

Via giuridica e via sociologica al *global constitutionalism*: una critica politico-costituzionale

RONALD CAR

1. *I linguaggi nazionali di un discorso globale*

Le diverse proposte accomunate sotto il nome di *global*, o talvolta *transnational*, *constitutionalism* possono essere suddivise metodologicamente in due gruppi (benché nei singoli contributi si tenda spesso a confonderli). Da un lato vi sono le proposte normative per un'evoluzione del tradizionale diritto internazionale verso un diritto costituzionale della nascente comunità internazionale, intesa nei termini del costituzionalismo legale. Dall'altro lato vi sono le analisi di taglio empirico che affermano l'esistenza di un processo spontaneo di costituzionalizzazione nell'ambito globale (inteso come *world society*), vista dalla prospettiva del costituzionalismo sociale.

I due percorsi seguono i dibattiti scaturiti nei campi delle relazioni internazionali, del diritto costituzionale e di quello internazionale, in risposta alle radicali trasformazioni sopravvenute dalla fine della guerra fredda. I dibattiti accademici riflettono

gli effetti che la sempre maggiore interconnessione su scala globale sta generando da un lato sul piano politico con l'emergere della cosiddetta *global governance*. Dall'altro lato si registrano i mutamenti a livello giuridico: sia all'interno degli ordinamenti nazionali alle prese con processi sociali che non riconoscono le frontiere costitutive dell'ordine statale (dentro-fuori e pubblico-privato), sia nel diritto internazionale, ormai profondamente mutato rispetto alla classica immagine del sistema westfaliano, incentrato sui trattati fra Stati territoriali.

L'evidente legame tra i mutamenti nella sfera politica e quelli in ambito giuridico non poteva non richiamare a mente la dimensione costituzionale: lungo tutta la storia del pensiero politico moderno, quest'ultima aveva rappresentato la via maestra per coordinare le questioni della legalità e della legittimità del potere. Pertanto, benché il dibattito sul *global constitutionalism* si riferisca a eventi recentissimi e tenda a proiettarsi verso sviluppi futuri, il

In the Press,
and speedily will be published,
THE
FEDERALIST,
A Collection of Essays written in fa-
vor of the New Constitution.
By a Citizen of New-York.
Corrected by the Author, with Additions
and Alterations.

*This work will be printed on a fine Paper
and good Type, in one handsome Volume duo-
decimo, and delivered to subscribers at the
moderate price of one dollar. A few copies
will be printed on superfine royal writing pa-
per, price ten shillings.
No money required till delivery.*

*To render this work more complete, will be
added, without any additional expence,*

PHILO-PUBLIUS,
AND THE
Articles of the Convention,
As agreed upon at Philadelphia, Septem-
ber 17th, 1787.

A
I
F
-
T
C
E
S
R
C
I
7

Annuncio pubblicitario per i "Federalist papers", 1787

concetto di costituzione lo lega anche ad un gravoso bagaglio di eredità storico-politiche. Limitare le riflessioni esclusivamente a una prospettiva futura o ad un eterno presente comporta il rischio di non riconoscere l'influenza esercitata dai linguaggi costituzionali, profondamente radicati nelle culture politiche e giuridiche locali.

Il presente contributo prenderà quindi avvio da una sintetica esposizione delle due linee di ricerca, quella della costruzione normativa e quella dell'indagine empirica. In seguito, si cercherà di ricondurre queste preferenze metodologiche a delle "scelte di campo", vale a dire a tentativi di condizionare la gestazione della nuova prospettiva globale imponendo una lettura particolari-

stica (se non esclusivistica) dei suoi termini base. Si evidenzierà la storicità dei concetti di "costituzionalismo legale" e di "costituzionalismo sociale", per chiarire le loro radici dottrinali e i nessi con le rispettive storie costituzionali. Si valuterà poi fino a che punto questi concetti siano trasferibili su un piano politico globale, se dunque il loro significato può essere universalmente valido alla stregua di "autoevidenti precetti razionali". Se così non fosse, dovremmo constatare che si tratta di un tentativo di de-politicizzare il discorso costituzionale, che rischia di viziare sottotraccia la sua pretesa di legittimità. Nell'affermare il proprio carattere de-politicizzato, sia i fautori della via normativa, sia quelli della sociologia costituzionale introducono una visione politica egemone della prospettiva globale. Nel primo caso si osserva la "giuridicizzazione" della politica, fondata su un presunto nesso tra la rete trans-nazionale di giuristi e la comunità internazionale. I fautori della via sociologica, invece, suggeriscono di abbandonare l'idea del soggetto libero e razionale, e con esso anche le pretese di legittimità politica, per adattarsi all'opera anonima del "sistema autopoietico".

In termini generali, la sfida del *global constitutionalism* non implica solo il problema di ideare un contesto universale che possa contenere le differenze tra le costituzioni nazionali e le contrastanti tendenze transnazionali. La medesima sfida si pone anche al livello del linguaggio da impiegare nella costruzione di questo «artefatto accademico»¹. Tale linguaggio non deve essere considerato a priori universale, al pari di una miracolosa lingua di pentecoste che vanifica la confusione babelica e rende il messaggio della salvezza immediatamente comprensibile ad ascoltatori di culture di-

verse. Piuttosto, la sua realizzabilità deve essere valutata con la consapevolezza che si sta tentando un assemblaggio di elementi tratti da sistemi, dottrine e tradizioni costituzionali diverse. Se non si prende atto delle differenti prospettive dalle quali si osserva la questione della legittimità, si rischia di tramutare il costituzionalismo globale – che si vuole ideologicamente e culturalmente universale – in un veicolo di egemonia dottrinarina globale.

2. *La via della progettazione normativa – costituzionalismo legale*

I sostenitori del progetto per la costruzione normativa di una *higher law* sopranazionale assumono usualmente come punto di partenza i principi dello *ius cogens* e gli obblighi *erga omnes*. Ambedue presuppongono il riconoscimento di una sfera di questioni che accomuna l'intera umanità e, si afferma, sono considerati il nucleo fondante dell'odierno diritto internazionale. Se si accetta questo assunto di base, allora non si può negare l'esistenza, per quanto embrionale, di una gerarchia di norme nel diritto internazionale, analoga a quella che subordina la legge ordinaria a quella costituzionale negli ordinamenti interni². Confidando nella progressiva ramificazione delle regole di *ius cogens* e *erga omnes*, si immagina che questo processo conduca alla piena affermazione di un sistema completo di leggi fondamentali, indipendente dal consenso dei singoli Stati.

La determinazione del contenuto di questa *higher law* globale dipenderebbe dalla sua graduale affermazione nella giurisprudenza delle corti internazionali, ac-

compagnata e ulteriormente legittimata dal dibattito dottrinale e accademico. Le voci critiche avvertono che in questo modo non si fa che sancire ufficialmente l'attuale rapporto di forze nel campo internazionale, conferendogli il sigillo di legittimità costituzionale. I suoi fautori ribadiscono però che, una volta che la questione della costituzionalità sarà estesa ad affari extra-statali, la pressione dell'opinione pubblica obbligherà i protagonisti della *global governance* a conformarsi a un più alto standard di democraticità e di rispetto per i diritti umani³. Inoltre, in esso si vuole riconoscere il modo più realistico per compensare l'erosione di legittimità costituzionale a livello nazionale, causata dalla globalizzazione⁴.

L'assoggettamento al dettato della *higher law* globale è considerato verosimile se non da parte di tutti gli Stati, almeno da parte di quelli che ambiscono al titolo di membri della "comunità degli Stati democratici". Ciò implicherebbe l'abbandono della prospettiva statocentrica nell'interpretazione del diritto internazionale. La "volontà contrattuale" degli stati non ne costituirebbe più il punto focale: quest'ultimo si sposterebbe sul nuovo soggetto, la comunità internazionale. Essa dovrebbe essere intesa come portatrice di un interesse generale, sovrapposto agli interessi particolari degli Stati. Di conseguenza, il metodo soggettivo di interpretazione sarebbe sostituito da uno obiettivo, avente per fine la difesa dei principi riconosciuti come fondanti della comunità internazionale, anche contro la volontà dei soggetti coinvolti⁵. Si andrebbe così a tracciare un'analogia con quanto era avvenuto nella storia degli Stati moderni in virtù della progressiva sconfitta del criterio privatistico negli ambiti ritenuti di interesse pubblico.

La plausibilità del progetto è messa in dubbio anche da chi ne critica la fallacia metodologica. Si obietta che i suoi sostenitori tendono a presentare i progressi della costituzionalizzazione globale citando esempi che riguardano la sola Unione Europea. Il processo di integrazione europea, sostengono, si distingue da quello globale non solo per le peculiarità riconducibili alle contingenze storiche, ma anche per una generale incompatibilità concettuale. Tuttavia, a tali critiche si può rispondere che, benché l'EU sia un progetto regionale dal respiro molto più modesto di quello globale, nondimeno esso testimonia come – in via di principio – sia possibile compiere il salto di qualità dal diritto internazionale ad uno ispirato ai principi del costituzionalismo democratico. L'UE stessa, del resto, afferma nell'articolo 3, para 5 del Trattato sull'Unione Europea di ambire al ruolo di una "potenza normativa" globale che «contribuisce [...] alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite»⁶. Quanto al piano politico, le perenni controversie nei rapporti centro-periferia prodotte dalla struttura cripto-federale dell'UE non fanno di essa un corpo estraneo nell'analisi dell'evoluzione globale, bensì la punta più evoluta di questo processo. Più in generale, la tesi che vuole l'ambito europeo intrinsecamente differente da quello globale rischia di apparire ostaggio della tradizione eurocentrica che contrappone la sua civiltà alla circostante barbarie.

