

Nicola Lupo-Giancarlo Montedoro

Il diritto pubblico nell'epoca della globalizzazione: le fonti del diritto e la giurisdizione*

Nicola Lupo

Globalizzazione e fonti del diritto

1. I due corsi di Istituzioni di diritto pubblico che avete sin qui seguito, e che oggi concludiamo, sono stati incentrati essenzialmente sullo Stato nazionale, facendo quindi riferimento ad una dimensione territoriale limitata: si tratta di una scelta obbligata, in quanto la materia è ancor oggi saldamente radicata nello Stato.

La motivazione di questo forte legame tra il diritto pubblico e la realtà dello Stato deriva dal fatto che tradizionalmente lo Stato si afferma come il soggetto che detiene il monopolio della forza legittima e il diritto pubblico è, appunto, il modo principale di regolare l'esercizio della forza. Questo spiega anche perché gran parte delle regole giuridiche oggi vigenti derivino da una fonte statale. Inoltre, non va dimenticato che il diritto pubblico e il diritto costituzionale sono diretti a regolare non solo i poteri dello Stato, ma anche i rapporti tra pubblici poteri e cittadini.

Eppure, oggi il diritto pubblico è chiamato a fare i conti con la cosiddetta età della globalizzazione: ecco perché, in questo seminario conclusivo, ci proponiamo di svolgere alcune considerazioni su come mutano alcuni aspetti essenziali del diritto pubblico, come le fonti e la giurisdizione, per effetto delle spinte derivanti dalla globalizzazione.

2. Reputo necessario partire da una definizione di globalizzazione. La tragggo da un libretto di Eric J. Hobsbawm, uno storico noto al grande pubblico soprattutto come autore del fondamentale volume *Il secolo breve. 1914-1991* (tradotto in italiano per

* Si riproducono, di seguito, gli interventi svolti in un seminario, il 21 dicembre 2007, a conclusione dei corsi di Istituzioni di diritto pubblico tenuti presso la Facoltà di economia della Luiss Guido Carli di Roma.

RCS libri nel 1997), che analizza la storia del ventesimo secolo, sostenendo che esso abbia in realtà inizio in ritardo, con la prima guerra mondiale, e si concluda in anticipo, con la caduta del muro di Berlino. Secondo quanto ci dice Hobsbawm ne *La fine dello Stato* (Rizzoli, 2007), la globalizzazione può essere definita come “il fenomeno per cui il mondo viene a presentarsi come una singola unità di attività interconnesse, non ostacolate dai confini locali”.

Si possono prendere in considerazione alcuni indici della globalizzazione, che permettono di affermare che la globalizzazione si è accresciuta sensibilmente negli ultimi anni. La globalizzazione economica è piuttosto semplice da analizzare. Come ci informa lo stesso Hobsbawm, ad esempio, l'istituto svizzero Kof misura, a tal fine, quanto siano diffusi i centri IKEA o i ristoranti McDonald's. Decisamente più difficile è misurare la globalizzazione politica, anche perché la sfera della politica ha una sua resistenza implicita alla globalizzazione: lo dimostra, tra l'altro, il fatto che lo stesso istituto svizzero, per misurarla, non ha trovato di meglio che contare il numero di ambasciate presenti in ogni Paese.

3. Nel propormi di esaminare – su un piano generalissimo, come si addice ad un incontro conclusivo – le conseguenze che la globalizzazione produce sul sistema delle fonti del diritto, provo a prendere in considerazione sei ordini di fenomeni, che possono considerarsi come fattori a monte della globalizzazione.

