

Rethinking Constitutionalism between History and Global world: Realities and Challenges / *Ripensare il costituzionalismo tra storia e mondo globale: realtà e sfide*

LUIGI LACCHÈ

As many have noted, over the last two decades the «language of constitutionalism» has once again come to the fore, being now a prominent feature of the intense debate concerning the new juridical and political order of global society¹. At the root of this phenomenon, there is surely a sense of “disorientation” produced, not least at a theoretical level, by the turbulent juridical-political processes that have followed the crisis in the bipolar world order. When one is forced to navigate in areas that are unfamiliar, the attempt to re-orientate oneself by way of using category maps that one already has, becomes natural: in situations of this kind, «Working with analogies, extending and adapting existing concepts, seems usually preferable to the creation of ideas and structures from scratch, not only because of the risks involved in the latter, but also because of our limits of imagination»². As protagonists in the great workshop of modern political thought, contemporary political and juridical theory would, therefore, be committed to a

strenuous attempt at the redefinition and adaptation of the consolidated vocabulary of politics inherited from the past. The return of constitutionalism and of its conceptual language would be an integral and substantial part of this effort of theoretical and conceptual recasting.

However, what are we talking about when today we speak of «constitutionalism»? This is the key question which surfaces – in a more or less explicit fashion – from the contemporary debate on the theme. Like all the other terms that have undergone a process of re-semanticisation, the notion of «constitutionalism», has likewise experienced an impressive variety of semantic characterisations during the last few years, ending up on many occasions by assuming such a wide meaning that it appears little more than *metaphorical* to anyone who has even a minimal grasp of the traditional history of the concept.

It is also for this reason that, in order to celebrate its fifteenth year of activity, the *Journal of Constitutional History* decided

to dedicate a special issue of 2016 to the *future of constitutionalism*, inviting a number of scholars to participate. Invitations were therefore extended to those who, in recent years, from a range of different perspectives, have addressed the complex epistemological and categorial issues linked to the use of this concept within the radically altered political-juridical context of the «global era». The journal's editors believe that an open and direct debate between scholars espousing different viewpoints will serve to clarify the meaning that today can still be assigned to that peculiar *normative* perspective which for many authors is at the heart of the «paradigm of modern constitutionalism, intended as science of *foundation* and *limitation* of legitimate power»³.

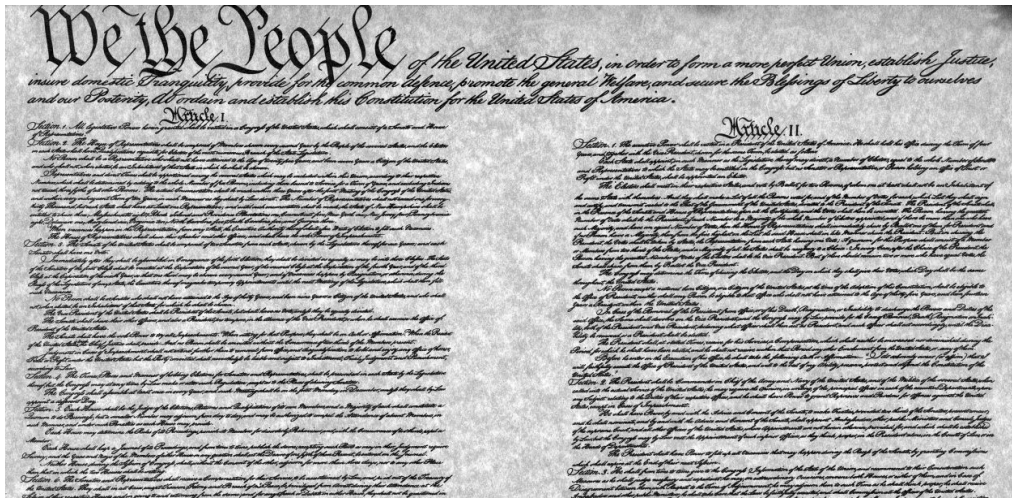
I would first of all point out that the concept of constitution and the borders of constitutionalism have never been so blurred as they are at the present day⁴. Scholarly debate can give the impression that it is suffering at times from imprecise and disparate definitions; the concept of constitution is at present decidedly protean.

The "third generation" of constitutions after the Second World War had announced a new era. These constitutions have confirmed the original vocation for mutual self-restraint between democracy and constitutionalism. They have embraced the idea of the constitution as an act of national and democratic foundation, according to a strong concept of constituent power engendering political power⁵. In this context, the constitution emerges «as a symbolic marker of a great transition in the political life of a nation»⁶. This idea of constitution remained anchored to the State, its territory and political

sovereignty. But it had to work now within a pattern of "welfare state constitution" that emphasised functional complexity. Within the democratic "interventionist" states, constitutions contain basic principles and values serving to orient the principal societal challenges (fundamental rights, pluralism, multiculturalism, etc.). Outwardly, constitutions have had to deal increasingly with at least two major "external" phenomena. On the one hand, we have in mind Europe's transformation within Community coordinates. Multilevel constitutionalism, treaties and Bills of Rights, common constitutional traditions, the jurisprudence of the European Courts, the European *demos*, and European constitutionmaking are some of the topics that have dominated the debate during the last two decades.

On the other hand, modern territorial sovereignty and its legitimacy⁷ no longer meets the challenges of the post-national constellation. With the advent of a global society perspective, the traditional paradigms of the constitution have entered into crisis. The European Union has been seen as presaging a post-national "constitution," and has led scholars to ponder the utility of the conceptual tools and operating practices of "national" constitutional theory.

But while constitutionalism was attaining a high degree of legitimacy, this period of maturation «coincides with the erosion of some of the basic conditions on which those achievements have rested». Whatever name is attached to this erosion, «constitutionalism can be understood to be entering a twilight zone»⁸. We can see – as has been observed⁹ – a singular blend of triumph and decline. Riccardo



Costituzione degli Stati Uniti, 1787

Cavallo evokes in this issue of the *Journal of Constitutional History* a film by Lars Von Trier, *Melancholia* (2011), in order to describe the constitutionalist’s mood, «almost stuck in a situation of anxious waiting for something irreparable, but which, at the same time, can almost miraculously save him from the end that looms»¹⁰. Elsewhere, in an attempt to capture the mood surrounding this same idea of constitution, I myself referred to a *constitutional melancholy*¹¹.

«Constitutionalism is changing – that is beyond question. But the direction of change remains an open issue»¹². Global constitutionalism is ever more attached to international law and global governance¹³. The age of globalisation has posed the problem of the efficacy of constitutional theory centred on the nation-state. Can it really still be useful? Global law without a state¹⁴ points to the pulling down of the traditional pillars of the theory of the state: territory, people, sovereignty.

So, if constitutionalism is changing, and in unforeseen directions, one thing is certain: the complexity of the new landscape requires a science that is fully aware of its task and able to govern the systemic complexity of the new “constitutional” processes and structures. When we speak of a need for a worldwide jurist, we are invariably referring to this dimension. Pluralism, coexistence/tension between unity and diversity, and constant comparison must be handled with the appropriate sensitivity, with a critical spirit and with a readiness to explore less welltrodden paths¹⁵.

What institutions are there for the “new” constitutionalism in the digital era? “What might be the “new” institutions that respond to the principles of a constitutionalism that is once again capable of *reducing inequalities and privileges* – especially when faced with the protocols and logistics of a digitalized global financial capitalism that seems not to respect social limits, legal or ethical – in order once again

to combine the guaranteeing of freedoms and social protections, limitations on the sovereign power of self-government and dissemination, sharing of knowledge and the promotion of individual autonomy?" (Allegrì). There are many questions. The answers for their part are complicated. This is why the theme of "constitutionalism in the global era" is – depending upon your point of view – disturbing on the one hand, and extremely challenging on the other. Certainly, it is hard to address this theme within the purview of a single "discipline", although the risk is precisely to treat "global constitutionalism" as a sort of "battlefield" upon which the different social sciences contest boundaries and the contents of their respective disciplines. This special issue of the *Journal* therefore undertakes to compare different points of view (in particular legal, sociological and political analysis), with a view to advocating a more multidisciplinary approach suited to grasping the great complexity of the new scenarios.

A historical-constitutional perspective can make a valuable contribution¹⁶. From its origins modern constitutionalism shared universalistic values while setting out from specific geopolitical contexts. A "global" vocation has marked the development of constitutionalism. From Euro-Atlantic laboratories (Great Britain, North America, France) in the seventeenth and eighteenth centuries there emerged a common constitutional heritage that rested essentially on two pillars: the idea of limitation / division of the sovereign political power and the establishment of constitutionalized freedoms. The spirit diverged in these distinct historical contexts, as did the ambitions and likewise

most of the institutional outcomes, but at the time it was an indisputably "global" phenomenon. The French Declaration of August 1789 was its most powerful ideological *manifesto*. In the age of constitutional Revolution we witness for the first time the explosion of a "Babel" around the idea of the "modern Constitution" starting to overcome the varied and complex tradition of fundamental laws¹⁷.

Today, the debate turns around the possibility of discussing the "Constitution beyond the State" and "global constitutionalism". But what do we mean by these terms? What does "Constitutionalism in the global era" signify? Indeed, can we use – or at least is it useful to use – these terms, which bear such a burden of historically consolidated meanings, to delimit and to represent the newly emerging phenomena of recent decades?

These questions – addressed yet again in the current issue – remind us that throughout the eighteenth century (with an important appendix concerning the "Granted constitutionalism" of the early nineteenth century)¹⁸ the term-concept "constitution" was very widely debated, and this from a number of different points of view. It was a fundamental debate transcending the national dimension of constitutionalism, even if it had specific national foundations and followed particular national pathways. This debate coincides in fact with the "struggle for the constitution". At the same time it bears witness to a new semantics going beyond the old vocabulary and a laboratory of new ideas and concepts. If the constitution becomes the space of the political order of the "constituent" society (which has as its starting-point, between the seventeenth and eighteenth centuries, different revolutionary preconceptions),

nevertheless the “movement” can take different forms.

