



Citation: Ferone E., Petroccia S., Pitasi A. (2021) *La trasformazione silenziosa della globalizzazione giuridica. L'evoluzione del diritto da localismo antropologico a linguaggio logico-matematico formalizzato*, in «Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali», Vol. 11, n. 22: 217-225. doi: 10.36253/cambio-10455

Copyright: © 2021 Ferone E., Petroccia S., Pitasi A. This is an open access, peer-reviewed article published by Firenze University Press (<http://www.fupress.com/cambio>) and distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

Data Availability Statement: All relevant data are within the paper and its Supporting Information files.

Competing Interests: The Author(s) declare(s) no conflict of interest.

Points of view

La trasformazione silenziosa della globalizzazione giuridica. L'evoluzione del diritto da localismo antropologico a linguaggio logico-matematico formalizzato

EMILIA FERONE, SARA PETROCCIA, ANDREA PITASI

Università G. d'Annunzio di Chieti e Pescara

emiliaferone@gmail.com; sarapetroccia@gmail.com; pitasigda@gmail.com

Abstract. The transformation of law from an anthropological shape of habits, traditions, beliefs on a local community scale to a much more logical, abstract, formal, deductible, general and artificial conception of law is one of the mirrors through which globalization emerges. To be very simple: community law is much more a matter of socio-anthropological habits of which local moral values affect law making, on the contrary the abstract general, artificial conception of law is aimed at making law among social sciences what mathematics is among natural ns: a kind of formal and cross disciplinary language. In the globalization process the transformation is rather clear on a epistemological level but applied legal practice the different branches of law are more and more turning into mathematics the more global the world order evolves. Company law, Taxation law, Health Law, trade Law, intellectual Property Law, etc. are among the others more and more “mathematical” also through the efforts of OECD, WTO; WIPO WTO nevertheless criminal law still remains rather anthropological and it is an important problem setting for the institutional designers whose job on the criminal law side is to find some global alignment tool and exemplary case. Prescription in criminal law can be an interesting example as it is also an indicator of the decision making speed of courts which is, for example, a key criterion for the European Union which use Justice policy is about assessing how the local administrations of justice manage it.

Keywords: Law as Anthropology, Law as Mathematics, Globalisation, Higher Authority, Global Legislator, Law & Economics.

PROLOGO

Il tema centralizzazione/decentralizzazione nella governance pubblica, e non solo, non è certamente nuovo, anzi la letteratura delle scienze sociali in merito è talmente abbondante che qualunque citazione a riguardo avrebbe

l'odore della casualità. Questo tema, tuttavia, ha assunto, almeno dal 1950, ancora più nitidamente dal 1/12/2009 una forma piuttosto nuova e per certi versi marcatamente prescrittiva che richiede una rivisitazione piuttosto significativa del tema centralizzazione/decentralizzazione anche attraverso il concetto di espansione a spirale ricorsiva di comunità che chiariremo poco più avanti. La posizione epistemologica di questo saggio non è prescrittiva come si vedrà nitidamente, essa però parte da un quadro prescrittivo di tipo giuridico esterno che nessun esperto e studioso di questi argomenti può ignorare.

Procediamo per gradi: la Dichiarazione Schuman¹, grande prologo alla costituzione della CECA ispirata da una visione e da una missione estremamente nitide:

«La fusione della produzione di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime».

Una volta messe in comune le risorse, esse diverranno sistemiche e non saranno più né riducibili né riconducibili alle singole parti, agli stati firmatari della CECA. Una volta messo in comune il carbone, ad esempio, esso non sarà più riconoscibile come tedesco/francese/italiano/belga/olandese/lussemburghese, esso sarà per sempre semplicemente carbone della CECA intesa come Alta Autorità, più alta di ogni più alto organo di ogni stato membro e a quel punto Alta Autorità titolare delle risorse al di sopra delle volontà e sovranità dei singoli stati membri. Tale rivoluzione nel design politologico della CECA non sfuggì ad Amitaj Etzioni che, nel suo celebre volume del 1966, *Social Change*, affrontò il tema della CECA come primo autentico supersistema sovranazionale assai più sistemico e al contempo rivoluzionario del modello federalista USA e del tipo di unionismo alla sovietica. Il futuro sarebbe stato nei supersistemi sovranazionali. I trattati successivi a quello istitutivo della CECA, da quello di Roma a quello di Amsterdam e poi, tramite Maastricht, a quello di Lisbona del 2007, evidenziano il principio dell'Alta Autorità al cui elevarsi sarebbe corrisposto un abbattimento di muri, di dogane, di confini nonché di dazi, conducendo a una piena e libera circolazione di idee, di cose e di persone. In tal senso il Trattato di Lisbona compie, nel senso filosofico della *Vollendung*, questo passaggio all'Alta Autorità a tal punto che persino nel diritto privato, più periferico in materia rispetto a quello pubblico, si aggiorna il prestigioso Trattato di Diritto Privato di Francesco Galgano (2010) che già nell'edizione 2010 corregge la gerarchia delle fonti del diritto. Fino al 30 novembre 2009 in cima a tutto ci sono le costituzioni nazionali e il resto a seguire; dal 1° dicembre 2009, per gli stati membri dell'Unione Europea, la gerarchia diventa: 1. trattati dell'Unione Europea; 2. costituzioni degli stati membri; e poi via via a seguire, scendendo. Dalla dimensione locale, la comunità si è fatta via via più grande: regionale, statale, europea. Non a caso prima di arrivare alla ratifica si passerà per la Comunità Economica Europea e poi per la Comunità Europea. Visivamente il processo ricorsivo comunitario è una spirale di cerchi sempre più grandi dal basso verso l'alto. L'Alta Autorità e la garanzia di libera circolazione fanno sì che autonomie locali (etniche, religiose, ecc.) vi possano essere, ma che giuridicamente possano avere autonomia amministrativa e non politica, meno che mai possono legiferare a un livello tale da poter mettere ostacoli tangibili o intangibili alla libera circolazione, magari appellandosi alla costituzione del proprio stato membro, costituzione comunque in subordine ai trattati della UE. Questo il quadro prescrittivo, non degli autori di questo saggio bensì del tipo di *world order design* in cui ci troviamo, in cui il supersistema sovranazionale sta anche ispirando un'evoluzione interna dell'OCSE e le interconnessioni del trilaterale WTO- WHO - WIPO, ciò nonostante il supersistema sovranazionale rimane principalmente un mero disegno politico, non ancora validato giuridicamente.