2.1. *Il recupero integrale o parziale dei valori del costituzionalismo nazionale*

Il dibattito sulla fattibilità e la desiderabilità della costituzionalizzazione del diritto internazionale si è incentrato nell'ultimo decennio sul problema chiave se e in che misura i principi normativi di un costituzionalismo adatto al piano globale possano essere desunti dall'esempio storico del costituzionalismo nazionale.

Tra gli autori che a tale quesito rispondono positivamente vanno distinte due posizioni. Da un lato vi è chi confida che – in virtù della progressiva diffusione dei valori della democrazia e dei diritti umani – in un prossimo futuro sarà possibile recuperare su scala globale l'intero patrimonio di legittimità degli stati nazionali. Esemplificativo della fiducia nella diffusione universale dei valori del costituzionalismo appare l'approccio di Christian Tomuschat: il deficit democratico del diritto internazionale viene in analisi di questo tipo ridotto a una questione transitoria⁷. Esso potrà essere recuperato una volta che si realizzeranno sul piano globale le condizioni necessarie per ripetere il percorso che aveva condotto all'affermazione delle costituzioni democratiche a livello nazionale. A quel punto il soggetto costituente – il *demos* – non sarà più limitato territorialmente, ma abbraccerà tutti coloro che si identificano in una comunità di valori.

La funzione primaria di una costituzione, aggiunge a tale proposito Ulrich Preuss, non è quella di delimitare un popolo dall'altro. La delimitazione territoriale è solamente un effetto collaterale del fine principale, che è l'istituzione di un regime di auto-governo collettivo. Solo questo particolare tipo di regime è in grado di

trasformare la moltitudine in un soggetto capace di porsi come *We the people*⁸. Questa funzione trasformativa può quindi essere disconnessa dalla dimensione territoriale senza intaccare il fulcro del concetto di costituzione; ma per Preuss come già per Tomuschat, la condizione indispensabile affinché ciò avvenga è che

la moltitudine di individui che formano il *We* del popolo o della nazione [sia] in grado di riconoscere sé stessa come un corpo capace di agire, di deliberare e di intendersi *come se* fosse un corpo artificiale capace di agire su sé stesso. Più precisamente, la moltitudine è in grado di agire *come se* fosse un'entità. Questo li rende capaci di governarsi da sé – il *We* è il risultato dell'auto-legittimazione di una moltitudine quale attore collettivo riflessivo. Questo carattere riflessivo del *We* è creato tramite la costituzione⁹.

L'autogoverno, su cui pone l'accento Preuss, crea, ma anche presuppone la affermazione dei valori della democrazia: la medesima affermazione nella quale confida anche Tomuschat. Ambedue orientano le loro speranze verso l'emancipazione dell'idea costituzionale dalla dimensione spaziale, in virtù dell'uniforme diffusione dei suoi valori fondanti.

Non diversamente, per Mattias Kumm, i valori del costituzionalismo democratico vanno liberati dal pathos di un mitico "momento costituente" situato in un preciso momento e luogo della storia di un *demos*. L'autorevolezza di una costituzione non dipende dalla procedura con la quale è stata realizzata, asserisce Kumm, ma dalla misura in cui si realizzano i principi costituzionali che promette¹⁰. Al fine di vedere realizzati i principi non è quindi determinante il *pouvoir constituant* incarnato in un *demos*; questi vengono affermati nella prassi, che a sua volta riafferma la legittimità democratica della costituzione. E non vi è ragione

per limitare tale prassi alle sole comunità nazionali. Affermare il contrario, ossia che solo le nazioni fondano delle comunità sufficientemente genuine per consentire lo sviluppo di un autogoverno democratico equivale, per Kumm, all'argomento profondamente nazionalistico secondo cui la nazione è la fonte suprema di ogni autorità legale¹¹. Un costituzionalismo custode della democrazia e dei diritti umani è pertanto conseguenza della prassi, che si sviluppa a livello nazionale nelle corti costituzionali e a livello sopranazionale nelle corti internazionali.

Tra quanti aspirano a recuperare a livello globale le caratteristiche basilari del costituzionalismo nazionale vi sono poi autori che rifiutano di vedere nel deficit di democrazia un problema puramente transitorio. Se si vogliono affrontare i gravi problemi attuali, sostengono, è necessario scendere a patti con un contesto globale in cui è palese la mancanza di accordo sui principi fondamentali, e in cui gli attori trans-nazionali sono costretti a muoversi sotto la perenne accusa di illegittimità. Piuttosto che attendere l'avvento di una comunità internazionale più armoniosa, essi affermano la necessità di individuare la cosiddetta *second best choice*. Se non è possibile replicare appieno il modello storico delle costituzioni democratiche a causa della mancanza di un *demos* costituente, si suggerisce di estrapolare da questo lascito almeno gli elementi che sarebbero "trasferibili" sul livello globale.

A tale risultato mira l'ipotesi operativa, avanzata da Alec Stone Sweet, di smettere di pensare al costituzionalismo nazionale in termini eccessivamente "pesanti" (*thick*), in favore di un modo più "agile" (*thin*). Se interpretate "agilmente", a suo dire, le costituzioni si rivelano delle meta-norme che

determinano la produzione, l'applicazione e l'interpretazione delle norme di livello inferiore. In luogo della netta distinzione tra le costituzioni nazionali e i trattati che disciplinano i regimi internazionali, occorre valutare le une e gli altri come sezioni del medesimo «continuum su cui situare le strutture delle varie forme di regime»¹². Da un lato del continuum andrebbero collocati i più semplici accordi basati sull'equilibrio di potere, l'estremo opposto spetterebbe all'UE (il cui trattato è quindi equiparato ad una costituzione statutale), mentre le posizioni mediane spetterebbero alle altre forme di regime come il WTO. La loro collocazione lungo il continuum dipenderebbe da tre fattori: il radicamento e l'estensione della supremazia gerarchica delle norme costitutive; il livello di precisione e di formalità delle obbligazioni legali; ed infine la capacità di monitorare e far rispettare le obbligazioni. Considerata l'importanza principale che tale schema analitico conferisce alla funzione giudiziaria non solo per l'operato, ma anche per la stessa istituzione e autoaffermazione di questi regimi, non sorprende che per Stone Sweet la giuridificazione dei sistemi sopranazionali corrisponda alla loro costituzionalizzazione. Pertanto, afferma l'autore, i trattati fondativi della Corte europea dei diritti dell'uomo (ECHR), della UE o del WTO avrebbero già una valenza costituzionale, mentre la Corte di giustizia dell'Unione europea (ECJ), ECHR o gli organi giurisdizionali del WTO sarebbero corrispondenti alle corti costituzionali nazionali¹³. In ciascuno di questi tre regimi sopranazionali sarebbe quindi in corso d'opera un «processo sociale»¹⁴ di formazione di quella identità costituzionale pesante (*thick*), guidato dalla sua parte più agile (*thin*): il potere giudiziario.

Un altro modo per individuare una *second best choice* in mancanza di una risposta esauriente nelle condizioni attuali, è stato proposto dalla équipe capitanata da Armin von Bogdandy¹⁵. Anche in questo caso si tratta di una volontaria limitazione del campo di osservazione, poiché i membri della équipe affermano l'impossibilità di cogliere entro una cornice normativa la questione della *global governance* nella sua interezza. Essi suggeriscono quindi di "sincronizzare" la legalità e la legittimità entro una cornice di diritto pubblico almeno per gli atti che possono essere intesi come esercizio di autorità pubblica da parte di Stati o organizzazioni intergovernative che hanno una base legale per le loro azioni. Chiaramente, con tale approccio rimane senza risposta la questione della legittimità di tutti gli altri attori privati o ibridi, che esercitano un'influenza nella sfera globale in modi diversi da quelli della legalità formale e i cui effetti si ripercuotono contemporaneamente su più livelli (sopra, inter e infra-nazionali).

2.2. *Il costituzionalismo globale come nuovo inizio*

Alla domanda se i principi normativi del costituzionalismo globale possano essere desunti in tutto o in parte dall'esempio storico del costituzionalismo nazionale rispondono negativamente i fautori del "pluralismo costituzionale". Più precisamente, essi rifiutano di assumere come punto di partenza l'analogia concettuale tra i due costituzionalismi. Affinché la ideazione di un ordine globale non conducesse ad un esito imperiale, autori come James Tully, Joan

Cohen, Neil MacCormick, Neil Walker o Antje Wiener insistono sul bisogno di voltare le spalle al passato. In primo luogo occorre, a loro parere, emancipare il pensiero costituzionale dal dogma dell'universalismo monistico, che era centrale nello schema storico della modernità. Il monismo infatti comporta l'imposizione di un'una regola fondatrice unitaria, livellatrice di ogni differenza.

