

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 32 / II semestre 2016

RIPENSARE IL COSTITUZIONALISMO NELL'ERA GLOBALE

Rethinking constitutionalism in the global era



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 32 / II semestre 2016 Issue n° 32 / 2nd semester 2016

Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

International Board

Bruce Ackerman (University of Yale), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislaw Backo † (Université de Genève), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla), Francis Delperée (University of Leuven), Alfred Dufour (Université de Genève), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), António Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskeniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS-Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Ulrike Mußig (Universität zu Passau), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Gunther Teubner (Goethe Universität, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquin Varela Suanzes-Carpegna (Universidad de Oviedo), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

Board of Editors

Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati

Editors' Assistant

Antonella Bettoni

Address

Giornale di Storia costituzionale, c/o Dr. Antonella Bettoni, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2 – 62100 Macerata, Italy
giornalestoriacostituzionale@unimc.it
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.

Books for review should be submitted, if possible in two copies, to the Editors' Assistants. The Editors regret the fact that they cannot commit themselves to sending back received books and papers to the authors.

Il Giornale di Storia costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

Direttore responsabile

Angelo Ventrone

Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

Editore / Publisher

Edizioni Università di Macerata

Via Carducci, snc – 62100 Macerata

T (39) 0733 2586081 – F (39) 0733 2586086

info.ceum@unimc.it

http://eum.unimc.it

Distributed by PDE

ISBN 978-88-6056-502-0

ISSN 1593-0793

Tipografia / Printer

Global Print, Gorgonzola (MI)

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: "Orbis terrarum typus de integro in plurimis emendatus, auctus, et icunculis illustratus", anonimo attribuito a Nicolaas Visscher, ca. 1680

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016

Printed in the month of December 2016

Prezzo di un fascicolo / Single issue price

euro 30

Arretrati / Back issues

euro 30

Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)

Italy, euro 43; European Union, euro 56; U.S.A. and other countries, euro 82

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

bonifico bancario a Intesa S. Paolo, IBAN: IT98 J03069 13401 100000300004 - codice BIC/SWIFT: BCITITMM

Please remit amount due in Euro drawn on Intesa S. Paolo, IBAN: IT98 J03069 13401 100000300004 - codice BIC/SWIFT: BCITITMM payable to Edizioni Università di Macerata

For further information, please contact:

ceum.riviste@unimc.it

T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)

F (+39) 0733-258 6086

Gli abbonamenti non vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it

n10 eum > 2006-2016

Sommario /

Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 32 / II semestre 2016
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 32 / II semester 2016

Ripensare il costituzionalismo nell'era globale / *Rethinking constitutionalism in the global era*

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

- 33 Vedi alla voce «costituzione». Semantiche costituzionali nell'epoca globale / *See under the entry «constitution». Constitutional semantics in the global era*
LUCA SCUCCIMARRA

Fondamenti

- 51 Autocostrizione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo di costituzionaliz-

zazione / *Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation*

GUNTHER TEUBNER

- 71 Per un'analisi della semantica costituzionale. Alcuni argomenti sociologico-giuridici / *For an analysis of constitutional semantics. Some sociological-juridical issues*
ALBERTO FEBBRAJO

- 89 Dal costituzionalismo sincronico a quello diacronico: la via amministrativa / *From synchronic to diachronic constitutionalism: the administrative path*
PIERANGELO SCHIERA

- 101 Costituzionalismo e crisi. Sulle trasformazioni di un paradigma politico dell'ordine / *Constitutionalism and crisis. On the transformations of a political paradigm of order*
MAURIZIO RICCIARDI

- 119 Il laboratorio europeo e le sfide del costituzionalismo globale / *The European Labo-*

ratory and the challenges of global constitutionalism

RICCARDO CAVALLO

- 131 Il ritorno al futuro del costituzionalismo: un progetto di ricerca su spazi politici, soggetti sociali, nuove istituzioni / *Constitutionalism: "back to the future". A research project on political spaces, social subjects, new institutions*

GIUSEPPE ALLEGRI

- 157 Sun Yat-Sen's Constitutionalism / *Il costituzionalismo di Sun Yat-Sen*

BUI NGOC SON

Itinerari

- 183 Via giuridica e via sociologica al *global constitutionalism*: una critica politico-costituzionale / *Juridical path and sociological path towards global constitutionalism: a political-constitutional criticism*

RONALD CAR

- 205 Costituzionalismo e potere economico nel Terzo Millennio / *Constitutionalism and economic power in the Third Millennium*

TOMMASO NICOLA POLI

- 221 Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi / *Global financial oligarchies, national democracies and the dichotomy public/private. Some considerations for jurists*

CESARE PINELLI

- 231 Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità / *Democracy and constitution within the vaste spaces of present times*

GAETANO AZZARITI

Ricerche

- 243 La Magna Carta 800 ans après. Son héritage dans la tradition juridique de *common law* / *La Magna Carta 800 anni dopo. La sua eredità nella tradizione di common law*

ERMANNO CALZOLATO

- 257 From pragmatic conservatism to formal continuity. Nineteenth-century views on the Old Regime origins of the Belgian Constitution / *Dal conservatorismo pragmatico alla continuità formale. Percezioni ottocentesche sulle origini Ancien Régime della Costituzione belga*

BRECHT DESEURE

Librido

Primo piano / *In the foreground*

- 281 Vida Azimi legge / *reads Jay M. Bernstein, Torture and Dignity. An essay on moral injury*

- 289 Ventuno proposte di lettura / *Twenty-one reading proposals*

303 Autori / Authors

305 Abstracts

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.

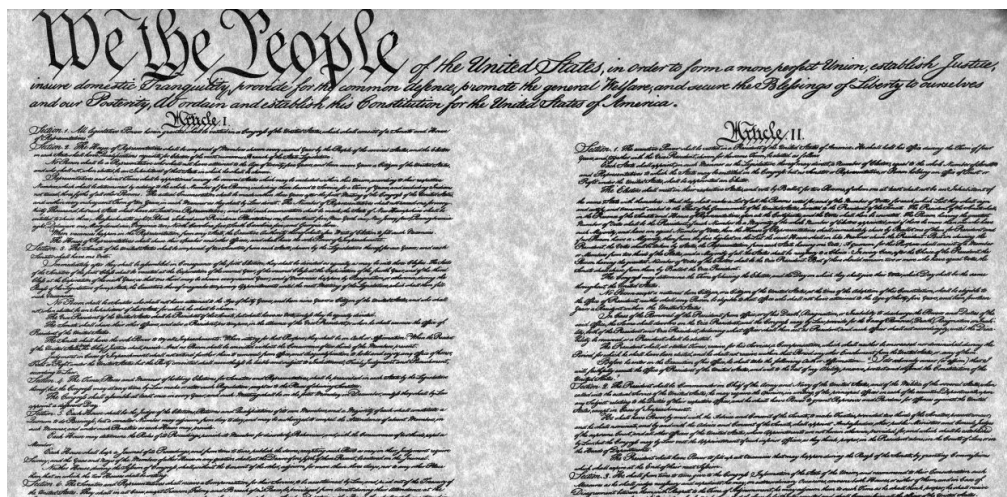
I would first of all point out that the concept of constitution and the borders of constitutionalism have never been so blurred as they are at the present day⁴. Scholarly debate can give the impression that it is suffering at times from imprecise and disparate definitions; the concept of constitution 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?" (Allegri). 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 (Erllich, 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*”, enfatizzandone 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?» (Allegri). 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 democraticità 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 (Erlich, 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 G. 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, *Nature rights, 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. Clavero, 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. Brunialti, *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. 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.
- 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 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).
- 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 costituyente 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 or 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.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.

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.rivistaiaic.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.

Vedi alla voce «costituzione». Semantiche costituzionali nell'epoca globale

LUCA SCUCCIMARRA

1. *Una nuova Sattelzeit?*

È forse superfluo richiamare il dilemmatico contesto intellettuale che fa da sfondo alle più recenti vicende del costituzionalismo come consolidata modalità di approccio agli assetti normativi e organizzativi delle società contemporanee. Nel corso degli ultimi tre decenni, si è fatta strada, infatti, con sempre maggiore vigore anche nel campo degli studi giuridici l'idea che con la fine dell'«epoca bipolare» un secolare ordine della politica sia entrato in una crisi profonda e senza ritorno, che ancora attende di essere adeguatamente elaborata dal punto di vista concettuale¹. Da questo punto di vista, è come se ci trovassimo a vivere una imprevista e spiazzante replica di quella *Sattelzeit*, l'*epoca-crinale*, che, secondo le celebri analisi di Reinhart Koselleck, quasi tre secoli fa ha aperto la strada al nuovo contesto di esperienza e riflessione della modernità dispiegata: così come i nostri predecessori, camminiamo, infatti,

su un pendio che sale verso un valico di montagna mai attraversato prima e non abbiamo alcuna idea della veduta che ci si schiuderà davanti una volta arrivati alla cima. Non sappiamo dove ci porterà la gola tortuosa che stiamo percorrendo, ma di certo non possiamo fermarci a riposare qui, su un sentiero in ripida salita. Perciò continuiamo ad avanzare 'per un motivo': perché non possiamo restare in piedi a lungo. Soltanto quando (se) raggiungeremo la sommità del valico e osserveremo il paesaggio sull'altro versante sarà tempo di muoversi 'verso un fine': non più sospinti da ciò che abbiamo alle spalle, ma attratti in avanti dalle visioni, dalle finalità e dalle destinazioni che avremo scelto².

Secondo un'opinione ampiamente condivisa, a mettere radicalmente in questione la consolidata intelaiatura epistemica e categoriale con cui per secoli si è dato forma al mutevole contesto dei rapporti giuridici e politici è stata quella «vera e propria trasformazione nella scala di organizzazione della società umana» comunemente approssimata attraverso la nozione *passe-partout* di «globalizzazione»³. Come è stato da più parti sottolineato, si tratta,

infatti, di un passaggio che, lungi dall'esaurirsi in pur vistosi fenomeni di carattere economico e sociale, come il vertiginoso incremento dei flussi di persone, capitali, beni, servizi e informazioni attraverso i confini nazionali, chiama direttamente in causa profonde trasformazioni nelle concrete modalità di produzione e implementazione del diritto, che sembrano sancire il tramonto delle rigide coppie oppostive *nazionale/internazionale* e *pubblico/privato* tradizionalmente poste alla base della lineare logica costruttiva della modernità politica e giuridica⁴. Ciò che vediamo delinearsi a questo livello è, dunque, un nuovo spazio *post-statuale* di esperienza giuridica, caratterizzato dalla compresenza di processi di giuridificazione «vari e plurali, con diversi soggetti e protagonisti, con diverse finalità e "misure", che, coesistendo spesso negli stessi territori, oltre a toccare l'esistenza concreta delle persone, richiedono continui aggiustamenti e nuovi schemi interpretativi non solo da parte degli accademici, ma anche dei giuristi pratici»⁵. Un contesto, questo, reso vieppiù complesso dall'elevato tasso di specializzazione funzionale raggiunto da «processi altamente decentrati» di creazione normativa, se è vero – come è stato scritto – che,

in ogni particolare ambito, la produzione giuridica, la creazione di istituzioni e la risoluzione di dispute tendono ad essere relativamente isolate dagli sviluppi nei campi adiacenti, con il rischio di dare vita a giudizi contraddittori, giurisprudenze in conflitto ed esiti che mancano di dare conto a sufficienza dell'intero arco di valori in gioco⁶.

È appunto in risposta all'inedito scenario normativo e procedurale prodotto da questo spiazzante «tempo di passaggio»⁷ che nel corso degli ultimi anni mol-

ti esponenti di primo piano del dibattito giusinternazionalistico hanno ritenuto opportuno aggiornare e integrare il proprio vocabolario concettuale al fine di dare piena evidenza ai principali mutamenti strutturali e funzionali in atto nello spazio giuridico della nascente «società globale». Secondo il giurista olandese Jan Klabbers, uno dei principali esperti di diritto delle organizzazioni internazionali, tre sono in particolare le parole-chiave che in questo torno di tempo hanno scandito il progressivo rinnovamento del lessico del diritto internazionale in chiave post-statuale: la chiaroscurale nozione di «frammentazione», utilizzata «persino nei circuiti istituzionali dell'*International Court of Justice* e dell'*International Law Commission*»⁸ per dare conto del processo di specializzazione e autonomizzazione che ha portato i diversi ambiti del regime giuridico internazionale a guadagnare «una qualche forma di semi-indipendenza, spesso erroneamente etichettata come "auto-sufficienza (*self-containment*)"»⁹; il termine «pluralizzazione», sotto il quale troviamo rubricati fenomeni anche molto diversi di trasformazione dello scenario globale, come l'emergere di nuove entità non statuali in grado di competere con gli Stati «per la risorsa scarsa dell'autorità giuridico-politica» o il superamento del tradizionale modello legicentrico (e legislativo-centrico), in favore di strumenti decisamente più fluidi di esercizio dell'autorità di cui il *soft law* – «un diritto "gentile" che tende a convincere, più che a costringere»¹⁰ – costituisce forse l'esempio più noto¹¹. E infine la nozione di «verticalizzazione», utilizzata da diversi autori per indicare le trasformazioni strutturali di un «sistema non costituito più, come un tempo, esclusivamente da

Stati indipendenti e sovrani notoriamente interagenti tra loro come palle sul tappeto verde di un tavolo da biliardo»:

l'enfasi di un tempo sulla sovranità statale, che sfocia nell'immagine del diritto internazionale come ordine giuridico orizzontale fatto di uguali – così procede l'argomentazione – sta lentamente lasciando spazio ad una concezione più verticale del diritto internazionale. In questa concezione, i sottosistemi che alimentano i timori (o le speranze) di frammentazione sono, infatti, regimi funzionanti in modo indipendente dove si compiono scelte sostanziali, o che addirittura compiono essi stessi quelle scelte, oltrepassando il tradizionale paradigma della sovranità statale¹².

È lo stesso Klabbers, peraltro, a rimarcare l'incerto statuto epistemico ad oggi proprio di queste nuove strategie di inquadramento categoriale. Come altri protagonisti del più recente dibattito sul tema, egli appare convinto, infatti, che gran parte del contenuto semantico che nel corso degli ultimi anni è stato veicolato attraverso le nozioni di «frammentazione», «pluralizzazione» o «verticalizzazione» possa essere ricondotto allo specifico punto di vista di volta in volta assunto dal singolo interprete¹³. Nell'affrontare il complesso scenario delineato dalle più recenti teorie della globalizzazione giuridica occorre, dunque, sforzarsi di distinguere il livello della «pratica internazionale», dove contano i comportamenti degli Stati e degli altri attori internazionali, da quello dell'«indagine scientifica (*scholarship*)», dove ad entrare in gioco sono ben altri fattori: se è vero, infatti,

che questi livelli si influenzano reciprocamente, occorre fare attenzione a tenerli separati e a non mescolarli completamente: il fatto che molti accademici scrivano sulla frammentazione significa solo che molti accademici scrivono

sulla frammentazione, interpretando determinati eventi e tendenze come indici di frammentazione. Anche se di solito non c'è fumo senza arrosto, ciò non significa che la frammentazione divenga perciò un fatto o una tendenza irreversibile, e, per dirla tutta, nemmeno che essa «realmente» esista¹⁴.

Questo rinnovato impianto di analisi dà conto, peraltro, solo in parte del potenziato sforzo di elaborazione concettuale con il quale i più importanti teorici del diritto internazionale hanno tentato di rispondere alla sfida di un contesto di esperienza giuridica ormai svincolato dalla presa stabilizzante della tradizionale «cornice nazional-statale» e per ciò stesso esposto al rischio del disordine e del vuoto di senso¹⁵. Nel dibattito degli ultimi anni, non sono mancati, infatti, tentativi di mappare uno spazio di relazioni politiche e giuridiche divenuto improvvisamente *sconfinato*, servendosi proprio di concetti e modelli fino a quel momento strettamente legati alla vicenda storica e filosofica del moderno Stato territoriale sovrano¹⁶. Un'impostazione, questa, alla cui base si pone evidentemente la convinzione – in qualche modo propria anche dei padri della modernità politica¹⁷ – che di fronte alla complessità di un contesto di azione sfuggente e labirintico sia preferibile «lavorare con le analogie», estendendo ed adattando gli strumenti concettuali ereditati dalla tradizione, più che proporsi di costruire da zero nuove idee e strutture di pensiero, «non solo a causa dei rischi impliciti in queste ultime, ma anche in considerazione dei limiti della nostra immaginazione»¹⁸.

2. *Semantiche costituzionali nell'epoca globale*

È appunto a questa generale strategia di revisione e risemantizzazione del consolidato vocabolario della «politica nazional-statuale» che, secondo alcuni interpreti, possono essere ricondotte anche le imprevedute – e per molti versi sorprendenti – trasformazioni sperimentate dal tradizionale «linguaggio costituzionalistico» nell'ambito dell'intenso dibattito sul nuovo ordine giuridico e politico della società globale¹⁹. A ben vedere, infatti, nel corso degli ultimi anni questa fondamentale componente del discorso politico otto-novecentesco ha rappresentato un punto di riferimento decisivo non solo per i più combattivi sostenitori di una strategia di «contenimento (*containment*)» dell'onda lunga della globalizzazione politica e giuridica, ma anche per coloro che – con modalità e obiettivi di volta in volta variamente definiti – si sono proposti come privilegiati interpreti del cambiamento in atto²⁰. Al *costituzionalismo difensivo* di autori come Dieter Grimm²¹ e Ernst-Wolfgang Böckenförde²² – convinti che anche nel mondo globalizzato del XXI secolo la sola speranza di dare vita ad un'autorità legittima «sia dal punto di vista normativo che pratico» si fondi sulla «cornice costituzionale» interna ai singoli Stati²³ –, è venuto, così, progressivamente affiancandosi (e contrapponendosi) un *costituzionalismo espansivo* centrato sulla sistematica trasposizione a livello transnazionale di principi e metodi caratteristici dell'«immaginario costituzionale» nazional-statuale²⁴ e persino un *costituzionalismo evolutivo*, animato al contrario dalla volontà di rispondere ai dilemmi della *governance* post-nazionale attraverso la messa a punto sul campo di nuovi e più comprensivi paradigmi di costi-

tuzionalità, apertamente contrastanti con la visione monistica e gerarchizzata dell'ordine giuridico coltivata dal discorso filosofico della modernità²⁵.

È proprio in virtù di questi intensi e contrastanti sviluppi, che, a più di due secoli di distanza dalla sua formale consacrazione nel laboratorio delle rivoluzioni democratiche, il moderno «linguaggio costituzionalistico» ha potuto entrare di recente in una stagione di profondi e accelerati cambiamenti, imponendosi nel dibattito pubblico come una via di accesso privilegiata alle complesse dinamiche politiche e giuridiche della società globale²⁶. Che si tratti di un passaggio ad oggi tutt'altro che compiuto lo dimostra, peraltro, con una certa evidenza il confuso e polarizzato campo semantico prodotto dall'intreccio di linee di analisi ed elaborazione riflessiva decisamente divergenti nel modo stesso di interpretare il basilare riferimento alla *dimensione costituzionale*. A dispetto di ogni apparenza di continuità, la costellazione terminologico-concettuale messa in campo dai teorici del *global* – o *transnational* o *international* – *constitutionalism*²⁷ sembra, infatti, nel complesso avere ben poco in comune con la rigida e selettiva nozione di «costituzione» tradizionalmente associata alla vicenda del moderno costituzionalismo, almeno nelle sue varianti post-rivoluzionarie: quella, cioè, di una cornice formalizzata e sovraordinata di principi fondamentali, espressione del potere sovrano di auto-governo di una collettività politicamente organizzata²⁸. Come dimostra la crescente centralità assunta dalla fluida e metamorfica nozione di «costituzionalizzazione» nelle più avanzate linee di elaborazione teorica sul tema²⁹, a questo livello di discorso prevale, piuttosto,

la convinzione che momenti di rilievo *costituzionale* «possano emergere in maniera frammentaria attraverso pratiche statuali e sociali, assumere forme inaspettate ed evolvere attraverso cambiamenti asimmetrici»³⁰. Una prospettiva, questa, che trova, con ogni probabilità, la sua più compiuta articolazione concettuale nella teoria del *costituzionalismo societario* proposta in anni recenti da Günther Teubner e Andreas Fischer-Lescano³¹, nella misura in cui qui lo sforzo di ripensare la tradizionale teoria costituzionale in una forma davvero all'altezza delle nuove sfide della globalizzazione giuridica sfocia in un vero e proprio processo di rifondazione semantica che chiama in causa la base stessa di articolazione di questo linguaggio egemone della politica moderna – vale a dire l'originario nesso di coappartenenza tra Stato e dinamiche costituzionali: se rinunciamo a considerare lo Stato come punto focale della costituzione – scrive, al proposito, Teubner –

possono emergere le reali possibilità di una costituzionalizzazione senza Stato. Per i teorici della costituzione questo equivale a rompere un tabù. Dal loro punto di vista, una costituzione senza Stato è, nel migliore dei casi, un'utopia, e comunque un'utopia piuttosto debole. Questa formula non equivale a un'astratta richiesta normativa, relativa a futuri incerti e remoti, ma la messa in luce di una tendenza concreta che oggi possiamo osservare a livello mondiale. La tesi è: siamo di fronte all'emergere di una molteplicità di costituzioni civili (*Zivilverfassungen*). La costituzione della società-mondo (*Verfassung der Weltgesellschaft*) sta emergendo non solo all'interno delle istituzioni rappresentative della politica internazionale, né come costituzione globale unitaria (*Globalverfassung*) capace di ricomprendere tutte le aree della società; essa emerge invece sempre più dalla costituzionalizzazione (*Konstitutionalisierung*) di una molteplicità di sottosistemi autonomi della società-mondo³².

Molto ci sarebbe da dire, evidentemente, sul complessivo impianto di un'ambiziosa forma di teoria sociale che si propone dichiaratamente di sollevare la questione costituzionale «in rapporto non solo alla politica e al diritto, ma anche a tutti gli ambiti della società»³³: qui, infatti, troviamo in qualche modo messa in questione la stessa peculiare prospettiva *normativa* che è all'origine del «paradigma del costituzionalismo moderno, inteso come scienza di *fondazione* e di *limitazione* del potere legittimo»³⁴, se è vero – come sottolinea lo stesso Teubner – che a guidare le analisi empiriche del «costituzionalismo societario» c'è la convinzione «che le società contemporanee abbiano una costituzionalità informale non incentrata normativamente o direttivamente sugli Stati e comprendente strutture giuridiche multivalenti e a più strati»³⁵. Ai fini del nostro discorso può essere sufficiente, però, richiamare l'evidente elemento di complicazione semantica introdotto da un modello che rideclina il concetto stesso di «costituzione» proprio a partire da quel processo di *frammentazione/pluralizzazione degli ordinamenti* che secondo molti interpreti segna il punto più avanzato – e scabroso – di trasformazione dell'ordine politico e giuridico della società globale. Come è stato sottolineato, in tale contesto il ruolo di una «costituzione» diviene, infatti, in primo luogo quello di tenere unito il sotto-sistema sociale che l'ha prodotta, regolando al contempo – come vero e proprio *Kollisionsrecht*³⁶ – le «modalità di risoluzione dei conflitti tra i diversi regimi»³⁷, un'opzione, questa, che traslata a livello globale implica la rinuncia ad ogni istanza verticale di unificazione normativa, in favore di un modello «pragmatico» di negoziazione giuridica orizzontale³⁸, ani-

mato dalla consapevolezza di un irriducibile «politeismo» di razionalità sociali:

In una società mondiale senza vertice e senza centro resta un solo modo per gestire i conflitti inter-costituzionali – una risoluzione del conflitto strettamente eterarchica. Ciò accade non solo a causa della mancanza di un potere centralizzato, cui si può ovviare con un rafforzamento dell'azione politica, bensì dipende da strutture profonde della società, che già Max Weber aveva colto e caratterizzato come politeismo della modernità. Persino gli accaniti sostenitori dell'"unità della costituzione" sono costretti ad ammettere che l'unità della costituzione nazional-statuale si sta dissolvendo in un contrasto permanente tra costituzioni civili con razionalità estranee l'una all'altra, in un «clash of civil constitutions» che viene allentato da un nuovo diritto delle collisioni. E nella situazione odierna si potrebbe al massimo puntare su una conflittuale «interazione di 'cerchi di diritto costituzionale' che in parte si sovrappongono: sull'avvento di una rete "inter-legale" di diritto costituzionale statale, di diritto sub-costituzionale locale, di diritto costituzionale europeo e di costituzionalismo transnazionale». L'unità della costituzione può essere concepita allora solo come una "produzione immaginaria" su un piano simbolico, che sta "dietro" la molteplicità di costituzioni realmente esistenti e che appare al massimo come la «necessità di una fede collettivamente condivisa nell'"unità" della costituzione». Il resto è collisione³⁹.