In un supersistema sovranazionale, come la UE, il diritto diventa una sorta di linguaggio logico-matematico, altamente formalizzato e capace di creare interconnessioni evolutive sistemiche. Un diritto, dunque, ispirato ad usi e costumi locali, a tradizioni antropologiche è certamente accettato nella misura in cui non crea ostacoli all'espansione dell'Alta Autorità (ad esempio nell'interfacciarsi con l'OCSE nel progetto BEPS²) e allo sviluppo della libera

¹ https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-cu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it

² <https://www.oecd.org/tax/beps/>

circolazione al proprio interno. Un cambiamento sociale, politico, una trasformazione istituzionale e un mutamento giuridico-prescrittivo che i cittadini meno istruiti e più abituati al proprio microcosmo sovente hanno tardato/stanno tardando a cogliere come se continuassero a vivere dentro a campane locali fuori dallo spazio-tempo. E questo ritardo genera situazioni *contra-legem*, sanzioni pecuniarie agli stati membri e così via. Il Trattato di Lisbona aveva peraltro convertito la carta di Nizza in Trattato creando dunque un Trattato dei diritti umani unificante e superiore ai valori ispiratori delle costituzioni dei singoli stati membri. In altri ambiti però il diritto antropologico, cioè ispirato a usi e costumi locali, è diventato un freno, o perlomeno un fattore di rallentamento del processo di trasformazione socio-politico-giuridica dalla CECA in qua. Segnatamente il concetto di giustizia non si è rivelato tale, bensì piuttosto un significante dai troppi e troppo soggettivi significati con troppe diverse "tarature" nel correlare eventuale reato, eventuale pena ed eventuale prescrizione. Il diritto a base antropologico-locale dunque, parrebbe creare una fittizia certezza del diritto derivata dall'omogeneità della piccola comunità dotata di senso comune e dall'idea che, da che mondo è mondo, in quella comunità si è sempre fatto così. Tuttavia il diritto locale ispirato ad usi e costumi è ad altissimo rischio di deriva soggettiva della singola corte: compiere la stessa azione poniamo, nel punto A può procurare una medaglia, nel punto B può portare ad essere fucilati e tra A e B non vi sono più di 30 km. Esempio ovviamente iperbolico, di tipo concettuale e didattico da non prendere alla lettera, ma tanto più il diritto diventa casistica casuale contingente senza inquadramenti concettuali generati, tanto più il diritto da scienza giuridica diventa artigianato locale, spesso assai scadente. Come vedremo più avanti, l'Alta Autorità implica un diritto logico-matematico-interconnettivo in termini qualitativi e, in termini quantitativi la razionalità economica come tara per pesare reati/sanzioni/tempistiche di prescrizione (approccio *Law & Economics*). In tal senso la prescrizione, o piuttosto il mancato allineamento di standard di prescrizione su scala, almeno, UE è un mero esempio di come le risacche del diritto a base locale su usi e costumi stia creando un paradosso: il diritto *contra-legem* ovvero un diritto che se osservato/analizzato su base locale essendo coerente col senso comune locale può sembrare legale e invece è *contra-legem* in quanto in rotta di collisione con le fonti superiori della gerarchia giuridica, finanche con i trattati che, come anzidetto, in cima alla gerarchia si collocano.

