

Letture e riletture

Rileggendo Sabino Cassese sul diritto globale

di *Barbara Marchetti*

1. IL DIRITTO AMMINISTRATIVO GLOBALE: GENESI E CONSISTENZA

La riflessione giuridica conseguente alla globalizzazione dei rapporti economici tocca tanto il terreno del diritto privato quanto quello del diritto pubblico. Le due discipline, se confrontate all'interno di un ampio spettro temporale, hanno avuto, tuttavia, propensioni assai differenti ad oltrepassare i confini statali: la prima ha avuto storicamente una forte inclinazione al globale, mentre la seconda appare maggiormente ancorata alla dimensione statale.

Nel suo libro su *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Galgano ci mostra come, venuta meno la centralità dello Stato nella regolazione dei rapporti economici globalizzati, sia emersa una nuova *lex mercatoria* che, al termine della lunga parentesi di statalizzazione del diritto iniziata con il Trattato di Westfalia, riprende ora l'antica disciplina dei contratti di natura cosmopolita e consuetudinaria¹. Il nuovo universalismo giuridico non sarebbe quindi un fenomeno inedito, ma replicherebbe il diritto dei mercanti che esisteva prima del 1648.

Il diritto amministrativo nasce, invece, nei primi decenni del XIX secolo ed appare legato ad una determinata concezione dello Stato e del potere esecutivo, che ne influenza i tratti fondanti². Il *droit administratif* francese, quello

¹ La riflessione è occasionata dalla recente pubblicazione dei libri *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (Roma, 2009) e *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato* (Torino, 2009). F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

² Come è noto, la nascita del diritto amministrativo è storicamente collocata nei primi decenni del XIX secolo, nell'epoca successiva alla rivoluzione francese. Le prime opere tese ad offrire una ricostruzione sistematica della materia sono quelle di Romagnoli in Italia, nel 1814, e di Macarel in Francia, nel 1818, con cui sono poste le basi della scienza amministrativa. Per una ricostruzione della storia del diritto amministrativo cfr. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001 e, più recentemente, A. Sandulli, *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.

tedesco e quello britannico, nel momento della loro costruzione, mostrano elementi di spiccata originalità e differenziazione, sia in ordine ai concetti fondamentali della disciplina che riguardo al momento di maturazione della corrispondente riflessione giuridica.

Ciò non significa che non vi siano stati contatti reciproci all'interno della scienza amministrativa europea; tutt'altro³. Tuttavia, tali influenze e contaminazioni erano funzionali più alla edificazione di un sistema amministrativo particolare che alla comparazione giuridica vera e propria. Il confronto tra i diritti amministrativi, la circolazione degli istituti e la scoperta delle convergenze sono stati tardivi, se paragonati a quelli realizzatesi in ambito privatistico, e solo a partire dalla seconda metà del secolo scorso hanno consentito di individuare un nucleo di principi ed istituti *universali*, validi cioè a prescindere da una specifica realtà nazionale⁴.

Rispetto a ciò, la globalizzazione propone ora alle categorie e alle costruzioni del diritto amministrativo un nuovo spazio di espansione, oltre i confini nazionali; essa dischiude, infatti, una regolazione transnazionale e ultranazionale di settori sempre più ampi e interconnessi tra loro. La sicurezza, l'ambiente, la salute, la finanza, il mercato, le condizioni di lavoro non si prestano più ad una regolazione solo statale, ma richiedono una gestione congiunta e globale che si realizza attraverso la costituzione di organismi ultrastatali di concertazione delle politiche e delle amministrazioni nazionali.

Come operano questi poteri ultrastatali? A chi rispondono quando sbagliano? Chi sono i destinatari della loro azione e come possono difendersi?

I primi scritti che, in Italia, propongono una riflessione intorno a questi problemi sono il risultato delle ricerche di Sabino Cassese e dalla sua scuola. È ad essi che si deve la prima lettura dello spazio giuridico globale attraverso le lenti del diritto pubblico⁵. Nei lavori pubblicati tra il 2003 ed il 2005, in

³ È innegabile, ad esempio, la decisiva influenza esercitata dalla scienza francese e poi tedesca sulla dottrina italiana tra la fine del XIX secolo e la seconda metà del '900: tale interazione è ben ricostruita da A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., 1 ss.

⁴ S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, Parte generale, Milano, 2003, 1 ss.; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, in *D. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990; M. D'Alberty, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992.

