



Il diritto privato e il suo ruolo nelle tecniche di governo “alternative”



Maria Rosaria Ferrarese

Già Prof. ord. dell'Università di Cagliari

SOMMARIO: 1. I poteri tra diritto pubblico e diritto privato. – 2. Moltiplicazione e diversificazione dei poteri. – 3. Il contributo del diritto privato. – 4. Il ruolo del diritto contrattuale. – 5. Sulla *governance* contrattuale.

1. I poteri tra diritto pubblico e diritto privato

Per me non è solito ritrovarmi con dei civilisti a parlare di questioni di potere o, per meglio dire, di questioni relative alle modalità con cui il potere pubblico, durante gli ultimi decenni, è stato ridefinito o rimodulato a livello globale. La questione ha sempre interessato soprattutto i cultori di diritto pubblico, e specialmente costituzionalisti e amministrativisti, che sono i naturali detentori delle chiavi giuridiche di quel settore, che invece da sempre appare di minore interesse ai cultori del diritto privato. Tutto ciò è dipeso anche da una consolidata immagine del diritto privato, che lo raffigurava esclusivamente o prevalentemente come una espressione di dinamiche spontanee messe in atto da attori autonomi e indipendenti, e distante da logiche politiche e da centri di potere: una immagine che già nel passato era stata sottoposta a varie riconsiderazioni critiche, specie da parte degli studiosi di scuola realista¹, e che ha trovato anche più recentemente varie riletture². Quella immagine del diritto privato improntato a caratteri di “neutralità

¹ In tal senso, è ormai classico il riferimento specialmente a COHEN, *The Basis of Contract*, *Harvard Law Review*, vol. 46, (1933), 553-592. In una pur diversa stagione politica, anche nel nostro paese non sono mancati osservatori attenti alle valenze politiche del diritto privato. Basterà pensare specialmente al nome di Stefano Rodotà.

² Si veda ad esempio CIOCCA, MUSU, *Il sistema imperfetto. Difetti del mercato, risposte dello Stato*,

e orizzontalità”³, e privo di strutture di potere, si è andata rafforzando negli anni della globalizzazione, paradossalmente, proprio nel momento in cui essa più si allontanava dalla realtà. E ciò significava perdere di vista, com’è stato notato “il legame concettuale tra il diritto privato e le istituzioni di *governance*” che andavano emergendo nel mondo globalizzato⁴.

In altri termini, negli ultimi decenni, non pochi aspetti della tradizionale ripartizione del lavoro tra diritto privato e diritto pubblico sono cambiati significativamente e vari schemi praticati dai civilisti si sono trovati coinvolti in questioni relative ai nuovi paradigmi del potere pubblico. Si potrebbe parlare di una situazione paradossale, per la quale, mentre da una parte prevaleva la tradizionale indifferenza dei cultori del diritto civile verso il tema dei poteri, dall’altra diventava sempre più significativo il contributo dato dalle categorie del diritto privato alla trasformazione dell’organigramma dei poteri pubblici a livello mondiale.

Ma prima di inoltrarsi in questa storia di coinvolgimento delle categorie del diritto civile nelle dinamiche del potere pubblico, occorre individuare il punto di svolta, che sta negli anni di affermazione della globalizzazione, e specialmente negli ultimi decenni del ’900. La globalizzazione, infatti, non ha significato solo un forte incremento del commercio e degli scambi economici internazionali. Ha implicato anche una significativa trasformazione dell’organigramma dei poteri a livello mondiale, con nuove importanti presenze rispetto agli Stati, che fino ad allora erano stati gli esclusivi titolari di potere decisionale pubblico, ciascuno nel proprio territorio: una impostazione derivante dagli accordi di Bretton Woods, sulla scia lunga di Westfalia. Era insomma la struttura degli Stati a costituire l’ossatura del potere pubblico mondiale

Al prevalente criterio di divisione del potere politico in tanti settori quanti erano gli Stati, il processo di globalizzazione sovrappone nuovi criteri e nuove forme di coesistenza tra poteri diversi. Insomma, con la globalizzazione, il panorama del potere politico mondiale si anima con nuove presenze sia di soggetti statali, come la Cina, che assurge ad aspirante potenza proprio in quegli anni, sia di nuove formazioni internazionali, sia di soggetti privati globali. Si crea così una inedita situazione di coesistenza e di rapporto tra poteri pubblici e poteri privati, nonché tra poteri nazionali e poteri internazionali, non necessariamente neutrali gli uni rispetto agli altri.

Roma, 2016.

³ Sul riferimento a neutralità e orizzontalità, si veda CARUSO, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization, International Law and Politics*, vol. 39 (2007), 11 ss.