In order to simplify, we can say that two main types of constitution are in contention here. On the one hand, the idea of a constitution according value to the immanent order of a society, is intertwined with the perennial tradition of the fundamental laws, and postulates the idea of an order given by history in its evolutionary dimension. On the other hand, we are concerned with a constitution as a rational act of will that, conversely, can only be based on a constituent foundation of the political society. The first “type” has been identified, from the beginning, with the British constitution as historical and customary meta-text “rationalized” and re-designed after the *Glorious Revolution*. The second “type” has found instead in the American *We the People* and in the French *Nous la nation* its two original and constitutive epiphanies, having in common a clear definition of a “democratic” constituent space, but with very different outcomes.

In some ways, then, constitutionalism was born “global”, purporting to represent one of the most significant expressions of the “Western ethos”. And in the course of its history it lived through several contradictions and tensions. It has developed, especially in the nineteenth century, within the space of the “sovereign national state”, accentuating, at least in continental Europe, the importance of the positive law. Only with difficulty has it succeeded in attaining a balance with the vocation to declare rights. The nation is the political unity of sovereignty and the general will. Rights and freedoms are attacked insofar as they are a logical and

constitutional prius”. Constitutionalism has been poised between resistance and participation, between conflict and integration. It has lived through specific histories and national experiences, but has also had important elements in common.

It has been, as Tomas y Valiente remarked, a *novum ius commune*¹⁹. The new constitutions of the nineteenth century, and especially after World War II, have had the ambition to represent a “global” vision culminating in the Universal Declaration of Rights in 1948 and consequently in the development of the theory of fundamental rights. The axiological contents of the “third constitutionalism” reflect the classic constitutionalist genealogy (liberty, equality, organization of power) and in particular enhance – after the horrors of war – the protection of the human person seen in his or her intangibility, according to the fundamental corollary of the dignity of man and the development of social rights.

Each change in paradigm (“modern” constitution / “ancient” constitution; liberal constitution / democratic-social constitution) has fostered a lively debate surrounding the concepts of constitution and constitutionalism, but always within a sufficiently unified path, based on the connection state / nation / constitution. The debate of the past two decades has been marked by a further “paradigm shift”. As I have underlined above, the language of constitutionalism has conquered a very important space in the complex debate on the new political, legal and economic order of the so-called “global society”. The terms “constitution” and “constitutionalism” have been marked by a further process of re-semanticization. Are these meanings added to the “old” ones, do they simply

refine them, or, rather, do they orient the traditional concepts towards the global society?

In recent decades, globalization has made visible a geopolitical constitutionalism that, for a long time, was characterized by a unidirectional movement: from the "West" to the other parts, more or less distant, of the world. Between the nineteenth and the twentieth century the "exotic constitutions"²⁰ have been seen as one of the main forms of transfer of the "Western model". To join the ranks of the "civilized Nations" a polity had perforce to "absorb" a new mindset and to acquire a different set of cultural foundations. The study of constitutionalism thus involved the "importation" pure and simple of concepts and institutional forms. The global age has also undermined the traditional scientific paradigms, thereby broadening their horizons.

In this issue of the *Journal* Bui Ngoc Son reassesses the "indigenist" thesis, relevant in China and other Asian countries, which postulates, in fact, the idea of an "indigenous", "Confucian" path (to denote the set of traditional values) to Asian constitutionalism. But by analysing the thought and writings of Sun Yat-Sen, Bui Ngoc Son brings out the complexity of the context. Sun Yat-Sen was in fact a cultural mediator who integrated elements of Western modern constitutionalism with elements of Confucianism in order to generate his distinctive vision of mixed constitutionalism²¹.

Ronald Car for his part identifies clearly the two "groups" of proposals that are brought under the label of global or transnational constitutionalism. The first group deals with the legal-oriented

proposals, which see in international and transnational law the "natural" basis for a "constitutional law" of the nascent world community, and this with a view to recovering the spirit of State legal constitutionalism. International legal documents, the case law of international courts, and the contribution of legal doctrine would help to bolster a sort of global higher law that had as its starting-point the principles of *jus cogens* and the *erga omnes* obligations.

The obvious limits to the legitimacy and democratic status of this "constitutionalism beyond the national state" could be reassessed by transcending the spatial and the historical link between *pouvoir constituant* and *demos* (*We the People, Nous la Nation*)²². In this regard we need to raise to a global level, almost as if it were a *continuum*²³, the "state" elements and above all the elements of the supranational regimes led by the thinner part, or in other words by the "globalised" judicial power in its tumultuous development²⁴.

The second group includes the analysis of proposals concerning so-called "societal constitutionalism" which, by interpreting the thought of Niklas Luhmann, focus on "self-constitutional regimes"²⁵ in the context of legal fragmentation. The crisis here is an integral or "constitutive" part of this "new constitutionalism", serving simply to represent the phenomenon and to mitigate its worst effects. In the world society any structural coupling between law and politics is in vain. For this reason we need a new constitutionalization of global orders (Teubner, quoted by Ricciardi). Societal constitutionalism works by way of fragments, responding to stray impulses and "constitutional irritants". According

to Teubner, while in the eighteenth and nineteenth centuries the focus was on nation states and the manner in which their political energies effectively limited the rule of law, constitutionalization today focuses on limiting the destructive effects caused by the release of diverse social energies, especially evident in the economy, but also in science and technology, medicine and the new media²⁶. The historical aspect can also enhance our understanding here. In fact, «Already in the age of the nation-state we should recognise the historical reality of the existence not simply of a constitution *of the state* but also of a broad constitution *of the society*, which will also subject economic, social and cultural institutions to constitutional requirements»²⁷. The obsession with the exclusive link between the national state and the traditional concept of the constitution would make it impossible «[to address] the post-state, and, in a certain sense, the supra-state, phenomena of the present day».

The constitutional form is now a work in progress; it is like a chameleon that changes the colour of its skin to cope with any contingencies or issues that may arise. So rethinking constitutionalism in the global era means, from this perspective, rethinking a classical category, one that is historically determined. On the trunk of constitutionalism, during the twentieth century, the constitution of the nation-state has witnessed, especially in the continental European context, the grafting of a normativistic dimension, in accordance with the prevailing conception of law. The constitution also gives every sign of being the main glue and, in some respects, the synthesis of social institutions. In the face of this development a sociological approach

to the constitution – “to *understand* the relationships that these decisions have with the constitution and with a social environment also influenced by non-legal rules” (Febbrajo)²⁸ – has not had so deep an impact on the powerfully normativistic framework of constitutional states.

But the crisis of the “legal State” (with its corollaries of authority, stability and continuity), confronted with changes at the global level, has no doubt left us with everything to play for, breathing new life into the sociological study of constitutions. The new pluralism in the transnational context has represented a challenge to scholars to rethink the traditional categories and to forge a «constitutional semantics [capable of illuminating] the perspectives that are currently being consolidated» (Febbrajo).

In fact, in the field of theory and constitutional practice it was already possible in the Italian context to advance propositions of a lofty conceptual order, such as the notion elaborated by Costantino Mortati of a “material constitution” when attempting to grasp the social and plural dimensions of the constitution. The main sociological theories (Erlich, Weber, Geiger) laid the foundation for the enhancement of the concept of the “living constitution”. Some areas of the jurisprudence of the Constitutional Courts have strongly contributed to “representing” the Constitution as a bridge between law, politics and society, by balancing values and interests and presiding over the “living constitution”.

According to Niklas Luhmann’s theory, the functional differentiation of social systems had already expanded, in an inter-systemic guise, the operative context of the constitution, both as regards the political

system and with respect to cultural factors operating in the social dimension. But the emergent phenomenon of recent decades has been the weakening of the foundational link between constitution and state. The thrust of global institutions has posed a challenge to state powers and promoted “quasi-constitutional” social claims with normative ambitions. «These developments are not yet adequately defined. They have undoubtedly favoured a dual expansion, structural and functional, of the semantics of the constitution concept. In a *structural* perspective, states tend to react to their impotence when tackling new problems by engendering larger units designed to address those same problems by means of a constitutional discourse articulated at various levels; in a *functional* perspective, sectors of activity in the past delineated within national boundaries, require ever closer functional connections at a transnational and transconstitutional level» (Febbrajo). The aspiration towards a future “global constitution” would in reality be the synthetic image of new structural-functional phenomena that no longer correspond to the “measures” dictated by a “classic” constitutionalism.

The appearance of disorder and fragmentation would simply be a transient fact occasioned by the conceptual inadequacy of the state-centred concepts. The constitutions still wear “out of fashion” clothes, a garb that is in certain respects eighteenth- or nineteenth century. Their solemn claim to order and manage complex systems characterized by rapid social change rests on very precarious foundations. “There is a belief, which is now widespread, that it is impossible, starting out from a single point, important

though it may be, namely, the state, to rule the whole of society, and that it is therefore increasingly urgent to take account of the parallel and not always convergent action exerted by those constitutions that are not necessarily written and do not have an exclusively legal-political character, but may instead be economic, religious, or scientific” (Febbrajo).

In the transnational perspective the constitution has been viewed as a regulator of inter-systemic social connections. There are new and fragmented “social constitutions”, “private regimes”, and “constitutional actors” who take part in the social constitutionalisation of the world²⁹. This means that in a transnational world constitutional problems arise beyond the limits of the nationstate, often in the ‘private’ sectors of global society. Transnational constitutionalism requires new “constitutional” regulatory regimes, a global constitutional law based on the governance of fragmentation and of collisions between plural regimes and systems. According to this vision³⁰, collisions between the diverse constitutional regimes might be coped with by means of a selective process of networking that normatively reinforces already existing empirical networks between the constitutional regimes: the linkage of regime constitutions with autonomous social sectors; and, more importantly in this context, the linkage of these regimes with one another.

Gunther Teubner analyses here the main factors that have contributed to undermining the purported centrality of the State constitution, and what he calls “the externalization of foundational paradoxes”.