3. Thick and thin

È sufficiente una conoscenza anche non approfondita della più recente letteratura sul tema per rendersi conto della confusa costellazione di senso prodotta da questo disordinato processo di trasformazione concettuale nel dibattito sulle «nuove sfide costituzionali» dell'epoca globale⁴⁰. *L'effetto-Babele*, infatti, è sotto gli occhi di tutti e al momento attuale appare difficile

anche solo immaginare di poter restituire una base di significazione comune a linee di elaborazione teorica caratterizzate da divergenti interpretazioni della dimensione stessa della «costituzionalità» come insieme delle «strutture» e dei «meccanismi attraverso i quali le costituzioni 'effettivamente esistenti' sono formate e identificate»⁴¹. Come è stato da più parti sottolineato, questo rinnovato processo di differenziazione semantica ha finito, così, per coinvolgere la nozione stessa di «costituzionalismo» come «termine prescrittivo»⁴² – se non vero e proprio «concetto di movimento»⁴³ – orientato alla realizzazione di un compiuto progetto di fondazione e limitazione del potere⁴⁴. Smarrito il suo originario, immediato, riferimento normativo, tale lemma è venuto, infatti, trasformandosi in una «nozione altamente proteiforme», caratterizzata da un «campo di possibile significazione sempre più ampio e diversificato», nel quale «molte delle differenze e dei contrasti tratteggiati sulla tela della diversità sono di carattere sostanziale» e le stesse soluzioni proposte per superarli confermano la profondità dei problemi sul tappeto⁴⁵. Non può sorprendere perciò che nel corso degli ultimi anni molti autori abbiano scelto di declinare al plurale il lemma «costituzionalismo»⁴⁶, mettendo tra parentesi proprio quella pretesa di universalità che in passato era stata parte integrante e sostanziale della sua storia concettuale e – almeno secondo alcuni interpreti – uno dei fattori del suo successo planetario⁴⁷. Né può sorprendere che l'«oscillogramma» della lessicografia abbia registrato anche su questo fronte un ossessivo ricorso all'*aggettivazione* come strategia di consolidamento semantico di un contesto terminologico-concettuale di per

sé sostanzialmente privo di stabili punti di riferimento: come se il confronto critico-riflessivo con le «sfide costituzionali» del nostro tempo passasse oggi soprattutto per uno sforzo di auto-posizionamento programmatico che nella «lotta per la denominazione (*Kampf um Benennung*)» – in questo caso la auto-denominazione – trova un momento preliminare e discriminante⁴⁸.

Mettere ordine in questo intrico semantico è un'impresa di non poco conto, tanto più se si aspira ad un principio di classificazione in grado di tagliare trasversalmente i diversi segmenti del dibattito, dentro e fuori la tradizionale «cornice nazional-statuale». Coloro che si sono cimentati con questo difficile compito hanno spesso fatto ricorso, perciò, alla più classica delle strategie tassonomiche lasciateci in eredità dall'epoca della modernità trionfante, l'*approccio dicotomico* caratteristico del «nazionalismo metodologico»⁴⁹. È il caso, questo, del cosiddetto «thick-thin approach»⁵⁰, un modello interpretativo ben noto alla teoria politica e giuridica statunitense sin dagli anni Novanta del Novecento⁵¹ e oggi variamente utilizzato per classificare i diversi modelli di «costituzionalità» in campo nella politica mondiale, sulla base dell'estensione e della forza degli assetti regolativi – e istituzionali – da essi di volta in volta delineati⁵². Secondo questa lettura, possono essere considerate espressione di un «thin constitutionalism» tutte le linee di discorso e di azione dominate dal riferimento alle generali «funzioni costitutive» poste alla base di ogni stabile sistema di *governance* e produzione giuridica, anche settoriale: quelle, cioè, attinenti alla creazione di una struttura organizzativa e regolativa in grado di garantire all'entità di riferimento un funzionamento ordinato e

continuativo⁵³. Si tratta di un modello che, almeno nella sua declinazione più specificamente giuridica, presenta evidenti collegamenti con la distinzione tra regole «primarie» e «secondarie» proposta all'inizio degli anni Sessanta dal filosofo del diritto H.L.A. Hart⁵⁴ e oggi tornata nuovamente al centro dell'attenzione attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali come «meta-rules»⁵⁵: come ha scritto Samantha Besson, nella sua declinazione «sottile» la nozione di «costituzione» indica, infatti, «un insieme di regole secondarie che organizzano le istituzioni e i processi di produzione giuridica di un certo ordinamento giuridico». Da tale punto di vista, dunque, «qualsiasi autonomo ordinamento giuridico implica una costituzione»⁵⁶.

Da questa interpretazione «debole» del punto di vista costituzionale andrebbero invece tenute distinte le posizioni di coloro che – anche nell'epoca della globalizzazione giuridica – continuano a farsi sostenitori di una visione *normativamente qualificata* – e dunque più «spessa» – dell'ordine costituzionale. Sulla scia della ormai classica messa a punto teorica di Joseph Raz⁵⁷, ad entrare in gioco in questa forma di «thick constitutionalism» non sono solo decisive istanze di carattere sostanziale, come la protezione dei diritti fondamentali o il rispetto dei principi democratici, ma anche particolari elementi di rafforzamento procedurale, come restrittive clausole di revisione in grado di attribuire alle norme costituzionali una «rigidità» sconosciuta a quelle di livello inferiore⁵⁸. In tale contesto costruttivo, c'è spazio, però, soprattutto per una lettura *politico-ideologica* della «costituzione» come strumento di autogoverno collettivo e/o privilegiata via di accesso a nuove e più compiute forme di integrazione

socio-culturale⁵⁹. Tra gli aspetti caratterizzanti del «costituzionalismo» nel senso più forte del termine può essere annoverata, così, la capacità di offrire «(di solito per il tramite di una costituzione codificata) uno strumentario giuridico del più alto livello possibile per dimostrare i valori condivisi e i principi guida di un ordine sociale a cui la maggior parte delle persone hanno dato il proprio consenso»⁶⁰.

In questa sede, non è possibile ovviamente entrare nel merito di una linea interpretativa che attraversa variamente – e con esiti ampiamente diversificati – il più recente dibattito sul ruolo del costituzionalismo nell'epoca globale. Può essere opportuno, però, sottolineare i risultati tutt'altro che scontati che essa ha saputo in alcuni casi produrre grazie alla feconda intersezione con alcuni dei più rilevanti snodi costruttivi della riflessione politica e giuridica contemporanea. Si pensi, al proposito, all'originale declinazione del modello proposta da Antje Wiener nella sua riflessione «prasseologica» – programmaticamente posta all'intersezione tra teoria politica, giuridica e analisi sociale – sull'accidentato processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea⁶¹. Qui, infatti, il «thick/thin approach» diviene parte integrante di un modello analitico di tipo neo-giddensiano che si propone di indagare la «duplice qualità» delle norme costituzionali come fattori al tempo stesso «costruiti» e «strutturanti», a partire dalle vitali relazioni che esse intrattengono con «le pratiche sociali in contesti particolari»⁶². Il tutto nella convinzione che le difficoltà di implementazione e stabilizzazione dei nuovi «assetti proto-costituzionali» prodotti dall'epoca globale – con particolare riferimento all'ordinamento dell'Unione

Europea – siano una eclatante conseguenza dello sganciamento tra i processi di negoziazione giuridico-istituzionale di livello transnazionale e i diversi contesti socio-culturali in cui concretamente ha luogo l'«interpretazione dei significati che sono implicati nelle norme costituzionali»⁶³. Secondo Wiener, in assenza di un autentico «compromesso costituzionale a livello sovranazionale», e cioè di «un accordo su norme costituzionali "spesse" che includano una validazione normativa e significati condivisi», cresce, infatti, il rischio che il potenziale di significati proiettati dalle norme incrinì la «risonanza normativa», e perciò il successo politico, dello stesso processo costituzionale. Perché, come dimostra l'esempio della Unione Europea, la mancata conoscenza di ciò che la «sostanza costituzionale» concretamente significa nei diversi contesti socio-culturali chiamati in causa dai processi di costituzionalizzazione trans-nazionale, «apre il campo ad una proiezione normativa che a sua volta tende a generare malcontento politico, obiezioni e reazioni negative»⁶⁴.

È anche grazie al potenziato sforzo di rinnovamento metodologico e concettuale proprio di queste "eccentriche" linee di teorizzazione costituzionale, che la coppia categoriale «thick/thin constitutionalism» ha potuto giocare un ruolo di un qualche rilievo nel dibattito sulla crisi dell'integrazione europea e i problemi di un'identità sovranazionale⁶⁵. Analizzata nel suo ampio – e segmentato – arco di sviluppo, questa linea di analisi appare, tuttavia, ad oggi ben lontana dall'aver prodotto una nuova, comprensiva, concezione della «costituzionalità», in grado di confrontarsi efficacemente con il fluido e complesso orizzonte di esperienza politica e giuridica caratteri-

stico dell'epoca globale. A prescindere dai persistenti elementi di indeterminatezza e variabilità semantica che ne inficiano l'operatività, il «thick-thin approach» resta, infatti, dominato, nella sua stessa logica costruttiva, da un impianto dualistico che lo rende nel complesso poco adatto ad affrontare le nuove sfide prodotte dal superamento del tradizionale «domestic/international divide»⁶⁶. Perché, al di là di poche lodevoli eccezioni⁶⁷, «thin» e «thick constitutionalism» restano in tale contesto di dibattito due modalità radicalmente alternative di pensare – e praticare – l'ordine costituzionale, divise proprio dall'aderenza ad un'idealtipica cornice di riferimento, in sé «carica di valore», in cui tornano ancora una volta in gioco i principi costitutivi del paradigma costituzionale post-rivoluzionario: *autonomia*, *coerenza*, *effettività*⁶⁸.

Si tratta, a ben vedere, di elementi che proiettati in modo consequenziale sul livello transnazionale tendono inevitabilmente a spingere il discorso sul «costituzionalismo globale» verso un idealistico orizzonte di *macro-costituzionalizzazione*, in sé decisamente contrastante con la realtà di un «pluriverso» politico e giuridico sempre più composito e frammentato⁶⁹. Non è questa, tuttavia, la strada più praticata dai sostenitori del «thick-thin approach», nelle sue diverse caratterizzazioni. Al contrario, molti di essi paiono ormai aver fatto del tutto propria la netta separazione di piani tra un «costituzionalismo con la maiuscola (*big-C constitutionalism*)» e un «costituzionalismo con la minuscola (*small-C constitutionalism*)», diffusasi nel dibattito politico-costituzionale degli ultimi anni anche a seguito del problematico processo di costituzionalizzazione della UE⁷⁰: il

primo, interno, «legato all'istituzione di un'autorità giuridica ultimativa nella forma di una costituzione scritta, al servizio di un popolo che si governa democraticamente e sostenuto dai poteri coercitivi dello Stato»; il secondo applicabile anche a livello internazionale e fatto di «pratiche giuridiche che hanno qualche carattere strutturale del costituzionalismo con la maiuscola, ma meno centralizzato, più frammentato, immaginato senza alcun riferimento all'autodeterminazione del popolo o ad uno Stato sovrano»⁷¹.

Cosa resta della tanto celebrata potenza destrutturante e trasformativa del «nuovo» ordine globale, in un contesto di discorso che sembra ancora una volta riproporre l'alternativa tra *apologia* e *utopia* ben nota agli storici del diritto internazionale grazie ai lavori di Martti Koskeniemi?⁷² A prima vista si direbbe ben poco, considerato che la discussione teorica, ancora una volta, sembra attestarsi su schemi fondativi e interpretativi palesemente legati alla vicenda storica e filosofica del costituzionalismo nazional-statuale, rinunciando al più profondo contributo costruttivo che il punto di vista costituzionale potrebbe offrire, se adeguatamente ripensato alla luce dei grandi mutamenti di scenario prodotti dall'avvento dell'epoca globale. È anche per questo motivo che per alcuni dei più lucidi protagonisti del recente dibattito sul tema, il costituzionalismo del futuro sarà un *costituzionalismo riflessivo* o non sarà. Come tre secoli fa, l'obiettivo oggi torna ad essere, infatti, quello di restituire ai concetti della politica la capacità di presa produttiva sul presente che da troppo tempo sembrano aver perso. E per capire quale ruolo potrà giocare in questa cruciale partita il nobile vocabolario della costituzionalità occorre

sforzarsi di pensare il costituzionalismo come una strategia aperta di «concettualizzazione e immaginazione»⁷³, attraverso la quale «ogni unità politica (*polity*) concepisce e perciò costituisce se stessa in quanto tale»⁷⁴. Una prospettiva, questa, in cui torna a riproporsi con grande evidenza la necessità di un potenziato scambio intellettuale tra storia e teoria costituzionale, se è vero – come ha scritto Neil Walker – che essere riflessivi significa sforzarsi di guardare dietro di sé non alla ricerca di «uno

specchio inerte» o del «modello fedele di un'essenza data a priori», ma impegnandosi in una sperimentazione attiva della «qualità della ipseità – della capacità di *auto*-riflessione e della possibilità di *auto*-trasformazione inerente a quella capacità»⁷⁵.

¹ Per un'interessante messa a punto sul tema si veda *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola e G. Duso, Milano, Franco Angeli, 2005.

² Z. Bauman, *Europe. An Unfinished Adventure*, Cambridge, Polity Press, 2004 (tr. it. *L'Europa è un'avventura*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 140 s.): «Di un tempo così fastidiosamente distante possiamo dire, al momento, solo che arriverà (si spera), sempre che esistano ancora scalatori disposti a verificare che sia arrivato e a darne l'annuncio. L'ho fatto notare a Koselleck, sottolineando che i talenti profetici sono rari e la previsione scientifica notoriamente carente. Eppure nella sua risposta Koselleck ha aggiunto un argomento ancor più risolutivo, ossia che ci mancano persino i concetti con cui esprimere le nostre previsioni. Tali concetti si formano solo inerpandosi concretamente, e non un momento prima. Gli scalatori avveduti farebbero bene a tacere su ciò che si trova dall'altra parte del valico».

³ *Globalization/Anti-Globalization*, a cura di D. Held e A. McGraw, Cambridge, Polity Press, 2002 (tr. it. *Globalismo e antiglobalismo*,

Bologna, Il Mulino, 2003, p. 9).

⁴ R. Michaels, *Globalization and Law: Law beyond the State*, in *Law and Society Theory*, a cura di R. Banakar e M. Travers, 2013, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013², pp. 287-303.

⁵ M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2014, Cap. 1.

⁶ J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff e J.P. Trachtman, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

⁷ J. Habermas, *Zeit der Übergänge. Kleine politische Schriften IX*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001 (tr. it. *Tempo di passaggi*, Milano, Feltrinelli, 2004).

⁸ D. Pulkowski, *Narratives of Fragmentation. International Law between Unity and Multiplicity*, ESIL Paper, 2005, disponibile in rete all'indirizzo <<http://www.esil-sedi.eu>>, a cui rimando anche per una tentativo di classificazione delle diverse modalità di utilizzo del termine. Per una testimonianza della diffusione della nozione nel linguaggio ufficiale del

diritto internazionale si vedano, rispettivamente, l'Address of Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the United Nations General Assembly, 26 October 2000, disponibile in rete all'indirizzo <<http://www.icj-cij.org>> e il Report dello Study Group on Fragmentation of International Law istituito dalla International Law Commission sotto la presidenza di Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.628 (2002).

⁹ J. Klabbers, *Setting the Scene*, in *The Constitutionalization of International Law*, a cura di J. Klabbers, A. Peters e G. Ulfstein, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 1-44, in part. p. 11. Sulla nozione di «self-contained regimes», si veda B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in «European Journal of International Law», 17, 2006, pp. 483-529 e, in prospettiva decisamente critica, M. Koskenniemi, *Studium on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes'*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1 (2004).

¹⁰ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*.

Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari, Laterza, 2006, Cap. 1, par. 11. Ma sul punto si veda anche Ead., *Prima lezione di diritto*, cit., Cap. 6: «Questa forma particolarmente "mite" di impegni giuridici rinuncia [...] proprio a quel messaggio coercitivo e sanzionatorio che era al cuore delle "norme", e non sorprende che alcuni osservatori assumano l'equivalenza *soft law no law*. [...] Proprio in Europa dove il concetto di "norme" imperative era stato inventato, sono gli stessi organismi dell'Unione che hanno fatto e fanno ampio ricorso a regole di *soft law*. Più in generale, in ambito internazionale, il ricorso alla *soft law* è molto praticato dagli Stati stessi, che così vengono indotti più facilmente ad entrare in una rete di impegni giuridici, senza vedere sminuito il proprio status di soggetti "sovrani"».

¹¹ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., p. 13. Non l'unico, però, se è vero, come sostiene Klabbers, che in tale contesto «i comandi possono provenire da ogni sorta di direzione: dalle norme giuridiche, ma anche da norme morali, norme culturali o norme interne alle singole entità».

¹² Ivi, p. 14. Sulle concrete modalità di questo processo si veda H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International Institutional Law*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2011⁵, pp. 1220 s.: «La generale mancanza di coerenza del diritto internazionale è compensata, in qualche misura, dal funzionamento delle organizzazioni internazionali, che attribuisce al diritto internazionale un carattere più verticale. In tale contesto, un ruolo chiave è giocato dal concetto di ordine legale di un'organizzazione internazionale. L'esistenza di un certo grado di gerarchia è inerente a questo concetto. [...] Questo processo di "verticalizzazione" [...] può essere percepito in particolare in relazione ai compiti di supervisione delle organizzazioni internazionali, che sono

stati persino considerati come la loro *raison d'être*. Dopo tutto, la supervisione implica l'esistenza di una qualche autorità superiore. Ciò contrasta fondamentalmente con la nozione di sovranità, che nel suo tradizionale significato incarnava in sé la suprema autorità (*suprema potestas*)».

¹³ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., p. 14. Sul punto, in specifico riferimento alla prospettiva della «frammentazione» si veda M. Koskeniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in «Modern Law Review», 70, n. 1, 2007, pp. 1-30, in part. pp. 24 s.

¹⁴ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., pp. 14 s.

¹⁵ N. Walker, *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in «International Journal of Constitutional Law», 6, 2008, pp. 373-396.

¹⁶ Per un esplicito utilizzo della metafora topografica si veda almeno S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2004 (tr. it. *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006, p. 5): «Siamo come viaggiatori che esplorano un territorio sconosciuto con l'aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti. Mentre il terreno sul quale stiamo procedendo, la società mondiale degli Stati, è cambiato, le nostre mappe normative non lo sono. Non pretendo di avere una nuova mappa da sostituire alla vecchia, ma spero di poter contribuire a una maggiore comprensione delle maggiori asperità del terreno sconosciuto che stiamo attraversando».

¹⁷ Cfr. *Political Innovation and Conceptual Change*, a cura di T. Ball, J. Farr e R.L. Hanson, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1989.

¹⁸ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of*

Postnational Law, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.

¹⁹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in *Ruling the World?*, cit., pp. 258-325, in part. p. 258.

²⁰ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 14 ss.

²¹ D. Grimm, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung* (2004), in Id., *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012, pp. 67-91.

²² E-W. Böckenförde, *Die Zukunft politischer Autonomie*, in Id., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, pp. 103-126.

²³ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 14 s. Come ricorda Krisch, «questa istanza si basa di solito su argomentazioni democratiche che enfatizzano le precondizioni sociali e istituzionali dei processi democratici che è difficile replicare oltre lo Stato». Non sono mancate, tuttavia, linee di argomentazione centrate sulla realizzazione di altri «valori politici chiave». Per i sostenitori della strategia del «contenimento», l'ideale costituzionalistico di creare una cornice per il potere pubblico che adempia la promessa di *agency* e autogoverno resta sostanzialmente inapplicabile a livello trans-nazionale. Ne deriva, perciò, la necessità di «legare la cooperazione internazionale ai processi interni e ristabilire il controllo dei parlamenti e dei governi nazionali sulla produzione e implementazione delle norme internazionali – ritornare perciò più strettamente possibile al modello classico del diritto internazionale, anche se ciò implica seri limiti agli sforzi di cooperazione transfrontaliera».

²⁴ N. Walker, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in «Political Studies», 56, 2008, pp. 519-543; A. Peters, *Compensatory Constitu-*

tionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, in «Leiden Journal of International Law», 19, 2006, pp. 579-610.

²⁵ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 17 s.

²⁶ Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., p. 258.

²⁷ Spesso utilizzati come sinonimi, questi termini presentano un contenuto semantico tutt'altro che coincidente, se è vero che il costituzionalismo internazionale concerne questioni attinenti ai rapporti tra gli Stati, il costituzionalismo transnazionale questioni che vanno al di là degli Stati, mentre con la formula cosmopolitismo globale si è soliti fare riferimento a «visioni concernenti il mondo intero». Cfr. C.E.J. Schwobel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2011, p. 2.

²⁸ Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 584 s.

²⁹ Cfr. R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in «RIFD Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», n. 2, 2014, pp. 239-280. Come ricorda Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., p. 582, «il concetto di costituzionalizzazione implica che una costituzione (o il diritto costituzionale) possa venire ad esistenza in un processo che si estende nel tempo. Esso implica anche che un testo giuridico (o vari testi giuridici) possa acquisire (o eventualmente perdere) proprietà costituzionali in un processo di feedback positivo. Un testo può perciò essere più (o meno) costituzionale. Esso può essere, in sintesi, una costituzione in divenire (*constitution-in-the-making*)».

³⁰ A. Skordas, *Self-determination of peoples and transnational regimes: a foundational principle of global governance*, in *Transnational Constitutionalism. International and European Models*, a cura di N. Tsagourias, Cambridge-New

York, Cambridge University Press, 2007, p. 268.

³¹ 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», 25, 2004, pp. 999-1046). Per una compiuta elaborazione di questo modello scontato il rinvio a G. Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012).

³² G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 63, 2003, pp. 1-28, in part. p. 6. Il saggio compare in traduzione inglese con il titolo *Societal constitutionalism: Alternatives to State-centered Constitutional Theory?* nel volume *Constitutionalism and Transnational Governance*, a cura di C. Joerges, I.-J. Sand e G. Teubner, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 3-28 (tr. it. *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale statocentrica*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005).

³³ Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., p. 7.

³⁴ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 26 ss.

³⁵ Teubner, *Constitutional Fragments*, cit., pp. 3 s. Su questa base si fonda anche la pretesa della sociologia sistemica di far saltare la distinzione, classicamente moderna, tra prospettiva descrittiva e prospettiva normativa, in nome di un approccio "post-ontologico" in grado di collegare «l'analisi storico-empirica del fenomeno costituzionale con prospettive normative». Sui pericoli insiti in

questo modello si veda però Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 26 ss., per il quale un discorso costituzionale che si limiti «ad assolvere una funzione descrittiva degli ordinamenti e delle organizzazioni sociali» mette in questione «l'identità stessa del costituzionalismo – il suo statuto teorico, ma anche la sua legittimazione politica – per come si è andata definendo nel corso della storia dell'età moderna sul presupposto di una capacità del diritto costituzionale di fondare (attraverso un *pactum unionis*) e poi limitare (per mezzo dei diritti) il potere politico».

³⁶ Per una introduzione generale al tema si veda G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 123 ss.

³⁷ Klabbbers, *Setting the Scene*, cit., p. 28. Cfr. Teubner, Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, cit.

³⁸ J.-W. Müller, *Three Constitutional Responses to Globalization*, in *The Limits of Constitutional Democracy. Festschrift für Walter Murphy*, a cura di J. Tulis e S. Macedo, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp. 239-255, in part. pp. 252 s.

³⁹ Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., pp. 178 s (traduzione parzialmente modificata).

⁴⁰ *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, a cura di J.-P. Robé, A. Lyon-Caen e S. Vernac, Abingdon-New York, Routledge, 2016.

⁴¹ N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in «Modern Law Review», 65, 2002, pp. 317-359, in part. p. 318.

⁴² Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 582 s.

⁴³ Il riferimento è, ovviamente, a R. Koselleck, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979 (tr. it. *Storia dei concetti e storia sociale*, in R. Koselleck, *Futuro passato. Per una se-*

- mantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986, pp. 101 s.).
- ⁴⁴ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 26 ss.
- ⁴⁵ Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, cit., p. 319, p. 333.
- ⁴⁶ Ming-Suo Kuo, *Between Law and Language: When Constitutionalism Goes Plural in a Globalising World*, in «The Modern Law Review», 73, n. 5, 2010, pp. 858-882. Questa tendenza trova, probabilmente, la sua più espressione più estrema nel richiamo ai «competing constitutionalisms» che costella la più recente letteratura giuridica sul tema. Per un'esemplificazione delle diverse declinazioni della formula si veda Kisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 38 ss.; K. Roach, *Comparative constitutional law and the challenges of terrorism law*, in *Comparative Constitutional Law*, a cura di T. Ginsburg e R. Dixon, Cheltenham-Northampton, Edwar Elgar, 2011, pp. 532 ss.; H.O. Yusuf, *Colonial and Post-Colonial Constitutionalism in the Commonwealth. Peace, Order and Good Government*, Abingdon-New York, Routledge, 2014.
- ⁴⁷ Sulla tendenza all'astrazione come tendenza caratterizzante dei moderni concetti della politica si veda R. Koselleck, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Vol. 1, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, pp. XIII ss. Per una critica di ispirazione post-coloniale della pretesa di universalità della moderna tradizione costituzionalistica, del tutto scontato è il rinvio a J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1995.
- ⁴⁸ A. Peters, *Politikverlust? Eine Fahndung mit Peirce und Žižek*, Bielefeld, Transcript Verlag, 2007. È difficile dare conto in poche battute dei sconcertanti esiti di questo processo. A titolo puramente esemplificativo mi limiterò a segnalare la distinzione tra costituzionalismo «politico», «giuridico» e «totale» fiorita nel dibattito contemporaneo sul «posto del diritto costituzionale nel sistema giuridico» (Gardbaum), le diverse sotto-classificazioni proposte dai fautori di una declinazione «pluralistica» del paradigma costituzionale e, infine, la contrapposizione tra un costituzionalismo dei limiti, dei fondamenti e dei valori che percorre la discussione contemporanea sul tema.
- ⁴⁹ M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in «Cornell Law Review», 100, n.2, 2015, pp. 391-462, in part. p. 394. Sul punto del tutto scontato il rinvio alle riflessioni di Ulrich Beck di cui si veda almeno *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004 (tr. it. *Lo sguardo cosmopolita*, Roma, Carocci, 2005, pp. 38 ss.).
- ⁵⁰ L. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2016, p. 150.
- ⁵¹ Questo tipo di approccio è stato reso celebre nel campo della teoria politica e morale da Michael Walzer con l'ormai classico *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994 (tr. it. *Geografia della morale*, Bari, Dedalo, 1999). Per un'efficace esemplificazione dell'uso della coppia categoriale «thin/thick» nell'ambito del diritto costituzionale comparato si veda almeno D. Robertson, *Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions are Irrelevant*, in «Georgia Journal of International & Comparative Law», 35, 2007, pp. 277-331.
- ⁵² J-E. Lane, S. Ersson, *The New Institutional Politics. Outcomes and Consequences*, London-New York, Routledge, 2000, p. 287.
- ⁵³ Cfr. A. Peters, K. Armingeon, *Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 385-395, in part. p. 393. Si tratta di una sintesi delle posizioni espresse da Daniel Bodansky nel saggio *Is There an International Environmental Constitution?*, ivi, pp. 565-585, a cui rinvio per una interessante esemplificazione del ruolo assunto dal tema anche in ambiti ultraspecialistici di dibattito come quello relativo al «costituzionalismo ambientale globale».
- ⁵⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1994², pp. 79 ss. Hart distingue le regole primarie di obbligazione, concernenti «le azioni che gli individui devono o non devono fare», dalle regole secondarie – le cosiddette regole sulle regole – «che specificano il modo in cui le regole primarie possono essere conclusivamente accertate, introdotte, eliminate, variate e si può determinare il fatto della loro violazione».
- ⁵⁵ B. Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, in *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, a cura di R. St. John Macdonald e D.M. Johnston, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2005, pp. 837-852, in part. pp. 842 s.; C.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, cit., pp. 43 ss. Entrambi gli autori si richiamano alla seminale messa a punto concettuale proposta dal giusinternazionalista Christian Tomuschat nelle sue lezioni all'Académie de Droit International de La Haye (*Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1993, IV, p. 26 s.): «Le regole sulla produzione giuridica formano, assieme a quelle sul licenziamento dell'esecutivo e a quelle sulla funzione giurisdizionale, la costituzione di qualsiasi sistema di governance. Tutti questi insiemi di prescrizioni possono essere caratterizzati logicamente come meta-regole, regole su come la maggior parte

delle altre regole sono prodotte, su come entrano in vigore, su come sono applicate e su chi, in caso di differenze sulla loro interpretazione e applicazione ha il potere di porre fine alla conseguente disputa».