⁴ *Ivi*, 8. Sotto un diverso profilo, si veda CATA BACKER, *Private Actors and Public Governance Beyond the State: The Multinational Corporation, the Financial Stability Board, and the Global Governance Order*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 17 (2011), 101-155.

2. Moltiplicazione e diversificazione dei poteri

Vi sono stati essenzialmente due importanti percorsi lungo i quali i grandi cambiamenti in tema di potere hanno potuto scorrere velocemente e cambiare la situazione preesistente, che vedeva gli Stati (e soprattutto alcuni) in posizione di assoluto protagonismo. La prima strada è stata quella dell'internazionalizzazione degli Stati. La seconda strada è stata quella delle privatizzazioni. Lungo queste due strade, negli ultimi convulsi decenni del 900, si sono via via delineati dei “poteri nuovi”⁵, nuovi sotto vari aspetti e finalità, che si sono via via affiancati agli Stati, anche sull'onda di un insistente “Washington consensus”. Si potrebbe insomma parlare sia di una moltiplicazione dei soggetti detentori di potere politico, sia di una significativa diversificazione del loro modo di essere e delle finalità del loro agire “politico”.

Sono nate in primo luogo varie aree di potere pubblico di carattere internazionale. Il caso più noto è quello delle organizzazioni internazionali pubbliche⁶, già note e praticate nel passato, se pure in misura minore, e proliferate sulla base di un multilateralismo molto diffuso in quegli anni, specialmente, ma non solo, in materia economica e commerciale. Ma non va dimenticato che già l'Europa aveva dato luogo a una importante formazione internazionale *sui generis*, persino con intenti più ambiziosi, che si spingevano fino alla creazione di nuove forme di sovranazionalità⁷. Le organizzazioni internazionali pubbliche, ritenute portatrici di un “super-interesse”⁸, come la salute, l'ambiente, i beni culturali, ecc., e pertanto bisognose di una cura e di un'attrezzatura particolari per tutelare tali importanti fini, hanno avuto notevole espansione in quegli anni: basterà ricordare l'Organizzazione mondiale del commercio, creata nel 1995, che include varie materie, e che ebbe notevole successo, anche se oggi versa in una situazione di crisi⁹. Anche la sovranazionalità, varata ma mai portata a esito finale in Europa, era parte di un nuovo strumentario del diritto pubblico in grado di imporsi agli Stati e di esigere la loro obbedienza in nome di interessi condivisi. L'internazionalizzazione in quegli anni fu perseguita anche attraverso la creazione di varie corti internazionali, sulla base di una crescente esigenza di giustizia a cui non potevano rispondere solo le tradizionali giurisdizioni statali.

In parallelo rispetto al fenomeno di internazionalizzazione, prendeva corpo anche un esteso fenomeno di privatizzazione dei poteri pubblici, che è stato meno sotto i riflettori, ma che non era di minore importanza. Un'ampia privatizzazione fu realizzata attraverso un duplice percorso: sia di cessione da parte degli Stati di alcuni loro poteri a soggetti privati, sia di

⁵ FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022.

⁶ Esistono infatti oltre alle organizzazioni intergovernative classiche, anche organizzazioni private e pubblico-private. Si veda in proposito CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018, 15 ss.

⁷ Rimando in proposito a FERRARESE, *Aldilà della globalizzazione. Verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2/2021.

⁸ CASINI, *Potere globale*, cit., 62.

⁹ *Ivi*, 36.

autoaffermazione di alcuni poteri privati a livello globale, assumendo vesti regolatorie o auto-regolatorie specie in campo economico, finanziario o professionale. A livello globale, non esistevano infatti, né regole, né soggetti pubblici abilitati a darne. Via via queste nuove forme di potere privato, e specie le seconde, hanno assunto una crescente rilevanza, che non sempre viene percepita dal pubblico, fino all'attuale forma dei superpoteri tecnologici.

Con l'immissione nel panorama globale di questa duplice categoria di poteri "nuovi", e con l'ascesa di alcuni Stati a posizioni di potenza mondiale, come la Cina, lo scenario diventava sempre più affollato e complesso. Si andava così costituendo una struttura dei poteri mondiali di tipo eterarchico, invece che gerarchico, ossia fondata su connessioni di tipo orizzontale, come avviene con i trattati internazionali, invece che su criteri di autorità politica detenuta dagli Stati, come avveniva in precedenza. Non a caso, mercato e multilateralismo erano puntelli essenziali del nuovo tipo di ordine mondiale creato dalla globalizzazione. Il che significa che i vari poteri si trovavano spesso in una situazione di reciproca concorrenza, con esiti di instabilità che è facile vedere specie nella situazione attuale.

