

Sabino Cassese

UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO *

Sommario

1. Circolazione e diffusione degli istituti giuridici
2. In che senso il diritto diviene universale?
3. Le leggi che regolano la globalizzazione giuridica
4. Lo studio dell'ordine giuridico globale
5. Conclusioni

* Sono unite in questo scritto la prolusione all'attività didattica dei dottorati napoletani promossi dall'Istituto Italiano di Scienze Umane, tenuta l'11 marzo 2005 all'Università Federico II di Napoli, e la lezione svolta il 23 marzo 2005 all'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", in occasione della inaugurazione dell'Anno Accademico 2004-2005.

Ringrazio i professori Antonio Cassese e Bernardo Giorgio Mattarella, nonché il dottor Lorenzo Casini, che hanno letto una prima versione di questo scritto e mi hanno fornito critiche e commenti. Ringrazio altresì i dottori Diego Agus, Bruno Carotti, Lorenzo Casini e Marco Macchia per l'aiuto fornitomi per una parte delle ricerche bibliografiche.

1. Circolazione e diffusione degli istituti giuridici

Possono le forze di occupazione esportare la democrazia in Iraq o gli Stati Uniti chiedere alla Russia – come ha fatto di recente il presidente Bush – di rispettare la democrazia, che “comporta uno Stato di diritto, la protezione delle minoranze, la libertà di stampa e un’attiva opposizione politica”¹? Può l’Organizzazione Mondiale del Commercio imporre alla pubblica amministrazione della Malesia – come a quella di tutti gli altri Paesi aderenti - l’obbligo di indire gare per l’aggiudicazione dei contratti? Può essere richiesto a tutte le Nazioni di rispettare un unico catalogo universale di diritti dell’uomo? Possono gli Stati Uniti pretendere che le procedure di consultazione sperimentate nel loro Paese siano adottate anche dalle organizzazioni internazionali? Si può utilizzare la liberalizzazione del commercio per spingere la Cina ad introdurre la “rule of law”, ossia la preminenza del diritto, nel proprio ordinamento interno?

Tutti questi problemi sono controversi. Provo a considerarli uno per uno. Le domande ulteriori che formulerò mi aiuteranno a mettere a fuoco un tema tanto difficile ed ambiguo quale quello che ho prescelto.

I successi dell’occupazione alleata in Germania e in Giappone, dopo la seconda guerra mondiale, e della più recente occupazione della Bosnia da parte di forze multinazionali, sotto la bandiera delle Nazioni Unite, potrebbero ripetersi. In questi tre Paesi sono state forze militari straniere a importare la democrazia. Ma quel che chiamiamo democrazia è un insieme di istituti maturati nel mondo occidentale, prima negli Stati Uniti, poi altrove. È corretto ritenerli migliori di altri

¹ Dichiarazione del Presidente degli Stati Uniti, 24 febbraio 2005.

e trapiantarli in Paesi che non appartengono alla stessa tradizione? Le istituzioni politiche non debbono essere di origine locale per poter essere accettate dalle rispettive società? E quale tipo di democrazia esportare, visto che l'esperienza storica di molti Paesi dimostra l'esistenza di differenti forme di democrazia? O si deve ritenere che proprio la diversità dei tipi possa favorirne l'importazione e l'attecchimento in altri contesti politici e sociali? Ma quanto a lungo può durare un reggimento democratico, dopo l'insediamento, se non si realizzano altre condizioni, quale ad esempio lo sviluppo economico, quasi sempre correlato alla democrazia²? E, gli Stati Uniti, che richiedono ad altri Stati di introdurre un reggimento democratico, sarebbero disponibili ad accettare una delle condizioni poste dall'Unione europea alla Turchia per il suo ingresso nell'Unione, l'abolizione della pena di morte?³

Un numero non inferiore di interrogativi è sollevato dal "Government Procurement Agreement", stipulato nel 1994 nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Concepito per favorire la libera circolazione delle forniture e dei servizi, questo accordo dispone che, per la scelta dei contraenti, si bandiscano gare aperte a tutti, in condizioni di eguaglianza. Occorre assicurare, quindi, trasparenza, concorrenza, equo trattamento, decisione motivata. Ma questi rispettabili principi debbono essere applicati anche in Paesi dove i contratti pubblici sono adoperati per scopi particolari, come lo sviluppo di zone

² Tutti questi problemi sono discussi da E. Bellin, *The Iraqi Intervention and Democracy in Comparative Historical Perspective*, in "Political Science Quarterly", vol. 119, n. 4, Winter 2004-2005, pp. 595-608, e da A. Sen, *La democrazia degli altri*, Milano, Mondadori, II ed., 2004.

³ Gli Stati Uniti si comportano in senso opposto. Il 10 marzo 2005 hanno deciso di sottrarsi al giudizio della Corte internazionale di giustizia, chiamata ad applicare il protocollo della Convenzione di Vienna che riconosce diritti agli stranieri arrestati, protocollo da essi proposto nel 1963 ed utilizzato alla fine degli anni

svantaggiate o l'ausilio di popolazioni in condizioni di arretratezza socio-economica. In Malesia, ad esempio, leggi nazionali dispongono riserve, regimi e prezzi preferenziali a favore della popolazione indigena, i Bumiputera. Come conciliare, allora, le esigenze del commercio mondiale con il bisogno di favorire categorie svantaggiate? La disciplina dei contratti della pubblica amministrazione può essere configurata in modo da mettere d'accordo fini interni di tutela e bisogni mondiali di sviluppo del commercio? E come deve comportarsi la Malesia: deve non aderire all'accordo o chiedere deroghe "ad hoc" per i Bumiputera⁴?

