



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2024

**Il potere, tra pubblico e privato.
Tracce per un dialogo
tra civilisti e costituzionalisti**

di Marco Ruotolo

EDITORIALE SCIENTIFICA

IL POTERE, TRA PUBBLICO E PRIVATO. TRACCE PER UN DIALOGO TRA CIVILISTI E COSTITUZIONALISTI

di Marco Ruotolo

Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico
Università degli Studi “Roma Tre”

SOMMARIO: 1. PREMESSA; 2. LA METAMORFOSI DEL POTERE; 3. L'ALLONTANAMENTO DAI DOGMI DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE; 4. LE “NUOVE” FORME DI PRODUZIONE DEL DIRITTO E LA PERDURANTE ESIGENZA DI LIMITARE IL POTERE; 5. DALLA DIFFUSIONE ORIZZONTALE DEI POTERI (NELLA PROSPETTIVA GLOBALE) ALLA VERTICALIZZAZIONE DEL POTERE (NELLA PROSPETTIVA NAZIONALE); 6. LO “SGRETOLAMENTO” DEI LIMITI E LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA; 7. LA NECESSITÀ DEL DIALOGO TRA CIVILISTI E COSTITUZIONALISTI.

1. Premessa

Le dialettiche pubblico/privato, autorità/eguaglianza, eteronomia/autonomia hanno subito significativi mutamenti con l'evoluzione storica, sociale e tecnologica, lasciando gradualmente emergere la tensione tra liberalismo e democrazia. Sono passaggi noti, così come è risalente, almeno dal finire dell'Ottocento, l'acquisizione della consapevolezza circa la labilità della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato¹. Non su questo soffermerò l'attenzione, lasciando solo sullo sfondo la questione, destinata a riemergere alla fine, degli obiettivi da perseguire nella limitazione dei c.d. poteri privati, originariamente delineati in chiave teorica per la realizzazione della libertà di concorrenza, di un ordine economico non affidato all'arbitrio dei privati², in una dimen-

¹ Da ultimo efficacemente descritta da G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Enc. dir., I tematici*, V, *Potere e Costituzione*, 2023, p. 1008 ss., specie 1014.

² F. BÖHM, *Das Problem der privaten Macht* (1927-1928), in Id., *Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe, 1960, p. 31 (il pensiero di Böhm, al quale nel testo si è fatto solo cenno, è ampiamente richiamato da Resta nella sua citata voce enciclopedica).

sione che vede lo Stato (o il potere pubblico) non più “interventista”, ma “regolatore”³.

È una dimensione che ha subito ulteriori trasformazioni con l’evoluzione del processo di integrazione europea, con la globalizzazione dell’economia e poi con l’avvento della c.d. società digitale, che ha visto la progressiva affermazione di quello che è stato definito come potere tecnologico; un potere, si è detto, «granulare e fundamentalmente acefalo, opaco e spesso in-intelligibile, che opera in maniera persuasiva piuttosto che coercitiva, che si esprime nella dimensione del fatto piuttosto che in quella del diritto, che non abbisogna di autorità formale, ha carattere reticolare piuttosto che verticale ed è dislocato in spazi che non coincidono con i luoghi fisici dello Stato nazione»⁴.

2. La metamorfosi del potere

Gli elementi qualificanti di quella che è stata definita come una vera e propria metamorfosi del potere sono stati magistralmente illustrati da Maria Rosaria Ferrarese nel suo libro *Poteri nuovi*. Ci ha parlato del “trasloco” del potere «verso nuove residenze sia in sedi internazionali, sia specialmente in sedi private», con la dismissione dei «consueti abiti istituzionali sotto l’egida del diritto pubblico», e della sua trasformazione, del cambiamento del suo modo di essere, trainato soprattutto dagli «spiriti animali» del capitalismo⁵. Un peso rilevante in questi processi hanno avuto le evoluzioni delle tecnologie (specie informatiche), che sembrano ormai sfuggire alla regolazione della politica, guidate piuttosto dai poteri privati e in particolare dalle grandi imprese del *web*, le quali hanno addirittura posto le premesse per una sorta di privatizzazione della giustizia nel contesto del c.d. mondo digitale, introducendo apposite Commis-

³ Si vedano, tra i molti contributi in argomento: A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss.; A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore*, Napoli, 2013; P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

⁴ Di nuovo G. RESTA, *op. cit.*, p. 1028.

⁵ M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022, p. 9.

sioni di sorveglianza per garantire la tutela dei diritti negli spazi in cui operano gli “utenti”.