Oggi siamo in un contesto che non è più quello creato dalla globalizzazione, e che anzi si può definire post-globale: in esso, infatti, mentre permangono tratti significativi dell'ordine precedente, come l'impronta dell'economia finanziaria e la presenza di importanti poteri privati, gli Stati, e dunque la politica, dopo gli *shock* della crisi finanziaria, della pandemia, e soprattutto della guerra, tornano a farsi sentire¹⁰ e a valorizzare le questioni di sicurezza nazionale¹¹, ri-dando centralità alle scelte politiche, e ridimensionando o annullando il passo del multilateralismo, così come quello delle catene globali del valore. Atteggiamenti, questi, che hanno assunto tratti parossistici con la nuova presidenza americana. Ma il ruolo del diritto privato continua ad essere significativo.

3. Il contributo del diritto privato

Entriamo dunque meglio dentro questo ruolo svolto dal diritto privato nel tempo della globalizzazione, quando l'impronta pubblicistica dello Stato e della sua macchina politica, pur persistendo, si indebolisce significativamente. Al contrario, il ruolo del diritto privato si espande significativamente e in duplice senso. Si verificano infatti sia una crescita quantitativa del diritto privato e dei suoi strumenti, sia una crescente valorizzazione del suo ruolo e delle sue potenzialità. Entrambe queste dinamiche (quantitativa e qualitativa) sono avvenute nell'ambito di un trend culturale e politico che vedeva nel diritto privato e nei suoi strumenti una risorsa giuridica particolarmente preziosa, in quanto capace sia di espandere gli ambiti di libertà, sia di rispondere ai nuovi bisogni della vita economica, in un contesto di allargamento del mercato a dimensioni globali¹².

¹⁰ G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2017.

¹¹ ARESU, *Le potenze del capitalismo politico*, Milano, 2016.

¹² Rimando in proposito a FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, 2020.

D'altra parte, a partire specialmente dagli anni '80, dagli Stati Uniti e soprattutto dalla Scuola di Chicago, proveniva un martellante messaggio a favore di un nuovo ruolo da riservare al diritto privato anche per funzioni pubbliche, con l'invito all'adozione di misure alternative a quelle di marca pubblicistica tradizionalmente adottate in Europa. Più in generale, si affermava sempre più l'idea che esistessero alternative rispetto alla tradizionale impostazione giuridica confezionata dallo Stato moderno. Come osserva Sabino Cassese, era in opera “un nuovo paradigma caratterizzato da intercambiabilità dei ruoli, ridefinizione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori”¹³.

Il primo segnale del nuovo paradigma proviene dal mondo della giustizia, con l'entrata in campo del comparto della ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ossia di un insieme di tecniche e procedimenti di risoluzione delle controversie diversi da quelli amministrati dagli organi pubblici come le corti e tribunali, e dunque extragiudiziari, laddove fossero in gioco diritti disponibili. Da questo troncone, di solito associato con liti e questioni di scarso rilievo economico, si diparte anche il settore degli arbitrati privati, che nel passato aveva svolto un ruolo del tutto secondario, ma che nel clima di espansione dei commerci e degli investimenti che segna la globalizzazione, diventerà un settore molto importante¹⁴. Specie nel campo degli investimenti esteri gli arbitrati si affermeranno come una forma di giustizia privata a senso unico, ossia fortemente sbilanciata a favore degli investitori¹⁵.

Nel proporsi come possibile forma “alternativa” di governo di varie dinamiche sociali ed economiche, il diritto privato si espandeva anche attraverso diffusi fenomeni di *private lawmaking*¹⁶: un fenomeno non del tutto nuovo nel contesto nord-americano, dove vari tipi di “legislatori privati” avevano già conosciuto una qualche forma di istituzionalizzazione. Si pensi all'*American Law Institute* (ALI) o alla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), che hanno svolto un significativo ruolo di tipo legislativo¹⁷, redigendo ad esempio l'*Uniform Commercial Code* (UCC), che è una *summa* di regole e principi in materia di diritto commerciale. Il ruolo guida svolto dagli Stati Uniti in questo campo è

¹³ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2001, 601 (603).

¹⁴ Si veda, ad es. MILLS, *The Privatization of Private (and) International Law*, in *Current Legal Problems*, Vol. 76, Issue 1/2023, 75–128, reperibile on line, dove si mette in rilievo come le parti private degli accordi internazionali scelgano in maggioranza, invece che una delle sedi statali, un foro arbitrale per risolvere eventuali controversie.