⁵⁶ S. Besson, *Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy*, in *Ruling the World*, cit., pp. 381-407, in part. p. 385. Per una concreta esemplificazione di questo tipo di approccio si veda A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 621-645, in part. pp. 626 ss.: «Definisco una costituzione come un corpo di meta-norme, quell'insieme di regole e principi giuridici di livello superiore che specificano come tutte le altre norme giuridiche di livello inferiore debbano essere prodotte, applicate, imposte e interpretate. Le meta-norme costituiscono i sistemi politici in perpetuo». E ancora: «una costituzione è uno specifico grappolo di meta-norme, quell'insieme di regole e principi costitutivi del sistema che ci guidano su come le altre norme giuridiche di livello inferiore debbano essere prodotte, applicate e interpretate. Perciò, laddove vediamo meta-norme, noi osserviamo una costituzione».

⁵⁷ J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, a cura di L. Alexander, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 152-153.

⁵⁸ Besson, *Whose Constitution(s)?*, cit., p. 385. Nella più recente discussione sul tema non sono mancati, peraltro, tentativi di ricondurre le «amendment clauses» al contesto di regole secondarie che definisce l'ordine costituzionale nel senso più sottile del termine. Si veda, al proposito, Bodansky, *Is There an International Environmental Constitution?*, cit., p. 574.

⁵⁹ Besson, *Whose Constitution(s)?*, cit., p. 385. Sul punto si veda già, in una prospettiva palesemente orientata sulla dimensione nazionale-statuale, Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, cit., p. 153, che tra gli elementi caratterizzanti di una concezione «spessa» della costituzione menziona esplicitamente la sua capacità di esprimere la «comune ideologia» di una collettività organizzata, ovvero sia «le convinzioni comuni della popolazione sul modo in cui la propria società debba essere governata». Da questo punto di vista, conclude Raz, la si può considerare espressione non solo del «diritto dei giuristi», ma del «diritto del popolo (people's law)».

⁶⁰ L.J. Kotzé, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, in «Transnational Environmental Law», 1, n. 1, 2012, pp. 199-233, in part. p. 206.

⁶¹ A. Wiener, *Finality vs. enlargement: constitutive practices and opposing rationales in the reconstruction of Europe*, in *European Constitutionalism beyond the State*, a cura di J.H.H. Weiler e M. Wind, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 157-200.

⁶² Ivi, p. 168. Cfr. A. Wiener, *Evolving Norms of Constitutionalism in Europe: From 'Treaty Language' to 'Constitution'*, Jean Monnet Working Paper, 5/04, p. 18: «Le norme hanno una qualità costruita quanto una qualità strutturante e sono perciò soggette a cambiamenti nonostante periodi potenzialmente estesi di stabilità. Il focus aggiuntivo sulla qualità costruita delle norme fa capire che esse non possono essere assunte come unità analiticamente stabili o ontologicamente primarie, ma devono essere concettualizzate come fattori flessibili che mutano in riferimento al contesto e alle pratiche sociali. Empiricamente, questo aspetto consente di valutare le potenziali reazioni politiche negative dopo l'implementazione

della norma. In secondo luogo, come unità analitiche flessibili, le norme sono ri/prodotte attraverso le pratiche sociali, e cioè la loro qualità costitutiva cambia in relazione al contesto e all'azione. Empiricamente questo aspetto enfatizza la prospettiva dell'*institution-building*. Entrambi gli aspetti offrono un punto di vista sulle procedure e la qualità della *governance* in assetti protocostituzionali». Ma sul tema si veda anche Ead., *The Dual Quality of Norms and Governance beyond the State: Sociological and Normative Approaches to 'Interaction'*, in «Critical Review of International Social and Political Philosophy», 10, n. 1, 2007, pp. 47-69.

⁶³ Wiener, *Evolving Norms of Constitutionalism in Europe*, cit., p. 11.

⁶⁴ Ead., *Finality vs. enlargement*, cit., pp. 169 s.

⁶⁵ J.-W. Müller, *A 'thick' constitutional patriotism for the EU? On morality, memory and militancy*, in *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union. The unsettled political order of Europe*, a cura di E. Oddvar Eiksen, C. Joerges e Fl. Rödl, Abingdon-New York, Routledge, 2008, pp. 193-210.

⁶⁶ C.A. Whytock, *Thinking Beyond the Domestic-International Divide: Toward a Unified Concept of Public Law*, in «Georgetown Journal of International Law», 36, n. 1, 2004, pp. 155-193.

⁶⁷ Bodansky, *Is There an International Environmental Constitution?*, cit., p. 574: «Mi sembra sbagliato il tentativo di definire le condizioni necessarie e sufficienti di una costituzione e poi misurare i sistemi di *governance* che aspirano a questo status sulla base di questi caratteri definitivi. Dovremmo invece utilizzare un approccio meno categoriale. [...] Il carattere costituzionale della *governance* non è una questione di sì o no, ma di più o meno».

⁶⁸ S. Gardbaum, *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 169 ss.

⁶⁹ Il riferimento è, ovviamente, a quella direttrice del discorso costituzionalistico contemporaneo che «guarda all'ordine globale come un tutto, cercando di identificare e concepire strutture che possano adempiere più comprensive promesse costituzionali». Sulle diverse linee di sviluppo di questo segmento del dibattito si veda, in sintesi, Krish, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 33 ss. La coppia oppositiva *micro-constitutionalization/macro-constitutionalization* è centrale nei lavori di Anne Peters, che non ha mancato di sottolineare i rischi di un approccio «micro-costituzionale» che sembra incrementare, invece che combattere, i rischi della frammentazione giuridica. Si veda, al proposito, Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 593 ss.

⁷⁰ Cfr. N. Walker, *Big 'C' or small 'c'?*, in «European Law Journal», 12, n. 1, 2006, pp. 12-14; Id., *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, a cura di M. Poiares Maduro e L. Azoulay, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 333-342.

⁷¹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., p. 260.

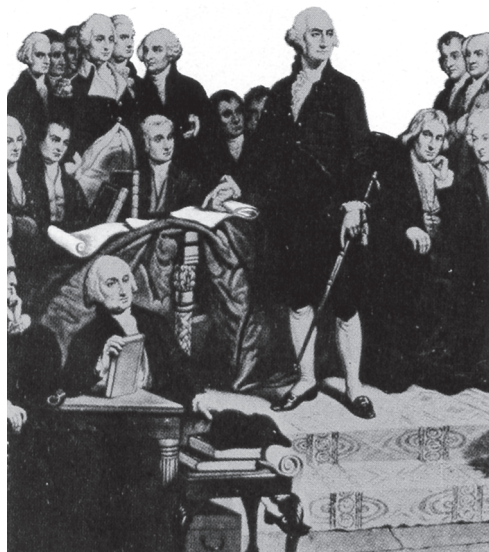
⁷² M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006.

⁷³ J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, p. 223.

⁷⁴ N. Walker, *EU Constitutionalism and New Governance*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 15-36, in part. p. 34. Ma sul punto si veda Weiler, *The Constitution of Europe*, cit., p. 223: «Il costituzionalismo [...]

non è che un prisma attraverso il quale si può osservare un panorama in un certo modo, un *artefatto accademico* con cui si possono organizzare le pietre miliari e i punti di riferimento all'interno del paesaggio, [...] un costrutto intellettuale attraverso il quale si può attribuire un significato a, o persino costituire, ciò che è osservato».

⁷⁵ Ivi, pp. 33 s. Ma sul punto si vedano ora le stimolanti riflessioni di M.W. Dowdle e M.A. Wilkinson, in *On the limits of constitutional liberalism: in search of a constitutional reflexivity*, Working paper series, 2015/009, National University of Singapore, Faculty of Law, Singapore, 2015.



Autocostrizione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo di costituzionalizzazione¹

GUNTHER TEUBNER

I. *Quattro fenomeni notevoli*

Intendo stabilire una connessione tra quattro fenomeni notevoli, ma mutualmente piuttosto distanti, la cui interpretazione è soggetta a considerevole incertezza. Il primo fenomeno notevole consiste nel fatto che ora il diritto giurisprudenziale (judge-made law) si sta espandendo drasticamente anche in contesti transnazionali. Era già abbastanza provocatorio nello Stato nazione che le corti – le quali, in fin dei conti, si suppone che siano nient'altro che *la bouche de la loi* – producessero, da sole, sempre più norme giuridiche, anche in presenza di un potere legislativo politico dominante, contraddicendo in tal modo diametralmente i principi fondamentali di separazione dei poteri e di legittimità democratica. Tuttavia ora scopriamo che questa tendenza prosegue incontrollata ed è persino in accelerazione nei regimi transnazionali. In una analisi di dati empirici, il sociologo del diritto, Chris Thornhill, giunge alla conclusione che

le corti transnazionali e altri collegi di appello giudiziario hanno assunto competenze che sostanzialmente eccedono le funzioni convenzionali di arbitrato e ora sono sempre più focalizzati su obiettivi di 'progresso normativo': cioè essi invocano il diritto di forgiare atti di legislazione nazionale e, senza un mandato costituzionale chiaro, di costruire un ordine normativo sovranazionale².

Osservatori critici, come Ran Hirschl, fanno risalire ciò a configurazioni di potere e interesse che favoriscono l'illegittima rivendicazione di potere di una «giuristocrazia globale»³. Osservatori apologeti, come Josef Esser, d'altro canto, considerano e ritengono che la produzione giuridica giudiziale è più razionale della sua controparte legislativa⁴. Nessuna delle due interpretazioni è soddisfacente.

In secondo luogo, recentemente è stato possibile osservare un impressionante ritorno del diritto naturale. Mentre filosofi, storici e teorici del diritto diagnosticavano la scomparsa del diritto naturale, studiosi della giurisprudenza di formazione sia

progressista che conservatrice – ma anche giudici nelle loro prassi decisionali – celebravano la risurrezione di tesi fondate sul diritto naturale⁵. E non solo nel boom prolungato di diritti umani e fondamentali. Anche in questo caso, le spiegazioni sono poche e distanti fra loro. Esse sono sia tendenze egemoniche nella cultura giuridica, supportate da gruppi di potere e di interesse, come diagnosticate nella tradizione gramsciana, sia, come sostiene chiaramente Lon Fuller, poteri che lavorano negli *arcana iuris*, suscitando silenziosamente una “moralità interiore del diritto” che si oppone al principio del positivismo legale che esercita politicamente e giuridicamente la sua influenza⁶.

Un terzo fenomeno notevole è un cambiamento di direzione tra i movimenti di protesta, che alcuni osservatori interpretano come l’implementazione di una nuova qualità politica⁷. I conflitti nei quali questi cambiamenti possono ritrovarsi oggi sono Brent Spar, il World Social Forum, Gorleben, le proteste per i diritti degli animali contro le università, companynamesucks.com, Stuttgart 21, Wikileaks, gli *indegnados* e Occupy Wall Street. Il comune denominatore è che queste proteste della società civile sono indirizzate non (solo) contro lo Stato, ma anche selettivamente e di proposito contro le istituzioni professionali organizzate dell’economia e di altri sistemi funzionali che esse ritengono responsabili di sviluppo seriamente distorto.

L’ultimo fenomeno notevole consiste nello status grandemente differente di vari tipi di costituzione: la costituzione dello Stato, la costituzione economica e la costituzione della scienza. La predominanza, se non esattamente il monopolio, delle costituzioni dello Stato è ovvia, sia in pratica

che in teoria. Lo status delle costituzioni economiche è già più precario. Nessuno potrebbe ora negare l’esistenza reale di diverse costituzioni economiche e il loro ruolo fondamentale per l’economia, la politica e il diritto. E cambiamenti radicali alla costituzione economica globale esistente, come stabiliti nel Washington Consensus, sono portati avanti con bravura normativa in questo stesso momento⁸. Ma se queste siano realmente costituzioni in senso stretto e chi agisca allora come potere costituente – l’economia? la politica? il diritto? la società? – è estremamente controverso. L’esistenza di una costituzione della scienza è, a sua volta, realmente affermata solo in un senso metaforico⁹. Perché i sottosistemi sociali hanno un tale diverso status costituzionale?

In che modo una costituzione si relaziona con il suo paradosso fondativo – questo è il punto che lega insieme questi quattro fenomeni reciprocamente separati. Questo punto non è limitato alla sola costituzione dello Stato, ma è anche, e in modo pertinente, applicabile alle costituzioni degli altri sistemi sociali¹⁰. Il punto di partenza è la tesi di Luhmann (paragrafo II) secondo la quale il diritto, con l’aiuto della costituzione dello Stato, esternalizza il suo paradosso originario alla politica, mentre la politica esternalizza il proprio al diritto. In aggiunta a questo, è necessario sollevare la questione (paragrafo III) se – e nel caso come – il diritto persegua anche una deparadossizzazione analoga nei confronti di altri sottosistemi sociali. Al tempo stesso, è stata formulata la stessa questione, ma stavolta in direzione opposta (paragrafo IV), se altri sistemi sociali si comportano come la politica, esternalizzando i loro paradossi al diritto con l’aiuto di una costituzione, o se essi impiegano deparadossizzazioni alter-

native. Entrambe le questioni conducono al quesito conclusivo (paragrafo V) relativo a quali problemi conseguenti sono generati da queste esternalizzazioni. Le differenze tra i vari approcci alla deparadossizzazione possono forse chiarire le quattro questioni originarie, cioè: perché il diritto giurisprudenziale sta sviluppando una prominenza nuova a livello transnazionale? Sotto quali condizioni un certo tipo di diritto naturale progredirà ancora, persino oggi, nei confronti del positivismo? Come è che i movimenti di protesta stanno spostando il fuoco delle loro contestazioni? E per quali ragioni i sottosistemi sociali costituzionalizzano non secondo un modello standard, ma con chiare differenze di intensità?

II. *Reciproca esternalizzazione del paradosso in diritto e politica*

Il punto di partenza è qui costituito dalla teoria della costituzione dello Stato di Niklas Luhmann che attribuisce un ruolo centrale a come il diritto e la politica affrontano il loro paradosso originario¹¹. Poiché il diritto è fondato sul codice binario, lecito / illecito, rimane incagliato in paradossi autoreferenziali quando il codice è inevitabilmente applicato a se stesso. Questo paradosso fondativo espone il diritto al sospetto di arbitrarietà, mina la sua pretesa di legittimità e paralizza le decisioni. Le vie di fuga conducono solo al noto trilemma del diritto di Münchhausen: infinito regresso (diritto naturale religioso), interruzione arbitraria (Hans Kelsen), o circolarità della fondazione di norme (Herbert Hart). Poiché nessuna di queste tre offre una via di uscita soddisfacente, alla fine si è constata-

to che solo una strategia di deparadossizzazione ha avuto successo nel passato. Il diritto esternalizza il suo paradosso alla politica con l'aiuto della costituzione dello Stato. In questo modo, il diritto cerca la sua legittimazione ultima nella politica democratica, è così alleggerito del suo proprio problema di paradosso e non ha più bisogno di preoccuparsi di come la politica venga a patti con la sua esternalizzazione.

La politica, d'altro canto, deve combattere con un paradosso internamente insolubile - il paradosso di vincolare un'autorità necessariamente non vincolata¹². Come si potrebbe vincolare il sovrano a regole razionali e soprattutto alle sue stesse promesse? Ciò era facilitato solo quando il paradosso era esternalizzato al diritto, il quale era, una volta ancora, compiutamente realizzato dalla costituzione dello Stato. La costituzione obbliga alla procedura del diritto la sovranità politicamente non vincolata. La costituzione dello Stato, in quanto accoppiamento strutturale fra diritto e politica, è così caratterizzata dal fatto che *c'è una esternalizzazione reciproca dei paradossi originari di politica e diritto*. Diritto e politica sviluppano complesse forme di autolimitazione esogena che sono - non per coincidenza - evocative di libertà attraverso l'autolimitazione e di congiunzione geniale tra autolimitazione e limitazione imposta dall'esterno presente nel mito di Odisseo.

È possibile generalizzare questa teoria della costituzione politica? Altri sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi al diritto e viceversa, in modo tale che, a fianco alla costituzione dello Stato, altre costituzioni di sottosistemi - una costituzione economica, una costituzione dei media, una costituzione organizzativa - agiscano anche come strumenti di gestione pratica di paradossi?

Luhmann non ha investigato esplicitamente questa questione. Luhmann, come molti costituzionalisti centrati sullo Stato, è piuttosto scettico nei confronti della costituzione economica, degli effetti orizzontali dei diritti fondamentali, del costituzionalismo sociale e anche nei confronti del costituzionalismo transnazionale¹³. E tuttavia a causa della logica interna della teoria dei sistemi è virtualmente doveroso investigare la questione relativa a se la generalizzazione di problemi costituzionali (così come sono diventati visibili in politica) e la loro ri-specificazione siano presenti in altri sistemi sociali¹⁴. Poiché non solo la politica e il diritto, ma ogni, realmente ogni, sistema funzionale basato su un codice binario è invischiato in paradossi autoreferenziali che, se non c'è modo di eluderli, producono alla fine la paralisi¹⁵. Non c'è modo di evitare la generalizzazione. La questione irrisolta riguarda solamente come la deparadossizzazione è ri-specificata in altri contesti. Ottiene successo in altri sistemi sociali esternalizzare il pertinente paradosso originario al sistema legale con l'aiuto della costituzione – e viceversa? Oppure altri metodi di deparadossizzazione sono applicati in sottosistemi non politici?

III. *Deparadossizzazione del diritto*

III.1. *La costituzione dello Stato*

L'esternalizzazione dei paradossi legali al sistema politico dello Stato nazione fu una tale storia di folle successo nel passato che, fino alla fine del Ventesimo secolo, venne promossa non solo nel diritto costituzionale, ma anche generalmente in tutti i campi

del diritto. Nella costituzione dello Stato, nelle garanzie procedurali dello Stato governato dalla *rule of law*, nella divisione dei poteri tra legislazione e amministrazione della giustizia e nella giurisdizione costituzionale, produrre diritto venne coerentemente attribuito al processo politico-parlamentare. Il diritto consuetudinario – eccezione evidente a ciò – venne gradualmente marginalizzato nello Stato nazione. Per finire il tutto, l'ancora non disciplinata area del diritto privato venne costituzionalizzata nel momento in cui i paradossi originari di contratto e di organizzazioni private basate sull'autonomia privata vennero "ridiretti" dentro la costituzione dello Stato¹⁶. Tecnicamente parlando, ciò fu ottenuto attraverso finzioni più o meno plausibili: la gerarchia onnicomprensiva delle norme giuridiche, che incorporava anche i contratti e le associazioni intese come delega a individui privati, la ricezione da parte dello Stato di norme sociali e/o la loro relegazione dentro il dominio puramente fattuale¹⁷.

È già divenuto ovvio nello Stato nazione che la totale esternalizzazione dei paradossi legali al sistema politico finirebbe per sovraccaricare sia il diritto che la politica. La (sovra)politizzazione del diritto, così attivata, mostrava i suoi effetti disgreganti più estremi nei regimi nazionalsocialisti e in quelli di socialismo reale, ma era anche dolorosamente percepibile nello Stato sociale postbellico. "Fallimento della legislazione" è il modo in cui ciò venne criticato dai giuristi, i quali diressero i loro strali sia al modo in cui la produzione di norme giuridiche era strumentalizzata dal sistema dei partiti politici, sia al fatto che la politica non era pronta a reagire con attività legislative che rispondessero ai bisogni del sistema giuridico¹⁸.

L'esternalizzazione divenne pressoché impossibile quando i regimi transnazionali iniziarono a creare il loro proprio diritto, in quanto non c'è nessuna controparte transnazionale alla costituzione dello Stato nazione come legame strutturale tra diritto e politica, all'interno del quale l'esternalizzazione poteva avere luogo. La produzione delle norme al di fuori del quadro del diritto internazionale che avviene in maniera così massiva in tutto il mondo riapre tutti i problemi del paradosso giuridico che si sono incontrati nello Stato nazione prima che essi fossero con successo trasferiti alla politica¹⁹. Questo porta la dottrina giuridica a perdere drasticamente l'orientamento cosicché giuristi di spicco descrivono un "*contrat sans loi*", cioè un contratto che non è fondato sul diritto dello Stato nazione, come logicamente impossibile e pernicioso per il diritto²⁰.

III.2. *Costituzioni sociali*

Cercando strade alternative per far fronte al paradosso giuridico, il diritto sembra reagire forzando una differenziazione interna tra sottosettori, ma poi, invece di orientare questi sottosettori sulla base di criteri interni al diritto, bypassa il sistema politico e basa la sua produzione normativa su altri sistemi sociali. Questo è già visibile nello Stato nazione, quando sottosettori semi-autonomi del diritto, come diritto dell'economia, diritto del lavoro, diritto sociale, diritto della medicina, diritto dei media e diritto della scienza, evolvono vigorosamente – minando la separazione tradizionale di diritto pubblico e diritto privato²¹. Sebbene questi campi speciali del diritto

salvaguardino ufficialmente l'esternalizzazione alla politica, essi in realtà la riducono surrettiziamente in modo progressivo, spostando il paradosso della produzione di norme nel sistema sociale regolato²².

La differenziazione interna del diritto è promossa anche più radicalmente a livello transnazionale. Diversi campi sociali sono governati da regimi giuridici altamente specializzati che sono separati di gran lunga dal diritto pubblico internazionale e ora accoppiati strettamente con l'interna razionalità dei campi sociali²³. "Regimi pubblici", come il World Trade Organisation, che sono venuti ad esistenza come trattati di diritto internazionale, marginalizzano l'esternalizzazione del paradosso alla politica che era stato inizialmente presente. Essi affermano autonomia su vasta scala di fronte agli Stati nazione e stabiliscono essi stessi come "regimi autosufficienti", generando nuove forme di accoppiamento strutturale con i campi sociali regolati. Nei regimi "privati", come la *lex mercatoria*, la *lex sportiva*, o la *lex digitalis*, che si sono formati fin dal principio indipendentemente dal diritto nazionale e dai trattati degli Stati, la questione di esternalizzare il paradosso giuridico alla politica non è neanche sorta. Invece, i paradossi originari di questi ordini giuridici transnazionali sono dislocati fin dal loro sorgere nei campi sociali con cui essi sono entrati in intima simbiosi.

Se il diritto non esternalizza più il suo paradosso alla politica, ma lo dirotta verso altri sistemi sociali, questo significa molto più di un semplice cambiamento della auto-descrizione del diritto. In quanto l'applicazione del codice giuridico a se stesso non solo introduce la questione astratta della legittimazione del diritto, a cui non si può più rispondere con il "volere del le-

gislatore”, ma più probabilmente con la razionalità interna del sottosistema sociale coinvolto. Il diritto non solo modifica il mito fondativo nel quale cela i suoi paradossi, ma cerca un differente fondamento costituzionale per la sua produzione di norme. Se ora non è più la costituzione dello Stato ad essere adottata per l'esternalizzazione dei paradossi, ma le costituzioni dei sottosettori sociali, così dell'economia, dei media, della scienza e della sanità, allora ci sono immediate, tangibili conseguenze. Per dirla con Robert Cover, che vede la forza *juris-generativa* di una pluralità di ordini giuridici nella interazione tra *nomos* e narrazione²⁴, la narrazione non è la sola a cambiare quando il modo in cui i paradossi sono affrontati è alterato: lo stesso *nomos* è trasformato. Quando il paradosso legale è trasformato, altri processi di produzione delle norme vengono in primo piano e un diverso tipo di norme legali sostanziali entra in vigore.

