

## Verso un diritto dell'effettività a-territoriale?\*

di Alessandra Algostino \*\*  
(5 aprile 2019)

Il sistema delle fonti è segnato da una crescente frammentazione: ai luoghi fisici deputati alla produzione di norme e al territorio, delimitato da confini che ne circoscrivono l'ambito di applicazione<sup>1</sup>, subentra la fluidità dei nodi della rete e la sua espansione senza confini; il risultato è un diritto a-territoriale, globale, del non-luogo<sup>2</sup>, «deteritorializzato»<sup>3</sup>.

La fisionomia del diritto muta: procedure e forme predeterminate sfumano nella *soft law*, nell'a-tipicità del diritto contrattuale, nella duttilità di norme create e gestite privatamente, nella destituzione del paradigma della validità e nell'ascesa del criterio dell'efficacia.

Muovendo dai profili sinteticamente evocati, si vuole qui proporre una riflessione sulla metamorfosi del sistema delle fonti e in specie sulla destrutturazione del diritto di matrice statale, o internazionale classico, e sulle caratteristiche del "nuovo" diritto *oltre lo Stato*, riconducibile ad un *mélange* di attori pubblici e privati.

Due, in particolare sono le caratteristiche, fra loro intercorrelate, del diritto liquido, postmoderno, sulle quali si intende soffermarsi: 1) il suo rapporto con il territorio, sotto un duplice profilo, l'a-territorialità e la rete; 2) la sua fonte sulla produzione, ovvero l'effettività<sup>4</sup>.

### 1. Diritto liquido e territorio

Il diritto perde il suo legame privilegiato con il territorio: il distacco dalla visione schmittiana del carattere costitutivo del territorio e della sua occupazione, visione già trasformata dall'artificialità del normativismo kelseniano<sup>5</sup>, cede il passo, in favore di forme fluide, senza radici o le cui radici non rilevano.

Nasce una nuova topografia del diritto. Il diritto perde il radicamento territoriale e diviene senza luogo, citando Natalino Irti: «la globalizzazione sradica il diritto dai luoghi antichi, e lo getta dinanzi all'*a-topia dei mercati*. Le norme sono ormai senza patria...»<sup>6</sup>.

\* Relazione presentata al convegno ICON-S Italian Chapter Inaugural Conference, "Unità e frammentazione dentro e oltre lo Stato", 23-24 novembre 2018, Roma.

1 Un approccio diacronico al rapporto fra territorio e ordinamenti giuridici, è in I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2010; A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.

2 M. AUGÉ, *Non-lieux. Introduction à une anthropologie de la surmodernité*, 1992, trad. it. *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera, Milano, 2009.

3 M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, spec. pp. 79 ss.; ad un processo di «denazionalizzazione del diritto», con il venir meno di un «rapporto diretto tra i luoghi e il diritto», si riferisce G. D'IGNAZIO, *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in G. D'IGNAZIO, A. M. Russo (a cura di), *Diritti e conflitti nel costituzionalismo transnazionale: dal territorio allo spazio. Verso un nuovo (dis)ordine globale policentrico?*, sezione monografica in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. II/2013, p. 428.

4 Per un approfondimento ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studi sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, dal quale sono tratte le presenti riflessioni.

5 Feconde riflessioni sul passaggio da uno spazio che «non è più originario e costitutivo, ma spazio formato, stabilito, voluto» (p. 54), nonché sulla «sradicante latitudine dei mercati» che si rivela «intimamente *fraterna* al formalismo kelseniano», ritrovandosi entrambi «sull'artificialità tecnica di un puro volere» (p. 156), in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

6 N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 28.

Come osserva Maria Rosaria Ferrarese, in relazione alla *lex mercatoria*, la deterritorializzazione è correlata con il concetto di non-luogo, sia attraverso il suo intreccio con il mercato, «importantissimo «non-luogo» del nostro tempo», sia in quanto assume come strumento il contratto, quale «diritto-*medium* per eccellenza», «lungo il quale si transita solo al fine di arrivare da qualche altra parte», sia in quanto comprende una componente arbitrale che vede una selezione degli arbitri che prescinde da ogni rapporto di tipo territoriale<sup>7</sup>.