¹⁵ Sul tema rimando a FERRARESE, *Giustizia privata. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, in *Parole-chiave*, n. 1/2015 e Id., *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l'economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Napoli, 2017.

¹⁶ FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1/2020.

¹⁷ LAWRENCE, *Private Exercise of Governmental Power*, *Indiana Law Journal*, vol. 61 (1986) (dove si esamina la questione della privatizzazione dal punto di vista della dottrina costituzionale della nondelegation doctrine). Inoltre, SCHWARTZ & SCOTT, *The Political Economy of Private Legislatures*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, (1995), 595-654.

dunque legato ad una lunga storia di “legislatori privati” che, soprattutto nei settori dell’economia e del commercio, hanno contribuito al riordino e all’uniformazione del materiale di *common law*, nonché al cosiddetto *restatement* di principi e criteri giuridici.

Vari fenomeni di “legislazione privata”, che nel passato interessavano la sfera nazionale, nella fase della globalizzazione si sono poi estesi in Europa e nel mondo intero. Va osservato che questo “diritto dei privati” si pone in maniera diversa rispetto al passato, perché non ha più un legame o un rapporto con gli Stati, non solo perché è posto in essere da soggetti che non hanno una qualificazione pubblica, e talora non rientrano neanche in imitazioni di quelli che Sacco ha chiamato i “formanti” del diritto (non sono legislatori, né giudici, né professori), ma anche per un’altra ragione: i vari soggetti, “esperti” e professionisti che collaborano alla redazione di vari rami della odierna giuridicità non si rapportano più a problemi nazionali, ma a temi e problemi del mondo globalizzato. Basterà pensare al fenomeno delle ONG, prosperate nel periodo della globalizzazione¹⁸, e diventate anch’esse talora co-autrici di regole globali. Ma ben più importanti sono i fenomeni di legislazione privata in ambito economico e finanziario.

In parallelo rispetto a questi fenomeni, sempre più, anche la tradizionale bipartizione del diritto in pubblico e privato, giudicata da Bobbio una dicotomia “insuperabile” (), si mostra invece fragile e superabile. In altri termini, svariate strade del diritto privato vengono proposte come possibili alternative al diritto pubblico anche per organizzare varie funzioni di potere. Il contributo del diritto privato è di duplice natura: sia come fornitore di un possibile modello di potere che si sposta dalle gerarchie verticali dell’architettura statale tradizionale, per andare verso una rimodulazione di tipo orizzontale delle varie relazioni giuridiche, capace di riecheggiare le dinamiche di mercato; B) sia come fornitore di specifiche categorie e strumentalità giuridiche concretamente usate per attuare quegli spostamenti. In altri termini, da una parte viene insistentemente suggerita l’assimilazione del funzionamento dello Stato a quello di un’azienda; dall’altra vengono fornite concrete modalità giuridiche per servire quella finalità.

Tutto ciò avviene anche grazie all’affermazione del cosiddetto neoliberalismo e della centralità che esso assegna al mercato. Com’è stato osservato, mentre nel passato i liberali “ritenevano che un mercato spontaneamente funzionante, o opportunamente corretto e guidato da un saggio intervento pubblico, fosse la base per assicurare lo svolgimento di corrette contrattazioni e la realizzazione di eque transazioni, i neoliberali rovesciano questo rapporto e sostengono invece che l’importante è facilitare la contrattazione e la realizzazione di ogni transazione che possa essere considerata singolarmente efficiente. L’idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente”¹⁹.

¹⁸ Si veda, ad esempio, CHRISTENSEN, *International Nongovernmental Organizations: Globalization, Policy Learning, and the Nation-State*, *International Journal of Public Administration*, vol. 29 (2006), 281–303.

¹⁹ Cfr. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, Introduzione a RISPOLI, FARINA, SCIARRONE, ALIBRANDI, TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, Tomo II, Torino 2018, XXVII.

Ancora più rilevante è il fatto che il neoliberismo induce a pensare che il criterio dell'efficienza debba funzionare non solo come motore dello sviluppo economico, ma anche come possibile modello ispiratore per il funzionamento dello Stato. Così, in parallelo rispetto all'accreditamento del principio di efficienza, si attua lo spostamento dalla prevalenza di categorie giuridiche verso una prevalenza di categorie economiche nella definizione delle modalità di essere del potere pubblico. Si va verso uno Stato in cui "il diritto non è più elemento organizzatore del sociale e della polis, ma diventa un prodotto la cui qualità non è più frutto di una decisione politica, trovandosi ormai sottoposta al verdetto del mercato"²⁰. Si assiste così, anche, al delinarsi di un rapporto concorrenziale tra economia e diritto: se nel passato il rapporto tra queste due discipline era percepito prevalentemente in termini di diversità, come se si trattasse di due diversi regni dell'azione e della conoscenza, tendenti a fini diversi e caratterizzati da diverse epistemologie, dagli anni '70 in poi l'economia impone la sua presenza nel campo delle relazioni giuridiche, inducendo una significativa variazione nel mondo giuridico, che si atteggia sempre meno a regno del "dover essere", dove si impone una ratio normativa per creare ordine, prevedibilità e giustizia, rispondendo a criteri che possono essere morali, politici, sociali, ecc...