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 applicabile²⁵. Contratto, organizzazione formale e standardizzazione sono i tre grandi processi *juris-generativi*, all'interno dei quali le regole auto-generatesi dell'economia, ma anche della scienza, istruzione, media e sanità, diventano diritto vigente. 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.

III.3. *Movimenti di protesta*

Troviamo qui la spiegazione del perché i movimenti di protesta stanno cambiando i loro destinatari, come su descritto. I movimenti di protesta reagiscono al cambiamento della esternalizzazione dei paradossi del diritto. Essi non si rivolgono più alle autorità dello Stato come destinatari delle loro proteste, ma a corporazioni transnazionali e ad altre istituzioni sociali. I movimenti di protesta cambiano la direzione dei loro attacchi ogniqualvolta il sistema giuridico fa uso della legislazione politica solamente per la sua legittimazione formale e si muta in contratto, organizzazione formale e standardizzazione. I movimenti di protesta esercitano pressione sociale sui punti nei quali essi credono di poter individuare le cause di uno sviluppo sociale distorto e, ancor più, le opportunità reali di produrre cambiamento. Questo spiega perché i movimenti di protesta percepiscono un potenziale più forte per una ri-politicizzazione, una ri-regionalizzazione e una ri-individuazione dei processi di produzione del diritto, che non sono più concentrati nel sistema politico, ma possono essere trovati in vari e diversi sottosettori sociali²⁶. Alcuni autori vedono in questi contatti diretti dei movimenti di protesta una nuova qualità delle lotte politiche²⁷.

“Costituzionalismo dal basso” – questo è il titolo sotto al quale il contributo al costituzionalismo dei movimenti di protesta è discusso oggi. Una serie di autori – James Tully, Antonio Negri, Gavin Anderson – hanno osservato che il *pouvoir constituant* transnazionale non può trovarsi nelle istituzioni politiche, ma è ora manifestato nei movimenti sociali, cioè nella moltitudine, nella varietà dei movimenti di protesta,

nelle Organizzazioni Non Governative e nei segmenti transnazionali del pubblico²⁸. Anderson identifica un certo costituzionalismo transnazionale dal basso nei nuovi poteri costituenti rinvenuti sia all'interno che all'esterno delle strutture di democrazia rappresentativa, le ultime includenti movimenti di decolonizzazione e di internazionalisti, Organizzazioni Non Governative alternative e corpi che sfuggono alla categorizzazione tradizionale, come il World Social Forum²⁹.

Per quanto esagerato possa suonare identificare i movimenti di protesta completamente con il *pouvoir constituant*, seria considerazione deve darsi a un suggerimento proveniente da questi autori. Quello che loro intendono con *pouvoir constituant* non è più il *demos* onnicomprensivo, ma solo processi frammentati. Nelle relazioni transnazionali, è estremamente chiaro che non c'è una cosa come la dinamica costituzionale che comprenda l'intera società mondiale, ma che ciò che noi abbiamo al massimo è una serie di processi eterogenei di costituzionalizzazione. Ciò determina l'abbandono della nozione tradizionale nella quale la costituzione politica fornisce alle energie collettive di una società nella sua interezza la forma che la incapsula – nel passato come nazione e ora come comunità internazionale. Al contrario, il potenziale collettivo della società moderna non è più disponibile come unità, ma è sempre più compartimentalizzato in una molteplicità di potenziali, energie e forze sociali. E se il diritto altera il modo in cui esternalizza i suoi paradossi, mirando a sottosettori sociali invece che alla politica, allora anche la qualità del *pouvoir constituant* cambia necessariamente. Il diritto allora non cercherà più la sua legittimazione primariamente

attraverso la costituzione politica, ma attraverso costituzioni settoriali che a loro volta avranno bisogno di stabilire la loro legittimazione – senza passare per le costituzioni dello Stato – attraverso l'*ordre public transnational*³⁰. Queste costituzioni settoriali derivano dai potenziali comunicativi che si raggruppano intorno ai vari media di comunicazione specializzata della società³¹.

III.4. Diritto giurisprudenziale

Questo paragrafo ora spiega anche come l'espansione del diritto giurisprudenziale – come su indicato – sia collegato con la esternalizzazione di paradossi. Il diritto giurisprudenziale inizia ora a giocare un ruolo inedito: non produce solo in modo autoreferenziale le regole del diritto casistico durante una causa in modo da risolvere conflitti individuali³²; esso ora accoglie anche le norme sociali prodotte da contratto, organizzazione e standardizzazione, derivando da ciò una forma diversa di legittimazione che non è più legale o politica, ma sociale. Questo potenzia il diritto giurisprudenziale nei confronti della produzione del diritto e non solo in termini quantitativi. La sua nuova qualità deriva dal fatto che il diritto giurisprudenziale assume una funzione genuinamente costituzionale; comunque non deriva le sue norme dalla costituzione dello Stato, ma dalle costituzioni di vari sottosistemi sociali³³.

Questo molto chiaramente ha a che fare con una delle più importanti istituzioni di diritto privato del Ventesimo secolo, con il controllo giuridico dei contratti per adesione³⁴. Con il pretesto di stipulare contratti, i mercati hanno sviluppato una autorevole

legislazione privata che non governa soltanto relazioni contrattuali individuali, ma che ha praticamente tutte le caratteristiche della legislazione politica. Non esiste un consenso contrattuale genuino: al contrario imprese e associazioni economiche impongono norme unilateralmente, sulla base di asimmetriche relazioni di potere, paragonabili a quelle tra Stato e cittadini. Il diritto giurisprudenziale ha reagito a queste norme imposte privatamente assumendo un duplice ruolo costituzionale. Da una parte, legittima questa forma di produzione unilaterale di norme appoggiata dal potere economico, i cui problemi minimizza etichettandoli come "contrattuali", e usa regole secondarie per regolamentare la produzione privata di norme. Il potere legislativo politico allora non fa altro che incorporare nel codice civile le norme redatte dal diritto giurisprudenziale. Dall'altra, le corti intervengono su larga scala con massicce revisioni giudiziali nel diritto autoprodotta dall'economia, l'intensità delle quali è equivalente alle revisioni costituzionali effettuate sulla legislazione politica. Protetto dalle formule tradizionali come "buona fede" e "*boni mores*", il diritto giurisprudenziale ha creato una nuova gerarchia di controllo costituzionale, nella quale le norme dei contratti per adesione di più basso livello sono controllate dalle norme costituzionali di più alto livello. Tuttavia queste norme di più alto livello sono prodotte dai principi non della costituzione politica, ma della costituzione economica, che ha bisogno di legittimare se stessa attraverso principi di pubblica responsabilità.

Il diritto giurisprudenziale gioca un ruolo simile in altre aree sociali, quando assoggetta la produzione di norme in tutti i tipi di organizzazioni sociali basate sul

diritto privato – ospedali, università, sindacati, associazioni professionali, società mediatiche e recentemente intermediari internet – a una onnicomprensiva revisione giuridica. Anche in questo caso adempie alla duplice funzione costituzionale appena menzionata, da una parte normalizzando le procedure di normazione sociale, dall'altra controllando l'incostituzionalità delle norme sostanziali del diritto interno organizzativo. Similmente, il diritto giurisprudenziale legittima e controlla i processi di standardizzazione che sono elaborati nelle organizzazioni private di standardizzazione o che sono naturalmente fatti approvare nei cosiddetti processi spontanei di comunicazione. Anche in questo caso, non è la costituzione dello Stato, ma la rispettiva costituzione settoriale – nella sanità, nel sistema di istruzione, nei media dell'informazione o in internet – che fornisce i criteri di revisione.

Su scala globale, i diritti dei regimi transnazionali emergenti trattano similmente i problemi dei loro paradossi originari. In questi casi è solo possibile esternalizzarli alla politica all'interno di confini estremamente stretti. Al contrario, le costituzioni proprie di vari regimi transnazionali causano la scomparsa dei paradossi originari dei diritti di regime, poiché essi li ricollocano nei loro rispettivi sistemi sociali. Il paradigma qui è la *lex mercatoria*, che dà forza ai "*contrats sans loi*", cioè ai contratti liberamente fluttuanti privi di ogni fondamento extra-contrattuale. Questo paradosso evidente non può più essere sistemato nel diritto degli Stati nazione. In una circolarità degna di nota, fa affidamento sulle corti di arbitrato che ha creato esso stesso per produrre norme di più alta gerarchia, che a loro volta trovano la narrazio-

ne e il *nomos* della *lex mercatoria* nella prassi contrattuale economica³⁵.

III.5. *Diritto naturale*

C'è una chiara connessione tra modi alternativi di esternalizzare paradossi e diritto naturale, a lungo creduto essere moribondo, che ora celebra la sua resurrezione in campi specialistici del diritto e nei regimi giuridici transnazionali. Quando il diritto giurisprudenziale dà forza alle norme costituzionali, deriva i suoi criteri dalla razionalità interna dei sottosistemi sociali. Efficienza come principio giuridico, la funzionalità delle organizzazioni sociali, l'auto-definizione di arte, la neutralità e obiettività della scienza, la missione educativa di scuole e università e l'adeguatezza alla rete delle norme di internet – secondo il positivismo legale, formule di razionalità sociale di questo tipo potrebbero diventare principi legali validi solamente se il potere legislativo fa un provvedimento esplicito. Tuttavia tali formule fluiscono costantemente dentro la prassi giuridica dai vari e diversi sistemi sociali e sono trasformate in principi giuridici dal diritto giurisprudenziale, ottengono così la forza di norme giuridiche concrete³⁶.

Grazie alle costituzioni dello Stato siamo da tempo consapevoli di questo flusso di principi sostanziali. La costituzione dello Stato è costruita come una costituzione materiale, in quanto contiene non solo norme procedurali formali, ma anche norme sostanziali e principi. C'è solo un modo per spiegare oggi il loro carattere altamente problematico di "diritto naturale". Non è il sistema giuridico, ma il sistema politico

che decide, nel corso di conflitti di lunga durata, riguardo a alcuni principi fondamentali della politica, che sono poi costruiti giuridicamente dal diritto costituzionale e al tempo stesso alterati per scopi giuridici. La *rule of law*, la separazione dei poteri, la democrazia, lo stato sociale e oggi la protezione ambientale sono esempi di tali decisioni riflesse all'interno del sistema politico che fluiscono nel diritto attraverso la costituzione dello Stato. Similmente, altri sottosistemi sociali nei loro propri processi di riflessione, sviluppano principi fondamentali che sono legalmente ricostruiti nella costituzione economica, nella costituzione della scienza etc. e sono usati come criteri per la revisione giuridica delle norme. I principi giuridici della costituzione economica, per esempio, includono i principi liberali classici di proprietà, libertà di contratto e concorrenza, ma anche restrizioni della libertà contrattuale, obbligazioni sociali della proprietà, diritti fondamentali che si oppongono al potere economico e oggi giorno sostenibilità ambientale e responsabilità sociale delle imprese³⁷.

La continuità del pensiero giusnaturalista è qui percepibile. Il diritto naturale è sempre stato usato per far scomparire i paradossi di auto-referenzialità del codice legale³⁸. E questa formula ha sempre fornito un percorso spianato ai principi sostanziali per consentir loro di entrare nella pratica del diritto: dalla religione nel Medioevo, dalla filosofia morale nell'Età della Ragione, dalla costituzione politica nello Stato nazione e dalle costituzioni sociali multiple nell'era postmoderna. Diversamente dal vecchio diritto naturale le cui origini erano religiose, razionaliste o politiche, è ora fattibile parlare in termini di "diritto naturale sociologico", perché esso usa costituzioni

sociali per ricostruire le razionalità di diversi sottosistemi all'interno del sistema giuridico e per trasformarle in principi vincolanti. E il diritto non si cura se il legislatore democraticamente legittimato lo abbia ordinato oppure no.

IV. *Deparadossizzazione in altri sistemi sociali*

Se il diritto, nel corso del suo sviluppo, ha spezzato il monopolio della politica sulla esternalizzazione ed è diventato internamente differenziato in modo tale che regimi giuridici speciali spostano il paradosso giuridico nelle aree sociali di cui si occupano, come sembrano le cose osservate dalla prospettiva opposta? Altre aree sociali fanno esperienza anch'esse di esternalizzazione reciproca, in modo che a loro volta possano cedere i loro paradossi originari al diritto?

IV.1. *La costituzione dello Stato*

Come discusso sopra, il paradosso originario della politica divenne visibile quando il potere del governante diviene riflessivo. Quando il potere è forzato dal potere, quando le gerarchie del potere sono costruite, allora la politica è anche esposta a un regresso infinito – in modo molto simile al diritto nel trilemma di Münchhausen: il regresso del potere prepotente. E molto come nel diritto, le soluzioni religiose al problema dell'*ultima potestas* erano convincenti nella cosmologia unitaria medievale. Ma se la politica è diventata indipendente fin dal Rinascimento, se si è liberata dai lacci reli-

giosi, se è infine diventata sovrana e dichiarato se stessa essere *legibus absoluta*, allora il paradosso della sovranità, il paradosso di limitare un'autorità necessariamente illimitata, appare in tutta la sua intensità. All'interno della politica è insolubile³⁹.

È la costituzione dello Stato che abilita la politica a dominare questo paradosso, mediante un suo spostamento ulteriore. La politica trasferisce al diritto il compito di limitare la sovranità illimitata attraverso procedure giuridiche – attraverso l'organizzazione come legame interno e attraverso i diritti fondamentali per limitare l'arbitrarietà verso l'esterno. Ciò smussa il paradosso della politica. In effetti, implica una perdita di sovranità, la politica è per l'avvenire imbrigliata in durevoli relazioni legalmente vincolanti. Tuttavia ciò è compensato, poiché vincolare atti del potere trasformandoli in atti di diritto innesta le decisioni politiche su fondamenti permanenti, e rafforza così la loro efficacia. A questo riguardo, la segreta affinità tra la comunicazione del potere e la normatività del diritto si mostra essere più che produttiva. D'altronde il legame della politica con il diritto diventa sopportabile solamente quando il meccanismo di produzione del diritto a sua volta garantisce alla politica una influenza decisiva sulla produzione del diritto. Soltanto allora la costituzione dello Stato può guidare la relazione complessa tra diritto e politica cosicché un codice binario secondario della politica emerge. La *rule of law* è estesa a coprire tutti gli eventi politici e in tal modo tratta ogni atto del potere come un atto del diritto. Le costituzioni dello Stato ottengono il loro lustro unico da questa esternalizzazione di paradossi eseguiti in perfetta simmetria – dalla politica al diritto e dal diritto alla politica. Questo

lustrò indusse Dieter Grimm a parlare della "completezza" delle costituzioni dello Stato e Neil Walker a definire il loro carattere "olistico". È qui che possiamo trovare la ragione più profonda del perché essi negano il titolo onorario di costituzione alle ordinanze fondamentali di altri sistemi funzionali⁴⁰.

IV.2. *La costituzione economica*

Quale ruolo gioca il diritto quando l'economia deve far fronte al suo proprio paradosso fondamentale – il paradosso di scarsità? Questo paradosso paralizza l'azione economica in un modo tale che l'acquisizione di beni finiti elimina la scarsità, generando al tempo stesso scarsità. Nel passato, il solo modo per superare questo impasse era rimpiazzare il paradosso della scarsità con il codice rigorosamente binario proprietà / non proprietà. Comunque ciò presume che ogni atto di acquisizione economica sia sufficientemente evidente riguardo al "condensare" posizioni vagamente comprese di avere / non avere in posizioni durevoli di proprietà / non proprietà. Secondo Luhmann questa condensazione ha giocato un ruolo chiave nel rendere l'economia autonoma.

Condensazione significa che strutture di significato sono disponibili per la ripetizione da situazione a situazione; e questo accade nonostante le loro paradossali origini e nonostante la loro esposizione all'opposizione del controvalore. Condensare è ripetere lo stesso, ... in modo tale che le aspettative del futuro prendano forma e acquisiscano certezze rispetto alla soddisfazione di bisogni e alla compensazione di privazioni⁴¹.

Condensare posizioni sociali in certezze vincolanti non può comunque essere

raggiunto da soli atti di acquisizione economica. Al massimo, tali atti possono generare aspettative sociali diffuse in questa direzione, ma non possono determinarle abbastanza strettamente da raggiungere una deparadossizzazione precaria in tre dimensioni. Nella dimensione temporale, le aspettative di proprietà devono stabilire solidi legami che dureranno per un lungo periodo; nella dimensione sociale esse devono stabilire la non ambigua inclusione / esclusione del gruppo di persone interessate, la qual cosa causa difficoltà notevoli, specialmente nel caso di proprietà collettiva; e nella dimensione sostanziale esse devono generare gruppi chiaramente definiti di aspettative con riguardo ai diritti di uso, diritti di esclusività, diritti di sfruttamento e diritti di acquisizione e i loro rispettivi confini. Ciò può essere raggiunto solamente da un sistema giuridico altamente sviluppato. Tale è la costituzione di proprietà che genera un accoppiamento strutturale stretto tra economia e diritto e in pratica esternalizza il paradosso di scarsità al diritto di proprietà.

La costituzione della proprietà costituisce soltanto la prima fase di una costituzione economica. Non appena un'economia monetaria altamente sviluppata prende forma, e specialmente non appena le banche si specializzano nelle attività di credito, la costituzione economica entra in una seconda fase, nella quale il paradosso di scarsità prende una forma completamente diversa. La deparadossizzazione allora corre in modo corrispondente su binari diversi. E qui l'economia ancora una volta esternalizza il paradosso che minaccia di paralizzare le transazioni monetarie al diritto. Nel settore bancario, sia la capacità che l'incapacità a pagare sono generate simultaneamente. Il sistema bancario è basato sul paradosso

di autoreferenzialità, sull'unità della capacità e incapacità a pagare. Le banche hanno il privilegio cruciale di poter vendere i loro debiti traendone profitto⁴². Questo paradosso può essere mitigato fino a un certo punto se le operazioni di pagamento assumono una modalità riflessiva, cioè se le operazioni che implicano quantità di denaro sono applicate a operazioni monetarie nelle transazioni quotidiane. Comunque, queste operazioni economiche riflessive rimangono instabili fino a quando non sia creata una gerarchia interna nel settore bancario, la gerarchia delle banche centrali in relazione alle banche commerciali.

Tuttavia la gerarchia bancaria non può essere istituzionalizzata esclusivamente attraverso l'auto-regolamentazione, e ciò si applica in particolare alla istituzionalizzazione della banca centrale. Essa ha bisogno di essere supportata dall'esterno mediante norme giuridiche, per costituire la posizione unica di banca centrale con regolamenti vincolanti. I paralleli con le gerarchie nel sistema politico e il ruolo della costituzione dello Stato sono evidenti. Anche l'economia è in grado di gestire i suoi paradossi monetari solamente con l'aiuto del diritto, che utilizza la costituzione finanziaria, cioè norme di procedura, di competenza e di organizzazione per regolare la creazione e i metodi operativi delle banche centrali nei confronti delle banche commerciali. Come corollario economico ai diversi rami del governo, esecutivo, legislativo e giudiziario, il "monetativo" delle banche centrali è stabilito dalla costituzione economica⁴³.

Il modo in cui la costituzione economica deparadossizza la circolazione monetaria è sempre precario, comunque è sempre minacciato dal pericolo del ritorno del paradosso. La gerarchia sorretta dalla

costituzione economica nella relazione tra le banche centrali e le banche commerciali non ha eliminato la paralisi del sistema finanziario per sempre:

La possibilità logica ed empirica che l'intero sistema collasserà, di un ritorno del paradosso e un blocco completo di tutte le operazioni mediante l'equivalenza originaria capace di pagamento = incapace di pagamento non può essere esclusa, ma è resa sufficientemente improbabile⁴⁴.

La recente crisi finanziaria ha dimostrato che questa è tutt'altro che "sufficientemente improbabile". L'eccessiva pulsione alla crescita nelle transazioni finanziarie globali ha dato a tutti noi un assaggio di un possibile fallimento del settore bancario. Questo è stato immediatamente seguito dalle recenti iniziative di riforma della costituzione finanziaria, che intendono risistemare nuovamente la gerarchia delle banche. Senza queste riforme, le banche centrali avrebbero difficoltà ad esercitare un controllo sufficiente sui mercati monetari: esse sarebbero solo in grado di stimolarli o de-stimolarli indirettamente intervenendo singolarmente. Esse sarebbero solo in grado di guidare la fornitura di denaro indirettamente attraverso il tasso di base, che rende il credito più o meno costoso. Con le riforme che rafforzano il ruolo giocato dalle banche centrali nei confronti delle banche commerciali, il diritto abbraccia la funzione restrittiva della costituzione economica, previene il ritorno dei paradossi e l'impasse totale e al tempo stesso stabilizza le relazioni auto-riflessive nelle operazioni di pagamento, che si disintegrerebbero se non fossero fissate a una base giuridica.

È abbastanza sorprendente il fatto che la politica esternalizza il paradosso della sovranità, mentre parallelamente l'economia esternalizza il paradosso di scarsità,

entrambe al diritto, e che in questo modo la costituzione dello Stato e la costituzione economica adempiono la medesima funzione. Pur tuttavia notevoli differenze sono evidenti. Per quanto concerne le operazioni monetarie all'interno dell'economia, non c'è segno di un codice secondario completo che costringa il sistema politico ad applicare il codice binario lecito / illecito a tutte le operazioni politiche. Fondamentalmente ci sono tre ragioni per questo. In primo luogo: non ci sono dubbi che le transazioni economiche siano regolate da norme giuridiche ed anche controllate dai tribunali, ma è degno di nota il fatto che la relazione intensa tra operazioni politiche e giuridiche non ha corrispondenze nella relazione tra operazioni monetarie e giuridiche. Un atto amministrativo può essere costruito immediatamente come implementazione di norme giuridiche esistenti, in molti casi persino come programma strettamente condizionale. Mentre le cose seguono un corso diverso nelle transazioni economiche. Sicuramente, le transazioni economiche sono valide solo a certe condizioni contrattuali, tuttavia nella pratica, le transazioni economiche sono diametralmente opposte all'implementazione di norme esistenti. In secondo luogo: mentre la giuridicizzazione di decisioni politiche rafforza ulteriormente il loro carattere collettivamente vincolante, sarebbe semplicemente controproduitivo per l'azione economica se le transazioni individuali fossero collettivamente vincolanti per l'intera economia. La natura vincolante legalmente garantita delle transazioni si manifesta solamente al micro livello delle relazioni contrattuali e delle organizzazioni economiche. Solamente al micro livello è possibile parlare in termini di un codice giuridico secondario delle transazioni eco-

nomiche nella forma di atti contrattuali o atti corporativi. Diversamente dal sistema politico, dove la collettività è legata da decisioni politiche, il macro livello in economia resta non vincolato. Il principio di *privity of contract* nel *Common Law* vieta l'estensione di un clausola vincolante a terzi, per non parlare della sua estensione all'intero ordinamento economico. In terzo luogo: la corrente concatenazione di operazioni politiche e economiche differenzia fondamentalmente l'una dall'altra. Le decisioni politiche hanno effetto di precedenti sulle decisioni successive: se si intende deviare da essi, la politica deve percorrere nuovamente l'intero iter giuridico e la decisione deviante deve essere resa positiva con un esplicito *actus contrarius*. Le transazioni monetarie future, al contrario, non sono in alcun modo vincolate normativamente da precedenti transazioni. L'atto individuale di pagamento genera nient'altro che aspettative cognitive per i successivi atti di pagamento.

Queste tre ragioni spiegano perché, malgrado i parallelismi con cui economia e politica esternalizzano i loro paradossi al diritto, ci sono pesanti differenze nell'intensità della loro costituzionalizzazione. La decentralizzazione dei processi decisionali che è prevalente in economia, l'intenzionale restrizione degli impegni contrattuali ai partners contraenti e lo stile esclusivamente cognitivo dell'aspettativa che connette l'un l'altra le transazioni economiche, in pratica escludono la possibilità di completare la simmetria delle esternalizzazioni reciproche, così come esse si manifestano tra politica e diritto, per quanto concerne economia e diritto. Diversamente dalla costituzione dello Stato, la costituzione economica mostra un livello ragguardevole di

asimmetria. Mentre è vero, come illustrato sopra, che il diritto esternalizza il paradosso giuridico per una parte notevole alla produzione di norme economiche – contratto, organizzazione e standardizzazione – è nondimeno anche vero che, se deve evitare di danneggiare la sua integrità strutturale, l'economia può perseguire la sua costituzionalizzazione solo limitatamente.

IV.3. *La costituzione della scienza*

Questa asimmetria di esternalizzazioni è ancor più marcata nella costituzione della scienza. Sicuramente, anche la scienza ha il suo paradosso di auto-fondazione: solamente le operazioni scientifiche possono determinare riflessivamente che cosa in realtà costituisce la scienza. Il paradosso cretese, che deriva dall'applicazione di operazioni cognitive a operazioni cognitive, è probabilmente il caso più rinomato di paradosso auto-referenziale. Tuttavia diversamente dalla politica e dall'economia, è per lo più impossibile esternalizzare il paradosso scientifico al diritto. Disposizioni normative che sono giuridicamente o costituzionalmente vincolanti e che possono essere cambiate solo con difficoltà, sono auto-distruttive per la scienza. Sarebbe in realtà assurdo interpretare gli atti cognitivi come implementazione di regole normative. Effettivamente, anche se dipinge se stessa come non dogmatica, anche la scienza non è aliena a una estesa produzione di norme. I metodi sono vincolanti; le teorie sono normativamente immunizzate contro un cambiamento di paradigma; neutralità, oggettività e immunità a interessi sono norme professionali accettate⁴⁵. E tuttavia

la giuridicizzazione di tali norme sociali genererebbe una paralisi irreconciliabile con lo stile cognitivo. Non è una coincidenza che la costituzione dello Stato lascia alla scienza il privilegio di auto-definirsi, limitando se stessa a un'osservazione di livello secondario⁴⁶. Né è una coincidenza che la proposta costantemente ripetuta di tribunali scientifici, le cui competenze sarebbero di emettere decisioni vincolanti sulla validità dei risultati di nuove ricerche, non ha avuto assolutamente nessun successo. Solo uno stile normativo che è sempre pronto ad essere rovesciato, con una flessibilità quasi sconosciuta al diritto, è del tutto ammissibile nella scienza⁴⁷.

