

RESPONSABILITÀ COME RI-POLITICIZZAZIONE INTERNA ATTORI COLLETTIVI E PROCESSI SOCIALI ALLA LUCE DI UNA LETTURA DEL POST-MODERNO

ANGELO JR GOLIA

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg
golia@mpil.de

ABSTRACT

The paper discusses the impact of globalization and transnationalization processes on the concept of responsibility, as elaborated by modern legal tradition, in turn linking it to those of politicization and constitutionalization. It starts from the insight that a legal system can be considered as constitutionalized only if extra-institutional collective actors and functionally differentiated social processes establish in their internal operations forms of “ecological” responsibility, thus building their own internal politicization(s). In this regard, it is recalled that only in this way XX century’s constitutions gained actual effectiveness in extra-institutional social spheres. For the same reasons, by letting collective actors avoid responsibility, globalization and transnazionalization weakened their internal politicization, with an overall de-constitutionalizing effect. In order to rebuild an internal politicization of collective actors, legal theory must re-frame the concept of responsibility taking into account the social realities of post-modernity. This post-modern framework should shape legal responsibility with a view at strengthening both the openness and the obligation to the internal politicization by social actors. In such a scenario the law of responsibility should aim at sanctioning un-limited social processes and actors, as well as potentiating the social impulses coming from civil society. The paper finally discusses two case studies, namely *Kasky v. Nike* and *Bruker v. Markovitz*, in order to highlight the applications and outcomes of the proposed theoretical framework.

KEYWORDS

Responsibility, Legal Theory/Globalization, Politicization, Constitutionalization, Collective Actors.

Il problema che resta di fronte a noi si condensa in un solo
interrogativo: *quale ripoliticizzazione?*
(A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-
Bari: Laterza, 2001, p. XI)

1. INTRODUZIONE

Nel dicembre del 2001, dopo solo pochi mesi dagli attentati del World Trade Center, Antonio Baldassarre poneva questa domanda lapidaria nell’introduzione di

quello che, ancora oggi, è uno dei più rilevanti lavori apparsi in Italia sul rapporto tra globalizzazione e costituzionalismo. A quasi venti anni di distanza, il tema non potrebbe essere più attuale ma, nei loro termini fondamentali, i termini delle questioni poste in quell'opera sembrano essere rimasti sostanzialmente immutati nella dottrina pubblicistica italiana. Ciò – vale la pena sottolinearlo – è avvenuto a dispetto della crisi iniziata nel 2008-2009 e delle relative ricadute in termini dottrinali e ideologici. Le pur numerose elaborazioni sviluppatesi prima e dopo una crisi apparentemente senza fine¹, infatti, sembrano aver provocato solo un mutamento nei rapporti di forza fra contrapposti orientamenti e impostazioni teorico-dogmatiche, allora più favorevoli alle dinamiche della globalizzazione giuridica e del “diritto oltre lo Stato”, oggi più attenti alla centralità dei meccanismi di legittimazione propriamente politici. Tuttavia, almeno ad avviso di chi scrive, la pur cospicua letteratura poco ha contribuito ad un effettivo e reciproco arricchimento di tali orientamenti, ancor meno ad una loro sintesi.

Le brevi considerazioni del presente scritto non aspirano ad una tale sintesi, bensì, più modestamente, a indicare – in modo preliminare e del tutto asistemático – alcuni punti per “smuovere”, per così dire, un dibattito divenuto in qualche modo asfittico, che sembra assomigliare sempre più a un dialogo tra sordi². Si fa ciò analizzando un profilo relativamente parziale di un quadro più ampio, con approccio che tenga conto delle profonde trasformazioni derivanti dai processi di globalizzazione e transnazionalizzazione giuridica³. In particolare, si tenterà di ragionare sul concetto di responsabilità, e sul modo in cui esso interagisce con quello di politicizzazione, attraverso alcuni “luoghi” del diritto che riguardano gli attori collettivi e, più in generale, i processi sociali cosiddetti anonimi, ovvero quelli in grado di generare effetti giuridici, pur non

¹ Oltre alla già richiamata opera di Baldassarre, v. *ex plurimis* M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *RDC*, 1/1996, p. 124; N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto* (Roma-Bari: Laterza, 2001); S. Cassese, *La crisi dello Stato* (Roma-Bari: Laterza, 2002); L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici* (Napoli: Jovene, 2007); G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* (Roma-Bari: Laterza, 2013); R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale* (Torino: Giappichelli, 2013).

² Così, ad es., M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Oss. AIC*, 1/2017, p. 11.

³ Cfr. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale* (Bologna: il Mulino, 2000); Ead., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale* (Roma-Bari: Laterza, 2006); A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione* (Torino: Giappichelli, 2008).

potendo essere ricollegati a soggetti di diritto ben individuati⁴. Si compie tale tentativo dalla prospettiva relativamente ristretta del diritto, e in particolare del diritto costituzionale. Questo *caveat* è d'obbligo, nella misura in cui le premesse di carattere gius-filosofico e gius-politico da cui si parte saranno necessariamente parziali.

Ai fini del discorso sviluppato in questa sede, quindi, si vuole anzitutto formulare una tesi, accompagnata da una precisazione terminologica; poi inserirla nel più ampio contesto dei presupposti teorico-ideologici della modernità; accennare alle sue possibili conseguenze, in termini sia di teoria sia di politica del diritto, costituzionale ma non solo; infine, esporre brevemente due casi di studio, da cui si ritiene di poter trarre, se non delle conferme, almeno delle indicazioni feconde nella direzione qui prescelta.

2. TESI: COSTITUZIONALIZZAZIONE COME CAPACITÀ DEGLI ATTORI COLLETTIVI DI AGIRE IN CONFORMITÀ A UN(A VISIONE SOGGETTIVA DI) BENE COMUNE

La tesi che si vuole sviluppare è la seguente: *un ordinamento può dirsi propriamente costituzionalizzato* – nel senso proprio del costituzionalismo moderno, cioè di un costituzionalismo che vuole essere prescrittivo, e quindi fondare e imporsi nei confronti del potere e dei poteri – *solo se e nella misura in cui gli attori collettivi e i processi sociali funzionalmente differenziati che operano nel suo ambito, ma che non rientrano strettamente nel sistema della politica istituzionalizzata, costituiscono al proprio interno forme di responsabilità 'ecologicamente' orientata⁵, tendendo in tal modo ad una politicizzazione interna*. Detto altrimenti: la costituzionalizzazione di un ordinamento non è *sic et simpliciter* il risultato del 'sentire comune', di un'autentica credenza legittimante, effettivamente condivisa dai membri di una comunità legata a un determinato territorio⁶, ma deriva anche e soprattutto dal *grado* di politicizzazione

⁴ V.G. Teubner, *La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *RCDP*, 1/2006, pp. 9-38.

