



Rivista N°: 4/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 17/10/2023

AUTORE: Sandro Staiano*

STATO SPAZIO TEMPO**

STATE SPACE TIME

Sommario: 1. Lo Stato moderno nelle coordinate spazio e tempo 2. Complessità e «dialettica della durata» 3. Lo Stato e la legittimazione dei produttori di diritto 4. Lo Stato non si lascia esiliare 5. Il caso dell'Europa 6. Infine e oltre.

1. Lo Stato moderno nelle coordinate spazio e tempo

Il punto di confluenza, il contesto in cui – al cospetto del processo di modernizzazione, che si diparte dal XIV secolo e che è stato diversamente “narrato” nelle correnti della grande tradizione del pensiero politico e giuridico¹ – sono state collocate le coordinate spazio-temporali dei fenomeni giuridici, è lo Stato, come Stato moderno: la definizione di uno spazio in cui operano le istituzioni del diritto, che dettano al politico le regole per limitare il potere, secondo uno sviluppo storico fatto di processi fondativi, di evoluzioni, di implosioni, di estinzioni delle singole entità statali. Un andamento in cui anche le grandi trasformazioni non derogano alla scansione della storia, che si svolge per passaggi di fase, contrastati e complessi, riconducibili a paradigmi interpretativi diversi, anche diversi nel profondo, e tuttavia riconoscibili nel loro sviluppo lineare.

Ora sembra che la rassicurazione derivante da un tale approccio, dalla fede nella capacità di comprensione e di sistemazione della storiografia, delle scienze giuridiche e delle scienze politiche sia messa alla prova di un mutamento radicale, al cospetto del quale taluno si spinge a ritenere che ormai si sia “senza Stato” come forma politica alla quale siamo avvezzi, per antico abito mentale, a guardare.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Federico II Napoli.

** Articolo pubblicato ai sensi dell'art.6 del Regolamento della Rivista AIC.

¹ Ne danno una ricostruzione AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1990, vol. XLIII.

In realtà, noi non sappiamo se stia per compiersi (o addirittura sia già compiuto e si tratti soltanto di prenderne coscienza) un processo dissolutivo dello Stato, per *dissipatio* dei centri di comando politico, come si asserisce: non lo sappiamo, poiché, essendo dentro una tumultuosa corrente trasformativa, possiamo cogliere di questa alcuni elementi, rilevare la sintomatologia del mutamento, ma nessuna scuola e nessuna disciplina possiedono una tale potenza visionaria da dare nitidezza alla prospettiva. E anzi, poiché la “estinzione dello Stato” ha sostanziato il vasto programma e nutrito la prassi di alcuni fattori di tragedie, è bene che la scienza giuridica e la scienza politica siano particolarmente circospette nei confronti delle false *Aufklärung* fatte di sostanza ideologica, opponendo a esse le ragioni del metodo giuridico: v'è inflazione di profeti auto-qualificati tali e penuria di scienziati, poiché la scienza è mestiere usurante e talvolta ingrato, sicché si è persino ceduto al fascino della “fine della storia”, fallacia magnificamente narrata, decretando la gran fortuna delle sue restituzioni editoriali, per poi ritrovarsi al cospetto della potenza della storia, nella sua faccia terribile di regressione di civiltà fino alla ferinità della guerra.

2. Complessità e «dialettica della durata»

Posto tutto ciò in premessa, affinché non si ascriva l'autore di queste scarse pagine – che hanno il senso complessivo della modesta proposta di una direzione di ricerca, e dell'invito a non considerare frettolosamente compiuto ciò che non lo è – al campo sbagliato delle velleità di costruttori di scenari mitopoietici, si può constatare che lo Stato come forma politica vede erodere, o almeno conformarsi secondo linee radicalmente nuove, i capisaldi della propria ragion d'essere e le risultanti più avanzate dell'esperienza storica in cui esso si è collocato nella sua fase matura (che possiamo definire con buona approssimazione fase dello Stato costituzionale²): il dominio delle fonti sulla produzione del diritto in posizione monopolistica, e la formazione della più larga parte delle fonti di produzione; la genesi e lo sviluppo delle Costituzioni democratiche in contesti statali nazionali, e la forza espansiva, per contaminazione, di queste forme almeno in ambito europeo, ad altri Stati nazionali; una estesa ascrizione allo Stato così configurato delle scelte fondamentali al cospetto dei processi economici (quanto regolare, quanto intervenire, quanto arretrare, e quando), nella perdurante tensione con il libero dispiegarsi degli «spiriti animali» e dei rapporti di dominio, delle asimmetrie dei mercati, delle conseguenti diseguaglianze.

Tale situazione di crisi è in uno scenario storico complesso, per orientarsi nel quale la prima questione da affrontare è intorno al tempo; o, più esattamente, intorno alla utilità epistemologica di una concezione del tempo capace di raccogliere gli esiti della riflessione storiografica che, nel tentativo di «addomesticare» il tempo, di renderlo «malleabile», per «semplificare e organizzare la storia del mondo» (affinché essa sia, nella misura del possibile, aperta

² Indicazioni ricostruttive in tema nella raccolta di saggi di M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, in Biblioteca del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 118, Milano 2018.

alla comprensione), ne ha percepito il carattere fluttuante, oscillante, periodico; ne ha letto i «ritmi congiunturali»³.

Sembra che i giuristi “positivi” – termine non del tutto perspicuo, dunque da adoperare convenzionalmente, per indicare gli studiosi che assumono a punto di partenza i casi e le concrete soluzioni normative o i modelli di organizzazione, e, seguendo itinerari induttivi, pervengono alla costruzione di sistemi concettuali – possano essere attratti a considerare i loro oggetti di indagine, in ispecie il fenomeno legislativo, secondo uno sviluppo temporale lineare, fatto di fasi, tutte suscettibili di essere considerate segmenti della stessa retta (a tanto indulgono talvolta anche gli storici dello Stato moderno). Il tempo è cioè concepito come movimento unico in avanti, passaggio di fasi, evoluzione e involuzione e crisi: dall’antico alle plurime modernità, a una nuova globalizzazione; dal disordine all’ordine, e poi a un nuovo disordine da ordinare. Ma se il giurista “positivo” non può non dirsi “storico” (non essendo utile l’opposizione “storico” *versus* “positivo”, che non sembra avere fondamento logico), deve assumere diverso punto di vista anche nell’attribuire al diritto il carattere di scienza pratica, cioè idonea a fornire conoscenze utili a sostenere e a orientare un modo di organizzazione sociale. In realtà, l’oggetto immediato dell’analisi giuridica è bensì l’epifenomeno presentato dall’esperienza, che il giurista ricostruisce con gli strumenti della propria scienza. Ma affinché questo approccio – pure opportuno – non sia solo vagamente empirizzante e privo di sostanza teorica, occorre cogliere le interazioni tra i dati di esperienza presi in esame e il contesto maggiore ove si collocano le correnti di cui essi sono espressione. Può essere allora la distinzione tra i piani temporali a dare il criterio ordinatore teoricamente fondato: il fenomeno che appartiene al *tempo breve* può essere *descritto* nei caratteri estrinseci e nel suo dipanarsi nell’esperienza; ma solo il suo legame con il fenomeno che appartiene alla *lunga durata* può farne cogliere la *ratio maggiore*, la funzione profonda.

In tal modo potrebbero essere letti fenomeni complessi, con riferimento ai quali la scienza giuridica (e non solo essa) mette alla prova, da tempo, i propri strumenti conoscitivi.