Diversamente dalla politica e dall'economia, la scienza non può trasferire il suo paradosso al diritto, ma deve trovare altre strade per raggiungere la deparadosizzazione⁴⁸. Le trova principalmente in processi interni alla scienza stessa. Temporalizzando il paradosso, creando una gerarchia di diversi livelli di analisi, sopportando contraddizioni, antinomie e incommensurabilità, tollerando l'incertezza, rinunciando alla pulsione a decidere, creando una visione del mondo costruttivistica: questi sono alcuni degli strumenti usati dalla scienza nel tentativo di rendere i suoi paradossi più tollerabili.

Ciò non vuol dire, comunque, che non ci sia una costituzione della scienza, nella quale riflessioni scientifiche e giuridiche sono connesse strutturalmente. È solo che l'asimmetria interna della loro connessione è sviluppata in modo straordinariamente forte. Come su illustrato, quando il diritto regola le attività scientifiche, esternalizza il suo paradosso ai processi scientifici senza indugi e utilizza i sottostanti principi di cognizione scientifica per legittimare le nor-

me giuridiche che impattano sulla scienza. La scienza a sua volta mantiene l'integrità delle sue operazioni cognitive ampiamente libera da vincoli legali. Solo i suoi confini esterni dovrebbero essere protetti da norme giuridiche. La libertà della scienza come garanzia che il processo cognitivo rimanga aperto così diviene la primaria norma della costituzione scientifica. Il diritto fornisce una garanzia vincolante che la scienza non possa essere legata a niente altro che alla sua propria libertà. Una parte a ciò attinente è la sua protezione giuridica dall'essere corrotta dalla politica, dall'economia e dallo stesso diritto. Il compito più importante della costituzione della scienza è stabilizzare la differenza epistemologica tra la conoscenza della scienza, della politica e del diritto stesso⁴⁹. Garantisce ciò con l'aiuto di meccanismi che aiutano a impedire che la scienza sia colonizzata da altre razionalità estranee di sistema – in particolare dall'economia e dalla politica, ma anche dal diritto stesso. Tendenze di dedifferenziazione il cui scopo è di rimpiazzare le specificità interne alla scienza con valori e norme esterne alla scienza devono essere evitate⁵⁰. Tuttavia il diritto deve anche garantire una pluralità sufficiente di processi all'interno della scienza, cosicché sia sempre possibile rompere sbarramenti che ostacolano lo sviluppo adottando un cambiamento radicale di prospettiva. La richiesta di pluralismo e di protezione di minorità scientifiche così diviene un principio vincolante della costituzione scientifica. E certamente, il quadro organizzativo esterno delle università, degli istituti di ricerca e delle organizzazioni professionali è ugualmente provvisto di una garanzia giuridicamente vincolante⁵¹.

IV.4. *Costituzionalizzazione con diversa intensità*

Nel complesso la costituzionalizzazione della società – come esemplificato qui dalla politica, dall'economia e dalla scienza – disegna un quadro di pluralismo costituzionale, sebbene uno che è tutto tranne che omogeneo, poiché realizza diversi livelli di intensità di costituzionalizzazione. Ne consegue che il modello della costituzione dello Stato non può essere puramente e semplicemente trasferito ad altre costituzioni sociali. È vero che le questioni sollevate dalla costituzione dello Stato necessitano di essere generalizzate, poiché tutti i sistemi funzionali devono fare i conti con i paradossi di auto-referenzialità, sia che essi seguano la strada di esternalizzare completamente al diritto, come la politica ha scelto di fare con il codice giuridico secondario delle sue operazioni, sia che essi optino, come l'economia, per una esternalizzazione solo parziale al diritto, sia che, come la scienza, essi escludano una giuridicizzazione delle loro operazioni e adottino altri possibili metodi di deparadossizzazione. Comunque questa scelta dipende dalla affinità tra le loro strutture e la specifica normatività sviluppata all'interno del sistema giuridico.

Ciò mostra chiaramente perché la costituzione dello Stato occupa una posizione unica tra le costituzioni sociali. Questa posizione certamente non deriva dal monopolio costituzionale dello Stato, come i costituzionalisti stato-centrici vorrebbero farci credere, poiché altre discipline – storiografia, economia, sociologia e relazioni internazionali – hanno da tempo dimostrato l'esistenza di costituzioni non statali⁵². Né questa posizione unica deriva dalla superiorità gerarchica della costituzione del-

lo Stato sulle cosiddette sottocostituzioni, come sostengono molti autori, i quali certamente ammettono il pluralismo costituzionale, ma non sono preparati a rinunciare alla posizione dominante della costituzione dello Stato⁵³. Né, di nuovo e infine, essa deriva dal fatto che le costituzioni dello Stato sono le uniche ad avere un carattere giuridico, mentre le altre costituzioni sociali – inclusi i regime transnazionali – sono solamente “costituite” *de facto*, o contengono soltanto valori sociali fondamentali, o sono costituzioni solo in senso metaforico. Invece, l'esternalizzazione reciproca della politica verso il diritto e del diritto verso la politica è totalmente simmetrica – ciò determina la posizione unica delle costituzioni dello Stato. Mentre il diritto, nei diversi campi giuridici, persegue un approccio multiforme nell'esternalizzazione dei paradossi in ogni tipo di diversi sistemi sociali e così ricava i suoi contenuti normativi dalle varie costituzioni di diverse aree sociali, nella direzione opposta ci sono differenze drastiche nella giuridicizzazione dei paradossi originari dei sistemi sociali. Accoppiamenti strutturali sono generalmente fraintesi – e le costituzioni sociali in particolare – quando si dice che accoppiamenti strutturali esistono soltanto come relazioni reciproche. Infatti, è possibile per un sistema sociale essere strettamente accoppiato ad un altro, mentre l'altro sistema, nelle sue operazioni, è solo parzialmente accoppiato o rinuncia in buona misura ad un accoppiamento strutturale. È come nell'amore: spesso l'esperienza è vissuta solo da una parte e solo in una manciata di casi fortunati esso è ricambiato dalla persona amata.

V. Problemi conseguenti

In conclusione diamo un breve sguardo alle conseguenze dell'esternalizzazione. Che cosa accade dopo che il paradosso costituzionale è stato esternalizzato? Come abbiamo visto, l'esternalizzazione porta vantaggi maggiori al sistema, talvolta persino rendendo del tutto possibile l'autopoiesi, ma al tempo stesso comporta dei gravi costi. Il sistema che appalta il suo paradosso è ora consegnato a una logica strutturale estranea. Come illustrato sopra, le differenze tra la costituzionalizzazione della politica, dell'economia e della scienza possono essere spiegate dalle incompatibilità che una giuridicizzazione completa dei loro paradossi può generare. Le costituzioni guiderebbero allora sistematicamente i sistemi sociali in una direzione giuridica errata se l'entità dell'esternalizzazione verso il diritto fosse incompatibile con le loro proprie strutture. Il fatto che le loro operazioni devono anche al tempo stesso essere soggette alle condizioni per le operazioni giuridiche spiega perché molti sistemi sociali adottano percorsi di deparadossizzazione alternativi a quello di trasferire i loro paradossi al diritto.

Un altro aspetto è persino più problematico: l'esternalizzazione consegna il sistema al paradosso estraneo stesso. Il diritto è consegnato al paradosso della politica, la politica al paradosso del diritto. Formulato in termini generali, il diritto è consegnato al paradosso dei sistemi sociali costituiti, mentre il sistema sociale è consegnato al paradosso giuridico. C'è il pericolo che la costituzione, come accoppiamento strutturale del diritto con un altro sistema sociale, non differenzi sufficientemente tra includere ed escludere il paradosso estraneo,

diversamente da quello che si trova tipicamente negli accoppiamenti strutturali di successo⁵⁴. Ciò allora diventa fatale al più tardi quando l'esternalizzazione comprende anche la formula di contingenza del sistema, così per esempio quando il principio di giustizia legale è interamente politicizzato o economizzato. Un buon numero di autori argomenta in favore della politicizzazione della formula di contingenza della giustizia, il cui nucleo operativo riposa nel pari trattamento di casi simili e nel diverso trattamento di casi dissimili, nella direzione della democrazia e del benessere comune, o in favore della sua economizzazione nella direzione della riduzione della scarsità e dell'incremento dell'efficienza. Tuttavia il guadagno auspicato nella precisione non riesce a materializzarsi, poiché una formula di contingenza è soltanto rimpiazzata dall'altra, cosicché un alto livello di incertezza è rimpiazzato da un altro livello di incertezza altrettanto alto. Anche peggio: il processo di determinazione, che in tutti i casi finisce in una auto-trascendenza e ri-

chiede soluzioni creative all'interno della rispettiva formula di contingenza, manovra nella direzione sbagliata. Alle parti di un conflitto legale si offrono soluzioni orientate verso il raggiungimento dell'efficienza o verso l'efficacia della linea politica, piuttosto che una decisione equa del loro conflitto: ad esse si offre una pietra quando esse chiedono pane. Quando possibile, una distinzione chiara dovrebbe essere tracciata qui tra il paradosso originario e il paradosso di decisione. Non si dovrebbe consentire che l'esternalizzazione inevitabile del paradosso giuridico originario causi che il procedimento legale sia consegnato al paradosso decisionale politico o economico. E lo stesso si applica al contrario.

¹ Traduzione dall'inglese di Antonella Bettoni. Per l'originale inglese: *Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation*, in A. Febbrajo, G. Corsi (eds.) *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Ashgate, Farnham, 2016, pp. 30-48.

² C. Thornhill, *A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013, pp. 551-603; Y. Shany, *No longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of*

a New International Judiciary, in «The European Journal of International Law», n. 20, 2009, pp. 81-91.

³ R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

⁴ *Locus classicus*: J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1956.

⁵ Per una visione d'insieme delle teorie recenti sul diritto naturale, si veda K. Einar Himma, *Natural*

Law, in «Internet Encyclopaedia of Philosophy», <<http://www.iep.utm.edu/natlaw>>.

⁶ Sul dibattito contemporaneo su Gramsci, si veda S. Buckel, A. Fischer-Lescano (Hg.), *Hegemonie gepanzert mit Zwang: Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis*, Baden-Baden, Nomos, 2007. Per il concetto di Fuller sul diritto naturale, si veda L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

⁷ R. O'Brien et al., *Contesting Global Governance: Multilateral Economic Institutions and Global Social Movements*, Cambridge, Cambridge

- University Press, 2002, p. 2.
- ⁸ Per esempio D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ⁹ Più ampiamente, anche se con le dovute cautele, I. Augsberg, *Wissenschaftsverfassungsrecht*, in T. Vesting, S. Koriath (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts: Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 203-223.
- ¹⁰ Riguardo al recente dibattito sulle costituzioni sociali, si veda T. Grahame, *Review Essay: Socializing the Constitution?*, in «Economy and Society», n. 44, 2015, pp. 480-493; G. Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, in P. Kjaer, E. Hartmann (eds.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, London, Palgrave, 2015; T. Vesting, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Weilerswist, Velbrück, 2015, § 3, II 3; P.F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London, Routledge, 2014; G. Teubner, A. Beckers (eds.), *Transnational Societal Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013.
- ¹¹ N. Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in The Institute of Comparative Law in Japan (ed.), *Conflict and Integration: Comparative Law in the World Today*, Tokyo, Chuo University Press, 1989, pp. 493-506; N. Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in «Rechtshistorisches Journal», n. 9, 1990, pp. 176-220; Id., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in «Der Staat», n. 12, 1973, pp. 1-22, 165-182.
- ¹² N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993; tr. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli, 1992, cap. 10 IV.
- ¹³ N. Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965; tr. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Dedalo, 2002; Luhmann, *Il diritto della società*, cit., cap. 12 V.
- ¹⁴ Sul metodo di generalizzare e specificare, si veda T. Parsons, C. Ackerman, *The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device*, in G.J. Di Renzo (ed.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, Random House, 1966, pp. 19-40.
- ¹⁵ N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997; J. Clam, *Die Grundparadoxie des Rechts und ihre Ausfaltung: Beitrag zu einer Analytik des Paradoxen*, in G. Teubner (Hg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, pp. 109-143, 117.
- ¹⁶ Sulla costituzionalizzazione dell'ordine giuridico nella sua interezza, si veda H.C. Röhl, *Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?*, in H.-H. Trute et al. (Hg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 821-836.
- ¹⁷ Per il dibattito attuale sullo stato del diritto consuetudinario e del diritto privato, si veda K.F. Röhl, H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln, Heymann, 2008, 3. Auflage, pp. 541 ss., 554 ss.
- ¹⁸ Per esempio, M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 223 con ulteriori riferimenti.
- ¹⁹ Per maggiori dettagli, si veda G. Teubner, *Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts*, in «Soziale Systeme», n. 2, 1996, pp. 229-256; tr. it. *I molteplici corpi del re: L'auto-decostruzione della gerarchia del diritto*, in G. Teubner, *Diritto policontestuale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, Napoli, Città del sole, 1999, pp. 71-112.
- ²⁰ F.A. Mann, *Internationale Schiedsgerichtliche und nationale Rechtsordnung*, in «Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht», n. 130, 1968, pp. 97, 129, 197.
- ²¹ Il significato di questa differenziazione interna del diritto è attesa, seppure in relazione ad una polemica scarsamente plausibile, come la perdita di unità del diritto privato, da W. Zöllner, *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, in «Archiv für die zivilistische Praxis», n. 196, 1996, pp. 1-36. Sulle più recenti discussioni si veda T. Domej (Hg.), *Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, Stuttgart, Boorberg, 2008.
- ²² Questo si avvicina al pensiero di Wiethölter sul "diritto del sistema costituzionale", un diritto, che si attiene al principio di collisione per diritto/morale, diritto/politica, diritto/economia, etc, più precisamente e generalmente: il diritto come un "accoppiamento strutturale" di 'sistemi ambientali viventi'. Si veda R. Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in C. Joerges, G. Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 1-21.
- ²³ Su questo si veda M. Koskeniemi, *Hegemonic Regimes*, in M. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 305-324; A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in «Michigan Law Journal of International Law», n. 25, 2004, pp. 999-1045; tr. it. *Scontro tra regimi*:

- la vana ricerca di unità nella frammentazione del diritto globale, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 139-190.
- ²⁴ R.M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative*, in «Harvard Law Review», n. 97, 1983, pp. 4-68.
- ²⁵ Si veda per esempio R. Nobles, D. Schiff, *Using Systems Theory to Study Legal Pluralism: What Could Be Gained?*, in «Law & Society Review», n. 46, 2012, pp. 265-295; L.E. Trakman, *A Plural Account of the Transnational Law Merchant*, in «Transnational Legal Theory», n. 2, 2011, pp. 309-345; J. Harrison, *Regime Pluralism and the Global Regulation of Oil Pollution Liability and Compensation*, in «International Journal of Law in Context», n. 5, 2009, pp. 379-391.
- ²⁶ Si veda G.W. Anderson, *Corporate Constitutionalism: From Above and Below (but mostly below)*, in *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere? Paper presented at Copenhagen Business School, Copenhagen, September 17-18, 2009*, pp. 1-14.
- ²⁷ C. Crouch, *The Strange Non-Death of Neoliberalism*, Cambridge, Polity Press; O'Brien et al., *Contesting Global Governance*, cit., p. 2.
- ²⁸ J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in N. Walker, M. Loughlin (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 315-338, 319, 323 ss.; M. Hardt, A. Negri, *Comune: Oltre il privato e il pubblico*, Milano, Rizzoli, 2010; G.W. Anderson, *Societal Constitutionalism, Social Movements and Constitutionalism from Below*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20, 2013, pp. 881-906.
- ²⁹ Ivi, p. 902.
- ³⁰ J. Bomhoff, *The Constitution of the Conflict of Law*, in H. Muir Watt, R. Michaels (eds.), *Private International Law as Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 262-276; G. Teubner, *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012; tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.
- ³¹ Ivi, pp. 185 ss.
- ³² W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV., Tübingen, Mohr Siebeck, 1977, pp. 199 ss., 201.
- ³³ La questione è investigata più approfonditamente in G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», n. 63, 2003, pp. 1-28; tr. it. *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 105-138. Per le implicazioni politiche si veda, P. Holmes, *The Politics of Law and the Law of Politics: The Political Paradoxes of Transnational Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 21, 2014, pp. 553-583, 569 ss.
- ³⁴ Una eccellente analisi recente è contenuta in P. Femia, *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, in «Law and Contemporary Problems», n. 76, 2013, pp. 150-168.
- ³⁵ Sul tema si veda G. Teubner, *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine Kritik der théorie ludique du droit*, in M. Lieb, H.P. Westermann, U. Noack (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Köln, Heymann, 1998, pp. 565-588; tr. it. *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, pp. 17-37.
- ³⁶ Sul ricorso del diritto a standards sociali, si veda T. Vesting, *Rechtstheorie: Ein Studienbuch*, München, Beck, 2007, pp. 95 ss.
- ³⁷ Per maggiori dettagli sul tema si veda, Teubner, *Verfassungsfragmente*, cit., pp. 119 ss.
- ³⁸ N. Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, in «Journal of Law and Society», n. 15, 1988, pp. 153-165.
- ³⁹ Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, cit., pp. 493-506; Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, cit., pp. 176-220; Id., *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in «Der Staat», n. 12, 1973, pp. 1-22, 165-182.
- ⁴⁰ D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-22; N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 291-308.
- ⁴¹ N. Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1988; tr. it. *L'economia della società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994.
- ⁴² Ivi, p. 145.
- ⁴³ Più specificamente sul tema, si veda G. Teubner, *Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes*, in K. Günther, S. Kadelbach (Hg.), *Recht ohne Staat: Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt, Campus, 2011, pp. 49-100; tr. it. *Un momento costituzionale? Le logiche del "Toccare il fondo"*, in «Sociologia e politiche sociali», n. 14, 2011, pp. 11-50.
- ⁴⁴ Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, cit., cap. IV.
- ⁴⁵ J. Ziman, *Real Science: What It Is, and What It Means*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- ⁴⁶ Intuizioni epistemologiche discutono della determinazione

- giuridica della libertà scientifica, si veda E. Schmidt-Assmann, *Wissenschaftsrecht im Ordnungsrahmen des öffentlichen Rechts*, in «JuristenZeitung», n. 45, 1989, pp. 205-211, 207.
- ⁴⁷ N. Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 93 ss.
- ⁴⁸ Ivi, pp. 172 ss.
- ⁴⁹ Augsberg, *Wissenschaftsverfassungsrecht*, cit., pp. 217.
- ⁵⁰ I. Augsberg, *Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit*, in F. Voigt (Hg.), *Freiheit der Wissenschaft. Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion*, Berlin, De Gruyter, 2012, pp. 65-89, 82.
- ⁵¹ I. Hensel, *Grundrechtskollisionen in der Stiftungsuniversität: Überwältigte Einheit oder organisierte Vielfalt*, in G.P. Callies et al. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 509-530.
- ⁵² Per la storia, R. Koselleck, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in R. Koselleck (Hg.), *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 365-401; per l'economia, J.M. Buchanan, *Constitutional Economics*, Oxford, Blackwell, 1991; Thornhill, *A Sociology of Constituent Power*, cit.; per le relazioni internazionali, J.P. Trachtman, *The Constitutions of the WTO*, in «European Journal of International Law», n. 17, 2006, pp. 623-646; per le scienze politiche, Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, cit.
- ⁵³ C. Joerges, F. Rödl, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der postnationalen Konstellation*, in G.P. Callies et al. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 765-778.
- ⁵⁴ Neves identifica qui paradossi trasversali, che in se stessi nascono come un risultato della procedura costituzionale e possono essere controllati solo in maniera insufficiente dalle corti costituzionali, M. Neves, *Transconstitutionalism*, London, Hart, 2013, pp. 51 ss.

Per un'analisi della semantica costituzionale. Alcuni argomenti sociologico-giuridici

ALBERTO FEBBRAJO

Premessa

La costituzione, in un ordinamento giuridico moderno, viene generalmente considerata il punto di riferimento normativo capace, meglio di qualunque altro, di assicurare identità e riconoscibilità all'ordinamento. La costituzione assume così la veste di "norma delle norme", di strumento capace di garantire sia la omogeneità dell'ordinamento assorbendo i costanti adattamenti proposti dalla vita del diritto, sia la completezza dell'ordinamento offrendo criteri per risolvere anche i casi non esplicitamente previsti dalla normativa vigente.

Quest'approccio alla costituzione viene tramandato nelle università quale essenziale premessa per garantire la c.d. "certezza del diritto". In esso confluiscono almeno tre concezioni: una concezione *normativistica* del diritto, che considera la costituzione una norma presupposta e non posta per evitare ricorsi ad autorità superiori che di per sé sarebbero reiterabili all'infinito;

una concezione *contrattualistica* della politica, che considera la costituzione l'atto di nascita di una forma di stato basata sulla autolimitazione del potere e sulla tutela della libertà; una concezione *istituzionalistica* della società, che considera la costituzione una sorta di "istituzione delle istituzioni" in grado di armonizzare tutte le altre istituzioni prodotte dal tessuto sociale.

Diverso è l'approccio della sociologia del diritto. Non si tratta qui di *decidere*, o comunque di giustificare e prevedere decisioni giuridiche, quanto di *comprendere* i rapporti che tali decisioni intrattengono con la costituzione e con un ambiente sociale influenzato anche da norme non giuridiche. La rassicurante immagine, fornita dal positivismo giuridico, di una costituzione posta al vertice delle norme del diritto, viene pertanto corretta da una rappresentazione policentrica nella quale fattori sociali di diversa natura giocano un ruolo rilevante accanto ai fattori giuridici, e il diritto viene spiegato mediante la società, non mediante il solo diritto.

Positivismo giuridico e sociologia del diritto manifestano la loro contrapposizione anzitutto sul terreno di un approccio culturale alla costituzione. Essi tendono a privilegiare rispettivamente l'approccio degli addetti ai lavori e quello dei normali cittadini. Di recente, peraltro, la discussione sulla crisi del diritto, che in varie forme ha rappresentato una occasione di critica e di rinnovamento dei modi di intendere il diritto, ha raggiunto una tale ampiezza che, per gli stessi addetti ai lavori, sta diventando sempre più difficile trovare nella costituzione quei motivi di autorità, stabilità e continuità che dovrebbero essere trasferiti all'intero ordinamento giuridico¹.

Il concetto di costituzione ha così cominciato a mostrare una crescente problematicità, e si trova attualmente al centro di un rinnovato interesse da parte di storici e politologi oltre che di sociologi e giuristi. Si avverte che occorre interrogarsi, dai rispettivi punti di vista, sulle ragioni culturali che inducono a reinterpretare il tradizionale ruolo della costituzione nel contesto delle connessioni tra società e stato.

Essendo dotata di un elevato livello di complessità la rappresentazione socio-giuridica prefigura un diritto in grado di adattare il suo *contenuto* alle norme sociali, la sua *struttura* alle altre istituzioni, le sue *funzioni* ai bisogni dei diversi comparti della società. Invero tale articolato ruolo viene concretamente svolto dal diritto solo come *extrema ratio*. Il ricorso alle norme giuridiche è residuale e viene preso in considerazione quando non sia possibile rinvenire soluzioni socialmente accettabili ricorrendo alle diverse norme non giuridiche. Si ha quindi un pluralismo che presenta varie possibilità di intervento, il che non è contraddittorio con la presenza di una costituzione nella

misura in cui consente di risolvere anche questioni giuridicamente rilevanti in modo pacifico e senza ricorrere al diritto². La costituzione si presenta insomma non solo come il principale elemento ordinatore del diritto, ma come un ponte tra mondo delle norme giuridiche e mondo delle norme sociali, come uno *Schaltelement* in grado, ove la situazione lo richieda, di recepire norme sociali da trasformare in norme giuridiche, e di utilizzare norme giuridiche in combinazione con norme sociali.

Nel seguito, muovendo da un approccio che può dirsi in senso ampio *culturale* si cercherà (par. 1) di individuare i principali parametri che contribuiscono a definire un concetto di cultura giuridica capace di considerare non contrapposte ma complementari la cultura giuridica interna, propria dei professionisti del diritto e la cultura giuridica esterna propria dei normali destinatari di norme giuridiche. Su questa base verrà sviluppata in primo luogo una prospettiva *strutturale* che non consideri la costituzione a partire dal vertice dell'ordinamento, né, capovolgendo la prospettiva, a partire dal concetto di popolo inteso come detentore originario del potere sociale, ma in una prospettiva in grado di combinare i due precedenti modelli (par. 2); in secondo luogo si cercherà di sviluppare una prospettiva *funzionale* che veda nella costituzione uno strumento non semplicemente volto ad assicurare la certezza del diritto, obiettivo di per sé sociologicamente irraggiungibile, ma a rendere per quanto possibile sopportabile la inevitabile incertezza del diritto, ricostruendo le connessioni intersistemiche che regolano la sua dinamica interna (par. 3).