It is the constitutions of social subsectors, as well as those of the

economy, media, science and public health that have changed the *nomos*. «The formerly dominant law-making process, which transforms collective political decisions into legal norms, is replaced to a considerable degree in transnational regimes by the forging of social rules that are in turn transformed into law that is ripe for application... The role played by the political legislator in the nation-state and in international relations is thus progressively shrunk until it amounts to little more than reformulating this law created within the society» (Teubner). The State constitution retains a unique position among the social constitutions. But this, according to Teubner, is accounted for not by the usual "explanations" offered by the "state-centric" constitutionalists (monopolistic characteristics, hierarchical superiority to the social constitutions, the legal and prescriptive dimension) but by the symmetry pertaining to the reciprocal externalisation of politics as regards law and law as regards politics. The sociological theory of constitutionalism becomes a theory of transnational society serving as an "irritant" towards the dogmatics of constitutional law.

According to Pierangelo Schiera, the effectiveness of the constitutional state is a horizon already undermined by the totalitarian experiences of the twentieth century. First of all in the sense of it being a "modern state" with a claim to a monopoly of force/power. «So even constitutionalism should know how to transform itself into an aspatial and atemporal reality, if it is to stand any chance of continuing to be, as is doubtless desirable, the compass of global governance, at least in the sense that I have derived from the McIlwainian formula,

namely, a combination of the explicit concentration of actual power and as great a responsibility as possible towards its subjects-citizens-people» (Schiera). The solution does not lie in an unlikely «return to sovereignty». But does constitutionalism exist «apart from a system of sovereignty?». The legal positivistic approach of the jurists no longer seems adequate. Schiera proposes an «administrative constitutionalism» which assumes horizontal ties and a new, integrated, relationship between the "global" and the "local".

«We have to wonder here whether the old tools of law, with their strongly nation-state and bourgeois social dimensions, can still be useful in following the path of that star. My answer is negative, and it is therefore also with respect to any attempt to recover the old – synchronic – constitutionalism, as viewed in its preponderantly legal guise. However, we still need constitutionalism, today and in the future, if we want to retain the many achievements that have been made in its name and which are now an integral part of human heritage. But it is necessary for diachronic and globalizing constitutionalism to identify and develop, as I very much hope it will, instruments for the analysis of, and for intervention in reality that go further and differ from the one traditionally used in law, from a perspective that is likely to be less "scientific" because more "discursive", less efficient because more open to diversity, less rapid and effective, because more attentive to the curved space of the time of globalization» (Schiera).

Maurizio Ricciardi for his part sets out from the "disordered" condition of the conceptual constellation formed by constitution, constitutionalisation and

constitutionalism. The problematic point lies in the constitutionalising process seen as a possibility of establishing a normative synchrony between society and State. This process has historically taken "the state as a necessary complement to society. The constitution thus becomes an expression of the evolving relationship between society and the State" (eg. in the diverse analyses of Thomas Paine or of Lorenz von Stein).

This "virtue" of the constitutional state was instead considered by Carl Schmitt to be the realisation of a "total state" no longer able to represent political unity. But this phenomenon, if it undermines constitutionalism itself, does not determine the end of the State³¹. In many ways this is a phenomenon that precedes so-called globalization and is connected to the processes of "de-juridification" operating in the world society. The "narrative" of Friedrich August von Hayek and of *Ordokonstitutionalismus* did indeed appear at an early date (1939). Neo-liberal constitutionalism has produced a change in constitutional semantics. Being based on the economic constitution, it already looked beyond national boundaries. The crisis of "classic" constitutionalism would arise from the tensions inherent in the modern democratic state. This idea of order has permeated the constitutions and has functionalized the same legality while constitutionalism has become more oriented towards negotiation and systemic needs.

Social democratic constitutionalism (as eg. in the Italian case) was designed to affirm the primacy of the Constitution over other forms of domination by focusing on the human person and the guarantee of inviolable rights (Poli). The affirmation

of the economic order in financial markets has sanctioned different and concomitant transformation processes. The constitutional democratic state appears to be one of the "operators" subject to market rules "by providing budgetary constraints, the parameters of reduction of public expenditure, the objective of achieving a differential reduction of interest rates as regards public debt (the so-called "spread") and the rating agencies' evaluation criteria" (Poli). The erosion of statehood has greatly weakened the boundaries between the outside and the inside, especially in the asymmetrical relationship between markets and states, but also the traditional boundaries, typical of modern constitutionalism, between public and private, putting constitutional democracy at variance with the global economic order dominated by the financial oligarchies (Pinelli).

We wonder whether – given the change in concrete historical circumstances – modern constitutionalism (understood in its dual liberal and democratic dimensions) is still able to ensure «the division of powers and ensure the protection of fundamental rights in the name of equality and not only of freedom or whether the material transformations and changes of concrete historical subjects have led (or shortly will lead us) to the affirmation of a new "code Napoleon", which establishes the triumph of new global sovereigns at the expense of democratic and constitutional claims» (Azzariti). Already the European debate has illustrated (Cavallo) two weak points in what we may anticipate in the constitutionalism of the global era. On the one hand the so-called "Constitution without people", on the other the protection of fundamental

rights as a founding principle of the European Union and an indispensable prerequisite for its legitimacy. According to this position, the undermining of the political space of sovereignty and the “blind optimism” informing the cosmopolitanism of fundamental rights has simply bolstered the *lex mercatoria* and the legal-political North American model. The “salvation” of modern constitutionalism, in the global world must be found in the inevitable modern relationship between constitution and sovereignty, between constituent power and the people (Cavallo).

For many scholars the “sociological”, “systemic” and “societal” path to the “new constitutionalism” means a possible return to the past, to strands of constitutional thought already debated and sometimes even tested, «and their revival at the global level simply serves to set back the art of constitutional theory a century or so». «At a glance, according to these criticisms, the rejection of any linkage with political bodies leads constitutional sociology to return the concept of the constitution to its pre-modern meaning, one that merely describes social dynamics» (Car). Azzariti sees in the analysis / theory of “civil constitutions” a “descriptive” (but essentially ideological-political) recognition of social and economic dynamics, to the detriment of traditional political and constitutional powers, thereby marking the end of modern constitutionalism. In this perspective the current crisis should make us look back to the origins of the modern constitutionalism, and especially to what has brought about the legal and axiological supremacy of the constitution in modern legal systems, namely its peculiar prescriptive force. It is precisely the risk of a division between

constitution and politics (state / sovereign / people) that would occasion a return to a “pre-modern” constitution, one that was merely descriptive of a given social order.

The shared essence of state and constitution, viewed as a precondition to ensure the pertinence of modern constitutionalism in the global era must be seen in light of a «vision of constitutionalism that is not monolithic and static, but dynamic and versatile...» (Pinelli). Rethinking constitutionalism in the global era involves taking note of the overall changes, of an unstable and fragmented global governance, of new economic and social powers, of supranational constitutional circuits, and of movements called upon to reinvigorate struggles for a democratic constitution in the broader contemporary spaces.

Most scholars agree as to the extent of the gap between the state and the forms of politics and constitutionalism evident in the new global order. Constitutionalism beyond the state is the central issue. On one side, the constitutional law developed in states is increasingly “open” and concerned to take account of global phenomena. Distant events can produce practical effects within states. The intention is now to subject the relevant causes and effects to the law by resorting to a sort of common/global constitutional law composed of different elements. Europe’s experience and European constitutionalism beyond the state³² have been seen as very important but controversial “construction sites”. Constitutionalism “in an age of diversity”³³ should make us more aware of the limits of nominalism under “common labels” but «we should [also] resist the temptation of a provincial particularism»³⁴. As we have

seen, the new “global constitutionalism” is controversial and cannot respond on a global level to the “canonical” chain state/sovereignty/constitution. Constitutionalism was born from the internal conflicts in the processes of building modern states, and yet there does exist a platform based on principles common to the written and unwritten constitutions, universal declarations, conventions and treaties, constitutional courts jurisprudence, and the constitutional theory of law. These phenomena can be observed from different points of view. The acknowledgement and construction of an essential core for a cosmopolitan constitutional law³⁵ based on the protection of fundamental rights can be seen as the major goal of the worldwide academic community and of the judges in the courts. But, at the same time, this gave rise to concerns and criticisms relating to the supranational transfer of power from representative institutions to judiciaries by dint of a more extensive and active judicial review in a global perspective³⁶.

«All this requires – observes Schiera – a constant reference to the scientific-cognitive circuit now established between scholars of all the old disciplines dedicated to social dimension, reflecting the outdated hegemony of jurists and the renewal of social science beyond the borders of the “nations” in which it was born». This is also the aspiration of this issue of the *Journal of Constitutional History*.

Negli ultimi due decenni, come evidenziato da molti, il “linguaggio del costituzionalismo” sta godendo nuovamente di ampia circolazione e di influenza all’interno di un intenso dibattito riguardante il nuo-

vo ordine giuridico e politico della società globale³⁷. Alla base di questo fenomeno, c’è sicuramente il senso di “disorientamento” prodotto, anche a livello di teoria, dai forti e turbolenti processi giuridico-politici innescati dalla crisi dell’ordine mondiale bipolare. Quando si cerca di procedere verso zone poco familiari, diventa naturale il tentativo di ri-orientarsi facendo uso delle mappe categoriali che si possiede già: in tali situazioni «Working with analogies, extending and adapting existing concepts, seems usually preferable to the creation of ideas and structures from scratch, not only because of the risks involved the latter, but also because of our limits of imagination»³⁸. Come protagonisti del grande laboratorio del pensiero politico moderno, la teoria politica e giuridica contemporanea dovrebbero di conseguenza impegnarsi in un grande sforzo di ridefinizione e di adattamento del consolidato vocabolario della politica ereditato dal passato. Il ritorno del costituzionalismo e del suo linguaggio sarebbe parte integrante e sostanziale di questo sforzo di rifondazione teoretica e concettuale.