Sono sempre meno il Campidoglio, Westminster o il nostrano Montecitorio, le sedi nelle quali si discutono e si approvano le norme, e non sono nemmeno (o non solo), la Casa Bianca, 10 Downing Street o Palazzo Chigi<sup>8</sup>: ad essi si sostituiscono sale riunioni<sup>9</sup>, che possono essere nel palazzo della World Bank a Washington DC, così come negli uffici delle *law firms* statunitensi, o presso il Kanko Hotel di Shima, in Giappone, al Palacongressi di Taormina, o al Manoir Richelieu di La Malbaie in Canada (sedi, rispettivamente, delle riunioni del G7 nel 2016, 2017 e 2018).

Si assiste ad una delocalizzazione della sovranità; il potere diviene sempre più, anche fisicamente, impalpabile e, dunque, inafferrabile<sup>10</sup>.

Al ritratto verticistico di un ordinamento giuridico simbolicamente rappresentato dalla piramide e costruito sul principio di gerarchia, si sovrappone l'istantanea di una rete morbida e policentrica<sup>11</sup>; tuttavia, abbandonare relazioni verticali in favore di rapporti orizzontali non implica necessariamente che essi siano simmetrici<sup>12</sup>.

Ragionare di collaborazione e interdipendenza, piuttosto che di gerarchia, evoca uno scenario democratico, ma, come nota Sabino Cassese, la figura organizzativa "rete" ha conosciuto in passato «almeno due utilizzazioni importanti», quella dell'ordinamento medievale e quella di alcuni imperi coloniali, come l'Impero inglese<sup>13</sup>: sono due esempi che, da soli, argomentano come non sia intrinseco rispetto alla rete un giudizio di maggiore o minore aderenza alla democrazia o alla prospettiva dell'eguaglianza.

---

7 M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., pp. 80-82.

8 G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma, 2005, p. 61: «nell'epoca della globalizzazione i processi di produzione giuridica si spostano dai centri del diritto – che erano stati politicamente istituzionalizzati negli Stati-nazione (parlamenti e ordinamenti giudiziari) – alle sue periferie, verso i confini tra il diritto e le altre sfere sociali globalizzate. Il diritto del nuovo mondo è innanzitutto periferico, spontaneo e sociale». Viene meno «la coincidenza fra luoghi del diritto e luoghi della politica» – osserva G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale, Sovranità Rappresentanza Territori, Atti del XXXI Convegno annuale, Trento, 11-12 novembre 2016*, Jovene, Napoli, 2017, p. 453.

9 ... quando non *tout court* il cyberspazio.

10 Si veda M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006.

11 *Ex multis*, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 29 ss.; A. J. ARNAUD, *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*, in *Droit et Société*, 35-1997 (*Globalisation des échanges et espaces juridiques*), p. 15; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2005, pp. 427-428; C. AMIRANTE, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 25; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014, spec. pp. 27 ss.

12 Come scrive A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 161, «se, concettualmente, l'indebolimento della sovranità quale garante dell'effettività apre la scena a rapporti non verticali ma orizzontali e ad una effettività fondata sul calcolo di convenienza, non per questo relazioni orizzontali sono relazioni paritarie».

13 S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 22.

Discorrere di policentrismo nel mondo globalizzato odierno non significa ragionare di un diritto che proviene dal basso, creato attraverso una democratica ed eguale condivisione e compartecipazione alla produzione giuridica, bensì di un diritto frammentato e frantumato, preda dei soggetti che hanno il potere di appropriarsene, *ça va sans dire*, a proprio uso e consumo.

In altri termini, non convince la rete come modello inclusivo, che evoca orizzontalità, intersoggettività, interconnessione, convivenza, *contra* la piramide come modello escludente, *in re ipsa* caratterizzato da disequaglianza, da rapporti verticali, dalla logica del comando.

A prescindere dalla considerazione che il dato materiale è composito, refrattario ad essere costretto in un modello astratto e facile invece a contaminazioni, la dicotomia piramide *versus* rete come *supra* aggettivata, o quella «impero del diritto» (Dworkin) *versus* «arcipelago della norma» (Timsit)<sup>14</sup>, sottovaluta alcuni elementi.