Verranno quindi analizzati, assumendo una prospettiva concentrata sulla di-

menzione *spaziale*, recenti sviluppi della rappresentazione sociologica della costituzione che, in una cornice definita spesso come "globale", tende ad aggiungere alla tradizionale connessione con lo stato anche un nuovo pluralismo proiettato in una cornice trans-nazionale e trans-costituzionale (par. 4). Infine, verranno elencati alcuni dei diversi significati della costituzione suggeriti dalle prospettive indicate, sottolineando la loro possibile influenza sulla percezione sociale della costituzione, e quindi la necessità che venga sviluppata una semantica costituzionale in grado di recepire le prospettive che stanno attualmente consolidandosi (par. 5).

1. Una prospettiva culturale. Costituzione come genesi dell'ordinamento

Al fine di delineare concretamente la prospettiva "culturale" della costituzione occorre muovere da una definizione dell'ambiguo concetto di cultura giuridica. Solitamente si distingue tra una cultura giuridica interna, propria degli operatori del diritto, e una cultura giuridica esterna, propria dei normali cittadini portatori di una generica cultura non tanto "del" diritto quanto "intorno" al diritto³. In effetti tale contrapposizione risulta a ben vedere eccessivamente polarizzata in quanto diversi sono gli aspetti nei quali la distinzione esterno/interno può declinarsi.

È possibile che tale contrapposizione riguardi i *soggetti* che in una certa situazione si trovino a dover decidere, ma è anche possibile che riguardi gli *oggetti* di tali decisioni o i *criteri* adottati per decidere. Si avranno in tal modo casi di culture *parzialmente* giu-

ridiche o non giuridiche. Si può ad esempio ipotizzare che un ruolo "interno" all'ordinamento adotti criteri "esterni" all'ordinamento in quanto non ancora discussi dagli addetti ai lavori, ma è anche possibile che un ruolo "esterno" all'ordinamento adotti principi giuridici "interni" in quanto riguardanti oggetti direttamente rilevanti per l'ordinamento stesso. Queste e altre combinazioni non interessano unicamente il piano microsociologico della singola decisione, ma possono interessare anche il piano macro-sociologico delle costituzioni, che appaiono sociologicamente meglio decifrabili se si è in grado di tenere conto anche delle diverse influenze su di esse esercitate da filoni culturali non necessariamente giuridici⁴.

Proprio il fondamentale paradosso secondo il quale la costituzione è causa e conseguenza di se stessa, potendo legittimarsi solo se esiste già legittimamente, mostra la inevitabile ambiguità della coppia interno/esterno. Le influenze culturali che producono un certo ordinamento vanno costantemente riviste sulla base di combinazioni delle diverse interpretazioni dei bisogni sociali operate sia dai semplici cittadini sia dagli operatori del diritto. La coppia interno/esterno non va quindi intesa come una contrapposizione, ma come un modo per delimitare un *continuum* nell'alveo di un processo nel quale si intrecciano combinazioni culturali eterogenee⁵.

Nella esperienza storica la costituzione può essere il risultato di lotte ispirate da movimenti culturali di natura ideologico-politica, di più o meno spontanee concessioni autolimitanti prodotte dal potere politico, di repentine esigenze di rinnovamento sociale segnalate da orientamenti culturali diffusi e da avvenimenti traumati-

ci come una guerra perduta, che provocano il bisogno di ricominciare *ex novo* un cammino sulla scena internazionale. In tutti questi casi la costituzione non è un atto originario, ma conclude un complesso processo di sintesi di culture diverse, che vengono gradualmente selezionate per costituire la base di un ordinamento giuridico coerente.

Un esempio in tal senso è rappresentato dalla attuale costituzione italiana, che risulta basata sulla apertura a tutte le principali ideologie alternative allora presenti nella società (quella liberale, quella cattolica e quella socialista). Tali ideologie, pur profondamente differenti tra loro, hanno successivamente trovato una formale coabitazione nella costituzione mediante "compromessi politici" prima che attraverso convergenze culturali⁶. Se inizialmente più visibile e formalmente decisivo è stato il ruolo svolto da una cultura interna di livello elevato come quella dei principali padri costituenti, è appena il caso di rilevare che l'apertura alle culture giuridiche esterne più diffuse è stata indispensabile per ottenere quella legittimazione *ex post*, talora affidata a un referendum, che in quanto tale non può estendersi a tutti i temi trattati, e a maggior ragione a quei dettagli tecnici che sono spesso destinati a rivelarsi decisivi⁷.

Queste sommarie considerazioni relative al concetto di cultura giuridica consentono di affermare che nella realtà sociale non è dato riconoscere una radicale contrapposizione interno/esterno, e che nelle singole situazioni si può parlare di una cultura giuridica più o meno interna, più o meno diffusa, più o meno modificabile nel corso del tempo. Questo fa sì che i rapporti tra i singoli fattori culturali possano essere ricostruiti, non già nei termini lineari di una relazione causa/effetto, ma in modo cir-

colare⁸, attraverso una serie di interazioni che, procedendo per tentativi e correzioni verso un loro reciproco avvicinamento, si autoriproducono e garantiscono su base selettiva la coerenza dell'ordinamento. In definitiva, questa circolarità rivela la natura, normativa e cognitiva ad un tempo, della costituzione che, quale "interazione di interazioni", è portata a recepire non solo norme giuridiche, ma anche norme sociali, e talora a trasformare queste ultime in giuridiche⁹.

Ciò a ben vedere è stato già da tempo sottolineato dalla distinzione, originariamente elaborata sul terreno del diritto costituzionale, tra una costituzione *formale*, più aderente alla prospettiva tecnico-interpretativa rappresentata dai giuristi dogmatici, e una costituzione *materiale*, che raccoglie non solo normativamente ma anche cognitivamente le loro necessità di adattamento¹⁰. La costituzione materiale risulta in quanto tale la ineliminabile ombra sociale della costituzione formale, mentre la costituzione formale risulta essere il presupposto necessario della costituzione materiale. Nessuno dei due termini può fare a meno dell'altro in quanto non esiste una normazione chiusa da opporre a una cognitività aperta, ma ogni normazione deve essere accompagnata da adeguate capacità di apprendimento. La loro interazione assicura la combinazione di normatività e cognitività, in particolare di una normatività affidata soprattutto alla cultura giuridica interna e di una cognitività affidata soprattutto alla cultura giuridica esterna.

Tali distinzioni e i loro condizionamenti reciproci rappresentano altrettanti momenti del rapporto tra la costituzione e le varie culture presenti nella società. Esse delimitano un intreccio culturale che

non risulta né di pura e semplice corrispondenza né di totale imposizione, ma, tendenzialmente, di crescita comune e di co-evoluzione dei diversi comparti normativi di una società. Ovviamente le diverse interazioni culturali non riguardano solo la costituzione, ma interessano tutti gli ambiti dell'ordinamento giuridico che, solo se combinano tra loro regole sociali e giuridiche diventando normativamente cognitivi e/o cognitivamente normativi, riescono a modificare volta a volta i margini di tolleranza della interpretazione delle norme e della regolazione dei fatti e a sopravvivere nel corso del tempo nella società.

In quest'ottica essenzialmente culturale si muove il fondatore della sociologia del diritto Eugen Ehrlich¹¹. Muovendo da una prospettiva storica e in particolare da una profonda conoscenza dello sviluppo del diritto romano, oltre che dalle esperienze da lui direttamente raccolte alla periferia dell'Impero austro-ungarico, nella cittadina di Czernowitch, sua città natale, Ehrlich contrappone a un diritto statuale, ispirato dalla cultura giuridica interna degli apparati giuridici e amministrativi centrali, un "diritto vivente", nato spontaneamente all'interno delle varie comunità etno-culturali da cui era allora formato il variegato tessuto sociale dell'Impero¹².

Tale contrapposizione viene sviluppata da Ehrlich in modo asimmetrico, vale a dire a tutto favore del diritto vivente. Egli non poteva ignorare che i costumi locali prevalevano normalmente sulle leggi dello stato prodotte nella capitale, e che in certi settori dell'ordinamento, come ad esempio il diritto di famiglia, era il diritto vivente che deteneva il monopolio della regolamentazione effettiva. Questo orientamento verso il passato, consolidato dai costumi locali,

non escludeva peraltro una loro lenta variazione imposta o da decisioni di organi dello stato, in particolare da giudici in grado di mediare tra il diritto statuale e quello vivente, o da un autonomo processo, cognitivo e normativo ad un tempo, di affinamento e di adattamento a nuove situazioni delle stesse norme del diritto vivente.

Con una sensibilità storica e normativa troppo spesso non raccolta dagli interpreti Ehrlich presentava, infatti, un modello di diritto non statico ma dinamico, basato su trasformazioni impersonali prodotte non tanto dall'autorità di un legislatore quanto dalla esperienza storica di generazioni, e dalla adesione al fondamentale principio, implicitamente normativo, della "efficienza". Adottando una visione evoluzionistica era insomma la società stessa, secondo Ehrlich, a stabilizzare attraverso tradizioni, il proprio diritto e a modificarlo lentamente¹³.

La opposizione al giuspositivismo, proprio allora da Kelsen teorizzato a Vienna, era radicale, ed è proprio da questa diversa visione, pluralistica e socio-centrica invece che stato-centrica, che ha preso la mosse la sociologia del diritto¹⁴. Ma, è lecito chiedersi, come è possibile regolare, in caso di conflitti sociali, il pluralismo dei diversi ordinamenti concorrenti senza ricorrere all'autorità dello stato e ai suoi organi?

2. *La dimensione strutturale. Costituzione come controllore dell'ordinamento*

Anche la "struttura" dell'ordinamento giuridico viene vista dalla sociologia del diritto attraverso una prospettiva pluralistica, cercando di superare, persino su questo terreno apparentemente favorevole all'av-

versario, la prospettiva propria dal positivismo giuridico. La lettura tradizionale della struttura dell'ordinamento, con la sua caratteristica impostazione gerarchica, è invero immediatamente traducibile nella impostazione del giuspositivismo, a gradi e piramidale. Partendo dal vertice dell'ordinamento, vale a dire dalla costituzione, sarebbe infatti possibile determinare volta a volta l'area di validità delle norme subordinate. A questa lettura viene talora contrapposta una impostazione gerarchica che non va dall'alto al basso ma dal basso verso l'alto, ed è interessata soprattutto alla compatibilità della struttura normativa con la sua base sociale. In quest'ultimo caso la parte più importante non è più il vertice costituzionale ma è la volontà del popolo, che si presuppone decisiva per la giustificazione culturale della costituzione. Questo comporta che "dal punto di vista giuridico, il popolo ha una costituzione" ma "dal più ampio punto di vista culturale il popolo è in una costituzione" intendendo con ciò che esso vi è entrato con la sua cultura¹⁵.

Come la ricostruzione che muove dalla costituzione, anche la ricostruzione che muove dal popolo ha tuttavia le sue zone d'ombra. Il popolo, cui esplicitamente si rifà la più vecchia delle costituzioni occidentali, esprime la propria volontà decidendo liberamente a chi deve obbedire. Né è possibile parlare di consenso in una situazione in cui una generalizzata "ignorantia legis" è la ovvia risposta a una diffusa inflazione legislativa. Il popolo deve quindi limitarsi a partecipare a procedimenti elettorali che provocano una mera delegittimazione del dissenso, o come anche si può dire con una doppia negazione cara alla teoria dei sistemi, una "delegittimazione della delegittimazione"¹⁶.

Analogamente a quanto avviene per altre contrapposizioni, le prospettive gerarchiche sono quindi da considerare alla stregua di tipi ideali che non si escludono a vicenda, ma per compensare i rispettivi limiti hanno bisogno l'una dell'altra. Il concetto di popolo, inteso come elemento originario, può esprimere solo una volontà generica o una "acquiescenza" (Vico), mentre la costituzione, intesa come elemento originario, può essere legittimata solo presupponendo se stessa. Risulta così necessaria, ancora una volta, una rappresentazione circolare per garantire alla struttura dell'ordinamento giuridico continuità e capacità di adattamento¹⁷.

Una cultura giuridica che riesca a mediare i rapporti tra norme e fatti sociali deve comunque tenere conto di un'ulteriore distinzione, anch'essa rilevante dal punto di vista strutturale: quella tra norme che riguardano il concreto fare o non fare dei loro destinatari e attribuiscono quindi a certi comportamenti sociali le qualifiche di vietati, permessi o obbligatori (norme regolative), e norme che determinano le regole di un "gioco" artificialmente creato al fine, non già di qualificare comportamenti che sarebbero comunque possibili, ma di creare nuovi comportamenti altrimenti non percepibili né pensabili (regole costitutive)¹⁸.

Dal punto di vista strutturale la differenza fra questi due tipi di norme è rilevante in quanto le violazioni delle prime comporta l'applicazione di sanzioni, mentre la violazione delle seconde comporta la semplice irrilevanza dei comportamenti che, restando al di fuori dei giochi del diritto, non avranno alcun senso giuridico. Essi potranno eventualmente acquisire in modo indiretto senso sociale e/o giuridico

se giungono a perturbare altri giochi sociali e/o giuridici. La costituzione, in quanto "gioco dei giochi" del diritto, si può così presentare come istanza che garantisce una doppia "costitutività", vale a dire la costitutività dei singoli giochi o procedimenti contenuti nel diritto e quella dello stesso ordinamento giuridico in quanto tale¹⁹. In tale contesto la costituzione è capace di delineare un meta-gioco ideale al quale i giochi sociali possono riuscire più o meno ad accostarsi. Essa fornisce direttive generali e criteri di decisione oltre che sulla base di programmi binari di decisione (lecito/illecito), anche sulla base di criteri in grado di attribuire ai giochi del diritto significati culturalmente flessibili e autoregolabili²⁰.

Dal punto di vista strutturale è altresì rilevante che, all'interno dell'ordinamento le norme assumono diverse prospettive temporali. In effetti, nella stessa costituzione sono disseminate, oltre a disposizioni immediatamente applicabili, anche norme "programmatiche", che richiedono un più ampio orizzonte temporale e proprio per questo sono in qualche misura più resistenti al cambiamento, come pure norme che, indicando valori generalmente riconosciuti, possono resistere a lungo senza subire cambiamenti, e sono implicitamente destinate a restare promesse solo in parte traducibili nella realtà.

Questo consente di sottolineare l'inevitabile paradosso di ogni costituzione che, per sua natura, non essendo facilmente modificabile come una qualsiasi legge ordinaria, è di per sé destinata a sopravvivere a lungo nel tempo. Anche se culturalmente legata a una determinata epoca e alla situazione storica che l'ha prodotta, la costituzione è infatti chiamata a regolare la vita sociale, non solo della generazione di coloro

che hanno condiviso il medesimo momento storico dei padri costituenti, e potrebbero quindi sentirsi culturalmente vincolati da un atto normativo che hanno, per così dire, visto nascere, ma anche delle generazioni successive, che si dovranno inchinare alla volontà di generazioni passate, dalle quali saranno verosimilmente separate da un rilevante divario culturale²¹.

Tale paradosso, che potrebbe far concludere che la costituzione è inevitabilmente destinata a diventare, non già la più culturalmente radicata, ma la meno culturalmente radicata delle leggi, si può sciogliere osservando che proprio i variegati nessi culturali della costituzione, almeno in parte interni ed esterni all'ordinamento, la mettono in condizione di sopravvivere mantenendo quella singolare commistione di rigidità e flessibilità, di normatività e di cognitività, che le consente di modificare gradualmente il proprio senso²².

Per assicurare un'accettabile congruità dell'ordinamento nei confronti dei testi costituzionali, e per evitare strappi costituzionali culturalmente non giustificabili, le costituzioni moderne prevedono peraltro istanze di controllo nei confronti di coloro che a livello giurisprudenziale e legislativo possono oltrepassare quei confini di senso della costituzione, che vengono volta a volta definiti dalla loro capacità di espansione semantica. La stessa costituzione italiana, il cui processo applicativo è stato particolarmente lento, ha posto la istituzione di una Corte costituzionale tra le prime tappe della propria graduale realizzazione. La ormai lunga esperienza dell'organo ha mostrato che fattori diversi come la struttura della Corte, nella quale componenti provenienti dalla magistratura operano accanto a componenti di formazione sia scientifica sia

più marcatamente politica, la lunghezza del mandato dei giudici, la assenza, originariamente assai discussa, di una formalizzazione delle opinioni dissenzienti, hanno complessivamente facilitato lo svolgimento dei delicati compiti attribuiti alla Corte riuscendo a non provocare gravi opposizioni o tensioni sociali. La Corte ha potuto così rafforzare, senza enfatizzarlo, il suo carattere non unicamente giudiziario ma anche politico producendo una giurisdizione sufficientemente bilanciata tra i valori in gioco, visibilmente sensibile alla opportunità di contemperare i diritti individuali con gli interessi anche di carattere economico dell'intera collettività²³.

In prospettiva strutturale, la costituzione presenta quindi una flessibilità che la può far diventare non tanto la negazione del pluralismo quanto il suo coronamento. Non a caso lo stato costituzionale, nella sua esperienza storica, si è dimostrato "in grado di compiere un difficile atto di equilibrio: essere e diventare sempre di nuovo società aperta e pluralistica e restare fermo nella difesa dei propri valori di base come dignità umana, libertà culturali, democrazia e separazione dei poteri politici e sociali contro la tentazione delle società chiuse e monistiche". L'affermazione secondo la quale l'interprete procederebbe "principalmente" dal testo è pertanto "una finzione irrinunciabile", soprattutto se si tiene conto della continuità metodologica che viene richiesta dai vari livelli dell'interpretazione. In particolare l'interprete della costituzione dovrà nei fatti "riferirsi anche a quelle 'cristallizzazioni culturali' che si sedimentano al di là o al di qua, a monte o a valle, del testo giuridico"²⁴.

La complessità dei rapporti tra quella che si è qui presentata come gerarchia

ascendente che parte dal popolo, e la gerarchia intesa in modo tradizionale vale a dire caratterizzata da un orientamento discendente a partire dalla costituzione, è particolarmente visibile in situazioni, come il recente ingresso di nuovi stati membri nell'Unione Europea, che hanno richiesto processi di redazione costituzionale largamente eterodiretti data la necessità di adeguamento ad una enorme massa di *acquis communautaires*. In tale situazione si è avuto una sorta di "trapianto costituzionale"²⁵ che è stato tecnicamente attuato attraverso la mediazione della cultura giuridica del paese candidato, ma è stato in realtà guidato per conto dell'Unione da una cultura giuridica per lo più ad esso estranea. Il mancato o ridotto coinvolgimento della cultura giuridica dei cittadini direttamente interessati al processo costituzionale ha così assicurato un'adesione rapida ma talora solo formale a testi che in futuro potranno essere interpretati in modi profondamente diversi sotto la spinta di culture giuridiche locali non sufficientemente considerate all'epoca del processo costituente²⁶.

Della necessità di combinare questi diversi fattori "strutturali" in una visione empirica del diritto era consapevole Theodor Geiger. Influenzato profondamente dal realismo giuridico scandinavo egli contrapponeva a un diritto apparente, legato al testo scritto, un diritto reale basato sulla reazione effettiva ai comportamenti devianti. La sanzione diventa quindi per Geiger l'unico segnale sociologicamente rilevante della esistenza reale di una determinata norma giuridica in quanto rivela una tendenziale convergenza della cultura giuridica dei destinatari della norma con quella degli operatori giuridici²⁷.

Ovviamente la preoccupazione di tenere conto, non tanto del testo della norma quanto della reazione effettiva a una sua violazione, riguarda tutte le norme dell'ordinamento e quindi anche la costituzione. Persino una norma costituzionale può infatti risultare inesistente se viene ignorata senza provocare reazioni, o se le norme che la applicano non vengono osservate e la loro inosservanza non risulta in qualche modo perseguita. Anzi proprio le norme costituzionali sono quelle che, per la ampiezza delle loro applicazioni, risultano maggiormente esposte ai rischi di inosservanza, e quindi di inesistenza sociologica nel senso di Geiger.

Per avere una effettiva applicazione delle norme giuridiche, e soprattutto una reazione statisticamente rilevante in caso di inosservanza, è pertanto richiesta una sovrapposizione della reazione sanzionatoria degli apparati e della disapprovazione degli altri consociati, che può essere a sua volta rafforzata dall'intervento degli apparati dello stato. In tal modo si potrebbe consolidare una tendenziale omogeneità interpretativa in quanto il giudice, dovendo decidere se applicare o non applicare una certa sanzione, interpreterà le norme giuridiche, comprese quelle costituzionali, in modo da stabilire, all'interno del margine di "ridondanza" interpretativa che la norma presenta, non solo la probabile reazione sociale ma anche la probabile percezione che di tale reazione sociale hanno gli altri giudici.

L'approccio di Geiger, essendo orientato soprattutto alla presente frequenza statistica delle sanzioni, è portato a trascurare componenti culturali sommerse che possono svolgere un ruolo rilevante per la comprensione dell'effettivo ruolo degli or-

dinamenti e delle loro costituzioni. È vero che dal punto di vista strutturale il diritto posteriore deroga il diritto anteriore, ma ciò non significa che sociologicamente il diritto vivente o il diritto appartenente a fasi storiche apparentemente concluse non possa permanere in modi non immediatamente visibili. Costituzioni anche non scritte risalenti a epoche passate possono infatti convivere con un diritto positivo posteriore restando ancorate a strati profondi della memoria collettiva. Pertanto la reazione dei consociati può verificarsi in casi di violazione di una norma non istituzionalizzata come giuridica, mentre la reazione degli apparati a ciò predisposti dall'ordinamento può non verificarsi nei confronti di norme non più avvertite come vincolanti dall'opinione pubblica ma ancora formalmente valide. È possibile così espandere o restringere i contenuti normativi dell'ordinamento giuridico per comprendere o escludere norme che, indipendentemente dal punto di vista tecnico, vengono volta a volta avvertite come funzionalmente giustificate.

3. *La dimensione funzionale. Costituzione come strumento di stabilizzazione dell'ordinamento*

Il cambiamento di prospettiva imposto dalla critica al giuspositivismo porta necessariamente l'approccio sociologico ad adottare argomentazioni di tipo circolare anche a livello funzionale. La funzione di assicurare la certezza del diritto non può essere svolta in misura soddisfacente impiegando unicamente strategie tecnico-giuridiche, ma richiede un approccio in grado di riconoscere le influenze extra-giuridiche e la

dinamica delle loro interazioni con quelle giuridiche. La eclissi della funzione della certezza del diritto, che è fondamentale in un'ottica giuspositivistica, tende quindi, in un'ottica sociologica, a produrre una incertezza controllata, che va mantenuta entro margini sopportabili mediante il ricorso a interazioni tra fattori endogeni ed esogeni all'ordinamento. Questo slittamento funzionale da una certezza del diritto ad una incertezza tollerabile, sfocia nella funzione, apparentemente più debole ma in realtà assai più complessa, del mantenimento di limitati livelli di disomogeneità nell'ordinamento utilizzando i margini di tolleranza interpretativa che esso ammette²⁸.

In tale contesto, lo stesso problema dell'ordine sociale, che la costituzione, intesa come criterio di riconoscibilità dell'ordinamento, dovrebbe contribuire a risolvere, risulta scomponibile in tre momenti che nel loro insieme garantiscono la necessaria flessibilità a ogni ordinamento, vale a dire la *selezione* delle possibilità interpretative, la *innovazione* del patrimonio normativo reso così disponibile e la *(ri)stabilizzazione* ciclica di tale patrimonio in seguito ad innovazioni. Questo essenziale circuito evolutivo comporta la esclusione o la recezione di quanto risulti giuridicamente e sociologicamente inammissibile o ammissibile, e il temperamento con norme giuridiche o sociali preesistenti di quanto sia stato innovativamente recepito. Le tre prestazioni funzionali si presentano quindi come strumenti per collegare elementi esterni ed interni all'ordinamento e per trasformare le loro combinazioni in meccanismi evolutivi.

Esse coinvolgono, direttamente o indirettamente, importanti questioni giuridiche ma anche politiche e sociali. In

particolare, quanto alla "selezione" c'è da osservare che il concetto di giustizia, collocato ai confini del sistema giuridico, ma profondamente radicato in ogni carta costituzionale, può svolgere la essenziale funzione di assicurare selettivamente un maggiore raccordo tra il diritto e il resto della società escludendo, in quanto ingiuste, soluzioni che siano funzionalmente inadeguate ad altri settori sociali. Per verificare la giustizia o la ingiustizia di una decisione giuridica occorre quindi verificare la sua compatibilità o incompatibilità nei confronti degli altri sistemi coinvolti dalla decisione in questione, muovendo dal presupposto che una soluzione giusta non assolve solo compiti formali (*summum ius, summa iniuria*), ma anche sostanziali di temperamento degli effetti prodotti²⁹.

Quanto alla "stabilizzazione" si può osservare che i diritti fondamentali, che si collocano in una zona di sovrapposizione tra sistema giuridico e sistema politico, possono essere legittimati non solo mediante strategie argomentative orientate al dettato costituzionale o a un diritto naturale politicamente, oltre che giuridicamente sovraordinato, ma anche mediante argomentazioni di tipo sociologico rivolte funzionalmente, non solo ai singoli individui, ma alla società nel suo complesso. In tal modo la contrapposizione tra chi interpreta la libertà come garanzia assoluta della dignità dell'individuo e chi non le riconosce tale compito, può essere superata da interpretazioni della libertà intesa come garanzia limitabile nel nome di ulteriori considerazioni funzionali che tengano conto di diversi ambiti sociali e/o di libertà altrui³⁰.

Quanto infine alla "innovazione" essa spetterebbe, in un regime democratico, alla cultura giuridica e politica dei parti-



"Globalisation Language", Kate Fletcher

ti cui viene costituzionalmente affidata la periodica elaborazione di nuove soluzioni normative per correggere i limiti delle soluzioni precedenti. Negli ultimi tempi, tuttavia, si giunge a mettere in discussione la capacità di tale cultura di mediare il rapporto tra società e politica, sostenendo che i presupposti dello stesso sistema democratico così come vengono costituzionalmente delineati, si giustificano con l'emergere di meno consolidati ma più flessibili movimenti antipolitici di pressione politica³¹.

