

L'IMPATTO DELLE DINAMICHE TRANSNAZIONALI SUI SISTEMI  
NORMATIVI. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE\*

**PAOLO PASSAGLIA\*\***

**Sommario**

1. Il diritto transnazionale: una lettura destrutturante. – 2. La concezione del *webinar*. – 3. Un punto di vista da cui cercare di cogliere la complessità delle dinamiche in atto.

**Abstract**

*The paper introduces the topics that will be analyzed in the papers included in the section. These papers were presented during the webinar of 23 October 2020 entitled "The impact of transnational dynamics on regulatory systems". In this introductory paper, the difficulty of defining the concept of "transnational law" is exposed. It is highlighted, in particular, how this concept suffers the competition of the notion of "global law" and how, in practice, the rules that are included in the so-called transnational law are very diverse. Moreover, not all rules can be defined as legal rules.*

*In order to suggest topics and arguments for the debate, the paper also proposes a classification of transnational rules based on three criteria: the transnationality deriving from the object of the regulation, the transnationality deriving from the author, the transnationality resulting from the circulation of rules.*

*Finally, some of the difficulties that lawyers encounter in framing the transnational rules are set out.*

**Suggerimento di citazione**

P. PASSAGLIA, *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi. Considerazioni introduttive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

\*\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.

Contatto: [paolo.passaglia@unipi.it](mailto:paolo.passaglia@unipi.it)

### 1. Il diritto transnazionale: una lettura destrutturante

Il «diritto transnazionale» è una nozione che, con sempre maggiore frequenza, si affaccia all'orizzonte dello studioso che analizzi le forme di produzione delle norme, vuoi in un'ottica di diritto interno vuoi – a maggior ragione – se la prospettiva è di tipo comparatistico<sup>1</sup>. Trattasi di una nozione la cui sorte può definirsi almeno per certi versi «travagliata», se è vero che a oltre sessant'anni dal momento in cui è stata coniata<sup>2</sup> – oltretutto in un contesto sociale, politico ed economico molto diverso da quello attuale – ancora non ha trovato una compiuta sistemazione.

Sin dal suo momento genetico, peraltro, la definizione che per il diritto transnazionale si era proposta pareva afflitta da una genericità piuttosto marcata, tale da rendere problematica una *actio finium* idonea a orientare la prassi applicativa. Il concetto di «*transnational law*», in effetti, emergeva alla luce dell'inadeguatezza del diritto internazionale, pubblico e privato, a inquadrare la regolamentazione di tutti i rapporti giuridici transfrontalieri, di talché la sua concretizzazione prescindeva da qualunque elemento strutturale che non fosse la semplice estensione delle norme al di là dei confini statuali: «*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers*»<sup>3</sup>. In questa definizione, la cui caratteristica fondativa era indiscutibilmente la generalità (*rectius*, la genericità), «*[b]oth public and private international law [we]re included*»; ma non solo questi, bensì anche «*other rules which d[id] not wholly fit[ted] into such standard categories*»<sup>4</sup>.

La nozione di diritto transnazionale muoveva dunque da una intuizione, consistente nell'impossibilità di inquadrare tutti i rapporti giuridici secondo gli schemi post-vestfaliani, e cioè in termini di diritto territoriale statale ovvero di diritto dei rapporti tra gli stati sovrani. Una intuizione perspicua, specie se

<sup>1</sup> Già quasi un quarto di secolo fa, del resto, poteva autorevolmente constatarsi che «*the new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature*» (così G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society?*, in G. TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, 7). Per quanto potente sia questa definizione, si constaterà subito che essa coglie, sì, l'elemento fondamentale del superamento della tradizione (intrisa di statualità), ma non è idonea a identificare nel suo complesso una nozione tanto sfuggente quanto quella di «diritto transnazionale».

<sup>2</sup> Cfr. P. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, 1 ss.

<sup>3</sup> P. JESSUP, *Transnational Law*, cit., 2.

<sup>4</sup> P. JESSUP, *Transnational Law*, cit., 2. Su questa linea appare tuttora attestato, nella sostanza, U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2019, 869 ss., il quale, nel capitolo dedicato a «*Contexts of Transnational Law*», dopo aver dato conto dell'impossibilità per il comparatista di restare ancorato alla dimensione della statualità, si sofferma sul diritto internazionale pubblico (870 ss.), sul diritto dell'Unione europea (879 ss.) e su altre organizzazioni sovranazionali (892), per chiudere dedicando spazio al dibattito attorno alla *lex mercatoria*, relativamente alla quale, peraltro, non si prende neppure una chiara posizione in merito alla rilevanza o meno *sub specie juris* (893 ss.).

si tiene conto che veniva espressa nel 1956, quando le categorie tradizionali mostravano solo piccole crepe.