⁵ V.G. Teubner, "Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali", in *Costituzione e globalizzazione*, a cura di G. Barcellona, G. Di Maria (Leonforte: Euno, 2012), pp. 75-76; Id., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali* (Milano: Bruno Mondadori, 2012), p. 186: «Ciascuno dei regimi coinvolti sviluppa "olograficamente" – cioè da una prospettiva in cui il bene comune appare diverso a seconda dei punti di vista – la sua costituzione mondiale immaginaria, a cui orientare le proprie operazioni e in base alla quale limitare le proprie opzioni».

⁶ Insiste sulla dimensione territoriale, in relazione a fenomeni di costituzionalizzazione in senso proprio, ad es., Azzariti, *Il costituzionalismo moderno*, cit., pp. 34-39. Per argomenti sociologici in senso contrario v. N. Luhmann, *Potere e complessità sociale* (1975) (Milano: Il Saggiatore, 2010); Id., "La co-

interna degli attori e dei processi collettivi – degli ambiti sociali funzionalmente differenziati – operanti nell’ambito di quella stessa comunità.

Per quanto riguarda la precisazione terminologica, non si fa qui riferimento ai concetti di ‘politicizzazione/spoliticizzazione’ in senso oggettivo, cioè alla possibilità che un determinato ambito della vita di relazione di una certa comunità sia o non sia oggetto di dibattito, agone ed eventualmente decisione da parte di tale comunità, in un processo di permanente *critica e messa-in-discussione*⁷. Piuttosto, si fa riferimento ai concetti di ‘politicizzazione/spoliticizzazione’ in un senso più propriamente soggettivo, ovvero al fatto che *determinati processi e attori sociali agiscano o meno in conformità ad una propria soggettiva – nel senso di prospetticamente distorta – visione del bene comune*⁸. In questo senso, un attore o un processo collettivo diventa o si presenta come ‘neutrale’ e quindi ‘spoliticizzato’ non perché abbia effettivamente risolto un conflitto di rilevanza collettiva ma perché lo ha rimosso dalla ‘scena’, dal ‘teatro’ della politica, eventualmente affidandolo alle mani della religione, dell’economia, della tecnica o di altri mezzi di restituzione della verità. Gli attori collettivi si spoliticizzano quando rimuovo *ogni* idea di bene comune dai propri processi operativi, anche quella eventualmente distorta a proprio vantaggio.

In questo modo, si può dire che la (s)politicizzazione si trovi in rapporto simmetrico e in qualche modo costituisca la conseguenza della neutralizzazione. Si tratta, inoltre, di un concetto intrinsecamente *relazionale* (perché dipende dai soggetti o attori coinvolti) e *scalare* (perché può avere intensità maggiore o minore). Infine, tale nozione può essere accostata al significato comunemente attribuito a quelle di ‘managerialismo’ o ‘funzionalismo’, soprattutto negli studi di scienza politica e di diritto internazionale⁹.

stituzione come acquisizione evolutiva”, tr. it. in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (Torino: Einaudi, 1996), pp. 83-128.

⁷ Cfr. C. Calhoun, “Politicization”, in *Dictionary of the Social Sciences*, a cura di C. Calhoun (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 369; A. Peters, *The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization*, in *I•CON*, 3/2017, p. 701; e già il classico C. Schmitt, “L’epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni” (1929), tr. it. in *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. Miglio, P. Schiera (Bologna: il Mulino, 1972), pp. 167 ss.

⁸ In questo senso, in relazione ai partiti politici, e per limitarsi alla sola dottrina italiana, v. M. Dogliani, I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale* (Torino: Giappichelli, 2015¹), pp. 139 ss.; nonché i classici T. Martines, *Contributo ad una teoria delle forze politiche* (Milano: Giuffrè, 1957) e P. Riddola, “Partiti politici”, in *Enc. dir.*, XXXII (Milano: Giuffrè, 1982), pp. 111 ss.

⁹ V.M. Koskeniemi, *International Law: Between Fragmentation and Constitutionalism*, The Australian National University, 27 novembre 2006, <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskeniemi/>, pp. 12-14.

3. IL MODELLO DELLA RESPONSABILITÀ NEL COSTITUZIONALISMO MODERNO E I SUOI PRESUPPOSTI TEORICO-IDEOLOGICI.

La tesi formulata, che lega il grado di costituzionalizzazione di un sistema alla capacità degli attori collettivi di (inter)agire in conformità al(le proprie idee di) bene comune, contraddice in realtà alcuni postulati del costituzionalismo liberal-rivoluzionario di stampo illuminista. Questi ultimi, tutt'oggi alla base delle costruzioni istituzionali e dogmatiche proprie degli ordinamenti occidentali, si riflettono sul modo in cui il diritto pubblico occidentale “pensa” i processi di normazione, di giurisdizione, nonché il rapporto tra poteri pubblici e poteri privati.

Tali postulati sono fondamentalmente tre: 1) monopolio dello Stato-persona, cioè del sistema della politica istituzionalizzata, sui processi di produzione normativa¹⁰; 2) tendenziale irrilevanza, sul piano del diritto pubblico, di attori e processi privati autonomi¹¹; 3) configurazione dei diritti, in ultima istanza, come *diritti pubblici soggettivi*, ovvero come pretese di tutela rivolte allo Stato da parte di soggetti di diritto ben individuati, da violazioni provenienti da privati o dallo Stato stesso¹². Peraltro, la sostan-

¹⁰ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I (Padova: Cedam, 1970³), p. 46, in relazione alla esclusiva statualità delle fonti del diritto come concetto ‘prescrittivo’ «perché tratto da quanto risulta positivamente stabilito (prescritto), anche se in modo implicito, dall’ordinamento considerato», e che coerentemente ammetteva come «atti, ai quali sarebbe da riconoscere, teoricamente, per la loro intrinseca natura e struttura, carattere normativo, e che realmente costituiscono ordinamenti minori e parziali di gruppi privati [...] non siano poi ricompresi tra le fonti dell’ordinamento ad essi sovrastante [...] e le loro norme non debbano pertanto essere qualificate, alla stregua di quest’ultimo, norme giuridiche».

¹¹ V. J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762) (tr. it. Roma-Bari: Laterza, 1992), p. 41; nonché P. Rescigno, *Le società intermedie*, in *il Mulino*, 1/1958, p. 8; e G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali* (Torino: Giappichelli, 1967), pp. 5-6. Nella dottrina italiana questa vischiosità ideologico-concettuale emergeva ancora, ad es., in G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1953), p. 316; e S. Galeotti, *La garanzia costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1950), pp. 121-124. Per una ricostruzione del dibattito G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali* (Torino: Giappichelli, 1970), pp. 40-48; e R. Bin, *Critica della teoria dei diritti* (Milano: FrancoAngeli, 2018), pp. 11-15.