Un primo aspetto, sicuramente quello più intuitivo, è dato dalla *globalizzazione dell'economia*, cioè dalla dimensione del mercato, che si è progressivamente accresciuta fino a raggiungere, spesso, una dimensione globale. Questo aspetto produce conseguenze importanti, tra cui la cosiddetta concorrenza tra ordinamenti giuridici nazionali: se un'azienda decide di collocarsi in un certo luogo, infatti, non guarda solo alla convenienza economica, ma anche alle regole giuridiche che si applicano in quel luogo. Si pensi, a tale proposito, anche alle persone fisiche, che spesso si spostano in un altro luogo, scegliendo un ordinamento giuridico a loro più

congeniale, ad esempio perché applica un regime fiscale più favorevole, rispetto a quello del paese di origine del soggetto. Trasportato sul piano delle fonti del diritto, ciò vuol dire che la globalizzazione rende il sistema delle fonti particolarmente complesso, difficile, per l'incertezza dell'ordinamento giuridico stesso. A tal proposito c'è un'organizzazione internazionale di notevole peso, l'OCSE (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), che, nel fornire indicazioni ai Paesi sviluppati su come regolare i sistemi economici, tende a far sì che queste pesino il meno possibile sugli operatori economici.

La seconda caratteristica deriva dallo *sviluppo dell'integrazione europea*. Qui è necessario osservare che il rapporto tra integrazione europea e globalizzazione si sviluppa almeno in una duplice direzione. Da un lato, l'Unione europea costituisce una risposta, e una risposta spesso efficace, alla globalizzazione: nel momento in cui i mercati si allargano, il singolo Stato perde potere ed il suo peso politico è destinato pressoché ad annullarsi, se non si pone in condizione, mettendosi insieme con altri Stati del medesimo continente, di operare su scala mondiale, mediante, tra l'altro, un mercato unico e una politica commerciale comune. Dall'altro lato, l'Unione europea rappresenta un canale indiretto per l'ingresso della globalizzazione del nostro sistema, le cui regole spesso entrano nel nostro Paese mediante il tramite di regolamenti o direttive comunitarie. A questo proposito, vi invito a considerare con cautela ogni volta che i politici scaricano la propria responsabilità su decisioni prese "a Bruxelles": va ricordato infatti che le istituzioni dell'Unione europea non risiedono nell'empireo, bensì hanno rapporti diretti e costanti con i governi gli Stati membri (di cui sono, nel caso del Consiglio dei ministri, diretta espressione).

Il terzo aspetto è costituito dall'*evoluzione tecnologica*, che avviene con ritmi sempre più veloci, e che richiede forme sempre più estese e sofisticate di regolamentazione, anch'essa in continua evoluzione. Si pensi alla tecnologia di dieci anni fa ed a quella odierna, e si provi ad immaginare il livello di tecnologia che si avrà tra dieci anni: questo comporta la presenza di fonti del diritto che cambiano, non

di fonti del diritto immutabili, come un giurista tende spesso ad augurarsi, quando ragiona su un piano astratto. Esempio classico dello sviluppo del sistema normativo legato ai fattori tecnologici è costituito la legge sulla privacy (prima con la legge n. 675 del 1996, ora con il codice di cui al decreto legislativo n. 196 del 2003), che con lo sviluppo di innumerevoli mezzi di comunicazione, ha dovuto subire non poche modifiche. Ma è lo stesso diritto alla protezione dei dati personali che si fonda sullo sviluppo tecnologico: tempo fa non esisteva la tecnologia necessaria per invadere la privacy, mentre oggi intercettare una conversazione telefonica o mettere in piedi una banca dati elettronica è praticamente alla portata di tutti.

Il quarto fenomeno è rappresentato dalla maggiore *complessità tecnica* delle politiche legislative e dei loro contenuti: il che comporta che molto difficilmente potranno essere approvati con l'ordinario procedimento legislativo parlamentare, ma hanno spesso bisogno dell'elaborazione in seno al Governo o da parte di autorità indipendenti. E, con lo sviluppo di normative sempre più complesse, si ampliano, evidentemente, gli spazi per l'interprete, e quindi per il giudice.

Quinto e penultimo fenomeno è costituito dalla tendenza ad una *contrattualizzazione dei rapporti sociali*, che genera norme a carattere bilaterale o plurilaterale; ciò comporta la produzione di effetti anche sui terzi, che non hanno sottoscritto tali norme. La norma è, in genere, un'imposizione unilaterale dell'autorità. Ci sono però, e tendono ad essere sempre più diffuse, altri tipi di norme, che non nascono da una imposizione del potere, ma da un accordo tra privati (e che sono il frutto cioè di un negozio giuridico), il quale però tende ad espandere i propri effetti anche al di fuori dei confini nei quali è stato ratificato.