Nei decenni successivi queste crepe si sarebbero ingigantite, ma a beneficiarne, dal punto di vista della teoria generale, sarebbe stato solo in minima parte il diritto transnazionale, probabilmente in ragione della situazione di minorità cui la sua definizione primigenia lo ha condannato. Il diritto transnazionale, infatti, ha perennemente oscillato tra la sua potenziale sovrapposizione con altre nozioni più consolidate (prima tra tutte, ovviamente, il diritto internazionale) e la sua vocazione a farsi categoria residuale. Se quest'ultima era stata la sua vena originaria, ben si comprende perché, per lungo tempo, la nozione abbia avuto uno spazio del tutto marginale. E si spiega altresì il motivo per cui solo nel corso degli anni sia emersa davvero la sua potenziale utilità: si è infatti dovuto attendere che regolamentazioni pianamente non riconducibili al diritto internazionale (pubblico o privato) entrassero in maniera non episodica nel panorama che si prospettava al giurista. In tal senso, la nuova *lex mercatoria* è stato il primo grande *corpus* di regole affermatosi, ma negli ultimi decenni altri sono emersi e hanno assunto una importanza sempre più evidente: si pensi, tra gli altri, alla *lex sportiva* o alla *lex informatica*<sup>5</sup>.

A fronte del delinarsi e della crescita, in quantità e in rilevanza, degli elementi atti a fondare una autonomia concettuale del diritto transnazionale, la nozione è uscita dalla minorità e ha conosciuto un utilizzo sempre più frequente.

Proprio alla luce dei contenuti che sono andati a dare concretezza a una nozione che per molto tempo era stata confinata all'empireo della teoria, tuttavia, si sono presentate talune problematiche di inquadramento: a tal proposito, possono evocarsi tre insidie con cui il diritto transnazionale deve confrontarsi, tre insidie che, nel loro complesso, sono idonee a gettare più di un'ombra sulla validità e l'efficacia della nozione in discorso nel quadro della teoria generale.

La prima insidia coincide con la diffusione di una nuova nozione, cioè il «diritto globale»<sup>6</sup>. La concorrenza di questa nozione si è rivelata

<sup>5</sup> Sui presupposti teorici della transnazionalizzazione del diritto, come superamento della dicotomia diritto internazionale / diritti nazionali, e come superamento dell'idea degli ordinamenti nazionali come «scatole nere» impenetrabili *ab externo*, v. K. TUORI, *Vers une théorie du droit transnational*, in *Revue internationale de droit économique*, 2013, n. 1, 9 ss.

<sup>6</sup> Il concetto di «diritto globale», per quanto i suoi confini siano lunghi dall'essere ben delineati, ha comunque un ancoraggio preciso con il fenomeno della globalizzazione, che contribuisce in maniera significativa a identificarne i tratti essenziali. Sulla definizione del diritto globale, v. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009; G.Z. CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Routledge, London, 2013; C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (a cura di), *Les défis du droit global*, Bruylant, Bruxelles, 2018; sulle problematiche giuridiche emergenti dalla globalizzazione, v. anche, nell'ambito di una letteratura ormai molto vasta, M. MADURO, K. TUORI, S. SANKARI (a cura

particolarmente difficile da sostenere, giacché quegli elementi che, finalmente, avevano potuto sostanziare il *proprium* del diritto transnazionale erano anche, in larga misura, espressione della c.d. globalizzazione, non fosse altro che per la comune tendenza a superare l'ambito nazionale in favore della enfaticizzazione di modelli di comportamento riscontrabili a qualunque latitudine. Sulla scorta di questa constatazione, l'uso dell'espressione «diritto globale» è apparso più calzante, quanto meno per identificare quei fenomeni regolativi che si estendano – effettivamente o potenzialmente – al complesso del pianeta.

Ciò posto, può comunque convenirsi che lo spazio per il diritto transnazionale non viene del tutto a mancare, poiché regolamentazioni *transnazionali* prive di una vocazione globale esistono e, al netto di qualche sovrapposizione con altre nozioni (diritto internazionale regionale e diritto sovranazionale, in special modo), possono restituire un terreno abbastanza fertile per il diritto transnazionale. Specie in talune aree geografiche, come l'Europa, la transnazionalizzazione del diritto indica, in effetti, una serie di processi che sono evocativi di una integrazione regionale tra ordinamenti.

Al di là di questo dato, ciò che probabilmente più rileva è che la concorrenza con il diritto globale ha fatto emergere la vera cifra del diritto transnazionale, il quale va ben oltre questo o quel terreno nel quale possa trovare un ambito di applicazione: se il diritto globale si definisce in relazione al suo ambito di applicazione territoriale (quello, appunto, del globo), il diritto transnazionale presenta la caratteristica fondativa di prescindere dal riferimento agli stati nazionali, e dunque anche dal riferimento ai loro elementi costitutivi, e in special modo al territorio e alla sovranità.

Altrimenti detto, il diritto globale può comprendere qualunque tipo di produzione normativa, ovviamente alla condizione che la vigenza e/o l'efficacia delle regole si estendano a tutto il pianeta; il diritto transnazionale, di contro, a seguire l'impostazione appena evocata, assume contorni assai meno sfumati, abbandonando la zavorra della categoria residuale che lo ha afflitto sin dal 1956<sup>7</sup>. Il diritto transnazionale acquista, infatti, una sua precisa valenza euristica nel descrivere quei fenomeni regolativi per i quali l'elemento territoriale,

di), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, J. HUSA, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Elgar, Cheltenham, 2018; M. SIEMS, *Comparative Law*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2018, 305 ss.; P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

<sup>7</sup> Per una diversa prospettazione inerente alla distinzione tra diritto globale e diritto transnazionale, v. T.E. FROSINI, *Diritto transnazionale vs. diritto globale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 338, il quale, dopo aver ripreso l'opposizione «[g]lobalizzazione contro democrazia», sottolinea che «[i]l diritto transnazionale, invece, si innerva nella democrazia e ne valorizza nuove forme espressive». Riguardo alla – problematica, ad avviso di chi scrive – configurabilità di una legittimazione democratica nel quadro del diritto transnazionale, si rinvia a quanto si dirà *infra*, par. 3.

quando presente, è puramente accessorio e l'espressione della sovranità non è di per sé decisiva ai fini dell'affermazione dell'effettività delle regole<sup>8</sup>.