In termini generali, l'esempio storico della modernità ci induce a raffigurare lo Stato come una struttura atomo-centrica dispiegata entro i suoi confini. La stabilità della struttura dipende dalla perenne tensione tra il centro della sovranità e ciascun individuo presente sul territorio. Nella sua raffigurazione ideale, l'impulso emanato dal legislatore scorre lungo la superficie liscia della struttura senza incontrare resistenza e raggiunge ogni cittadino con la medesima efficacia. Esteso a livello globale tale schema appare non solo poco probabile, ma anche non desiderabile, in quanto presuppone la capacità di coprire con un unico e fisso sistema di potere tutta la pluralità di un mondo in costante mutamento, le cui parti si diversificano e rimescolano senza soluzione.

Una struttura globale non imperiale dovrebbe invece poggiare, insistono questi autori, su una struttura multipolare in grado di contenere in sé le differenze, dando luogo ad un inedito «multiverso costituzionale»¹⁶. Ci si troverebbe, si sostiene, davanti alla tanto attesa occasione di spodestare il classico criterio gerarchico di intendere i rapporti tra i soggetti per idearne uno alternativo, eterarchico. Concretamente, le relazioni tra il sistema costituzionale globale e le costituzioni dei singoli Stati dovrebbero essere interrelate in modo da conferi-

re la supremazia di volta in volta in base ad una «tolleranza costituzionale» che garantisce tutte le parti del sistema globale contro l'egemonia di un legislatore centrale¹⁷.

Per quanto attraente, tale prospettiva "anti-imperiale" deve però ancora dimostrare la propria validità di fronte alla fondamentale obiezione: che, cioè, il concetto di pluralismo costituzionale costituisca un ossimoro insolubile. Secondo Martin Loughlin, infatti, i promotori della visione pluralistica non colgono la distinzione tra *potestas*, che conferisce allo Stato l'autorità di governare, e *potentia*, ovvero il potere del governo di realizzare il proprio volere¹⁸. Pertanto, afferma Loughlin, essi impropriamente indicano il processo di relativizzazione della *potentia* dei governi nazionali, causata dalla globalizzazione, come la prova della pluralizzazione della *potestas* statale¹⁹.

3. Le radici nazionali del costituzionalismo legale

Quale progetto normativo, il costituzionalismo globale si richiama fortemente al discorso prettamente statunitense della "rivoluzione dei diritti". Per comprenderne le implicazioni storiche, vale la pena di soffermarsi nuovamente sulle riflessioni del menzionato teorico del costituzionalismo Martin Loughlin. Egli ci propone un'immagine stilizzata, ma molto evocativa della storia del costituzionalismo americano, raffigurato come una secolare rivalità tra due articolazioni contrapposte. Lo scisma nella dottrina costituzionale statunitense, riguardante le modalità di governo e le sue garanzie, ha a suo dire avuto origine nel momento stesso della sua nascita sulle

pagine dei *Federalist papers* a firma di James Madison e Alexander Hamilton²⁰.

Per Madison, il principale mezzo con cui l'assetto costituzionale avrebbe dovuto assorbire gli urti della lotta politica era il meccanismo dei *checks and balances*. Mantenendo in costante tensione le parti che costituivano la struttura governativa, «nessuna di esse poteva pretendere un diritto esclusivo o superiore nel definire i limiti tra i rispettivi poteri»²¹. Per la medesima ragione, Madison era inizialmente contrario ad inserire il *bill of rights* nel testo costituzionale, per non assegnare un ruolo speciale al potere giudiziario; per lui, i diritti fondamentali erano meglio protetti se rimanevano oggetto della perenne contesa politica incanalata nella struttura costituzionale. Espresso in termini più vicini al dibattito odierno, la tesi madisoniana sostiene che un sistema costituzionale si può dire repubblicano in quanto non conferisce a nessuno dei suoi organi la cosiddetta *kompetenz-kompetenz*.

La soluzione di Hamilton al problema della salvaguardia del patto costituzionale consisteva invece nell'affidare i destini della costituzione alla élite sociale. Questa doveva essere in grado di contrapporsi al fluttuante volere popolare indossando le vesti sia di un potente e indipendente governo federale, sia di un vertice giudiziario che potesse «dichiarare nullo ogni atto manifestamente contrario al senso della costituzione»²². Nel saggio numero 78 del *Federalist*, Hamilton affermava che non disponendo del potere della borsa o della spada, il giudiziario non si imponeva né con la forza, né con la volontà, ma solo con il giudizio. L'autorevolezza della Corte suprema dipendeva dunque esclusivamente dalla imparzialità e dall'ineccepibilità logica delle sue sentenze. Hamilton,

conclude Loughlin, «ci offre la narrazione di ciò che si può definire il costituzionalismo liberale (o legale)»²³.

3.1. Constitutional review

L'odierna dottrina costituzionale americana non appare più vivificata dalla tensione tra questi due approcci. Hamilton si erge come vincitore incontrastato, se, come è stato osservato, «la storia costituzionale degli Stati Uniti è stata scritta in primo luogo come la storia delle decisioni della Corte Suprema, delle sue dottrine, procedure e personalità»²⁴. A ciò va aggiunto l'influsso dell'ideologia sull'eccezionalità americana, che innalza la sua storia costituzionale a modello normativo globale. La "rivoluzione dei diritti umani" si sarebbe compiuta, secondo tale lettura, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale grazie al fatto che «gli Stati Uniti hanno regalato al mondo il diritto americano e l'*american way*»²⁵. In effetti, va riconosciuto che oggi l'equazione tra costituzionalismo e *judicial review* è accolta quasi universalmente come una necessità logica, applicabile ovunque si ambisca ad istaurare il "governo delle leggi", a livello sia statale, sia sovrastatale.

Una delle più note voci critiche dell'orientamento legalistico assunto dal costituzionalismo statunitense era la filosofa della politica Judith Shklar. Già nel 1964 lei coglieva la tendenza ad ergere tale interpretazione della dottrina costituzionale al rango di una ricetta universale, come nel caso del progetto per la codificazione di una *world law*, promosso all'epoca dalla American Bar Association (ABA). A suo avviso, si trattava di un mero

sucedaneo di una presa di posizione sulla questione e di una vera riflessione sulle relazioni internazionali. Concentrandosi su un obiettivo che non è realizzabile nel prevedibile futuro e che non richiede altro dall'azione politica che la ricerca e l'affermazione di principi giuridici, esso dà l'apparenza di avere uno scopo che in realtà non ha. [...] In realtà esso è ciò che il legalismo deve essere, la difesa dello *status quo*²⁶.

«Come è ben noto», rimarcava la filosofa, «codificare significa stabilizzare le regole esistenti». Ciò che secondo lei rendeva plausibile «ora come sempre questa crociata» a favore di una *judicial review* globale «è l'idea che la legge sia 'li', pronta ad essere scoperta»²⁷; da simili convinzioni si doveva anche dedurre che nessuno era più qualificato dei giuristi a dirigere tali ricerche. Secondo Judith Shklar, per liberarsi dalle illusioni dell'ideologia della *rule of law*, il primo passo consisteva nel «riconoscere che la legge è una forma di azione politica tra le altre. Non è una risposta alla politica, né è isolata dagli obiettivi e dalle lotte politiche. Soprattutto, non è qualcosa che è 'li' o 'non è li'»²⁸.

Negli stessi decenni, nell'ambito della teoria costituzionale britannica il compito di difendere il punto di vista politico contro l'avanzare di quello legale era stato svolto da John A. G. Griffith. Contro l'apparentemente inarrestabile marcia del costituzionalismo legale, nel 1979 Griffith recuperava la nozione di "costituzione politica"²⁹. Al pari di Judith Shklar, egli denunciò sia la prassi di delegare le decisioni politiche a istituzioni impolitiche, sia la teoria costituzionale esclusivamente incentrata sul lavoro e sulla giurisprudenza delle corti supreme. Contro una revisione della tradizionale costituzione britannica per via della codificazione dei diritti fondamentali, Griffith ribadiva due generi di obiezioni. In primo

luogo, che la legge non può sostituirsi alla politica, per cui controversie politiche non devono essere mascherate come giuridiche; in secondo luogo, che le decisioni politiche formulate da una corte suprema non perdono per tale ragione il loro carattere politico. Le procedure legali previste per l'adozione delle misure politiche, così come le procedure legali di elezione del personale politico, vanno intese nella loro valenza politica – ossia come prerequisiti per la determinazione e la realizzazione dei fini politici³⁰.

Oggi, autori come Ran Hirschl o Alec Stone Sweet sostengono che il costituzionalismo legale sia il modello egemone a livello globale³¹. La collocazione dei diritti fondamentali al centro dei sistemi costituzionali ha proceduto di pari passo con il venir meno della fiducia nella capacità dei governi di realizzare le aspettative dei cittadini con i metodi discrezionali tipici della pianificazione amministrativa. Per Boaventura de Sousa Santos, il protagonismo delle corti costituzionali è sintomo del fallimento dello Stato democratico³². Quest'ultimo è percepito come poco trasparente e partecipativo, troppo spesso scosso da scandali di corruzione e incapace o disinteressato a realizzare i diritti economici e sociali o a proteggere i cittadini da potenti attori economici privati. Tali fallimenti sono stati associati con le branche esecutive e legislative dello Stato, inducendo la dislocazione del centro della legittimità statale verso il potere giudiziario. Come diretta conseguenza, la *constitutional review* si è imposta negli ultimi decenni come modo di concepire le garanzie costituzionali anche nei paesi in cui più era radicato il principio di sovranità parlamentare (il "modello Westminster"), come il Canada (1982), la Nuova Zelanda (1990), Israele (1992) e il Regno Unito (1998)³³.