Tali complementari prestazioni funzionali possono essere assicurate nello stesso ordinamento rispettivamente attraverso le sentenze dei giudici (selezione), le decisioni dei legislatori (variazione) e gli interventi della dogmatica giuridica (stabilizzazione). La costituzione assume, in questo contesto, la funzione di orientare il diritto non al diritto stesso, ma ad una evoluzione sociale percepita attraverso il filtro di fattori culturali interni ed esterni all'ordinamento. È appena il caso di osservare che questa dinamica interna comporta effetti

diversi. Da un lato essa può giungere ad appannare i confini tra sistemi continentali e sistemi di *common law* in quanto, in entrambi, il livello giurisdizionale finisce col rivestire un ruolo essenziale, ma d'altro lato comporta anche funzioni latenti che possono interessare sistemi diversi dal diritto, che riescono così a trovare un raccordo di co-evoluzione col sistema giuridico.

Tutte queste prestazioni funzionali non comportano necessariamente che la costituzione sia scritta. In effetti, quale matrice culturale dell'intero ordinamento la costituzione può risultare semplicemente presupposta senza essere esplicitamente formulate. La costituzione assume così la funzione di orientare il diritto non al diritto stesso, ma ad una evoluzione sociale percepita attraverso il filtro di fattori culturali interni ed esterni all'ordinamento. In tal modo essa può assicurare comunque relativa stabilità e sostanziale omogeneità alle singole norme dell'ordinamento. Per converso, le costituzioni, benché scritte, possono limitarsi a esercitare un ruolo solo simbolico, e quindi non operativo né effi-

cace. Ciò avviene quando ostacoli insormontabili impediscono la loro attuazione, oppure quando gli unici effetti realmente voluti sono quelli, di per sé legittimanti, della proclamazione ufficiale di una costituzione³².

Il processo di legittimazione di una costituzione può essere a sua volta rafforzato dalla costituzione stessa. La costituzione è un prodotto culturale che, per sua natura, deve essere in grado di produrre, sia pure indirettamente, una cultura giuridica con essa compatibile. Per questo appare riduttivo vedere la costituzione come un'istanza solo capace di escludere o di porre limiti, in quanto anche attraverso le rispettive corti costituzionali, o organi equivalenti, essa è in grado di assorbire i risultati di interventi, compiuti in altri settori della società e recepiti a livello legislativo o giurisdizionale, ampliando l'arco delle alternative normative stabilizzabili.

Occorre qui rilevare che la espansione funzionale dei vari ambiti del sociale oltre i loro confini convenzionali, è un motivo ricorrente della analisi sociologica del diritto, e una delle chiavi per spiegare l'ordine sociale e la dinamica di eventuali conflitti. Già Weber utilizzava un approccio attento alle convergenze funzionali del diritto con altri ambiti sociali. Egli riconosceva che il criterio di decisione tipico degli ordinamenti occidentali, il diritto "razionale formale", non solo era capace di essere studiato intersoggettivamente (da qui la sua razionalità), ma era anche aderente agli specifici aspetti tecnici del diritto (da qui la sua formalità)³³. Esso si prestava inoltre a rafforzare orientamenti funzionali prevalenti in altri ambiti sociali. Analoghi criteri di razionalità venivano rinvenuti da Weber nell'ambito della amministrazione

burocratica il cui modello rappresentava un fondamentale supporto al funzionamento del diritto, oppure nell'ambito economico, le cui esigenze di prevedibilità erano funzionalmente complementari alla imparzialità assicurata, almeno apparentemente, dal diritto razionale formale, e alla sua almeno apparente riduzione di rischi futuri³⁴.

Il medesimo motivo della inter-sistematicità viene esplicitamente ripreso da Luhmann che lo inserisce nella cornice della differenziazione funzionale dei sistemi sociali. Riprendendo, a livello teorico, aperture che Weber aveva elaborato sulla base di analisi storico-comparative, Luhmann introduce il concetto di "accoppiamento strutturale" per delineare possibili contatti intersistemici fra sistemi diversi. In tale contesto la costituzione non risulta più appartenere al solo sistema giuridico, ma svolge, all'interno di tale sistema, un ruolo determinante di chiusura, che non esclude la sua stretta connessione funzionale col sistema politico³⁵. La costituzione risulta quindi la parte più giuridica del sistema politico e la parte più politica del sistema giuridico.

Sottolineando gli inevitabili rapporti tra diritto e politica, l'impostazione luhmanniana sembra rivolta a utilizzare una semantica nuova, meglio adatta ad affrontare le criticità di connessioni funzionali intersistemiche. Queste possono infatti essere intese appieno solo se si colgono, oltre ai rapporti tra sistema giuridico e sistema politico, anche i rapporti tra il sistema giuridico e il suo ambiente, nell'ambito del quale si trovano tutti gli altri sistemi sociali.

4. *La trasformazione della dimensione spaziale. Costituzione come strumento di connessione meta-statuale*

Attualmente la tradizionale connessione tra costituzione e stato viene, per molti aspetti, messa in discussione. La costituzione appare ancora il principale punto di intersezione dei processi normativi in atto all'interno dello stato, ma lo stato è spesso costretto a ridimensionare le proprie competenze sotto la spinta di istituzioni emergenti che si presentano come normativamente autonome e dotate di quasi-costituzioni di origine sociale ma giuridicamente rilevanti. Data la pressione esercitata da tali istituzioni, e dagli interessi che esse rappresentano, sul diritto dello stato, diventa sempre più difficile attribuire all'ordinamento quelle caratteristiche di unità e di non contraddittorietà che dovrebbero essere garantite dalla costituzione³⁶.

Accanto al proliferare di istituzioni quasi-statali e meta-statali in uno spazio giuridico indipendente dai confini territoriali dello stato, si assiste alla rivitalizzazione di articolazioni locali preesistenti e di istituzioni formalmente riconosciute dai singoli stati. Soprattutto in settori come la lotta contro il crimine, la regolamentazione dei mercati finanziari, il controllo di masse di migranti, la definizione di misure sanitarie volte a limitare potenziali fonti di contagio, la difesa della sicurezza ambientale, i singoli stati non solo subiscono una riduzione della loro sovranità, ma vedono mettere in discussione anche altri elementi essenziali per il loro modello tradizionale come l'identità del loro *demos* e la delimitazione del loro territorio³⁷.

Si giustifica così la emersione di una sorta di diritto comune basato su nuovi pilastri:

una combinazione di accordi internazionali e consuetudini locali quale la *lex mercatoria*³⁸, un decentrato dialogo internazionale tra giudici, soprattutto tra giudici costituzionali, un graduale allineamento delle soluzioni legislative elaborate dai singoli stati a modelli generalmente adottati da altri paesi. Tutto ciò comporta accelerazioni o rallentamenti non sempre condivisi nella evoluzione delle rispettive culture giuridiche.

Le conseguenze di questi processi per le costituzioni statuali sono quindi ancora confuse, ma è indubbio che la figura della costituzione, se applicata anche a nuove forme di organizzazione non solo giuridico-politiche ed economiche ma anche religiose e scientifiche, assume caratteri per molti versi differenziati, per cui non sembra opportuno descriverle utilizzando una medesima lente e una sorta di pancostituzionalismo che comprenda diverse forme, intrastatali e metastatali, di costituzione. Tutto questo, del resto, accentua la stessa differenziazione fra stati, e rende più complessa la lettura dell'attuale assetto giuridico-politico. All'interno di regioni a geografia variabile, definibili mediante la convergenza di interessi politici ed economici, i singoli stati talora si collegano tra loro dando talora luogo a organizzazioni che di fatto tendono a diventare oligarchiche³⁹.

Occorre peraltro tenere presente che gli strumenti comunicativi, che in una società globale risultano maggiormente articolati rispetto al passato, se da un lato possono favorire una costante sintonizzazione delle varie istanze decisionali (statali e non statuali) coinvolte, d'altro lato possono provocare una vera e propria inflazione di messaggi. Si può quindi parlare di una eclissi dello stato che, oltre a subire una rilevante riduzione della propria sovranità e a vedere offuscati

i propri pilastri tradizionali, appare ormai inserito in un intreccio di reti comunicative transnazionali nelle quali la sua voce è solo una fra le tante e non la più ascoltata.

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. Le ufficiali proclamazioni di auto-limitazione del potere politico, proprie di una recente fase del diritto moderno, vengono così superate fino a giungere a presupporre, almeno implicitamente, una costituzione dietro ogni ordinamento anche non statale. Pertanto, nella attesa, probabilmente vana, di qualcosa che possa essere assimilato ad una costituzione globale, nascono e si stanno affermando rapporti che, a livello interstatale, non sono né gerarchici né univocamente delimitabili, ma appaiono *strutturalmente* privi di un ordine definito e *funzionalmente* aperti a crescenti comunicazioni intersistemiche.

5. Alcune osservazioni conclusive

Dalle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti emergono vari significati possibili del concetto di costituzione. Si è visto che da parte della sociologia del diritto classi-

ca e dalla più recente teoria sistemica sono stati sottolineati aspetti strutturali e funzionali che, talora implicitamente, correggono in punti fondamentali la narrazione giuspositivistica. In particolare gli autori che sono stati menzionati riescono, con difformità terminologiche ma con strategie complementari, a mettere in luce i limiti della costituzione statale in una visione pluralistica. Essi contribuiscono: a sottolineare il ruolo alternativo delle "costituzioni viventi", capaci di regolare le rispettive comunità nel nome della efficienza di norme autonome culturalmente consolidate nel tempo (Ehrlich); a riconoscere le condizioni non solo culturali ma strutturali che influenzano la frequenza statistica delle presenti sanzioni nei confronti dei comportamenti devianti e quindi la effettività degli ordinamenti giuridici e delle loro costituzioni (Geiger); a individuare le convergenze culturali e funzionali che rafforzano la diffusione di determinati tipi di razionalità giuridica, prevalentemente rivolti al controllo del futuro, nelle costituzioni delle società avanzate dell'Occidente (Weber); a delineare un concetto di costituzione esplicitamente intersistemico e in quanto tale in grado di fronteggiare crescenti livelli di complessità sociale (Luhmann).

Tutto questo delinea una costituzione statale che può essere distante dalla realtà nella sua veste formale e dai testi nella sua veste materiale, che, se promette meno, risulta più credibile, che solo se viene surrettiziamente mutata appare adeguata ai propri compiti, che avverte l'importanza del ruolo integrativo di altre istituzioni sociali e l'esigenza di adattarsi ad esse strutturalmente e funzionalmente. In tale quadro la costituzione non corre più il rischio di essere sopravvalutata in quanto risulta evi-

dente che il diritto e la politica sono solo una parte della cabina di comando della moderna società.

La complessità sociale viene ulteriormente accresciuta se si cerca di prendere atto, in una prospettiva spaziale, della trasformazione del concetto di costituzione in conseguenza del suo crescente distacco dallo stato, e della connessa emersione di quasi costituzioni di carattere meta-statuale. Questi diversi modi di intendere la costituzione sono collegati ad un approccio sociologico che, come si è visto, pone il diritto, non al di sopra ma all'interno del tessuto sociale. La critica della positivizzazione del diritto, che la sociologia del diritto classica aveva ampiamente sottolineato, assume così nuove forme di fronte al pluralismo delle costituzioni che si vanno affermando esternamente allo stato.

Ciò comporta, in chiave anti-giuspositivistica, una sorta di laicizzazione del ruolo della costituzione e il riconoscimento della sua frammentazione al di fuori del tradizionale rapporto privilegiato con lo stato⁴⁰. Se dal punto di vista giuridico alla costituzione spetta un ruolo essenziale in quanto senza di essa il diritto si dissolverebbe in una miriade di rivoli normativi riconducibili ad unità solo attraverso una grande sintesi giurisprudenziale transnazionale, dal punto di vista sociologico la costituzione, permanendo la assenza di una consolidata struttura che coordini le varie fonti normative e di una adeguata definizione delle loro relazioni funzionali, rischia di apparire una norma sempre più distante dalla realtà sociale che dovrebbe contribuire a regolare.

La moltiplicazione dei livelli costituzionali indipendentemente dai confini dello stato crea quindi, almeno per il momento, una situazione di disordine normativo. Tale

situazione di disordine sembra comunque essere solo transitoria in quanto è il risultato di una inadeguatezza dei tradizionali concetti stato-centrici che continuano ad essere frequentemente usati nonostante l'emersione di un nuovo pluralismo istituzionale, ed è quindi destinata ad essere superata non appena verrà colmato l'attuale deficit teorico e semantico.

In breve, nonostante i cambiamenti in atto, le costituzioni continuano per lo più a indossare costumi solenni che appaiono ormai fuori moda in quanto per molti versi richiamano quelli, sette-ottocenteschi, della loro gloriosa storia. In tal modo esse suscitano un intreccio di aspettative non più corrispondenti alle esigenze di un accelerato mutamento sociale né adeguate al sempre più evidente oscuramento del loro tradizionale rapporto con lo stato⁴¹. 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 società⁴², 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, scientifico⁴³.

Le distinzioni riportate in precedenza sono un primo passo per delineare un quadro meno ambiguo e più articolato del tradizionale concetto di costituzione. Si è visto infatti che è possibile distinguere tra costituzioni statuali e costituzioni viventi, intendendo queste ultime come costituzioni create spontaneamente nei vari settori della società, tra costituzioni viventi formali, che definiscono astrattamente l'assetto di determinate istituzioni, e costituzioni viventi materiali, che tengono conto degli

adattamenti richiesti dalla necessità di adeguarsi costantemente ai bisogni sociali, tra costituzioni statuali formali e costituzioni statuali materiali, tra costituzioni statuali e costituzioni transnazionali.

La principale sfida che ora sembra attendere la sociologia del diritto consiste nel proseguire la critica del positivismo giuridico sul terreno, non più delimitato dai confini dello stato, di un nuovo trans-costituzionalismo, e passare quindi con

sempre maggiore consapevolezza da un concetto di costituzione visto soprattutto come custode della differenziazione sociale ad un concetto di costituzione visto come regolatore di connessioni sociali intersistemiche⁴⁴.

¹ Particolarmente significativo, tra i recenti lavori critici nei confronti dei dogmi su cui si fonda la concezione giuspositivistica dell'ordinamento, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004. Sul futuro della costituzione in prospettiva critica cfr. G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, 2012.

² A. Febbrajo, *Constitutionalism and Legal Pluralism*, in A. Febbrajo, G. Corsi (eds.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, New York, Ashgate, 2016, pp. 68-96.

³ Tra gli autori che hanno trattato in modo particolarmente chiaro il concetto di cultura giuridica cfr. L.M. Friedman, *Law, Lawyers, and Popular Culture*, in «Yale Law Journal», 98, n. 8, 1989.

⁴ Sulla gradualità della distinzione tra culture giuridiche interne ed esterne cfr. A. Febbrajo, *Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto*, in A. Febbrajo, A. La Spina, M. Raiteri (a cura di), *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁵ A. Febbrajo, G. Corsi, *Introduction*, in Febbrajo, Corsi (eds.), *Sociology of Constitutions*, cit., pp. 1-7.

⁶ Cfr. P. Calamandrei, *Introduzione storica sulla Costituente*, I, CXXVII-CXXVIII.

⁷ A. Febbrajo, *Costituzione e cultura giuridica*, in C. Mongardini (a cura di), *Il senso delle costituzioni*, Roma, Bulzoni, pp. 141-168.

⁸ A. Febbrajo, *From Hierarchical to Circular Models in the Sociology of Law. Some Introductory Remarks*, in «European Yearbook in the Sociology of Law», 1988, pp. 3-21.

⁹ Cfr. A. Febbrajo, *The Failure of Regulatory Institutions*, in P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford, Hart, pp. 269-301.

¹⁰ Cfr. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998.

¹¹ E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

¹² A. Febbrajo, *Presentazione*, in Ivi, pp. V- XLIX.

¹³ A. Febbrajo, *Os Fundamentos Históricos da Sociologia do Direito: Eugen Ehrlich*, in A. Febbrajo, F. Rister de Sousa Lima, M. Pugliese (eds.), *Sociologia do Direito. Teoria e Praxis*, Curitiba, Jurua Editora, 2015, pp. 317-336.

¹⁴ Sul dibattito tra Kelsen ed Ehrlich, originato da una critica

di Kelsen all'opera di Ehrlich e proseguito con una risposta di Ehrlich in chiave dichiaratamente antigiuspositivistica cfr. E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-85.

¹⁵ Cfr. P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, p. 33.

¹⁶ N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995.

¹⁷ Cfr. da ultimo A. Badiou, J. Rancière et al., *Che cos'è un popolo*, Roma, DeriveApprodi, 2014. Cfr. anche P. Costa, *Civitas*, Roma-Bari, Laterza, 1999-2002, 4 voll.; P. Rosanvallon, *Il popolo introvabile*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, Il Mulino, 2004; G. Bonaiuti, G. Ruocco, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo*, 3 voll., Roma, Viella, 2011-2014; ; D.J. Galligan (ed.), *Constitutions and the Classics. Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

¹⁸ Sulla distinzione tra norme regolative e norme costitutive, cfr. J. Rawls, *Two Concepts of Rules*, in «The Philosophical Quarterly», n. 64, 1955; J.R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge Uni-

- versity Press, 1969; C. Cherry, *Regulative Rules. Constitutive Rules*, in «The Philosophical Quarterly», n. 23, 1973.
- ¹⁹ A. Febbrajo, *Sociologia del diritto. Concetti e problemi*, Bologna, Il Mulino, 2013².
- ²⁰ Sul tema del diritto come gioco e dei rischi che ciò comporta era intervenuto tra primi M. Weber, *A proposito di "Economia e diritto" di Rudolf Stammler*, in Ehrlich, Kelsen, Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, cit., pp. 89-165. Riassuntivamente sull'importante tema A. Febbrajo, *Come regolare il futuro della società. L'eterna sfida del diritto*, in F. Corbisiero, E. Ruspini (a cura di), *Sociologia del futuro. Studiare la società del ventesimo secolo*, Padova, Wolters Kluwer Cedam, 2016, pp. 103-130.
- ²¹ Cfr. I. Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ²² Questi punti sottolineano un profondo distacco della prevalente concezione europea relativa ad una costituzione limitatamente flessibile, rispetto a quella diffusa in paesi come Brasile e Stati Uniti. Negli Stati Uniti si registra anche nella Corte Suprema una chiara tendenza ad interpretare la volontà dei padri fondatori in modo non flessibile ma fedele nonostante il modificarsi rapido della società; in Brasile si registra un diffuso atteggiamento pragmatico volto a considerare la costituzione poco più di un programma politico, e quindi da cambiare, integrare e correggere ogni volta che intervengano seri difetti attuativi.
- ²³ Cfr. R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del patteggiamento di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, Giappichelli, 2013.
- ²⁴ Häberle, *Per una dottrina della costituzione*, cit., pp. 37 e 46.
- ²⁵ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens-London, University of Georgia Press, 1993².
- ²⁶ Sul ruolo delle tradizioni giuridiche risalenti nei paesi postcomunisti anche dopo l'ingresso nella U.E. e la loro apparente normalizzazione costituzionale cfr. A. Febbrajo, W. Sadurski (eds.), *Central and Eastern Europe after Transition. Towards a New Sociological Semantics*, Farnham, Ashgate, 2010.
- ²⁷ T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, Luchterhand, 1964.
- ²⁸ La perdita di fiducia nella capacità del diritto di risolvere in modo prevedibile i conflitti, nonostante la costituzione è inoltre confermata dalla emergenza di una sempre più diffusa propensione degli utenti per una *informal justice* e dalla evoluzione della immagine degli operatori quale emerge dai numerosi studi sociologici sulle professioni giuridiche. Per una analisi delle deontologie professionali come mini-costituzioni orientate al riconoscimento da parte dello stato cfr. A. Febbrajo, *Struttura e funzioni delle deontologie professionali*, in W. Tussijn (ed.), *Le libere professioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- ²⁹ Cfr. A. Febbrajo, *Per una ridefinizione sistemica del concetto di giustizia*, in A. Rufino, C. Pizzo (a cura di), *Giusto, vero, ragionevole. La percezione della giustizia nell'era globale*, Napoli, ScriptaWeb, pp. 49-68.
- ³⁰ Per una ricostruzione sistemica delle funzioni dei diritti fondamentali cfr. N. Luhmann, *Diritti fondamentali come istituzione*, Roma, Dedalo, 2002.
- ³¹ Da ultimo sul vasto dibattito intorno alla sostenibilità della democrazia cfr. G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- ³² Su questi aspetti della costituzione cfr. M. Neves, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto*, Lecce, Pensa, 2004.
- ³³ M. Weber, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1968, vol. II, pp. 14 ss.
- ³⁴ A. Febbrajo, *Dall'unità alla pluralità del diritto*, in P. Rossi (a cura di), *Ripensare Max Weber. In occasione del centocinquantenario della nascita*, Atti dei convegni Lincei, Roma, Scienze e lettere editore, 2015, pp. 171-192.
- ³⁵ L'autorità mutuata dall'esterno può in taluni casi essere utilizzata dai governi nazionali come un alibi per riuscire ad imporre misure impopolari o altrimenti difficilmente realizzabili (basti pensare ai problemi connessi al controllo del debito pubblico o della sicurezza).
- ³⁶ In Italia è stato largamente studiato un fenomeno analogo che assume una veste sia pubblicistica sia privatistica. Si tratta del variegato insieme delle organizzazioni non lucrative aventi utilità sociale (Onlus), che trovano un loro corrispettivo a livello extra-statale (NGO) essendo spesso in grado di perseguire finalità di sostegno all'azione dello stato e di mantenere un'autonoma funzione di controllo sulle rispettive organizzazioni oltre che una riproduzione delle rispettive identità culturali.
- ³⁷ Va rilevato che l'autorità mutuata dall'esterno può in taluni casi essere utilizzata dai governi nazionali a sovranità limitata come un alibi per riuscire ad imporre misure impopolari o altrimenti difficilmente realizzabili (basti pensare ai problemi connessi alla gestione economico-finanziaria dello stato o della sicurezza).
- ³⁸ Cfr. F. Galgano, *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2001⁴.
- ³⁹ A. Febbrajo, *Europa come "idea" e "progetto" o come "retorica" e "processo"?*, in C. Mongardini (a cura di), *L'Europa come idea e come progetto*, Roma, Bulzoni, 2009, pp. 91-114.
- ⁴⁰ Cfr. A. Febbrajo, F. Gambino, *Il diritto frammentato*, Milano, Giuffrè, 2013.
- ⁴¹ La perdurante attenzione nei confronti del concetto tradizio-

nale di costituzione sembra del resto confermata dal fatto che recentemente, a livello dell'Unione europea, dovendosi risolvere i problemi di organizzazione interna resi necessari da un accelerato allargamento, si sia preferito anzitutto fare ricorso al termine 'costituzione', forse nella convinzione che la menzione di tale atto solenne, solitamente riservato a momenti di valore straordinario ed epocale, sarebbe stata di per sé capace di ridurre pregiudiziali scetticismi, anche se evidente era la sproporzione fra le aspettative così evocate e la effettiva offerta normativa.

⁴² Una radicale critica allo stesso tempo anti-positivistica e anti-statalistica già in B. Leoni, *Freedom and the Law*, Princeton, Van Nostrand, 1961.

⁴³ In tal senso G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.

⁴⁴ Sul possibile sviluppo dell'approccio sistemico verso un crescente riconoscimento della utilità di strumenti concettuali capaci di cogliere limiti e potenzialità delle connessioni intersistemiche cfr. A. Febbrajo, *Introduction*, in A. Febbrajo, G. Harste (eds.), *Law and Intersystemic Communication. Understanding Structural Coupling*, Farnham, Ashgate, 2013.

Dal costituzionalismo sincronico a quello diacronico: la via amministrativa

PIERANGELO SCHIERA

1. Ci può essere costituzionalismo sincronico e costituzionalismo diacronico. Il primo è quello che si è consolidato nel bozzolo della modernità occidentale ed è destinato a declinare con la fine di quest'ultima. 2. La globalizzazione è invece fenomeno nuovo e va dunque considerata nel suo divenire, cioè in modo diacronico. 3. Non sottovalutando la sua origine di parte, ma cercando di coglierne la destinazione planetaria, per costruire una effettiva global polity. 4. Costituzionalismo e globalizzazione s'intrecciano nel nodo centrale del governo, nel quadro di crisi dello Stato tradizionale e della epocale trasformazione dell'idea di spazio e tempo. 5. A ciò va commisurato il governo del futuro globale, dotato di compattezza interna e di responsabilità verso l'esterno, in rapporto al mutevole rapporto fra pubblico e privato e al venir meno del principio di sovranità. 6. Sarà allora possibile un costituzionalismo amministrativo, capace di coniugare globalità con località e di fare di ogni cittadino un ufficiale. 7. In quest'azione il diritto e i giuristi non saranno più esclusivi protagonisti, ma concorreranno, con altre tecniche ed operatori sociali, a sviluppare quel discorso diacronico di costituzionalismo che premierà la plurivalenza di quest'ultimo.

1. Può costituzionalismo convivere con globalizzazione? Questi sono i termini che la questione pone. Cioè la cornice del ragionamento. Ovviamente si tratta prima di tutto di precisare quei termini, almeno tendenzialmente, perché poi, alla fine, se tutto funziona, si scoprirà che si ha a che fare con termini almeno in parte diversi da quelli d'avvio. Terminologia dunque, ma non solo nell'usuale senso lessicale o etimologico bensì anche in quello più lato del contesto storico-culturale o anche storico-costituzionale in cui si sceglie di situare tanto costituzionalismo che globalizzazione, che il loro eventuale rapporto.