Il terzo problema, più noto, riguarda la Dichiarazione internazionale – poi universale – dei diritti dell'uomo, approvata nel 1948 (ad essa hanno fatto seguito, nel 1966, il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali). Come è stato evidenziato, la Dichiarazione, da una parte, riduce il monopolio degli Stati per permettere a privati di divenire soggetti attivi del diritto globale; dall'altra, indebolisce la sovranità degli Stati, autorizzando i giudici a condannare i colpevoli di violazioni di un ordinamento sovra-nazionale⁵. Divenuta, da "ideale comune da raggiungere", un "parametro per valutare comportamenti"⁶, la Dichiarazione è sempre più l'oggetto di critiche. Nel mondo islamico e nelle culture africane sub-sahariane si prospetta la tesi che sia impossibile accogliere i valori politici della modernità occidentale. E un giurista

⁷⁰ Tale decisione è stata presa quando gli oppositori della pena capitale hanno cominciato ad usare il protocollo per contrastare le sentenze capitali comminate a cittadini stranieri negli Stati Uniti.

⁴ Tali questioni sono dibattute da C. McCrudden e S.G. Gross, *WTO Rules on Government Procurement and National Administrative Law*, relazione al Workshop su "Towards a Global Administrative Law? Legality, Accountability, and Participation in Global Governance", Merton College, ottobre 2004.

⁵ M. Delmas-Marty, *Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 72.

⁶ L. Condorelli, *L'azione delle Nazioni Unite per l'attuazione della dichiarazione universale*, in Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, "Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo", Roma, 1999, Atti del Convegno nazionale per la celebrazione del 50° Anniversario della

cinese ha rilevato che, nella sua lingua tradizionale, non esiste un lemma che corrisponda alla nozione di diritto soggettivo, propria della tradizione giuridica d'occidente⁷. L'universalità – è stato sottolineato – è un mito. I diritti umani, infatti, sono osservati in modo assai diverso nei vari Paesi, a seconda delle tradizioni culturali e degli assetti politici⁸.

Il quarto problema riguarda ancora gli Stati Uniti, di cui non a caso si lamenta l'imperialismo giuridico. Questo Paese ha introdotto, negli anni Settanta-Novanta del XX secolo, poderosi strumenti di partecipazione alle procedure decisionali delle amministrazioni. Una autorità amministrativa che voglia adottare, ad esempio, un regolamento in materia di protezione ambientale, deve informarne le industrie colpite e le associazioni ambientaliste, inviando loro il progetto di regolamento. I destinatari e gli altri interessati possono fare osservazioni e proposte. Al termine, l'autorità decide. Ebbene, è evidente che, quando la decisione deve essere presa non dall'autorità nazionale, ma da una organizzazione internazionale, i privati che, secondo l'ordinamento interno, hanno diritto a partecipare, vedono “evaporare” tale diritto. Essi, allora, sostengono che anche le organizzazioni internazionali debbono garantire un analogo diritto di partecipazione, consultando gli interessati. Ma è giusto che le organizzazioni internazionali, in cui prevalgono informalità e negoziazione, adottino criteri procedurali “adversarial”, di tipo statunitense? E come possono trapiantarsi tali criteri in un ambito tanto più esteso, dove la consultazione, considerati gli interessi

Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, Roma, 10/11 dicembre 1998, p. 32.

⁷ D. Zolo, *Fondamento della universalità dei diritti dell'uomo*, in E. Diciotto e V. Velluzzi (a cura di), “Ordinamento giuridico, sovranità, diritti”, Torino, Giappichelli, 2003, p. 202; J. Yacoub, *Les droits de l'homme sont-ils exportables?*, Paris, Ellipses, 2005.

coinvolti da decisioni globali, corre il rischio di rallentare o bloccare il procedimento? Infine, l'obbligo di consultazione, se viene trasferito a livello globale, non cambia natura⁹?

Del quinto problema si è discusso in vista della adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio. S'è detto, allora, che portare la Cina nell'Organizzazione sarebbe servito per promuovere in quel Paese la "rule of law". Ma è legittimo trapiantare in Oriente i principi base del diritto che si sono sviluppati in alcuni Paesi occidentali? Quello che funziona a Londra, o a Washington, può funzionare altrettanto bene a Pechino? E come potrebbe attecchire lo Stato di diritto in ordinamenti dove lo spazio costituzionale riservato al potere giudiziario è limitato, dato che, ad esempio, il raggio dell'attività consentita ai giudici non raggiunge le libertà politiche¹⁰?

Tutti gli interrogativi sin qui posti hanno qualcosa in comune: riguardano la circolazione degli istituti giuridici tra ordinamenti nazionali e la loro diffusione dal livello nazionale a quello globale, e viceversa. Questi trasferimenti vi sono sempre stati, ma la velocità di essi è aumentata da quando si è usciti dal mondo ingessato dai nazionalismi dell'Ottocento e del Novecento.

Il fenomeno è unitario, ma si articola in almeno cinque modi diversi. Il primo è quello del passaggio diretto di uno o più istituti da un ordinamento nazionale ad un altro (ad esempio, la democrazia dagli Stati Uniti all'Iraq). Il secondo è quello dell'imposizione di un principio giuridico da un ordinamento

⁸ A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, VIII ed., 2003, p. 51.

⁹ La letteratura sul tema è in S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione*, in corso di pubblicazione in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2005, n. 2.