E, forse, mettere in discussione il “mito” dello sviluppo temporale lineare dei fenomeni giuridici è una necessità, se è vero che la visione braudeliana del tempo ha sottoposto a un «devastante attacco» una delle mitologie che in tale sviluppo lineare si sono radicate, proprio in un punto cruciale di passaggio, sul quale è stata collocata la nascita stessa dello Stato moderno e poi le sue vicende e la sua crisi: con riferimento allo sviluppo capitalistico, «la divisione tra Medioevo ed età moderna; quella tra storia della prima età moderna e della tarda modernità (o, nella terminologia europea, tra storia moderna e storia contemporanea) ...» è stata definita secondo «linee di divisione completamente diverse», datando l’affermazione di quel sistema economico in epoca ben più risalente della “modernizzazione” compiutasi alla metà del XIX secolo e rendendo incongrua la distinzione tra società “preindustriale”, “industriale”, “postindustriale”⁴.

³ F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle). Les temps du monde*, Paris 1979, trad. it. *Civilizzazione materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII). I tempi del mondo*, Torino 1982.

⁴ L. WALLERSTEIN, *Braudel e il capitalismo, ovvero un’immagine “alla rovescia”*, in *La scienza sociale: come sbarazzarsene. I limiti dei paradigmi ottocenteschi*, Milano 1995, p. 229 ss.

Forse, mentre preme l'esigenza di una nuova considerazione della forma Stato, al cospetto di dinamiche che si stenta a decifrare nella loro portata e nel rapporto – di continuità-integrazione ovvero di rottura-trasformazione – con il noto e il ricostruito, sia pure secondo diversi paradigmi interpretativi, riferirsi a quell'approccio (giunto in Italia piuttosto tardi, come ricorda Mario Del Treppo⁵) potrebbe aiutare ad "addomesticare" la complessità. Infatti, collocare i fenomeni nel tempo lungo e vederne l'emersione in un «ritmo congiunturale», ovvero, al contrario, leggerlo come una rottura, una cesura non ricomponibile, può aiutare a decifrarne la componibilità nella lunga durata o il carattere distruttivo e rifondativo.

3. Lo Stato e la legittimazione dei produttori di diritto

Stipulata tale strumentazione metodologica, si può proporre un percorso di ricerca che guardi da uno specifico osservatorio la fase di crisi dello Stato moderno, specie nel suo invecchiamento come Stato costituzionale: l'osservatorio della produzione del diritto tra spazio e tempo.

Una ipotesi di lavoro: guardare alla produzione giurisprudenziale del diritto come a un «ritmo congiunturale» che riemerge – insieme ad altre modalità pre-statali o non-statali, cioè precedenti l'esperienza dello Stato moderno o concorrenti con essa – dalla faglia profonda della quale è segno connotativo la produzione precipuamente *politica* del diritto nelle sedi della rappresentanza variamente intesa.

Nel contesto culturale italiano tali modalità di produzione del diritto sono state – e sono – lette in chiave radicalmente antistatalista, nell'ambito di una concezione generale e di una peculiare polemica anti-positivista, innervata dall'idea che il costituzionalismo affondi le sue radici più vitali nei processi di sottoposizione del potere al dominio del comando giuridico e non nel principio di divisione dei poteri (nella specie della divisione tra il potere che pone la norma nella forma della legge e il potere che la applica nelle sedi della giurisdizione).

La «scoperta della Costituzione», in Italia, da parte della teoria giuridica e della filosofia del diritto, che è piuttosto tardiva⁶, è scoperta dei valori costituzionali al cospetto delle giurisdizioni⁷. In tale contesto culturale, rinverdisce una certa storiografia medievista, quando l'erosione della garanzia dei diritti costituzionalmente protetti viene percepita come affievolimento della tutela giurisdizionale. Sul piano ricostruttivo dei sistemi, viene attribuita nuova e specifica

⁵ M. DEL TREPPO, *La libertà della memoria. Scritti di storiografia*, Roma 2006, spec. 49: la scuola annalistica francese – considera Del Treppo – entra nel dibattito storiografico italiano relativamente tardi, e, con essa, l'«acquisizione, mutuata dalla storia economica, del tempo ciclico e delle fluttuazioni, per cui un fatto (non necessariamente solo economico) non viene collocato più su una linea puntiforme, ma riferito a due coordinate: la scoperta della "lunga durata"; l'individuazione di una molteplicità di tempi per cui la storia si converte nella dialettica della durata».

⁶ Dopo il lungo stato di «incoscienza costituzionale», di cui parla P. CALAMANDREI, *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze 1996, p. 123, il «disgelo costituzionale», che si compie, nella sua «terza fase», solo tra i decenni Sessanta e Settanta del Novecento: A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana II/2. La trasformazione dell'Italia. Sviluppo e squilibri*, Torino 1995, p. 141 ss.

⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari 1999, 69 ss. e N. MATTEUCCI, *Un «compromesso storico»: perché?*, in *Il Mulino*, 1974, p. 932 ss. Una ricognizione delle posizioni in campo è dovuta a C. MARGIOTTA, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000/1, p. 387 ss.

utilità analitica all'opposizione *iurisdictio-gubernaculum*⁸, poiché il *gubernaculum* è appunto il comando politico messo al riparo dalla giurisdizione, e inteso a eroderla quando esso si sia affermato. Acquista forza, allora, la polemica verso la perdurante concezione del «vincolo strettissimo, quasi necessario, tra il diritto (tutto il diritto) e il potere politico ... identificato nel solo macro-soggetto Stato ...», mentre «la società è il referente autentico del diritto ... questo non può che soffrire di una vincolazione col politico»⁹, essendo invece prodotto delle comunità, anche delle comunità dei giuristi, interpreti e applicatori (principalmente giudici, dunque), e diviene pressante l'invito a valutare «la progressiva osmosi tra pianeta di *common law* e pianeta di *civil law*»¹⁰.

In contesto teorico apparentemente contiguo¹¹, ma precipitando verso una ideologia della Costituzione impregnata di umori premoderni, la polemica contro il positivismo giuridico (ricostruito però fallacemente, per farne un bersaglio argomentativo, ma che è privo di sostanza nel dibattito scientifico da almeno sessant'anni¹²), il dato normativo testuale, a partire da quello costituzionale, è svalutato fino all'annichilimento: ciò che è davvero essenzialmente costituzionale non è scritto, né potrebbe esserlo (il riferimento culturale evocato nell'enunciare proposizioni siffatte è Joseph de Maistre: il che le colloca piuttosto esplicitamente nell'ideologia di cui si diceva). E i giuristi, e tra i giuristi i giudici costituzionali, sono legittimati a muoversi nel «non scritto costituzionale». In questo spazio, il compito del giurista «non è una deduzione». Egli non deve seguire il malvezzo delle inferenze. Egli deve argomentare, sulla base della propria teoria della Costituzione, in modo che questa possa indirettamente tradursi in giurisprudenza, piegando le norme costituzionali positive, in ispecie attraverso l'«interpretazione evolutiva».

Se il dato normativo testuale conta tanto poco, v'è da chiedersi da chi o da cosa è orientato il giurista demiurgo del «non scritto». Si risponde: non solo dalla sua stessa scienza. Anzi, il giurista non deve rifugiarsi dietro lo schermo della «scienza giuridica pura», adducendo le ragioni della «tecnica giuridica». Ciò non sarebbe morale. Il giudizio, invece, specie il giudizio di costituzionalità delle leggi, corrisponde «a un *èthos* pubblico». E l'*èthos* corrisponde a quanto «i cittadini comprendono» dovendo poi «gli argomenti dei giuristi» seguire¹³.

È evidente che una simile concezione emargina, con il dato testuale, il circuito della rappresentanza politica, poiché il produttore del diritto, del diritto costituzionale in ispecie, è il

⁸ Come è noto, l'opposizione concettuale è in Henry de Bracton, ma è ripresa da Charles Howard McIlwain come centrale nella sua costruzione del costituzionalismo, del quale non ritiene invece principio connotativo il «governo misto» (*checks and balances*, nel linguaggio attuale), tantomeno la divisione dei poteri di Montesquieu: cfr. CH. H. MCLLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna 1990, spec. p. 89 ss.