Da un lato, non si considera come quando si riflette di fonti statali si muove, pur con tutti i limiti che la vita concreta degli ordinamenti restituisce, nel contesto di uno Stato democratico-pluralistico, se non sociale, nella cui *higher law* si sancisce il diritto del costituzionalismo; dall'altro, si misconosce il dato di realtà che vede i fili della rete nelle mani dei nuovi sovrani della *global economic governance*.

“Si dimentica”, cioè, che i principi del costituzionalismo mirano a rendere *autonomo* il diritto per tutti<sup>15</sup>, sovvertendo la logica del diritto come imposizione attraverso il riconoscimento della sovranità popolare (coniugata con l'orizzonte dell'eguaglianza sostanziale)<sup>16</sup>; mentre si sopravvalutano le potenzialità del carattere spontaneo e sociale del diritto<sup>17</sup>.

Policentria<sup>18</sup>, diritto solubile, internormatività<sup>19</sup>, citando alcuni concetti o locuzioni proposte, sono formule suggestive e possono prestarsi a descrivere lo *status quo* del diritto (o, meglio, di una parte di esso) e a coglierne le trasformazioni in modo più “efficace” rispetto a letture che tendono a ridurre la portata delle nuove (non)forme di diritto o a configurarle in termini di eccezionalità o di anomalia, se non a negarne l'originalità. Una rappresentazione non illusoria è prodromica a qualsiasi interpretazione della stessa, nella prospettiva che il diritto, strutturalmente neutro, non lo è nelle sue concretizzazioni in ordine a forme e contenuto, le quali esprimono determinati rapporti di forza e orizzonti assiologici.

Il discorso, però, muta se il diritto liquido assurge al rango di progetto, in un'ottica prescrittiva, per il futuro, misconoscendo come esso, *rebus sic stantibus*, sia un canto delle sirene letale per la prospettiva dell'eguaglianza, della democrazia, dell'emancipazione<sup>20</sup>.

La sostituzione dell'ordine di fonti predeterminate, caratterizzate da una specifica forma e

---

14 Cfr. F. OST, *Dalla piramide alla rete*, cit., p. 36.

15 Si ripete: con tutte le contraddizioni, i limiti, le ambiguità, nonché le regressioni, nella concretizzazione dei principi cui si assiste.

16 ...*alias*, il riferimento è ad un costituzionalismo che abbraccia la sfera politica, quella sociale e quella economica.

17 A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 162, discorre, a proposito della *lex mercatoria* degli accordi multilaterali di tipo commerciale, di «una forma opaca, e perciò forse anche più insidiosa di coercizione», di «tratti meno palesi ma egualmente costrittivi di dominio, di esclusione».

18 Alle osservazioni sul carattere policentrico del diritto già citate, *adde* il volume, emblematico sin dal titolo, di A. HIRVONEN (edited by), *Policentry: The Multiples Scenes of Law*, Pluto Press, London, 1998.

19 Cfr. J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996.

20 In questo senso pare *molto* ottimista la *pars construens* del discorso di Teubner, laddove ragiona di sviluppo nelle costituzioni sociali parziali di «autolimitazioni costituzionali» (G. TEUBNER, *Costituzionalismo della società transnazionale – relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013).

ordinate in base a criteri preventivamente stabiliti, avviene a favore di un dis-ordine di fonti eterogenee, frammentate, frantumate, de-formalizzate e de-tipicizzate<sup>21</sup>. Contratti, consuetudini, convenzioni, residui di diritto politico, sentenze delle giurisdizioni ordinarie, lodi arbitrali, *soft law*: un *mélange* disarticolato.

È un dis-ordine lungi dall'essere "neutro": è un *pot-pourri* dal sapore dolce per alcuni (i pochi dell'*élite* del finanzia-capitalismo) e dal sapore amaro per molti.

È una galassia di fonti legate dalla forza dei soggetti dominanti, ovvero una rete che ondeggia e si plasma secondo i voleri del mercato. È un caos hobbesiano, dove le scorribande dei mercenari del nuovo diritto globale impongono le proprie regole, malleabili e manipolabili<sup>22</sup>.

L'opacità diviene la nota dominante: l'evanescenza e la natura multiforme dei nuovi sovrani così come il carattere policentrico e flessibile delle fonti del diritto rendono l'esercizio del potere privo di controllo. L'irresponsabilità si presenta come strutturale effetto collaterale di norme polimorfe e fluide.