A questo punto, però, giunge la seconda insidia. Se la cifra del diritto transnazionale è divenuta quella di aggregare *corpora* di regole accomunate da un elemento (la transnazionalità, nell'accezione sopra riferita), il diritto transnazionale è andato configurandosi come una nozione atta a ricomprendere fenomeni produttivi di norme tra loro profondamente diversi: dato questo unico elemento di comunanza, i tratti differenziali sono, in effetti, quanto mai cospicui<sup>9</sup>. Ad esempio, nel diritto transnazionale sono finiti per rifluire i regolamenti di organizzazioni sportive internazionali come le regole imposte da organismi finanziari, le regole che presiedono al funzionamento dell'*Internet* come accordi di valenza generale stipulati da e tra multinazionali. In buona sostanza, un caleidoscopio di forme di produzione; un caleidoscopio per il quale proporre una unitarietà di fondo risulta sempre più velleitario, non fosse altro perché gli ordinamenti – in senso romaniano – in cui le regole operano, non solo sono molteplici, ma neppure sono strutturalmente omogenei, per tacere del fatto che i soggetti che producono le regole sono parimenti disomogenei e che le tipologie di regole prodotte sono le più varie.

In relazione a tutto questo, si fa avanti in maniera sempre più forte la sensazione che l'elemento della transnazionalità non sia sufficiente a dare unitarietà alla nozione. Altrimenti detto, una volta che si è giunti a cogliere la pregnanza (almeno potenziale) dell'aggettivo «transnazionale», a entrare in crisi diventa la qualificazione del sostantivo, per il quale l'uso del singolare si configura come eccessivamente sineddoticò: se di diritto transnazionale si vuol parlare, probabilmente sarebbe più corretto ragionare al plurale, giacché i diritti transnazionali sono molteplici e la *reductio ad unum* rischia di costituire una semplificazione eccessiva.

A rafforzare il pericolo di semplificazioni eccessive si pone, peraltro, la terza insidia, che forse tra tutte è la più problematica da superare. Le regole che vanno a riempire di contenuti la nozione di diritto (diritti) transnazionale(i), proprio perché hanno un collegamento a dir poco flebile con la sovranità, si connotano soprattutto in termini di *effettività*, il che, però, fa loro perdere un

<sup>8</sup> In tal senso, si pone anche la teorizzazione di G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016, che, ai fini dell'identificazione del diritto transnazionale, evoca «un droit déterritorialisé» (2 ss.), «ce qui dépasse le cadre national» (6 ss.) e «l'extraterritorialité du droit» (10 ss.).

<sup>9</sup> V., infatti, H. MUIR WATT, *The relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in H. MUIR WATT (a cura di), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 9, che distingue tra *legal order* (statale o meno) e *legal ordering* (espressivo anche dell'autonomia regolativa delle comunità e soggetti transnazionali). In senso analogo, v. G. SCHAFFER, C. COYE, *From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders*, in P. ZUMBANSEN (a cura di), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*, cit., 126.

solido ancoraggio al concetto di fonte legale. Come dire che, una volta che si giunge a cogliere la gravidanza (almeno potenziale) dell'aggettivo «transnazionale», non entra in crisi solo il numero del sostantivo, perché del sostantivo si perdono finanche i capisaldi teorici: le regole che si caratterizzano per la loro transnazionalità non necessariamente possono essere collocate negli schemi della giuridicità, quanto meno nei termini classici. Sganciate dal sistema delle fonti legali, le regole transnazionali presentano sovente connotati che, a tutto concedere, evocano il concetto di *Soft Law*<sup>10</sup>, per non arrivare a parlare di produzione giuridica *extra ordinem*. Alla luce di questo, il continuare a proporre la nozione di diritto transnazionale diviene, dunque, un potenziale veicolo di fraintendimenti. Più che di diritto/i transnazionale/i, in altri termini, dovrebbe parlarsi più propriamente di «insiemi di regole – giuridiche ma non solo – discendenti da processi di transnazionalizzazione dei rapporti socio-economici». Con ciò, però, il processo di destrutturazione della nozione può dirsi compiuto: la ricerca di una valenza euristica per il concetto di diritto transnazionale ha aperto la strada a una contestazione delle categorie su cui il concetto poteva poggiare, lasciando sul campo una definizione descrittiva di un elemento (la transnazionalità) che connota una serie di fenomeni distinti (e sovente distanti) produttivi di regole e modelli di comportamento tendenzialmente assistiti tutti da un significativo grado di effettività, ma per il resto differenziati quanto a fondamento, *an* e *quantum* di legittimazione, tipo di *enforcement*, etc.