¹⁰ Su questi problemi, G. Silverstein, *Globalization and the rule of law: "A machine that runs of itself?"*, in

globale ad un insieme di amministrazioni pubbliche appartenenti ad ordinamenti nazionali (ad esempio, la regola delle gare, che l'Organizzazione Mondiale del Commercio vuole far rispettare alle amministrazioni dei Paesi aderenti, tra cui la Malesia). Il terzo modo è quello dell'imposizione, da parte di un ordinamento giuridico globale, di un principio giuridico comune, rivolto non solo a tutti gli Stati, ma, in ciascuno di essi, all'intero ordinamento nazionale (ad esempio, i diritti universali dell'uomo, che tutti, nell'ambito nazionale, debbono rispettare). Il quarto è quello che va in senso opposto, da un ordinamento nazionale a quello globale (ad esempio, l'obbligo di consultazione, dall'ordinamento statunitense a quello globale). L'ultimo modo è quello del "traboccamento" di uno o più istituti, che si espandono in ambiti laterali, ma sempre a livello globale (ad esempio, la libertà del commercio usata per introdurre la preminenza del diritto).

2. In che senso il diritto diviene universale?

Gli interrogativi esposti mi hanno aiutato a mettere a fuoco un tema, quello della progressiva universalizzazione del diritto. Ne vorrei ora indagare le fasi e i tipi principali, per poi passare a ricercare le leggi che regolano questo processo.

La prima specie di circolazione e diffusione del diritto è quella che riguarda la scienza giuridica. La globalizzazione attiene, in questo caso, non ai modi di regolare, ma ai modi di studiare, non agli istituti positivi, ma agli approcci, alle tecniche e ai metodi di studio. Questa è universalità della scienza giuridica, non dei principi degli ordinamenti. È limitata alla cultura, non si estende al diritto

"International Journal of Constitutional Law", vol. 1, n. 3, 2003, pp. 429-445.

positivo.

Dopo la scomparsa dalla scena, nel Settecento, del giusnaturalismo (nell'Ottocento esso rimane "dietro le quinte"¹¹), la scienza giuridica distingue "local jurisprudence" da "universal jurisprudence" (così Jeremy Bentham), oppure "particular jurisprudence" da "general jurisprudence" (così John Austin). La scienza giuridica universale o generale è astratta da un particolare sistema giuridico positivo e riassume i principi del diritto comuni a più ordinamenti. Il suo perimetro di riferimento è, però, molto limitato. Include gli scritti dei giureconsulti romani, le decisioni dei giudici inglesi, le disposizioni dei codici francese e prussiano. È universale, ma di un universo ristretto e atemporale¹². Per rendersi conto di ciò, basta leggere il "Diritto pubblico universale" di Gian Domenico Romagnosi¹³.

Nel Novecento, l'universalità della scienza giuridica non è posta in discussione; anzi, il suo ambito si amplia, perché non si distingue più necessariamente tra scienza particolare o locale e scienza universale o generale. Saleilles afferma che "toute science juridique est forcément internationale et universelle"¹⁴.

I giuristi del Novecento sono, però, giuspositivisti e riconoscono che un diritto universale richiede un unico sovrano e una unica comunità giuridica

¹¹ G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 306.

¹² Alcuni aspetti di questa vicenda sono tratteggiati da M. Barberis, *John Austin, la teoria del diritto e l'universalità dei concetti giuridici*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 2, dicembre 2003, pp. 407-427.

¹³ G.D. Romagnosi, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Firenze, Piatti, III ed., 1833.

¹⁴ R. Saleilles, *Le Code civil et la Méthode historique*, in « Le Code Civil 1804-1904 » Livre du Centenaire publié par la Société d'Etudes Législatives, tome premier, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1904, ristampa 1969, p. 127.

mondiale¹⁵. L'universalità, dunque, si ferma alla scienza, non intacca il relativismo degli ordinamenti.

Nel secondo dopoguerra, tuttavia, inizia a fare breccia, innanzitutto nel diritto privato, l'idea che il diritto vada al di là di un particolare ordinamento giuridico positivo. Mentre gli istituti del diritto pubblico sono intimamente legati allo Stato e dipendono, quindi, dallo specifico assetto disposto dalle norme statali, quelli del diritto privato, come la proprietà, la famiglia, il contratto, la responsabilità, possono avere, invece, discipline comuni. Alla metà del Novecento, Filippo Vassalli afferma, infatti, che il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato. È vero che, con le codificazioni, gli Stati si sono impadroniti della disciplina dei rapporti di diritto civile. Ma vi è un movimento in atto – continua Vassalli – verso il superamento del dogma statale e il superamento delle barriere tra i popoli¹⁶.

Più tardi si riconosce che anche il diritto pubblico ricorre all'imitazione, per cui istituti originari di un ordinamento vengono copiati in altri. Il “self-government” ottocentesco inglese, il “Conseil d'Etat” napoleonico, l'“Ombudsman” svedese (1809), il giusto procedimento austriaco (1925) troveranno applicazioni e varianti in molti altri ordinamenti nazionali. Ordini

¹⁵ Sul limite del giuspositivismo, P. Grossi, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della Costituzione giuridica medievale)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 25, 1996, pp. 267-284; *Il disagio di un “legislatore” (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 26, 1997, pp. 377-405; *Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in “Rassegna forense”, n. 3, 2002, pp. 501-515; *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la “Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea”, e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in “Jus”, n. 3, sett.-dic. 2003, pp. 405-422; *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*, Lezioni Magistrali, Collana diretta da Francesco De Sanctis, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2003.