Il sesto fenomeno è stato individuato da una delle massime studiosi degli effetti della globalizzazione sul mondo del diritto. Si è osservato che la globalizzazione tende ad *ampliare la sfera del presente* a danno di quella del passato e di quella del futuro, così ponendo in crisi i caratteri fondanti dello Stato di diritto. "Il declino della legge simboleggia la perdita di ruolo delle istituzioni che più

rispondevano alla geometria del futuro e ad una rapida e improvvisa fortuna delle istituzioni che più rispondevano alla geometria del futuro e ad una rapida e improvvisa fortuna delle istituzioni che hanno maggiore capacità di tenere in conto le esigenze del presente” (così Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il mulino, 2002): con la conseguenza della crisi del ruolo dei Parlamenti e dell’esaltazione, già evidenziata, del peso dei giudici.

Giancarlo Montedoro

Globalizzazione e giurisdizione

Il professor Lupo ha illustrato come globalizzazione significa dilatazione dello spazio e concentrazione del tempo, in quanto ha iniziato definendoci lo spazio ed ha finito con il concetto del tempo. Nella seconda parte del seminario si cambia il punto di vista, in quanto l’argomento affrontato sarà il ruolo del giudice.

Per quanto riguarda il giudice amministrativo, occorre osservare che nessun concetto più di quello che ha voluto istituire il giudice amministrativo è collegato all’idea di stato; studiando il diritto amministrativo e ponendo particolare attenzione alla struttura della giurisdizione nel nostro ordinamento interno, divisa in due apparati organizzativi - magistratura ordinaria e consiglio di stato/TAR -, si osserva che la tradizione giuridica nazionale non trova una necessaria rispondenza con il mondo giuridico globale, che contempla, come attori giurisdizionali, una serie di grandi tribunali e corti operanti nella dimensione sovranazionale. I giudici amministrativi, che una volta seguivano di pari passo le trasformazioni dello stato e dettavano le regole del potere, ora si trovano a dialogare con una serie di altri giudici, che condizionano profondamente il loro operato. Ci sono i giudici internazionali arbitrali, che decidono su vicende e conflitti internazionali, come avvenne per i giudici del tribunale di Norimberga, che sindacarono i crimini dei nazisti (il Tribunale di Norimberga fu creato a seguito di un accordo tra Stati Uniti, Unione Sovietica e

Regno Unito, che decisero di istituirlo proprio al fine di colpire chi si era reso colpevole dei crimini di guerra nella seconda guerra mondiale); attualmente vi sono tribunali arbitrali che giudicano i crimini commessi in periodi di guerra, (i cd. crimini contro l'umanità), è per esempio ciò che è avvenuto nell'ex Jugoslavia. Questi tribunali per funzionare hanno però bisogno degli stati, in quanto sono questi ultimi che forniscono le polizie e mandano i magistrati. Sono in uno strano rapporto, poiché si muovono in uno spazio giuridico vuoto, distaccato al massimo dallo stato, ma nello stesso tempo necessita di mezzi che lo stato assicura. Vi sono poi delle corti più stabili dei tribunali arbitrali sopra descritti, dotate di una capacità di durata; si tratta di vere e proprie istituzioni, in quanto trovano fondamento in trattati internazionali stipulati tra stati fortemente integrati tra loro, che proprio in quanto istituzioni sono dotate di durata e stabilità.

La prima è la Corte di Strasburgo, istituita dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che tutela i diritti umani dei cittadini che hanno sottoscritto questa convenzione, quindi non anche dei cittadini "esterni", da ciò ne deriva una sorta di recinto alla globalizzazione.