## 2. La concezione del *webinar*

La concezione del *webinar* che si introduce muove precisamente dal percorso destrutturante che si è delineato. Alla base di questo incontro, infatti, non si pone alcuna premessa teorica circa la natura o i caratteri del diritto transnazionale, per il semplice fatto che l'ipotesi di partenza è proprio quella dell'impossibilità di identificare natura e caratteri dei fenomeni produttivi di regole transnazionali che non siano quelli intrinsecamente connessi, appunto, alla loro transnazionalità. E, allora, l'impostazione del *webinar* ha seguito una logica affatto diversa, che discende dalla constatazione di cui sopra per farsi logica descrittiva di una serie di processi e – conseguentemente – di forme di produzione di regole. Un intento per lo più descrittivo, che certo non poteva neppure aspirare ad avvicinarsi alla completezza, ma che si è sostanziato nella ricerca di un numero quanto più ampio e variegato possibile di ambiti nei quali la transnazionalità dei rapporti sociali ha ingenerato esigenze di regolamentazione suscettibili di ricondursi nell'alveo che si è cercato finora di disegnare. Si tratta,

<sup>10</sup> Sul quale, v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

evidentemente, di una selezione – che si auspica che non venga percepita come arbitraria – dei profili da trattare: una selezione che, comunque, si ritiene che possa proporre piste di riflessione le quali, anche in relazione all'eterogeneità degli spunti e delle problematiche che saranno evocate, si prestino a considerazioni di portata generale.

D'altro canto, in concreto non era percorribile una strada che andasse oltre il proporre una rassegna – lacunosa ma (almeno) evocativa – di quello che la transnazionalizzazione delle regole può essere. In effetti, la transnazionalizzazione, anche in astratto (e *a priori*), presenta declinazioni troppo diverse per essere inquadrate in relativamente poche categorie. Non a caso, non è dato rintracciare vere e proprie classificazioni delle epifanie della normazione di matrice transnazionale; e anche volendo cimentarsi, anche solo per stimolare un dibattito, in una qualche operazione tassonomica, ciò che si può fare non va oltre – a ben vedere – l'individuazione di criteri che fondino, con la transnazionalità di determinate regole, la loro riconducibilità all'ambito concettuale che si va cercando di delineare.

Sulla scorta di queste premesse, possono identificarsi una transnazionalità derivante dall'*oggetto* delle regole (*a*), una transnazionalità collegata al loro *autore* (*b*) e una transnazionalità prodotta dalla *circolazione* (*c*).

(*a*) Un buon numero di regole che si ascrivono solitamente al diritto transnazionale è dato da norme (giuridiche o meno) che si riferiscono ad ambiti i quali sono *naturalmente* transnazionali: per queste norme, si può parlare di una transnazionalità per l'oggetto. Una delle manifestazioni che con maggiore frequenza si associa al diritto transnazionale, e che anzi viene sovente identificata come l'esempio più risalente, è quello della *lex mercatoria*, di matrice medievale e moderna e poi nella riproposizione contemporanea: la transnazionalità discende evidentemente dal fatto che i rapporti che tale insieme di regole va a disciplinare sono rapporti che prescindono da e trascendono il singolo stato, nella misura in cui le relazioni commerciali si connotano per una dimensione transfrontaliera, e il *corpus* di regole si applica in relazione alla qualificazione professionale dei soggetti destinatari (e autori) delle regole medesime, senza che la loro nazionalità abbia, tendenzialmente, rilievo.

Se la *lex mercatoria* è l'esempio che, da un punto di vista storico, meglio illustra l'idea della transnazionalità<sup>11</sup>, si deve riconoscere che, oggi, l'esempio che appare di più immediata percezione è senz'altro quello della regolamentazione dell'*Internet*, il cui carattere intrinsecamente transnazionale è troppo ovvio per dover essere argomentato<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Sulla *lex mercatoria*, v. il contributo di A.M. LUCIANI, che segue.

<sup>12</sup> In merito alla *lex informatica*, v. il contributo di G.L. CONTI, che segue.

(b) La transnazionalità può essere acquisita anche in ragione dell'autore delle regole, giacché, all'evidenza, le norme e i modelli di comportamento che siano espressione di soggetti e di organi che superano la dimensione statale sono destinati essi stessi a superare le frontiere dei singoli stati.

Una tale definizione evoca, come è chiaro, l'esistenza di organizzazioni internazionali, generali o regionali. Le norme da esse prodotte sono senz'altro esempi di «diritto» (o quello che sia) transnazionale. La definizione primigenia di diritto transnazionale, del resto, anche a questo tipo di fonti faceva espresso riferimento, e non mancano ricostruzioni che colgono il *proprium* del diritto transnazionale precisamente nello sviluppo (o nell'eterogenesi?) di questo diritto attraverso forme nuove di produzione<sup>13</sup>.