E tuttavia a che cosa ci riferiamo quando oggi parliamo di “costituzionalismo”? Questa è la domanda chiave che emerge – in modo più o meno esplicito – dal dibattito contemporaneo sul tema. Come tutte le parole che hanno subito un processo di ri-semantizzazione, la nozione di “costituzionalismo” ha anche registrato una varietà impressionante di specificazioni semantiche nel corso degli ultimi anni, finendo in molte occasioni per assumere un vasto significato tanto da apparire poco più che *metaforico* a chiunque sia minimamente consapevole della tradizionale storia del concetto.

È anche per questa ragione che, per “celebrare” i suoi primi quindici anni di attività, il *Giornale di Storia costituzionale* ha deciso di dedicare un numero special del 2016 al “futuro del costituzionalismo” invitando alcuni degli studiosi che, negli ultimi e da differenti prospettive, hanno affrontato le questioni epistemiche e categoriali più impegnative connesse all’uso del concetto all’interno del mutato contest politico-giuridico dell’“era globale”. I curatori della Rivista ritengono che un dibattito aperto e diretto tra le diverse prospettive di indagine possa essere in grado di chiarire il significato reale che oggi può ancora essere assegnato a quella particolare prospettiva *normativa* che per molti autori è al centro del «paradigma del costituzionalismo moderno, inteso come scienza di *fondazione* e di *limitazione* del potere legittimo»³⁹.

Pertanto non è difficile osservare che il concetto di costituzione e i confini del costituzionalismo non sono mai stati così sfocati come oggi⁴⁰. Il dibattito tra gli studiosi può così offrire l’impressione di soffrire a volte a causa di definizioni imprecise e disperate; insomma, talvolta il concetto di costituzione ha una rassomiglianza impressionante col dio greco Proteo.

La “terza generazione” delle costituzioni dopo la seconda guerra mondiale aveva annunciato una nuova era. Queste costituzioni hanno confermato la vocazione originaria per il reciproco autocontrollo tra democrazia e costituzionalismo. Esse hanno abbracciato l’idea della costituzione come atto di fondazione nazionale e democratica, secondo un concetto forte del potere costituente fonte del potere politico⁴¹. In questo contesto, la costituzione emerge anche segnale simbolico di una grande transizione nella vita politica di una nazione⁴². Questa

idea di costituzione è rimasta saldamente ancorata allo Stato, al suo territorio e alla sua sovranità politica. Ma essa doveva operare sempre di più all’interno di un modello di “costituzione del *Welfare State*”, enfatizzando l’aumento di complessità funzionale. All’interno degli stati democratici “interventisti”, le costituzioni contengono principi e valori utili per orientare le principali sfide sociali (I diritti fondamentali, il pluralismo, il multiculturalismo, etc.). All’esterno, le costituzioni hanno avuto a che fare in maniera crescente con almeno due grandi fenomeni ultra-nazionali.

Pensiamo, da un lato, alla trasformazione dell’Europa all’interno di coordinate comunitarie. Il costituzionalismo multilivello, i trattati e le Carte dei diritti, le tradizioni costituzionali comuni, la giurisprudenza delle Corti europee, il *demos* europeo e i progetti di trattato-costituzione sono alcuni dei temi che hanno dominato il dibattito nel corso degli ultimi due decenni. Dall’altro lato, la moderna sovranità territoriale e la sua legittimità⁴³ non rispondono più alle sfide della costellazione post-nazionale. Con l’avvento di una prospettiva di società globale, i paradigmi tradizionali della costituzione sono entrati in crisi. L’Unione europea è stata vista come presagio di una “costituzione” post-nazionale e ha portato gli studiosi a riflettere sull’utilità degli strumenti concettuali e sulle pratiche operative della teoria costituzionale “nazionale”.

Così, mentre il costituzionalismo stava raggiungendo un enorme livello di legittimità, tanto da “costringere” anche i regimi più antidemocratici a dotarsi di una “costituzione”, tale periodo di “maturazione” coincide anche con la crescente erosione di alcune delle condizioni di base su cui tali risultati hanno riposato. Qualunque sia il

nome dato a questo fenomeno di erosione, «constitutionalism can be understood to be entering a twilight zone»⁴⁴. Possiamo infatti percepire – come è stato osservato⁴⁵ – una singolare miscela di trionfo e declino. Non a caso, Riccardo Cavallo evoca in questo numero del *Giornale di Storia costituzionale* un film di Lars Von Trier, *Melancholia* (2011), per descrivere il sentimento del costituzionalista «quasi bloccato in una situazione di angosciosa attesa di qualcosa di irreparabile, ma che, al tempo stesso, possa quasi miracolosamente salvarlo dalla fine che incombe»⁴⁶. In altra sede ho parlato di *melancholia costituzionale*⁴⁷ per cercare di rappresentare proprio questo stato d'animo che investe l'idea di costituzione.

«Constitutionalism is changing – that is beyond question. But the direction of change remains an open issue»⁴⁸. Il costituzionalismo globale è sempre più connesso al diritto internazionale e alla *global governance*⁴⁹. L'età della globalizzazione ha posto il problema dell'efficacia della teoria costituzionale incentrata sullo stato-nazione. Può ancora essere utile? Il diritto globale “senza lo Stato”⁵⁰ sembra voler abbattere i pilastri tradizionali della teoria dello Stato: territorio, popolo, sovranità.

Quindi, se il costituzionalismo sta cambiando, e in direzioni imprevedibili, una cosa è certa: la complessità del nuovo paesaggio richiede una scienza che sia pienamente consapevole del suo compito e in grado di “governare” la complessità sistemica dei nuovi processi e strutture “costituzionali”. Quando si parla della necessità di un giurista “più globale”, ci riferiamo a questa dimensione. Il pluralismo, come problema della convivenza / tensione tra unità e diversità, e il costante confronto devono essere maneggiati con adeguata sensibilità,

con spirito critico e con uno spirito pronto a esplorare percorsi meno conosciuti⁵¹.

Quali istituzioni, dunque, per il “nuovo” costituzionalismo nell'era digitale? «Quali possono essere le “nuove” istituzioni che rispondano ai principi di un costituzionalismo che sappia nuovamente ridurre le disuguaglianze e i privilegi – tanto più dinanzi ai protocolli e alla logistica di un capitalismo finanziario digitalizzato globale che sembra non incontrare limiti sociali, legali o etici – per poter nuovamente coniugare garanzia delle libertà e tutele sociali, limitazioni al potere sovrano e diffusione di autogoverno, condivisione di conoscenze e promozione dell'autonomia individuale?» (Allegrì). Molte sono le domande, incerte e altrettanto numerose le risposte. Per questo il tema del “costituzionalismo nell'era globale” appare, a seconda dei punti di vista, inquietante per un verso, estremamente stimolante per un altro. Di certo, è difficile affrontarlo avendo come punto di riferimento una sola prospettiva “disciplinare”, anche se il rischio è proprio quello di fare del “costituzionalismo globale” una sorta di “campo di battaglia” tra le diverse scienze sociali impegnate a definirne confini e contenuti. Questo numero speciale del *Giornale* vuole perciò mettere a confronto i diversi punti di vista (in particolare giuridico, sociologico e politologico) sollecitando un approccio multidisciplinare meglio vocato a cogliere la complessità dei nuovi scenari.

La prospettiva storico-costituzionale può offrire un valido contributo⁵². Dalle sue origini il costituzionalismo moderno ha condiviso valenze universalistiche pur muovendo da specifici contesti geopolitici. Il dimensionamento “globale” è stato uno dei caratteri dello sviluppo del costituzionalismo. Dai grandi laboratori euro-at-

lantici (Gran Bretagna, America del Nord, Francia) del XVII e XVIII secolo è emerso un patrimonio costituzionale "comune" basato essenzialmente su due pilastri: l'idea della limitazione/divisione del potere politico sovrano (popolare) e il campo di azione dei diritti di libertà. L'*esprit* di fondo era diverso nei vari contesti, così come le finalità e buona parte degli esiti istituzionali, ma a quell'epoca si trattò di un fenomeno "globale". La Dichiarazione francese dei Diritti dell'uomo e del cittadino dell'agosto 1789 ne fu il più potente manifesto ideologico. È nei secoli delle Rivoluzioni "costituzionali" che assistiamo per la prima volta all'esplosione di una sorta di "Babele" attorno alla parola "moderna" "Costituzione" rispetto alla variegata e complessa tradizione delle *Leges fundamentales*⁵³.

Oggi il dibattito ruota attorno alla possibilità di parlare di "costituzione oltre lo Stato" e di "costituzionalismo globale". Ma la domanda di fondo è: di che cosa parliamo? Che cosa significa "costituzionalismo nell'era globale"? Addirittura, si possono utilizzare – o almeno è utile farlo – questi termini, che hanno alle spalle una semantica così forte e storicamente caratterizzata, per delimitare e rappresentare i nuovi fenomeni emergenti degli ultimi decenni?

Tali domande – ricorrenti in questo numero del *Giornale* – ci fanno ricordare che per tutto il XVIII secolo (con una buona appendice ancora nel "Granted constitutionalism" del primo Ottocento)⁵⁴ si discute il termine-concetto "costituzione" e si comincia a riempirlo di contenuti e di molteplici dimensioni politiche, giuridiche, sociali. Si tratta di un dibattito seminale che trascende le dimensioni "nazionali" del costituzionalismo, anche se poi esso trova radicamenti e percorsi nazionali.