¹⁶ F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in “Studi Giuridici”, vol. III, tomo II “Studi vari (1942-1955)”, Milano, Giuffrè, 1960, p. 755.

giuridici tanto diversi presentano, così, molte somiglianze. Rotta la barriera che non permetteva di comprendere l'adattabilità degli stessi istituti a contesti giuridici differenti, nei quali essi sono destinati a divenire diversi dai loro archetipi, è possibile riconoscere che istituti considerati tipici di una specifica tradizione giuridica hanno origine altrove: ad esempio, il modello delle "grandes écoles" e dei "grands corps", ritenuto tipico della "élite" amministrativa francese, si è formato, in realtà, sotto l'influsso del mandarinato cinese, che aveva affascinato i filosofi e politici illuministi.

L'ultima fase è quella più vicina a noi – anzi è ancora in corso – e su questa è bene soffermarsi. Essa è caratterizzata dal trasferimento di elementi di un'esperienza giuridica nazionale in un'altra e da un'esperienza giuridica nazionale alla dimensione universale (e dalle successive ricadute di essi negli ordini giuridici domestici).

Per illustrare il trasferimento da istituti giuridici da un Paese all'altro, può farsi l'esempio degli accordi di mutuo riconoscimento. In base ad essi un prodotto che può essere venduto in un Paese, può essere venduto anche in un altro Paese, alle stesse condizioni; un contabile di uno Stato può offrire i suoi servizi in altri Stati, sulla base del diritto di appartenenza; una banca, autorizzata ad operare in un Paese, può, con la stessa autorizzazione, svolgere la sua attività in altre Nazioni.

Il riconoscimento della validità di norme e procedure amministrative straniere produce la mutua esportazione di diritti nazionali (perché il prodotto, il contabile, la banca si trasferiscono portando con sé – per così dire – il proprio diritto nazionale). Esso produce, però, anche un sistema continuo di cooperazione.

In primo luogo, infatti, gli accordi di mutuo riconoscimento non si limitano ad accettare beni, servizi, imprese come regolati da un altro Stato in un certo momento. Prevedono anche che la disciplina dell'altro Stato possa cambiare. Dispongono, quindi, che le modificazioni vengano notificate e che il primo Stato possa fare i suoi commenti.

In secondo luogo, se uno Stato stipula un accordo di mutuo riconoscimento con un secondo Stato, e questo con un terzo, gli accordi avranno una forza transitiva, favorendo la circolazione degli istituti tra gli ordinamenti nazionali.

Infine, il riconoscimento non solo di prodotti, ma anche di processi produttivi, comporta l'ampliamento della cooperazione orizzontale tra gli Stati ad altri campi, diversi dal commercio, che lo intersecano, come l'ambiente, le condizioni di lavoro, la tutela della sicurezza¹⁷.

Con il mutuo riconoscimento, i diritti nazionali si mescolano e si accentua l'esigenza di "standards" comuni, stabiliti da organismi multilaterali. Nello stesso tempo, si apre la possibilità di scegliere tra più diritti nazionali.

Per illustrare il secondo tipo di trasferimento, questa volta dall'ambito nazionale a quello universale – e, quindi, non in senso orizzontale, bensì verticale – , possono prendersi tre esempi, che riguardano attività tipiche degli Stati, come la protezione dei lavoratori, l'esercizio della potestà punitiva, la disciplina dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini.

È noto che alcuni Paesi esportano beni prodotti con metodi e processi poco

¹⁷ Sul mutuo riconoscimento, K. Nicolaidis and G. Shaffer, *Managed Mutual Recognition Regimes: Governance without Government*, relazione al convegno su "The Emergence of Global Administrative Law", New York, 22 e 23 aprile 2005.

rispettosi degli “standards” disposti a protezione dei lavoratori, riconosciuti internazionalmente (esiste, a questo scopo, una apposita organizzazione, l’Organizzazione internazionale del lavoro). Questi Stati non solo fanno concorrenza sleale ai produttori degli altri Paesi, ma mettono anche in pericolo gli “standards” di protezione dei lavoratori dei Paesi importatori e possono innescare una corsa verso il basso. Per contrastare questo fenomeno, chiamato “social dumping”, può essere utilizzata una norma dei trattati sul commercio internazionale, in base alla quale i beni importati debbono essere regolati in maniera non meno favorevole rispetto a quanto avviene per altri prodotti importati “simili”. Per applicare questa norma, bisogna, però, interpretare il termine “simili” nel senso di prodotti realizzati con procedure, metodi e tecniche che rispettino i “Core Labour Standards”, ossia un minimo comun denominatore di disposizioni sulle condizioni di lavoro.

Definita, per questa strada complicata, la norma, resta da stabilire chi debba sanzionarla. Un singolo Paese, come è accaduto con gli Stati Uniti, che hanno disposto un bando al commercio con la Birmania, a causa dei gravi abusi ivi commessi in materia di diritti dei lavoratori e di diritti umani? Oppure la comunità internazionale, sotto l’egida della Organizzazione Mondiale del Commercio¹⁸?

Il secondo esempio riguarda il diritto penale. Questo appartiene, storicamente, alla specie del “diritto particolare”¹⁹, dettato dallo Stato. Ma possono essere accettate leggi statali supremamente ingiuste, che costituiscono un caso di

¹⁸ Sull’intera questione, M.J. Trebilcock e R. Howse, *Trade Policy and Labour Standards*, in corso di pubblicazione in “Minnesota Journal of Global Trade”.

¹⁹ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, Napoli, Stabilimento Tipografico di P. Androsio, 1854, p. 8.