⁵ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; Id., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; Id., *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 657; Id., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 311. Peraltro un primo studio esplorativo volto ad analizzare i rapporti tra istituzioni internazionali e amministrazioni nazionali è contenuto nella relazione presentata da Cassese già nel 1983 al XIX Congresso internazionale delle scienze amministrative dal titolo *Relations Between International Organizations and National Administrations* (pubblicata negli Atti del Convegno, Leiden, 1983). Negli stessi anni sono inoltre pubblicati S. Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; Id., *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?*, ILLJ, Working Paper, 2005/3; M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004; G. della Cana-

particolare, vengono esplorati e portati alla luce caratteri, vicende ed implicazioni del nuovo fenomeno giuridico fino ad allora poco visibili. L'idea che se ne ricava è affascinante, ma anche densa di profili problematici: i poteri globali, una volta istituiti, producono regole e decisioni che si impongono agli Stati che li hanno generati e ne permeano l'ordinamento. La rispettiva azione raggiunge anche i soggetti privati che vedono come proprio interlocutore non più il solo potere statale, ma anche istituzioni che vivono *oltre lo Stato*. In questo modo, la dialettica autorità-libertà, prima confinata nella dimensione statale, si ripropone nell'ordine giuridico globale e impone una verifica ed un ripensamento delle categorie e degli spazi del diritto.

Nei settori finanziario, ambientale, economico, sanitario si moltiplicano organi e comitati con funzioni di *regulation* e di *adjudication*, ma per essi non sono rinvenibili tratti strutturali omogenei. Genesi, natura e modalità di azione sono estremamente varie: essi sono talvolta creati direttamente dagli Stati, mediante gli strumenti del diritto internazionale classico, ma talaltra costituiscono il prodotto di accordi orizzontali tra organizzazioni intergovernative o tra amministrazioni nazionali organizzate in *network*. Spesso non sono organismi pubblici, ma organi di natura mista, privata e pubblica. In qualche caso la loro azione è vincolante per gli Stati e per i soggetti cui è rivolta, in altri casi producono *standard* e regole di *soft law* che vengono spontaneamente recepite dai soggetti cui sono dirette, come nel caso delle regole finanziarie⁶.

Come comprendere ed ordinare la eterogeneità e la frammentazione che ne discende? Esistono tratti comuni, che consentono di individuare un ambiente e tendenze condivise? Sulla base di questi interrogativi, Cassese ci accompagna, fin dai suoi primi saggi, nella scoperta di alcuni fattori ordinanti, mettendo in luce come le relazioni internazionali vadano sempre più giuridicizzandosi e l'azione dei soggetti regolatori sia chiamata, progressivamente ed

nea, *Il diritto amministrativo globale e le sue Corti*, relazione al Convegno su *La cittadinanza globale*, Reggio Calabria, 30 ottobre 2003. Sulla scienza del diritto amministrativo ed il diritto globale cfr. E. Chiti, *La scienza del diritto amministrativo e il diritto pubblico ultrastatale*, in L. Torchia, E. Chiti, A. Sandulli, R. Perez (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 229 ss. In questi stessi anni, sono pubblicati in Francia (J.B. Auby, *La globalisation, Le droit et l'Etat*, Paris, 2003) e negli Stati Uniti (A. Aman, *Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law*, in *UCLA Law Review*, 49, 2002, 1687; Id., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, in *Indiana Journal of global legal studies*, 8, 2001, 379; Id., *Administrative Law in a Global Era*, New York, 1992) importanti scritti sugli effetti giuridici della globalizzazione economica. Tuttavia essi tendono principalmente ad osservare il fenomeno delle trasformazioni prodotte dalla globalizzazione sul diritto nazionale, mantenendo una prospettiva interna. Dobbiamo invece agli scritti di Cassese e della sua scuola la diversa angolatura di osservazione che privilegia lo studio dei nuovi organismi ultra-statali al fine di verificarne le relazioni reciproche ed i mutati rapporti con gli Stati e con i cittadini.

⁶ D. Zaring, *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*, in *Tex. Int'l L.J.*, 33, 1998, 281; Id., *Informal Procedure, Hard and Soft*, in *International Administration*, in *CHI. J. Int'l L.*, 5, 2005, 547; G. Bertezolo, *The European Union facing the Global Arena: Standard – Setting Bodies and Financial Regulation*, in *Eur. L. Rev.*, 34, 2, 2009, 257.

in misura sempre maggiore, ad osservare regole procedurali che impongono standard comuni di «razionalità». In conseguenza di ciò, si moltiplicano gli organismi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali chiamati a verificare il rispetto delle regole così prodotte⁷, i quali agiscono quali interpreti privilegiati del regime settoriale in cui sono istituiti e operano come «self-sustaining mechanism of governance and institutional change», influenzandone i tratti istituzionali⁸.