Il dibattito coincide in realtà con la "lotta per" e la "lotta sulla costituzione". Che è al tempo stesso progetto di ri-semantizzazione di un lessico antico e laboratorio di idee e concetti nuovi. Se la costituzione diventa lo spazio dell'ordine politico della società "costituente" (che muove, tra XVII e XVIII secolo, da diversi presupposti rivoluzionari), nondimeno il "movimento" può assumere forme e idee diverse, per alcuni tratti oppostive. A voler semplificare, si affrontano due macro-tipologie di costituzione e di costituzionalismo. Da un lato, l'idea di costituzione che valorizza l'ordine immanente di una società, si intreccia, in parte, con la lunga tradizione delle *Leges fundamentales*, postula l'idea di un "ordine dato" dalla storia e dalla sua processualità. Dall'altro lato, ci troviamo di fronte alla costituzione come atto di volontà razionale che, al contrario, può poggiare solo su una dimensione costituente istitutiva della società politica e costituzionale. Il primo "tipo" è stato identificato, *ab origine*, con la costituzione britannica intesa come trama costituzionale storico-consuetudinaria "razionalizzata" e ri-pensata dopo la *Glorious Revolution*. Il secondo tipo ha trovato invece nello *We the People* americano e nel *Nous la Nation* francese le due originarie e costitutive epifanie, accomunate da una chiara definizione di uno spazio costituente "democratico", ma produttive di ben diverse esperienze sul piano politico-istituzionale e giuridico-costituzionale. Per certi versi, dunque, il costituzionalismo è nato "global", avendo la pretesa di rappresentare una delle più rilevanti espressioni dello "spirito occidentale". E ha vissuto, nel suo percorso plurisecolare, molteplici contraddizioni e tensioni. Si è sviluppato, specie nel corso del XIX secolo, nello spazio

dello "Stato nazionale sovrano" accentuando, almeno nell'Europa continentale, la dimensione della legge positiva. Riuscendo, molto a fatica, a trovare punti di equilibrio con la vocazione "dichiarativa" dei diritti. La nazione è l'unità politica della sovranità e della volontà generale. I diritti e le libertà vengono aggrediti nel loro essere "prius" logico e costituzionale. Il costituzionalismo ha vissuto tra resistenza e partecipazione, tra conflitto e integrazione. Con storie ed esperienze nazionali, ma anche con rilevanti elementi comuni. È stato, come ha osservato Francisco Tomás y Valiente, un *novum ius commune*⁵⁵. Anche le nuove costituzioni del Novecento, specie nella fase del secondo dopoguerra (e muovendo dall'esperienza culturale e istituzionale weimariana), hanno avuto l'ambizione di rappresentare una visione "globale" che è culminata con la Dichiarazione universale dei diritti e poi con lo sviluppo della teoria dei diritti fondamentali. I contenuti assiologici del "terzo costituzionalismo" danno conto della genealogia del costituzionalismo classico (libertà, uguaglianza, organizzazione del potere) e soprattutto valorizzano – dopo gli orrori della guerra – la tutela della persona umana vista nella sua intangibilità, con il fondamentale corollario della dignità dell'uomo e dello sviluppo dei diritti sociali.

Ad ogni cambio di paradigma (costituzione "moderna"/"antica"; costituzione liberale; costituzione democratico-sociale) si è sviluppato un dibattito significativo sui termini-concetto costituzione e costituzionalismo, ma sempre all'interno di un percorso sufficientemente unitario, basato sul nesso Stato/nazione/costituzione. Il dibattito degli ultimi due decenni è stato segnato dall'affacciarsi di un nuovo "cambio di paradigma". Come osservato all'inizio, il lin-

guaggio del costituzionalismo ha conquistato uno spazio molto rilevante nel complesso dibattito sul nuovo ordine politico, giuridico ed economico della cd. società globale. I termini costituzione e costituzionalismo sono stati segnati da un ulteriore processo di ri-semantizzazione. Si tratta di significati che si aggiungono ai "vecchi", che ne specificano dimensioni anche più risalenti, o, piuttosto, che "aggrediscono" i concetti tradizionali aprendoli necessariamente verso la dimensione-mondo?

Negli ultimi decenni la globalizzazione ha reso visibile una geopolitica del costituzionalismo che, per molto tempo, è stato caratterizzata da un movimento unidirezionale, ovvero dai "Western Countries" verso le altre parti, più o meno lontane, del mondo. Tra Otto e Novecento le "costituzioni esotiche"⁵⁶ sono state viste come una delle forme principali di *transfer* del "modello occidentale". Per entrare nel novero delle "civilized Nations" bisognava "assorbirne" *forma mentis* e basi culturali. Lo studio del costituzionalismo riguardava quindi la mera "importazione" di concetti e forme istituzionali. L'era globale ha scardinato anche i tradizionali paradigmi scientifici ampliandone gli orizzonti.

In questo numero del *Giornale* Bui Ngoc Son ridimensiona la tesi "indigenista", rilevante in Cina e in altri paesi asiatici, che postula, appunto, l'idea di una via "indigena", "confuciana" (per indicare l'insieme di valori tradizionali) al costituzionalismo "asiatico". Ma analizzando il pensiero e l'opera di Sun Yat-Sen, Bui Ngoc Son ci fa vedere la complessità del contesto. Sun Yat-Sen infatti fu un mediatore culturale e integrò elementi del costituzionalismo moderno occidentale con elementi tradizionali, confuciani, contribuendo allo sviluppo di

una visione distintiva caratterizzata da un "mixed constitutionalism"⁵⁷.

Ronald Car individua in modo chiaro i due "gruppi" di proposte che vengono collocate sotto la grande etichetta del *global o*, talvolta, del *transnational constitutionalism*. Al primo gruppo si possono ricondurre le proposte, di matrice "giuridica", che vedono nel diritto internazionale e trans-nazionale il "naturale" diritto costituzionale della nascente comunità, recuperando il senso del costituzionalismo legale. I documenti giuridici internazionali, la giurisprudenza delle Corti internazionali, l'apporto dottrinale contribuirebbero a rafforzare un'*higher law* globale partendo dai principi dello *ius cogens* e dagli obblighi *erga omnes*.

Gli evidenti limiti di legittimità e di democrazia di questo "costituzionalismo oltre lo Stato nazionale" potrebbero essere ridimensionati superando la logica della spazialità e del nesso storico tra *pouvoir constituant* e *demos* (*We the People, Nous la Nation*)⁵⁸. In tal senso, bisognerebbe portare a livello globale, quasi in un *continuum*⁵⁹, gli elementi "statali" e soprattutto dei regimi sopranazionali guidati dalla parte più agile (*thin*), ovvero dal potere giudiziario "globalizzato" nel suo tumultuoso sviluppo⁶⁰.

Del secondo gruppo fanno parte le proposte di analisi del cd. "societal constitutionalism" che, interpretando il pensiero di Luhmann, focalizzano l'attenzione sui "regimi auto-costituzionali"⁶¹ nel contesto della frammentazione del diritto. La crisi è parte integrante, "costitutiva", di questo "nuovo costituzionalismo", proprio per rappresentare il fenomeno e limitarne gli effetti più gravi. Nella *world society* (società-mondo) l'accoppiamento strutturale tra diritto e politica è vano. Per questo è necessaria la costituzionalizzazione di ordini

globali (Teubner cit. da Ricciardi). Il costituzionalismo societario opera per frammenti, segue gli impulsi e le "irritazioni costituzionali". Secondo Teubner, mentre nel XVIII e XIX secolo il focus era rappresentato dalle energie politiche degli Stati nazione e dalla loro efficace limitazione con la *rule of law*, oggi la costituzionalizzazione si concentra sulla limitazione delle ripercussioni distruttive causate dalla liberazione di ben diverse energie sociali, particolarmente evidenti nell'economia, ma anche nella scienza e nella tecnologia, nella medicina e nei nuovi media⁶². Del resto, anche il dato storico può essere di aiuto. Infatti, «Già per l'età dello Stato nazionale, si dovrebbe riconoscere la realtà storica dell'esistenza non soltanto, meramente, d'una costituzione *dello Stato*, ma pure di un'ampia costituzione *della società*, che assoggetta a requisiti costituzionali anche le istituzioni economiche, sociali e culturali»⁶³. L'ossessione del legame esclusivo tra Stato nazionale e il tradizionale concetto di costituzione renderebbe impossibile «la tematizzazione dei fenomeni post-statali e in un certo senso sovra-statali del nostro presente».

La forma costituzionale è oggi uno *work in progress*, quasi un camaleonte che cambia colore della pelle quante sono le contingenze e le domande spontanee. Quindi ripensare il costituzionalismo nell'era globale significa, da questa prospettiva, ripensare una categoria "classica", storicamente determinata. Sul tronco del costituzionalismo, nel corso del Novecento la costituzione dello Stato-nazione ha visto accentuare, specie in ambito europeo-continentale, la dimensione normativistica, in sintonia con la prevalente concezione del diritto. La costituzione è apparsa anche come il principale collante e, per certi versi, la sintesi

delle istituzioni sociali. Di fronte a questa evoluzione l'approccio sociologico alla costituzione – “*comprendere* i rapporti che tali decisioni intrattengono con la costituzione e con un ambiente sociale influenzato anche da norme non giuridiche” (Febbrajo)⁶⁴ – non aveva inciso più di tanto sulla possente architettura giuspositivistica degli Stati costituzionali.

Ma la crisi dello Stato “di diritto” (con i suoi corollari di autorità, stabilità e continuità), posto di fronte alle trasformazioni globali, ha senza dubbio riaperto i giochi ridando vitalità alla tradizione di studi sociologici della costituzione. Il nuovo pluralismo, nel contesto trans-nazionale, ha rappresentato una sfida per ripensare le categorie tradizionali e proporre una “semantica costituzionale in grado di recepire le prospettive che stanno attualmente consolidandosi” (Febbrajo).

In realtà, già nel campo della teoria e della pratica costituzionale era possibile valorizzare, come nel caso italiano, proposte di alto profilo concettuale come la *costituzione materiale* di Costantino Mortati in grado di cogliere la dimensione sociale e plurale della costituzione. Le principali teorie sociologiche (Erllich, Weber, Geiger) hanno posto le basi per una valorizzazione della “costituzioni viventi”. Alcuni ambiti della giurisprudenza delle Corti costituzionali hanno fortemente contribuito, non solo a livello di indirizzo culturale, a “rappresentare” la Costituzione come ponte tra diritto, politica e società, bilanciando valori e interessi e governando la “costituzione vivente”.