I trattati si possono emendare, ma di solito occorrono almeno un paio di legislature e non è certo questa la scala temporale di movimenti di protesta/proposte referendarie solitamente molto più effimere di scarsa efficacia. Gli autori di questo saggio dunque non prendono posizioni epistemologicamente prescrittive, piuttosto partono, questo sì, dal quadro prescrittivo dell'ordine mondiale ispirato a supersistemi sovranazionali di cui la UE costituisce il primo caso compiuto, ma che è un trend ultrasettantennale che neppure una pandemia ha scalfito dato che alla fine la grande agenda su vaccini, ad esempio, è stata gestita di fatto dalla commissione Europea, dall'EMA e dalle multinazionali *Big Pharma*, al di là di ogni giudizio di valore, entro lo scenario della globalizzazione giuridica (Galvano 2005), intesa secondo una linea teorica già tracciata da Bodin, Locke e tanti altri nelle dottrine politiche che in queste pagine, fatti salvi i cenni al paragrafo tre, per brevità, lasceremo sullo sfondo³ pensando alla verticalizzazione e alla formalizzazione, secondo una logica matematica, del potere legislativo il quale, pur rimanendo ben distinto dagli altri due, gioca una funzione strategica peculiare: fondare l'attendibilità del diritto. Attendibilità intesa come convergenza di validità ed efficacia ovvero dei principi fondativi rispettivamente della teoria generale del diritto strettamente e latamente kelseniana e della sociologia giuridica ehrlichiana, dalla quale è emersa la convinzione assai frequente che il diritto si faccia nelle corti e che, attraverso l'esempio della prescrizione, questo saggio vuole confutare e falsificare o meglio chiarire che nessun diritto valido, efficace ed evolutivamente viabile a livello sistemico può nascere induttivamente dalle corti, neppure negli scenari più estremi di *common law*. Come sottolinea correttamente Glenn (2011), le tradizioni giuridiche dell'intero pianeta possono essere contate senza neppure usare tutte le dita delle mani e negli scenari della globalizzazione cosmopolitica stanno sempre più intrecciandosi e ricombinandosi. Il diritto è sempre più astratto, globale, planetario e sovranazionale, pertanto localizzare il diritto attraverso il nazionalismo metodologico tanto criticato da Beck (2005) o addirittura a livelli geopoliticamente inferiori significa farlo implodere, ridurlo a contingenza (Luhmann 2008), finanche ridurlo a mero estro politico e arbitrio. Da qui l'esigenza di un diritto formalizzato molto più simile alla logica matematica che all'antropologia

³ Si veda: Ferone e Pitasi (2017); Pitasi *et alii* (2018).

culturale: il diritto penale tout court e la prescrizione in concreto offrono un ottimo esempio di ciò. “Localizzare” i termini di prescrizione di un reato significa semplicemente creare dei *loop* e delle zone grigie, pensiamo ad esempio ai reati finanziari legati alla *tax avoidance* o agli *illicit financial flows* (IFF). Comunque si decida a riguardo, la decisione “deve” essere sovranazionale, intendendo con “deve” non una connotazione assiologica ma solo denotazioni funzionali: gli IFF, ad esempio, sono assai difficili da attaccare penalmente perché i loro flussi (*flows*) attraversano più stati in alcuni dei quali sono legali e dunque la certezza del diritto non c’è.

La prescrizione è un ottimo strumento di unificazione del diritto penale a livelli sempre più alti (sugli IFF, ad esempio, sta intervenendo direttamente l’OCSE col progetto BEPS in forte partnership con la UE). La sociologia giuridica, senza pretesa di esaustività, potrebbe puntare, in questi scenari emergenti a porsi come la metascienza, in senso piagetiano; per osservazioni di secondo ordine, in senso vonfoersteriano, sul sistema giuridico nell’ordine mondiale o società globale, con particolare focalizzazione sul rapporto validità-efficacia del diritto. Nel solco di questa definizione si colloca questo saggio che mostra quali strumenti epistemologici e metodologici giocano una funzione decisiva nella globalizzazione giuridica e nel formalizzare la prescrizione entro tale quadro, mostrando come lo *statement* “le corti fanno il diritto” sia già falsificato anche solo dal fatto che l’autonomia delle corti riverbera semplicemente il disallineamento legislativo; quindi, l’autonomia della corte non è una proprietà della stessa bensì un derivato di una disfunzione legislativa. Non a caso Locke aveva separato i poteri ben prima di Montesquieu tra legislativo, esecutivo e confederativo (oggi strategico con le evoluzioni nella configurazione della UE, ad esempio), ed era evidente che il potere giudiziario potesse avere autonomia per “grazia ricevuta/gentile concessione” dal potere legislativo. La prescrizione, in queste pagine, viene vista come uno strumento operativo attraverso il quale, in modo esemplare non esclusivo e generalizzabile, l’epistemologia e la metodologia delle scienze giuridiche inquadrano il diritto penale in cammino verso un suo inserimento in un ordine sovranazionale. Gli strumenti epistemologici e metodologici sono la teoria generale dei sistemi sociali complessi (Luhmann 2008), una concezione convergente di validità ed efficacia, di teoria generale del diritto e sociologia giuridica, un utilizzo dell’approccio *Law & Economics* per razionalizzare ed ampliare la portata del diritto valido mettendo in chiaro che la Giustizia non ha qualità.