Secondo Ran Hirschl, in termini di *realpolitik*, l'affermarsi incontrastato della dottrina del costituzionalismo legale va inteso come l'avvento della "giuristocrazia". Provocatoriamente, egli suggerisce che il rimarchevole successo del neo-costituzionalismo non possa essere spiegato in virtù di una genuina devozione delle élite politiche per la causa della democrazia, della giustizia sociale e dei diritti umani. Queste sarebbero solo delle giustificazioni *ex post facto* che non tengono conto delle motivazioni politiche indispensabili per imporre dei mutamenti di tale portata negli equilibri di potere. Il differimento del potere legislativo all'organo giudiziario non può essere valutato separatamente rispetto ai conflitti sociali ed economici che plasmano un sistema politico. Parimenti esso non può essere ridotto a uno spontaneo – dunque apolitico – allineamento del sistema alle sue necessità strutturali. A detta di Hirschl, si deve ammettere che la *constitutional review* è diventata il veicolo con il quale le élite sociali si sono appropriate della retorica della giustizia sociale per promuovere i propri interessi, adottando le forme istituzionali più vantaggiose per loro. Pertanto il processo di giuridicizzazione della politica avrebbe lo scopo di «preservare l'egemonia»³⁴, essendo il frutto di una

interazione strategica tra tre gruppi chiave: élite politiche minacciate, che cercano di preservare o incrementare la loro egemonia isolando l'azione politica dalle vicissitudini della democrazia; élite economiche, che possono vedere nella costituzionalizzazione di certe libertà economiche il mezzo per promuovere una agenda neoliberale di libero mercato, deregolamentazione economica, antistatalismo ed anti-collettivismo; e élite giudiziarie e alte corti nazionali, che cercano di aumentare la loro influenza politica e reputazione internazionale. In altre parole, innovatori legali strategici [...] con interessi compatibili deter-

minano i tempi, l'estensione e la natura delle riforme costituzionali³⁵.

Alla critica di Hirschl si associa anche Stephen Gill, che definisce il costituzionalismo legale, o neo-costituzionalismo, come la sovrastruttura giuridica e istituzionale della forma di Stato prodotta dalla «civiltà di mercato»³⁶. In complesso, a detta di Kanishka Jayasuriya, stiamo assistendo alla transizione dal costituzionalismo politico ad uno economico, che ha come obiettivo di difendere gli istituti regolatori del mercato dagli effetti delle politiche maggioritarie, espresse dagli organi legislativi ed esecutivi³⁷.

A giudizi simili si potrebbe obiettare che, nonostante i recenti sviluppi indichino l'intensificarsi dell'importanza dei fori giudiziari, la sfera internazionale continua ad essere in grandissima parte il campo di gioco degli esecutivi nazionali. È altrettanto vero però che il discorso sull'auspicabile costituzionalizzazione delle regole di gioco risulta circoscritto ai termini del costituzionalismo legale. L'eventuale affermarsi di un *global constitutionalism* non implicherebbe pertanto l'avvio di politiche istituzionali volte ad un pervasivo intervento economico o sociale, bensì demanderebbe le questioni dei diritti umani e della giustizia sociale al solo rimedio individualizzato da parte delle corti.

Come è stato osservato, il limite del discorso sui diritti è che non ci si può «nutrire di diritti»³⁸. In altre parole, l'impatto reale di questo tipo di rimedi sulla struttura sociale induce scetticismo. Il potenziale trasformativo del discorso legalistico è fortemente ridotto dal fatto che il suo ruolo istituzionale, come ricordava Judith Shklar, è la protezione dello *status quo*. Pertanto, senza l'apporto delle altre branche del po-

tere, esso «può al massimo alleviare le preesistenti ineguaglianze nelle condizioni di vita»³⁹; e solo a condizione che esista una «struttura di supporto per la mobilitazione legale che dia modo a gruppi e individui di invocare il riconoscimento dei loro diritti per via processuale»⁴⁰. Per di più, con la costituzionalizzazione dei diritti si è diffusa la pratica di bilanciare i diritti socio-economici con i diritti di proprietà e di libera impresa. Di conseguenza, gli effetti del loro riconoscimento nei casi che riguardano i singoli individui non hanno prevenuto l'avanzamento delle più ampie trasformazioni nella struttura economica e sociale, come la deregolamentazione, la privatizzazione e la riduzione della spesa sociale. In definitiva, l'attuazione dell'idea che sta alla base del discorso sui diritti, ossia che ha senso parlare delle classiche libertà civili solo laddove esistano le condizioni per una vita dignitosa, dipende dall'interazione tra il giudiziario e gli altri due poteri dello Stato, gli unici ad avere il mandato democratico per avviare i meccanismi strutturali per la loro attuazione.

3.2. *La comunità*

Il processo di giuridicizzazione della politica tramite il *constitutional review* favorisce a sua volta un uso sempre più accentuato del concetto di "comunità" nel discorso pubblico. Alla luce della teoria del *third-party dispute resolution* (TDR)⁴¹ si può osservare bene quanto sia determinante il nesso tra la giuridicizzazione e la retorica comunitaria.

Lo scopo della TDR è di vagliare le dinamiche e le conseguenze politiche insite nel passaggio da un contesto diadico di soluzio-

ne delle dispute tra le parti ad un contesto triadico, in cui alla modalità consensuale si sostituisce la soluzione imposta dalle autorità. Spostandoci dal piano della soluzione consensuale a quello in cui l'autorità in questione è una corte costituzionale impegnata a proteggere i diritti fondamentali contro la maggioranza legislativa, la figura triadica risulta sempre più implicata nelle esigenze di governo, alla stregua di un capo politico. Nella *governance* triadica della *constitutional review* è insita pertanto una tensione fondamentale che minaccia di distruggerne la legittimità agli occhi delle due parti in causa. Da un lato la terza parte deve essere percepita come neutrale, ma dall'altro lato il suo compito è di proclamare un vincitore, il che la condurrà in una situazione di "due contro uno". Dato il suo interesse fondamentale a non apparire nemica della parte perdente, la terza parte presenterà il verdetto come realizzazione di principi il cui rispetto porta benefici a tutti. «Invocando le norme, la figura triadica sta in realtà dicendo al perdente: "tu non hai perso perché io preferisco il tuo opponente; hai perso perché la mia responsabilità è di sostenere ciò che è giusto nella nostra comunità"»⁴².

L'appello ad un superiore interesse generale è esattamente quanto non dovrebbe compiere il giudice di un processo accusatorio derivato dalla tradizione del *common law*. Egli è infatti chiamato a pronunciarsi sui diritti con cui le parti in causa intendono promuovere il loro interesse personale e proprio questo elemento distingue il ragionamento giudiziario da quello parlamentare, che valuta gli stessi diritti da una prospettiva più ampia⁴³. La conseguenza dell'estensione del ruolo di giudice a quello del legislatore è che, nel pronunciarsi sui diritti dove le parti in causa sono sempre

rappresentative di più ampi interessi sociali e non sono possibili soluzioni di compromesso, la corte finirà necessariamente per dichiarare che l'interesse di una parte coincide con l'interesse dell'intera comunità. L'argomento comunitario, in sintesi, viene a sostituirsi alla mancata legittimazione democratica della corte nel suo conflitto contro un legislatore elettivo.

Prelevando l'argomento comunitario dalla tradizione del costituzionalismo legale e trasportandolo sul piano transnazionale, il *global constitutionalism* assegna al concetto di comunità un significato ben diverso da quello usato dal diritto internazionale⁴⁴. Attualmente l'appello alla "comunità internazionale" sottintende che si sta chiedendo ai governi nazionali una prestazione in nome dell'umana solidarietà, che non implica il riconoscimento di un obbligo normativo al riguardo (se non come *soft law*, ossia un modello-base per l'auspicata normativizzazione⁴⁵). Giustamente Pierre-Marie Dupuy definisce la comunità internazionale come «la finzione di una solidarietà universalmente affermata a priori, per incitare gli stati ad agire come se esistesse veramente»⁴⁶. All'opposto di quanto si propone il *global constitutionalism*, il concetto di comunità rimane dunque confinato entro una a-giuridica e a-politica sfera di cristallo di "questioni di coscienza".

Tra i teorici del diritto internazionale però, va segnalata anche la tendenza a conferire al sentimento soggettivo di coesione comunitaria una valenza normativa. Così per Andreas Paulus,

il termine "comunità internazionale" si usa indistintamente con il termine "società internazionale" [...] Tuttavia, si può dire – con le dovute precauzioni – che la comunità aggiunge al legame sociale tra i suoi membri un elemento normativo,

un minimo di coesione soggettiva. Laddove società enfatizza interconnessioni e interrelazioni fattuali, comunità guarda ai valori, le credenze e le sensazioni soggettive. La differenziazione tra società e comunità echeggia pertanto la distinzione del sociologo tedesco Ferdinand Tönnies tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft*⁴⁷.