Il potere è sempre più “mobile”, non residenziale, oltrepassa i confini dei territori nazionali ed è capace di autorappresentarsi, di esprimersi in forma *soft*, nella veste ambigua della *governance* – termine, non a caso, di derivazione aziendalista, che allude a una maggiore partecipazione nell’assunzione di decisioni prese in realtà «lontano dalle sedi democratiche, ai margini del sistema rappresentativo»⁶ –, che vale a segnare (e a legittimare) il coinvolgimento dei privati nei processi regolativi su questioni di pubblica rilevanza.

In un processo di progressiva delegittimazione della democrazia rappresentativa, la *governance* diviene l’etichetta buona per giustificare la spoliazione istituzionale del potere, per favorire il trionfo della “nuova *lex mercatoria*”, intesa, secondo la nota definizione di Galgano, come «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati»⁷, in una dimensione transnazionale che si rivela essenziale non più soltanto e tanto per le esigenze del commercio quanto per quelle della finanza⁸.

Trionfano gli anglicismi – per tutti l’*accountability*, forse traducibile come “rendicontabilità” – che tendono a offrire una sintetica giustificazione del fenomeno, alludendo a una apertura e a una trasparenza dei processi decisionali che è solo parziale, se non apparente, perché nel «doppio fondo» della valigia della *governance* ci sono poteri privati spesso incontrollati e opachi⁹.

Le stesse organizzazioni internazionali hanno gradualmente acquisito indipendenza dagli Stati entro una cornice di de-politicizzazione

⁶ R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione fra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Il federalismo come metodo di governo. Le regole della democrazia deliberativa*, Padova, 2011, p. 3 ss.

⁷ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2010, p. 248.

⁸ Così, di nuovo, M. R. FERRARESE, *op. cit.*, in particolare p. 27 ss. Si veda anche la recente analisi di A. VOLPI, *I padroni del mondo*, Roma-Bari, 2024, ove si esamina il processo di scalata al potere dei fondi speculativi, i quali hanno cavalcato le crisi degli inizi del nuovo millennio, beneficiando dell’operato delle banche centrali e dei governi, in una dimensione, ormai, di smantellamento dello Stato sociale e di privatizzazione della società.

⁹ M. R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 82.

e de-istituzionalizzazione dell'economia¹⁰, che ha provocato, come noto, le reazioni anti-storiche di coloro che ritengono possibile un ritorno al passato, predicato nella forma di un sovranismo rivolto non alla ricerca di strumenti di governo dei processi di internazionalizzazione, ma alla esclusiva, strenua, difesa della propria identità, sfociante spesso in rinnegazione del multiculturalismo se non proprio in manifestazioni di razzismo.

3. L'allontanamento dai dogmi della democrazia costituzionale

Ho messo insieme, sinteticamente e per lo più richiamando riflessioni di Ferrarese, fenomeni che presentano elementi di diversità: il maggior peso delle organizzazioni internazionali che tendono ad acquisire indipendenza rispetto agli Stati e la sempre maggiore rilevanza del diritto dei privati. Fenomeni diversi sì, ma con una matrice comune, che si rinviene nell'allontanamento dai dogmi della democrazia rappresentativa o, più precisamente, della democrazia costituzionale¹¹.

Fuori dal gioco propriamente democratico, i privati acquisiscono maggiore spazio nei processi di decisione politica, come testimoniato dalle sempre più diffuse pratiche di co-decisione e di co-regolazione. In sé, la partecipazione dei privati non sarebbe da riguardare come elemento negativo, in una prospettiva di responsabilizzazione resa necessaria, peraltro, dalla inidoneità della decisione pubblica ad imporsi in spazi che vanno non soltanto al di là dei confini nazionali ma anche di quelli di entità sovranazionali quali l'UE.

Eteronomia e autonomia si combinano in un processo osmotico che tende però a dare sempre più spazio alla seconda, rendendo difficile persino la configurazione dei confini ad opera della prima. Pensiamo

¹⁰ M. R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 56.