Il processo evolutivo di oggettivazione intersoggettiva del diritto (Ardigò 2020) potrebbe essere semplificato euristicamente come segue (nostra rielaborazione da Falzea 2008): concezioni del diritto (e relativi autori principali di riferimento) dalla più logico-formale-astratta-oggettiva alla più antropologica-soggettiva-valoriale, pertanto:

1. Giusformalismo - Giuspositivismo (Kant, Stammler, Kelsen);
2. Giustoricismo (von Savigny);
3. Giusnaturalismo (Grozio, Pufendorf);
4. Giusvolontarismo - Giusimperativismo (Tönnies, Hobbes, Bodin);
5. Assiologia giuridica (Ehrlich).

Per queste argomentazioni dunque, la globalizzazione giuridica nello specchio della prescrizione rivela che il diritto:

- a) non può essere colto come fenomeno globale ridotto a patchwork di casi locali (da qui la scelta del tutto voluta di non far riferimento normativo alcuno);
- b) non può essere colto attraverso pratiche professionali magari non generalizzabili che possono essere oggetti parziali della disciplina ma non contribuire ai quadri epistemologici, teorici e metodologici della stessa.

Entrambi i punti vengono sempre più stemperati dalla globalizzazione giuridica che sfuma anche le derive del “bullismo delle corti” come lo definiamo in questo scritto, ovvero la tentazione di corti latamente locali di creare un *trompe l’oeil* per il quale esso fa sembrare che non esistano quadri e gerarchie normative più ampie della sovranità contingente della corte che potrebbe agire *contra-legem* in sinergia più con la politica e il notabilato locale della giurisdizione operativa della corte che non con le fonti gerarchiche più alte; la prescrizione come specchio della costituzionalizzazione sovranazionale (Teubner 2012) diventa dunque una via d’uscita da suddetto bullismo della volontà e della forza. Come scrive nitidamente Falzea: «In ogni forma effettivamente autoritaria di stato, come mostra la storia di tutti i tempi, l’autorità sottomette al proprio volere i sudditi e le istituzioni, legislative, giudiziarie, amministrative» (2008: 95). Anche per suddetta sinergia tra corti e politica locale, il processo di costituziona-

lizzazione sovranazionale è molto chiaro nelle sue intenzioni: «si dichiara qui di voler smontare i deliri di onnipotenza della politica» (Teubner 2012: 54).

1. TROVA/SOSTITUISCI NELLA GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

L'unificazione sistemica (Pitasi 2010) per differenziazione funzionale (Luhmann 1990) al di là di ogni obsoleto nazionalismo metodologico (Beck 2006) di policy fiscali, tributarie, giudiziarie, di *higher education*, di difesa militare e di difesa *tout court* sono al centro del vortice chiamato comunemente globalizzazione (Beck 1999; 2005) giuridica (Galvano 2005) che sta plasmando uno scenario sempre più nitido governato da *Global Players*, orizzonte sempre più ricco di spunti di ricerca per il *World Order Policy Modeling* (De Nardis 1999). In tale scenario la teoria generale del diritto e la sociologia giuridica (Ferrari 1997; 2006) hanno superato l'idea che l'ordine giuridico mondiale abbia gli stati nazionali come unità minime (lo scenario della Pace di Vestfalia del 1648) le cui interazioni sarebbero affidate a negoziati e trattati di diritto internazionale generale semplice, non sistemico, i cui atti giuridici, ancorché validi, non generano mai sistemi eccedenti e complessi non riconducibili né riducibili alla somma delle proprie parti (questo tipo di scenario di diritto internazionale semplice vede un ottimo esempio nel Congresso di Vienna del 1815). Lo scenario del diritto internazionale semplice segna il passo con l'avvento del diritto organizzativo dell'ONU incarnato dalla Dichiarazione del 1948. Tre secoli esatti dopo Vestfalia vengono superati sia l'ordine mondiale a misura di stati nazionali, sia l'ordine mondiale dei trattati di diritto internazionale semplice. Il diritto organizzativo dell'ONU entra in scena nel 1948 ma passa rapidamente da protagonista a comparsa già all'inizio degli anni Novanta con l'avvento della *Global Administrative Law* (GAL), uno dei cui fondamenti epistemologici, prima che giuridici, è probabilmente il trattato di Maastricht dell'Europa unita del 1992 (cfr. Teubner 1996; 2012). Oggi dunque siamo in uno scenario di *Global Player* in cui la produzione di diritto valido ed efficace (Falzea 2008) si gioca tra processi transnazionali e strutture sovranazionali (Teubner 2012, Thornhill 2016). In questo scenario, entro l'unificazione sistemica per differenziazione funzionale delle policy giudiziarie s'inscrive anche il tema della prescrizione alla quale è dedicato questo saggio ma che, curiosamente, potrebbe avviare un meccanismo di trova/sostituisci togliendo "prescrizione" e sostituendo con "imposte indirette" oppure "riduzione della vulnerabilità sistemica" oppure "standard di accreditamento accademico": il suo senso strutturale e sostanziale non muterebbe significativamente ma solo in alcuni minimi dettagli.

