

RAPPRESENTANZA E LEGISLAZIONE NELL'ETA' DELLA GLOBALIZZAZIONE\*

TOMMASO EDOARDO FROSINI \*\*

**Sommario**

1. La crisi della rappresentanza come crisi del rappresentato. – 2. Rappresentanza vs. globalizzazione. – 3. Legislazione e globalizzazione. – 4. Comparazione vs. globalizzazione? – 5. Sul mito del dialogo fra le istituzioni. – 6. Conclusioni.

**Abstract**

*This article examines and addresses a feature common to many contemporary democracies: the crisis of political representation. It goes without saying that the crisis refers to traditional political representation i.e. the mandate to represent the entire nation, the responsibility of those who represent, political parties as associations representing the people, the exercise of legislative power as a primary duty of representative assemblies together with their function of control and scrutiny. Furthermore, the representation crisis is also determined by the difficulty of finding an equilibrium, or rather, a synthesis between governability and representation.*

*The crisis of representation is also the crisis of the represented (or constituents), who have lost their political and institutional standpoints. This is due to several factors: the liquefaction of political parties, which are ever less the bridge between political society and civil society; Parliament's loss of centrality i.e. a body that no longer decides; the disappearance of the relationship between representative and territory, and hence the concept of the elected representative as an expression of an electoral district or constituency.*

*Political representation has thus become fragmented also because there has been an increase in social pluralism that cannot be fully represented in Parliament alone.*

*The republican institutions have had to rule fast changing social dynamics, which have grown more complex because of the processes of globalization and the technological revolution. National constitutional systems have become aware of the difficulties parliaments have in providing answers in a suitable and rapid way. They have questioned the role of parliamentary assemblies, and the role of law within social contexts.*

*A strong and convinced relaunch of the concept of representation, and its variations in the shapes and usages of a liberal democracy, is a way of putting a halt to populism and most of all a way of giving back dignity to constitutionalism.*

**Suggerimento di citazione**

T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su "Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa", Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

Contributo destinato alla pubblicazione anche sull'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017.

\*\* Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. Contatto: [tefrosini@gmail.com](mailto:tefrosini@gmail.com)

### 1. La crisi della rappresentanza come crisi del rappresentato

Parto da un dato di fatto, che è la crisi della rappresentanza politica riscontrabile in numerose democrazie contemporanee. Certo, è entrato in crisi quel modo tradizionale di essere della rappresentanza politica: ovvero il mandato a rappresentare la nazione, la responsabilità affidata a chi rappresenta, i partiti politici quali associazioni che rappresentano l'elettorato, l'esercizio della funzione legislativa quale compito primario delle assemblee rappresentative, e così pure la funzione di controllo. Ancora: la crisi della rappresentanza è altresì determinata dalla difficoltà di trovare un equilibrio, meglio una sintesi tra il rappresentare e il governare<sup>1</sup>. E quindi quale formula elettorale e di governo adottare per non comprimere la rappresentanza ma nel contempo valorizzare la governabilità. Rappresentare e governare, infatti, è il difficile crinale su cui si muovono le forme di governo delle democrazie odierne. Pertanto, i sistemi elettorali – che sono strumentali alla definizione della forma di governo – dovrebbero essere pensati e realizzati allo scopo di favorire la ricerca di un equilibrio fra le esigenze della rappresentanza e quelle della governabilità: una sorta di “leale collaborazione”, per così dire, fra il pluralismo politico e l'unità dell'indirizzo politico governativo. Certo, nulla di statico e solido; pur sempre affidato alle dinamiche e alle dialettiche della politica, ma in una cornice normativa che incentiva la “leale collaborazione”, di cui si è detto.