La liquidità del "nuovo diritto" nulla toglie peraltro alla sua rigidità, nel senso che, flessibile nelle forme e disponibile nel contenuto, esso non è una morbida coperta *patchwork* che avvolge e riscalda delicatamente ma una fredda e rigida gabbia a maglie d'acciaio<sup>23</sup>.

## 2. L'effettività e l'efficacia del risultato

L'accantonamento dell'orizzonte giuridico statale e costituzionale, del diritto pubblico e del diritto politico, si coniuga con un mutamento dei parametri della normatività: l'approccio sostanziale sostituisce quello formale, la legittimazione democratica cede il passo all'effettività, la categoria dell'efficacia subentra a quella della validità.

Si afferma una fattualità «tesa a mandare in soffitta il legalismo formalista escogitato dalla civiltà moderna a propria difesa»<sup>24</sup>; «i criteri di validazione dominanti sono l'efficienza funzionale, l'economicità, e in definitiva l'effettività, che pone ai margini il principio di legalità»<sup>25</sup>.

Il fatto è interpretato come normativo, non tanto nel senso che produce norme giuridiche – seguendo la definizione di Riccardo Guastini – «se, e solo se, vi è una norma sulla produzione giuridica che lo assume come fattispecie condizionante di quella particolarissima conseguenza giuridica che è la nascita di nuove norme giuridiche»<sup>26</sup>, ovvero in quanto è riconducibile ad un contesto di diritto preesistente che lo identifica come fonte legale, quanto piuttosto perché *si impone* come produttivo di norme giuridiche in virtù del principio di effettività.

Dal punto di vista dell'ordinamento giuridico positivo, in quest'ultima accezione, il fatto si pone come fonte *extra ordinem*<sup>27</sup>; diversamente, muovendo nell'orizzonte liquido del diritto

21 Di un processo giuridico di produzione normativa che «si frantuma nei vasti territori di un *brave new world* facendosi disordinato e incontrollabile», scrive G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., p. 65.

22 Cfr. I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, 1997, ed. it. *Geopolitica del caos*, Asterios, Trieste, 2016.

23 Di una «necessità», la cui forza determinante risiede nella finanza che non ha «altro scopo che se stessa», con l'esclusione delle «idee progettanti», ragiona G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, che disegna l'immagine inquietante di «una gabbia»: «neutra, grigia, debilitante, soffocante» (pp. 7-8); di «una sovranità non localizzabile, nebulosa, ma non per questo meno tangibile», scrive G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., p. 456.

24 P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 48.

25 Così G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., pp. 469-470.

26 R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 128-129.

27 Riprendendo R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 129: «si dicono "fonti *extra ordinem*" tutti quei fatti che, pur non essendo previsti come fatti produttivi di diritto dalle norme sulla produzione giuridica,

postmoderno, esso è fonte del diritto, senza ulteriori aggettivazioni, stante che la fluidità dei modi di produzione giuridica non consente di individuare un ordinato sistema di fonti legali.

L'effettività, in un contesto positivista, è mediata dalla validità delle procedure e delle forme, così come, dal punto di vista sostanziale, dal rispetto del principio di gerarchia, nella sua articolazione come principio di costituzionalità e principio di legalità, o di quello di competenza<sup>28</sup>. Essa è relegata al ruolo di *grundnorm* presupposta ed è espulsa dalla quotidianità dell'ordinamento; riaffiora solo in ipotesi marginali<sup>29</sup>, o quale sintomo di un malessere del sistema delle fonti legali, quando, in caso di generalizzata e persistente non osservanza delle norme, può ripercuotersi sulla validità<sup>30</sup>.

Nel nuovo diritto liquido globale, invece, l'effettività è una presenza stabile, imprescindibile; da essa dipendono la creazione, la modificazione e l'estinzione delle norme: la norma viene ad esistere giuridicamente «qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari»<sup>31</sup>.

La norma assume come parametro non la validità, bensì l'efficacia, la sua capacità di raggiungere un determinato risultato, e a tale capacità è legata la produzione di effetti giuridici. Come a dire, l'efficacia come «capacità di produrre effetti giuridici»<sup>32</sup> è simbiotica rispetto all'efficacia come capacità di produrre il risultato. «Ciò che conta è il "successo": l'accadere di un fatto in quanto fatto»<sup>33</sup>: il parametro del diritto è la sua conformità al risultato atteso da chi detiene la capacità di imporlo, ovvero la sua efficienza.