Se la transnazionalità discendente dall'autore delle regole si esaurisse in questo tipo di esempi, peraltro, la categoria avrebbe un interesse assai limitato, quanto meno per il comparatista (ma non solo). Un interesse certamente superiore è quello che viene suscitato dalla transnazionalità basata sull'autore relativamente a soggetti che, a differenza di quelli appena evocati, non esercitano – direttamente o per delega – attribuzioni sovrane, poiché si collocano al di fuori dello schema pubblicistico della produzione normativa. La loro natura è privatistica e il loro potere «normativo» discende da regole proprie dell'ordinamento (transnazionale) in cui operano, sul presupposto della loro effettività. Anche su questo punto gli esempi che potrebbero menzionarsi sono molteplici, a partire da quelli più tradizionali, corrispondenti alle confessioni religiose, da esse eccettuando, però, quelle che assumono all'interno di uno o più ordinamenti – e in relazione a tali ordinamenti – una configurazione pubblicistica derivante dal collegamento con l'organizzazione statale. Un esempio di più recente sviluppo, ma che certo ha assunto un peso niente affatto trascurabile, è quello della *lex sportiva*, relativamente alla quale gli ordinamenti sportivi, presenti a livello nazionale, rivendicano una autonomia – giungendosi fino a teorizzare la necessaria incomunicabilità – rispetto al diritto «autoritario» di matrice statale, potendosi invocare come fondamento di legittimazione (e come protezione dell'autonomia) l'esistenza di un ordinamento sportivo sovranazionale che opera a prescindere dalla dimensione statale, *ergo* su base transnazionale<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., ad es. K. TUORI, *Vers une théorie du droit transnational*, cit., 13, che evoca una serie di «*exemples de droit transnational*» (tratti dall'esperienza del Consiglio d'Europa, da quella dell'Unione europea e dall'Organizzazione mondiale) i quali «*présentent un mode opératoire similaire: ils ont tous trouvé leur origine dans le droit international, mais ont par la suite pris leurs distances par rapport à ce droit international et, par la même occasion, ont échappé en grande partie au contrôle des États-nations*».

<sup>14</sup> Al riguardo, v. il contributo di S. BASTIANON, che segue, nonché, per l'enfatizzazione delle caratteristiche dell'ordinamento sportivo collegate dalla sua natura privatistica, G. MAZZEI, *Carattere privatistico e transnazionale dell'ordinamento giuridico sportivo*, in *Federalismi.it*, 17 maggio 2017, n. 10.



(c) Un'altra accezione che può dirsi ben consolidata di transnazionalità è quella che si collega al concetto di circolazione. Il riferimento va alla circolazione delle soluzioni e dei modelli giuridici, che finisce per creare una serie di norme le quali, isolatamente intese, non possono che dirsi *nazionali* (donde una marcata differenza rispetto alle tipologie sopra viste), ma che, se considerate nel loro complesso (*id est*, come il prodotto ultimo della circolazione), mostrano tra i vari segmenti nazionali una omogeneità di fondo idonea a suggerire l'inverarsi di un fenomeno di transnazionalizzazione delle soluzioni, circolate al di là delle frontiere degli ordinamenti da cui hanno avuto origine<sup>15</sup>.

Ora, questa dinamica non evoca soltanto il concetto di transnazionalità, ma richiama (anzi, richiama soprattutto) i flussi su cui i comparatisti tanto si sono soffermati nei loro studi.

Ciò detto, peraltro, se si va ad analizzare come si produce la circolazione, ci si rende conto che anche essa ha assunto, negli ultimi tempi, caratteri ulteriori rispetto a quelli tradizionali, caratteri che possono contribuire a rafforzare la riconducibilità di almeno talune dinamiche all'idea di transnazionalità che si è qui avanzata. La circolazione di cui il diritto comparato si è per consuetudine interessato prevede forme variegate, ma che possono classificarsi ora nell'ambito delle adozioni formalizzate (*id est*, i trapianti) ora nell'utilizzo di soluzioni straniere come fonti di ispirazione. Sul piano eziologico, questa circolazione può portare a fenomeni di recezione che sono il frutto di libere scelte da parte dei singoli ordinamenti o che conseguono a imposizioni più o meno dirette: quale che ne sia l'origine, è chiaro che, sul piano effettuale, le adozioni formalizzate o informali sono espressione di un contesto che favorisce la comunicazione tra ordinamenti e che, proprio per questo, fornisce un *humus* favorevole allo sviluppo di soluzioni transnazionali. Di una transnazionalità, però, che non si allontana dal consueto ancoraggio alla dimensione statale (quella da cui la recezione parte e in cui la recezione avviene).

Accanto a questo tipo di circolazione, come si accennava, di recente si sono manifestate forme nuove, in relazione alle quali il concetto di transnazionalità assume una rilevanza affatto peculiare. Il riferimento va a quei casi in cui la circolazione viene prefigurata e facilitata, nel senso che i soggetti a essa interessati precostituiscono le condizioni perché determinate scelte vengano condivise da un numero indefinito di operatori giuridici, a prescindere dall'ordinamento nel quale essi agiscono. Questa circolazione «progettata», per così dire,

<sup>15</sup> La nozione di «diritto transnazionale» è stata impiegata in questa accezione soprattutto da A. PIZZORUSSO, *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983, 247 ss. L'Autore ha riproposto questa lettura della transnazionalizzazione delle regole (giuridiche) anche in scritti successivi: cfr., ad es., A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, II ed., 1998, 321 ss.; A. PIZZORUSSO, *Commentario del Codice civile. Art. 1-9. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, II ed., 2011, 739 ss.

presenta una caratteristica piuttosto peculiare, consistente nel ruolo determinante di soggetti privati, cui la progettazione è essenzialmente imputabile. Proprio in questa privatizzazione si coglie, per un verso, la novità rispetto al passato e, per l'altro, l'elemento unificante di una circolazione che può assumere, in concreto, dinamiche piuttosto variegata. In riferimento a queste ultime, pur nella mutevolezza delle manifestazioni, possono comunque individuarsi due grandi categorie.