La crisi della rappresentanza è anche crisi del rappresentato<sup>2</sup>, che ha smarrito i suoi riferimenti politici e istituzionali. Vuoi per la liquefazione dei partiti, sempre meno “ponte” fra la società politica e la società civile, come un tempo si diceva; vuoi per la perdita di centralità del Parlamento, quale organo non più decidente; vuoi, ancora, per la scomparsa del rapporto fra rappresentante e territorio, e quindi la presenza dell'eletto quale espressione di un collegio elettorale. La rappresentanza politica ha poi abdicato ad altre forme rappresentative: quelle degli interessi, per il tramite delle *lobbies*<sup>3</sup>; quelle territoriali, in virtù di un'accentuazione del decentramento politico e amministrativo; quelle di genere, che spingono verso una rappresentanza paritaria forzata attraverso leggi e norme costituzionali<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Discuto i termini del problema in T.E. FROSINI, *Governare è meglio che rappresentare?*, in *Rass. Parl.*, n. 1/12, 7 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. Biondi e N. Zanon, Giuffrè, Milano 2001, p. 109 ss.

<sup>3</sup> Per un'indagine comparatistica sul fenomeno giuridico delle *lobbies*, v. P.L. PETRILLO, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano 2011

<sup>4</sup> Per una serie di considerazioni, R. ORRÙ, F. BONINI, A. CIAMMARICONI (a cura di), *La rappresentanza in questione. Giornate di Diritto e Storia costituzionale “Atelier 4 luglio – G.G. Floridia”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016; ma v. soprattutto il volume: C. BASSU, G.G. CARBONI (a cura di) *Rappresentanza e globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2016, che origina dal convegno

La rappresentanza politica si è quindi parcellizzata, anche per effetto di un'accentuazione del pluralismo sociale che appare non più comprimibile nel solo perimetro parlamentare. Né tantomeno nella cornice sindacale, che mostra anch'essa significativi fenomeni di crisi rappresentativa. E' in crisi la delega a decidere<sup>5</sup>: non rivendicabile sulla base di una rinnovata valorizzazione del principio costituzionale della sovranità popolare, ma piuttosto su una (ancora) confusa forma di interventismo diretto, che vorrebbe trovare nella *web* la sua capacità di esternazione e di decisione. Ed è così, invece, che si viene a manifestare, in maniera esplicita, la crisi del rappresentato, di colui che cerca altrove forma e sostanza per esprimere il suo pensiero, e vederlo risolto in azione, scartando l'opzione tradizionale della rappresentanza politica per il tramite del voto, che assume effettività con il principio maggioritario.

Nel caso italiano, poi, la progressiva erosione del potere normativo del parlamento si è manifestata attraverso la crescita di poteri regolativi estranei al paradigma essenziale dello Stato liberale, anche se già consolidati nell'assetto costituzionale materiale del Novecento. Mi riferisco allo sviluppo del sistema delle Autorità indipendenti, che rappresentano in maniera davvero plastica la resa del legislatore a normare una serie di settori strategici della regolazione economica, e più in generale dello sviluppo e riferibili alla crescita economica del Paese. Infatti, le difficoltà incontrate dal Parlamento nell'intervenire rapidamente su settori caratterizzati da profili altamente specialistici hanno favorito l'emersione di una rete di autorità amministrative indipendenti che, pur agendo al di fuori del rapporto di rappresentanza, sono state dotate di incisivi poteri normativi. Dalle delibere dell'Autorità garante per le comunicazioni alle linee guida dell'Autorità anticorruzione, il panorama delle fonti dell'ordinamento italiano si è arricchito di nuovi strumenti. Le nuove normative in virtù della loro legittimazione formalmente tecnica finiscono inevitabilmente per concorrere con le regole dettate da soggetti dotati di legittimazione democratica diretta o almeno indiretta<sup>6</sup>.

Ancora: è in crisi altresì il concetto di sovranità, perché ritenuto principio riducibile a potente arbitrio, nemico del diritto: «i sostenitori di questa tesi [...] riducono l'immenso significato storico che esso ha avuto; svalutano e magari "condannano" (col piglio di pubblici ministeri) lo spazio di storia estremamente ampio che esso ha creato, la complessità dei principii che ha

dell'Associazione DPCE, tenutosi a Sassari il 16 ottobre 2016, e che contiene una pluralità di contributi, che indagano sulle declinazioni del rapporto fra rappresentanza e globalizzazione.