⁹ P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, 1, Napoli 2004, p. 25.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ In termini particolarmente espliciti, di recente G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Roma-Bari 2023.

¹² Si potrebbero opporre agevolmente le classiche pagine di N. BOBBIO, *Positivismo giuridico*, Torino 1961 e 1973; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1977.

¹³ G. ZAGREBELSKY, cit., *passim*.

giurista (nel caso del diritto costituzionale, lo sono il teorico e il giudice costituzionale, in sinergia), che si allinea all'èthos, alla «coscienza sociale», a «ciò che il popolo comprende», ecc., entità tutte definite dal giurista medesimo.

Si tratta di una visione della produzione del diritto fondata su un principio aristocratico, che legge il popolo – con il suo èthos, con la sua coscienza – come entità organica (infatti essa, nelle opzioni filosofiche, pencola pericolosamente verso un certo neo-organicismo, di cui non si ritiene necessario specificare i tratti dal punto di vista della teoria del diritto), unitariamente proiettabile dai giuristi e dai giudici nella creazione della norma.

In realtà nessuno di questi approcci – neppure il primo qui richiamato, quello tra essi che può essere più utilmente considerato e che costituisce un perdurante fattore di arricchimento del dibattito sui fenomeni giuridici – conduce a fare arretrare la funzione dello Stato come produttore del diritto.

L'opposizione dicotomica Stato-società è, invero, fuorviante (ancor più – ammesso che taluno voglia dare a essa ancora credito – lo è quella Stato-facitori del diritto sapienziale). L'opposizione corretta è semmai Stato soggetto-Stato ordinamento, posta la quale si può agevolmente sfuggire all'errore di oscurare il carattere di modo di produzione pubblico da riconoscere al diritto giurisprudenziale.

Ed è una volta acquisita una tale consapevolezza che si mostrano in tutta la loro luce abbagliante gli scostamenti dal modello delle garanzie delle libertà apprestate dallo Stato moderno nella sua evoluzione in Stato costituzionale.

Infatti, quando si parla di una «comunità» di produttori del diritto, non ci si può che riferire precipuamente alla comunità degli «interpreti privilegiati» delle disposizioni normative, ai giudici, in quanto produttori *in ultima istanza* (c'è sempre un'ultima istanza, anche nei rapporti tra i produttori «comunitari» di diritto, anche quando la modalità di produzione è consuetudinaria, poiché vi potrà essere pur sempre una controversia giustiziabile in cui possa essere fatta valere la dominante potenza creatrice del giudice, sicché si potrebbe giungere a qualificare, senza forzature discorsive, i rapporti tra la «comunità dei giudici» e le altre «comunità di produttori» del diritto in termini di gerarchia, per quanto di una gerarchia «non formale» o «assiologica»)¹⁴.

A tale livello, la decisione sulla norma sarebbe atto di creazione assoluta, poiché il parametro costituzionale destinato a limitare il potere di produzione sarebbe esso stesso liberamente rimodulabile in sede giurisdizionale. *E la forza dello Stato dovrebbe essere messa al servizio del comando normativo così determinato*. Insomma, per paradosso, si riprodurrebbe, in un contesto di assai maggiore affievolimento delle garanzie costituzionali, quello che gli antipositivisti più irriducibili indicano come il problema insoluto in cui incorre la teoria positivista, il nodo mai sciolto e inaccettabile (in alcune versioni: *moralmente* inaccettabile): «nei piani alti ... quando coloro che agiscono agli apici del potere agiscono in modo non conforme a una norma del sistema, questo loro comportamento non è una *violazione* di un norma precedente, ma la *produzione* di una norma nuova, cioè una modificazione del sistema e pertanto cade

¹⁴ Cfr. G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in *Analisi del diritto*, 1998, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, spec. p. 212 ss.

come improponibile il problema della sanzione, la quale presuppone un illecito»¹⁵. Ma tale problema potrebbe essere affrontato proponendo una teoria della Costituzione come norma *positiva*. Mentre con la teoria della formazione «comunitaria» del diritto – nella concretezza delle sue prospettive, cioè depurandola dai cascami delle narrazioni ideologiche – non ha modo di sottrarsi a un terribile rovesciamento speculare: mentre, secondo l'approccio positivo, a quel livello del sistema, il diritto, prodotto in sede politica, è strumento e limite del potere statale democraticamente investito, nel caso del diritto di produzione «comunitaria-giurisprudenziale» la forza dello Stato è al servizio del diritto così creato, senza alcun meccanismo di legittimazione dei decisori da parte dei governati, destinatari della norma giuridica. E i decisori, non solo non sono legittimati, ma neppure se ne potrebbe prevedere la legittimazione nei modi dell'investitura politica senza privarli della natura di giudici, e dunque senza negare il fondamento stesso della costruzione proposta.

Insomma, lo Stato rimarrebbe ben saldo nella sua funzione, ma nella sua forma peggiore, quella di una centrale di decisione intangibile dai destinatari delle norme, i cui agenti produttori agirebbero all'atto della applicazione di esse: il che condurrebbe a ritroso oltre la modernità.

4. Lo Stato non si lascia esiliare

Il possibile recedere dello Stato dal suo spazio nella produzione del diritto è stato intravisto al cospetto dell'opposizione «diritto della necessità-diritto della possibilità»¹⁶ (opposizione non dicotomica, poiché i termini di essa possono trovare contemperamento nelle relazioni interordinamentali, quando la regola giuridica è determinata precipuamente dal contratto).

Così avviene per la *lex mercatoria*, diritto invalso nella terza globalizzazione, ora in atto, e del quale «la presenza del mercato è lo sfondo»¹⁷.

In realtà, per quanto il fenomeno qualificabile ellitticamente come *lex mercatoria* sia di difficile definizione teorica, si può concludere con buona approssimazione ai fatti che oggi, a differenza di quanto storicamente avvenuto per la figura medievale richiamata sovente come omologa, essa opera in un contesto connotato dalla divisione dello spazio giuridico lungo linee di confine statali, nel quale, ravvisandosi una necessità di crescente integrazione, si crea, e progressivamente si espande, il campo delle regole contrattuali corrispondenti a prassi internazionalmente uniformi.

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, p. 210 s.

¹⁶ Le locuzioni messe in opposizione si rinvengono in M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000 e ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006, e descrivono efficacemente i fenomeni in atto anche a beneficio di chi non condivide gli esiti ricostruttivi cui poi si previene.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., 103. La formula *lex mercatoria* ha una rimarchevole forza evocativa, poiché si richiama, almeno per coincidenza lessicale, alle regole prodotte in età medievale dalle corporazioni mercantili, in deroga al diritto romano del tempo, alle cui strettoie e alle cui inadeguatezze intendevano sottrarsi. Essa, secondo una tesi efficacemente sostenuta nella storiografia medievista, sarebbe poi stata scalzata dall'accentramento della produzione del diritto, proprio dello Stato moderno, e perciò il suo «ritorno» sotto mutate spoglie è salutato come una nuova presa di campo della civiltà del diritto nella lotta contro il monopolio statale nella produzione.

Il contenuto della *lex mercatoria* è dato da modelli contrattuali uniformi universalmente riconosciuti, atipici dal punto di vista del diritto interno, e dagli usi del commercio internazionale, cioè dalle «pratiche che si affermano tra gli operatori del commercio internazionale», che possono o non possono prendere avvio da tali modelli¹⁸.