¹¹ Di una democrazia che pone al centro la politica – e dunque il voto come fonte di legittimazione – ma che impone, al tempo stesso, limiti alle decisioni della maggioranza nell'interesse di tutti, riconoscendo un ruolo rilevante alle istituzioni di garanzia. Sinteticamente ed efficacemente, G. SILVESTRI, *L'abuso nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2016, p. 6, ha scritto di due equilibri – diversi ma collegati – che devono essere preservati: quello sotteso al principio della separazione dei poteri e quello tra sfera della politica e sfera delle garanzie. «Solo il mantenimento dei due equilibri [...] consente una efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, fine ultimo del costituzionalismo contemporaneo».

alle questioni che interessano le piattaforme tecnologiche e la regolazione dello spazio digitale, oggetto di specifiche pratiche di co-regolazione nella dimensione euro-unitaria, ma anche ai temi climatici e ambientali, con il rilievo assunto dalle normative ESG (*Environmental, Social and Governance*) e dai relativi sviluppi per la regolamentazione delle azioni rivolte a valutare sostenibilità e impatto etico delle attività imprenditoriali; o, ancora, e più in generale, al rilievo assunto, in Italia anche per specifica scelta normativa (d.lgs. n. 231 del 2001), dalle pratiche rivolte a proteggere le imprese dai rischi di natura legale e reputazionale, attraverso l'adozione di codici di condotta che si inseriscono nel quadro della c.d. *compliance* aziendale¹²; senza dimenticare la costante rilevanza dei contratti collettivi, delle norme tecniche, dei rating finanziari, ecc.

Sono tutte forme di produzione autonoma del diritto che finiscono per acquisire una valenza normativa in ragione della loro effettività, assumendo anche rilievo nella soluzione giurisdizionale delle controversie.

4. Le “nuove” forme di produzione del diritto e la perdurante esigenza di limitare il potere

Si tratta di fenomeni la cui analisi rimanda alle riflessioni classiche della teoria generale, peraltro specificamente declinate, nel solco di Santi Romano¹³, nel noto e risalente lavoro di Cesarini Sforza intitolato *Il diritto dei privati*¹⁴. Il diritto è composto anche da rapporti giuridici disciplinati da organizzazioni spontanee, dalle norme da queste ultime poste per il raggiungimento di scopi autodeterminati. Già allora, ormai un secolo fa, era possibile affermare, in nome della teoria della pluralità degli ordinamenti, che lo Stato non “esaurisce” il diritto, potendo la produzione normativa riconducibile all'autonomia privata creare effetti giuridicamente vincolanti anche *ultra partes*, come si argomentava rispetto ai contratti collettivi di lavoro di diritto pubblico.

¹² Su tali questioni si veda il recente volume di M. CERIONI, *La creazione “ibrida” del diritto. Contributo allo studio delle “norme polinome”*, Napoli, 2024.

¹³ Il riferimento è, in particolare, alla nota opera romaniana *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

¹⁴ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1929 (riedito a cura di M. Spanò, Macerata, 2018).

Rispetto a quella riflessione è possibile oggi registrare cambiamenti qualitativi e quantitativi di un certo rilievo. Sempre maggiori sono gli spazi che sfuggono alla pretesa regolativa degli Stati, sempre di più sono gli “ordinamenti” che si pongono in concorrenza con gli Stati, in alcuni casi conquistando addirittura spazi di competenza riservata, in quella dimensione di de-territorializzazione e di de-istituzionalizzazione che ho richiamato all’inizio. Un dato sistema di norme – scriveva già Cesarini Sforza – vale, in quanto prevale sugli altri.

In tale contesto, riaffiorano le ambizioni di uno *ius commune* cosmopolitico, alla cui formazione contribuisce la spontanea opera di soggetti privati, nella prospettiva di un «medioevo prossimo futuro», secondo l’immagine di Paolo Grossi¹⁵, fondato più sul principio di effettività che su quello di validità, più sul principio della competenza che su quello di gerarchia.

Siamo lontani dal profilarsi di un unico ordinamento giuridico globale, piuttosto osservando la continua formazione di costellazioni di ordinamenti che si affiancano a quelli statuali, ponendosi talora in concorrenza con gli stessi.

In conseguenza dell’osservazione della realtà si è persino arrivati a diversamente aggettivare il costituzionalismo, definito ora “societario” ora “digitale”, con formule tutt’altro che neutre, le quali finiscono non solo per legittimare vari processi autoregolativi, ma anche per elevarne gli esiti al rango di vere e proprie “costituzioni” (definite “societarie”)¹⁶. Il costituzionalismo, così aggettivato, perde la sua connotazione storica, rinunciando alla pretesa di limitare proprio i poteri che si affermano spontaneamente nella società globale¹⁷, i quali, sempre più

¹⁵ P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in *Studi Medievali*, fasc. III/2003, p. 1117 ss.