2. EPISTEMOLOGIA, TEORIA E METODOLOGIA DELLA GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

Come già detto, questo saggio tratta della prescrizione con l'intento di inquadrarla nell'ordinamento giuridico globale e sovranazionale. Una questione come quella della prescrizione implica alcuni requisiti funzionali di ordine epistemologico e metodologico senza i quali si rischierebbe di cadere nell'ennesimo scritto analitico-descrittivo-compilativo-locale, non generalizzabile e dispersivo:

1. Inserire la prescrizione come oggetto di studio entro un'epistemologia dei sistemi complessi funzionalmente differenziato che espliciti che i sistemi non sono geograficamente differenziati. Il sistema giuridico ha codice e programma differenti da quello politico (Luhmann 1989) ma vi è un sistema giuridico e un sistema politico.

2. Tale epistemologia è convergente nel mettere in evidenza la matrice di *constructivist design* logico-formale in relazione ad una modellizzazione evolutiva ed artificiale, senza più chimere di spontaneismo civile e politico a fondamento del diritto.

3. Metodologicamente, dunque, la formalizzazione giuridica della prescrizione, della sua *duration* o del suo eventuale azzeramento è questione di logica formale e razionalità economica della norma il cui toolkit è offerto dall'approccio *Law & Economics* (Friedman 2004).

4. Questo presupposto metodologico aprirebbe la via ad una concezione formalizzata, artificiale e positiva della prescrizione nella misura in cui la formalizzazione sarebbe scevra da opzioni etiche, politiche o morali da *Umwelt*.

5. Da qui, con ricorsività sistemica autopoietica, la prescrizione verrebbe a costituirsi in precetto di ottimizzazione non in quanto diritto fondamentale bensì in quanto output ricorsivo di diritto fondamentale a garanzia di un rapporto viabile tra validità ed efficacia della norma, «I diritti fondamentali, malgrado la loro formulazione più o meno precisa, hanno il carattere di principi e i principi sono precetti di ottimizzazione» (Alexy 2012: 607).

6. Un precetto di ottimizzazione fonda, e a sua volta si fonda, su una logica formale bivalente (o binaria che dir si voglia) 0/1 che consente attivazioni *fuzzy*, sfumate in cui l'oggetto del nostro saggio, la prescrizione, si colloca in questa forma $0 < N < 1$, senza il precetto di ottimizzazione, e dunque in balia di *re-entries* etiche, morali, politiche o di senso comune, la logica multivalente non sarebbe *fuzzy* bensì metonimica con relativa deriva casistica di totale contingenza (Glenn 2011: 575-578). Ricorrendo ai precetti di ottimizzazione la prescrizione può essere iscritta in un frame quadripartito natura-justificazione di fondo-concezione del cambiamento-relazioni con le altre tradizioni, frame che consente di rielaborare e ricombinare memeticamente (Pitasi, Ferone 2008; Pitasi 2012) le tradizioni giuridiche: a) ctonia b) talmudica c) *civil law* d) islamica (Castellano 2007) e) *common law* f) indu g) confuciana (Glenn 2011). Tali tradizioni sono del tutto irrilevanti dal punto di vista etico, morale, politico e di senso comune data la differenziazione funzionale interna tra norma giuridica/norma isotropica/norma sociale ciò che il sistema giuridico operativizza attraverso il codice *Recht/Unrecht* ed entro il programma della normativa vigente (Luhmann 1989). Tali tradizioni servono giuridicamente a collocare l'oggetto N tra 0 e 1 in una logica sfumata ai cui estremi vi sono la totale continuità (non è prevista prescrizione per reato alcuno, 0) e la totale contingenza (la prescrizione scatta dopo un secondo, per ogni reato, 1). Nell'intervallo tra 0 e 1 vi è la viabilità fuzzy dell'approccio *Law & Economics* (Pitasi 2008).

7. La processualità (Elias 1988) sistemica risulta dunque *l'embedding* dinamico in cui la binarietà attiva logiche *fuzzy* evitando la massima ed implosiva contingenza.

8. Tale processualità è quadrifasica e ricorsiva in un flusso ininterrotto, ricorsivo e circolare macro-meso-micro-psicosociale. La fase macro è quella a maggior impatto su base probabilistica, è il setting e lo scenario ad alta complessità in cui la vita si svolge. La dimensione psicosociale è quella di minor impatto di scala ed è quella che usualmente gli individui percepiscono come loro «realtà quotidiana». La fase psicosociale è, sui grandi numeri, quasi irrilevante perché è il luogo del «mondo dato per scontato» (Berger, Luckmann 1997) in cui le logiche imitative tardiane o quelle identificative su piccola scala prevalgono irrigidendo e cristallizzando in un eterno presente isolazionista la capacità neocorticale simbolica umana come se essa venisse ridotta a esecuzione anziché a creazione (Elias 1990, 1998; Ardigò 2020).