I produttori di questo diritto sono le *law firms*, studi professionali internazionali, che operano per conto di imprese multinazionali. Il modo di produzione è questo: la definizione di modelli contrattuali può consistere nella sistemazione di prassi già in atto nelle relazioni tra le imprese committenti, che queste possono avere interesse a consolidare; ma lo schema normativo che ne deriva è una ridefinizione della struttura normativa di quelle prassi, e, poiché il campo d'azione naturale delle *law firms* è l'atipicità, esse, oltre che compiere una ricognizione creativa delle prassi esistenti, creano *ex novo* figure contrattuali sulla base delle esigenze del mercato. Un modo di produzione che rivela alcuni caratteri propri della attuale «società della finanza», in cui «... la tecnologia industriale è sostituita dalla tecnica contrattuale: i prodotti finanziari prendono corpo e vita solo in virtù dell'uso sapiente dei concetti giuridici»¹⁹.

I moduli contrattuali delle *law firms* sono formulati nell'ambito di una relazione privatistica con un committente, ma, una volta che ottengano il riconoscimento generalizzato della buona qualità tecnica e dell'idoneità a disciplinare efficacemente i rapporti commerciali, essi si affermano nella comunità transnazionale dei commerci, e si diffondono come «beni pubblici», dalla cui fruizione non possono essere esclusi tutti gli altri operatori economici²⁰. La relazione tra committente e *law firms* può essere ricostruita come un tipo di rappresentanza privatistica il cui oggetto è la produzione di norme sia nel modo della traduzione in enunciati scritti di usi già formati, qualificabile come una novazione della fonte, sia nel modo della creazione di disposizioni *ex novo*, non collegate a usi. L'investitura delle *law firms* nella loro funzione di produttori del diritto avviene su base aristocratica: esse vengono scelte da un corpo ristretto di operatori economici per le conoscenze e le abilità di cui si ritiene possano disporre; e sono revocabili in ragione della valutazione che i rappresentanti compiano dell'adeguatezza del loro operato. Si tratta di un circuito di investitura non democratico e non elettivo, come, per propria natura, non democratico è il contratto, la cui struttura è tale da consolidare e garantire i rapporti di forza, non da riequilibrarli. I destinatari della norma (tutti gli operatori economici in un ambito materialmente settoriale, ma di estensione transnazionale) non contribuiscono a determinarla, e la loro adesione è necessitata, perché è condizione di ammissione, come produttori o come fruitori, al mercato di beni e di servizi. Essi non partecipano alla creazione delle norme, se non nella fase remota in cui determinano, attraverso comportamenti uniformi e costanti, le consuetudini poi eventualmente traslate dalle *law firms* nei moduli contrattuali: questi, prodotto finale del processo normativo, assumono quelle consuetudini come fatto dal quale trarre materia per gli enunciati.

Potenzialità di creazione normativa sono altresì da ascrivere agli organismi preposti a garantire l'osservanza dei contenuti contrattuali determinati dalle *law firms*: i collegi dell'arbitrato internazionale, cui è affidata la soluzione delle controversie. Questi sono riconosciuti nella

¹⁸ G. SAPUTELLI, *Stato, Unione europea e lex mercatoria*, Quaderni ISSiRFA, n. 25, Milano 2015, p. 100.

¹⁹ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993, p. 209.

²⁰ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 93.

loro funzione sulla base della dimostrata qualità delle conoscenze e del personale prestigio dei componenti. La necessità che il riconoscimento permanga, e che dunque le loro decisioni presentino un grado adeguato di accettazione, produce una sorta di «costrizione» all'imparzialità. E fa sì che essi, essendo vincolati a presentarsi come sede coerente di affermazione della razionalità giuridica, tendano a formare giurisprudenze e a sentirsi fortemente vincolati dal precedente. I precedenti sono costituiti da raccolte di lodi e perciò il sistema che ne deriva si avvicina al ceppo della *common law*, mutuandone lo specifico carattere creativo. A ciò si aggiunga che – in ragione della loro investitura – i collegi arbitrali danno ampio campo alla ricostruzione teorica e ai riferimenti dottrinali: il loro è diritto di giudici, ma anche diritto di sapienti, e in ciò forse si manifesta il maggior tratto di similitudine con l'antica *lex mercatoria*, da considerare tuttavia con molta prudenza, sia per evitare fuorvianti anacronismi, sia per non confondere il dato storico, sul tempo lungo, con la sua restituzione ideologica attualizzante.

Può dunque dirsi che v'è un diritto, ascrivibile agli operatori del mercato globale, raccolti in *societas mercantile*²¹, comunità delocalizzata, costituito nell'ordinamento giuridico della *lex mercatoria* privo di territorio²².

Ma può dirsi che, in tali ordinamenti, gli Stati abbiano receduto?

Finora la *lex mercatoria* si è caratterizzata per la sua «origine depoliticizzata» e per il «carattere apolitico», non essendo posta da un soggetto politico quale lo Stato nazionale. Ma – si osserva – il processo politico è destinato a riprendere campo, e a riprenderlo nei singoli Stati²³. Infatti, «... più la questione della "competitività" delle economie nazionali o dei blocchi regionali dell'economia globale viene in primo piano nella politica internazionale, più la *lex mercatoria* subirà pressioni per indurla ad assecondare le politiche nazionali ...». Essa diventa «una sfera giuridica apertamente politicizzata»²⁴.

Si può opporre un radicale rovesciamento di prospettiva, segnalando che lo Stato nazionale può essere, non il soggetto, ma il destinatario del comando normativo eteronomo, proveniente da «regolatori globali», una varietà di soggetti collocati in molti regimi settoriali, che producono un «enorme conglomerato di ordini giuridici indipendenti»²⁵: sfere, spazialmente eccedenti i confini degli Stati, in cui non opera la democrazia rappresentativa, essendo assai difficile immaginare forme di legittimazione dei decisori da parte dei destinatari in ultima istanza delle norme prodotte.

²¹ Corte di cassazione, sent. 8 febbraio 1982, n. 722, in Foro it., 1982, I, p. 2285.

²² Una tale ricostruzione può prendere avvio dalla stipulazione estesa della nozione di pluralità degli ordinamenti giuridici, dovuta a SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946, p. 106 ss.

²³ M.J. BONELL, *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Cambridge 1999, p. 203.

²⁴ G. TEUBNER, *Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of the Lex Mercatoria*, in *European Journal of Social theory*, 2002, trad. it. *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005.

²⁵ S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna 2013, 22. In termini analoghi, ID., *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, *Global Law Press*, 2012, 23, ove è detto della frammentazione delle istanze decisorie, impossibili da ricondurre a un quadro di coordinamento. Si tratta di opzioni analitiche proposte sulla falsariga di B. KINSBURY, N. KRISCH e R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *68 Law and Contemporary Problems*, 2005, n. 15. Per qualche esemplificazione di tali «regimi di regolazione», M. D'ALBERTI, *Le regole globali: limiti e rimedi*, in *Astrid Rassegna*, 2009, n. 5.

Occorre riconoscere che si tratta di scenari disegnati per impressioni, per identificazione dei frammenti di una realtà assoggettata a forti dinamiche, senza che si ravvisino neppure i prodromi di una nuova teoria della spazialità del diritto (o del suo superamento). La verità è che ci si trova probabilmente innanzi a un sistema complesso, in cui sono diversamente coinvolti numerosi fattori indipendenti, il quale tende a «sviluppare un'autorganizzazione spontanea»²⁶ per stabilizzarsi. Il processo deve essere seguito senza la pretesa di poterlo addomesticare concettualmente in sede preliminare.

E, infatti, anche l'utilità analitica dei percorsi di ricerca empirizzanti incentrati sui «regolatori globali» rischia di scolorire, e le conclusioni asserite rischiano di rivelarsi un'ipotesi, se è vero che un certo recedere della globalizzazione²⁷, in atto da tempo ma in fase di vistosa accelerazione, mette in mora le ricostruzioni che scommettevano su una stabilizzazione di forme dell'economia mondo rivelatasi invece più velocemente transeunti di quanto si era pensato, come conseguentemente transeunti sono le corrispondenti istituzioni o almeno il peso specifico della loro attività deliberativa.