La prima è quella della circolazione che discende da rapporti paritari tra i soggetti coinvolti: tutti i soggetti tra i quali le soluzioni circolano si pongono su basi tendenzialmente equivoordinate (almeno da un punto di vista formale) e dai rapporti tra questi soggetti vengono prodotti regole e modelli di comportamento che si applicano a tutti gli attori coinvolti, secondo gli schemi classici dell'autonomia privata. Un esempio paradigmatico, al riguardo, può essere indicato nei processi di uniformazione a livello europeo di alcune branche del diritto, che si sostanziano in proposte di matrice essenzialmente dottrinale, elaborate in seno a una comunità transnazionale di operatori<sup>16</sup>.

La seconda categoria, ben più nutrita, è quella di una circolazione che prende le mosse dall'esistenza di squilibri tra i soggetti coinvolti, squilibri che fanno sì che la circolazione non sia il prodotto di una decisione concordata (come nella prima categoria), bensì di un condizionamento derivante dalla preponderanza di uno o più soggetti rispetto agli altri. Sulla scorta di questa preponderanza, chi si trova in posizione di forza è nelle condizioni di riprodurre una certa soluzione per un numero indefinito di rapporti, imponendo di fatto la sua adozione a un numero indeterminato di soggetti. Gli esempi che potrebbero menzionarsi sono ovviamente moltissimi, ma sarà sufficiente evocare la posizione non propriamente confortevole del singolo utente di *Internet* che intenda creare un *account* Google, e che allo scopo si troverà a dover approvare un contratto per il quale non avrà praticamente alcun margine decisionale se non quello di determinarsi circa il creare o meno l'*account*, senza contare che in molti casi l'utente semplicemente ignorerà i contenuti del contratto, perché la complessità dello stesso lo porterà a non leggerlo neppure. Il caso dell'utente di Google (o di qualunque altro grande operatore dell'*information technology*) è emblematico, ma se ne potrebbero fare altri; e tra questi se ne potrebbero fare non pochi nei quali lo squilibrio non è formalmente (e manifestamente) avvertibile, senza che per questo sia meno condizionante. Si pensi ai rapporti tra le grandi multinazionali e gli stati caratterizzati da una economia debole: nonostante la natura sovrana di questi secondi, è chiaro che siano le prime a condizionare i contenuti di accordi che prevedano, in ipotesi, la creazione di

<sup>16</sup> Con precipuo riferimento all'unificazione del diritto privato, v. il contributo di A. SOMMA, che segue.

fabbriche; e proprio alla luce di questa posizione di forza, i contenuti degli accordi sono destinati a rispecchiare, per l'essenziale, le esigenze delle multinazionali<sup>17</sup>. Poiché le esigenze è presumibile che non mutino a seconda dei territori, deve presumersi altresì che l'imposizione di certi contenuti contrattuali all'interno di uno stato si ripeterà anche con gli ulteriori accordi che vengano fatti in altri stati, provocando così una circolazione transnazionale che avrà come fondamento la sola forza contrattuale di un soggetto.

Una dinamica del tipo appena descritto conduce, inevitabilmente, a una marcata omogeneizzazione a livello dei singoli contratti, ma la spinta all'omogeneizzazione è ulteriormente rafforzata dall'esistenza di clausole compromissorie e di prassi arbitrali, nelle quali, tra l'altro, l'idea della parità tra i contraenti-contendenti è, sovente, qualcosa di molto prossimo a una pia illusione<sup>18</sup>.

### **3. Un punto di vista da cui cercare di cogliere la complessità delle dinamiche in atto**

L'abbozzo di classificazione che si è appena proposto è molto opinabile per molte ragioni, tra cui – non ultima – quella di non dar conto della pluralità di forme e declinazioni che la transnazionalizzazione delle regole assume. A voler comunque cercare di rintracciare nella rassegna condotta una qualche utilità, ci si deve probabilmente indirizzare verso il suo essere evocativa della complessità dei fenomeni da descrivere, fenomeni che hanno come elemento effettivamente comune quello di inserirsi in un processo di superamento della dimensione statale, contribuendo a far emergere alcuni dati che risultano essere componenti essenziali di questo processo<sup>19</sup>.