Il fatto rilevante è che questo legame comunitario che permette di raffigurare l'esistenza di un elemento normativo trans-nazionale non si riferisce più all'insieme della "umanità", come nella retorica delle diplomazie. Paulus rileva l'emergere di questo legame nella coscienza di una ristretta élite, individuata in primo luogo tra i membri del potere giudiziario. Secondo Paulus (ma anche altri),

le "reti trans-giudiziarie" di giudici e giuristi giocano un ruolo crescente nell'autoconsapevolezza delle corti e dei tribunali di tutto il mondo: il sistema che stanno creando questi giudici è meglio descritto come una comunità di corti che come una gerarchia centralizzata. Naturalmente questa comunità include anche "legittime differenze". Ciò nonostante, si ritiene che giuristi provenienti da Stati liberali diversi abbiano altrettanto, se non di più in comune tra di loro che non con gli esponenti degli altri rami dei loro governi nazionali⁴⁸.

Significativamente, Paulus interpreta il ruolo di questa trans-nazionale "comunità di corti" alla luce della teoria comunitaria proposta alla fine dell'Ottocento da Ferdinand Tönnies. Per quest'ultimo, nell'ambito comunitario il diritto emerge spontaneamente come "senso comune" derivato da esperienze maturate nello svolgimento di funzioni condivise, entro un contesto socialmente determinato. Di conseguenza, la questione "cos'è il diritto" è predeterminata dal contesto comunitario nel quale questo giunge gradualmente a maturazione⁴⁹. Tradotta sul piano del costituzionalismo

globale, per la sociologia della comunità di Tönnies il fatto stesso che esista una "rete trans-giudiziaria di giudici e giuristi" impegnati nelle comuni funzioni determina la nascita di una coscienza globale comune. Da qui sarebbe poi breve il passo verso un "senso comune" (o diritto) globale, capace di imporsi sul libero arbitrio dei soggetti sovrani.

Esponenti di primo piano della teoria di diritto internazionale come Paulus e Bruno Simma connettono espressamente la "comunità" di Tönnies alla rappresentazione di "un'unità superiore" portatrice di interessi generali, come emerge dalla teoria sulla *third-party dispute resolution*⁵⁰. Tuttavia, il punto importante è che chi sostiene i progetti del *global constitutionalism* usualmente non ha in mente la sociologia della comunità di Tönnies. Oggi questa è considerata come parte della ricca ma problematica eredità del pensiero sociale tedesco che, dal romanticismo ottocentesco al pessimismo culturale del Novecento, appare incapace di superare il trauma della modernizzazione. Nonostante i suoi indubbi meriti, l'opera di Tönnies è ambivalente. Essa da un lato cerca di presentare la volontà comunitaria e quella arbitraria come due "tipi normali" di ogni affermazione di volontà sociale nel quadro di una costruzione assiomatico-deduttiva. Ma d'altro lato essa esprime anche la manichea contrapposizione tra un'idealizzata tradizione comunitaria e l'avanzare della società individualistica, che «conduce alla morte definitiva di una simile cultura», essendo «l'intero progresso moderno essenzialmente negativo»⁵¹.

La società (*Gesellschaft*) è infatti definita da Tönnies come la condizione in cui ogni uomo diviene in una certa misura un mercante, figura sociale che incarna lo spirito

egoistico della *Kürwille* volontà arbitraria). Libero da ogni legame con la vita della comunità, egli è un esperto *connoisseur* degli usi e costumi stranieri, ma non prova amore né pietà per la cultura di alcun paese; egli è adattabile, cambia le credenze e opinioni come fossero abiti da indossare uno qua, uno là. Quanto più è vasta l'area di scambio, tanto più prevalgono le leggi del commercio su tutte le altre, fino a cancellare tutte le culture per costituire un unico mercato mondiale⁵².

Mentre l'indagine assiomatica di Tönnies sul "concetto primitivo" del legame sociale non aveva suscitato interesse al di fuori del dibattito sociologico "puro", il messaggio sulla decadenza della "società di mercanti" si è prestato fin troppo facilmente alle politiche di esclusione o di ostracismo sociale che avevano segnato il Novecento. Basti pensare al potenziale repressivo e discriminatorio dei costrutti come la "comunità del popolo" (*Volksgemeinschaft*) nazional-socialista, o la "comunità dell'umanità socialista" (*sozialistische Menschengemeinschaft*) evocata dal capo della DDR Walter Ulbricht negli anni Sessanta⁵³.

Per la dottrina europea, il nesso tra il costituzionalismo legale e il concetto di comunità promosso dai fautori del *global constitutionalism* risulterebbe problematico anche a causa di un'ulteriore fattore di ambiguità insito nel legame comunitario. La spinta comunitaria, oltre a rappresentare un fattore di integrazione, può volgersi con altrettanto impeto in causa di disintegrazione. I rischi di spinte separatiste e di fratture verticali all'interno delle società ammoniscono dal pericolo di spalancare le porte delle istituzioni al tema dell'appartenenza comunitaria. Tali occasioni infatti mettono a nudo un'ulteriore limite con-

cettuale del termine "comunità": che cioè ciascun cittadino può appartenere contemporaneamente a più di una comunità e a più di un tipo di esse (ideologica, etnica, religiosa ecc.). La storia recente del vecchio continente insegna come l'accendersi della contesa sulla legittimità dell'ordine politico induce le comunità a rivendicare in toni autoritari il dominio esclusivo sui propri membri, avviando un processo in grado di minare i fondamenti delle costituzioni statali. Proprio per ovviare a tali dinamiche disgregative, nella concezione europea il compito del diritto pubblico – su cui è indubbia l'influenza di Hegel – è di ricondurre la singolarità dei legami comunitari prodotti dall'accidente storico alla universalità della ragione incarnata nello Stato⁵⁴.

Pertanto, se si vuole comprendere il concetto comunitario a cui si riferiscono i promotori del *global constitutionalism* conviene piuttosto esaminare la tradizione del pensiero sociale statunitense. Qui il contrasto tra comunitaristi e liberali non ha mai assunto i toni antitetici della contrapposizione assoluta tra comunità e società; si dibatte piuttosto del modo più opportuno per bilanciare ragione e sentimento, individualismo e spirito di gruppo. Questo approccio va ricondotto al durevole impatto esercitato dalla pedagogia politica di John Dewey e dalla sua idea della *great community*. Come affermava l'autore nell'opera *The public and its problems* del 1927, le condizioni per far prosperare la democrazia risiedono nelle piccole comunità locali. Per sviluppare la democrazia a livello nazionale, il compito delle scienze sociali è di trovare la risposta al «problema intellettuale: la ricerca delle condizioni per trasformare la grande società nella grande comunità»⁵⁵. Se per Tönnies la volontà naturale

(*Wesenswille*) della comunità si contrapponeva in modo irrimediabile alla volontà arbitraria del singolo (*Kürwille*), per Dewey, la *great community* può funzionare in modo democratico armonizzando i punti di vista dell'individuo e del gruppo:

Il punto di vista dell'individuo consiste in una condivisione responsabile [*having a responsible share*], corrispondente alla capacità di formare e dirigere le attività del gruppo di appartenenza e in una partecipazione corrispondente al bisogno dei valori sostenuti dal gruppo. Il punto di vista del gruppo richiede la liberazione delle potenzialità dei suoi membri in armonia con gli interessi e i beni in comune⁵⁶.

Anche il contemporaneo dibattito statunitense sembra non condividere i timori europei nell'evocare le risorse spirituali della comunità. Nel pensiero di autori liberali come Michael Walzer le risorse comunitarie costituiscono un fattore compensatorio imprescindibile per mitigare le tensioni autodistruttive della società. Il suo individualismo, politico e sociale, necessita di un correttivo comunitario poiché «lo Stato liberale non è una casa per il cittadino; manca di calore e intimità»⁵⁷. Nonostante percepisse l'avanzata dell'egoismo individualista, per Walzer liberalismo e comunitarismo devono procedere mano nella mano; devono in altre parole trovare il modo di preservare le condizioni indicate da Dewey come indispensabili per il funzionamento democratico della *great community*.

Considerando la questione dalla prospettiva del costituzionalismo globale, si potrebbe dire che il concetto di comunità deve mantenersi entro la cornice dell'insegnamento di Dewey. Solo all'interno di tale struttura discorsiva il concetto di comunità non proietta alcuna ombra sulla coeren-

za della legittimazione democratica della *constitutional review*: gli esponenti della “rete trans-giudiziaria di giudici e giuristi” evocata da Paulus possono apparire come i demiurghi della *higher law* sopranazionale che, bilanciando gli interessi del singolo e quelli del gruppo, preservano l’interesse superiore della comunità globale.

4. *Il costituzionalismo sociale*

Come è stato notato, di fronte alla complessità delle dinamiche globali, alcune analisi normative tendono a rinunciare consapevolmente alle soluzioni universali per la comunità internazionale, pur di soddisfare almeno in alcuni ambiti le sue aspettative di legalità e legittimità. Parimenti, coloro che adottano la via della analisi empirica dei processi globali muovono dall’assunto che questi, per via della loro diversità, non possono essere colti da un ordinamento unitario. A causa della sua frammentazione non si può costruire alcuna gerarchia tra le norme del diritto internazionale. Pertanto decade anche la possibilità di operare una differenziazione tra la *higher* e la *normal law* proposta dai fautori della costruzione normativa di un costituzionalismo globale.

