente valide ma scarsamente osservate o applicate.

Il fenomeno è particolarmente evidente con riguardo al diritto transnazionale, alla *soft law*, alle regole prodotte da soggetti privati e dalle piattaforme digitali, ma non è circoscritto a questi ambiti. Anche il crescente ruolo della giurisprudenza, delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle pratiche di coordinamento tra ordinamenti dimostra come la forza normativa di una regola dipenda sempre meno soltanto dalla posizione formale della fonte che l'ha prodotta e sempre più dalla capacità di quella regola di inserirsi stabilmente nei processi decisionali e applicativi. In questa prospettiva, il principio di effettività tende ad assumere una funzione ordinante che, sul piano del diritto concretamente vissuto, può risultare persino prevalente rispetto ai tradizionali criteri formali di produzione e applicazione delle norme.

Non si tratta, anche in questo caso, di sostituire una teoria delle fonti fondata sulla validità con una teoria puramente fattuale del diritto. Si tratta piuttosto di riconoscere che nei sistemi post-vestfaliani la qualificazione di una regola come giuridicamente rilevante richiede sempre più spesso una verifica condotta su entrambi i piani: quello della sua legittimazione formale e quello della sua capacità effettiva di orientare comportamenti, decisioni e aspettative. Proprio la tensione tra questi due elementi sembra costituire uno dei terreni sui quali la teoria contemporanea delle fonti sarà maggiormente chiamata a misurarsi.

Vale la pena, da ultimo, sottolineare un dato che rischia di passare in

secondo piano rispetto ai contenuti scientifici sin qui richiamati, ma che a chi scrive pare tutt'altro che secondario. Come ha opportunamente osservato Domenico Amirante nella sua relazione di sintesi (*supra*, § 5), gli studi rivolti agli ordinamenti extra-occidentali, che solo un decennio fa venivano ancora percepiti, anche nella nostra comunità scientifica, come un interesse marginale o quasi «sportivo», hanno trovato in questo convegno piena cittadinanza, non relegata in un'appendice ma distribuita lungo l'intero arco delle sessioni, principali e parallele. Si tratta di un risultato che il solo Pizzorusso, tra i costituzionalisti della sua generazione, aveva saputo intravedere e propugnare; ed è forse questo, più ancora delle singole conclusioni cui le relazioni qui raccolte sono pervenute, il lascito più duraturo che questo convegno consegna agli studi futuri.

Chiudo affidando questo volume, insieme ai colleghi che ne hanno reso possibile la pubblicazione, alla comunità dei comparatisti pubblicisti italiani e non solo, nella convinzione che il metodo qui sperimentato, ovvero la discussione collegiale preventiva tra relatori, richiamata *supra* (§ 1), e la scelta di misurare la riflessione teorica sul confronto tra esperienze lontane tra loro possa costituire un modello utile anche per i prossimi convegni della nostra Associazione. Se questo obiettivo sarà stato anche solo in parte raggiunto, il debito che tutti noi continuiamo ad avere nei confronti dell'insegnamento di Alessandro Pizzorusso ne risulterà, spero, onorato.

Rolando Tarchi
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Pisa
rolando.tarchi@unipi.it