La differenziazione funzionale dei sistemi sociali secondo la teoria di Niklas Luhmann aveva già ampliato, in chiave inter-sistemica, il contesto di operatività

della costituzione sia in direzione del sistema politico che dei fattori culturali operanti nella dimensione sociale. Ma è l'indebolimento del legame fondativo tra costituzione e Stato il fenomeno emergente degli ultimi decenni. La spinta di istituzioni a vocazione globale ha messo in discussione le competenze statali e ha fatto avanzare pretese “quasi-costituzionali” di origine sociale con ambizioni “normative”. “Questi sviluppi, non ancora adeguatamente definiti, hanno indubbiamente favorito una duplice espansione, strutturale e funzionale, dell'area semantica del concetto di costituzione. In prospettiva *strutturale*, gli Stati tendono a reagire alla loro impotenza rispetto a nuovi problemi dando luogo ad unità più ampie che tentano di affrontare i nuovi problemi con una costituzionalità articolata a più livelli; in prospettiva *funzionale*, settori di attività in passato delimitabili all'interno dei confini nazionali, richiedono sempre più strette connessioni funzionali di livello transnazionale e transcostituzionale” (Febbrajo). La tensione verso una “costituzione globale” (di là da venire...) sarebbe in realtà l'immagine sintetica di nuovi fenomeni struttural-funzionali che non corrispondono più alle “misure” del costituzionalismo “classico”.

L'apparenza del dis-ordine e della frammentazione altro non sarebbe che un dato transeunte determinato dalla inadeguatezza dell'armamentario concettuale stato-centrico. Le costituzioni vestono ancora abiti “fuori moda”, con una foggia, per certi versi, sette-ottocentesca. La loro solenne pretesa di ordinare e governare sistemi complessi caratterizzati da un rapido mutamento sociale vacilla pericolosamente. «La convinzione, che risulta ormai diffusa, è che sia impossibile, partendo da un

solo punto per quanto importante come lo stato, riuscire a governare l'intera società, e che sia quindi sempre più urgente tenere conto della parallela e non sempre convergente azione esercitata da costituzioni non necessariamente scritte e non aventi esclusivamente carattere giuridico-politico, ma anche economico, religioso, scientifico» (Febbrajo).

Nella prospettiva transnazionale la costituzione è stata vista come un regolatore delle connessioni sociali inter-sistemiche. Ci sono nuove e frammentate "costituzioni sociali", "regimi privati", "attori costituzionali" che prendono parte alla costituzionalizzazione sociale del mondo⁶⁵. Ciò significa che in un mondo transnazionale sorgono problemi costituzionali che trascendono i limiti dello Stato nazionale, spesso nei settori "privati" della società globale. Il costituzionalismo transnazionale richiede nuovi regimi normativi "costituzionali", un diritto costituzionale globale basato sulla *governance* della frammentazione e delle collisioni tra i regimi e sistemi plurali. Secondo questa visione⁶⁶, le collisioni tra i diverse regimi costituzionali potrebbero essere affrontate da un processo selettivo di *networking* che rafforza normativamente le già esistenti reti empiriche tra i regimi costituzionali: il collegamento di questi regimi con i settori sociali autonomi; e, cosa più importante in questo contesto, il collegamento dei regimi costituzionali tra di loro.

In questo contesto Gunther Teubner analizza i principali fenomeni che hanno contribuito a indebolire la pretesa centralità della costituzione dello Stato e ciò che chiama "l'esternalizzazione dei paradossi".

Sono le costituzioni dei sottosettori sociali, così dell'economia, dei media, della

scienza e della sanità, ad aver modificato il *nomos*. «Il processo di produzione del diritto una volta dominante, che tramuta decisioni politiche collettive in norme legali, è rimpiazzato per una parte considerevole nei regimi transnazionali dalla produzione di norme sociali che sono trasformate in diritto applicabile... Il ruolo giocato dal legislatore politico nello stato nazione e nelle relazioni internazionali è così progressivamente ristretto a riformulare meramente questo diritto creato all'interno della società» (Teubner). La costituzione dello Stato conserva una posizione unica tra le costituzioni sociali. Ma ciò, secondo Teubner, non deriva dalle consuete "spiegazioni" offerte dai costituzionalisti "stato-centrici" (carattere monopolistico, superiorità gerarchica rispetto alle costituzioni sociali, carattere giuridico-prescrittivo) bensì dalla simmetria dell'esternalizzazione reciproca della politica verso il diritto e del diritto verso la politica. La teoria sociologica diventa una teoria del costituzionalismo della società transnazionale, "irritando" la dogmatica del diritto costituzionale.

Secondo Pierangelo Schiera l'effettività dello Stato costituzionale è un orizzonte messo in crisi già dalle esperienze totalitarie del Novecento. Anzitutto nella sua accezione di "Stato moderno" con la pretesa di monopolio della forza/potere. «Così anche il costituzionalismo dovrà sapersi trasformare in una realtà a-spaziale e a-temporale se vorrà continuare ad essere, com'è probabilmente auspicabile, la bussola del governo globale, almeno nel senso che ho ripreso della formula McIlwainiana di combinazione fra l'esplicita concentrazione del potere reale e la maggiore possibile responsabilità di questo verso i sudditi-cittadini-popolo» (Schiera). La soluzione non risiede in un

improbabile “ritorno alla sovranità”. Ma può esistere costituzionalismo “a prescindere da un sistema di sovranità?”. La lettura giuspositivistica dei giuristi non sembra più adeguata. Schiera propone un “costituzionalismo amministrativo” che presuppone legami orizzontali e un rapporto nuovo, integrato, tra “globale” e “locale”. «Ci si chiede qui se i vecchi utensili del diritto, a carattere fortemente statale-nazionale e borghese-sociale, possano essere ancora utili a seguire il cammino di quella stella. La mia risposta è negativa, e lo è dunque anche rispetto a ogni tentativo di recuperare il vecchio costituzionalismo – quello sincronico – nelle sue vesti a preponderante tessitura giuridica. Di costituzionalismo tuttavia c’è bisogno, anche oggi anche in futuro, se si vogliono mantenere molte conquiste che nel suo nome sono state fatte e che costituiscono ormai bagaglio dell’evoluzione umana. Occorre però che il costituzionalismo diacronico e globalizzante che auspico io sappia dotarsi di meccanismi di analisi della realtà e d’intervento ulteriori e diversi da quelli tradizionali del diritto, in una prospettiva che probabilmente sarà meno “scientifica” perché più “discorsiva”, meno efficiente perché più aperta alle diversità, meno rapida ed effettuale, perché più attenta allo spazio curvo del tempo della globalizzazione» (Schiera).

Maurizio Ricciardi muove dalla condizione di disordine della costellazione concettuale formata da costituzione, costituzionalizzazione e costituzionalismo. Il punto problematico sta nel processo di costituzionalizzazione intesa come possibilità di stabilire una sincronia normativa tra società e Stato. Tale processo ha assunto storicamente «lo Stato come complemento necessario della società. La costituzione

diviene così l’espressione in divenire del rapporto tra società e Stato» (per es. nelle diverse analisi di Thomas Paine o di Lorenz von Stein).

Questa “virtù” dello Stato costituzionale è stata invece considerata da Carl Schmitt come il compimento di uno “Stato totale” ormai incapace di rappresentare l’unità politica. Ma tale fenomeno, se mette in discussione lo stesso costituzionalismo non determina la fine dello Stato⁶⁷. Per molti versi si tratta di un fenomeno che precede la cd. globalizzazione ed è collegato ai processi di “degiuridificazione” (in senso pubblicistico) nella società-mondo. Precoce (1939) è stata la “narrazione” di Friedrich August von Hayek e dell’*Ordokonstitutionalismus*. Il costituzionalismo neoliberale ha prodotto un cambiamento nella semantica costituzionale. Esso era già orientato oltre i limiti nazionali perché fondato sulla costituzione economica. La crisi del costituzionalismo classico nascerebbe dalle tensioni insite nello Stato moderno democratico. Questa idea di ordine ha permeato le costituzioni e ha funzionalizzato la stessa legalità mentre il costituzionalismo ha assunto forme più orientate alla negoziazione e ai bisogni sistemici.

Il costituzionalismo democratico sociale (come per es. nel caso italiano) ha inteso affermare il primato della Costituzione sulle altre forme di dominio mettendo al centro la persona umana e la garanzia dei diritti inviolabili (Poli). L’affermazione dell’ordine economico di mercato a carattere finanziario ha sancito diversi e concomitanti processi di trasformazione. Lo Stato democratico costituzionale appare alla stregua di uno fra gli “operatori” sottoposti alle regole del mercato “mediante la previsione di vincoli di bilancio, di parametri di ridu-

zione della spesa pubblica, dell'obiettivo di contenimento del differenziale dei tassi di interesse dei titoli del debito pubblico (il c.d. *spread*) e di criteri di valutazione delle agenzie di *rating*" (Poli). L'erosione della statualità ha fortemente indebolito i confini tra esterno ed interno, specie nel rapporto asimmetrico tra mercati e Stati, ma anche quelli tradizionali, tipici del costituzionalismo moderno, tra pubblico e privato, mettendo in tensione la democrazia costituzionale con l'ordine economico globale dominato dalle oligarchie finanziarie (Pinnelli).

Da un lato ci si domanda se – mutate le condizioni storico-concrete – il costituzionalismo moderno (inteso nella duplice e sovrapponibile dimensione liberale e democratica) sia ancora in grado di assicurare "la divisione dei poteri e garantire la tutela dei diritti fondamentali in nome dell'egualianza e non solo della libertà ovvero se le trasformazioni materiali e dei soggetti storici concreti ci hanno condotto (o ci condurranno a breve) all'affermazione di un nuovo "codice napoleonico", che sancisca il trionfo dei nuovi sovrani globali a scapito delle istanze democratiche e costituzionali" (Azzariti). Già il dibattito europeo ha mostrato (Cavallo) due punti deboli di quello che sembra possibile prefigurare per il costituzionalismo nell'epoca globale. Da un lato la cd. "Costituzione senza popolo", dall'altro la tutela dei diritti fondamentali come principio fondatore dell'Unione europea e presupposto indispensabile della sua legittimità. Secondo questa posizione, l'indebolimento dello spazio politico della sovranità e il "cieco ottimismo" nel cosmopolitismo dei diritti ha solo favorito la dimensione della *lex mercatoria* e il modello giuridico-politico nordamericano. La "sal-

vezza" del costituzionalismo dei moderni, nel mondo globale, dovrà trovarsi nell'ineludibile rapporto moderno tra costituzione e sovranità, tra potere costituente e popolo (Cavallo).