¹⁶ Si tratta di teorizzazioni, di recente proposte anche in Italia, che, in forme diverse, si rifanno, in particolare, alle ricostruzioni di D. SCIULLI, *Theory of societal constitutionalism. Foundations of a non-Marxist critical theory*, Cambridge, 1992, e di G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca delle globalizzazioni. L’emergere delle costituzioni civili* (1997-2003), Roma, 2005, nonché ID., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012. Secondo quest’ultimo Autore, le c.d. costituzioni societarie sono riguardate come esito di un processo autoregolativo, «sottosistemi autonomi della società-mondo», individuati nell’economia globale, nella scienza, nella tecnologia e in tutti gli ambiti della società (*op. ult. cit.*, p. 7).

¹⁷ La riflessione sul costituzionalismo c.d. societario meriterebbe, senz’altro, un approfondimento che qui non è possibile compiere. Mi limito pertanto a rinviare alle

spesso, si trovano ad esercitare, insieme, il ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio¹⁸.

Diversa è, evidentemente, la posizione di chi, pur consapevole delle difficoltà derivanti da una realtà profondamente mutata, non ha rinunciato, anche di recente, a tentare di riaffermare limiti al potere in una dimensione globale.

Le strade ritenute praticabili sono state, essenzialmente, due: quella, assai ambiziosa, proposta da Luigi Ferrajoli, di una Costituzione della Terra, che istituisca un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura, metta al bando le armi, introduca un fisco globale e idonee istituzioni mondiali di garanzia in difesa delle libertà fondamentali e in attuazione dei diritti sociali di tutti¹⁹; quella, indicata da Gaetano Silvestri, della «integrazione sostanziale», che porti a un avanzamento costante sul piano globale del nucleo essenziale del costituzionalismo, facendo leva, con il contributo, a diversi livelli, anche degli organi giurisdizionali, sulla «forza generativa dei principi» e abbandonando «il fondamento dell'autorità del potere, per volgersi verso il fondamento

diffuse considerazioni critiche di F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2/2012, p. 357 ss., e di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, specie p. 45, ove si legge che la prospettiva delle «costituzioni civili» segnerebbe «la definitiva vittoria dei soggetti economici attualmente dominanti», sottomettendo a essi «l'intero diritto costituzionale e la pretesa della sua superiore legalità». Sarebbe una «resa incondizionata», un «esito letale»: «al costituzionalismo non rimarrebbe che prendere atto dell'esistente, rinunciando a far valere ogni capacità di limitazione dei poteri che si affermano spontaneamente nella società globale».

¹⁸ Negli sviluppi delle ricostruzioni sul c.d. costituzionalismo societario si è arrivati a esaltare il ruolo degli utenti del «mondo digitale», definiti «opinione pubblica di settore», i quali, pur essendo privi di poteri decisionali, eserciterebbero un' incisiva funzione di controllo sull'«ambito organizzativo decisionale», essendo capaci di «introiettare in un determinato sistema impulsi e pressioni provenienti dall'esterno (opportunosamente ri-costruiti)»: così, ad esempio, A. JR. GOLIA, *Costituzionalismo sociale (teoria del)*, in *Dig. Disc. Pubbl., Agg.*, VII, Torino, 2017, p. 217 s. Si è finito così, probabilmente, per fornire ulteriori elementi (della cui fondatezza si potrebbe peraltro dubitare, con riguardo alla specifica posizione degli utenti del «mondo digitale») di legittimazione dell'esistente, contribuendo a «elevare i baroni digitali al rango di soggetti costituzionali», di veri sovrani chiamati a esercitare «il ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri» (M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, p. 80 e 81).

¹⁹ L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022.

di valore»²⁰, nella direzione, dunque, di una sovranità fondata su valori affermati come egemoni in spazi sempre più ampi.

5. Dalla diffusione orizzontale dei poteri (nella prospettiva globale) alla verticalizzazione del potere (nella prospettiva nazionale)

È difficile pensare, nell'attuale situazione, che queste strade, specialmente la prima, possano essere almeno a breve perseguite.

Gli Stati sembrano infatti sempre più proiettati in una dimensione egoistica, interessati alle dinamiche della gestione interna del potere e incapaci di guardare a quella dimensione globale che rischia di confinarli in una posizione di definitiva subalternità.

Alla diffusione orizzontale e sussidiaria dei poteri (forse è meglio declinare il termine al plurale), che si profila a livello globale, si contrappone, a livello locale, la rivendicazione di una verticalizzazione del potere, esemplificata, in Italia, dal tentativo di rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri attraverso la sua elezione diretta. E non è un caso che uno dei motivi addotti per giustificare la proposta di revisione della Costituzione sia quello di dotare il Presidente di una maggiore forza, in virtù della legittimazione popolare diretta, nei consessi internazionali²¹.