¹² Cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (1905) (Milano: Editrice Libreria, 1912); E. Casetta, “Diritti pubblici subiettivi”, in *Enc. dir.*, XII (Milano: Giuffrè, 1964), pp. 791-802; G. Amato, “Libertà (dir. cost.)”, in *Enc. dir.*, XXIV (Milano: Giuffrè, 1974), pp. 272-287; A. Baldassarre, “Diritti pubblici soggettivi”, in *Enc. giur.*, XI (Roma: Treccani, 1989); A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Parte generale (Padova: Cedam, 1990³), pp. 28-36. Ad avviso di chi scrive, solo apparentemente in senso contrario si pone autorevole dottrina (Pace, *Problematica*, cit., pp. 20-23, e letteratura ivi citata), secondo cui la dottrina dell’effetto orizzontale e, nell’ordinamento italiano, l’art. 2 Cost., testimonierebbero il superamento anche giuridico della concezione ottocentesca dei diritti pubblici soggettivi: si può concordare o meno sul fatto che la struttura teorica dei diritti pubblici soggettivi sia stata realmente superata, ma nel momento in cui si ammette, ad es., che «[la Costituzione] non giunge ad imporre generalmente e automaticamente anche ai privati il rispetto del principio di eguaglianza» (ivi, p. 22), sembra pacifico che la tutela dei diritti costituzionali si configuri in prima battuta come una pretesa di tutela da parte dello Stato – ancorché in veste di legislatore – e solo in via sussidiaria/compensatoria

ziale permanenza di questi postulati costituisce uno dei motivi per i quali la dogmatica costituzionalistica non riesce a “vedere”, con strumenti concettuali propriamente giuridici, derivate autoritarie a costituzione invariata¹³.

Lo stesso modello liberal-rivoluzionario è fondato su due ulteriori *clivages* fondamentali: tra Stato e società, da un lato; e tra pubblico e privato, dall'altro¹⁴. Il costituzionalismo liberal-rivoluzionario affermatosi tra il XVII e il XVIII secolo presume infatti che i processi di costituzionalizzazione intervengano come un *deus ex machina* sulla società e i suoi processi interni, a disciplinarli e limitarli, come se fossero materia bruta, e che debbano essere in grado di farlo a prescindere dai loro meccanismi e molteplici razionalità interne. In questo modello – anche nelle sue più tarde elaborazioni alla luce delle teorie politiche democratiche – la costituzione dello Stato, cioè del sistema della politica istituzionalizzata (*la politique*), è l'unica possibile fonte e sede di politicizzazione (*le politique*), che si irradia verso le altre sfere sociali, come da un vertice verso la sua base, perché le uniche fonti di legittimazione appartengono (e non possono non appartenere) ad essa.

La chiave di volta di questo modello di politicizzazione ‘verticistica’ è il concetto di responsabilità giuridica del soggetto di diritto, tipico della modernità: un soggetto autonomo e auto-responsabile, dotato di diritti soggettivi protetti e proceduralmente disciplinati dalla politica istituzionalizzata, e la cui libertà nell'esercitarli incontra solo i limiti imposti dall'ordinamento stesso. Corollario di questo modello è che chi esercita un diritto, un potere o una libertà si espone agli obblighi e alle responsabilità che da quell'esercizio derivano. Ciò, ancora, nel presupposto che le forme di responsabilità definite dalle norme dell'ordinamento dello Stato siano in grado di creare un'effettiva deterrenza rispetto alle condotte che violano sfere giuridiche altrui, o comunque di rimuoverne gli effetti dannosi. Si tratta, inoltre, di un modello essenzialmente parametrico, in cui cioè il soggetto di diritto non è in grado di mutare in modo unilaterale,

verso i privati, ove le norme di legge non si mostrino sufficienti. Sulla funzione *lato sensu* “compensatoria” svolta dalla dottrina dell'effetto orizzontale dei diritti fondamentali v. A. Jr Golia, *The Horizontal Effect Doctrine as a Form of Porosity among Legal Systems*, MPIL Research Paper Series, n. 2018-28, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3274777.

¹³ V.D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).

¹⁴ V. in generale S. Pugliatti, “Diritto pubblico e privato”, in *Enc. dir.*, XII (Milano: Giuffrè, 1964), pp. 696-746; M.J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, in *U. Pa. L. Rev.*, 6/1982, p. 1423; F.I. Michelman, “Constitutions and the Public/Private Divide”, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, a cura di M. Rosenfeld, A. Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 298-317.

né tanto meno di negoziare, l'insieme dei diritti, dei poteri e delle responsabilità di cui è titolare in una data fattispecie¹⁵.

A ben vedere, questo modello non riguarda solo la sfera dei rapporti *inter privatos*, ma anche quella pubblicistica. *Mutatis mutandis*, il modello della responsabilità politica, sia nel parlamentarismo classico sia – e in misura più evidente – nei sistemi razionalizzati e/o a tendenza presidenziale, ha un codice genetico *lato sensu* sanzionatorio. La mancata rielezione o la sfiducia si configurano come deterrenza o sanzione rispetto al malgoverno o a una rappresentanza ritenuta infedele, esattamente come avviene in un rapporto privatistico tra mandante o mandatario o, se si vuole, tra fiduciante e fiduciario. Ciò, ancora, presupponendo che la comunità politica possa sempre “permettersi”, almeno nel lungo periodo, le eventuali conseguenze negative del malgoverno¹⁶, e che non sia necessario garantire la rappresentanza di soggetti individuali o collettivi ad essa esterni, pur toccati dalle sue decisioni politiche¹⁷.

In realtà, storicamente le costituzioni moderne sono riuscite ad essere propriamente prescrittive, cioè a fondare e limitare il potere e i poteri, solo quando e nella misura in cui si sono allontanate, nella pratica, dai presupposti ideologico-dogmatici del modello liberal-rivoluzionario, e cioè nella misura in cui hanno diminuito, pur senza annullarla, la distanza tra Stato e società, tra pubblico e privato. Realizzando alcune pionieristiche intuizioni di Georges Gurvitch¹⁸, e complici l'enorme sviluppo economico e le condizioni geopolitiche di quella fase storica, le costituzioni occidentali del “trentennio d'oro” (1945-1975) hanno avuto successo perché gli Stati conservavano ancora un tendenziale monopolio sulle strutture di potere (sicurezza, produzione, finanza, conoscenza)¹⁹, e sono state in grado di sfruttare e indirizzare dall'esterno, e in qualche modo appoggiarsi alle politicizzazioni interne di attori collettivi quali partiti di massa, sindacati, imprese, confessioni religiose, stampa, istituzioni scientifiche, e ciò pur senza mai pregiudicarne l'autonomia e le razionalità interne²⁰. Le costituzioni del *welfare*

¹⁵ Cfr. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 29-31; Ead., *Diritto sconfinato*, cit., pp. 22-24.