L'efficacia abbandona la validità e si unisce all'efficienza<sup>34</sup>, o, se si vuole, la validità

---

nondimeno danno vita a norme che, di fatto, ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari, e si impongono come norme giuridicamente esistenti in virtù del cosiddetto "principio di effettività"; similmente, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Art. 1-9, in A. SCIALOJA E G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 541: le fonti *extra ordinem* rappresentano «un prodotto immediato del principio di effettività il quale... funziona direttamente come una norma sulla produzione giuridica...».

28 Ci si riferisce, cioè, alle due accezioni della validità, formale e materiale (fra gli altri, R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 246); in tema, cfr. anche le classificazioni di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 530 ss., con la distinzione fra validità formale come «fatto di conformità» e validità sostanziale come «fatto di coerenza» (p. 533).

29 Di esistenza di fatto, ad esempio, potrebbe ragionarsi a proposito della presenza di norme invalide, come una legge incostituzionale o un regolamento *contra legem*, anche se in tali ipotesi, come è stato osservato, vi è comunque quantomeno «una parvenza come di validità formale» (R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 248) o una «validità parziale o in senso debole» (F. MODUGNO, *Validità. a) Teoria generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993); sono i casi in cui L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1. *Teoria del diritto*, cit., p. 529, ragiona di «atti invalidi vigenti» (ovvero «atti conformi a talune ma non a tutte le norme formali» e «decisioni in contrasto, quanto al significato, anche solo con taluna delle norme sostanziali sulla loro produzione»).

30 Per tutti, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Cedam, Padova, 1991, p. 8: «una disubbidienza diffusa verrebbe a togliere alle norme il requisito dell'effettività»; più recentemente, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 75: «una norma non può considerarsi giuridicamente esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari».

31 R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 129. Nel diritto della globalizzazione «non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività» (P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 289).

32 R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 249.

33 N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 88 (l'Autore, nel prosieguo, individua il successo della legge «nella imposizione...»).

34 Sul punto, si vedano le precisazioni di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 92: «"efficienza", ancorché si lasci ricondurre a comune radice, non è il medesimo di efficacia e di effettività. Essa implica la funzionalità di un organismo, capace di produrre i risultati attesi».

abbandona l'orizzonte positivista e si lega all'effettività<sup>35</sup>: un concetto di validità non più à *la Kelsen* bensì à *la Ross*<sup>36</sup>. La validità, detto altrimenti, vive in quanto efficacia<sup>37</sup>.

Il principio di legalità è detronizzato, sostituito da un *pot-pourri* di fonti nel quale la scelta è effettuata à *la carte*, soddisfacendo le voglie del momento; come è stato osservato, «allo schematismo rassicurante del criterio gerarchico di un tempo, rispettoso del principio di legalità in senso formale, ... si viene sostituendo il criterio della maggiore o minore adeguatezza della regola a rispondere alle esigenze del caso singolo da risolvere, e della conseguente scelta della fonte...»<sup>38</sup>.

La rassicurante presenza della validità come strumento, in un contesto di legittimazione democratica del diritto, di limitazione e regolamentazione del potere, lascia il campo ad una inquietante incertezza, dominata da volubili e malleabili criteri efficientisti.

È il diritto della «dittatura del presente», dove «la forza normativa del fatto ci dice solo che lo *status quo* è legittimo»<sup>39</sup>; i tentativi del normativismo di oscurare il fatto cedono e si illumina l'affermazione che «il diritto deriva dal fatto» (Bobbio)<sup>40</sup>.