“extremes Unrecht”²⁰? Se ciò non è tollerabile, occorre che venga definito un reato in sede sovrastatale e che, nella stessa sede, sia organizzato un giudice dotato di potestà punitiva. Tanto più se i tribunali nazionali tendono a non giudicare delitti quali il genocidio, i crimini di guerra e quelli contro l’umanità, perché questi sono generalmente commessi da organi (normalmente militari) che le autorità statali o proteggono, o non vogliono comunque giudicare. È necessario, dunque, che organi internazionali si facciano portatori di valori universali, sostituendosi ai giudici interni. A questi fini, il diritto penale universale tutela la pace, la sicurezza e il benessere del mondo e definisce delitti internazionali i crimini di guerra, quelli contro l’umanità, il genocidio. La comunità internazionale si ritiene legittimata a perseguire e punire tali crimini indipendentemente da dove, da parte di chi e da contro chi essi siano stati commessi²¹. Apposite corti sono istituite, da quelle di Norimberga e di Tokyo a quelle per la ex Jugoslavia e il Rwanda, sino alla Corte penale internazionale.

Due cambiamenti importanti intervengono con questo nuovo assetto, il primo relativo alle norme, il secondo riguardante i giudici. Quanto alle prime, “nello stabilire che queste azioni sono illecite, noi mettiamo da parte gli interessi puramente nazionali di ciascun singolo Stato”²². Quanto ai giudici, i delitti “globali” potrebbero esser giudicati da corti nazionali; la scelta di istituire tribunali non statali risponde all’idea di superare gli ordinamenti nazionali, dotando quello

²⁰ Secondo la formula di Radbruch, su cui G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. p. 281; dello stesso autore, si veda anche *La giustizia internazionale penale*, Milano, Giuffrè, 1995.

²¹ G. Werle e F. Jessberger, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fasc. 3, luglio-settembre 2004, p. 743.

²² G.P. Fletcher, *Parochial versus Universal Criminal Law*, in “Journal of International Criminal Justice”,

globale della panoplia di strumenti di cui dispongono gli ordini giuridici statali. Dunque, un diritto penale “universal” viene ad integrarsi, quando non a contrapporsi, con quello “parochial”²³.

Il terzo e ultimo esempio riguarda la disciplina dei rapporti tra poteri pubblici e cittadini e, in particolare, il “due process of law”. Tale espressione risale a uno “statute” di Enrico III (1354) ed è stata inserita anche nella Costituzione americana. Essa indica garanzie di legalità e di un giusto processo. Negli ordinamenti statali ha avuto molte applicazioni, tutte relative ai rapporti tra Stato e cittadino. Come “giusto procedimento”, in Italia, comporta l’obbligo dell’amministrazione pubblica di informare il cittadino e di ascoltarlo.

Questo principio trova ora applicazione anche nel diritto globale. Basti citare tre casi decisi da altrettante corti internazionali. Nel primo, l’“Appellate Body” dell’Organizzazione Mondiale del Commercio ha stabilito che uno Stato, se limita l’importazione di prodotti da altri Paesi, deve dare ai Paesi esportatori la possibilità di essere uditi, decidere con provvedimento motivato, riconoscere il diritto di difesa in giudizio²⁴. Nel secondo caso, il Tribunale internazionale del diritto del mare ha deciso che l’amministrazione la quale sequestri una nave e tolga i passaporti all’equipaggio deve rispettare il “due process of law” e il principio di “fairness”, informando l’armatore e l’equipaggio e dando ad essi la

3, 2005, p. 4.

²³ In questi termini, G.P. Fletcher, cit. Si veda anche O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, trad. it., Torino, Comunità, 2001.

²⁴ WTO-A.B. “United States – Import prohibition of certain shrimp products”, 12 ottobre 1998, su cui, tra gli altri scritti, S. Cassese, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, n. 3, 2004, pp. 657-678.

possibilità di essere ascoltati²⁵. Infine, in un ambito più limitato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che le decisioni amministrative che incidono sui diritti delle persone debbono essere prese dopo aver udito gli interessati²⁶.

In merito all'applicazione del “due process of law” nell'ordine giuridico globale, è interessante notare tre aspetti. In primo luogo, il principio del “giusto procedimento” non è sancito sempre dai trattati internazionali, ma è spesso sviluppato dagli organi giudiziari. Questi lo traggono dalle disposizioni che vietano l'arbitrarietà e da quelle sulla ragionevolezza, previste da discipline di settore (come quelle relative al commercio e al diritto del mare), oppure dalle disposizioni sul “giusto processo” e sul diritto di difesa (come nel caso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Questo fenomeno rappresenta, come è stato notato, un processo di “costituzionalizzazione”, consistente nella generazione di principi di tipo costituzionale ad opera di organi giudiziari²⁷. In secondo luogo, l'accrescimento del diritto globale per via di connessioni laterali, specialmente con il commercio, è suscettibile di una grande espansione, per i suoi legami numerosi con l'ambiente, il lavoro, i diritti umani, la tutela della salute, la sicurezza, nonché con altri settori in cui possono essere agevolmente trasportati i principi di tipo costituzionale sviluppati dai giudici globali. Infine, il diritto di partecipazione è

²⁵ ITLOS, “Juno Trader Case”, 18 dicembre 2004, n. 13.

²⁶ ECHR, “Case of Credit and Industrial Bank v. the Czech Republic” – n. 29010/95 del 21 ottobre 2003.

²⁷ D.Z. Cass, *The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in “European Journal of International Law”, vol. 12, n. 1, 2001, pp. 39-75. Sulla proceduralizzazione e sulle sue funzioni nell'ordinamento globale, A. von Bogdandy, *Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO law and the Prospects of its Proceduralization*, in S. Griller (a cura di), “International Economic Governance and Non-Economic Concerns – New Challenges for the International Legal Order”, Wien-New York, 2003, p. 128. Sulla “procedural fairness” come principio del diritto globale, G. della Cananea, *The EU and the WTO: A “Relational” Analysis*, paper per la Conferenza di Vienna su “New Foundations for European and Global Governance”, 29-30 novembre 2004, p. 9.

assicurato sia a Stati, sia a privati, ed è garantito dal diritto globale nei confronti delle amministrazioni statali.