I soggetti pubblici, non diversamente da quelli privati, vengono considerati come soggetti "razionali", che adottano modalità economiche (da *homo oeconomicus*) nelle loro scelte e sono pertanto capaci di poter raggiungere maggiori margini di efficienza rispetto ai soggetti pubblici. In altri termini, "il criterio dell'efficienza si sostituisce alla politica"²¹ e i processi di privatizzazione possono essere fornitori di vari ingranaggi sostitutivi del potere statale.

Nella misura in cui il principio di efficienza si afferma come canone centrale di varie dinamiche giuridiche, oltre ad accentuarsi una decostruzione della distinzione pubblico/privato, che era già in atto, si verificano anche altri significativi cambiamenti, che denotano il clima liberista dell'epoca. Si verifica infatti anche un processo di tendenziale purificazione degli istituti di diritto privato da infiltrazioni di carattere sociale che erano state attuate dal cosiddetto *welfare state*. Se nel diritto interno agli Stati, istituti come la proprietà e il contratto erano stati rimodulati e ridefiniti in ragione di principi e ragioni di carattere sociale o solidaristico, nel corso del processo di globalizzazione, si rafforza la valenza funzionalistica quasi esclusivamente in senso economico di questi istituti: essi vengono via via depurati a livello globale da quelle infiltrazioni "spurie" e restituiti a una purezza priva di ingombri sociali e di carichi di tipo politico.

Insomma si può dire che alcuni istituti del diritto privato sono stati veri protagonisti nel dibattito giuridico sulla globalizzazione (cosiddetto *globalization discourse*), e hanno contribuito in vari modi al ri-disegno dello Stato e alle dinamiche della globalizzazione, prospettando una diversa architettura del potere rispetto a quella concepita sulla base

²⁰ GARAPON, *Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, 138.

²¹ *Ibidem*. Sul tema rimando altresì a FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologie digitali erodono lo spazio del diritto?*, in *Politica del diritto*, 2024.

degli Stati e del diritto pubblico. Eppure su questo tema la letteratura è tutt'altro che abbondante. Va dato merito a Daniela Caruso, una studiosa italiana che insegna alla Boston University, di aver pubblicato nel 2007 un denso articolo²², in cui mette in evidenza il ruolo svolto dal diritto privato nel dar luogo addirittura a nuove forme di "sovranità" del mondo globalizzato, inclusa l'U.E. Caruso, dopo aver denunciato l'insufficienza di analisi sulle connessioni tra il vecchio diritto privato e le nuove forme di sovranità post-nazionale, non manca tuttavia di osservare che il fenomeno non è inedito e ricorda in proposito dei precedenti storici illustri. Il caso più significativo è quello del *Code civil* francese e del ruolo che esso svolse nell'agenda politica di Napoleone. D'altra parte, Caruso osserva che "la mancanza di trasparenza di questi processi di *State-making* attraverso istituti di diritto privato contribuisce di fatto a creare una opacità politica"²³, che certo non giova alla democrazia.

4. Il ruolo del diritto contrattuale

Tra i contributi che il diritto privato ha dato alla creazione di nuove forme di potere di pubblica rilevanza, spicca specialmente quello del diritto contrattuale. Il contratto, si sa, è un "sempreverde" dello scenario giuridico, almeno a partire da quella evoluzione che sir Herbert Maine rese celebre con la formula "from status to contract"²⁴: un passaggio essenziale per inaugurare la modernità giuridica e per permettere che le potenzialità degli individui, consegnati a nuove forme di libertà, trovassero più piena espressione. La lunga vita del contratto è stata segnata da varie vicende e stagioni, sia nel nostro paese²⁵, sia altrove. Ma senza dubbio, il ruolo svolto dal contratto nella stagione della globalizzazione è stato di crescente ed estrema importanza, grazie all'inventiva di giuristi privati che hanno saputo dargli nuove forme di vita.