Per molti la stessa via "sociologica", "sistemica" e "societaria", al "nuovo costituzionalismo" significa un possibile ritorno all'indietro, a filoni di pensiero costituzionale già 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». «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» (Car). Azzariti vede nell'analisi/teorizzazione delle "costituzioni civili" il riconoscimento "descrittivo" (ma essenzialmente politico-ideologico) delle dinamiche sociali ed economiche, a discapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali, segnando la fine del costituzionalismo moderno. In questa prospettiva la crisi attuale dovrebbe far guardare di nuovo alle origini del costituzionalismo moderno e, in particolare, a ciò che ha imposto la supremazia normativa e assiologica della costituzione negli ordinamenti giuridici moderni, ovvero la sua peculiare forza prescrittiva. Proprio il rischio della scissione tra costituzione e politica (Stato/sovranità/popolo) farebbe tornare indietro, ad una costituzione "premoderna", descrittiva di un ordine dato.

La coesistenzialità tra Stato e costituzione quale preconditione per garantire la tenuta del costituzionalismo moderno nell'era globale deve essere vista alla luce di una «visione non monolitica e statica

ma polivalente e dinamica del costituzionalismo...» (Pinelli). Ripensare il costituzionalismo nell'era globale significa prendere atto delle trasformazioni, di una *global governance* instabile e frammentata, di poteri economici e sociali diffusi, di circuiti costituzionali sovranazionali, di movimenti chiamati a riattualizzare le lotte per la costituzione democratica nei grandi spazi contemporanei.

Molti studiosi concordano sulla portata del divario tra lo Stato e le forme della politica e il costituzionalismo evidente nel nuovo ordine mondiale. Il "costituzionalismo oltre lo stato" è la questione centrale. Da un lato, il diritto costituzionale sviluppato negli stati è sempre più "aperto" e costretto a tener conto dei fenomeni globali. Eventi lontani possono produrre effetti pratici all'interno degli Stati. L'intenzione è ora di sottoporre le cause e gli effetti al diritto ricorrendo a una sorta di *common/global law* costituzionale composto da diversi elementi. L'esperienza dell'Europa e del costituzionalismo europeo al di là dello stato⁶⁸ sono stati visti come "cantieri" importanti, ma controversi. Il costituzionalismo "in an age of diversity"⁶⁹ dovrebbe renderci più consapevoli dei limiti del nominalismo sotto "etichette comuni", ma "we should [also] resist the temptation of a provincial particularism"⁷⁰. Come abbiamo visto, il nuovo "costituzionalismo globale" è controverso e non può corrispondere a livello globale alla "canonica" filiera stato / sovranità / costituzione. Il costituzionalismo nasce dai conflitti interni nei processi di costruzione degli stati moderni, e tuttavia esiste una piattaforma basata su principi comuni alle costituzioni scritte e non scritte, le dichiarazioni universali, le convenzioni e i trattati, la giurisprudenza delle corti costituzio-

nali, e la teoria costituzionale del diritto. Questi fenomeni possono essere osservati da diversi punti di vista. Il riconoscimento e la costruzione di un nucleo essenziale di un diritto costituzionale cosmopolitico⁷¹ basato sulla tutela dei diritti fondamentali possono essere visti come l'obiettivo principale della comunità accademica in tutto il mondo nonché dei giudici nei tribunali. Ma, allo stesso tempo, questo fenomeno ha dato vita a preoccupazioni e critiche relative al trasferimento di potere sovranazionale dalle istituzioni rappresentative alle corti giudiziarie e para-giudiziarie a causa di un più esteso e dinamico *judicial review* svolto in una prospettiva globale⁷².

«Ciò impone – osserva Schiera – il riferimento costante a quel circuito scientifico-cognitivo ormai stabilitosi fra studiosi di tutte le vecchie discipline dedicate al sociale, a testimonianza della superata egemonia dei giuristi e del rinnovamento della scienza sociale oltre i confini del "nazionale" in cui pure è nata». È anche quanto prova a fare questo numero del *Giornale di Storia costituzionale*.

- ¹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J.F. Dunoff, J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258.
- ² N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.
- ³ C. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 26 ff.
- ⁴ «In this field as in others, the unsettled spatial and temporal state of constitutional discourse, reveals the importance of the kinetic trend that has already been observed in other areas of law. The global world requires a flexibility capable of bringing the constitutional discourse at the same time towards a "micro" and a "macro" measure» (M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 105). Cf. P. Schiera, *La misura del ben comune*, Macerata, eum, 2010, pp. 56-62; Id., *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, pp. 135-136.
- ⁵ M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007. «We sought to demonstrate that what connects our constitutional past, present and future, and what links the state as the traditional site of constitutional government to new subnational and transnational sites, is a constant preoccupation with the question of the relationship between authorization and authority, politics and law, *pouvoir constituant* and *pouvoir constitué*» (p. V). See also M. Loughlin, *The idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 113 and now A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ⁶ B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 1996, *Occasional Papers*, Paper 4, <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>.
- ⁷ N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ⁸ P. Dobner, M. Loughlin, *Introduction*, in *The Twilight of Constitutionalism?*, ed. by P. Dobner and M. Loughlin, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. XI.
- ⁹ *Ibidem*.
- ¹⁰ All quotations otherwise uncredited refer to the essays published in this issue of the Journal.
- ¹¹ L. Lacchè, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, edited by G. Brunelli and G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 380 ff.
- ¹² P. Dobner, M. Loughlin, *Introduction*, cit., p. XVI.
- ¹³ Dunoff, Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, international law and global governance*, cit.
- ¹⁴ G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- ¹⁵ Cf. L. Lacchè, *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th-20th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2016. See N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in «The Modern Law Review», 65, n. 3, 2002, pp. 317-359; A. Peters, *The Merits of Global Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 397-411; Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 225 ff.
- ¹⁶ So L. Lacchè, *Between traditions and changes*, in *Constitutional Polymorphism. Historical paradigms and constitutional shapes / Polimorfismo costituzionale. Pa-*
- radigmi storici e modelli costituzionali, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», n. 30, 2015, pp. 5-8.
- ¹⁷ Among many publications, see. Ch.H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern* (1947), Ithaca, Cornell University Press, 1958; J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Oxford University Press, 1955; M. Thompson, *The history of Fundamental Law in Political Thought from French Wars of Religion to the American Revolution*, in «The American Historical Review», n. 91, 1986, pp. 1103-1128; W. Schmale, *Les Parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France: une introduction*, in «Il pensiero politico», n. 20, 1987, pp. 415-424; M. Valensise, *The French Constitution in Prerevolutionary Debate*, in «Journal of Modern History», n. 60, 1988, pp. 22-57; G. Stourzh, *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century*, in T. Ball, J. Farr, R.L. Hanson (eds.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; F. Bambi, *I nomi delle "leggi fondamentali"*, in *Studi di lessicografia italiana*, vol. XI, Firenze, Accademia della Crusca, 1991, pp. 153-224; H. Mohnhaupt, *Von den leges fundamentales zur modernen Verfassung*, in *Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16-18 Jahrhundert)*, in «Ius Commune», n. 25, 1998, pp. 159-179; H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; G. Stourzh, *Naturrechtslehre, leges fundamentales und die Anfänge des Vorrangs der Verfassung*, in *Rangordnung der Gesetze*, ed. by Ch. Starck, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995; F. Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812.I. De muchas Leyes fundamentales a una sola*

- Constitucion*, in *Anuario de historia del derecho español*, LXV, 1995, pp. 13-125; F. Saint-Bonnet, *Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel?*, in «Droits», n. 32, 2000, pp. 7-20; A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, De Boccard, 2006; S.M. Coronas, *De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)*, in *Anuario de historia del derecho español*, LXXXI, 2011, pp. 11-82; F. Bambi, *Parole e costituzioni*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, ed by Id., Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 11-28; H. Mohnhaupt, *On the Development of the term "Verfassung". From the plurality of the Ancien Régime's „Leges Fundamentales”, in Constitutionalism before 1789. Constitutionalism arrangements to the French Revolution*, ed. by J. Sunde, Oslo, Pax Forlag, 2014, pp. 147-164; D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 89 ff.
- ¹⁸ L. Lacchè, *Granted Constitutions. The Theory of octroi and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution*, in «European Constitutional Law Review», 9, n. 2, 2013, pp. 285-314.
- ¹⁹ F. Tomás y Valiente, *El «ius commune europaeum» de ayer y de hoy*, in «Glossae. Revista de Historia del derecho europeo», nn. 5-6, 1993-1994, pp. 1314; Id., *Constitución: escritos de introducción histórica*, Introduction of B. Claveró, Madrid, Marcial Pons, 1996. Cf. L. Lacchè, *Europa una et diversa. A proposito di ius commune europeum e tradizioni costituzionali comuni*, in «Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica», nn. 1-2, 2003, pp. 40-71.
- ²⁰ So A. Bruni, *Costituzioni esotiche*, Torino, Utet, 1912.
- ²¹ «Sun Yat-sen integrates elements of western modern constitutionalism with elements of Confucianism to generate his distinctive vision of mixed constitutionalism».
- ²² For ex. 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 Nijhoff, 2001; U.K. Preuss, *Disconnecting constitutions from statehood. Is global constitutionalism a viable concept?*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, cit.; 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.
- ²³ Cf. M. Rosenfeld, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in «The European Journal of International Law», 25, n. 1, 2014, pp. 177-199.
- ²⁴ A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in «Indiana journal of legal studies», n. 16, 2009, pp. 621-647.
- ²⁵ Cf. 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; D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, New York, Cambridge University Press, 1992.
- ²⁶ G. Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, in «Transnational Legal Theory», 1, n. 4, 2013, quoted by Ronald Car.
- ²⁷ G. Teubner, *Costituzionalismo della società transnazionale. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in «www.rivistaaic.it», n. 4, 2013; Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, cit., pp. 44-58.
- ²⁸ Cfr. also A. Febbrajo, F. Gambino (eds.), *Il diritto frammentato*, Milano, Giuffrè, 2013; A. Febbrajo, G. Harste, *Law and Intersystemic Communication. Understanding Structural Coupling*, Farnham, Ashgate, 2013; A. Febbrajo, G. Corsi, *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, New York, Ashgate Publishing, 2016.
- ²⁹ For a critical survey see B. Claveró, *Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1947-2011)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», n. 41, 2012, pp. 483-580.
- ³⁰ On this position see G. Teubner, *Global Private Regimes: Neospontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, in K.H. Ladeur (ed.), *Globalization and Public Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 71-87; Teubner, Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, cit., pp. 999-1046; Ch. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford-Portland, Hart, 2004; G. Teubner, A. Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006; G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012. On Teubner's perspective see Febbrajo, Gambino (eds.), *Il diritto frammentato*, cit.
- ³¹ But «...the achievement of constitutionalism cannot be reconstructed on the international or transnational level... The consequence would be to put the emphasis on states where constitutionalism still finds more favourable conditions and where the potential for democratic legitimation and accountability of public power remains greater than on the international level. This should not be understood as a call to restore the traditional