L'elenco dei settori e dei campi nei quali si è andato formando un complesso di norme relativamente uniformi, di applicazione universale, potrebbe continuare. La crescita del commercio mondiale, infatti, impone “standards” comuni a tutti in materia di conformazione dei prodotti, protezione dei consumatori, responsabilità dei produttori²⁸; e l'impossibilità di porre sotto controllo, nell'ambito di ciascuna Nazione, fenomeni come le crisi finanziarie, il riscaldamento dell'atmosfera, l'uso degli oceani e dei fondali marini, le specie ittiche migratorie, richiede che questi beni pubblici universali vengano tutelati in sede globale.

3. Le leggi che regolano la globalizzazione giuridica

Esaminate le fasi e i tipi di sviluppo di concetti, principi, istituti e norme definibili “comuni”, o perché sviluppati insieme, o perché trapiantati da un ambito nazionale ad un altro, o perché esportati dal diritto domestico in quello globale, o, infine, perché sorti direttamente nell'ordinamento globale per specifiche esigenze, è opportuno interrogarsi sulle leggi che regolano questo processo di globalizzazione giuridica.

La domanda per la quale occorre cercare una risposta è la seguente: c'è un meccanismo che muove questo processo di mutua compenetrazione e di armonizzazione, o alla sua fonte sono sempre gli incerti e contraddittori disegni

²⁸ M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in “Global Legal Studies Journal”, vol, 1, 1993, p. 59 ss.

dei poteri pubblici nazionali?

La risposta – o il tentativo di risposta – toccherà tre punti: la convivenza tra unità giuridica del mondo e differenziazione tra le sue parti; il processo e i fattori di accrescimento del patrimonio giuridico universale; l'equilibrio che viene a stabilirsi tra diritti domestici all'interno dell'arena globale.

Con riferimento al primo punto, l'aspetto che colpisce maggiormente l'osservatore dell'ordine giuridico globale è il seguente: un patrimonio giuridico universale, che rafforza l'unità giuridica del mondo, si contrappone alla estrema varietà dei sistemi giuridici locali. Da un lato, vi è un ristretto numero di principi e istituti comuni, dai quali nessun ordinamento domestico riesce ad affrancarsi; dall'altro, si registra una accentuata differenziazione.

Questo divario tende persino ad allargarsi. La crescita del numero delle organizzazioni internazionali (interessate all'uniformità o almeno all'armonizzazione) si accompagna con l'aumento del numero degli Stati²⁹ (che sono i principali fattori di differenziazione). Ciò dovrebbe indurre a pensare che tale divario non sia un dato congiunturale, ma qualcosa di stabilmente proprio del nuovo ordine giuridico.

La discrasia ora indicata tra crescente unità e crescente differenziazione si presta a opposte interpretazioni. Chi è convinto del ruolo centrale degli Stati vi vede una conferma della sua tesi. Chi, all'opposto, ritiene che l'ordine giuridico globale abbia preso piede, accentua l'altro aspetto, quello della unità. Il problema, invece, è tentare di interpretare unitariamente questi elementi apparentemente

²⁹ A. Alesina e E. Spolaore, *The Size of Nations*, Cambridge-London, The MIT Press, 2003, e A. Caffarena,

contraddittori.

Ritengo che i seguaci del relativismo – quelli per cui ogni società ha il suo proprio diritto, prodotto dallo Stato – sottovalutino la capacità dei sistemi giuridici di adattarsi, di convivere, e, convivendo, di cambiare. All’opposto, la piccola schiera dei seguaci dell’universalismo – quelli per cui la globalizzazione giuridica è ormai imperante – sopravvaluta l’unità e l’uniformità dell’ordinamento giuridico globale, nonché la sua capacità di imporsi agli ordini giuridici domestici³⁰.

È difficile analizzare la concatenazione verticale e orizzontale tra diritti nazionali, diritti sopranazionali e diritto globale, perché ancora non conosciamo la incompleta, ma già molto sviluppata, grammatica giuridica universale, mentre conosciamo troppo bene quella degli ordini giuridici indigeni. Una conclusione, però, si può certamente trarre: la globalizzazione giuridica ammette la diversità dei diritti nazionali, e anzi riserva a questi una sorta di diritto alla differenza³¹, o lasciando interi campi scoperti, a disposizione del diritto statale, oppure attraverso misure derogatorie, o con altre tecniche che lasciano spazi, margini, interstizi, creano intrecci, stabiliscono equilibri e compensazioni.

L’ordine giuridico che si va costruendo si presenta, dunque, come un ordine binario, dove i particolarismi convivono con un sistema di principi comuni: da un lato, varietà estrema, e anzi crescente, di regimi nazionali e sub-nazionali; dall’altro, una maglia, che si va gradatamente infittendo, di principi e procedure universali. Un assetto, in altre parole, non diverso, nelle linee di fondo, da quelli

Le organizzazioni internazionali, Bologna, Il Mulino, 2001.

³⁰ Un settore in cui i due orientamenti si contrappongono in modo particolarmente evidente è Internet, secondo la ricostruzione di D.W. Drezner, *The Global Governance of the Internet: Bringing the State Back In*, in “Political Science Quarterly”, vol. 119, n. 3, Fall 2004, pp. 477-498.

sperimentati, nel passato, in altre epoche storiche: diritti pre-statali, come quello romano, con vocazione universale e tolleranza di regole diverse al proprio interno; diritto comune, che, nel medioevo, convive con gli “jura particularia”, e anzi li fa divenire sistemi comunicanti³²; ordinamenti imperiali, che includono nazionalità e poteri pubblici persino originari, governando con la formula dell’“indirect rule”.