Per cogliere l'importanza che il contratto ha avuto nelle dinamiche della globalizzazione non si può non partire dal rilevante contributo che esso ha fornito nel modificare il carattere stesso dell'ordinamento internazionale. Questo, fino agli anni '80, era basato essenzialmente sugli Stati e aveva dunque un carattere prevalentemente gerarchico. Da allora in poi, dietro l'input del cosiddetto "Washington consensus", assunse invece una postura prevalentemente eterarchica, ossia basata sulle interconnessioni tra stati, soggetti e regioni diverse, dunque di tipo orizzontale.

Non è difficile vedere come questo tentativo di creare un ordinamento internazionale diverso, basato su intese e interconnessioni trovasse un corrispettivo nella rete, nel mercato, e nel multilateralismo: tre aspetti che caratterizzano significativamente la stagione della globalizzazione e il suo intento di creare connessioni e ponti tra regioni, stati,

²² CARUSO, *Private law and state-making in the age of globalization*, in *International Law and Politics*, vol. 39, jan. 2007.

²³ *Ivi*, 8.

²⁴ MAINE, *Diritto antico*, Milano, 1998.

²⁵ Si veda ad es. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

soggetti e entità diverse. Oggi, in un mondo animato da contrapposizioni e conflitti più o meno armati, emerge con particolare evidenza questo aspetto positivo della globalizzazione, ormai in grave crisi, e proprio mentre gli aspetti negativi legati alla finanziarizzazione e le sue “promesse mancate”, soprattutto in termini di disuguaglianze, permangono tutti e anzi si aggravano²⁶.

Il crescente ruolo svolto dal contratto in varie direzioni e le diverse valenze da esso assunte nella stagione della globalizzazione mostrano la sua capacità di rinnovarsi e di espandersi in forme nuove. I vari cambiamenti che hanno attraversato il contratto lo hanno dunque proiettato verso nuove funzioni sempre più impegnative, spesso di tipo concorrenziale rispetto alla legislazione, e molto più estese e complesse rispetto a quelle che coinvolgono due o più parti in uno scambio contrattuale.

D'altra parte, parlando del diritto contrattuale, emerge un doppio piano: sia delle fonti del contratto, sia del contratto come fonte. Il contratto insomma cessa di essere solo un istituto regolato dagli Stati e diventa invece a sua volta anche autore di regole. Da questa seconda prospettiva, come osserva Roppo, si può cogliere il contratto in termini di “norma”, poiché, “sul piano empirico, la concezione che vuole il contratto partecipe della natura di fonte del diritto trova sostegno in fenomeni del nostro tempo, che esaltano il valore generale, o comunque superindividuale, della regola contrattuale”²⁷. Avevamo imparato a conoscere il ruolo normativo svolto dal contratto soprattutto attraverso i cosiddetti contratti *standard*, ma oggi esso si impone anche e soprattutto attraverso il “fenomeno, sempre più esteso, dell'autoregolamentazione di categoria”, laddove “le associazioni rappresentative delle categorie di operatori professionali elaborano regole per disciplinare i comportamenti degli associati nell'esercizio dell'attività di riferimento e nei corrispondenti rapporti esterni”²⁸. Questa funzione normativa del contratto ha trovato esaltazione specialmente in diffusi fenomeni di autoregolamentazione professionale di livello globale, che hanno un enorme rilievo nell'attuale capitalismo talora definito “informational”, che è cioè alimentato da forme di ricerca e di conoscenza, specie in campo tecnologico, sempre più sofisticate e innovative.

Il che implica una proliferazione di nuove tipologie di “esperti”, professionisti e tecnici, variamente organizzati, che sono in grado di esprimere autonomamente le proprie regole. Il criterio dell'autoregolamentazione, d'altra parte, implica un dare le regole non solo ai vari tecnici, esperti e professionisti chiamati a implementarle, ma anche allo stesso settore di riferimento, con la possibilità di esercitare opzioni importanti e politicamente significative²⁹. Si crea insomma uno strato di azioni e di decisioni di soggetti spesso poco noti, o addirittura invisibili, che si pongono in posizione di relativa auto-

²⁶ Si veda FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

²⁷ ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 3-5.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Rimando in proposito a FERRARESE, *La sovranità è un bene contendibile? Sfide e potenzialità dei poteri privati globali*, in *Costituzionalismo.it*.

mia rispetto agli stati, pur detenendo il potere di strutturare il campo di azione di molti giochi, soprattutto in materia economica e finanziaria³⁰.