Che la democrazia rappresentativa possa giovare di una tale riforma è difficile da sostenere. Piuttosto, sembra sin troppo facile notare che l'iper-legittimazione del Capo potrebbe determinare un'ulteriore erosione dell'idea stessa della Costituzione quale limite al potere.

A farne le spese sarebbe, ancora una volta, la democrazia rappresentativa, già messa a dura prova dal sopravanzare di poteri spuri e spesso sovrastatali.

²⁰ G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 4/2013, specie p. 917 ss. Una ricca analisi sulle dinamiche e sulle problematiche del potere globale è stata di recente offerta da A. SPADARO, *Potere globale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., p. 724 ss.

²¹ Mi permetto di rinviare, al riguardo, a M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2024, parte II, p. 168 ss. In questo mio contributo si ritrovano, peraltro, alcune delle considerazioni sin qui sinteticamente proposte.

A farne le spese sarebbe la stessa matrice storica del costituzionalismo: limitare il potere, a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti.

6. Lo “sgretolamento” dei limiti e la crisi della democrazia

A tal proposito vorrei proporre una notazione integrativa, che si lega alle riflessioni introduttive, riguardando l’ambizione alla limitazione dei poteri di quei soggetti privati che ormai esercitano, specie sul *web*, funzioni che sono state definite «para-costituzionali»²². A me pare un’ambizione da condividere e da praticare, nella misura in cui l’obiettivo non sia tanto quello della concorrenza, spesso rappresentato nei termini di promozione della competitività, quanto quello del contenimento del mercato in funzione della tutela dei diritti e della protezione dei valori costituzionali. La “sostenibilità” dei processi di innovazione andrebbe riguardata anche, o meglio soprattutto, in questa direzione. Se considerati in questa prospettiva, potrebbero meritare positivo apprezzamento gli stessi sforzi regolatori intrapresi dall’Unione Europea, opportunamente declinati nei termini di una disciplina che tenga conto delle interrelazioni tra fenomeni diversi (dati, piattaforme, intelligenza artificiale, sicurezza cibernetica), peraltro lasciando spazi, inevitabilmente ampi, alla normazione tecnica privata²³.

Eppure, si manifesta da più parti il timore di un’ipertrofia normativa, che potrebbe nuocere alla competitività delle imprese in settori ritenuti strategici.

Ne sono chiaro esempio i contenuti del noto Rapporto *The Future of European Competitiveness* (c.d. Piano Draghi), in cui si invoca, piuttosto, l’adozione di processi di “semplificazione” che consentano di perseguire gli indicati obiettivi di rilancio della crescita dell’Unione Europea. Sono processi che andrebbero vagliati con attenzione, in quanto, in particolare, la richiesta abbreviazione dei tempi di decisione, ritenuta essenziale per il raggiungimento dei predetti fini, sembra andare a scapito, di nuovo, della partecipazione delle istituzioni rappresentative.

²² O. POLLICINO, *Potere digitale*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., p. 413.

²³ In argomento, di recente, A. IANNUZZI, *Le fonti del diritto dell’Unione europea per la disciplina della società digitale*, in F. PIZZETTI, *La regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024, p. 9 ss.

Non è un caso che – come è stato opportunamente rilevato – l’adozione e l’attuazione del Piano, già delineate dalla Presidente della Commissione europea nei contenuti delle Lettere di Missione indirizzate ai membri designati della stessa Commissione, siano affidate principalmente al confronto tra quest’ultimo organo, le sue tecno-strutture e il consesso degli Stati membri. Per dare attuazione alla strategia proposta il Piano prevede, infatti, l’istituzione di un *Competitiveness Coordination Framework*, quadro che si delineerebbe fuori dal contesto del Semestre Europeo, contenendo le priorità approvate nelle sue conclusioni dal Consiglio europeo e inglobando tutte le politiche rilevanti per il conseguimento degli obiettivi.

Come è stato sottolineato in un documento del *Forum Disuguaglianze Diversità* – che, peraltro, nel merito, contiene una severa critica rispetto alla scelta di riferirsi al modello USA quale standard di riferimento per la strategia di crescita dell’UE – l’indicata strada della semplificazione sarebbe ulteriore conferma della marginalizzazione delle istituzioni rappresentative, nella specie del Parlamento europeo²⁴, ancorché negli ultimi anni questo sia stato senz’altro maggiormente coinvolto nelle procedure di codecisione per l’adozione degli atti normativi dell’Unione Europea.