In ragione di tale frammentarietà, il concetto di comunità appare inadeguato ed è sostituito con quello di una *world society*, termine con cui, sulla scia della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, si vuole indicare la “totalità di comunicazione” caratterizzata dalla mancanza di un fattore unificante. Per il sociologo tedesco, il concetto di *world society* ci permette di osservare un epocale passaggio “dalla territorialità alla funzionalità”, ossia dal mondo degli

Stati sovrani che reclamano il pieno controllo giuridico sul territorio a quello delle istituzioni globali divise per specifiche aree funzionali⁵⁸. La *world society*, insegnava Luhmann, non è un fenomeno concreto, bensì un orizzonte e pertanto non può essere soggetto ad una organizzazione politica; per di più essa è troppo ampia e complessa per essere comprensibile nella sua immediatezza⁵⁹.

Per gli interpreti più radicali del pensiero di Luhmann, come Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano, ne consegue che non può esservi un sistema centralizzato e universale del diritto, poiché non esiste un soggetto universale capace (o bisognoso) di reclamarlo. Però, a loro dire, ciascun sottosistema del diritto internazionale è in grado di sviluppare sé stesso in virtù del carattere autopoietico del diritto, creando «regimi auto-costituzionali»⁶⁰. Ricorrendo al concetto di “costituzionalismo sociale” elaborato da David Sciulli⁶¹, essi affermano che

Una costituzionalizzazione non-statale, non-politica, condotta dalla società civile, avviene nella misura in cui processi sociali riflessivi, che determinano le razionalità sociali per via della propria auto-applicazione, sono giuridificati in modo da essere collegati con i processi legali riflessivi. A tali condizioni ha senso parlare dell’esistenza di elementi costituzionali – nel senso più stretto del termine – all’interno dei regimi economici, del sistema accademico e dei regimi digitali di Internet. In contesti così diversi troviamo gli elementi tipici di una costituzione: disposizioni sulla formazione e l’esercizio dell’attività decisionale (regole organizzative e procedurali) da un lato, definizione delle libertà individuali e autonomie sociali (diritti fondamentali) dall’altro⁶².

A detta di Antje Wiener, per “costituzionalizzazione” tali approcci intendono un processo «che avviene in modo relativamente spontaneo, poco coordinato e qua-

si elusivo»⁶³. Per tale ragione, l'effettiva presenza di una nuova «qualità costituzionale», va rilevata osservando il «passaggio delle relazioni internazionali da globalizzate a costituzionalizzate»⁶⁴; essa va rintracciata scavando nella prassi delle relazioni sociali che procedono intrecciandosi a più livelli (non solo al livello degli Stati, ma anche sopra e sotto di essi). Ricorrendo alla teoria del costituzionalismo sociale, questi autori spostano il punto di osservazione dall'ordine politico verso un contrapposto "ordine sociale". Questo, sostiene Sciulli, permette alla ricerca empirica di svincolarsi dagli schemi consolidati dell'interpretazione politica e di rilevare il grado di autoritarismo sociale, vale a dire di controllo sociale esercitato da attori privati, anche laddove l'ordine politico si presenta come democratico.

Per Teubner, «le regolamentazioni politico-legali tentano di influenzare dall'esterno il comportamento degli attori», mentre la sociologia costituzionale indaga la «constitution capillaire»⁶⁵. Il sociologo tedesco traccia una netta distinzione tra la «vecchia questione costituzionale del XVIII e XIX secolo» e la nuova, «indotta dalla globalizzazione, privatizzazione e digitalizzazione del mondo»⁶⁶. Mentre quella vecchia doveva controllare e incanalare il flusso di «energie politiche», la nuova questione costituzionale deve gestire le correnti di «energie sociali»:

Mentre allora il focus era sul rilascio delle energie politiche degli Stati nazione e la loro efficace limitazione con la *rule of law*, oggi la costituzionalizzazione si concentra sulla limitazione delle ripercussioni distruttive causate dalla liberazione di completamente diverse energie sociali, particolarmente evidenti nell'economia, ma anche nella scienza e tecnologia, nella medicina e nei nuovi media⁶⁷.

Per Teubner, come anche per l'altro noto rappresentante della sociologia costituzionale, Chris Thornhill, «il diritto costituzionale impone una visione ristretta confinando il fenomeno costituzionale allo Stato». L'analisi sociologica invece permetterebbe a loro dire di «osservare la costituzione della società moderna nel suo insieme e nelle sue varie sub-costituzioni»⁶⁸. Di conseguenza lo Stato va inteso come uno tra i vari sotto-sistemi che interagiscono nel sistema complessivo, la "società". La globalizzazione traspone poi questo insieme di sotto-sistemi sul piano mondiale della *world society*, conferendo alla sociologia il triplice compito di: analizzare empiricamente il processo di costituzionalizzazione oltre lo Stato; sviluppare la teoria del costituzionalismo sociale transnazionale; con il proposito finale di sviluppare le precondizioni sociologiche su cui fondare le prospettive normative nell'ambito della politica e del diritto⁶⁹.

4.1. La regolamentazione spontanea della world society

L'inclinazione a ritenere possibile un'analisi empirica dell'ambito globale solo dal punto di vista della sociologia costituzionale dimostra come il metodo politico stenti ad affermarsi al di fuori degli ambiti nazionali. Eppure risulta difficile capire come un'analisi empirica, scevra di ogni retroterra politico, possa precedere all'adozione dei criteri normativi per la selezione e la valutazione dei dati sulla costituzionalizzazione transnazionale. Il metodo empirico-induttivo, com'è noto, non può essere considerato neutro, cioè non ancorato in qualche

teoria che indichi cosa e come osservare. Pertanto, risulta problematica l'intenzione di Teubner di anteporre l'indagine empirica sulla costituzionalizzazione della *world society* alla elaborazione della prospettiva politico-giuridica, poiché l'esito non sarebbe che una tacita riproposizione degli schemi mentali propri dell'osservatore-sociologo.

Piuttosto, vanno portati alla luce gli elementi della teoria normativa politico-costituzionale che si celano sotto l'impalcatura metodologica della sociologia costituzionale. Quanto al costituzionalismo sociale di Sciulli, questo appare ostaggio di una visione molto limitata del concetto di costituzionalismo politico, che egli tende ad appiattare alla sola matrice liberale-legale. Sciulli sostiene che la sua teoria del costituzionalismo sociale fornisce una griglia concettuale indispensabile per spingere l'analisi «oltre i limiti della tradizione liberale e costituzionale»⁷⁰. In realtà, la sua distinzione tra "ordine politico" e "ordine sociale" non fa che confermare il precetto dell'ideologia liberale che pretende di limitare il concetto del politico alle sole questioni pubbliche e biasima ogni sua intromissione nella sfera privata. Per Sciulli qualsiasi esempio di utilizzo del potere pubblico per la promozione di interessi personali equivarrebbe ad un indebito sconfinamento tra i due ordini da lui delineati.

La differenziazione avanzata da Teubner tra "energie politiche" e "energie sociali" non si discosta da questo schema: non si comprende infatti in che cosa si dovrebbero distinguere i due flussi di energia. L'affermazione che l'analisi empirica possa rilevare qualche tipo di energia sociale "immiscibile" con la politica rivela la propensione del sociologo a tracciare un confi-

ne netto tra questioni pubbliche (politiche) e private (sociali), propria del costituzionalismo liberale. Se poi la sua analisi empirica delle tendenze globali volge lo sguardo oltre lo Stato, assieme a quest'ultimo scompare anche la politica. La sociologia costituzionale rimane libera di indagare la costituzionalizzazione delle "energie sociali" nella *world society*.

Con buona pace del costituzionalismo liberale, il fatto che i cittadini si ostinino a tentare di migliorare i propri destini e a promuovere interessi privati (materiali o spirituali) tramite le istituzioni pubbliche non è un'eccezione patologica nello sviluppo degli Stati moderni. Si tratta anzi di un fattore chiave per la comprensione della sua evoluzione e più in generale di una delle fonti primarie della vita politica, nonostante ciò collida con il dogma sulla neutralità dello Stato nei conflitti sociali. La dottrina costituzionale ha da tempo superato le dicotomie del liberalismo classico, che limitavano la questione della legittimità politica unicamente alla difesa della sfera individuale di fronte al potere pubblico e alla eguaglianza formale tra i cittadini. La legittimità dell'ordine sociale è stata gradualmente riconosciuta nel corso del Novecento come componente imprescindibile della complessiva legittimità politica, a cui deve dare risposta la costituzione politica.

La tendenza attuale a ricondurre l'intero patrimonio della storia e teoria costituzionale al solo costituzionalismo liberale si può anche comprendere alla luce di quanto si è detto nel capitolo precedente a proposito dell'odierna affermazione quasi egemone della dottrina costituzionale di matrice statunitense. Ciò nonostante, va ribadito che le vie alternative al costituzionalismo liberale proposte da Teubner non sono affatto ine-

dite. Si tratta anzi di filoni di pensiero costituzionale già ampiamente dibattuti e a volte anche sperimentati, e la loro riproposizione sul piano globale non fa che riportare indietro di quasi un secolo lo stato dell'arte della teoria costituzionale. Il sociologo tedesco suggerisce, infatti, sulla base delle sue analisi empiriche, la prospettiva normativa di un costituzionalismo sociale ispirato alle idee della sinistra schmittiana (Franz Neumann e Otto Kirchheimer), oppure di un neo-corporativismo⁷¹.