D'altra parte, l'espansione del diritto contrattuale è legata sia a fattori di natura quantitativa, sia a fattori di natura qualitativa, ossia da una parte all'enorme espansione degli utilizzi ipotizzabili dell'istituto contrattuale, dall'altra anche alla enorme elasticità dell'istituto contrattuale, ossia alla sua capacità di diversificarsi e di adattarsi per rispondere a diverse contingenze ed esigenze. Basterà pensare come l'utilizzo dello strumento contrattuale si sia esteso in ambiti così disparati quali la *lex mercatoria*, il diritto internazionale, il pubblico impiego, l'azione della Pubblica Amministrazione, o, ancor più, per assolvere a finalità di governo pubblico, che una volta erano affidate alla legislazione³¹, sia all'interno degli Stati, sia a livello globale.

Con la globalizzazione, e il suo intento di creare connessioni e scambi tra soggetti diversi, il superamento di una funzione di mero scambio interindividuale, o tra imprese, e lo scivolamento del diritto contrattuale verso un utilizzo sempre più esteso per finalità di governo, è emerso con particolare evidenza nel settore del commercio internazionale. La creazione di numerosi cosiddetti "contratti in ing"³², ossia di formule contrattuali come *leasing*, *factoring*, *franchising* etc. da parte di importanti *law firms* americane, ha d'altra parte dato evidenza non solo a una enorme creatività giuridica di origine privata, ma anche alla fioritura di innumerevoli contratti "atipici", che esorbitano le forme validate negli Stati. Emerge così una sorta di irrequietezza del formante contrattuale, ossia la sua capacità di rigenerarsi in forme nuove, che rispondono a nuove esigenze del commercio globalizzato e ai dettami di un capitalismo in continua mutazione.

5. Sulla *governance* contrattuale

Data l'importanza assunta dal contratto non solo come mezzo di accordo e di scambio, ma anche come strumento di governo di varie dinamiche, sia nazionali, sia internazionali, sia globali, si può capire perché a un certo punto si sia cominciato a parlare di "*governance* contrattuale"³³: una espressione che evidenzia l'importanza del ruolo pubblico a cui l'istituto contrattuale è stato elevato nell'odierno sistema istituzionale.

L'espressione richiede di dar conto innanzitutto del termine *governance*: un termine che, nonostante sia entrato ormai a pieno titolo non solo nel linguaggio comune, ma

³⁰ Rimando in proposito a FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit., 36 ss.

³¹ Sul punto va segnalato un intero capitolo del volume di GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005 (93-114) dedicato al tema "Il contratto al posto della legge".

³² MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, 162 ss.

³³ ZUMBANSEN, *The Law of Society: Governance Through Contract*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 14: Iss. 2 (2007). Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol14/iss2/2>.

anche in quello giuridico e politico³⁴, è sempre segnato da contorni poco chiari e scarsamente definiti³⁵. Ma proprio questo apparente difetto è in realtà il pregio che ha permesso una enorme varietà ed elasticità delle modalità della *governance*, in modo da poterle adeguare meglio a specifiche esigenze e circostanze.

L'espressione "governance contrattuale" indica comunque un approdo nell'area di quelle "alternative" istituzionali rispetto alle tecniche di governo legate allo Stato e contemplate dallo Stato, di cui si è già detto. La *governance by contract* si presenta come un'alternativa istituzionale penetrata da una *ratio* economica e funzionale, ma non manca di una sua efficace narrativa: essa presenta infatti il potere pubblico in forme rinnovate, che lo fanno apparire più dialogante, morbido e accogliente, meno assertivo e normativo, e soprattutto più disponibile a negoziare con soggetti privati e a cedere nuovi spazi ai poteri economici, finanziari e tecnologici. In tal senso, la *governance* può essere pensata anche "come espressione storica dei rapporti di forza del capitalismo neolibertista finanziarizzato"³⁶.

Nel clima del neoliberismo l'anima contrattualista della *governance* emerse subito in vari settori. Basterà pensare da una parte alla teorizzazione dell'impresa come un mero "nexus of contracts", dall'altra alla teoria del *New Public Management*³⁷. Nel primo caso, si trattava di sostituire la tradizionale teoria giuridica dell'impresa come persona giuridica con un'idea scarnificata e meramente funzionale di una sommatoria di contratti tra varie parti: azionisti, *managers*, impiegati, lavoratori, fornitori, clienti, ecc. Lo scopo era quello di ridurre al minimo, se non annullare, la responsabilità sociale dell'impresa, specie verso lavoratori e *stakeholders*. Nel secondo caso, la teoria del *New Public Management* tendeva ad assimilare la macchina dello Stato e specie il pubblico impiego alle regole e alla mentalità di una impresa, e ovviamente ai criteri di efficienza e di razionalità privatistica che la caratterizzano.