La Corte di Strasburgo, grazie alla volontà dei Paesi sottoscrittori la convenzione citata, si è molto evoluta, le sentenze dei giudici sono diventate sempre più dure, ed i Paesi sottoscrittori non possono che accettarle. L'Italia è stata citata numerose volte dalla corte di Strasburgo, con riferimento alla ragionevole durata del processo, regola che nel nostro ordinamento interno, è contemplata dall'art. 111 della Carta costituzionale. La ragionevole durata del processo usualmente non è rispettata nell'ordinamento italiano, poiché i processi sono prolungati nel tempo; per questa ragione la nostra giustizia viene considerata come un paradossale flusso di illeciti, cui si è cercato di porre rimedio con la "legge Pinto" (legge n. 89 del 2001), che all'art. 2, prevede che "chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui

all'art. 6 della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione". Si tratta di un tentativo di risarcire coloro i quali hanno atteso troppo a lungo, perché si decidesse su una controversia, una lite. Da qui l'importanza di un giudice internazionale, che si pone come giudice dell'operato di altri giudici, ed in particolare di quelli nazionali, responsabilizzando in tal modo il sistema giudiziario.

Vi è poi la Corte di Lussemburgo, che è la Corte di giustizia della Comunità Europea. Oggi al Consiglio dei ministri si ratifica il trattato di Lisbona, che riscrive totalmente le norme comunitarie. Questo trattato, molto criticato, frutto di un compromesso, e fortemente voluto dal presidente Sarkozy - che è così riuscito a far riprendere di vigore al processo costituente europeo, pur con la precisazione che non si tratta assolutamente di una Costituzione, ha comunque rimesso in moto un processo importantissimo - ha un enorme rilievo, perché ospita la Carta di Nizza, che contiene un catalogo dei diritti fondamentali; quindi non solo le quattro libertà fondamentali, ma tutti i diritti fondamentali normalmente considerati parte del patrimonio costituzionale europeo, entrano a far parte del trattato dell'UE. L'Europa si trasforma così da economica, ad un'Europa incentrata sui diritti della persona; i giudici sono in tal modo posti al centro del processo costituente europeo, poiché tutti potranno invocare i diritti del trattato. Il processo di formazione del diritto, svolgendosi in una arena diversa da quella politica nazionale, finisce inevitabilmente con il condizionare l'operato della nostra giurisdizione.

Per quanto riguarda poi la Corte costituzionale, essa è nel nostro ordinamento un super potere avente il compito di sindacare la costituzionalità delle leggi, legato ad una particolare caratteristica della nostra Costituzione, la rigidità. Il giudice delle leggi si occupa sempre di più del diritto comunitario, basti pensare all'articolo 117, comma 1, della nostra Carta Fondamentale, che tra i limiti alla potestà normativa, sia dello Stato che delle Regioni, contempla il diritto comunitario. La Corte, di recente, in alcune pronunce (le sentenze 348 e 349 del 2007), dando applicazione al diritto europeo, ha dichiarato contrario alla nostra Costituzione, per violazione della

Convenzione europea dei diritti fondamentali e del principio fondamentale della libertà economica, l'istituto dell'accessione invertita (o occupazione appropriativa). La Corte costituzionale dunque ha applicato il diritto europeo affermando che fa parte implicitamente della nostra Costituzione.

La Corte con queste sentenze si è posta in relazione con altri giudici ed in particolar modo con quello di Strasburgo ed ha modificato il nostro sistema delle fonti ed il contenuto stesso del principio di costituzionalità, arricchendolo con parametri che derivano da questi ordinamenti internazionali. Il nostro è dunque un ordinamento giurisdizionale aperto, i giudici non sono più compressi nell'ambito ristretto della loro cultura nazionale, ma sono chiamati anche loro ad applicare regole comunitarie, direttamente o indirettamente, cambiando in tal modo anche le tecniche di tutela.

A proposito della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, peraltro non conosciuta in Europa, per opera del diritto comunitario è stato stravolto il modo di considerare il giudice amministrativo ed il rapporto con la Pubblica Amministrazione, perché a partire dalla famosa sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, che nei suoi argomenti si riferisce molto spesso al diritto comunitario, è stato introdotto nel nostro ordinamento un nuovo risvolto del principio di responsabilità della Pubblica Amministrazione, prevedendo la risarcibilità del danno anche per violazione degli interessi legittimi. Abbiamo quindi la lesione di un interesse da cui scaturisce un diritto soggettivo al risarcimento del danno.