Questo ordine binario è particolarmente evidente nel sistema della giustizia penale. Esso è composto di due piani. Il primo è quello – limitato ad alcune materie – di giurisdizioni universali con competenza assoluta, a difesa di un numero ristretto di valori universali. Il secondo è quello di giurisdizioni penali nazionali a competenza universale condizionata: queste ultime sono chiamate a svolgere il compito di guardiani del diritto globale, ma nell’ambito dei limiti posti dal livello superiore³³.

La convivenza tra unità giuridica del mondo e differenziazione delle sue parti richiede un vasto e complicatissimo sistema di regole atte a permetterla. E spesso le regole rinviano a criteri scientifici, invocati per difendersi dalla critica che le regole provengono da negoziati internazionali o da regolatori globali, in cui prevalgono rappresentanti del Nord del mondo, e quindi sono fatte per agevolare i Paesi industrializzati³⁴. Ecco un tema sul quale dovrebbe esercitarsi l’analisi

³¹ M. Delmas-Marty, op. cit., p. 65.

³² F. Calasso, *Medio Evo del diritto, I, Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954; P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

³³ Per questa distinzione, A. Cassese, *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale?*, in A. Cassese e M. Delmas-Marty (sous la direction de), “Crimes Internationaux et Juridictions Internationales”, Paris, Puf, 2002, pp. 1-29; sul ruolo dei giudici nazionali quali guardiani del diritto globale, si vedano anche M. Delmas-Marty, op. cit., p. 204, e R. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Resource for Global Administrative Law?*, Discussion Draft January 17 2004.

³⁴ Ci sono, quindi, meno “deference” verso il regolatore e gli Stati e più fiducia nella imparzialità della scienza. Su questo aspetto, J. Peel, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, Jean Monnet Working Paper 02/04, New York University School of Law, 2004.

giuridica.

Il secondo punto riguarda un aspetto dinamico, ossia il processo e i fattori di accrescimento del patrimonio globale di istituti, regole e principi.

Ho già notato che la globalizzazione giuridica è il risultato dell'emersione di problemi che nessun ordine giuridico nazionale può risolvere da solo: l'espansione del commercio e la necessità di un "corpus" di regole che lo accompagni; il controllo di alcuni fattori di inquinamento ambientale generale, che vanno oltre le possibilità di intervento statale; l'esigenza di disciplinare insieme fenomeni che sfuggono al comando di ciascuno, dal traffico aereo all'uso del mare, al trasporto postale, alle crisi finanziarie; la necessità di istituire tribunali penali internazionali per supplire all'inerzia dei giudici interni nel perseguire crimini considerati come "offensivi" dell'intera comunità internazionale.

Il fatto caratteristico dell'ultimo quarto di secolo, che è all'origine della accelerazione della globalizzazione giuridica, è, però, un altro. Si è stabilito un circolo. Più le comunicazioni aumentano, più il mondo è sotto gli occhi di tutti, più diventano evidenti le differenze, più si cerca di porvi rimedio con strumenti globali, più ci si interroga circa la democraticità e l'"accountability" di tali strumenti, più si cerca di rispondere stringendo i legami tra società civili e istituzioni globali, più aumenta l'insoddisfazione per un mondo che ha una "governance", senza avere un governo. Insomma, questo è un processo cumulativo, nel quale sono costruiti sia il progresso dell'ordine giuridico globale, sia l'insoddisfazione per esso, che è, a sua volta, all'origine dei suoi ulteriori sviluppi. Persino i movimenti "no global" sono stati un veicolo importante della

globalizzazione, perché hanno attirato l'attenzione mondiale sugli squilibri territoriali e su quelli della globalizzazione stessa, e hanno così messo in moto la macchina per la loro correzione. Viviamo, insomma, in un mondo sia più unito, sia più consapevole della propria disunione e spinto da questa consapevolezza a ridurre le diversità nazionali.

Il terzo punto, infine, riguarda l'equilibrio che viene a stabilirsi tra gli ordinamenti nazionali, all'interno dell'ordine giuridico globale. Questo presenta molti squilibri di settore: è più sviluppato in alcuni campi, embrionale o inesistente in altri. La variabilità di quelli che sono stati chiamati "regimi internazionali"³⁵ produce così una diversa forma di relativismo, questa volta di tipo settoriale, non nazionale. Anche queste asimmetrie però, producono reazioni. La più importante è quella del contagio: un istituto o principio introdotto in un settore si propaga rapidamente in altri, sotto la pressione di interessi che non accettano diversità di trattamenti.

Ma l'asimmetria maggiore dipende dal peso diverso dei soggetti-Stati nell'ordinamento giuridico globale. L'interrogativo che Vittorio Emanuele Orlando si poneva nella sua prolusione romana del 1947, ossia se quella che egli chiamava "rivoluzione mondiale" conducesse a un unico Stato dominante o a una rete o associazione di Stati³⁶, ha trovato una risposta ambigua: ci sono, allo stesso tempo, globalizzazione e americanizzazione³⁷.

³⁵ S. Krasner (a cura di), *International Regimes*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 1983 (III ed. 1995).

³⁶ V.E. Orlando, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, in "Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi", Milano, Giuffrè, 1952, p. 777 – 778.