¹⁶ Vale la pena citare la famosa frase scritta dal giudice statunitense Oliver Wendell Holmes, progressista, ma allo stesso tempo di classica impostazione liberale, in una lettera a Harold Laski: «If my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job».

¹⁷ Cfr. T. Poole, *The Constitution and Foreign Affairs*, in *CLP*, 1/2016, pp. 148 ss. (che fa riferimento a un modello costituzionale “unilaterale”); e U. Allegretti, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Dir. pubb.*, 1/2005, pp. 99-101.

¹⁸ V. G. Gurvitch, *Sociologia del diritto* (Milano: Kompass, 1967), pp. 184-187; Id., *The problem of social law*, in *Ethics*, 1/1941, pp. 22-23, 29.

¹⁹ V. in generale S. Strange, *States and Markets* (Londra: Pinter, 1994).

²⁰ V. G. Teubner, “Costituzionalizzazione di istituzioni sociali”, tr. it. in Id., *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, a cura di L. Zampino (Milano-Udine: Mimesis, 2015), pp. 158-165.

State sono state propriamente prescrittive perché i processi sociali e gli attori collettivi operanti nel loro ambito erano internamente politicizzati, ovvero costituivano nei propri meccanismi operativi forme di responsabilità ‘ecologicamente’ orientata, perché, pur operando secondo nozioni proprie e soggettive di bene comune, nella loro reciproca interazione e nei conflitti sostenevano il sistema nel suo complesso.

In tal senso, il relativo successo della Costituzione italiana, tra gli anni Sessanta e gli anni Settanta, è stato dovuto anche e soprattutto al ruolo di partiti, sindacati, imprese, confessioni, università e le altre formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.²¹, attori resisi nei fatti organi propriamente costituzionali, pur non appartenendo allo Stato-persona e pur non essendo direttamente qualificati come tali dalla costituzione-documento²². In ciò, ovviamente, hanno giocato un ruolo fondamentale anche le costruzioni della dottrina privatistica più illuminata, che forse ha raccolto in modo più consapevole e conseguente di quella pubblicistica²³ le suggestioni di Santi Romano e Costantino Mortati: si pensi, in particolare, alle elaborazioni di Rescigno²⁴, Galgano²⁵, Rodotà²⁶, Giugni²⁷. Ciò, tra l’altro, va ribadito anche a fronte di una certa retorica della dottrina costituzionalistica odierna che, davanti allo stato di avanzata crisi in cui versano oggi le istituzioni parlamentari, richiama la cd. Prima Repubblica come una sorta di paradiso dell’autentico parlamentarismo. In realtà, durante il trentennio d’oro il Parlamento, pur godendo indubbiamente di una maggiore centralità istituzionale, ha assunto quasi sempre la funzione di riflettere o ratificare decisioni propriamente politiche prese in sedi extraistituzionali, soprattutto nella dialettica interna ai partiti e al sistema delle relazioni industriali²⁸.

²¹ V. A. Pizzorno, *I soggetti del pluralismo. Classi partiti sindacati* (Bologna: il Mulino, 1980), spec. pp. 11-65.

²² Cfr. in generale i contributi raccolti in L. Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni* (Bologna: il Mulino, 2009); e ancora Ridola, *Partiti politici*, cit.

²³ V. tuttavia il classico G. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana* (Padova: Cedam, 1953).

²⁴ P. Rescigno, *Persona e comunità*, 3 voll. (Padova: Cedam, 1966-1999).

²⁵ F. Galgano, “Delle associazioni non riconosciute e dei comitati (art. 36-42)”, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca (Bologna-Roma: Zanichelli, 1967), p. 165.

²⁶ S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna* (Bologna: il Mulino, 1971).

²⁷ G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva* (Milano: Giuffrè, 1960).

²⁸ V. G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico* (Napoli: Jovene, 1984), spec. pp. 95 ss.; e, nella letteratura più recente, C. Chimenti, *Antiche dottrine per un Parlamento moderno*, in *Queste istituzioni*, 148/2008, pp. 107 ss.

4. CRISI DEL MODELLO POLITICO-GIURIDICO DELLA MODERNITÀ

Quello appena descritto era tuttavia un equilibrio precario, risultato di un compromesso fragile tra presupposti dogmatico-ideologici e necessità pratiche tra loro contraddittori. Si trattava, inoltre, di un compromesso irripetibile, messo a nudo dalla definitiva affermazione della (seconda) globalizzazione a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso²⁹, e già prima messo in crisi da quello che nella sociologia dei sistemi è stato indicato come trilemma regolativo³⁰. I processi di globalizzazione e transnazionalizzazione, il progresso tecnologico e la rivoluzione info-telematica hanno profondamente mutato e messo in crisi il panorama descritto. La maggior parte degli Stati occidentali ha perso il monopolio sulle strutture di produzione, finanza e conoscenza³¹. Ciò ha implicazioni sia per i postulati del costituzionalismo liberal-rivoluzionario, che hanno perso quell'aderenza alla realtà sociale che ancora in qualche modo avevano fino alla metà del Novecento; sia per quello che si è individuato come chiave di volta del sistema, cioè il concetto di responsabilità.

Per quanto riguarda il costituzionalismo, è allo stesso tempo banale e necessario registrare la fase di profonda crisi che esso attraversa. Qui si vuole solo sottolineare, a sostegno della tesi enunciata, che tale crisi è allo stesso tempo effetto e causa della neutralizzazione/spoliticizzazione di quegli attori collettivi che avevano sostenuto la prescrittività delle costituzioni occidentali. Questi ultimi, o si sono transnazionalizzati, autonomizzandosi dal diritto dei singoli Stati – si pensi ai grandi attori economici³²; o si sono chiusi in se stessi, trasformandosi in meri strumenti di interessi particolari – si pensi ai partiti politici e agli stessi sindacati. In questo modo, e anche se per motivi diversi, non sostengono più la prescrittività delle costituzioni liberal-democratiche e, anzi, nella fase evolutiva in cui essi si trovano, possono contribuire al loro indebolimento. I sistemi della politica istituzionalizzata (*la politique*) dei singoli Stati, infatti,

²⁹ Cfr. D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente* (2011) (tr. it. Roma-Bari: Laterza, 2014), pp. 136 ss.