Qualche equivoco potrebbe nascere anche con riferimento alla difficoltà degli Stati a regolare fenomeni nuovi, quali quelli derivanti dall'impiego delle risorse dell'intelligenza artificiale: la profilazione degli utenti delle piattaforme digitali, e l'uso dei *big data* che se ne ricavano, sia per orientare i consumi sia per ricostruire le preferenze politiche e costruire sistemi di "propaganda computazionale", che producono distorsioni del consenso; l'impiego degli algoritmi da parte dei decisori pubblici, nell'ambito della giurisdizione in specie, con la violazione di garanzie apprestate dalle Costituzioni; il tentativo di istituire giurisdizioni private, cui affidare il contenzioso circa il controllo sui contenuti delle piattaforme da parte dei proprietari, come è avvenuto con il *Facebook Oversight Board*²⁸. Ma, in tutti questi casi, non v'è, non vi può essere,

²⁶ M.M. WALDROP, *Complexity. The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, New York 1992, trad. it. *Complessità. Uomini e idee al confine tra ordine e caos*, Torino 1995.

²⁷ Tra i più recenti e documentati contributi in tema, P.K. GOLDBERG, T. REED, *Is the Global Economy Deglobalizing? And If So, Why? And What Is Next?*, World Bank Group, Policy Research Working Paper 10392, April 2023. In esso si ravvisa un *sentiment* avverso alla globalizzazione, che si afferma a partire dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso con la presa di campo di forze di estrema destra e di estrema sinistra (si potrebbe aggiungere: con forte venatura populista), che individuano nella globalizzazione dei commerci e nelle grandi migrazioni di persone la causa del declino dell'occupazione e della stagnazione dei salari negli Stati Uniti d'America e nel Regno Unito (ove matura il consenso maggioritario per la Brexit), poi si sviluppa e si consolida, nel periodo 2020-2022, con il manifestarsi della pandemia da COVID-19, quando forti sono i timori per il riproporsi delle catene di approvvigionamento globali, e poi con l'invasione russa dell'Ucraina, al cospetto della quale l'avversione alla globalizzazione è indotta da preoccupazioni per la sicurezza nazionale (p. 15). Dunque, se la deglobalizzazione non è ancora visibile nei dati, è comunque plausibile, considerate le recenti politiche (negli Stati Uniti gli aumenti delle tariffe sulle importazioni di acciaio e alluminio, il *Chips Act* e l'*Inflation Reduction Act*), sicché è legittimo interrogarsi sulle conseguenze che essa potrebbe avere nelle relazioni economiche tra Stati: forse la costituzione di un nuovo sistema economico connotato da accordi bilaterali e regionali e *partnership* limitate. Conseguenze non positive potrebbero essere la riaffermazione dei nazionalismi, il rallentamento della crescita, l'aumento incontrollato del debito pubblico (p. 35 ss.). Anche chi ritiene che la deglobalizzazione sia uno «scenario ancora molto lontano», soprattutto per le difficoltà di gestione della transizione ecologica e di riduzione dell'estensione geografica delle catene del valore nell'approvvigionamento di materie prime critiche, quali litio, silicio e cobalto, rileva la fine della iperglobalizzazione, un tempo considerata irreversibile, e semmai l'affermarsi di una *slowbalisation*, «in cui l'interconnessione crescerà più lentamente di prima, ove l'esasperata ricerca dell'efficienza produttiva sarà sacrificata nel tentativo di realizzare delle GVCs che siano (almeno relativamente) più corte, robuste e resilienti»: M. LOSSANI, F. SCINETTI, N. SCUTIFERO, *Deglobalizzazione o slowbalisation?*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 30 giugno 2023, p. 9.

²⁸ Cfr., di questi temi, l'efficace ricognizione dovuta a M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli 2022.

il recedere dello Stato. Viene piuttosto in primo piano la necessità crescente di una efficace regolazione statale, che gli Stati hanno difficoltà ad elaborare, non riuscendo a parametrare la propria azione sulla velocità dell'evoluzione tecnologica, ma che è in tutta evidenza irrinunciabile²⁹.

Restano ferme le scelte di metodo: la concezione non lineare del tempo; l'applicazione in un contesto complesso della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici.

5. Il caso dell'Europa

In coordinate spazio-temporali così concepite può essere collocato il processo di costruzione dell'Europa come soggetto politico, cui continua ad essere applicato, almeno da coloro che ripongono le maggiori speranze nel suo compimento, la categoria della federalizzazione³⁰.

La fase cui è pervenuto il processo di integrazione in Europa viene di frequente ricostruita, non senza fondamento, secondo linee di perdurante tensione tra «unità» e «frammentazione». Alla frammentazione è data un'accezione negativa, come stadio degenerativo della pluralità, cui conduce la forza di resistenza degli Stati-Nazione in quanto fattore di stagnazione nello sviluppo del processo costituente europeo; negativa soprattutto per il prodursi di nuovi fenomeni di disgregazione sociale e politica negli Stati nazionali, con l'affermarsi dei populismi, agevolati dall'accorciarsi del ciclo economico, per crisi ravvicinate e prolungate in misura priva di precedenti, e per gli effetti globali di scelte di fondo di politica economica nelle grandi economie, conducenti a situazioni di instabilità, a vistosi rallentamenti della crescita, ad aumento delle diseguaglianze³¹.

²⁹ La *Artificial General Intelligence (AGI)* coinvolge «questioni di ampia portata sul piano delle strategie politiche, della sicurezza, del controllo, della produttività, di possibili manipolazioni sociali, della gestione dei dati, ecc.», mettendo in gioco «ben altre scommesse, a partire da una silenziosa e importante redistribuzione di potere tra pubblico e privato»: M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna 2022, p. 70.

³⁰ A partire, necessariamente, da C.J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York 1968.

³¹ Ritorna di attualità al cospetto del caso cinese (che suscita grande allarme, benché non si possa essere sicuri di un «contagio» al resto del mondo, sul modello di quanto avvenne a partire dal sistema bancario americano nel 2008, data la dimensione relativamente limitata degli investimenti stranieri, specie statunitensi, nel mercato della Cina), ricevendo ampio spazio nel dibattito pubblico (cfr. l'intervista concessa a Repubblica da Kenneth S. Rogoff, raccolta da Eugenio Occorsio il 18 agosto 2023, *Da Pechino una dose eccessiva di debiti: le conseguenze possono essere dolorose per tutti*) la tesi del «superciclo del debito», secondo la quale, nelle fasi espansive, si tende a concedere crediti in misura troppo elevata, innescando una spirale di aumenti dei prezzi delle attività e dunque del loro valore come garanzia, aumento di valore che, a sua volta, fa espandere il credito, e così via. Quando la «bolla» si rompe, per fattori che hanno a che fare con l'economia reale, il processo regredisce con effetti di crisi dirompente. Il consiglio che i sostenitori di questa teoria si sentono di dare è che, innanzi a crisi siffatte, non si deve dare sostegno alla domanda né ridurre le diseguaglianze, perché il sistema dovrà riassetarsi più o meno «naturalmente» o comunque con interventi pubblici molto moderati (lo studio empirico sul quale questa teoria si fonda è C.M. REINHART, K.S. ROGOFF, *Growth in a Time of Debt*, NBER Working Paper No. 15639, gennaio 2010; in seguito ad alcune obiezioni circa la correttezza nella raccolta e nell'utilizzazione dei dati, e alla segnalazione di alcuni *bias* statistici, gli autori hanno presentato uno studio ulteriore con il quale confermano le loro tesi, che, asseriscono, resistono nella sostanza, nonostante la correzione degli errori statistici: C.M. REINHART, V.R. REINHART, K.S. ROGOFF, *Public Debt Overhangs: Advanced-Economy Episodes Since 1800*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 26, No. 3, 2012, p. 69 ss.). Come è noto, a tale ricostruzione è opposta quella fondata sulla categoria della «stagnazione secolare» (nell'ampissima letteratura, la teoria è efficacemente sintetizzata da

Si tratta di vettori di forza operanti nell'economia globale, e che ostacolano specificamente i processi di integrazione europea.