³⁷ M. Shapiro, op. cit., p. 48. Sull'imperialismo giuridico americano, U. Mattei, *The Rise and Fall of Law and Economics. An Essay for Judge Guido Calabresi*, paper per il Symposium in onore del Giudice Guido Calabresi, e *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in "Indiana

4. Lo studio dell'ordine giuridico globale

Occorre, da ultimo, soffermarsi sul modo in cui studiare questo nuovo universo creato dalla globalizzazione giuridica. La sua nascita fu avvertita, con diversità di accenti, verso la fine della prima e alla fine della seconda guerra mondiale, da Santi Romano, Gustav Radbruch, Filippo Vassalli, Vittorio Emanuele Orlando. Dopo, però, gli studi hanno languito, e sono ripresi solo nell'ultimo decennio, specialmente negli Stati Uniti. Procedono, tuttavia, in modo disperso, con analisi particolari e minute. I grandi temi, invece, non mancano.

Un primo è quello dei concetti giuridici a vocazione universale, ma con uno statuto di diritto positivo³⁸. Come studiarli, con quali tecniche, stabilendo quali relazioni con i diritti nazionali? Ad esempio, il diritto di essere uditi dall'amministrazione, prima della sua decisione, è ormai diffusissimo, come visto, sia negli ordinamenti nazionali che nell'ordinamento globale. Lo studio del "due process" va fatto, quindi, in modo nuovo, esercitando la comparazione tra ordini giuridici nazionali, ponendo a raffronto questi con quello globale, analizzando l'originalità di quest'ultimo (che, ad esempio, riconosce il diritto di essere uditi anche agli Stati).

Un secondo tema è il ruolo della "rule of law" nell'ordinamento globale: si può affermare che la preminenza del diritto sia, in questo ambito, "a machine that runs of itself"³⁹? Negli ordinamenti domestici, il riconoscimento di diritti, i

Journal of Global Legal Studies", Winter 2003, pp. 383-447.

³⁸ Su cui ha attirato l'attenzione M. Delmas-Marty, op. cit., p. 25 ss.

³⁹ Secondo la nota espressione di James Russell Lowell (1888), su cui G. Silverstein, cit., p. 429.

conflitti Stato-titolari di diritti, il diritto di difesa e la presenza di giudici assicurano il contesto per un processo meccanico, al punto che può dirsi che la “rule of law” sta al diritto come il mercato sta all’economia. Ma si sono create le condizioni per un simile sviluppo fuori e al di sopra degli Stati?

Un terzo tema è il ruolo dei giudici nell’ordinamento globale. Quasi in ogni settore di tale ordine giuridico si registra una “esplosione” della dimensione giudiziaria⁴⁰. Nel processo dinanzi ai giudici globali sono ammesse molte parti, per cui esso diventa corale. Le sanzioni che tali giudici irrogano contengono un misto di interventi dall’alto e di reazione della parte offesa. Diviene, dunque, il processo, nell’arena globale, un surrogato della democrazia?

Un quarto tema è il seguente: fino a che punto la globalizzazione può avere una “governance” senza un “government”? Al di sopra degli Stati vi è oggi una rete di governi di settore. Il suo sviluppo è stato incrementale, ed è stato facilitato dall’assenza di un centro (o dalla presenza di un centro operante solo come “forum”: l’Organizzazione delle Nazioni Unite). Fino a qual punto può durare questo precario equilibrio, con la sua strutturale incompiutezza?

La rottura dell’equivalenza tra diritto e Stato richiede, infine, una organizzazione nuova della ricerca e modi nuovi di comunicare. Per la prima, mi limito a indicare la necessità di società scientifiche a carattere universale, ormai numerose in molti settori, non in quello giuridico⁴¹. Per i secondi, segnalo

⁴⁰ M.R. Ferrarese, *Inclusion, no “Exit-Option” and Some “Voice”*: “Democratic” Signals in International Law, relazione non pubblicata al convegno di Vienna, 29-30 novembre 2004, p. 11, e A. Garapon e C. Guarnieri, *La globalizzazione giudiziaria*, in “Il Mulino”, 2005 (n. 417), n. 1, p. 165 ss.

⁴¹ Solo ora si vanno costituendo associazioni di dimensioni europee, come la recente Società europea di diritto pubblico (su cui si veda la notizia in “Revue française de droit constitutionnel”, n. 59, juillet 2004, p. 671).

l'esigenza di usare la maggiore lingua veicolare, l'inglese (sotto questo profilo, nel nostro Paese, la scienza giuridica è la più arretrata rispetto a tutte le altre aree disciplinari⁴²).

5. Conclusioni

Giunto al termine, posso ritornare al titolo di questo scritto: universalità del diritto.

Si tratta di una formula ambigua. Assume una realtà che non esiste e potrebbe non esistere mai. Nel senso che un ordinamento giuridico unitario cosmopolitico non è nelle prospettive, né forse nei desideri umani presenti. Vi è, invece, un processo, attualmente in corso, che riguarda alcuni principi positivi e taluni rami della scienza. Riconoscere l'esistenza di principi condivisi in alcuni settori non è utile per "redigere codici cosmopolitici, ma solo per mostrare la fondamentale capacità di comunicazione di tutte le culture"⁴³. Serve a indicare la straordinaria capacità degli istituti giuridici di convivere, sovrapponendosi, componendosi e persino integrandosi. Serve, inoltre, a mettere in luce la forza della consapevolezza delle differenze nel plasmare gli strumenti dell'armonizzazione. Riconoscere lo sviluppo di impostazioni, metodi, criteri di ricerca comuni non serve, infine, a magnificare i successi di una "koinè" scientifica già realizzatasi, ma solo ad apprezzare i legami ormai stabili tra le diverse culture giuridiche nazionali.

⁴² Secondo i dati raccolti dal Comitato italiano di valutazione della ricerca – CIVR, sulla base delle indicazioni pervenute da tutti i centri di ricerca e le università.

⁴³ F. D'Agostino, *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 45.