Le norme incardinate sull'effettività – si può quindi rilevare – hanno un ancoraggio diretto ed immediato nella società: in questo senso si può ragionare di diritto spontaneo<sup>41</sup>. La prospettiva della spontaneità può, *prima facie*, evocare l'immagine di un diritto *osservato*, e non obbedito, ovvero di un diritto "vicino", dove autori e destinatari delle norme coincidono<sup>42</sup>: un diritto, in sintesi, dal carattere eminentemente *autonomo*. Tale lettura però misconosce il dato reale<sup>43</sup>: non si sta discorrendo del diritto di una comunità di persone libere ed eguali<sup>44</sup>, bensì del diritto della *global economic governance*. Per i "nuovi sovrani",

---

35 Senza nascondersi che la locuzione "effettività" non possiede un significato univoco («è fenomeno complesso, massiccio, poliedrico», sintetizza G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto. Qualche premessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2006, par. XIII) ed è adoperata in contesti assai diversi: come è stato osservato (recentemente, così T. G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova, 2012, p. 109), «di «effettività» parla Santi Romano in riferimento al suo istituzionalismo, mentre parallelamente (e in posizione diametralmente opposta) ne parla Kelsen, in riferimento alla sua idea di ordinamento giuridico, per giungere ad Heidegger che lo usa come predicato dell'essere».

36 Cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, trad. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1990, spec. pp. 34 ss. e pp. 55-56; dello stesso Autore, si veda anche Id., a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, il Mulino, Bologna, 1982, spec. pp. 152 ss.

37 Citando quanto scriveva un giovane Norberto Bobbio, a proposito del diritto consuetudinario: «in esso validità ed efficacia coincidono», «il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa» (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, ed., con *Introduzione* di P. GROSSI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 48).

38 G. ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 57.

39 Così G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., p. 105, che identifica il filo conduttore degli argomenti trattati nel volume proprio nella critica alla forza normativa del fatto.

40 Bobbio sosteneva quanto citato criticando il requisito dell'*opinio iuris* quale elemento necessario per la formazione di una consuetudine (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 68).

41 Cfr. G. TEUBNER, *Regimi privati globali*, cit., spec. pp. 62 ss.

42 Come osserva G. FERRARA, *Sulle fonti del diritto*, cit., par. IV: «appaiono spontanee le fonti raccontate (*opinio juris ac necessitatis*). Ma non ne possiamo essere certi. Non sapremo mai se la *opinio* si sia formata per libera e comune convinzione dell'aderenza della regola giuridica al fatto, al rapporto, all'evento cui si applica, o invece, come sembra più probabile, sia stata dettata da qualcuno che fosse dotato di autorità – non importa se morale, o sociale, o politica».

43 In argomento, si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto, Art. 1-9*, in A. SCIALOJA E G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 541, il quale, tra i fattori che determinano in pratica «l'operatività del principio di effettività», annovera il «consenso formatosi fra gli appartenenti alla comunità circa l'opportunità o la doverosità di osservare determinate regole» così come «pressioni di ordine politico, economico, culturale o di altro genere, non escluse quelle derivanti dalla minaccia dell'uso della forza... o dalla suggestione di qualunque altro strumento di persuasione palese od occulto».

44 Come può essere, citando un'esperienza attuale, se pur limitata a territori circoscritti, che la rendono un'eccezione nel panorama comparato, per il diritto prodotto nel contesto del *mandar obedeciendo* delle

le norme sono autonome, nel senso che sono da essi auto-prodotte ed osservate spontaneamente, ma per la stragrande maggioranza degli abitanti del pianeta sono *eteronome*. Un'eteronomia che evoca concetti come sudditanza ed obbedienza; con l'aggravante della mancanza di sanzionabilità in termini di responsabilità politica.

Detto altrimenti, viene meno nel territorio globale la possibilità di qualificazione delle norme come autonome in quanto prodotte da organi di intermediazione, quali i parlamenti, che costituiscono espressione della sovranità popolare, sia in quanto eletti a suffragio universale all'interno di un contesto democratico sia in quanto soggetti a meccanismi di responsabilità/controlli periodici. Non esiste – al momento – nello spazio-mondo un equivalente della rappresentanza<sup>45</sup>, come concepita in uno Stato democratico-pluralistico, e sociale, la quale consente di ricondurre le norme alla sovranità popolare e quindi di ragionare di autonomia del diritto (senza peraltro misconoscere la “finzione” che può nascondersi dietro il *medium* rappresentativo).