La transnazionalizzazione delle regole, in sostanza, è una buona prospettiva dalla quale indagare, insieme con la conclamata (e probabilmente irreversibile) crisi della sovranità degli stati<sup>20</sup>, le rivisitazioni che vanno imponendosi delle

<sup>17</sup> Cfr. M. BUSSANI, *Noi e gli altri. Gli squilibri del diritto globale*, in G. AMATO (a cura di), *Governare l'economia globale nella crisi ed oltre la crisi*, Passigli, Firenze, 2009, 279 ss., il quale, rifacendosi a R.G. RAJAN, *The Future of the IMF and the World Bank*, in *American Economic Review*, vol. 98, 2008, fasc. 2, 114, lucidamente rileva che, se, da un lato, «la interdipendenza economica, la cooperazione militare, commerciale, tecnologica, giuridica, che corre, a differenti livelli e fra attori globali volta a volta diversi, conduce automaticamente a una generale perdita di autonomia per i soggetti statuali», dall'altro «[c]ruciale è però osservare come gli stessi fenomeni finiscano per offrire a Stati ed attori economici più forti (USA, UE, WB, IMF, multinazionali), rispettivamente un'estensione, ed una iniezione di sovranità».

<sup>18</sup> Al riguardo, v. il contributo di L. LORENZINI, che segue, nonché l'analisi di M.R. FERRARESE, *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

<sup>19</sup> Sul legame tra lo sviluppo del diritto transnazionale e la progressiva inadeguatezza del potere statale a normare certi fenomeni, v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto transnazionale e omogeneità culturale*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 391 ss.

<sup>20</sup> Per una analisi recente da parte della dottrina italiana, v. V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le*

categorie tradizionali del giurista e che, con riferimento alla produzione di regole, evocano, in primo luogo, una crescita assai significativa dell'incidenza che le variabili economico-finanziarie hanno sulle determinazioni dalle quali discendono norme e modelli di comportamento, nel senso che l'attenzione alle implicazioni economico-finanziarie è spesso determinante nella produzione e/o nella circolazione di una regola a livello transnazionale<sup>21</sup>. Questo si collega a un rafforzamento ulteriore delle componenti dell'efficacia e dell'efficienza (appunto, in termini economici, *in primis*) nella valutazione della «bontà» di una regola, a scapito della dimensione della pura legittimità.

Ancora, un dato inequivocabile, che anzi viene ritenuto da molti come addirittura fondativo della nozione di «diritto transnazionale», è lo spostamento ben visibile del punto di equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato, nel senso di una crescente importanza del secondo anche nella produzione di modelli di comportamento. Le regole sono sempre meno il risultato di un atto di autorità e sempre più il portato di atti di autonomia. Formalmente. In concreto, però, l'alternativa autorità/autonomia assume una coloritura ben più scura di quella che i termini farebbero supporre. L'autonomia, infatti, è sempre più un attributo riservato al soggetto più forte, che dietro lo schermo delle categorie privatistiche riesce a imporre regole le quali, di conseguenza, sono frutto di scelte autonome solo in teoria, giacché, in realtà, sono espressione di una autorità – non dichiarata ma ben presente sotto mentite spoglie – di un soggetto; un soggetto che, in ragione del potere (di solito) economico che può vantare, comprime i margini di scelta del soggetto più debole fino ad annichilirli.

Seguendo il crinale appena disegnato, si giunge a uno dei punti più critici in assoluto dei processi di transnazionalizzazione. Se cambia, rispetto alla tradizione, l'equilibrio tra autorità e autonomia nella produzione di regole, ma se l'autonomia è tale solo in linea teorica, poiché di fatto l'autonomia cela una componente di autorità in capo a un soggetto privato, allora si pone un problema di legittimazione delle regole così prodotte. La legittimazione, infatti, non può venire dall'autonomia, una volta che se ne siano individuati i caratteri puramente formali. D'altro canto, l'autorità non dichiarata del soggetto più forte, che è la vera base di molte regole di valenza transnazionale, è una fonte per la quale è tutt'altro che agevole rintracciare una legittimazione «accettabile», alla luce dell'inveramento e del consolidamento dei canoni dello stato

*sovranità nell'era della post globalizzazione*, Atti del Convegno di Foggia, 1° marzo 2019, Pacini, Pisa, 2019. Sul collegamento tra diritto transnazionale e crisi della sovranità, v. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2018, 9 ss.

<sup>21</sup> Esempi di questa tendenza, inquadrati nel contesto finanziario globale, sono offerti da A. PISANESCHI, nel contributo che segue. Per una analisi dal punto di vista dell'erosione dei poteri statali discendenti dalla globalizzazione economica, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, E.C. RAFFIOTTA, *L'economia del XXI secolo tra diritto globale e ordinamenti nazionali: la forza del mercato e la debolezza dello Stato*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 499 ss.

democratico di diritto. Se l'autorità pubblica, allorché produce diritto, lo fa sulla base di una legittimazione democratica, più o meno diretta, ma pur sempre rintracciabile<sup>22</sup>, le dinamiche di produzione che animano buona parte delle regole transnazionali sfuggono completamente a questo schema<sup>23</sup>, finendo per suggerire la assai poco rassicurante immagine della *jungla*, in cui il più forte detta legge in quanto tale.