<sup>5</sup> Sulla questione, v. A. SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, Milano 2013

<sup>6</sup> La letteratura sulle Autorità amministrative indipendenti è davvero alluvionale, mi limito, pertanto, qui a ricordare soltanto un mio contributo, che riassume i termini del problema: T.E. FROSINI, *Attribuzioni dell'Autorità e fondamento costituzionale*, in *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Atti del 6° Convegno nazionale della SISDiC, Capri, 31 marzo e 1-2 aprile 2011, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, p. 339 ss.

introdotto, la ricchezza di cultura e di idee che ha stimolato»<sup>7</sup>. Si ritiene che esista solo il costituzionalismo dei diritti, in grado di purificare la politica normativizzandola. Altra questione, riguarda poi il contrasto, sempre radicale, tra il contesto statale degli ordinamenti democratici e la dimensione globale del mercato e della finanza, che condizionano le politiche pubbliche. Il paradigma della sovranità, a cui la pratica della democrazia è stata finora legata, è messa in crisi da una *governance* mondiale, che fa riferimento a gruppi di interessi di carattere non elettivo, e quindi privi di legittimazione democratica<sup>8</sup>. In tal senso, si fa riferimento all'arena globale delle organizzazioni e dei regolatori internazionali, i quali interagiscono fra loro, e tra loro e i privati, attraverso un complesso sistema di regole e di norme, suscitando il rischio dell'avvento di una "tecnocrazia globale", di cui ha parlato Shapiro<sup>9</sup>.

## 2. Rappresentanza vs. globalizzazione

L'invocazione del concetto di sovranità, e la sua crisi, evoca il tema che funge da parametro in questo scritto, ovvero la globalizzazione. Da tempo si scrive e si legge sulla sovranità in declino, addirittura erosa dalla sovranazionalità, ovvero frantumata dalla globalizzazione. Si assiste, pertanto, alla sottoposizione a torsione di un concetto secolare, quale quello di sovranità, verso rappresentazioni di nuovi poteri sovrani, che non sono ancora meglio definiti ma che vengono collocati al di fuori del singolo territorio statale<sup>10</sup>. Nella convinzione che è in atto una dislocazione di alcune componenti della sovranità statale presso altre istituzioni, dalle entità sovranazionali fino al mercato dei capitali globali. Il declino della sovranità lo si individua altresì nella crisi economica e finanziaria degli Stati, ovvero nello smarrirsi del controllo e gestione del proprio bilancio pubblico. Pertanto, si invoca una già realizzata sovranità dell'Unione europea, con la relativa perdita di capacità di decisione da parte degli Stati membri; e la si legittima in forza dei Trattati, che hanno soppresso le monete locali a favore di una moneta unica europea, ovvero che hanno creato la figura (e lo *status*) del cittadino europeo, con i suoi diritti fonamen-

<sup>7</sup> Così, B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, p. 5 ma *passim*

<sup>8</sup> Sul punto, il puntuale contributo di G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, nel vol. *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., p. 45 ss.

<sup>9</sup> M. SHAPIRO, *Deliberative, Independent Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the UE?*, in *Law&Contemporary Problems*, 2005, p. 241 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, v. T.E. FROSINI, *In Praise of Sovereignty*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 17, 2013, p. 213 ss.; M. RAVERAIRA, *La sovranità degli Stati nel puzzle europeo tra sovranazionalità e intergovernatività*, in *Percorsi cost.*, n. 1/13, p. 33 ss.

tali e le garanzie giurisdizionali. E invece assistiamo, e non da ora, a una crisi economica e costituzionale dell'Unione europea<sup>11</sup>.