Tuttavia, quando ci si chiede donde prenda energia la resistenza dello Stato-Nazione al processo federativo, e fondamento la sua ripresa di campo, la risposta è di certo nei potenti fattori economici, nelle condizioni materiali in cui la Costituzione europea vive la sua troppo lunga genesi; ma di tali fattori va rilevata la commistione con altri, di carattere politico e culturale, che dei primi contribuiscono a costituire la sostanza.

Quando Karl Polanyi esamina la «grande trasformazione» delle istituzioni liberali negli anni Trenta del Novecento, rinvenendo le origini della crisi nell'Inghilterra ricardiana, la considera bensì nell'ambito dei processi economici, ma lo fa ponendo le premesse di un'«antropologia economica generale»³². E conclude il suo percorso analitico sui «fatti costitutivi della coscienza dell'uomo occidentale: la consapevolezza della morte, la consapevolezza della li-

L.H. SUMMERS, *The Age of Secular Stagnation. What It Is and What to Do About It*, in *Foreign Affairs*, March/April 2016): il tasso di interesse reale naturale perde il punto di equilibrio, riducendosi, in ragione della propensione delle famiglie a spostarsi dall'investimento al risparmio e, in corrispondenza con alcuni fattori di crisi, quali l'aggravamento delle diseguaglianze tra generazioni o all'interno delle generazioni e il declino demografico, esso rimane basso in permanenza, secolarmente appunto, accompagnandosi a disoccupazione ed eccesso di capacità produttiva. Se ne inferisce che la crescita potenziale è destinata a rimanere sempre bassa o nulla in tutte le società avanzate. Da questo nucleo concettuale originario si dipartono alcune osservazioni empiriche, che ne costituiscono la verifica, a partire dalla constatazione del perdurare pluridecennale di bassi tassi di interesse reali, per vari fattori: dai Paesi in via di sviluppo è stata drenata una gran massa di danaro verso investimenti speculativi a breve termine, piuttosto che verso l'attività industriale; le diseguaglianze nel reddito sono costantemente aumentate, orientando al risparmio crescenti masse di danaro provenienti dai percettori di redditi da profitto; il progresso tecnologico ha abbassato, specie per alcuni tipi di impresa, la dimensione delle somme da investire, sicché le medesime imprese accumulano masse di danaro che non distribuiscono; dopo le grandi crisi finanziarie (forse anche dopo quella cinese in corso, se dovesse coinvolgere, più o meno intensamente, l'economia globale), crescono gli oneri di intermediazione finanziaria, e dunque la sfiducia al cospetto di una stagnazione percepita come di lungo termine, dal che deriverà riduzione della domanda e dei tassi reali. Al cospetto di tali fenomeni, non si può fare affidamento sulla manovra monetaria delle Banche centrali, che è inadeguata ad affrontarli, ma occorre tendere al pieno impiego con politiche fiscali e con misure strutturali per sostenere la domanda aggregata (cfr. AA.VV., *La stagnazione secolare. Ipotesi a confronto*, a cura di F. Menghini, goWare 2018, e ivi in particolare il saggio di P. KRUGMAN, *Stagnazione secolare: fatti, cause e rimedi*, poiché l'autore partecipa molto intensamente al dibattito critico sulla teoria del «superciclo del debito»). Ora, se questi sono i termini fondamentali del dibattito, chi guardi alla proiezione di esso nel contesto delle istituzioni politiche con le premesse qui enunciate, si chiede se, considerando il tempo nell'ottica della complessità derivante, non da uno sviluppo lineare, ma dal pulsare del tempo congiunturale (nella quale si porrebbe il superciclo del debito) che scorre sullo strato della lunga durata (nel quale si porrebbe la stagnazione secolare), potrebbe chiedere alla teoria economica – scontata la non fallacia delle risultanze empiriche messe a fondamento dei due approcci, stagnazione secolare e superciclo del debito – di esplorare la possibilità che, non essendo lecito mettere le premesse in irriducibile antinomia, si possano elaborare strategie economiche traenti fondamento da entrambe, e se ciò possa aiutare a elaborare strategie istituzionali efficaci. Né sembra che la teoria economica possa disinteressarsi della questione, se è vero che Rogoff ha dovuto ammettere che stagnazione secolare e superciclo del debito «possono essere due punti di vista differenti dello stesso fenomeno», soggiungendo, però, che la prima non spiega l'essenziale dei fenomeni economici. Tuttavia, non solo non compie alcuna dimostrazione di questo assunto, ma, nella sua analisi, le posizioni dei due elementi nella opposizione essenziale-non essenziale talvolta sembrano invertirsi per fronteggiare l'esigenza di dare spiegazione ad alcune connotazioni del ciclo (cfr. K.S. ROGOFF, *Debt supercycle, not secular stagnation*, in *vox.eu*, 22 aprile 2015). La teoria del superciclo del debito si trova compiutamente esposta in C.M. REINHART, K.S. ROGOFF, *This Time is Different. Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2011, ed. it. *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, Milano 2010.

³² Lo rileva A. SALSANO, *Introduzione* a K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York 1944 e Boston 2001, nella trad. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 1974, XV.

bertà e la consapevolezza della società. La prima oggetto della rivelazione veterotestamentaria, la seconda della rivelazione neotestamentaria, la terza acquisita attraverso la vita della società industriale»³³. E quando, nel 1935, Paul Hazard crede di trovarsi innanzi a un'altra grande scansione della storia europea – quella segnata dalla crisi, durata trentaquattro anni, tra il 1680 e il 1714 – la qualifica come *Crise de la conscience européenne*, incappando nel terribile problema delle rotture e delle permanenze in una civilizzazione³⁴. Da queste opzioni teoriche si può dissentire, e si è in effetti dissentito, rilevando errori di prospettiva e conseguentemente falsificando rilevanti conclusioni³⁵: Franco Venturi, con riferimento all'Italia del XVIII secolo, ha preferito la locuzione «delusione intellettuale» a quella, assai più impegnativa, di «crisi della coscienza»³⁶.

Ma di queste grandi costruzioni rimane fermissima e ineludibile l'opzione metodologica: di ogni trasformazione nulla, o quasi nulla, risulterebbe comprensibile, se non avendo percezione del processo storico come fatto umano, cioè come fatto dell'uomo nella sua concreta storicità. Non si giustifica perciò il credito sproporzionato attribuito allo scientismo degli economisti quantitativi, con il loro totemismo algoritmico, poiché il superamento della crisi del processo di integrazione e il compimento dell'edificio europeo saranno un obiettivo mancato fino a quando si sarà dato credito a un solo rigido approccio di teoria economica.

Tanto più perché, nel tempo presente in misura maggiore al confronto con ogni altra fase della storia dell'Europa moderna, i fattori culturali operano potentemente sul versante in cui intervengono le forze che spingono alla *frammentazione* e contrastano l'*unità*, orientando in senso regressivo l'integrazione già conseguita. Tali forze assumono i tratti della mentalità e dell'ideologia populiste, specie nella variante sovranista, che si sono affermate fino a divenire dominanti in alcune aree chiave del sistema politico europeo, e che non sarà agevole far fluire.

Alla domanda sulle ragioni per le quali ciò sia avvenuto, la risposta è resa allo stato difficile dal concorrere di più fattori, l'interpretazione di ciascuno dei quali, proposta mentre i fatti sono in tumultuoso svolgimento, è segnata, a sua volta, da opzioni ideologiche, o almeno da rilevanti scelte valoriali, difficili da isolare stipulando i termini di un approccio scientifico.

Si può tuttavia proporre un'ipotesi ricostruttiva.