³⁰ Secondo il quale ogni intervento regolativo diretto su ambiti sociali autonomi che oltrepassi certi limiti determina sempre, in ultima analisi, o la “incongruenza” tra diritto e società; o una “iperlegalizzazione” della società; o una “iper-socializzazione” del diritto, con la conseguenza che l'intervento rischia di produrre effetti irrilevanti o distruttivi per la società o per il diritto stesso. Cfr. J. Habermas, *Diritto come medium e come istituzione*, in *Pol. dir.*, 1/1987, p. 61; G. Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Soc'y Rev.*, 2/1983, p. 239; Id., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1/1987, pp. 85 ss.; Id., *Il diritto come sistema autopoietico* (1989) (Milano: Giuffrè, 1996), p. 23; Id., *Regulatory law: Chronicle of a death foretold*, in *Soc. leg. stud.*, 1/1992, pp. 451-475.

³¹ V. soprattutto S. Strange, *States and markets* (New York: Pinter, 1994).

³² Cfr., se si vuole, A. Jr Golia, *Imprese transnazionali e vincoli costituzionali. Tra pluralismo e responsabilità* (Milano: FrancoAngeli, 2019), pp. 79-95.

non riescono più a ricomprendere o a indirizzare le decisioni relative al vivere comune (*le politique*), perché quest'ultimo ha ora il globo come unità di riferimento.

Per quanto riguarda la responsabilità, una delle principali conseguenze dei processi di globalizzazione è consistita nel passaggio di modelli di azione parametrici a modelli strategici da parte degli attori che, negli spazi giuridici globalizzati, sono in grado di scegliere o addirittura creare la norma che più si adatta alle loro specifiche razionalità³³. In secondo luogo, il progresso tecnologico ha reso possibili modelli produttivi che mettono a serio rischio la sostenibilità delle condotte di alcuni attori collettivi, soprattutto economici ma non solo. Il modello di responsabilità tipico della modernità, da solo, non è più soddisfacente. E ciò non soltanto perché la politica istituzionalizzata non riesce a imporre agli attori collettivi una qualche forma di responsabilità giuridica, ma anche perché, anche quando vi riesce, spesso non è sufficiente a rimuovere gli effetti dannosi delle condotte. Non si fa qui riferimento solo ai disastri ambientali o alle violazioni dei diritti dei lavoratori ma, a un livello più sottile, anche a fenomeni come gli *hate speech*, le *fake news*, il *cyberbullying*, che hanno già iniziato ad avere effetti sistemici sulle democrazie occidentali e i loro tessuti sociali.

Sul piano più specificamente pubblicistico, i meccanismi di responsabilità politica hanno perso in larga parte efficacia. Infatti, a prescindere dagli orientamenti ideologici dichiarati, le organizzazioni partitiche vedono ridurre in modo sostanziale le proprie capacità di attuare politiche che non siano conformi ai vincoli fattuali o giuridici derivanti dai processi di globalizzazione, e conseguentemente subiscono un'inarrestabile delegittimazione politica³⁴. Nel momento in cui lo Stato perde le sue capacità di soddisfare o "arbitrare" le pretese delle comunità - peraltro, sempre più frammentate³⁵ - che dovrebbe rappresentare, i sindacati si trovano privati dei soggetti verso cui indirizzare le proprie richieste di regolazione giuridica, e i partiti perdono la loro capacità di incanalare e trasformare consenso politico in decisioni effettive e legittimate. Che i partiti politici si siano spolitizzati - nell'accezione che qui si utilizza - e non svolgano più la funzione fondamentale di incanalare e, soprattutto, portare a sintesi *le politique* ne *la politique*, implica, da un lato, che l'efficacia *lato sensu* 'san-

³³ V. ancora Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 29-31; Ead., *Diritto sconfinato*, cit., pp. 22-24.

³⁴ Per lo stretto legame tra crisi funzionale e crisi di legittimazione delle istituzioni della democrazia rappresentativa v. M. Barcellona, *Dove va la democrazia* (Roma: Castelvecchi, 2018), spec. pp. 13-14

³⁵ Anche se il punto non può essere sviluppato, un altro ostacolo ai modelli del welfare State derivante dai processi di globalizzazione consiste nella terziarizzazione dell'economia e nella dematerializzazione dei processi produttivi, che hanno inciso sulla composizione e l'autocompressione sociale di ampie fasce di popolazione, e quindi anche sulla rilevanza delle organizzazioni collettive nel sistema delle relazioni industriali: v. *ex multis* C. Crouch, *Postdemocrazia* (Roma-Bari: Laterza, 2000), pp. 53 ss.

zionatoria' dei classici meccanismi di responsabilità politica viene meno, perché viene meno il rapporto di mandato con una qualunque comunità di riferimento; dall'altro, trascina con sé la legittimazione dell'intero sistema della politica istituzionalizzata, che nella migliore delle ipotesi 'reagisce' o insegue in modo meccanico impulsi disordinati e sempre più volatili di masse di individui isolati, sempre più esposti alla propaganda di demagoghi vecchi e nuovi. Tali processi peraltro, e ancora una volta per demistificare la retorica di certa dottrina pubblicistica, che con un certo grado di auto-indulgenza vede cd. deficit democratici solo negli ordinamenti giuridici extrastatali³⁶, riguardano sia le istanze rappresentative sovranazionali sia quelle nazionali.

Infine, in modo uguale e contrario, comunità direttamente colpite dalle decisioni politiche di uno Stato spesso non hanno alcun tipo di collegamento istituzionale con quello Stato. Basti pensare, a tal proposito, alle decisioni dell'amministrazione Trump relative alle emissioni di gas serra, che colpiscono tutto il globo in modo diretto e senza distinzioni, e anzi più da vicino le comunità politiche diverse da quella statunitense³⁷.

5. ACCOMPAGNARE LA RI-POLITICIZZAZIONE DEGLI ATTORI COLLETTIVI: DISPONIBILITÀ ED OBBLIGO ALL'APPRENDIMENTO

Tornando alla questione posta da Baldassare («quale ri-politicizzazione?»), si ritiene che la ri-politicizzazione di attori e processi sociali collettivi non significhi soltanto predisporre forme di responsabilità giuridica, nel senso moderno del termine. Il diritto della post-modernità è chiamato ad anticipare l'intervento, calare attori e processi collettivi in una rete di limiti e vincoli, giuridici e sociali, che accompagnano i loro meccanismi operativi nel momento stesso in cui si dipanano, al fine di internalizzare il rispetto degli altri processi e dell'ambiente sociale. In altre parole, si tratta di stimolare l'orientamento ecologico di sistemi funzionalmente differenziati resisi autonomi dagli Stati.