9. La dimensione psicosociale è quella in cui la *serendipity*, la creatività neocorticale di astrazione ed espansione simbolica dell'uomo creano singolarità kuhnianamente rivoluzionarie (Pitasi, Ferone 2008). Da Bill Gates a Soros, dai fondatori degli imperi Rotschild e Vanderbilt, da Cristoforo Colombo a Ignác F. Semmelweis, da Wolfgang Göthe a Umberto Eco, la dimensione psicosociale è quella in cui potrebbe accendersi una fiammella in grado di avviare sorprendenti traiettorie evolutive. Ben sapendo che la maggior parte delle esistenze individuali scivola via senza che nulla si sia acceso e dunque a zero impatto sulle fasi superiori e dunque nella pressoché totale irrilevanza sociologica, se non a meri fini figurazionali, ma non sempre la figurazione è un *methodological design* strategico, non sempre decisivo.

10. Questo effetto distorsivo della fase psicosociale implica che la figurazione dei fenomeni giuridici tende ad essere autopoietica di logiche elementari imitative. In sostanza, se scaturisce dalla fase psicosociale in modo bottom up, il diritto si consegna all'irrilevanza derivata dalla sua indistinguibilità dalla politica spesso attraverso l'estrema soggettivizzazione della parola significante «giustizia» resa priva di significato. Il diritto valido ed efficace, negli scenari della globalizzazione giuridica, scaturisce da formalizzazioni procedurali macro di ordine trans-sovranaZIONALE (Teubner 2012, Thornhill 2016).

In questo senso Di Plinio (2005) aveva già colto un paio di aspetti cruciali dell'evoluzione del diritto nella direzione sovranazionale:

A) una crescente *deregulation* psicosociale-micro-meso e una crescente regolamentazione astratta e formale dal macro: verticalizzazione regolativa;

B) aveva ben colto il *trend* sovranazionale emergente;

C) aveva ben intuito che la «costituzione vera» sarebbe stata economica e materiale oltre che formale.

L'unico punto sul quale dissentiamo da Di Plinio è che la dimensione materiale ed economica della costituzione, intesa in senso ampio, è isotropica, non sociale.

3. ROUSSEAU E IL LEGISLATORE GLOBALE

Per scoprire come meglio debba essere ordinata la società nell'interesse delle nazioni, occorrerebbe un'intelligenza superiore che vedesse tutte le passioni degli uomini senza essere in preda ad alcuna, che non avesse alcun rapporto con la nostra natura e che la conoscesse a fondo; la cui felicità fosse indipendente da noi e che tuttavia volesse occuparsi della nostra, infine che preparandosi nel progresso dei tempi una gloria lontana potesse lavorare in un secolo e godere in un altro (Rousseau 1762: 56, Libro II).

Apparso nel clima illuminista dell'Europa Centrale e Settentrionale nel 1762, il volume di Rousseau risulta oggi tanto noto quanto poco studiato e forse ancor meno compreso. Le passioni politiche, le masse in piazza, la volontà della maggioranza per Rousseau sono solo fastidioso rumore. Il legislatore descritto sopra è emotivamente lontano dalla condizione umana, superiore a istinti e piccoli interessi, del tutto insensibile ad amori rivoluzionari di piazza e a proclami di tipo percettivo-emozionale. Rousseau nel 1762 non poteva ancora arrivare dove sarebbe arrivato intuitivamente, ma ancora goffamente, Kant circa venti anni dopo suggerendo che il legislatore è un'organizzazione non una persona, ha un'estensione spazio-temporale il più ampia possibile ed esprime lo spirito generale del tempo rendendolo volontà giuridicamente valida ed efficace indipendentemente dalla maggioranza politica che spesso, osservata da un punto di vista macro del Legislatore è un mero errore prospettico e di scala. Ovviamente, sarebbe azzardato applicare Rousseau al nostro tempo in modo letterale, la partita è altra: mostrare semplicemente che il *trend* del legislatore globale, transnazionale e sovranazionale viene da lontano ed è oggi ad un livello di complessità, estensione e portata tali da rendere evidente che *the trend is your friend*. Pertanto ogni dibattito valido, attendibile e scientificamente fondato sulla prescrizione va iscritto nel livello macro transnazionale-sovrannazionale, segnatamente per alcuni suoi aspetti nella GAL (Teubner 2012: 35-50) altrimenti il rischio è che misure giuridiche localistiche siano semplici errori di sistema disallineati dal macro per cui ad esempio un serrato dibattito sulla prescrizione, poniamo, nel diritto penale spagnolo, sarebbe tanto cavilloso quanto futile se non contestualizzato nella processualità complessiva di eliasiana memoria. Infatti, visto dal *bottom up* psicosociale, il diritto non gode di buona reputazione e meno che mai lo stato dato che «la spinta alla formazione degli stati è data per lo più da orde bellicose, che da predoni si sviluppano in guerrieri» (Gumplowicz 2007: 129, Enriques 1986).