Si sta con ciò verificando un fenomeno di progressivo avvicinamento delle situazioni giuridiche e delle tecniche di tutela, in modo tale da giustificare l'esistenza di un giudice in senso lato, che controlla il potere ed il rispetto del principio della distribuzione dei poteri per evitare il "governo dei giudici". Questo giudice, che controlla il potere, deve prescindere da divisioni tra situazioni giuridiche soggettive, per evitare di rendere i singoli, sudditi del potere amministrativo. Ciò che risulta allo stato attuale è un reticolo di magistrati sparsi sul pianeta, che dialogano tra loro ed

applicano diritto, che non deriva solo dalle fonti giuridiche interne, ma anche da fonti dell'ordinamento internazionale che hanno una certa valenza nell'ordinamento interno. Gli Stati, rinunciano a fatica a pezzi della loro sovranità, in realtà il grande lavoro verso l'unificazione del diritto, è condotto dalle corti perché gli stati - che attualmente sono un po' in crisi, essendosi aperti verso l'alto e frantumati verso il basso; in particolare risultano aperti agli ordinamenti internazionali ed invece frantumati verso quelli sub-statali e regionali - rimangono però nello stesso tempo attenti custodi della sovranità politica; così non vogliono accettare la prospettiva della Costituzione europea, preferendo usare la parola Trattato nel varo delle nuove istituzioni comunitarie.

Gli Stati custodiscono sempre di più la sovranità nazionale, costringendo in tal modo i giudici a mediare tra i conflitti derivanti dalla presenza di ordinamenti che hanno sempre maggiori elementi di estraneità, come dicono gli internazionalisti. Occorre osservare che il nostro ordinamento nazionale sta vivendo una vita ove lo spazio è dilatato, ed il tempo è concentrato, è quindi frequentissimo che le relazioni giuridiche personali, commerciali e pubblicistiche abbiano degli elementi di estraneità. L'applicazione della normativa comunitaria si muove su un altro piano, rendendo comune ciò che, nella impostazione internazionalistica classica, sarebbe connotato da "estraneità". Se si moltiplicano i rapporti di estraneità, i giudici dovranno confrontarsi tra loro ed elaborare un linguaggio giuridico comune; da qui nasce un grande confronto nell'ambito della giurisdizione tra le varie culture giuridiche, analogo a ciò che si è verificato in un altro momento della storia ed in particolare nel medioevo. Questo "ritorno al medioevo" non deve essere visto in termini di disvalore descrittivo, ma come ritorno ad un certo sistema delle fonti, pluralistico e non monista, non derivante dallo stato, ma dall'esistenza di numerosi centri di produzione normativa, con alle spalle tradizioni nazionali differenti. I luoghi di dialogo tra le tradizioni nazionali sono proprio le Corti internazionali, composte da giudici appartenenti a varie nazioni e mondi, anzi universi differenti "common

law” e “civil law”. Le Corti Internazionali sono alla base della formazione del diritto sovranazionale: l’uniformità giuridica cammina sulle gambe dei giudici. Può essere dunque corretto affermare che la giurisdizione è la base per la formazione di regole internazionali cogenti ed il rafforzamento di organismi - quali l’ONU, l’OCSE - dotati talvolta di poteri coercitivi deboli.

Molto importante è la comparazione giuridica, utilizzata dal giudice nelle sentenze, con un conseguente aumento della citazione di leggi straniere. Il giudice si dimostra con ciò più attento a come determinati problemi vengono regolati da altri ordinamenti. Da ciò non può ricavarsi alcuna conclusione immediata sul piano applicativo, ma può desumersi un argomento a sostegno di scelte che trovano il fondamento nell’ordinamento interno, che rimane sempre il punto di riferimento principale, ma non più l’unico, così come avveniva nel medioevo, dove c’erano i tribunali ampliati e le grandi corti. Con un ordinamento pluralistico e con il sistema costituzionale multi-livello che lo diffonde, aumenta il potere del giudice, il suo potere creativo, aumentano i conflitti tra i livelli dell’ordinamento giuridico globale; va però in crisi la certezza del diritto, legata necessariamente ad un ordinamento statualista e monista.

Si vive in uno spazio dilatato, in un tempo concentrato e giuridicamente meno certo, conclusione non amara ma realistica.