Quanto appena sostenuto significa che, per potersi adeguare agli scenari politico-giuridici dell'epoca post-moderna, la responsabilità non deve soltanto creare spinte esterne all'adattamento sugli attori collettivi, ma anche intervenire perché vi sia una trasformazione di strutture cognitive all'interno di questi ultimi. Si tratta di potenziare

³⁶ V. ad es. M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea* (Napoli: Ed. Scientifica, 2016).

³⁷ V. Teubner, *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions without Democracy?*, in *J. L. Soc.*, S1/2018, pp. 5-29; T. Sparks, "Statehood in an Era of Sinking Islands", in *The Routledge Handbook of Climate Justice*, a cura di T. Jafry (Abingdon: Routledge, 2018), pp. 83-99.

due elementi tra loro correlati ma distinti: da un lato la disponibilità all'apprendimento cognitivo, dall'altro l'obbligo all'apprendimento.

Per quanto riguarda la disponibilità all'apprendimento, per attori e processi autonomizzati gli impulsi provenienti da società e politica sono modelli di comportamento, principi, prassi ottimali a cui ispirarsi, raccomandazioni. Le istanze esterne elaborano norme sotto forma di richieste da cui gli attori collettivi possono dedurre quali aspettative sociali si pongono nei loro confronti, senza doverle adottare una per una, e quindi mantenendo la propria autonomia funzionale. Le richieste sociali e statali compensano la prospettiva limitata, settoriale, sviluppata dagli attori privati, e provocano un maggior orientamento ecologico. Oggi, il diritto degli Stati è chiamato ad accompagnare e potenziare questa disponibilità, questo orientamento "ecologico", rendendolo quanto più possibile strutturale: si pensi in particolare ai consigli aziendali, che tanto successo hanno avuto nel capitalismo nordeuropeo, dandogli anche maggiore capacità di resistenza contro le derive del neo-liberalismo economico; ai comitati etici nelle grandi istituzioni universitarie, ospedaliere e farmaceutiche; ai componenti esterni nei consigli di amministrazione delle grandi società; e così via.

Per quanto riguarda l'obbligo all'apprendimento, nel contesto della globalizzazione le sanzioni giuridiche non sembrano giocare un ruolo esclusivo. Sono anche e soprattutto meccanismi extragiuridici, processi di potere interorganizzativi, a obbligare attori collettivi ad (auto-)responsabilizzarsi, ovvero a politicizzarsi. La pressione esterna è condizione inderogabile perché l'auto-responsabilizzazione, la politicizzazione interna, si dimostri veramente efficace. In questo senso, una forse audace comparazione diacronica potrebbe farsi con il vario destino delle costituzioni *octroyée* nel XIX secolo. Proprio come allora, nel determinare l'effettiva consistenza della cd. *corporate social responsibility* delle imprese transnazionali o di altri fenomeni di auto-responsabilizzazione di attori collettivi, sembrano essere molto più incisive le pressioni provenienti dagli ambiti spontanei della società: sanzioni reputazionali, disobbedienza e resistenza dei movimenti di protesta, azioni di ONG, sindacati, organizzazioni non-profit, professioni e opinione pubblica. Ancora, sono spesso le sanzioni economiche a risultare decisive: la sensibilità dei consumatori, i cui comportamenti influenzano le imprese, e i gruppi specifici di investitori eticamente orientati, che esercitano su queste una pressione economica. Oggi, il diritto degli Stati è chiamato a sostenere e potenziare giuridicamente queste sanzioni extragiuridiche.

Le esigenze cui si è fatto riferimento rendono chiari i motivi per i quali, al tempo della globalizzazione, oltre ai classici modelli di etero-regolamentazione oggi in crisi, sono diventate così importanti le forme di co-regolamentazione che passano attraverso partenariati e organismi ibridi, nonché della stessa auto-regolamentazione. Non si tratta quindi di promuovere forme di *laissez faire* regolativo né di dichiarare

l'impotenza degli Stati e della politica istituzionalizzata, ma di individuare le sue reali possibilità e i relativi settori e strategie di intervento.

Queste sono le frontiere, in termini di politica del diritto, della sopravvivenza del costituzionalismo, oggi. E, paradossalmente, sul piano giuridico non sono questioni che riguardano solo o principalmente il diritto costituzionale in quanto tale. Certo, i meccanismi elettorali e l'ingegneria costituzionale restano importanti, e d'altra parte la dottrina costituzionalistica si è sempre interessata alla disciplina del finanziamento della politica, e ai meccanismi interni ai movimenti politici e, da ultimo, delle attività di lobbying. Ma, per le ragioni del costituzionalismo moderno, e per quanto possa sembrare paradossale, sembrano oggi sempre più centrali temi solitamente considerati appartenere al diritto civile o penale: oltre agli esempi già fatti, penso ai premi degli amministratori delegati delle società quotate; all'investimento etico; ai meccanismi di co-decisione nei sistemi d'impresa; ai meccanismi che incentivano la trasparenza nelle filiere produttive e nei processi di sperimentazione scientifica e farmaceutica; ai volumi pubblicitari nelle piattaforme digitali; ai meccanismi di protezione degli atti di disobbedienza civile posti in essere da movimenti e comitati di lotta.

Tante piccole punture di spillo, colpi di stiletto invece che di mannaia, necessari a rivitalizzare le politicizzazioni interne di attori collettivi e processi sociali transnazionali, senza le quali la prescrittività delle costituzioni moderne perde ogni base sociale.

6. DUE CASI DI STUDIO: *KASKY V. NIKE E BRUKER V. MARKOVITZ*

A conforto della tesi qui esposta, e a conclusione del presente scritto, si espongono brevemente due casi di studio, concernenti rispettivamente un'impresa transnazionale e una confessione religiosa, da cui si ritiene di poter trarre alcune utili considerazioni.