La crisi dell'Unione europea è un derivato della crisi della democrazia, e quindi anche della rappresentanza. Mi spiego: si imputa a una mancanza di democrazia, il noto *deficit* di cui si parla da anni, l'incapacità dell'Unione europea di assurgere a ordinamento costituzionale fondato soprattutto e innanzitutto sulla rappresentanza e responsabilità politica anziché sulla tecnocrazia, che risulta essere priva di legittimità e controllo democratico. Allora, di fronte all'alternativa che viviamo tra forme di ripiegamento nazionale con sempre più diffuse torsioni populiste e lo *status quo* delle politiche economiche europee, che impongono sempre maggiori forme di penalizzazione con ricadute in termini di accentuazione delle diseguaglianze, sembrerebbe che la parola d'ordine sia *democratizzare l'Europa*, anche al fine di promuovere e tutelare la giustizia sociale e fiscale<sup>12</sup>.

Certo, si tratta di temi e problemi che ci portano lontano rispetto all'argomento oggetto di questo nostro studio. Sullo sfondo, però, c'è la globalizzazione intesa come "deterritorializzazione", e quindi «eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità»<sup>13</sup>. Si è sostenuto che la globalizzazione fosse contro la democrazia e si è scritto anche di una miseria del costituzionalismo globale<sup>14</sup>. Senza tenere in debito conto che non vi è una globalizzazione ma piuttosto globalizzazioni diverse, che si esprimono, per così dire, sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione<sup>15</sup>. E che si manifestano attraverso forme di transizioni costituzionali e consolidamento democratico, dovendosi misurare con una doppia sfida: la risoluzione dei problemi dello sviluppo, la modernizzazione della propria struttura istituzionale e le questioni poste dalla globalizzazione e dalla internazionalizzazione<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> V. A.J. MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, Madrid 2012

<sup>12</sup> Da ultimo, v. la proposta di S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Democratizzare l'Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell'Europa*, La nave di Teseo, Milano 2017

<sup>13</sup> Così, P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, ora in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 285; il quale prosegue (287 ss.): «globalizzazione – per il giurista – significa rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto. Se ieri il legame, il vincolo tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione. Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente pronò alle voglie dei partiti politici [...]».

<sup>14</sup> Rispettivamente: A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2002 e, da ultimo, M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali st. cult. giur.*, n. 1/17, p. 31 ss.

<sup>15</sup> H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, tr. it., il Mulino, Bologna 2010, p. 103

<sup>16</sup> Su questi problemi, v. ora (ma non da ora) L. MEZZETTI, *Crisi della democrazia della rappresentanza nel contesto della globalizzazione*, nel vol. *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., p. 7 ss.

### 3. Legislazione e globalizzazione

Le istituzioni repubblicane si sono dovute confrontare con la necessità di governare dinamiche sociali rapidamente cangianti e sempre più complesse anche a causa dell'emersione dei processi di globalizzazione e dell'esplosione della rivoluzione tecnologica. I sistemi costituzionali nazionali hanno preso contezza delle difficoltà che i parlamenti incontrano nel tentativo di rispondere efficacemente e in tempi rapidi e hanno messo in discussione il ruolo delle assemblee parlamentari e la funzione della legge all'interno dei contesti sociali di riferimento.

Su quest'ultima, ovvero la legge, affisserò la mia attenzione nel prosieguo di questo scritto, assumendola come paradigma della crisi della rappresentanza politica nel contesto della globalizzazione.

Parto da una domanda: ha ancora valore la legge nelle democrazie costituzionali? È ancora l'atto attraverso il quale si determinano i rapporti giuridici all'interno delle società? Specialmente nella cd. età della globalizzazione? Certo, non è discussione il principio di legalità, punto archimedeo del costituzionalismo; bisogna piuttosto misurare l'impatto della fonte legge all'interno della cittadinanza, e specialmente in settori strategici come l'economia e il mercato, per verificare se è ancora il legislatore nazionale che decide oppure se recepisce, ovvero subisce, istanze esterne, che sono proiezioni di un diritto globale. E quindi di un diritto che raccoglie una serie delle più varie misure che non corrispondono più alle tradizionali formule nazionali ma nemmeno a quelle del diritto internazionale: «con il diritto globale siamo di fronte a una giuridicità composita, fatta di pezzi diversi, e spesso sfuggente a una chiara catalogazione [...]. Il diritto globale si presenta come un oggetto snodabile, che si riarticola di continuo, rinunciando in gran parte a una forma fissa e definita».<sup>17</sup>