Il graduale affermarsi della *rule of law* si realizza però in un contesto significativamente diverso da quello tipico nazionale. Non c'è una costituzione mondiale e manca un centro unitario che ordini e raccordi i diversi regimi settoriali. Ciò determina una molteplicità di problemi inediti, che riguarda la legittimazione democratica dei poteri globali, il coordinamento tra i diversi regimi, la gestione degli attriti che ne scaturiscono, i complessi intrecci tra i differenti livelli di governo globale, sovranazionale e nazionale.

In questo scenario, il diritto internazionale non sembra offrire tutte le risposte necessarie. L'assenza di una legittimazione democratica di tipo rappresentativo e il dissolversi del legame diretto con gli Stati richiedono che, accanto ai meccanismi negozial-diplomatici, propri del diritto internazionale, si prevedano istituti che assicurino il controllo democratico, che garantiscano la trasparenza e l'apertura partecipativa dei processi decisionali globali e che promuovano l'*accountability* dell'azione regolatoria dinanzi ai destinatari dei

⁷ B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., 17: «these developments lead us to define global administrative law as comprising the mechanisms, principles, practices and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make». Sulla giuridicizzazione del contesto internazionale cfr. J. Goldstein *et al.*, *Legalization and World Politics*, in *Int'l L. Org.*, 2000, 54, 385; S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, in *Am. J. Comp. L.*, 2008, 331; J. Waldron, *The Rule of International Law*, in *Harv. J. L. & Pol'y*, 2006, 15.

⁸ A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 2, 2009, 622, secondo cui l'emergere nel contesto globale di un potere giudiziario produrrebbe una giudizializzazione dei regimi cui fa riferimento. In generale, sull'avvio di un processo di costituzionalizzazione dell'ordine giuridico globale cfr. K. Milewicz, *Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 2, 2009, 413 e P. Dobner, *On the Constitutionality of Global Public Policy Networks*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16, 2, 2009, 605; secondo R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2007, 11-52, proprio i forti squilibri economici e sociali conseguenti alla internazionalizzazione dei mercati spingono il diritto costituzionale «verso l'apertura di un nuovo "fronte" nella "lotta per la costituzione"; un fronte anch'esso "internazionalizzato". Così come si internazionalizzano i mercati, rompendo i confini nazionali degli stati, anche il problema di una regolazione costituzionale dei conflitti sociali supera il paradigma statale, a cui la costituzione è storicamente legata». Se dunque la fuga dell'economia dallo stato è «anzitutto fuga dalla costituzione e dai suoi vincoli, fuga dalla democrazia e dalle sue pretese redistributive» occorre che l'inseguimento riprenda, «valicando i confini nazionali e cercando di riprodurre nelle sedi sopranazionali condizioni minime di controllo costituzionale».

suoi effetti, siano questi i singoli cittadini, le imprese interessate, la società civile o i governi nazionali⁹.

2. LA FRAMMENTAZIONE DELLO SPAZIO GIURIDICO GLOBALE E LA RICERCA DI UN CRITERIO ORDINATORE

Nel 2005 appare sulla rivista *Law and Contemporary Problems* l'articolo di Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard Stewart dal titolo *The Emergence of Global Administrative Law*, che può essere considerato un manifesto della dimensione ultrastatale del diritto amministrativo¹⁰. In esso si afferma, infatti, che «much of global governance can be understood and analyzed as administrative law». Nel 2006 è pubblicato da Cassese, *Oltre lo Stato. Verso una Costituzione globale?* Entrambi i lavori propongono un'applicazione delle categorie e dei paradigmi del diritto pubblico nel contesto globale, nel tentativo di delineare i tratti principali della nuova *governance* internazionale e le sue logiche¹¹. Secondo Kingsbury, Krisch e Stewart, gli organismi regolatori globali operano al di sotto dei circuiti diplomatici governativi ma assicurano, attraverso l'esercizio delle funzioni di *adjudication* e *rulemaking* tradizionalmente ascrivibili alle amministrazioni nazionali, la regolazione di gran parte dei settori della vita economica e sociale mondiale. Oltre ai caratteri principali delle amministrazioni globali, vi si trovano indagate le fonti e l'ambito coperto dal diritto amministrativo globale nella disciplina dell'azione regolatrice ed i criteri che possono essere seguiti nella individuazione e configurazione di meccanismi che, preservandone l'efficacia, ne garantiscano al contempo l'*accountability*.