Il primo caso consiste in una nota vicenda di *human rights litigation* che ha riguardato, agli inizi degli anni Duemila, la Nike, gigante economico della produzione e distribuzione di articoli sportivi. Si tratta di una vicenda oggetto ormai di studio nelle scuole di *business management*, e che mostra in modo evidente in quali inaspettati modi possa operare questa forma di contenzioso, anche sulla base di disposizioni che poco hanno a che fare con i diritti fondamentali. In tale controversia³⁸ Marc Kasky,

³⁸ *Kasky v. Nike, Inc.*, 45 P 3d 243 (Cal. 2002). Sulla vicenda v. in generale S. Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Oxford: Hart, 2004), pp. 101-111; D. McBarnet, "Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, For Law: The New Corporate Accountability", in *The New Corporate Accountability*, a cura di D. McBarnet, A. Voiculescu, T. Campbell (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 40-42; R.K.L. Collins, D.M. Skover, *Symposium: Nike v. Kasky and the Modern Commercial Speech Doctrine - Forward: The Landmark Free-Speech Case That Wasn't: The Nike v. Kasky Story*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 4/2004, pp. 965-1047.

cittadino californiano e attivista della ONG *Fair Labor Association*, pur affermando di non essere stato personalmente danneggiato dalla condotta della società Nike, Inc., la portò in giudizio in base alla legge californiana in materia di concorrenza sleale e pubblicità ingannevole, che permette che le relative obbligazioni siano perseguite anche tramite le azioni di cd. *private attorneys general*³⁹. Infatti, la società aveva negli anni precedenti pubblicato, nell'ambito dei comunicati ricadenti nella propria politica di relazioni esterne, una serie di dichiarazioni e *report* che assicuravano il rispetto dei diritti (condizioni e orario di lavoro, salario minimo, assicurazione sanitaria) dei lavoratori impiegati nella sua filiera produttiva, dichiarazioni che non trovavano riscontro nella realtà delle fabbriche dei suoi fornitori, in particolare nel Sud-Est asiatico (cd. *sweat-shops*). È da notare, inoltre, che la stessa legge californiana impone un regime di responsabilità oggettiva (*strict liability*) per dichiarazioni non veritiere (*false statements*) in materia commerciale. Per questi motivi, e nonostante non vi fosse alcuna violazione delle disposizioni in materia lavoristica giuridicamente imputabile alla Nike, Inc. come persona giuridica, quest'ultima fu costretta a trovare un accordo in una fase pre-contenziosa, versando alla *Fair Labor Association* 1,5 milioni di dollari. Significativamente, il tentativo di far rientrare quelle dichiarazioni nella *freedom of speech* protetta dalla costituzione della California e dal I emendamento della costituzione federale, coronato da successo dinanzi alla Corte d'Appello della California, fallì dinanzi alla Corte Suprema della California⁴⁰, e infine dinanzi alla stessa Corte Suprema degli Stati Uniti⁴¹. In tutta la vicenda giudiziaria, nessun giudice si pronunciò sull'effettiva violazione della legge californiana, e tutte le decisioni si concentrarono sulla natura delle dichiarazioni rese dalla società. Infatti, se fossero state qualificate come *non-commercial speech*, o si fosse comunque configurato un «inextricable intertwinement», quelle dichiarazioni avrebbero goduto di uno standard di protezione costituzionale molto più ampio rispetto a quello accordato al *commercial speech*⁴².

Nonostante il costo relativamente modesto dell'accordo, la vicenda arrecò un danno enorme in termini di immagine e ricavi, creando un terremoto aziendale nell'ambito del quale l'allora amministratore delegato, Philip Knight, fu costretto alle dimissioni. La società non pubblicò alcun *report* fino al 2005, anno in cui, cambiando radicalmente strategia, si è trasformata in una delle imprese transnazionali più atti-

³⁹ V. *Business and Professions Code* §§ 17204, 17535.

⁴⁰ *Nike, Inc. v. Kasky*, 27 Cal. 4th 939, S.Ct. Cal. 2002.

⁴¹ *Nike, Inc. v. Kasky* 123 S.Ct. 2554, S.Ct. US 2003, la quale, ad essere precisi, si dichiarò incompetente ad esprimersi sull'applicazione di un *certiorari* «at such a preliminary stage of the case». Va tuttavia ricordato che la *minority opinion* dei giudici Breyer e O'Connor espresse forti perplessità circa la compatibilità della legge californiana con il I emendamento della costituzione.

⁴² V. *ex plurimis* *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council* 425 US 748, S.Ct. 1976; *Cincinnati v. Discovery Network* 507 US 410, S.Ct. 1993; *Edenfield v. Fane* 507 US 761, S.Ct. 1993.

ve nell'ambito della *corporate social responsibility*⁴³, arrivando a imporre l'estensione di pratiche rispettose dei diritti fondamentali a tutti i suoi fornitori, e promuovendone il rispetto anche da parte dei suoi più diretti concorrenti.

Occorre evidenziare che nel caso *Nike* una controversia tra due soggetti funzionalmente coinvolti nello stesso sistema d'impresa (il consumatore, che in questo caso si configura come *external stakeholder*, e la società Nike, Inc., con sede in California), e che insisteva sui confini della libertà d'espressione al suo interno, ha avuto l'effetto di tematizzare la *responsabilità sistemica* dell'attore economico a livello transnazionale. Dalla vicenda emerge inoltre la funzione *istituzionale* della maggiore o minore protezione accordata ad uno stesso diritto costituzionale (la libertà d'espressione), funzione che va ben oltre la tutela del bene/interesse di volta in volta rilevante nel caso di specie. L'attore che ha invocato l'applicazione della legge californiana non si riteneva leso direttamente; nessuna violazione del diritto californiano in materia di pubblicità ingannevole è stata accertata; infine, non è emersa alcuna responsabilità *giuridica* per violazione dei diritti dei lavoratori. Di conseguenza, l'effetto di responsabilizzazione non è derivato da una responsabilità giuridica in senso stretto: piuttosto, la vicenda giudiziaria ha costituito il necessario punto di partenza per innescare dinamiche sanzionatorie non strettamente giuridiche le quali sono state in grado di modificare i processi operativi dell'impresa. L'impulso esterno, proveniente da un ordinamento statale (il diritto californiano e statunitense), veicolato attraverso una pratica di *human rights litigation*, che ha catalizzato energie sociali, a loro volta interiorizzate dal sistema d'impresa. Quest'ultimo, volontariamente ma non spontaneamente, ha "catturato" tale impulso, e lo ha trasformato in norme validamente poste all'interno del proprio ordinamento giuridico.

In definitiva, il caso Nike mostra come la (maggiore o minore) libertà di espressione riconosciuta dalle norme costituzionali di un sistema politico si possa tradurre, nel sistema autonomo d'impresa, in un processo di (auto-)responsabilizzazione, che incide su due distinti rapporti "verticali" interni ad esso: 1) tra la società capogruppo (in cui va individuato l'ambito decisorio del sistema d'impresa) e il consumatore (che fa parte dell'ambito costituzionale spontaneo dell'impresa stessa); 2) tra la stessa società e i lavoratori della filiera produttiva dell'impresa transnazionale.