I primi proponevano di estendere la democrazia nell'ambito economico ponendo la proprietà e il lavoro sul piano di parità. Per loro, i rapporti di forza economici avevano annullato gli istituti democratici di Weimar, il cui pluralismo e parlamentarismo senza decisione si reggeva solo sulla legalità formale. Pertanto, sostenevano, affinché la costituzione potesse veramente fungere da fattore legittimante della società weimariana, essa non doveva essere intesa nel senso liberale, come un contratto che garantisse reciprocamente le parti e quindi lo *status quo*. Il testo costituzionale doveva costituire il progetto di un nuovo ordine sociale, la cui attuazione aveva preminenza sullo Stato di diritto⁷². I loro sforzi (di cui si sarebbero in parte allontanati negli anni successivi) possono essere visti come un tentativo di sintesi tra marxismo e costituzionalismo. Si tratta di un percorso interessante, per quanto problematico, ma che non va vagliato alla stregua di una proposta alternativa al percorso storico del costituzionalismo democratico (peraltro, l'idea che la realizzazione del contenuto materiale della costituzione determini la sua funzione integrativa era presente anche nella teoria dell'integrazione proposta negli stessi anni da Rudolf Smend). Occorre piuttosto fare

piena luce sugli esperimenti compiuti in tal senso nel corso del Novecento, sui loro successi e fallimenti, per verificare la loro capacità di rispondere, come scrisse Gustavo Zagrebelsky, alle «formidabili esigenze di integrazione e di governo globale della società post-liberale» e alla «consapevolezza del necessario arricchimento del contenuto materiale della costituzione». Tenendo a mente i fini politici fissati nel testo costituzionale, Zagrebelsky invita a cercare i diritti, piuttosto che nell'immagine idealizzata della *rule of law*, all'interno di un «ordine materiale e ideale» che «si obiettivizza e diviene un limite e un vincolo per le stesse forze governanti»⁷³.

Quanto al neocorporativismo, anche la sua età d'oro si colloca negli anni tra le due guerre mondiali. Per il sociologo austriaco Othmar Spann, come per i suoi colleghi tedeschi Alfred Weber e Moritz Julius Bonn, il liberalismo politico ed economico conducevano alla disgregazione della società; ad essa bisognava trovare una risposta non-marxista, individuata nella ristrutturazione neocetuale del quadro costituzionale (riconducibile a sua volta alla robusta tradizione organicistica del diritto pubblico tedesco dell'Ottocento). Ma, come aveva dimostrato Hans Kelsen già nel 1925, il disegno neocorporativista «incontra difficoltà straordinarie, anzi in parte insuperabili»⁷⁴. L'accorpamento «per *categorie professionali*, che muove», evidenziava Kelsen, «da una comunanza d'*interessi*, non esaurisce affatto il campo degli interessi rilevanti»:

gli interessi *corporativi* concorrono infatti con interessi, spesso vitali, di tutt'altra natura, per esempio religiosi, etici, estetici [...]; e ognuno, *al di là* degli stretti confini della propria professione, è comunque interessato ad un ordinamen-

to generale che sia giusto, opportuno o quanto meno tollerabile. Orbene, in quale categoria professionale si dovrebbe inquadrare la decisione di tutte queste questioni? [...] Ora, tra i gruppi corporativi esiste per natura non comunanza ma *contrasto d'interessi*, contrasto che viene ulteriormente approfondito proprio dall'organizzazione degli interessi comuni nei singoli gruppi. Come dovrebbero essere risolti i molteplici contrasti d'interessi tra i gruppi? [...] Orbene, *l'ideologia del principio corporativo non è in grado di fornire essa stessa una risposta a questo fondamentale problema*. La soluzione può trovarsi solo affidando la decisione finale sul contrasto d'interessi tra i gruppi corporativi ad un'autorità creata con logica *estranea* al principio corporativo⁷⁵.

In definitiva, l'organizzazione corporativa, ammoniva Kelsen, «lascia in piedi il dilemma: *democrazia o autocrazia?*»⁷⁶, ossia la questione della legittimità politica.

Per contro, quanti insistono sulla necessità di adattare le costituzioni nazionali ai mutamenti sociali prodotti dalla globalizzazione, tendono a sostituire alle questioni di legittimità politica le "esigenze sistemiche"; queste, però, più che dagli esiti di un'analisi empirica, appaiono desunte dalle considerazioni teoriche di Luhmann. La *world society*, affermava quest'ultimo, è troppo complessa e frammentata per poter essere oggetto di una progettazione consapevole da parte dei soggetti politici. Pertanto, a detta di Luhman, era ora di dire «basta con la undicesima tesi!» (riferita ovviamente alla posizione di Marx su Feuerbach e i filosofi che hanno solo interpretato diversamente il mondo, mentre si trattava di trasformarlo)⁷⁷. Rinunciare all'azione, per Luhman, comporta un avanzamento nella razionalità in virtù della *libertas indifferentiae*⁷⁸. Liberandosi dall'imperativo all'azione, il soggetto (che si crede libero e razionale) acquisterebbe la capacità di riconoscere l'autoinganno in cui lo induce

la struttura della *world society*. Arricchito di tale conoscenza, egli "si libera" dell'idea di legittimità politica e della pretesa di costruire un governo democratico, per adattarsi all'opera anonima ma potente del sistema autopoietico.

In sintesi, ripudiando il nesso con le istanze politiche, la sociologia costituzionale tende a riportare il concetto di costituzione al suo significato premoderno, ossia meramente descrittivo delle dinamiche sociali. Essa sostiene che gli ordini autopoietici evocati dal Teubner e Fischer-Lescano dovrebbero alleviare il dominio dell'imprevedibilità, dell'arbitrio e delle rivendicazioni contrastanti a cui ci espone il decadimento del Leviatano nazionale. Judith Shklar avrebbe però ribattuto che il problema con i regimi dispotici non è la loro arbitrarietà: anche se la loro azione acquistasse regolarità, ciò non li renderebbe meno dispotici⁷⁹. La prognosi di Teubner e Fischer-Lescano sull'inarrestabilità della frammentazione interna dell'ordinamento rivela inoltre i tratti di una profezia che si auto-avvera. Difatti, il processo di frammentazione tra sottosistemi di ordinamenti autopoietici non potrebbe che aumentare una volta che si rinunciava a vincolarli ad un comune principio prescrittivo dell'ordine costituzionale.

In generale, la rinuncia a qualsiasi tentativo di prescrizione normativa sul piano globale è una decisione politica, che comporta delle conseguenze sul piano della sua legittimità. Se non se ne farà carico, la sociologia costituzionale globale non sarà in grado di recuperare il patrimonio di valori sviluppato dal costituzionalismo democratico nel corso degli ultimi due secoli. Come ricordava anche Martin Loughlin, sin dalla nascita, il costituzionalismo moderno era

in primo luogo una questione di legittimità politica, affrontata da soggetti liberi e razionali che elaboravano, accettavano o rifiutavano le regole della propria costituzione. Basti ricordare il celebre esordio del primo saggio del *Federalist papers* a firma di Alexander Hamilton: il concetto moderno di costituzione nasce nel momento in cui un «popolo si riunisce per rigettare la

costituzione tradizionale frutto di “caso e forza”, per deliberare e concepire un nuovo quadro governativo per via di “riflessione e scelta”»⁸⁰.

¹ A. Peters, *Global constitutionalism revisited*, in «International legal theory», n. 11, 2005, pp. 39-68, qui p. 39.

² Cfr. *ivi*, p. 45.

³ *Ivi*, p. 66.

⁴ A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in «Leiden journal of international law», 19, n. 3, 2006, pp. 579-610.

⁵ In questo senso cfr. R. Wahl, *In defence of 'Constitution'*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 220-242, qui pp. 230-232.

⁶ Il testo del TUE è tratto da <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_it.pdf>, dicembre 2016. Su questo ed altri aspetti della presunta eccezionalità della UE cfr. G. Nolte, H.Ph. Aust, *European exceptionalism?*, in «Global Constitutionalism», 3, n. 2, 2013, pp. 407-436.

⁷ Ch. Tomuschat, *International law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law*, The Hague et al., Martinus Ni-

jhoff, 2001, in particolare p. 339.

⁸ U. K. Preuss, *Disconnecting constitutions from statehood. Is global constitutionalism a viable concept?*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, cit., p. 42.

⁹ *Ibidem* (in questo ed in tutti i casi in cui non è diversamente indicato, la traduzione è da attribuire all'autore).

¹⁰ M. Kumm, *The best of times and the worst of times. Between constitutionalist triumphalism and nostalgia*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, cit., p. 215.

¹¹ *Ivi*, p. 211.

¹² A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in «Indiana journal of legal studies», n. 16, 2009, pp. 621-647, qui p. 622.

¹³ *Ivi*, p. 623, e pp. 642-644.

¹⁴ *Ivi*, p. 645.

¹⁵ A. von Bogdandy, P. Dann, M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, in «German law journal», n. 9, 2008, pp. 1375-1400.

¹⁶ Quale capostipite di tale impostazione cfr. J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995,

p. 131; ma in parallelo si è andato sviluppando anche un 'filone scozzese' con N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999 e N. Walker, *The idea of constitutional pluralism*, in «The modern law review», 65, n. 3, 2002, pp. 317-359.