Ad essere messa in discussione potrebbe essere, di nuovo, la tenuta del principio della democrazia rappresentativa, questa volta con riferimento all’Unione Europea, riguardata come istituzione.

Come ci ha insegnato Giuseppe Guarino, il principio della sovranità del Parlamento è premessa della divisione dei poteri e della subordinazione degli stessi alla legge (e dunque dello Stato di diritto). Non possiamo, perciò, che preoccuparci se, a livello nazionale come anche a livello europeo, questa premessa viene messa in discussione, non solo e non tanto perché elaborazione dottrinarica ma

²⁴ Il dettagliato documento, intitolato “*Piano Draghi*”: *non ci siamo. Diagnosi, obiettivo e rimedi ai raggi X*, è stato pubblicato sul sito del *Forum Disuguaglianze Diversità* il 24 ottobre 2024 (la parte sulla semplificazione, cui si riferiscono anche i passaggi contenuti nel capoverso del testo precedente la presente annotazione, si trova nelle pagine 14 e seguenti). Significativa è anche la critica di merito per aver scelto il modello USA come standard ricorrente di riferimento per la strategia del c.d. Piano Draghi, senza coglierne debolezze, instabilità economica e recenti evoluzioni. Dal punto di vista del presente contributo non si può omettere di ricordare che le considerazioni della Professoressa Ferrarese circa le trasformazioni del potere, divenuto sempre più opaco e penetrante, si riferiscono prevalentemente, anche se non esclusivamente, all’esperienza USA.

in quanto esito fondamentale di un plurisecolare e sofferto processo storico²⁵.

Siamo, di nuovo, alle fondamenta del costituzionalismo moderno, alla rivendicazione di quelle pretese di garanzia dei diritti e di separazione dei poteri che connotano l'esserci di una Costituzione, secondo quanto indicato nel noto art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. È formula che si riferiva esclusivamente allo Stato, ma che oggi non può che essere riferita anche alla dimensione sovranazionale, alle «diverse realtà sociali» e ai «diversi luoghi e spazi ove vivono le persone concrete».

Si è detto, giustamente, che piuttosto che schierarci dalla parte dello Stato-nazione o da quello dell'universo cosmopolita, dovremmo – oggi come ieri – stare dalla parte dei diritti inviolabili, invocando sempre la limitazione del potere, nell'ancora attuale «lotta per l'affermazione dei principi posti nelle costituzioni intese come documenti politici e giuridici frutto di una visione storicamente determinata della persona». È quanto di recente rivendicato con forza da Gaetano Azzariti con una lezione di «storicismo critico»²⁶ che chiama in causa, in particolare, la vocazione propria del costituzionalista, ma i cui contenuti penso possano costituire sostrato di un impegno comune, che coinvolga giuristi di diverse discipline. A partire dai cultori del diritto civile che, significativamente, hanno deciso di dedicare il loro recente convegno annuale al tema *Costituzione e diritto privato*, coinvolgendo, non a caso, molti studiosi di diritto costituzionale in un dialogo che non può che essere davvero costruttivo²⁷.

²⁵ G. GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione Europea. Criticità attuali e prospettive future (L'Unione Europea quale Stato federale)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, in particolare p. 209 e 230.

²⁶ G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2024, parte II, p. 1 ss. (la citazione puntuale riportata nel testo è a pagina 20; sempre ad Azzariti sono da riferire le parole inserite tra virgolette nel capoverso precedente).

²⁷ Il riferimento è al Convegno annuale dell'Associazione Civilisti Italiani, intitolato *Costituzione e diritto privato. Dialoghi*, svoltosi a Firenze nei giorni 13 e 14 dicembre 2024.

7. La necessità del dialogo tra civilisti e costituzionalisti

Proprio sulla necessità, non più rinviabile, della riapertura del dialogo tra civilisti e costituzionalisti vorrei chiudere queste mie brevi notazioni.

Come è stato sottolineato da Giuseppe Vettori nella bella voce enciclopedica *Contratto e Costituzione*, ormai la finanza e la tecnologia hanno fagocitato il mercato e, con esso, il diritto che doveva regolarlo e la politica che doveva indicare fini e obiettivi. E, ancora, le spinte populiste sembrano abbiano alimentato, quasi per reazione, «una nuova attesa nei Pubblici Poteri e nelle Istituzioni», specie per combattere le diseguaglianze che hanno raggiunto, a livello globale, livelli inimmaginabili, e, soprattutto, una rinnovata «fiducia» nella capacità del diritto di «creare strumenti e forme giuridiche prima inesistenti»²⁸ o nell'adattare al nuovo quelli già presenti.