Nel libro *Oltre lo Stato*, Sabino Cassese muove la sua indagine partendo da alcune domande. Di esse occorre dare conto perché, da un lato, costituiscono l'antecedente logico di altri interrogativi, con cui l'Autore si confronta in scritti più recenti, e, dall'altro, costituiscono una prima indagine del fenomeno della globalizzazione compiuta con le categorie del diritto amministrativo e costituzionale. Cassese si interroga su quale sia il ruolo dello Stato nell'ordine giuridico globale, sul modo in cui i diversi sistemi regolatori possono convi-

⁹ Parlano di «accountability deficit» B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., 16, che individuano due meccanismi di reazione a tale difetto: la estensione di meccanismi propri del diritto amministrativo nazionale alle decisioni che promanano dagli organismi globali oppure la creazione di meccanismi nuovi ed inediti da adattare al contesto globale.

¹⁰ Il saggio è pubblicato in *Law and Cont. Probl.*, 2005, estate-autunno, 16.

¹¹ Tra i molti saggi pubblicati negli stessi anni si segnala: G. Falcon, *Internationalisation of Administrative Law: Actors, Fields and Techniques of Internationalisation – Impact of International Law on National Administrative Law*, in *Revue Europeenne de droit public*, 2006, 217 ss.; S. Cassese, M. Conticelli (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, quad. n. 2, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2006; E. Chiti, *L'amministrazione militare*, Milano, 2007; M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; Id., *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

vere in mancanza di un governo centrale, su quali forme assumano le garanzie nel nuovo panorama della *governance* internazionale, sull'eventualità di una costituzione globale a fianco di quelle nazionali e sulla esistenza o meno di una democrazia cosmopolita.

Il punto di approdo costituisce la base su cui si innestano gli studi più recenti dell'Autore pubblicati nei due volumi *I tribunali di Babele* (Roma, 2009) e *Il diritto globale* (Torino, 2009): esso consiste nell'idea di uno spazio giuridico in cui coabitano regimi settoriali eterogenei, con caratteristiche soggettive e funzionali diverse, strutturati a rete oppure ruotanti intorno ad una organizzazione centrale portante, mancanti di un centro di coordinamento e di regole fondanti comuni avvicinati ad una costituzione nazionale. Tuttavia, in questo fenomeno l'Autore intravede, in fase embrionale, i tratti di un sistema in forte evoluzione, il cui baricentro è costituito in misura sempre crescente dal principio della *rule of law* e dai suoi corollari. Gli organismi deputati alla funzione regolatoria sono chiamati a rispettare regole comuni la cui violazione può essere contestata dinanzi ad organismi con funzioni giustiziali. Manca una costituzione globale, ma esiste un corpo di principi e regole generali che vincolano i nuovi poteri nella loro azione e trovano consacrazione nelle fonti pattizie, nel diritto creato dalle stesse organizzazioni internazionali e attraverso le decisioni delle corti globali¹². Non vi è spazio, invece, per una democrazia cosmopolita: a parere dell'Autore, tuttavia, i tratti autoritari dei nuovi poteri ultrastatali risultano attenuati rispetto a quelli degli esecutivi statali e in ogni caso il deficit democratico è recuperato attraverso «una vasta gamma di meccanismi di *accountability* sulla scia del modello della democrazia detta deliberativa»¹³.

Il libro *Il diritto globale* costituisce un ulteriore sviluppo delle riflessioni dell'Autore sui caratteri fondanti dell'ordine giuridico globale e della *rule of law* che lo governa. Lo studio prende le mosse dall'esame di una decina di casi, che concernono i più importanti organismi di regolazione internazionale: ILO, WTO, Tribunale Arbitrale del Mare, ICANN, Convenzione di Aarhus. La loro disamina consente all'Autore di mettere in luce implicazioni e problematiche di grande interesse: secondo Cassese manca nel contesto globale un principio ordinatore; tuttavia i sistemi settoriali, pur autonomi, si intersecano e si influenzano a vicenda. Non è facilmente rintracciabile una linea di distinzione tra pubblico e privato, né le relazioni tra globale e nazionale rispondono sempre alla medesima logica. Inoltre, la penetrazione dei regimi globali nella dimensione nazionale è talvolta spontanea, talaltra basata su strumenti contrattuali, altre volte ancora normativamente imposta. Il dialogo non è *sem-*

¹² S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit., 53.