In Europa, alla metà del primo decennio degli anni Duemila, fallisce il tentativo di dare al processo di federalizzazione in atto lo sbocco di una Costituzione scritta attraverso la ratifica del Trattato costituzionale³⁷: dai popoli degli Stati nazionali proviene un orientamento alla con-

³³ K. POLANYI, *La grande trasformazione*, cit., p. 319.

³⁴ P. HAZARD, *Crise de la conscience européenne 1680-1715*, Paris 1935, trad. it. *La crisi della coscienza europea*, Torino 2007.

³⁵ Si è in effetti sostenuto che egli abbia scambiato il punto di osservazione francese con l'Europa intera e che abbia drammatizzato gli eventi proponendo l'idea fallace di una crisi della coscienza europea rapida e brutale: P. VERNIÈRE, *Peut-on parler d'une crise de la conscience européenne?*, in AA.VV., *L'età dei lumi. Studi storici sul Settecento europeo in onore di Franco Venturi*, Napoli 1985, 59 ss.

³⁶ F. VENTURI, *Settecento riformatore. Da Muratori a Beccaria*, Torino 1969, p. 3.

³⁷ Com'è noto, dopo l'esito negativo dei referendum in Francia e Olanda, non si mostra possibile applicare la Dichiarazione n. 30 dell'Atto finale del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Roma 29 ottobre 2004

servazione dei confini, e le *élite* politiche ed economiche mostrano per la prima volta in maniera assai vistosa la propria debolezza, nella tendenza al rispecchiamento di questi sentimenti e nell'incapacità o nella rinuncia a esercitare una funzione di filtro e di orientamento.

Allo stesso tempo, risulta evidente che le Costituzioni nazionali non abbiano mantenuto le loro promesse, per la distanza tra enunciazione dei diritti ed effettività, una condizione di rischio per la democrazia, come avvertiva Norberto Bobbio³⁸.

E la perdita di forza conformativa delle Costituzioni, che è anche perdita di energia della cultura del costituzionalismo, prepara il campo all'avvento del neoliberalismo, come teoria e come ideologia, che del costituzionalismo nega in radice la promessa fondamentale, l'eguaglianza, assumendo per converso la diseguaglianza come principio informatore dei rapporti sociali ed economici e come motore dello sviluppo e del benessere (disegualmente distribuito). Secondo questa visione, lo Stato recede come soggetto politico autonomo, essendo ridotto a garante del libero dispiegarsi delle leggi economiche e delle buone pratiche affermatesi nel mercato, che sono un quadro normativo cui le norme prodotte nelle sedi politiche statali debbono conformarsi, assicurando il perfetto dispiegarsi della concorrenza.

L'ideologia neoliberale si afferma e conosce il massimo fulgore, inverandosi nelle politiche dei governi senza distinzioni quanto allo schieramento politico cui si ascrivono le forze che li compongono, a partire dagli anni Ottanta e, a seguire, negli anni Novanta del Novecento. Poi comincia il suo declino, e, soprattutto con la grande crisi, finanziaria e bancaria, del 2008, il neoliberalismo rivela vividamente tutta la fallacia delle sue promesse. Le politiche neoliberali sono incapaci di fronteggiare efficacemente gli stati di crisi, e anzi tendono a produrre crisi e ad aggravarle, ed è inconsistente il nucleo di esse, spostare la ricchezza dai salari ai profitti, arricchendo ulteriormente chi è più ricco, sulla base dell'assioma del *trickle down*, cioè dello "sgocciolamento" di una parte di essa verso i più poveri, per realizzare un grado di accettabile equilibrio economico: semplicemente, non c'è sgocciolamento³⁹, e la diseguaglianza non è affatto un motore dell'economia, poiché le economie con minori diseguaglianze hanno migliori *performance*, e le politiche neoliberali hanno condotto alla creazione di rendite, alla finanziariaizzazione dell'economia, a una difettosa gestione della globalizzazione e a una riduzione, non all'incremento e alla tutela, della concorrenza⁴⁰. Solo una esigua minoranza si è avvantaggiata delle modifiche dei sistemi fiscali e della regolamentazione dei mercati, mentre la diseguaglianza è ulteriormente aumentata, fino a essere percepita come intollerabile.

– «La Conferenza prende atto che, se al termine di un periodo di due anni a decorrere dalla firma del trattato che adotta una costituzione per l'Europa, i quattro quinti degli Stati membri hanno ratificato detto trattato e uno o più Stati membri hanno incontrato difficoltà nelle procedure di ratifica, la questione è deferita al Consiglio europeo» – perché vari Stati "congelano" il procedimento di ratifica (senza che sia perciò neppure più necessario occuparsi del problema della forza normativa di una Dichiarazione allegata a un Trattato non ratificato).

³⁸ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino 1984.

³⁹ «È ... necessario abbandonare la malriposta fiducia nella teoria del *trickle down*, l'idea che se l'economia cresce tutti ne beneficeranno ... i fatti parlano chiaro: i benefici della crescita semplicemente non filtrano verso il basso. E oggi possiamo osservare le ampie fasce di popolazione, in America e altrove nel mondo avanzato, che vivono nella rabbia e nella disperazione dopo decenni di quasi stagnazione dei redditi prodotti dalle politiche per l'offerta, anche quando il Pil è cresciuto»: J.E. STIGLITZ, *People, Power, and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, Penguin Books, London 2019, trad. it. *Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino 2020, XXI.

⁴⁰ Ivi, p. 39 ss.

Più in generale è ora evidente l'inconsistenza della tesi neoliberale maggiore: economia e società sarebbero in grado di raggiungere autonomamente un equilibrio. Invece, i fatti dimostrano che, nel tempo attuale, innanzi alla complessità crescente delle relazioni interordinamentali e a un certo recedere della globalizzazione, v'è una necessità crescente di regolazione e di politiche statali e sovrastatali di tipo redistributivo.

Torna così potentemente in campo la questione dell'eguaglianza, nella sua specifica connotazione di pretesa alla tutela dei diritti sociali, che è innanzi al percorso di integrazione europea, essendo la sua soluzione necessaria per ridare vigore al processo di costituzionalizzazione ora ristagnante. E la soluzione è assai ardua, anche per il fatto che il tema della dimensione della tutela dei diritti sociali – dei diritti «cui corrispondono doveri di aiuto materiale»⁴¹ – appartiene a un sostrato culturale ancora molto saldo nell'Occidente europeo, nel quale tali diritti sono definiti «per prossimità» (familiare, comunitaria, statale), e, nell'esperienza dello Stato nazionale, sono garantiti entro i confini statali e da essi protetti. I diritti civili – «i diritti cui corrispondono doveri di giustizia»⁴² – possono essere estesi, universalizzati, senza rinunciare alle coesioni nazionali entro i rispettivi confini, poiché gli Stati ne possono stipulare la garanzia, e renderli giustiziabili in sedi sovranazionali di cui riconoscano la legittimazione. La garanzia dei diritti sociali, nell'ambito di questa radicale opposizione e su tale ancor saldo sostrato culturale, è percepita come possibile solo grazie a «meccanismi di “chiusura” ... presuppone l'esistenza di una comunità chiaramente delimitata verso l'esterno e internamente coesa, i cui membri sentano di appartenere allo stesso insieme e di essere legati dal principio di reciprocità per quanto concerne alcuni rischi e bisogni comuni»⁴³. Ma ciò costituisce un ostacolo assai difficile da superare, un ostacolo che si para innanzi al processo di integrazione europea, fondato per converso sul «principio di apertura ... sull'indebolimento o la rimozione di quelle demarcazioni spaziali e di quelle politiche di chiusura che gli Stati nazionali hanno edificato per proteggersi da intrusioni esterne»⁴⁴.