La tesi qui sostenuta può trovare conferme anche nella vicenda relative al caso *Bruker v. Markovitz* nell'ordinamento canadese⁴⁴. Il caso concerne una controversia di diritto familiare tra due coniugi di fede ebraica ortodossa, divorziati nel 1981. In

⁴³ Nel *Nike Corporate Responsibility Report for 2004* (luglio 2005), veniva per la prima volta pubblicata una lista di più di 700 fornitori in tutto il mondo, in questo modo facilitando controlli e accertamenti da parte delle ONG e delle autorità statuali.

⁴⁴ *Bruker v. Markovitz*, 2007 SCC 54 (14 December 2007).

base al diritto ebraico, per poter contrarre un nuovo matrimonio, la donna deve ricevere una sorta di ripudio formale (*sefer k'ritut*) da parte del marito. In assenza di tale ripudia, rimane “legata” (*agunah*), e la sua prole futura è considerata illegittima (*mamzerim*). Nella vicenda che ci interessa, il marito in modo deliberato concesse il ripudio formale solo nel 1995, quando ormai la sua ex moglie non era più in grado di avere altri figli. Di conseguenza, la moglie chiamò in giudizio per la violazione dell'accordo divorzile siglato in sede civile, una cui clausola prevedeva che il marito concedesse il ripudio dinanzi a una corte rabbinica immediatamente dopo il divorzio civile, chiedendo il risarcimento del danno derivante dalla violazione del suo diritto di risposarsi e avere figli.

Dinanzi a un'azione del genere, la risposta naturale di un ordinamento legato ai presupposti ideologico-dogmatici del costituzionalismo liberale negherebbe qualunque violazione dei diritti della donna. Dopotutto, quella di conformarsi strettamente ai dettami di un ordinamento (transnazionale) di tipo religioso - che le impedisce di risposarsi senza il ripudio - è una sua libera scelta, con tutte le conseguenze che da essa derivano. Inoltre, la facoltà di concedere o meno il ripudio deriva al marito dalla sua religione, ed è perciò una libertà protetta dall'art. 3 della Carta canadese dei diritti e delle libertà. In modo prevedibile, tale fu proprio la risposta della Corte d'Appello del Quebec che, riformando la decisione del giudice di primo grado, dichiarò la propria incompetenza a sanzionare il mancato rispetto della clausola dell'accordo divorzile, rigettando quindi la domanda di risarcimento. In sostanza, dal momento che il diritto ebraico risultava l'unica norma effettivamente applicata, tale decisione si risolveva nella totale ineffettività dei diritti della donna, e la perpetuazione della disuguaglianza di genere in materia di diritto familiare.

Al contrario, una corte sensibile all'effettiva realtà dei processi sociali in gioco avrebbe deciso in modo differente. Nel caso *Bruker*, infatti, emerge un conflitto tra due ordinamenti giuridici, ciascuno con i propri processi di produzione normativa e criteri di validità: quello dello Stato, da un lato, e quello proprio di un attore collettivo transnazionale, cioè la confessione ebraica. Tale sensibilità fu dimostrata dalla Corte Suprema canadese nella *majority opinion* scritta dalla giudice Abella. La sentenza, in particolare, si dilunga nella descrizione della situazione “dicotomica” in cui si trova una donna di fede ebraica ortodossa in Canada: da un lato, in base al diritto civile canadese, ha il diritto di ottenere il divorzio anche senza il consenso del marito; dall'altro, risulta legata a lui finché non ottiene il ripudio formale. In qualche modo la Corte Suprema riuscì a “vedere” la collisione tra l'ordinamento dello Stato e il diritto ebraico nel caso di specie, dichiarandosi quindi competente a dare esecuzione a un accordo contrattuale che prevede la concessione del ripudio. Infine, la stessa Corte esclude che il diritto alla libertà religiosa potesse proteggere in qualche modo il com-

portamento del marito: pur senza interferire nella questione della validità del ripudio, questione la cui competenza a pronunciarsi appartiene ai tribunali rabbinici, la Corte pose un limite a tale libertà, che non può arrivare al punto di rendere del tutto ineffettivo un diritto riconosciuto dall'ordinamento dello Stato. In tal modo, la Corte in qualche modo ha esercitato una pressione esterna sui processi operativi interni ad un attore collettivo transnazionale, cioè una confessione religiosa. Questa pressione, pur 'disturbando' tali processi operativi, non li determina in modo meccanico: il risultato finale, cioè l'effettiva interiorizzazione del principio di parità di genere in materia familiare da parte dell'ordinamento ebraico e della relativa confessione - e quindi la sua politicizzazione interna - dipende in ultima analisi da come essa "reagisce" a tale pressione.

I casi a sostegno della tesi avanzata in questa sede sarebbero molteplici. Tuttavia, a chiusura del presente contributo, vi è un ultimo punto che vale la pena sottolineare brevemente: concentrarsi sulla collisione tra ordinamenti di attori collettivi autonomi che si sovrappongono, e non solo sul semplice squilibrio di potere di fatto in un rapporto *inter privatos*, permette di comprendere nell'analisi teorica fenomeni e situazioni in cui un unico soggetto responsabile ben individuato è assente. Ciò avviene tipicamente in case di discorsi di incitamento all'odio e cyber-bullismo diffusi soprattutto sulle piattaforme Internet, che causano danni significativi alla dignità e alla psiche delle persone, entrambi protetti in via di principio nelle costituzioni statuali, pur essendo riconducibili ad una pluralità più o meno indefinita di soggetti. In tali casi, per poter essere davvero efficaci, i meccanismi giuridici, invece di insistere con le sanzioni del classico diritto penale della diffamazione contro i singoli autori, dovrebbero forse concentrarsi sulla responsabilizzazione/politicizzazione interna degli attori collettivi organizzati che effettivamente controllano i flussi di comunicazioni, cioè gli Internet service providers come Facebook. Infatti, proprio come nei casi richiamati, tali attori costituiscono a tutti gli effetti ordinamenti privati che auto-producono le norme relative a ciò che può essere espresso o meno⁴⁵ e, in tal modo, risultano essenziali a garantire la prescrittività dei diritti riconosciuti nelle costituzioni statuali.

⁴⁵ Solo per limitarsi all'ordinamento italiano, v. nella giurisprudenza più recente Trib. Roma, ord. 12 dicembre 2019 (*Casa Pound c. Facebook Ireland Ltd.*); e Trib. Napoli Nord, ord. 3 novembre 2016 (*Facebook Ireland Ltd. c. Giglio*).

ACKNOWLEDGEMENTS

Il contributo costituisce una versione rielaborata dell'Intervento al Convegno "Le parole del Novecento - XII edizione Responsabilità", tenutosi presso l'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici il 28 novembre 2018. L'autore desidera ringraziare Gianvito Brindisi per i commenti alle versioni preliminari dello scritto, nonché i due revisori anonimi per le loro osservazioni.