¹³ S. Cassese, *Oltre lo Stato*, cit., 58.

plicemente tra poteri globali e governi nazionali ma coinvolge, a fianco degli Stati, le parti private e la società civile, e talvolta anche solo questi ultimi.

Il rispetto della *rule of law* è assicurato dagli organismi giustiziali. La funzione di controllo che essi esercitano presenta elementi peculiari: le dispute hanno sovente carattere multipolare e non bipolare; in qualche caso le decisioni intervengono su controversie che sono già state esaminate e decise dalle corti nazionali; l'esecuzione presenta profili di criticità, perché poggia generalmente su meccanismi di natura indiretta, che devono ricorrere al sistema di rappresaglia, pur regolato e monitorato, proprio dei paradigmi internazionalistici. Il *Dispute Settlement System* della *World Trade Organization* ne è un esempio significativo.

Secondo Cassese, tali elementi consentono di pervenire ad una conclusione più generale:

il diritto internazionale, *jus gentium*, *jus inter gentes*, *law of the nations* è un corpo di istituti e norme che regolano i rapporti tra Stati. Ha carattere volontaristico, contrattuale, non gerarchico (salvo un ristretto numero di norme consuetudinarie). L'ordine giuridico globale si fonda su di esso, ma lo supera: ha propri organi produttori di norme, propri apparati chiamati ad attuare le norme o a valutare la loro attuazione, propri organi di soluzione delle controversie¹⁴.

Accanto a strumenti di azione e di relazione originali, che rendono efficace la regolazione globale, i regimi settoriali presentano però un elemento di debolezza che deriva dalla loro estrema frammentazione e dalla mancanza di un centro. Per tale ragione, è necessario cercare

metodi e tecniche per far fronte a questa frammentazione; connessione reciproca tra ordini settoriali (commercio e diritti umani, tutela dei lavoratori e commercio), estensione per via giudiziaria di principi propri dell'uno in altri ordini, utilizzo di strumenti di taluni ordini per rendere efficaci norme di altri ordini¹⁵.

Da qui l'attenzione specifica dedicata dall'Autore alle corti e agli organismi giustiziali globali, attori fondamentali nella individuazione di *linkages* e «passerelle» tra i regimi regolatori settoriali (relazioni orizzontali) e questi e i livelli sovranazionali e statali (relazioni verticali). Al tema dei giudici globali è dedicata sia la parte finale de *Il diritto globale* sia lo scritto *I tribunali di Babele. I Giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*.

¹⁴ S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 133.

¹⁵ S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., 134.

3. I GIUDICI COME SOGGETTI ORDINATORI DELLO SPAZIO GIURIDICO GLOBALE

Il ruolo svolto dalle corti ultrastatali nella ricerca dell'ordine mondiale appare sempre più determinante. In presenza di vuoti normativi e in mancanza di criteri universali idonei a colmarli, sono infatti le corti a svolgere il delicato compito di trovare le regole di coabitazione tra i differenti regimi globali. Nell'esame dei giudici globali, la prospettiva dell'Autore non è dunque quella processualistica, di ricostruzione delle regole che si applicano alle corti¹⁶, bensì quella sostanziale, che fa riferimento al contributo fornito dai giudici «nello stabilire sia un ordine tra i diversi regimi, sia un tessuto connettivo tra essi»¹⁷. Anche nello scritto su *I tribunali di Babele*, Cassese prende le mosse dall'esame di alcuni casi per verificare le modalità e le strategie per la risoluzione delle divergenze tra i diversi regimi regolatori, sia nei rapporti verticali (in particolare tra regolatore globale e regolatore sovranazionale e nazionale) sia in quelli orizzontali. L'indagine così condotta ha la finalità di ricercare

il grado di sviluppo del processo di destatalizzazione del diritto (cioè di spostamento del diritto al di fuori dello Stato), di esaminare con quali metodi, e con quali risultati, i giudici operano come decisori di ultima istanza nei diversi livelli giuridici, costruendo «passerelle» tra ordinamenti, di considerare l'integrazione tra frammentazione dei regimi regolatori globali e proliferazione delle corti, di constatare se esistano le condizioni per la formazione di un diritto globale generale¹⁸.

Gli strumenti impiegati divergono a seconda che sussistano tra i livelli (sovranazionale e nazionale) rapporti di supremazia, per i quali si prevede la regola della *primauté* temperata dalla previsione di «controlimiti» (attraverso cui l'ordinamento sovranazionale viene integrato da quello nazionale) oppure rapporti di competenza o sussidiarietà, in relazione a regimi differenziati ma paralleli.