Sull'«attesa» nell'azione dei poteri pubblici possiamo fare poco, forse sollecitare, sicuramente essere vigili sulle criticità; sulla «fiducia» possiamo, invece, fare molto, ragionando insieme sugli strumenti possibili per governare fenomeni che sempre più ci sfuggono di mano. A tale ultimo fine ben si può pensare, ad esempio, ad una trasposizione nel «mondo digitale», con i necessari adattamenti, di strumenti già impiegati in altri settori, come ha suggerito di recente Luisa Torchia: dalla riconfigurazione, per l'applicazione ai poteri privati digitali, di «un regime di responsabilità del produttore come dell'utilizzatore» a «nuove regole antitrust, ma anche a sistemi di autorizzazione e licenze all'immissione sul mercato»; dalla sperimentazione di «strumenti di limitazione e mitigazione del rischio e di valutazione di impatto» alla attribuzione di poteri di intervento ad autorità internazionali», che, secondo il modello praticato per l'industria aeronautica, siano legittimate a «imporre cambiamenti sui processi di produzione o di funzionamento [...] una volta emerso un difetto o un problema». È un insieme, non esaustivo, di possibili interventi, opportunamente inserito entro una logica di redistribuzione e condivisione di un potere, quello digitale, ora lasciato esclusivamente alle dinamiche tra soggetti dominanti pubblici e privati, ma che dovrebbe aprirsi alla «partecipazione

²⁸ G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in G. D'AMICO (diretto da), *Enc. Dir., I Tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, p. 266 ss.; le citazioni testuali operate nel testo si riferiscono a pagina 272.

attiva e consapevole della società, degli individui, delle associazioni, delle comunità», proprio per la sua «dimensione costituzionale», non «solo economica, ma anche politica e sociale», capace di toccare «direttamente i diritti fondamentali, la democrazia, la geopolitica, i rapporti fra le democrazie e fra le democrazie e gli altri regimi politici»²⁹.

Se anche i civilisti e i costituzionalisti intendono contribuire, insieme, nella ricerca delle forme giuridiche adatte a rispondere alle sfide della contemporaneità, credo debbano abbandonare alcuni pregiudizi reciproci, presunti o reali. Ancora Vettori ha ricordato il timore ricorrente per cui l'applicazione della Costituzione, come insieme di norme precettive, potrebbe giungere, seguendo la teoria della *Drittwirkung*, a «vanificare istituti privatistici perché la violazione di molti diritti fondamentali incide sulla disciplina dell'obbligo e del risarcimento, e si può finire così per sostituire il diritto dei contratti con il diritto costituzionale e i suoi principi». Lo ha fatto in una prospettiva di apertura, che comprende anche la dimensione della sempre maggiore incidenza delle norme sovranazionali, nella consapevolezza della impossibilità di «continuare a pensare con gli strumenti del passato, ignorando fonti essenziali della giuridicità»³⁰. Ritengo sia l'atteggiamento giusto, che peraltro valorizza l'importanza delle regole costituzionali quali paletti invalicabili che ostano allo scivolamento nell'arbitrio del potere legislativo, per evitare promiscue sovrapposizioni tra legalità e legittimità, appiattendolo l'una sull'altra «sino a divenire forza senza legittimità»³¹. Questo vuol dire credere nella democrazia costituzionale, rivendicarne il profondo significato e restituire alla scienza giuridica il suo compito, che richiede anche di alzare la voce quando siano messe in discussione le garanzie fondamentali.

I civilisti mi sembrano più pronti al dialogo rispetto a molti costituzionalisti, almeno questa è la mia sensazione.

Proprio noi costituzionalisti che, per riprendere l'immagine di Santi Romano, studiamo il tronco al quale si attaccano e dal quale si

²⁹ Così L. TORCHIA, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, ne il *Mulin*, fasc. 1/2024, p. 15 ss. (la citazione riguarda pagina 31). L'Autrice fa naturalmente riferimento alle note elaborazioni di Habermas sulla c.d. sfera pubblica, peraltro di recente aggiornate proprio con riguardo alla società digitale (J. HABERMAS, *Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere*, in *Theory, Culture & Society*, n. 4/2022, vol. 39, p. 145 ss.).