Quindi, la legge: questa è entrata in una fase di dissolvenza, prima nell'era moderna «era una legge dura, rigida, presuntuosa. La legge post moderna è mite, flessibile, pacata»<sup>18</sup>. Uguale la parola – legge – assai diverso l'uso, che sconta altresì una continua opera di interpretazione, che può arrivare a ribaltarne la lettera per favorire lo spirito. Si viene così a determinare un rapporto “circolare”, per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i “due volti del diritto”, come ebbe a definirli Adolf Merkl<sup>19</sup>. Sul punto, mi sia consentita una citazione che chiarisce la questione e svela il problema: «La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a sé stessa

<sup>17</sup> Così, M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 64

<sup>18</sup> P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2014, p. 64

<sup>19</sup> A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tr.it. di C. Geraci e pres. di M. Patrono, Giuffrè, Milano 1987

nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra»<sup>20</sup>.

Certo, è pur vero ogni ordinamento recepisce un'idea di legge che deve essere parametrata in relazione al tipo di Stato e alla forma di governo, dal cui modello possono derivare altri poteri e centri di competenze legislativi che concorrono alla produzione di leggi: si pensi agli Stati federali, che destinano alla periferia una serie di attribuzioni legislative; si pensi al ruolo dell'esecutivo, come in Francia, che ha competenza a legiferare per il tramite dei regolamenti (da ciò ne deriva che è legge in Francia non lo è altrove, per esempio in Italia). E altri e più numerosi esempi si potrebbero fare. Però al di là e oltre i criteri ordinatori delle fonti, della differenziazione dei procedimenti legislativi<sup>21</sup>, nonché della normazione europea di diretta applicazione, rimane il fatto che oggi la legge, quella che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté générale*, secondo la formula di Carré de Malberg<sup>22</sup>, ha perso parte della sua forza e della sua capacità di determinare i rapporti giuridici. Non riesce a regolare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. E quindi, esito di questo ragionare, è che la legge oggi appare sempre più come un mero simulacro.

Innanzitutto e soprattutto perché non ha più l'esclusività, ovvero non è più il solo atto con il quale si prescrivono le regole per la cittadinanza. I termini del problema sono noti: la cd. globalizzazione ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*, che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Anzi, vi è di più: un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti<sup>23</sup>. E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari. Ciò

<sup>20</sup> Così, V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano 1998, 44; ID., *Gesetzgebung und Auslegung*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1995

<sup>21</sup> Su cui v. il vol., R. DICKMANN, A. RINELLA (a cura di), *Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei*, Carocci, Roma 2011

<sup>22</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale* (1931), ed.it. a cura di M. Calamo Specchia, Giuffrè, Milano 2008

<sup>23</sup> V. quanto argomentato da M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari 2006

vale anche per la giustizia, dove si sono accentuate, *around the World*, le risoluzioni alternative delle controversie affidate ai privati, vuoi per il tramite delle mediazioni ovvero degli arbitrati, che si fondano sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto<sup>24</sup>.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione. Come è stato affermato, «i governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali, fenomeni intrinsecamente giuridici che nello Stato-nazione erano stati spinti nella zona grigia della fattualità (giuridica) [...]. Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale»<sup>25</sup>. Argomentare suadente ma non convincente.

#### 4. Comparazione vs. globalizzazione?

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta a mio avviso una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi «alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano»<sup>26</sup>. Se il diritto comparato vuole adeguarsi alle sfide teoriche e pratiche della globalizzazione dovrà necessariamente allargare i suoi orizzonti al di là e oltre l'Occidente, avvicinandosi, quindi, alle esperienze giuridiche *beyond West* e abbandonando, ovvero ridimensionando, la prospettiva eurocentrica<sup>27</sup>.