Nell'ultimo capitolo vengono tirate le fila dell'indagine. L'importanza dei giudici globali è messa in relazione con la frammentazione dell'ordine giuridico in cui sono chiamati ad operare. Sono di seguito individuati i vantaggi legati all'attribuzione alle corti della risoluzione e composizione delle divergenze tra regimi settoriali, rintracciati nella fluidità e progressività degli interventi, nella maggiore accettabilità delle loro decisioni da parte degli Stati

¹⁶ Questa è per esempio l'angolazione con cui guarda al fenomeno delle corti globali C. Brown, *A Common Law of International adjudication*, Oxford, 2007.

¹⁷ Così S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., 9. Tra gli scritti di esplorazione del sistema delle Corti ultrastatali e dei suoi sviluppi si segnala J.S. Martinez, *Towards an International Judicial System*, in *Stan. L. Rev.*, 56, 2003, 429; C. Baudenbacher, *Globalization of the Judiciary*, in *Tex. Int'l L.J.*, 38, 2003, 397; A.M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L.J.*, 44, 2003, 191.

¹⁸ S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., 42.

e da parte delle altre corti, nazionali e ultrastatali, nella capacità di espandere regole e principi partendo da questioni di *low politics*. Sono infine messi a fuoco il metodo e le logiche secondo cui le corti riportano ad unità la molteplicità e la frammentarietà del contesto globale. I conflitti sono ricomposti muovendo dalle norme, ma poiché queste non contengono la disciplina del rapporto tra livelli di regolazione globale, sovranazionale e nazionale o tra regimi regolatori globali, i giudici sono chiamati a ricavare da esse le *rules of engagement* e le *rules of recognition* che consentono di stabilire la prevalenza di un regime sull'altro, per ragioni, di volta in volta, di competenza, di sovraordinazione o di sussidiarietà.

Il libro si chiude, come il volume su *Il diritto globale*, sollevando alcuni interrogativi intorno al tema della legittimazione: in che misura una composizione per via giudiziaria delle divergenze e degli attriti che si originano dal e nell'ordine giuridico globale può essere accettata? Esiste un problema di legittimazione democratica delle corti globali? Occorre davvero garantire nell'arena globale meccanismi di democrazia rappresentativa oppure in quel contesto il controllo del potere può essere garantito diversamente?

Secondo Cassese l'*accountability* dei giudici globali costituisce un falso problema, dovuto all'errata premessa rappresentata dal ritenere che i poteri pubblici moderni siano tutti caratterizzati da una sola componente, quella democratica. In realtà essi «sono tutti, sia pure in misura diversa, regimi misti, con una componente democratica e una liberale o garantista»¹⁹, entrambe funzionali ad assicurare il controllo del potere. Se è così, e le due componenti – quella della democrazia e quella delle libertà – sono autonome e distinte, la questione della legittimazione democratica dei giudici è mal posta, «perché l'equilibrio e la moderazione dei poteri pubblici è raggiunto proprio grazie alla compresenza delle due componenti, che possono anche entrare in conflitto»²⁰. Insomma ritenere il «governo dei giudici» una minaccia alla democrazia globale sarebbe oggi un nonsenso: le corti globali, infatti, in una fase, quale quella attuale, caratterizzata da trasformazioni profonde della *governance* internazionale e dal dissolversi della centralità degli Stati, costituiscono il principale baluardo a garanzia della *rule of law* internazionale.

4. PROGRAMMI DI RICERCA E PERCORSI PRIVILEGIATI

Il diritto globale e I tribunali di Babele sono scritti con la leggerezza, l'esattezza e la rapidità raccomandate da Italo Calvino nelle sue *Lezioni americane*²¹. Essi propongono in maniera «lieve» ma estremamente efficace molte

¹⁹ S. Cassese, *I tribunali di Babele*, cit., 105.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ I. Calvino, *Lezioni americane*, Milano, 1988.

questioni di primaria importanza. Sono indicate le direttrici da seguire e sono definiti molti dei contorni che identificano il campo di ricerca, ma è anche richiesta la messa a punto di nuovi percorsi di riflessione e ricostruzione da parte degli studiosi del diritto pubblico. Da questo punto di vista, entrambi i libri costituiscono preziosi ed articolati programmi di ricerca. Si tratta di scegliere, tra le molte proposte dall'Autore la strada da percorrere, sia che questa si traduca nell'approfondimento di uno specifico regime settoriale, sia che porti a soffermarsi su questioni trasversali all'intero panorama giuridico globale, sia che conduca più specificamente a studiare i rapporti tra livelli di regolazione o tra regimi settoriali paralleli.