³⁰ G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, cit., p. 273.

³¹ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 138.

dipartono i vari rami dell'ordinamento statale, sembriamo meno disponibili a dialogare con coloro che di quei rami si occupano. Come se chi studia il ramo non sia capace di guardare l'albero, attività, quest'ultima, che, al fondo, si vorrebbe appannaggio esclusivo di chi studia il tronco. Come se il tronco e i suoi rami non abbiano radici comuni. Non è, evidentemente, così e credo che "presunzione" sia la parola giusta per definire chi pensa in tal modo, sulla base di una sua supposta superiorità scientifica, che non ha alcun motivo di essere. Proviamo, invece, a dialogare, a contribuire, insieme, affinché la scienza giuridica sia ancor più pronta a comprendere i fenomeni della realtà sociale e, in conseguenza, a disciplinarli. Con la perdurante ambizione di limitare il potere, in tutte le sue forme di possibile espressione, disciplinandolo, dividendolo, separandolo, anche aprendolo alla condivisione con la "sfera pubblica"³², per garantire, sempre, i diritti di ciascuno e di tutti³³.

³² Su quest'ultimo elemento insiste, come si è già scritto, L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 31, precisando che rispetto alle dinamiche fra poteri pubblici e poteri privati «non c'è tanto e soltanto una questione di limitazione del potere, pubblico o privato che sia, ma anche di una sua redistribuzione e condivisione». Dal mio punto di vista queste ultime rientrano pienamente nel concetto di "limitazione" del potere, perché anche la partecipazione al suo esercizio ne costituisce espressione in una prospettiva, quella del "non cumulo", che connota la separazione dei poteri e che, in quanto tale, appartiene all'essenza del costituzionalismo.

³³ Secondo un indirizzo già espresso in M. CARTABIA, M. RUOTOLO, *Presentazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (diretto da), *Potere e Costituzione*, cit., p. IX ss., specie XIII s.

Mi piace citare, a conclusione di queste mie note, Lorenza Carlassare e Gianni Ferrara, due grandi Maestri della mia disciplina che hanno dedicato la loro vita alla costante rivendicazione delle ragioni del costituzionalismo, insistendo sulla perdurante attualità della pretesa di limitare il potere in funzione della garanzia dei diritti. Ne hanno scritto in diverse sedi, ma trovo significativo il richiamo alle prime pagine del libro di L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Quarta edizione, Padova, 2020 (a pagina 2 si legge che «le Costituzioni non nascono per il potere, ma *contro il potere*, a difesa dei cittadini e dei loro diritti contro ogni abuso o arbitrio di chi governa»), e al contributo di G. FERRARA, *Le ragioni di una rivista nuova*, in *Costituzionalismo. it*, 5 febbraio 2003, con il quale si è aperta l'esperienza editoriale della Rivista da lui fondata (in quel breve scritto, Ferrara già delineava, tra l'altro, il necessario ripensamento dell'esigenza della divisione del potere, «che non può non esprimersi, ormai, se non come diffusione articolata ed incessante, tanto quanto permanente ed insinuante è la tendenza del potere a riprodursi ed a concentrarsi»). Entrambi, ne sono certo, si sarebbero opposti con intransigenza a quelle proposte di "aggettivazione" del costituzionalismo che ho rapidamente richiamato nel testo, proprio per la loro idoneità a metterne in discussione l'essenza.

* * *

ABSTRACT

ITA

Lo scritto riprende, con alcune integrazioni e puntualizzazioni, quanto sostenuto nell'ambito del convegno annuale della Associazione Civilisti Italiani, intitolato "Costituzione e diritto privato". Al fine di aprire un dibattito, il contributo si interroga sulle trasformazioni dei poteri, pubblici e privati, e sul ruolo che gli studiosi del diritto civile e del diritto costituzionale possono svolgere, insieme, per arginarne le derive.

L'Autore critica le recenti "aggettivazioni" del costituzionalismo (digitale, societario, ecc.) e invita a un dialogo tra i cultori delle diverse discipline fondato sull'abbandono dei reciproci pregiudizi.

EN

The paper resumes, with some explanations, what was argued in the context of the Annual Conference of the Italian Civilist Association "Costituzione e diritto privato". In order to open a debate, the essay questions the transformations of public and private power and the role that civilists and constitutionalists can play to stem their drifts.

The Author criticizes recent "adjectivizations" of constitutionalism (digital, societal, etc.) and calls for a dialogue between civilists and constitutionalists based on the abandonment of mutual prejudices.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)