Tutto ciò fa pensare che – se ci si munisca di sufficiente realismo – sia molto difficile prefigurare il compimento di un processo di costituzionalizzazione dell'Europa come entità politica senza passare per la edificazione di un *welfare* centralizzato europeo, chiamando in causa «l'architettura spaziale della cittadinanza sociale, ossia la definizione territoriale della solidarietà, l'identità delle sue comunità di base, e la fonte ultima di legittimazione per la produzione autoritativa dei diritti»⁴⁵.

Ma bisogna riconoscere che si sono fatte più difficili le condizioni affinché ciò avvenga: ammesso che nelle *élites* politiche ed economiche europee vi siano una visione adeguata a far percepire e poi la forza per affrontare un tale difficile tornante della storia dell'Europa, vi sono due fattori frenanti, nuovi o di nuova forza: la fiammata populista sovranista in molti Paesi dell'Unione; la dimensione assunta dal fenomeno delle migrazioni. La prima – per la quale giocano molti elementi, tra i quali il rilievo maggiore deve riconoscersi proprio alla crescente

⁴¹ M.C. NUSSBAUM, *Duties of Justice, Duties of Material Aid. Cicero's Problematic Legacy*, in *Journal of Political Philosophy*, 8, 2000, 176 ss., trad. it. *Giustizia e aiuto materiale*, Bologna 2008.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare*, Oxford 2005, p. 51.

⁴⁴ *Ivi*, p. 2.

⁴⁵ *Ivi*, p. 51.

difficoltà a garantire i diritti sociali in presenza di severe crisi economiche traenti causa da crisi finanziarie – trova nella seconda esca e alimento ulteriore. Questa, a sua volta, stenta a trovare la risposta di politiche europee e nazionali capaci di guardare oltre l'emergenza.

E invece si tratterebbe di creare le condizioni per rimettere in discussione la percezione della irrinunciabilità della funzione protettiva dei confini a salvaguardia dei diritti sociali, che invece diviene più intensa nella fase sfavorevole del ciclo economico e al cospetto del ritorno della guerra in misura dirompente a ridosso dell'Unione, a minacciare, appunto, i confini degli Stati nazionali in essa collocati.

Ancora, si tratterebbe di rimettere in discussione l'idea stessa di cittadinanza collegata al concetto di confine nazionale, come delimitazione dello spazio in cui si svolge il rapporto di appartenenza esclusiva e di soggezione allo Stato nazionale, l'idea di cittadinanza come *status* – situazione giuridica riconnessa unilateralmente dall'ordinamento a requisiti da considerarsi decisivi – e non come rapporto giuridico⁴⁶.

Nessuno può oggi spingere la visione tanto oltre l'orizzonte da prevedere quali possano essere gli esiti dei contrastati processi in atto. Ma se essi venissero a compimento in conformità ad alcune loro premesse, si realizzerebbe una metamorfosi della statalità, a partire dalla genesi, con l'abbattimento di uno dei paradigmi più resistenti e duraturi nella storia del pensiero giuridico innervato di politicità: quello secondo cui, nella formazione più organica e strutturata, all'origine di ogni entità politica v'è sempre un'occupazione di terra (che può avvenire anche in forza di grandi migrazioni), da cui muove ogni ordinamento, un *radical title* da cui derivano tutti gli altri rapporti di possesso e di proprietà, pubblici e privati, e ogni diritto sociale e internazionale⁴⁷; e all'occupazione di terra si giunge attraverso il conflitto, sempre «in modo alquanto tumultuoso»⁴⁸.

Il processo di formazione dell'ordinamento costituzionale europeo si distaccherebbe da questo modello, da questo «archetipo di un processo giuridico costitutivo», per i suoi tratti peculiari: “non discontinuità” nel rapporto con gli Stati nazionali, dei quali prenderebbe luogo trasformandone la natura, poiché tutto avverrebbe nelle forme del diritto, e non per rotture attraverso atti assoluti, autolegittimati e sovrani; indipendenza nel fondamento da un *dèmos* identificato secondo fattori di coesione che si richiamano a un sostrato primordiale, originario e permanente, sublimato in una “coscienza nazionale”, in cui confluiscono legami di sangue,

⁴⁶ Ben si comprende come, in tale logica di appartenenza-soggezione, la cittadinanza – in molte legislazioni, in quella italiana in ispecie – si acquisisca e si trasmetta *iure sanguinis*, con fattispecie di acquisizione *iure soli* marginali e in funzione correttiva. Un circuito perverso: una tale concezione della cittadinanza contribuisce a mantenere gli immigrati nella condizione di forza lavoro a basso costo, disponibile in misura tendenzialmente illimitata, soprattutto nel mercato “informale”, con effetto di compressione del potere contrattuale dei lavoratori dipendenti in ordine ai salari e alle garanzie concernenti le condizioni di lavoro, e con conseguenti depressioni dei consumi e recessione; da tali condizioni deriva la crescita di un sentimento di insicurezza, che sembra di poter contrastare con una pretesa di rafforzamento dei confini; a tale pretesa il populismo sovranista risponde rinunciando a politiche di governo dei flussi migratori, pensando (fallacemente, peraltro) di poter trattare la questione delle migrazioni con mere misure di contrasto degli ingressi.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeum*, Köln 1950 e Berlin 1974, trad. it. (edizione 1974) *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europeum»*, Milano 1991, p. 27.

⁴⁸ Ivi, p. 25.

di suolo, di cultura⁴⁹; fondamento, invece, nelle tradizioni costituzionali comuni e nella produzione del diritto che da esse deriva, in sede politica e giurisprudenziale.

6. Infine e oltre

Tornando alle domande iniziali circa la permanenza dello Stato come forma ed elemento costitutivo della modernità, nella sua evoluzione storica, e come orizzonte verso il quale tendono processi quali quello federativo europeo, possibili risposte possono darsi riproponendo l'approccio, qui condiviso, che guarda al tempo nel suo andamento fluttuante, oscillante, periodico, fatto di ritmi congiunturali, di scivolamento l'una sull'altra di faglie di durata diversa. E allora potrà rivelarsi un'aberrazione ottica la percezione di una rottura prodotta dalla globalizzazione, in forza della quale il diritto può liberamente dispiegarsi senza Stato, nella libera composizione delle posizioni e degli interessi al di fuori di coordinate da esso manifestate e di un progetto da esso sostenuto, che nella forma costituzionale dello Stato moderno è progetto di emancipazione e di eguaglianza. Un tale diritto senza Stato, a formazione precipuamente giurisprudenziale, è auspicato – o ben accolto, da chi lo ritiene ormai realizzato – nella regressione verso il premoderno.

Senonché la restituzione teorica di una tale scansione irreversibile si mostra fallace, se si guarda alla vicenda storica nella sua concretezza: la globalizzazione, per il potenziale di intollerabile diseguaglianza che la connota, capace di disarticolare le società, ha bisogno di regolazione, di regolazione da parte degli Stati, collocati bensì in un quadro di forti interrelazioni, ma che Stati rimangono; e, soprattutto, dal punto di vista storico, la globalizzazione è reversibile, ci dice anzitutto la scienza economica, essa è nel tempo congiunturale, mentre la modernità statale è nella lunga durata, dunque permane quando la prima recede.

Ciò che abbiamo chiamato modernità non ha esaurito la sua storia, ma si è trasformata in diverse fasi, nessuna delle quali può essere letta come regressione al premoderno. Quest'ultima, per quanto sia difficile immaginare il futuro, può essere ideologicamente vagheggiata, per fondare strategie comunicative e per sostenere ambizioni di egemonia culturale, ma si scontra coi fatti, che hanno pur sempre una loro coriacea indisponibilità a lasciarsi negare.

⁴⁹ L'opposizione tra «nazione di popolo» (*Volksnation*) e «nazione di cittadini», quest'ultima lontana dall'esperienza storica dello Stato-Nazione, è in J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Commento a Dieter Grimm*, in *L'inclusione dell'altro*, Milano 1998, p. 171.