4. LA PROCESSUALITÀ DEL PROCESSO

Il titolo del paragrafo gioca, come intuibile, sul doppio senso tra processo in senso eliasiano – la processualità – e processo in senso strettamente giuridico. Ogni argomentazione sulla prescrizione sarebbe vana se non collocata in un'ottica processuale eliasiana che nello specifico può modellare le proprie quattro fasi già descritte sopra attraverso alcuni concetti chiave dell'approccio *Law & Economics* (Friedman 2004) sistematizzati e sintetizzati da chi scrive in dodici punti:

1. Definire nettamente lo standard quanti-qualitativo dell'attendibilità di indizi e prove per sentenziare con massimo rigore oltre ogni ragionevole dubbio.
2. Definire nettamente lo standard di taratura tra pene detentive e pene pecuniarie in modo che le ultime siano alte a sufficienza da rappresentare un deterrente a delinquere da un lato, e da ridurre i costi transnazionali di Williamson (1990) dell'apparato giudiziario-carcerario.
3. Esplicitare e formalizzare un nitido standard isotropico-logico-matematico (Friedman, 2004: 428- 431) per l'analisi dei suddetti costi W della pena in un apparato giudiziario-carcerario.
4. Internalizzare le esternalità (Friedman 2004: 79).
5. Produrre poche, potenti norme a più ampio spettro possibile (*ivi*: 126).

6. Collocare l'incentivo laddove esso è più efficace (*ivi*: 146).

7. Punire i tentativi criminosi gravi e, in generale, compresi i tentativi impossibili al fine di implementare l'effetto deterrente (*ivi*: 163).

8. Massimizzare la razionalità della norma ex ante (*ivi*: 198).

9. La razionalità individuale è giuridicamente del tutto insufficiente e lo stesso dicasi per la razionalità collettiva se intesa come razionalizzazione della volontà della maggioranza, come già aveva intuito Rousseau.

10. Sanzioni e pene pecuniarie da attuare sempre in forma forfettaria ed istantanea, non rateizzabile né dilazionabile, per incrementare l'efficacia e per non strutturare relazionalità tra le parti nel tempo.

11. Alzare lo standard di attendibilità di indizi e prove per rendere più probabile il ragionevole dubbio e scongiurare la condanna di innocenti, estensione e corollario di 1 e di 3.

12. Elevare pene detentive, pene pecuniarie e tempi di prescrizione per reati commessi oltre il ragionevole dubbio. In sostanza abbattere drasticamente la percentuale di rinvii a giudizio rendendo però altissima la probabilità di condanna in tutti e tre i gradi a coloro che vengono, su solidissime basi, rinviati a giudizio.

Ad un livello operativo, ciò implica una forte sistematizzazione, formalizzazione e proceduralizzazione a monte che riduca nettamente i margini di discrezionalità a valle – ad esempio tra giudice per le indagini preliminari e pubblico ministero – nella direzione del principio di presunta innocenza di Blackstone.

Questi i punti chiave per ritrarre l'intera processualità quadrifasica del processo eliasiano applicato al processo penale e alle sue procedure tenendo presente un importante passaggio *Law & Economics*:

Mentre il costo per singolo crimine aumenta con l'aumentare dell'entità della punizione attesa, il numero dei reati diminuisce in quanto il più elevato livello di deterrenza previene la commissione di alcuni delitti. Quanto meno numerosi sono i reati che sono portati a compimento, tanto minore è l'importo che deve essere speso per arrestare e punire i loro autori. Fintantoché la diminuzione nel numero dei crimini supera l'aumento di costo connesso al singolo reato, un incremento del livello della punizione diminuisce il costo totale dell'applicazione del diritto penale (Friedman 2004: 428).

Questo principio ci sembra opportuno nominarlo come Principio di Friedman. Delle quattro forme di *problem solving* del quadro normativo da ritrarre, la prima sembra dunque la meno viabile e meno efficiente: disciplinare con un'apposita legge, infatti aumenta l'incertezza del diritto e i costi W. Il Legislatore competente legifera poco, in modo potente e ad ampio spettro (Pitasi 2012).

La seconda, ovvero applicare ad ogni norma i principi di proprietà e commercio è soluzione viabile solo in base, e senza eccezioni, al Principio di Friedman suddetto.

La terza, il principio di responsabilità, è utile se internalizza le esternalità, rende più complesso il sistema e mette in evidenza la corresponsabilità globale in caso di macrofenomeni.

La quarta ed ultima, non fare nulla, funziona sempre e solo entro il suddetto Principio di Friedman (per una disamina più analitica di queste quattro forme cfr. Friedman 2004: 584-585).

5. PRESCRIZIONE IN SINTESI

Con alcune fortunate e prestigiose eccezioni (Galvano 2005, Pascuzzi 2017), le scienze giuridiche italianofone sono fortemente connotate da nazionalismo metodologico (Beck 2005) e di solito danno per scontato operare su scala micro o al più meso. Di solito l'internazionalizzazione e la globalizzazione delle scienze giuridiche viene da scuole di varie parti del globo che hanno già ibridato il diritto con la scienza politica, l'economia o la sociologia. In queste ibridazioni epistemologiche, di *polity*, *policy* e geo-politiche s'inscrive, come ormai dovrebbe essere chiaro al lettore, il *reframing* della prescrizione in una prospettiva di allineamento e ottimizzazione (Alexy 1994; 2012).