Si potrebbe cercare di mitigare il pessimismo ingenerato da queste considerazioni sottolineando che i processi di transnazionalizzazione si sono associati con rimarchevole frequenza all'enfatizzazione dei diritti come fulcro su cui appuntare l'attenzione<sup>24</sup>, al fine di garantire un progresso negli *standards* di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, da un lato, attraverso il dialogo tra organi e soggetti (di natura per lo più giurisdizionale) provenienti da ordinamenti diversi e, dall'altro, attraverso la limitazione, grazie ai condizionamenti sovra- e transnazionali, di possibili pulsioni liberticide da parte dei poteri.

Può assumere indubbiamente importanti riflessi il fatto di configurare i diritti alla stregua del vettore di comunicazione tra sistemi, a scapito della dimensione «autoritaria» dei poteri, che ha connotato, per tutta l'età moderna e fino a poco tempo fa, la narrativa dei rapporti che superavano la dimensione statale (emblematica, al riguardo, è la definizione classica del diritto internazionale come diritto tra stati). Il problema risiede, però, nel fatto che l'enfasi

<sup>22</sup> La natura della legittimazione muta, ovviamente, all'interno dei singoli ordinamenti a seconda che gli atti normativi provengano da organi direttamente rappresentativi del popolo o da organi che siano espressione indiretta dello stesso. Un analogo schema può applicarsi a quelle organizzazioni sovranazionali che producono atti imputabili a organi che sono espressione degli Stati (*ergo*, con legittimazione indiretta) ovvero, come nel caso del Parlamento europeo, che sono espressione diretta del popolo.

<sup>23</sup> *Contra*, per una interessante, ma forse un po' ottimistica lettura, almeno allo stato attuale dei rapporti che fondano le regole vigenti a livello transnazionale, v. S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, cit., *passim*, la quale pone in rilievo la circostanza che, nella varietà delle manifestazioni in cui il diritto transnazionale si articola, si rintracciano in maniera sempre più diffusa fenomeni di partecipazione popolare, mediante i quali, tra l'altro, si scardina la tradizionale visione statocentrica che connota(va) il diritto internazionale (v. anche S. SASSI, *Diritto transnazionale vs. diritto internazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2018). La tesi è senz'altro suggestiva e può contare su argomenti che, nel corso del tempo, tendono in certa misura a rafforzarsi. Rispetto alla lettura che si è qui proposta, tuttavia, deve probabilmente evidenziarsi uno iato non secondario: l'Autrice ragiona di *diritto* transnazionale, in relazione al quale il rafforzamento della legittimazione democratica è più agevolmente argomentabile, mentre se l'ambito di analisi perde la delimitazione data dalla giuridicità delle regole, allora l'estrinsecazione della legge del più forte è un tratto che acquisisce un carattere ben più pervasivo. Per un recente dibattito relativo a queste tematiche, che ha preso avvio proprio dalla presentazione del volume di S. Sassi, v. la sezione «*Cronache extravaganti*» della rivista *Lo Stato*, 2020, n. 14, 389 ss. (per una sintesi del dibattito, e per un inquadramento in prospettiva storica della nozione di «diritto transnazionale», v. R. TARCHI, *A proposito del diritto transnazionale. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, *ivi*, 439 ss.).

<sup>24</sup> Sull'importanza della componente dei diritti individuali nel processo di transnazionalizzazione delle regole, v. il contributo di G.F. FERRARI, che segue.

riposta sui diritti rischia di essere retorica, se non c'è un apparato coercitivo *pubblico* che sia in grado di farli rispettare<sup>25</sup>. Il rafforzamento delle dinamiche transnazionali, specie nelle forme diseguali di cui si è parlato, rischia di contribuire in modo decisivo a minare la capacità degli apparati tradizionali (quasi esclusivamente statuali) di rendere effettive le declaratorie inerenti alla protezione dei diritti. Un paradosso non da poco, quindi: mentre i diritti assumono una importanza crescente nella costruzione teorica dei sistemi, nei fatti si erode in maniera sempre più risoluta la base su cui rendere solidi il loro riconoscimento e la loro tutela, lasciando campo aperto alla produzione di regole e modelli di comportamento che prescindono da qualunque controllo grazie all'iato incolmabile tra quello che dicono di essere (atti di autonomia) e quello che in concreto sono (imposizioni).

Si tratta, evidentemente, di un aspetto di estrema importanza, non solo per cogliere l'essenza del processo di transnazionalizzazione delle regole che è in atto, ma anche – e forse soprattutto – per comprendere come le categorie tradizionali possano essere utilmente impiegate, non solo per spiegare, ma anche, auspicabilmente, per cercare di inquadrare dinamiche che rischiano di sfuggire alla comprensione del giurista. L'incontro che qui si introduce vorrebbe essere un piccolo contributo in questo senso, nella ovvia consapevolezza relativa alla lunghezza e alla difficoltà della strada che la scienza giuridica è chiamata a percorrere nei prossimi anni per dar veste formale alle regole transnazionali e, al contempo, per garantire (quanto meno) l'accettabilità dei loro contenuti.

<sup>25</sup> In quest'ottica, non sono forse da sottovalutare le implicazioni teoriche sottese alla tesi secondo cui «*[i]n the transnational realm, however, constitutionalism hits at its limits and both theory and practice of transnational law would benefit from relying on principled legal pluralism rather than constitutionalism*» (così M. AVBELJ, *Transnational Limits of Constitutionalism*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 435).