Con riferimento, in particolare, al rapporto fra legislazione e globalizzazione, si dubita che vi possa essere un motivo di forte condizionamento

<sup>24</sup> Sul punto, si rinvia a T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, n. 1/11; sull'arbitrato, v. G. RECCHIA, *L'arbitrato nel diritto comparato*, a cura di T.E. Frosini, Cedam, Padova 2014

<sup>25</sup> Così, G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costizioni civili*, Armando Editore, Roma 2005, p. 61-62

<sup>26</sup> Così, H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., 104

<sup>27</sup> Su cui, v. ora D. AMIRANTE, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 1/15, 5 ss.



dell'una con l'altra. Da un lato, perché, come detto prima, il fenomeno della globalizzazione esalta nuove forme di normazione, che non sono direttamente derivabili dalla volontà del legislatore statale, dall'altro perché la legislazione, per quanto frammentata e indebolita, ha comunque mantenuto un suo intrinseco valore, sia pure come residuo di un baluardo di sovranità. Mi riferisco, soprattutto, ad alcune leggi che, sul piano del contenuto, non sembrano subire forme di contaminazione da parte di altre esperienze giuridiche. Certo, si sottopongono comunque al *test* della comparazione, per così dire, ma poi si esprimono nella loro originalità, come se fossero marchiate da una sorta di denominazione di origine controllata.

È il caso della legge elettorale, per esempio. Ebbene, senza timore di smentite, si può senz'altro dire che ogni Paese, quantomeno fra quelli ascrivibili alla forma di stato di democrazia liberale, ha una legge elettorale che esprime un proprio sistema elettorale, che non ha eguali altrove<sup>28</sup>. È come se in materia elettorale ci fosse una sovranità assoluta, esercitata attraverso l'individuazione di un proprio sistema elettorale che non copia e non riproduce modelli altrui. Si pensi alla Francia del maggioritario a doppio turno, alla Gran Bretagna dell'uninomiale *first past the post*, alla Germania del proporzionale con la clausola di sbarramento del 5%, alla Spagna del proporzionale con i collegi provinciali ristretti, che determinano un effetto maggioritario; e così anche negli Usa, in Australia, in Canada. Addirittura in Italia, la legge elettorale, n. 52 del 2015 poi sottoposta a censura di incostituzionalità, è stata definita, dalle stesse forze politiche, "*italicum*": proprio a volere caratterizzare e identificare il "prodotto" legislativo tutto italiano.

Se ciò vale per leggi ad alto contenuto politico, quale la legge elettorale tale da qualificarsi come *Grundnorm* della costituzione in senso materiale, altrettanto per le leggi ad alto contenuto etico. Anche qui, si procede al *test* della comparazione, ovvero si verifica come altrove è stata regolamentata quella determinata materia ma poi si tende a legiferare in proprio, senza cioè emulare quanto è stato fatto altrove. È il caso della legge sulla procreazione medicalmente assistita<sup>29</sup>, ovvero sulle diverse leggi che regolano le unioni civili e anche i matrimoni omosessuali. Certo, qui incide il livello più o meno diffuso della componente etica, ovvero religiosa, presente sul territorio e sulla cittadinanza; altrimenti, l'influenza della religione all'interno della maggioranza politico-parlamentare. Sul punto, anche con riferimento a quanto detto prima

<sup>28</sup> Per i termini di confronto, v. T.E. FROSINI, *Sistemi elettorali e sistemi di partito*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 746 ss.

<sup>29</sup> Cfr. T.E. FROSINI, C. CASONATO (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino 2006

sui processi di globalizzazione, non si può non richiamare il fattore religioso come fonte del diritto nei paesi islamici.