Ogni prospettiva disciplinare – quella dell'internazionalista, quella del costituzionalista, quella dell'amministrativista – consentirà di mettere in luce diversi aspetti ed angolazioni dei problemi esaminati e proprio l'impiego dei diversi strumenti e delle diverse discipline concretizzerà un avanzamento nella lettura e interpretazione dell'ordine giuridico globale e nella individuazione delle migliori soluzioni.

Tra i temi che certamente meritano una particolare attenzione, vi è la questione della legittimazione dei poteri globali. Di essa Cassese si occupa marginalmente nei due libri commentati, sebbene il libro sul *Diritto globale* si chiuda con un interrogativo che richiama l'attenzione proprio sulla *accountability*. L'Autore si domanda, infatti: non potrebbero «gli ordini giuridici globali abusare, a loro volta, dei poteri di cui dispongono, sia pure a fini “giusti”»? A questa domanda possiamo farne seguire altre: che conseguenze si producono se ciò accade? E ancora, sono questi poteri globali congegnati in modo da assicurare una giustizia globale?²²

Il tema richiede urgenti riflessioni. Se è vero, infatti, come osservato in precedenza, che un problema di legittimazione non si pone per le corti globali vere e proprie, diverse considerazioni sembrano valere per gli organismi che, pur svolgendo funzioni di *adjudication*, mancano delle tipiche garanzie degli organi giurisdizionali (ad esempio sotto il profilo dell'indipendenza o della apertura e pubblicità delle procedure) o, a maggior ragione, per quei regimi regolatori che non hanno nemmeno sviluppato organismi indipendenti che assicurino il rispetto della *rule of law* operando un controllo sull'azione globale. Nelle pieghe di questi difetti si annida, infatti, il rischio di possibili arbitri dei poteri globali.

²² T. Nagel, *È possibile una giustizia globale?*, Roma-Bari, 2009 trad. *The problem of Global Justice*, in *Philosophy and Public Affairs*, 33, 2005, 113. Secondo Nagel che «non viviamo in un mondo giusto» è forse «l'affermazione meno controversa che si possa pronunciare nel campo della teoria politica». Tuttavia, «è molto meno chiaro che cosa la giustizia significhi su scala mondiale (se significa qualcosa), o che cosa la speranza di giustizia ci dovrebbe indurre a volere nella sfera delle istituzioni internazionali o globali, e per quanto riguarda le condotte politiche degli Stati che sono in grado di influire sull'ordine mondiale».

Da tali rischi non è immune, per esempio, una istituzione universale come l'ONU. Il caso Kadi pare esemplificativo. Senza l'intervento della Corte di Giustizia e la messa in campo delle garanzie del diritto comunitario, il signor Kadi – i cui beni erano stati congelati e resi indisponibili per effetto di una decisione del Consiglio di Sicurezza – non avrebbe potuto godere di alcuna facoltà di ricorso, né avanzare pretese fondate sulla asserita violazione di un diritto procedurale, nello specifico il *right to be heard*, perché nulla di ciò era previsto nel diritto delle Nazioni Unite applicabile al suo caso. Non dovremmo in questo caso interrogarci sulla questione della legittimazione di queste decisioni? Se il signor Kadi non avesse avuto la sua residenza nella Comunità europea o la Corte di Giustizia avesse rigettato il ricorso, non si sarebbe avuta una decisione globale, idonea ad incidere sui diritti fondamentali di un privato, inattaccabile e insindacabile da parte del suo destinatario?

Tradizionalmente il diritto internazionale tende a riconoscere ai soli Stati il ruolo di attori internazionali, escludendo la società civile ed il singolo cittadino dai processi decisionali. Del resto, le decisioni adottate dalle organizzazioni internazionali sono state a lungo espressione della esclusiva volontà degli Stati, i quali decidevano quali azioni intraprendere secondo meccanismi negoziali.

Ora, questa corrispondenza tra decisori e destinatari delle decisioni non è più così chiara e si è andata complicando²³. Attenuata la centralità degli Stati negli organismi globali e, soprattutto, comparsi accanto agli Stati, quali destinatari della *regulation* ultrastatale, i privati e la società civile, è necessario ricucire questo scollamento, costruendo nuovi percorsi di legittimazione e garantendo efficaci strumenti di protezione.