Più in generale, il ruolo di *governance* assunto dal contratto esprime una risposta di tipo funzionale ai bisogni che emergevano nel nuovo assetto globalizzato, e ai quali il sistema istituzionale costruito intorno agli stati non era in grado di rispondere. Attraverso la *governance* contrattuale, emergeva un mutato assetto di potere tra stati ed economia, che trovava espressione in crescenti livelli di autoregolazione da parte di vari gruppi e organizzazioni di potere, specie di natura economica, finanziaria e tecnologica, che non si riconoscevano più in base a criteri di appartenenza territoriale, perché si ritenevano globali.

³⁴ Rimando in proposito a FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2012.

³⁵ Tra i tanti contributi, si può vedere il numero 2/2016 di *Parole-chiave*, interamente dedicato al tema, con un mio articolo iniziale.

³⁶ COMMISSO, *La governanza è il caos*, in *Limes*, n. 1/2025, 82.

³⁷ EASTERBROOK, FISCHEL, *L'economia delle società per azioni. Un'analisi strutturale*, Milano, 1996, è il testo di riferimento per la "teoria contrattuale dell'impresa". Per quanto attiene al N.P.M., approccio che mira ad applicare al settore pubblico regole e criteri delle imprese, la letteratura è immensa. Si veda, tra l'altro, per uno sguardo critico, DI MASCIÒ, NICOLINI, *Oltre il New Public Management*, Roma, 2018.

In tale mutato contesto storico, in cui vari soggetti privati hanno assunto il potere di governare in proprio alcuni settori, che spesso non sono residuali, e sono anzi decisivi per l'economia, la *governance by contract* è un vasto terreno di incontro tra soggetti pubblici e privati per creare regole, per trasmettere responsabilità di tipo pubblico, o per dare risposta a vari bisogni, interessi ed esigenze di tipo nuovo.

Oggi una buona parte della produzione di norme di diritto pubblico, sia in ambito nazionale che in ambito internazionale e transnazionale, avviene per via contrattuale³⁸. Si è assistito insomma ad uno scivolamento progressivo in quel mondo di “*governance senza government*”, preconizzato nel 1992 da Roseneau e Czempiel³⁹ in un contributo non a caso sotto le insegne del diritto internazionale: un'area in cui gli Stati stentano a riconoscere poteri in posizione di superiorità, mentre trovano più accettabili forme di collegamento con altri Stati attraverso le modalità orizzontali della *governance*.

L'uso sempre più diffuso di formule contrattuali da parte di soggetti pubblici per assolvere varie funzioni, assume particolare vistosità nel caso delle cosiddette “società di consulenza” i cui nomi (Accenture, McKinsey & Company, Deloitte, ecc.) ricorrono spesso nella comunicazione pubblica: vere e proprie grandi imprese globali che producono e vendono sul mercato varie forme di conoscenza e di *know how* nei più svariati settori (economico-finanziario, legale, informatico, medico, ambientale, ecc.⁴⁰. Ad attingere a tali risorse non sono solo soggetti privati, ma anche Stati e enti pubblici nazionali e internazionali, e persino soggetti sovranazionali come l'Unione europea⁴¹. Questa tendenza ha conosciuto un ritmo crescente negli ultimi decenni, senza suscitare gran clamore. Talora tuttavia la richiesta di consulenza da parte di Stati o altri soggetti pubblici, oltre a varie altre controindicazioni, come quella di ridurre gli Stati a una condizione infantile, ossia di dipendenza da altri soggetti, sfiora il rischio di configurare una vera e propria surroga alle funzioni tipiche dello Stato, come quelle legislative, per le quali gli Stati esistono. Una cesura significativa per la cultura della sovranità.

³⁸ Per quanto attiene al diritto nazionale, si vedano ad es. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 20 ss. e 74 ss., e L. BOBBIO, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella Pubblica Amministrazione italiana*, in *Stato e mercato*, n. 58 (2000). Per quanto attiene al diritto internazionale, PIETROBON, *Il sinallagma negli accordi internazionali*, Padova, 1999. Con riferimento al diritto transnazionale, si veda CUTLER, DIETZ (eds.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, London, 2017.

³⁹ ROSENEAU, CZEMPIEL, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge (MA), 1992.

⁴⁰ MAZZUCATO, COLLINGTON, *Il grande imbroglio. Come le società di consulenza indeboliscono le imprese, infantilizzano i governi e distorcono l'economia*, Roma-Bari, 2023.

⁴¹ FERRARESE, *Gli Stati tra pubblico e privato. Il ruolo delle società di consulenza*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2024.