Non credo che l'esempio di queste leggi, a contenuto politico e a contenuto etico-religioso, provi troppo. Anzi, sono leggi attraverso le quali si viene a imprimere una assai significativa caratterizzazione della forma di stato e di governo, che per quanto debitrice di una sorta di "patrimonio costituzionale comune" mantiene comunque una sua specificità nei contesti ordinamentali nazionali. Voglio con ciò dire, che il fenomeno della globalizzazione va inquadrato nella giusta angolazione, che è senz'altro quella economica e tecnologica, ma che non ha assorbito, anzi fagocitato, l'assetto istituzionale degli stati e la legislazione degli stessi, in punto di scelte caratterizzanti la forma di stato e di governo. Su quest'ultima, poi, i modelli sono diversi e differenti, che variano dal presidenzialismo nella sua declinazione statunitense ovvero in quella sudamericana, dal parlamentarismo che si manifesta con norme e prassi differenziate in larga parte d'Europa, con il semipresidenzialismo la cui provenienza francese si è alterata nelle altre esperienze europee e dell'Europa orientale<sup>30</sup>. Senza poi considerare le convenzioni costituzionali, che si vengono a formare in punto di forma di governo, che hanno caratteristiche e modalità tutte riferibili ai singoli ordinamenti.

Ecco perché la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione, non mi persuade. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa<sup>31</sup> – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*<sup>32</sup>. Sarà pur vero che «viviamo in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia»<sup>33</sup> e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure "uniti nella diversità". Ma per il *comparative law in book e il*

<sup>30</sup> Sulla questione, fa il punto il recente lavoro di M. VOLPI, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo* in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 1/15, p. 131 ss.

<sup>31</sup> Da ultimo, sulle problematiche relative al metodo comparativo, anche con riferimento al fenomeno della globalizzazione, A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma-Bari 2014, spec. P. 167 ss.

<sup>32</sup> È questa la suggestiva tesi di M.R. FERRARESE, *Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze*, in *Riv. cr. dir. priv.*, n. 3/13, p. 369 ss. Ma v. già H. MUIR WATT, *Globalization and Comparative Law*, in M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York 2006, 583 ss., il quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato.

<sup>33</sup> Così R. SACCO, *Il diritto fra uniformazione e particolarismi*, Editoriale Scientifica Italiane, Napoli 2011, p. 19

*comparative law in action* – comunque in grado di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità – rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione<sup>34</sup>. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche «deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale [...]. Ed eventualmente di evidenziare criticamente le modalità con cui quelle differenze possono essere occultate in chiave unificante, o al contrario promosse in termini anche apertamente precettivi. Il che può accadere anche utilizzando metodi di norma destinati a produrre una comparazione che unisce, i quali possono ben possono, di volta in volta, essere parte di strategie argomentative complessivamente volte a realizzare invece una comparazione che non divide»<sup>35</sup>. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*: «sarebbe meglio che il teorico si ostinasse a distinguere sempre, puntigliosamente, anche a costo di fare il bastian contrario, piuttosto di abbandonarsi ad affrettate analogie che scattano con docilità tanto sospetta quanto accondiscendente»<sup>36</sup>.

### 5. Sul mito del dialogo fra le istituzioni

Altro derivato del diritto globale sarebbe il dialogo fra Parlamenti, che si richiama a un altro noto “dialogo”, ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare, come è stato fatto, che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero<sup>37</sup>.

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cd. dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come “mettersi in ascolto”

<sup>34</sup> Valorizza il metodo comparativo nella globalizzazione, A.M. MUSY, *La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano*, Giuffrè, Milano 2004

<sup>35</sup> Così, A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 170

<sup>36</sup> Così, C. LUZZATI, *Il giurista che cambia e non cambia*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/13, p. 397

<sup>37</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo fra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2010; sulle tesi avanzata dall'A., v. le riflessioni critiche di P. RIDOLA, *Il “dialogo fra le Corti”: comunicazione o interazione?*, in *Percorsi cost.*, n. 3/12, p. 273 ss.