All'interno della organizzazione mondiale del commercio, ciò si è tradotto in istanze di graduale giurisdizionalizzazione degli organismi di risoluzione delle dispute. L'esperienza applicativa del *Dispute Settlement System* ha infatti evidenziato, da tempo, la valenza ultra commerciale delle decisioni prese da *panel* e *Appellate Body* e l'esigenza di una maggiore legittimazione delle sue decisioni, realizzata attraverso una apertura sempre maggiore delle dispute alla società civile (attraverso il dibattuto ingresso delle organizzazioni non governative in veste di *amicus curiae*), una crescente giuridicizzazione delle

²³ Osserva S. Cassese, *Oltre lo Stato. Verso una Costituzione globale?*, Napoli, 2006, che «gli Stati sono, nello stesso tempo, più forti e meno forti. Sono più forti perché operano nell'arena globale sia come unità, attraverso i governi nazionali, sia attraverso singole autorità, che agiscono in modo parzialmente indipendente. Sono più deboli perché condividono il loro potere nelle organizzazioni internazionali con istituzioni non statali e perché le norme prodotte dal "livello" globale si impongono direttamente, senza bisogno di una mediazione statale, all'interno dell'ordinamento domestico».

controversie ed un rafforzamento delle garanzie di indipendenza dei suoi decisori²⁴.

Percorsi analoghi, di verifica della sindacabilità delle decisioni e di individuazione di meccanismi di legittimazione, devono però essere proposti per ogni organismo regolatore, tutte le volte, almeno, in cui l'azione globale mostra la propria capacità lesiva delle libertà degli individui. In questo senso, anzi, quanto più è messo in evidenza il profilo autoritativo delle istituzioni globali tanto più urgente sarà la spinta alla costruzione di istituzioni e organizzazioni più democratiche, e dunque avviato il «percorso più probabile verso una qualche versione di giustizia globale»²⁵.

Cassese non ci offre una ricetta universale per risolvere il problema della legittimazione, perché una soluzione unica non c'è. Ci dice però che la risposta non può essere cercata in impossibili percorsi all'indietro, negli ambiti puramente nazionali, ma nella produzione di una realtà giuridica nuova, nella quale forme, inedite o già sperimentate, di garanzia si trapiantino e si adattino al contesto globale: una realtà nella cui creazione i giuristi e le loro istituzioni possono svolgere un ruolo significativo, scrivendo, ad esempio, opere come quelle qui commentate.

²⁴ Tra i molti saggi dedicati al processo di giuridicizzazione della *World Trade Organization* cfr. J. Pauwelyn, *The Transformation of World Trade*, in *Michigan Law Rev.*, 2003, ottobre, 9 ss.; R.E. Hudec, *The Role of GATT Secretariat in the Evolution of WTO Dispute Settlement Procedure*, in AA.VV., *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honor of Arthur Dunkel, Jagdish Bhagwati and Mathias Hirsch*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, 109; J.H.H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, Harvard Jean Monnet Working Paper, 9/00; J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64, 2004, 547; P.M. Wald, *The Judicial Evolution of the WTO Appellate Body*, Conference on the WTO at 10: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries, NY City, April 6, 2006, reperibile nel sito <http://www.sipa.columbia.edu/wto/html/papers.html>. Sia consentito inoltre rinviare a B. Marchetti, *Il sistema di risoluzione delle dispute del WTO: amministrazione corte o tertium genus?*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2008, 4.

²⁵ Osserva T. Nagel, *op. cit.*, 62: «se guardiamo allo sviluppo storico delle concezioni della giustizia e della legittimità dello Stato-nazione, sembra che di solito la sovranità precede la legittimità», *rectius* la legittimazione. Infatti, «prima si ha la concentrazione del potere; dopo, gradualmente, cresce una richiesta di considerare gli interessi dei governati, e di dar loro voce maggiore nell'esercizio del potere», ed è proprio la concentrazione di potere a rendere urgente la questione della sua legittimazione. Secondo l'Autore quindi si può ipotizzare che quanto più si avrà un accrescimento del potere globale nell'interesse dei suoi detentori, tanto più seguirà «una crescita graduale delle richieste di rendere più giusto l'esercizio di tale potere e liberare l'organizzazione di esso dall'eredità storica dell'equilibrio delle forze che hanno concorso alla sua creazione». In questo senso, «regimi ingiusti e illegittimi costituiscono i precursori necessari del progresso verso la legittimità e la democrazia».