Da questo punto di vista risulta paradossale che il legislatore localizzi il suo intervento e specifichi la sua produzione normativa a base territoriale definita e limitata, nel caso più generale al meso. Il già menzionato Di Plinio (2005) aveva già ben intuito il passaggio sinergico tra *deregulation* meso-micro e *ri-regulation* macro e solo in questa prospettiva una riforma di tempi e modalità della prescrizione può assumere validità e razionale efficacia.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy R. (1994), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa Editorial.
- Alexy R. (2012), *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna: il Mulino.
- Ardigò A. (2020), *Per una sociologia oltre il postmoderno*, Milano: FrancoAngeli.
- Beck U. (1999), *Che cos'è la globalizzazione?*, Bologna: il Mulino.
- Beck U. (2005), *La società cosmopolita*, Bologna: il Mulino.
- Beck U. (2006), *Cosmopolitan Vision*, New York: Polity.
- Berger P., Luckmann T. (1997), *La realtà come costruzione sociale*, Bologna: Il Mulino.
- Castellano C. (2007), *Costruzione sociale dell'identità femminile e pluralismo giuridico*, Roma: Aracne.
- De Nardis P. (1999), *Sociologia del limite*, Roma: Meltemi.
- Di Plinio G. (2005), *Il common core della deregulation*, Milano: Giuffrè.
- Elias N. (1990), *Che cosa è la sociologia*, Torino: Rosenberg & Sellier.
- Elias N. (1998), *Teoria dei simboli*, Bologna: Il Mulino.
- Elias N. (1988), *Il processo di civilizzazione*, Bologna: Il Mulino.
- Enriquez E. (1986), *Dall'orda allo Stato: alle origini del legame sociale*, Bologna: Il Mulino.
- Etzioni A. (1966), *Il Mutamento sociale*, Milano: Etas Kompass.
- Faccioli P., Pitasi A. (2000), *Erving Goffman e la sociologia delle occasioni*, in S. Porcu (a cura di), *Ritratti d'autore, un'introduzione interdisciplinare alla sociologia*, Milano: FrancoAngeli.
- Falzea A. (1975) [2008], *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano: Giuffrè.
- Ferone A., Pitasi A. (2017), *Il legislatore come stratega globale*, in Petrocchia S. (a cura di), *Between Global and Local Cultural Changes Volume 2*, Bologna: Esculapio, p. 177-199.
- Ferrari V. (1997), *Funzioni del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- Ferrari V. (2006), *Diritto e società*, Roma-Bari: Laterza.
- Friedman B. (2008), *Il valore etico della crescita*, Università Bocconi Editore, Milano.
- Friedman M. (2004), *Reflection on a monetary history*, in «Cato Journal», vol. 23, issue 3, 349-351.
- Galgano F. (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: il Mulino.
- Galgano F. (2010), *Trattato di Diritto Privato*, Torino: Giappichelli.
- Glenn P. (2011), *Tradizioni giuridiche del mondo*, Bologna: Il Mulino.
- Gumplowicz L. (2007), *Il concetto sociologico dello stato*, Padova: Edizioni di AR.
- Luhmann N. (2008), *Rechtssoziologie*, Opladen: WDV.
- Luhmann N. (1989), *Ecological communication*, Chicago: University of Chicago Press.
- Luhmann N. (1990), *Sistemi sociali, fondamenti di una teoria generale*, Bologna: Il Mulino.
- Pascuzzi G. (2017), *Il problem solving nelle professioni giuridiche*, Bologna: Il Mulino.
- Pitasi A. (2012), *Ipercittadinanza*, Milano: Franco Angeli.
- Pitasi A. (a cura di) (2012), *Contemporary Sociological Theory and the Key Challenges of Our Times*, in «World Futures», vol. 68 issues 4-5.
- Pitasi A. (2010), *Teoria sistemica e complessità morfogenetica del capitalismo*, Roma: Aracne.
- Pitasi A. (2008), *Un seimiliardesimo di umanità*, Milano: Guerini Scientifica.
- Pitasi A. (2007), *La comunicazione del diritto tra Luhmann e Foucault: differenziazione funzionale e decostruzione del discorso normativo*, in «RES», n. 1.
- Pitasi A. (2007), *Sfide del nostro tempo*, Roma: Aracne.
- Pitasi A., Dib N.B., Portolese G. (2018), *Legislative innovation. Towards a global law. Making process: the case of global citizenship policy modelling*, in «International Review of Sociology», DOI: 10.1080/03906701.2018.1529102.
- Pitasi A., Ferone E. (2008), *Il tempo zero del desiderio*, Milano: McGraw-Hill.
- Rousseau J. J. (1792) [1966], *Il contratto sociale*, Torino: Einaudi.
- Teubner G. (2012), *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano: Bruno Mondadori.
- Thornhill C. (2016), *A Sociology of Transnational Constitutions*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Williamson O. (1991), *L'organizzazione Economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna: il Mulino.