di un altro ordinamento<sup>38</sup>. L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero<sup>39</sup>, le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Ci sono, all'interno delle assemblee legislative, degli uffici parlamentari di diritto comparato, che svolgono il precipuo compito di raccogliere in *dossiers* tutto il materiale legislativo, giurisprudenziale e dottrinale in giro per il mondo, riferito a un dato argomento oggetto di esame per una regolamentazione normativa. Questo lavoro di documentazione viene svolto ogniquale volta l'assemblea intende avviare l'*iter* legislativo per regolamentare una determinata disciplina. Altrimenti, possono essere di ausilio, ai fini di una maggiore conoscenza comparatistica, le audizioni svolte nelle indagini conoscitive promosse dalle assemblee parlamentari, specialmente quando l'auditore è uno studioso di diritto comparato. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, come si è visto sopra, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cd. "dialogo" fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, "occidentalmente orientata", del diritto e dei diritti. Sia come perimetro geopolitico della nozione, quello euro-atlantico; sia come *Occidente giuridico*, ovvero il

<sup>38</sup> Su cui, v. L. SCAFFARDI (a cura di), *Parlamenti in dialogo. L'uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli 2011; in tema, v. ora E. ÖRÜCÜ, *Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective*, in *Percorsi cost.*, n. 3/14, p. 833 ss.

<sup>39</sup> È ovvio che non è la stessa cosa: «il diritto comparato concerne necessariamente il diritto straniero [ma] studiare un sistema giuridico straniero – come tale – non significa ancora effettuare una comparazione», così K. ZWIEGERT e H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Gambaro, Giuffrè, Milano 1992, p. 7

modo attraverso il quale il diritto ha saputo radicarsi nell'organizzazione delle società di una parte del mondo, e i tentativi di incorporare nelle proprie ragioni la complessità del mondo<sup>40</sup>.

C'è invece una questione che investe il rapporto fra legislazione e comparazione, in termini di circolazione delle esperienze e dei modelli giuridici, che si sta affermando sempre più negli ordinamenti contemporanei: si tratta del tema riferibile alla "qualità delle leggi", altrimenti detta *better regulation*<sup>41</sup>. È su questo tema, oggi, che si incontrano i legislatori nazionali. È su questo tema, oggi, che si viene a valorizzare la circolazione delle scelte legislative. Non sui contenuti delle norme ma piuttosto sulla corretta forma della redazione delle norme (*drafting*) e ancora sulla analisi dell'impatto della valutazione normativa (AIR), innestando modi e metodi di tecnica legislativa e di analisi economica del diritto. Da qui una prima considerazione, che verrà più avanti sviluppata: e cioè che la legge rischia sempre più di essere considerata alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata. Un "prodotto" che deve essere pulito, ordinato e corretto sul piano della forma; che deve essere razionale, economicamente vantaggioso e di sicuro impatto tra gli *stakeholders* sul piano della fattibilità.

## 6. Conclusioni

Nell'età della cd. globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante, che è ben al di là da venire. Quindi, non si può legiferare senza prima comparare; perché chi conosce un solo diritto non conosce nessun diritto<sup>42</sup>. Ho provato a indicare come e in quale fase deve avvenire il procedimento comparativo nel momento della formulazione legislativa. E questo vale per le cd. micro leggi, che regolano il quotidiano vivere di una comunità, e per le cd. macro leggi, intendendo quest'ultime quelle ad alto contenuto politico oppure etico, che declinano torsioni della forma di stato e di governo. Risultato dell'originalità ed esclusività di queste leggi (come, per esempio, la legge elettorale) è comunque frutto di una comparazione per differenze, che tiene conto della diversità dell'assetto politico-istituzionale di quel dato ordinamento.

<sup>40</sup> In tema, v. M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino 2010

<sup>41</sup> Su cui, v. S. WEATHERILL (ed.), *Better Regulation*, Oxford 2007

<sup>42</sup> Buona parte di questo argomentare l'ho sviluppato in T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. 1/15, p. 63 ss., al quale rimando

Per quanto riguarda il valore e la forza della legge negli stati contemporanei, questa risulta significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprensione, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi. Anche questo può essere un significativo contributo per migliorare la rappresentanza e la legislazione nell'età della globalizzazione.