¹⁷ J. Cohen, *Constitutionalism beyond the State: Myth or Necessity? (A Pluralist Approach)*, in «Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development», II, n. 1, 2011, pp. 127-158.

¹⁸ Cfr. M. Loughlin, *Constitutional pluralism: An oxymoron?*, in «Global Constitutionalism», 3, n. 1, 2014, pp. 9-30.

¹⁹ *Ivi*, p. 12.

²⁰ Loughlin, *What is constitutionalism?*, cit., p. 56.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, p. 57.

²³ *Ivi*, p. 58.

²⁴ M. Kammen, *A machine that would go of itself: the Constitution in American culture*, New York, St. Martin's press, 1987, p. 9.

²⁵ Nolte, Aust, *European exceptionalism?*, cit., p. 425.

²⁶ J. N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard, Harvard University Press, 1964, p. 135.

- ²⁷ Ivi, p. 136.
- ²⁸ Ivi, p. 143.
- ²⁹ J.A.C. Griffith, *The political constitution*, in «Modern law review», 42, n. 1, 1979, pp. 1-21.
- ³⁰ Sull'influenza di Griffith sul dibattito odierno riguardante l'inserimento del *Human Rights Act* nel quadro della costituzione del Regno Unito cfr. R. Bellamy, *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, in «International Journal of Constitutional Law», 9, n. 1, 2011, pp. 86-111.
- ³¹ Cfr. R. Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 11, n. 1, 2004, pp. 71-108; R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2004; A. Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in «Comparative Political Studies», 32, n. 2, 1999, pp. 147-184; A. Stone Sweet, *The European Court of Justice and the judicialization of EU governance*, in «Living Reviews in European Governance», 5, n. 2, 2010, <<http://www.europeangovernance-livingreviews.org/Articles/lreg-2010-2/>>, dicembre 2016.
- ³² B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2002, pp. 335-339.
- ³³ Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, cit., p. 76.
- ³⁴ Ivi, p. 90.
- ³⁵ *Ibidem*.
- ³⁶ S. Gill, *Market civilization, new constitutionalism and world order*, in S. Gill, A. Claire Cutler, *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 29.
- ³⁷ K. Jayasuriya, *Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?*, in «Constellations», 8, n. 4, 2001, pp. 442-460, qui p. 453.
- ³⁸ M. Pieterse, *Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited*, in «Human Rights Quarterly», 29, n. 3, 2007, pp. 796-822.
- ³⁹ R. Hirschl, E. Rosevear, *Constitutional Law Meets Comparative Politics: Socio-Economic Rights and Political Realities*, in T. Campbell, K.D. Ewing, A. Tomkins (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pp. 207-228, qui p. 216.
- ⁴⁰ *Ibidem*.
- ⁴¹ Cfr. A. Stone Sweet, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», n. 1, 2008, pp. 73-164, in particolare pp. 79-84.
- ⁴² Ivi, p. 81.
- ⁴³ In questo senso cfr. M. Goldoni, *Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy*, in «German Law Journal», n. 14, 2013, pp. 1053-1076, qui p. 1061.
- ⁴⁴ Sulle potenzialità costituzionali del concetto di comunità internazionale cfr. K. Wellens, *Revisiting Solidarity as a (Re)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections*, in R. Wolfrum, Ch. Kojima (eds.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2010, pp. 3-54.
- ⁴⁵ Cfr. D. Shelton, *Soft law*, in D. Armstrong (ed.), *Routledge handbook of international law*, London-New York, Routledge, 2009, pp. 68-80, qui p. 74.
- ⁴⁶ P.-M. Dupuy, *La communauté internationale. Une fiction?*, in O. Corten, J. Salmon (eds.), *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 373-396, qui 376.
- ⁴⁷ A. Paulus, *International law and international community*, in ivi., pp. 44-54, qui p. 45.
- ⁴⁸ Ivi, p. 49.
- ⁴⁹ Cfr. in tale senso l'interpretazione di J. Harris, *General introduction*, in F. Tönnies, *Community and civil society*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2001, pp. XVII-XIX.
- ⁵⁰ Cfr. B. Simma, A. Paulus, *The 'international community': Facing the challenge of globalization*, in «European Journal of International Law», n. 9, 1998, pp. 266-277, in particolare p. 268; cfr. anche R.-J. Dupuy, *Communauté internationale et disparités de développement: cours général de droit international public*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 1981.
- ⁵¹ F. Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung* (1922), in A. Deichsel, L. Clausen (Hg.), *Gesamtausgabe*, Berlin, de Gruyter, 2002, vol. 14, p. 232. Sull'impatto anti-individualista dell'insegnamento di Tönnies sul discorso coevo cfr. S. Breuer, *Von Tönnies zu Weber. Zur Frage einer "deutschen Linie" der Soziologie*, in *Max Webers tragische Soziologie: Aspekte und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 272-293.
- ⁵² Cfr. D. Inglis, *Cosmopolitan sociology and the classical canon: Ferdinand Tönnies and the emergence of global Gesellschaft*, in «The British Journal of Sociology», 60, n. 4, 2009, pp. 813-832, qui pp. 820-823.
- ⁵³ Sull'uso della sociologia comunitaria da parte della dottrina giuridica nazionale-socialista mi permetto di rinviare a R. Car, *Community of Neighbours vs Society of Merchants: The Genesis of Reinhard Höhn's Nazi State Theory*, in «Politics, Religion & Ideology», 16, n. 1, 2015, pp. 1-22.
- ⁵⁴ Cfr. in questo senso anche E. Richter, *'Community' in the global network: A methodological exploration*, in M. Albert, L. Brock, K.D. Wolf, *Civilizing World Politics: Society and Community Beyond the State*, Oxford, Rowman & Littlefield, 2000, pp. 69-90, in particolare pp. 72-73.
- ⁵⁵ J. Dewey, *The public and its problems: an essay in political inquiry*, University Park, Penn State Press, 2012, p. 121.

- ⁵⁶ *Ibidem*.
- ⁵⁷ M. Walzer, *Civility and Civic Virtue in Contemporary America*, in «Social Research», 41, n. 4, 1974, pp. 593-611, qui p. 606.
- ⁵⁸ Cfr. N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984; tr. it. *Sistemi sociali: fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990 e Id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, in particolare pp. 157-160.
- ⁵⁹ Sulla interpretazione del concetto di *world society* in Luhmann cfr. S. Roszbach, "Corpus mysticum". *Niklas Luhmann's evocation of world society*, in M. Albert, L. Hilkermeier, *Observing International Relations: Niklas Luhmann and World Politics*, London, Routledge, 2004, pp. 44-56, qui p. 44.
- ⁶⁰ G. Teubner, A. Fischer-Lescano, *Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law*, in «Michigan Journal of International Law», n. 25, 2004, pp. 999-1046, qui p. 1014.
- ⁶¹ D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, New York, Cambridge University Press, 1992.
- ⁶² Teubner, Lescano, *Regime collisions*, cit., p. 1016.
- ⁶³ A. Wiener, *Global constitutionalism – International relations – Oxford bibliographies*, New York, Oxford University Press, 2012, <http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/sowi/politik/governance/Wiener_2012_global_constitutionalism.pdf>, dicembre 2016.
- ⁶⁴ *Ibidem*.
- ⁶⁵ G. Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, in «Transnational Legal Theory», 4, n. 1, 2013, pp. 44-58, qui p. 45.
- ⁶⁶ *Ibidem*.
- ⁶⁷ *Ibidem*.
- ⁶⁸ Ivi, p. 46.
- ⁶⁹ *Ibidem*.
- ⁷⁰ Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, cit., p. 57.
- ⁷¹ Teubner, *The Project of Constitutional Sociology*, cit., pp. 52-53.
- ⁷² Cfr. O. Kirchheimer, *Costituzione senza sovrano: saggi di teoria politica e costituzionale*, a cura di A. Bolaffi, Bari, De Donato, 1982; F. Neumann, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, a cura di G. Vardaro, Bologna, Il Mulino, 1983.
- ⁷³ G. Zagrebelsky, *Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in senso materiale*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, pubblicato sul sito Diritto di tutti Giuffrè <http://dirittoditutti.giuffre.it/psixsite/Archivio/Articoli%20gi_%20pubblicati/Rubriche/Il%20punto/default.aspx?id=399>, maggio 2015.
- ⁷⁴ H. Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, Braumüller, 1925; tr. it. *Il problema del parlamentarismo*, in *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 171-203, qui p. 186.
- ⁷⁵ Ivi, pp. 186-187.
- ⁷⁶ Ivi, p. 189.
- ⁷⁷ N. Luhmann, 'Was ist der fall?' und 'Was steckt dahinter?' – *Die zwei soziologien und die Gesellschaftstheorie*, in «Zeitschrift für Soziologie», n. 22, 1993, pp. 245-260, qui p. 249.
- ⁷⁸ Cfr. Roszbach, "Corpus mysticum", cit., pp. 45-46.
- ⁷⁹ Cfr. Shklar, *Legalism*, cit., p. 52; cfr. anche S. Moyn, *Judith Shklar versus the International Criminal Court*, in «Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development», 4, n. 3, 2013, pp. 473-500, qui p. 478.
- ⁸⁰ M. Loughlin, *What is constitutionalisation?*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, cit., p. 48.