- national state. To the contrary, the international turn of politics is in need of further development...» (Grimm, *Constitutionalism*, cit., pp. 375-376).
- ³² J.H.H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Now T. Isiksel, *Europe's Functional Constitution. A Theory of Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ³³ J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- ³⁴ Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, cit.
- ³⁵ Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007.
- ³⁶ R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Id., *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in «Fordham Law Review», 75, n. 2, 2006, pp. 721-753.
- ***
- ³⁷ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J.F. Dunoff, J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258.
- ³⁸ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.
- ³⁹ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 26 ss.
- ⁴⁰ «L'irrequietezza spaziale e temporale del discorso costituzionale svela anche in questo campo la rilevanza di quella tendenza cinetica che già era stata osservata in altre sfere del diritto. Al mondo globale occorre una flessibilità capace di portare il discorso costituzionale al contempo sia verso la misura "micro" che verso la misura "macro"» (M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 105). Cfr. P. Schiera, *La misura del ben comune*, Macerata, eum, 2010, pp. 56-62; Id., *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, pp. 135-136.
- ⁴¹ M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007. «We sought to demonstrate that what connects our constitutional past, present and future, and what links the state as the traditional site of constitutional government to new subnational and transnational sites, is a constant preoccupation with the question of the relationship between authorization and authority, politics and law, *pouvoir constituant* and *pouvoir constitué*» (p. V). Vedi anche M. Loughlin, *The idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 113 e ora A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ⁴² B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 1996, *Occasional Papers*, Paper 4, <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4>.
- ⁴³ N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ⁴⁴ P. Dobner, M. Loughlin, *Introduction*, in *The Twilight of Constitutionalism?*, a cura di P. Dobner e M. Loughlin, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. XI.
- ⁴⁵ *Ibidem*.
- ⁴⁶ Tutte le citazioni senza altre indicazioni si riferiscono ai saggi pubblicati nel presente numero del *Giornale*.
- ⁴⁷ L. Lacchè, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuata"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 380 ss.
- ⁴⁸ Dobner, M. Loughlin, *Introduction*, cit., p. XVI.
- ⁴⁹ Dunoff, Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, international law and global governance*, cit.
- ⁵⁰ G. Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- ⁵¹ Cfr. L. Lacchè, *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th-20th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2016. Vedi anche N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in «The Modern Law Review», 65, n. 3, 2002, pp. 317-359; A. Peters, *The Merits of Global Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 397-411; Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 225 ss.
- ⁵² Lacchè, *Between traditions and changes*, in *Constitutional Polymorphism. Historical paradigms and constitutional shapes / Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici e modelli costituzionali*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», n. 30, 2015, pp. 5-8.
- ⁵³ Nell'ambito di una letteratura molto vasta, v. Ch.H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern (1947)*, Ithaca, Cornell University Press, 1958; J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Oxford University Press, 1955; M. Thompson, *The history of Fundamental Law in Political Thought from French Wars of Religion to the American Revolution*, in «The American Historical Review», n. 91, 1986, pp. 1103-1128; W. Schmale, *Les Parlements et le terme de constitution au XVIII^e siècle en France: une introduction*, in «Il pensiero politico», n. 20,

1987, pp. 415-424; M. Valensise, *The French Constitution in Prerevolutionary Debate*, in «Journal of Modern History», n. 60, 1988, pp. 22-57; G. Stourzh, *Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth Century*, in T. Ball, J. Farr, R.L. Hanson (eds.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; F. Bambi, *I nomi delle 'leggi fondamentali'*, in *Studi di lessicografia italiana*, vol. XI, Firenze, Accademia della Crusca, 1991, pp. 153-224; H. Mohnhaupt, *Von den 'leges fundamentales' zur modernen Verfassung, in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16-18 Jahrhundert)*, in «Ius Commune», n. 25, 1998, pp. 159-179; H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; G. Stourzh, *Naturrechtslehre, leges fundamentales und die Anfänge des Vorrangs der Verfassung, in Rangordnung der Gesetze*, a cura di Ch. Starck, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995; F. Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitution de 1812.I. De muchas Leyes fundamentales a una sola Constitución*, in *Anuario de historia del derecho español*, LXV, 1995, pp. 13-125; F. Saint-Bonnet, *Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel?*, in «Droits», n. 32, 2000, pp. 7-20; A. Vergne, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, De Boccard, 2006; S.M. Coronas, *De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)*, in *Anuario de historia del derecho español*, LXXXI, 2011, pp. 11-82; F. Bambi, *Parole e costituzioni*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, ed by Id., Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 11-28; H. Mohnhaupt, *On the Development of the term "Verfassung"*.

From the plurality of the Ancien Régime's „Leges Fundamentales”, in *Constitutionalism before 1789. Constitutionalism arrangements to the French Revolution*, a cura di J. Sunde, Oslo, Pax Forlag, 2014, pp. 147-164; D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 89 ss.

⁵⁴ L. Lacchè, *Granted Constitutions. The Theory of octroi and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution*, in «European Constitutional Law Review», 9, n. 2, 2013, pp. 285-314.

⁵⁵ F. Tomás y Valiente, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, in «Glossae. Revista de Historia del derecho europeo», nn. 5-6, 1993-1994, pp. 1314; Id., *Constitución: escritos de introducción histórica*, introduzione di B. Clavero, Madrid, Marcial Pons, 1996. Cfr. L. Lacchè, *Europa una et diversa. A proposito di ius comune europeum e tradizioni costituzionali comuni*, in «Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica», nn. 1-2, 2003, pp. 40-71.

⁵⁶ Così Attilio Brunialti, *Costituzioni esotiche*, Torino, Utet, 1912.

⁵⁷ «Sun Yat-sen integrates elements of western modern constitutionalism with elements of Confucianism to generate his distinctive vision of mixed constitutionalism».

⁵⁸ Per es. 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 Nijhoff, 2001; U.K. Preuss, *Disconnecting constitutions from statehood. Is global constitutionalism a viable concept?*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, cit.; 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.

⁵⁹ Cf. M. Rosenfeld, *Is Global Constitutionalism Meaningful of Desirable?*, in «The European Journal of International Law», 25, n. 1, 2014, pp. 177-199.

⁶⁰ A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, in «Indiana journal of legal studies», n. 16, 2009, pp. 621-647.

⁶¹ Cf. G.C. 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; D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, New York, Cambridge University Press, 1992.

⁶² G. Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, in «Transnational Legal Theory», 4, n. 1, 2013, cit. da Ronald Car.

⁶³ G. Teubner, *Costituzionalismo della società transnazionale. Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, in «www.rivistaic.it», n. 4, 2013; G. Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, cit., pp. 44-58.

⁶⁴ Cfr. inoltre A. Febbrajo, F. Gambino (eds.), *Il diritto frammentato*, Milano, Giuffrè, 2013; A. Febbrajo, G. Harste, *Law and Intersystemic Communication. Understanding Structural Coupling*, Farnham, Ashgate, 2013; A. Febbrajo, G. Corsi, *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, New York, Ashgate Publishing, 2016.

⁶⁵ Per uno studio critico v. B. Clavero, *Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1947-2011)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», n. 41, 2012, pp. 483-580.

⁶⁶ Su questa posizione v. G. Teubner, *Global Private Regimes: Neospontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, in K.H.

- Ladeur (ed.), *Globalization and Public Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 71-87; Teubner, Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, cit., pp. 999-1046; Ch. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford-Portland, Hart, 2004; G. Teubner, A. Fischer-Lescano, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006; G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012. Sulla posizione di Teubner cfr. Febbrajo, Gambino (eds.), *Il diritto frammentato*, cit.
- ⁶⁷ Ma «...the achievement of constitutionalism cannot be reconstructed on the international or transnational level... The consequence would be to put the emphasis on states where constitutionalism still finds more favourable conditions and where the potential for democratic legitimization and accountability of public power remains greater than on the international level. This should not be understood as a call to restore the traditional national state. To the contrary, the international turn of politics is in need of further development...» (Grimm, *Constitutionalism*, cit., pp. 375-376).
- ⁶⁸ J.H.H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Ora T. Isiksel, *Europe's Functional Constitution. A Theory of Constitutionalism Beyond the State*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- ⁶⁹ J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- ⁷⁰ Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, cit.
- ⁷¹ Q. Camerlengo, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007.
- ⁷² R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Id., *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in «*Fordham Law Review*», 75, n. 2, 2006, pp. 721-753.