Le norme spontanee della *global economic governance* esprimono la volontà del più forte, riflettono la materialità di rapporti economici nettamente sbilanciati, e in quanto tali vengono obbedite perché non si può “farne a meno”, cioè «non per convinzione, ma per costrizione»<sup>46</sup>. Il darwinismo sociale, la competitività, il *laissez-faire* non si prestano certo a costruire un diritto di tutti e per tutti, il quale esige il riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale, della centralità della persona, dell'emancipazione e della giustizia sociale.

La durata delle norme non è formalizzata e disciplinata dai criteri volti a risolvere le antinomie tra le fonti, ma è mobile: il tempo della vita di una norma è legato alla sua effettività, la quale è subordinata alla sua efficienza. Il diritto che ne consegue è un diritto in moto perpetuo, discendente in via diretta dalla materialità dei rapporti di forza.

### 3. Osservazioni conclusive

Il diritto politico, frutto di un processo di integrazione politica nel contesto di un ordinamento statale democratico-pluralistico, è oggetto, da un lato, di una disapplicazione di fatto, in favore di norme (auto)prodotte nello spazio nebuloso della *governance* globale e applicate dalle corti arbitrali; dall'altro, è sempre più costretto nella funzione di riprodurre e stabilizzare, ovvero di conferire una veste formale a norme il cui contenuto è deciso in altra sede.

La legge, come archetipo dell'atto giuridico generale ed astratto, è accantonata in favore di

---

comunità zapatiste, o dell'esperienza della Comune di Oaxaca (cfr. G. ESTEVA, *La comune di Oaxaca. Cronaca di un movimento annunciato*, Carta, 2008; nonché, sulle esperienze messicane, con specifica attenzione alle forme di «democrazia radicale», sia dei municipi autonomi zapatisti e delle Giunte di Buon Governo sia della Comune di Oaxaca, V. SERGI, *Il vento dal basso nel Messico della rivoluzione in corso*, ed.it, Catania, 2009, pp. 173 ss.); per non riferirsi a sistemi più antichi, come quello africano della *palabre* (si vedano, per un primo approccio nella letteratura italiana, B. BUJO, *I diritti dell'uomo: la visione dell'Africa nera. È possibile un pluralismo?*, in L. BONANATE, R. PAPINI (a cura di), *Dialogo interculturale e diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2008, pp. 325 ss.; in argomento vedi anche, per altri esempi, O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, trad. it. *La democrazia nell'era della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 80; D. GRASSI, *Forme tradizionali di autogoverno politico e democrazia in America Latina e Africa sub-sahariana*, in *Nuvole*, n. 40, luglio 2009; A. CACOPARDO, *Antiche gentes e democrazia*, in *Nuvole*, n. 42, ottobre 2009).

45 Si intende un «equivalente omeomorfo» (l'espressione si deve a R. PANIKKAR, *La torre di Babele. Pace e pluralismo*, Edizioni Cultura della Pace, San Domenico di Fiesole (FI), 1990), ovvero un *quid* che, anche in forme totalmente differenti e al momento ignote, possa esercitare una funzione analoga a quella della rappresentanza.

46 N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 238, che, nel prosieguo, afferma come a tali norme si obbedisca fino a quando non si possa farne a meno, ovvero «fino a che chi comanda è effettivamente il più forte».

un diritto *case-by-case*, o modellato da regole scarse e malleabili, in perpetua adattabilità alle esigenze degli attori che lo governano. Dilaga il fatto giuridico: convenzioni, consuetudini, *soft law*, e la forma-immagine del diritto diviene il contratto.

Il sistema delle fonti si dissolve nella frammentazione di un diritto de-formalizzato, policentrico, solubile, fluido, *soft*.

Vorrei chiudere con una citazione di Camus:

«... in mancanza di un valore superiore che orienti l'azione, ci si dirigerà nel senso dell'efficacia immediata. Nulla essendo vero o falso, buono o cattivo, la norma consisterà nel mostrarsi il più efficace, cioè il più forte. Gli uomini allora non si divideranno più in giusti ed ingiusti, ma in signori e schiavi» (Albert Camus, *L'homme révolté*, 1951)<sup>47</sup>.

\*\* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università di Torino

---

47 A. CAMUS, *L'homme révolté*, 1951, trad. it. *L'uomo in rivolta*, ed. Bompiani-Giunti, Milano-Firenze, 2017, Intr., p. 7, riflettendo intorno al senso dell'assurdo e all'omicidio.