Quanto a costituzionalismo, si può innanzi tutto distinguere fra un'accezione strutturalistica (sincronica) e una storicistica (diacronica). La prima lo pone come elemento basilare e imprescindibile di una concezione per così dire "naturale" (sia pure nelle varie coniugazioni: organica, meccanica o sistemica, o tutt'e tre insieme, o altro ancora) della politica, intesa come funzione autoregolativa dell'agire dell'uo-

mo in società (cioè del movimento dell'uomo rispetto e insieme ad altri uomini); a sua volta quest'ultima funzione intesa come sbocco inevitabile dell'animalità (psicofisica) umana. Facendo ricorso all'antica metafora dell'orologio (meccanico), costituzionalismo funge quasi da bilanciare (*Un-ruhe* in tedesco: assenza di quiete) del movimento in politica, ma analoghe metafore si possono facilmente trovare anche per la prospettiva organica o quella sistemica.

Si tratta di una visione perfettamente plausibile del politico, che consente di attribuirgli percorsi molto lunghi, anzi eterni, una volta accolta la "idea di uomo" intorno alla quale si è plasmata la nostra cultura, non solo politica, occidentale (quell'uomo, dice il mio amico Gigi, che i greci definirono in qualche statua o tempio o in qualche tragedia). È una visione che consente di regolare virtuosamente il giro delle forme di governo, moderandone l'alternanza, riguardo soprattutto alle sempre incombenti degenerazioni. Sotto questo profilo, il costituzionalismo, "antico e moderno", attiene specialmente al governo dell'umana società, nella duplice configurazione (anch'essa a suo modo ricorrente) di *iurisdictio* e di *gubernaculum*.

In questa visione strutturale, la costituzione designa un modo d'essere dell'organizzazione politica che si qualifica non solo per il suo "esserci", ma anche per "essere in quel modo lì": che è il modo giusto, adeguato, adatto ai migliori valori disponibili sul mercato. Poiché, come abbiamo visto, il riferimento inderogabile della costituzione-struttura è l'uomo-struttura, è a quest'ultimo che bisogna guardare per tener d'occhio anche la costituzione, in un miscuglio di classicità fede e ragione che ne costituisce

la linea portante. Questa linea è prodotto dell'Occidente; l'uomo costituzionale e la costituzione umana sono prodotti dell'Occidente, dove hanno realizzato entrambi grandi imprese, raggiunto molti risultati. La sintesi più alta e per ora forse insuperata è quello della *fusion* illuminismo-rivoluzione. Non c'è bisogno di spiegare che il costituzionalismo moderno è fortemente radicato in essa. Credo sia questo il costituzionalismo sulle cui possibilità di sopravvivenza nell'incipiente era globale siamo chiamati qui a discutere. Ma, come spero di mostrare, ce ne può essere anche un altro di costituzionalismo, non sincronico bensì diacronico, tutto, ovviamente, da costruire.

2. Anche globalizzazione è un termine che ha bisogno di definizione. Esso ha però uno spessore storico molto minore di costituzionalismo, tanto da renderne difficile una definizione in termini sincronici. Trattandosi di un fenomeno in gestazione, il suo impiego va probabilmente calibrato in termini diacronici. Lo suggerisce il confronto con l'idea che più gli si avvicina, che è quella di impero.

Al di là delle definizioni che si possono dare e sono state date di quest'ultimo – di tipo politico, geo-politico, storico-culturale, etnico o multi-etnico e via dicendo – emerge il dato che l'impero presuppone o implica una forma istituzionale di organizzazione di una pluralità di elementi eterogenei. Come pure sembra chiaro che tale organizzazione debba saper dare luogo ad una forma articolata ma equilibrata di coesistenza dei diversi fattori, secondo però un principio di centralità e supremazia di un fattore su tutti gli altri. Il tutto, dunque

in un quadro manifestamente temporale e territoriale, anche se non necessariamente fissato in termini di continuità.

L'impero non può essere né pluralistico né partecipativo ed è necessariamente a termine, essendo vincolato al sistema di centralità che lo regge il quale è, per definizione, storicamente determinato. Ogni definizione d'impero dev'essere dunque di tipo spazio-temporale. Per questi motivi l'impero non è mai globale, perché resta inserito in un quadro di cui sono parte altri mondi politici (ad esempio e principalmente, in età moderna, Stati) con cui l'impero si rapporta in modo più o meno sistematico. L'idea d'impero presenta, nella caratterizzazione che ne ho appena fatto, una struttura di tipo sincronico.

Niente di tutto ciò nella globalizzazione, la quale non presenta alcun profilo istituzionale, né spazio-temporale, ma indica soltanto i caratteri di un mutamento di quadro in corso, proprio relativamente a queste ultime coordinate tradizionali dell'agire politico moderno. Un mutamento tale da aprire le porte a forme di convivenza, quindi di politica, sconosciute, proprio perché sottratte ai criteri tradizionali della visione politico-constituzionale nota (che è più o meno quella contenuta nell'idea-pratica di costituzionalismo sincronico esaminata in apertura).

3. In questi termini ancora approssimativi, l'intreccio di costituzionalismo e modernizzazione presenta difficoltà non facili da superare. La prima e più inquietante riguarda l'impronta occidentale che marca la globalizzazione, a partire dai soggetti che vi hanno a che fare da protagonisti, sia

sul piano concreto (ad opera dei soggetti di produzione e di gestione: le imprese multinazionali e le agenzie socio-economiche in continua evoluzione) che su quello astratto della conoscenza (ad opera degli studiosi che se ne occupano, fortemente dipendenti dall'idea occidentale di scienza e per di più in contatto più o meno stretto che con le grandi agenzie internazionali). Cosicché la globalizzazione può anche venire descritta, ad esempio, come l'effetto di "uniformare le condizioni economiche, gli stili di vita e le visioni ideologiche, in particolare in conformità col modello occidentale metropolitano". Tale sarebbe però una visione già sincronica della globalizzazione, possibilmente coincidente con la visione sincronica di costituzionalismo che abbiamo visto all'inizio. A me pare invece che si debba tentare di vederla come un processo in atto, che certamente prende le mosse da premesse svolte e consolidate in Occidente, ma che trae forza da elementi evolutivi più profondi di quelli direttamente riconducibili alla tradizione materiale e culturale occidentale (a partire, ovviamente, dallo stesso Darwin).

Se la si prende come processo in atto, come mutamento rivolto al futuro, cioè come fenomeno diacronico caratterizzato da aspetti mutazionali del vecchio lungo secolo otto-novecentesco (con i suoi tratti crescenti di finanziarizzazione, dematerializzazione, iper-competizione, delegificazione ecc.), va registrata la nascita e la diffusione di organizzazioni sociali, di spontanea origine privatistica, con diffusione internazionale le quali, anche sfruttando le tecnologie telematiche in continua evoluzione, si propongono di analizzare, controllare, contrastare o regolare i fenomeni legati alla globalizzazione. Mentre

d'altra parte, a contrasto con l'apparente privatizzazione di tutto ciò, si osserva la creazione — pure in questo caso quasi spontanea o obbligata — di agenzie inter-nazionali e soprattutto sovra-nazionali, scaturenti da accordi o trattati fra i persistenti Stati nazionali, che lavorano però in modo fortemente indipendente da questi ultimi e spesso in concomitanza con le suddette organizzazioni sociali private. Tutto questo mondo rappresenta il nuovo livello istituzionale della politica, con caratteri però del tutto devianti dalla "istituzione" classica, che era vincolata allo spazio-territorio, al tempo-durata e alla fondamentale distinzione privato-pubblico.

Al di là delle epocali controversie sulla lunga durata del sistema mondo o sulla profondità del *clash of civilizations* (per non dire della fine della storia), mi sembra indiscutibile che ci troviamo ormai di fronte a una *global policy* a cui non corrisponde ancora una *global-polity*, la quale ultima però evidentemente si trova in fase di costituzione. La domanda a cui dobbiamo rispondere riguarda il ruolo che in tale nuova "costituzione" potrà eventualmente giocare il costituzionalismo.

Le due ragioni fondamentali per cui si ritiene, in generale, positivo l'avvenire della globalizzazione sono da una parte i principi liberistici del libero scambio, vigenti in Occidente e nelle grandi agenzie globali da esso dominate (*World Bank*, *IMF* e *WTO*, per fare solo i soliti nomi): tali valori attrarrebbero le parti del mondo meno favorite perché sembrano accelerare i tempi del loro sviluppo. Dall'altra parte, si reputa che la globalizzazione sia premessa necessaria alla crescita del rispetto per i diritti umani anche nei paesi (a prima vista coincidenti con quelli un tempo definiti sotto-svilup-

pati) in cui essi non sono ancora tutelati e realizzati in maniera soddisfacente. A voler essere molto sintetici, si può arrivare a dire che queste due ragioni sono le stesse del costituzionalismo moderno (nell'accezione sincronica mostrata sopra), il quale è stato certamente espressione dello spirito e della pratica liberal-liberista che ha pervaso l'Occidente negli ultimi secoli. Così la risposta alla domanda posta sarebbe bell'e trovata!

4. Ma non è tutto così semplice. Resta inevaso il problema di fondo di ogni organizzazione politica, che è il governo. Lo stesso McIlwain, a cui va il merito di avere riproposto, nel 1940, all'atto dell'ingresso degli USA nella Seconda guerra mondiale, il tema del costituzionalismo, proprio sotto la pressione dei casi smisurati di totalitarismo di Hitler e Mussolini, non si limita a sottolineare che «The world is trembling in the balance between the orderly procedure of law and the processes of force which seem so much more quick and effective. We must make our choice between these two, and it must be made in the very near future», ma prosegue imponendo al potere costituzionale di essere forte, compatto e responsabile nei confronti della popolazione a cui è diretto.

La situazione di oggi è sicuramente diversa, anche nel senso di una sua maggiore complicazione. Non solo c'è da bilanciare i due motivi della libertà e della forza, ma c'è anche da aggiornare gli strumenti d'intervento rispetto all'evoluzione economico-sociale, da una parte, e a quella tecnologica e comunicativa dall'altra. Se ogni ulteriore *Komplikation* nell'organizzazione della vita

(quella fisica come quella sociale) deve, per recuperare armonia, comportare una *Displikation*, — come sosteneva il cristallografo di Heidelberg Viktor Goldschmidt nel suo libro *Über Harmonie und Komplikation* del 1901 — allora bisogna individuare e favorire quest'ultima, cercando di interpretare la "misura" dell'epoca.

Ciò che altre volte è già stato fatto: quando ad esempio è stata inventata la prima "ragion di Stato", nel corso del XVI secolo, oppure la sua versione più moderna e rivoluzionaria, la "costituzione", nel corso del secolo XVIII. In entrambi i casi si è reimpostato il rapporto forza/diritto — nucleo sostanziale del costituzionalismo moderno — agendo sulla leva della sovranità. Esibendo una sovranità rivolta sia verso l'alto (Papato e Impero) come pure verso il basso (signorie comunali o territoriali), il primo "Stato (moderno)" pretende di essere l'unico emittente di comando legittimo, cioè sanzionabile in quanto percepito come utile (fornito di automatica ubbidienza, secondo Weber). Con lo strumento del *Civil Law*, cioè con l'invenzione del cittadino da parte di Hobbes, si apre poi la via al secolo costituzionale, che troverà per via rivoluzionaria il suo compimento. Da qui il costituzionalismo moderno, radicato nelle diverse varianti ottocentesche di *Rule of Law*, prima di cadere preda della prepotenza totalitaria del secolo successivo. Lo Stato sussiste in quanto istituzione di sé stesso, il che non può che avere fondamento in una finzione giuridica: la scienza del diritto svolgerà fondamentalmente questo ruolo durante tutta la storia "contemporanea", fino ad oggi o appena ieri, transitando impunemente dagli Stati di diritto a quelli totalitari!

Si può allora dire che la storia del costituzionalismo moderno va dalla doppia

esperienza rivoluzionaria inglese secentesca e, in particolare, dall'esito glorioso di quest'ultima nella stessa Inghilterra e poi negli Stati Uniti d'America e in Francia, fino alla pretesa inaudita delle dittature fasciste del secolo scorso di rappresentare la rivoluzione nella costituzione. Carl Schmitt ha potuto affermare, nel fare una sua breve storia dello Stato di diritto, che il compimento di quest'ultimo stava in Adolf Hitler! Dopo ciò, quella storia non può avere proseguimento: semplicemente non si potrà più credere nell'effettività dello Stato costituzionale dopo una così sfrontata equiparazione della forza al diritto.

Occorrerà invece distinguere, complicare il ragionamento per poi proporre altre soluzioni "displacanti". Si potrà, ad esempio, anche ribadire che a finire non è stato il costituzionalismo, bensì lo Stato stesso, con la sua pretesa di monopolio — sia pure per un certo periodo costituzionalmente limitato — della forza/potere. Morto lo Stato — nella sua accezione di "Stato (moderno)" — forse il costituzionalismo potrà continuare ad esistere nella dimensione globale che stiamo evocando, alla ricerca di nuove forme di limitazione non più del monopolistico potere legale dei singoli Stati/nazione, ma dei molteplici poteri globali che si vanno via via specificando e affermando nel mondo, al livello pubblico delle relazioni internazionali, come a quello privatocorporato degli interessi organizzati. Ma le une e gli altri si devono realizzare sul piano istituzionale, finora delimitato dal tempo e dallo spazio, che sono due funzioni che sembrano acquistare, nella globalizzazione, significato diverso da prima.

5. Aiuterà però ricordare che non è certo la prima volta che quelle funzioni mutano significato rispetto all'organizzazione del potere politico. Una vecchia proposta modellistica del grande medievista tedesco Theodor Mayer indicava nel passaggio dal *Personenverbandstaat* al *territorialer Flächenstaat* il salto verso la configurazione dello Stato moderno. Ed è certamente inutile rimandare al Brunner di *Land und Herrschaft*. La cartografia veniva molto stimolata dai piccoli e grandi detentori di poteri, e al centro del territorio, nella piazza della città, ci stava la torre con l'orologio pubblico, elemento di garanzia e di libertà dei cittadini rispetto al tempo. Oggi fa specie confrontare gli orari dei "pubblici uffici" col non-tempo delle borse internazionali e sapere che il futuro sta dalla parte di queste ultime. Voglio dire che le future istituzioni che dovranno regolare la vita degli uomini (anche solo rispetto alle transazioni d'interesse e al rispetto dei diritti dell'uomo) dovranno essere svincolate dallo spazio e dal tempo degli Stati tradizionali. 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.

Questi mi paiono, in effetti, i due connotati principali che un governo globale di tipo costituzionalistico dovrebbe acquisire, mantenere e sviluppare nei confronti dei futuri cittadini del mondo. Perché ciò possa accadere si devono ammettere alcune premesse. La prima è la rivalutazione dell'opera dell'Organizzazione delle Nazioni Unite,

non tanto nella sua funzione di sede politica di denuncia e riparazione di situazioni politiche critiche in giro per il mondo, quanto nel lavoro di raccolta e istruzione dei dati relativi ai grandi mutamenti a cui il mondo intero è sottoposto (dal clima all'urbanizzazione, alle migrazioni e via dicendo). La seconda è la ripresa in termini globali di quello che è stato chiamato lo "Spirito di Philadelphia", mediante anche una riquadratura dei trattati e delle conseguenti strutture organizzative allora sorte per accompagnare lo sviluppo economico dei paesi più poveri. La fine della guerra fredda ha dato spazio alla possibilità di una riconsiderazione di quello spirito, che in più merita oggi di venire adeguato alla misura globale dei fenomeni socio-culturali in corso, anche nel senso di quella "*Soziologische Aufklärung im 21. Jahrhundert*" che è stata preconizzata da Ulrich Beck. Un'altra premessa tocca la necessità di procedere ad una omologazione e sincronizzazione delle agenzie o delle corti di aggiudicazione già operanti in giro per il mondo, puntando in particolare su alcune caratteristiche comuni che esse già hanno ma che potrebbero essere ulteriormente generalizzate, quali quelle di trasparenza, accountability, responsabilità sociale e via dicendo. Un'ultima premessa potrebbe stare nella proposta — presente nell'*United Nations Global Compact* del 2015 — di sottoporre i comportamenti delle *corporations* sovranazionali, in quanto *responsible business*, a regole ineludibili di tipo finanziario o fiscale, impedendo il ricorso a pratiche che, sotto il manto fasullo della libertà dell'azione "privata", non sono altro che espressione di quell'iper-competizione che si è già vista propria dell'attuale fase di globalizzazione.

Col che si arriva però alla premessa decisiva: che è quella del superamento della falsa ideologia del privato/pubblico, intesa a discriminare comportamenti, ma ancor prima soggetti, rispondenti a criteri e valori del tutto superati.

Seguendo questo schema di ragionamento, si capisce facilmente che nella concentrazione di potere sopra richiamata finiranno per prevalere aspetti di tipo "amministrativo", che non risulteranno poi tanto dissimili da quelli che, centinaia di anni fa, hanno dato luogo alla nascita, istituzionalmente solo spazio-temporale, dello Stato moderno. La differenza sta tutta nel venir meno del prestigioso elemento della sovranità. Anche all'interno del sistema internazionale degli Stati la sovranità presentava aspetti contraddittori. In particolare essa non poteva che essere un concetto relazionale, nel senso che riguardava la posizione e l'azione di ogni singolo Stato all'interno pluralistico del "sistema di Stati" ed era quindi sottoposta al *ius gentium*, cioè a norme che comunque ne limitavano la portata.

In letteratura c'è grande incertezza sul punto in cui, dopo la pace di Westfalia e il congresso di Vienna, quel sistema degli Stati si è sciolto; né mette qui conto esibirsi sui temi dello Stato-nazione e del sorgere dei vari nazionalismi e imperialismi. Certo, lo scoppio della prima guerra mondiale parrebbe già appartenere alla fase della globalizzazione, e ancor più gli eventi successivi, fino a tutto il secondo dopoguerra. Da qui la necessità di provvedere all'ordine del mondo secondo criteri ulteriori a quello della sovranità. La guerra fredda è stata un tentativo molto ben riuscito in questa direzione, grazie alle due grandi organizzazioni politico-militari del Trattato Nord-

Atlantico e del Patto di Varsavia; ma con la caduta del muro di Berlino, il problema si è riproposto in maniera più drastica, grazie alla complicazione dovuta alla crescita del "terzo mondo" a "paesi in via di sviluppo" da una parte e all'immenso potenziale cibernetico sviluppatosi dall'altra.

Sovranità ormai non ce n'è più da nessuna parte e a invocarla sono ormai entità che non hanno consistenza territorial-statale, come l'appunto "sedicente" Stato islamico, o che sopravvivono in misero isolamento come la Corea del nord. E Bill Clinton, in una telefonata a Tony Blair recentemente pubblicata, poteva affermare che nel XXI secolo il terrorismo sarebbe stato praticato del tutto al di fuori di entità statali esistenti: ciò che sta accadendo. Non è dunque con una nuova allocazione o distribuzione di sovranità che si può affrontare il problema del governo della globalizzazione. In tal senso il costituzionalismo "sincronico" che ho esaminato all'inizio è strumento spuntato, non più usabile ai nostri scopi.

6. Resta allora la domanda: può esistere costituzionalismo a prescindere da un sistema di sovranità?

La mia risposta è positiva e si muove nella linea della valorizzazione della funzione amministrativa di governo che, dopo aver dato origine agli Stati moderni in epoca assolutistica, ha progressivamente perduto peso a favore di una valenza più direttamente politica della convivenza, in termini di diritti del cittadino e di rappresentanza popolare. Tale percorso ha rappresentato un progresso fondamentale nel lungo viaggio della democrazia in Occidente, in concomitanza con una visione fortemen-

te formalistica del diritto, che ha favorito il transito dallo Stato amministrativo allo Stato costituzionale di diritto, marcandolo però in senso inequivocabilmente borghese. Ma sarà da più di un secolo che il ruolo del diritto e dei giuristi si è gradualmente appannato nella considerazione politica e l'occhio dell'attenzione si è spostato su aspetti e bisogni più differenziati delle varie popolazioni, con il conseguente prevalere di dottrine e modi di pensare di taglio anche economico e sociologico. Il che non significa che non vi sia più bisogno di diritto e di giuristi, ma semplicemente che forse è terminata una lunga fase di loro egemonia in campo politico-sociale.

A livello globale sta operando, nel frattempo, un meccanismo di regolazione dello *ius belli ac pacis* che avrebbe solo bisogno di essere ufficializzato in termini di relazioni internazionali (più che di diritto internazionale) per raggiungere il livello istituzionale che gli competerebbe. Nel mondo parallelo delle relazioni economiche e sociali, è ormai possibile censire e catalogare l'intreccio confuso ma in via omologazione di comitati, corpi, agenzie, corti che, con criteri in via di progressivo avvicinamento, al di là della tradizionale distinzione privato/pubblico, partecipano alla gestione della miriade di rapporti trans-nazionali in corso. Anche qui, dunque, è stato raggiunto un certo qual livello istituzionale che sicuramente aiuta a spostare più in alto il livello di attesa di un sistema integrato di prese di decisione e di applicazioni pratiche globalmente operative. In entrambi i casi, è indubbia la caratteristica amministrativa che il trend descritto sembra avere. Da ciò una probabile sminuizione del diritto da scienza della costituzione a scienza dell'amministrazione.

C'entra in tutto ciò un costituzionalismo futuro? A mio avviso, certamente sì, se saremo capace di strappare le sue sorti dall'idea giuridico-formale di costituzione, come pure dallo stretto quadro storico in cui l'abbiamo una volta per tutte inscritto (rivoluzione francese-restaurazione borghese), per elevarlo a meccanismo ideo-logico di una sistemazione adeguata ai tempi della globalità in cui viviamo. Le due principali domande che vengono poste restano quelle di "Chi governa il mondo" (Sabino Cassese) e "In nome di chi" (Armin von Bogdandy): esse devono mantenersi vive piuttosto che ricevere risposte, perché il "chi" a cui entrambe rimandano è comunque qualcosa di incerto e mutevole, come il mondo della politica e forse anche quello della vita. Esse devono anzi diventare un po' il paradigma di questo costituzionalismo amministrativo che propongo che, nella sua praticabilità, va concepito come qualcosa di evolutivo e sempre in movimento, grazie anche alle tecniche di comunicazione e di raccolta e gestione dati di cui disponiamo. Ma grazie anche a uno sguardo non distopico verso il futuro, in nome di un impegno ben chiaro e non retorico che Antonio Cassese ha incisivamente posto a titolo dell'ultimo libro da lui curato: *"Realizing Utopia"*.

Per realizzare l'utopia, anche in base a tutto quanto ho cercato di argomentare finora, occorre ricordare che il globale non si oppone al locale e neppure lo annienta, semmai lo arricchisce e lo valorizza. Una sistemazione amministrativa del "globale" è infatti solo possibile se anche ai vari e differenziati livelli "locali" si attua un'adeguata capacità di risolvere, prima di tutto amministrativamente, i problemi di rispettiva competenza. Se la migrazione è un problema globale, è però a livello statale che si

apprestano le misure generali di verifica e controllo per farvi fronte, mentre è a livello di comunità locali che si esercita il dovere di accoglienza. L'esempio è fin troppo facile, ma mostra fin da subito che l'esercizio di autonomia locale tende a spostare il discorso dal piano dei diritti dell'uomo a quello dei doveri dei cittadini.

Stranamente, il diritto sembra occuparsi più di diritti che di doveri, anche se una delle strutture di fondo della scienza e della pratica giuridica, non solo in campo privatistico, è da sempre la *obligatio*. Si tratta di considerare, anche in termini di linguaggio politico, che la "obbligazione" può anche non coincidere col rapporto di sudditanza fra autorità e suddito ma consistere invece nel dovere che ciascun cittadino ha di partecipare alla convivenza in modo orizzontale e trasversale con gli altri membri della comunità, in termini di cooperazione e solidarietà. La rotazione dell'asse politico da verticale in orizzontale rappresenterebbe, a mio avviso, una trasformazione radicale dell'agire politico e delle stesse "categorie del politico"; ma è un evento logicamente situabile solo in un mondo che abbia coscienza della propria globalità e insieme della propria località. Si tratterebbe certamente di un mutamento di stile anche culturale, con implicazioni forse anche di tipo etico, relative al precetto dell'amore del prossimo oltre che di sé stessi; basterebbe però cominciare dal dovere (*obligatio*) che si ha verso il prossimo di assicurargli uno spazio di libertà analogo al proprio, per fare qualche passo avanti. Semmai bisognerà accorgersi che è il concetto di prossimo ad essersi ampliato, se è ancora vero il broccardo latino "Lex intendit vicinum vicini facta scire": oggi infatti questo "scire" si è talmente dilatato da impedire ogni dimenticanza delle disgrazie altrui.

Il dovere di partecipazione alle cose locali significherebbe l'assunzione di responsabilità sociale ma anche amministrativa da parte di ogni cittadino. Ciascuno diverrebbe, nei debiti modi, co-amministratore della propria realtà locale, realizzando un grado di democrazia diverso da quella rappresentativa (che per necessità dovrà pure permanere ai livelli più alti di organizzazione della convivenza, ma depurata dalla carica di politicità che oggi tende a corrompere ogni tipo di elezione).

Non sono sicuro di essere riuscito a rappresentare in modo convincente il rapporto che intravedo tra il livello globale e quello locale di costituzionalismo amministrativo, ma sono convinto che, sia pure in un'aura lietamente utopica, il collegamento fra quei due livelli sia l'unica strada per dotare di senso processi che altrimenti, sia al livello globale che a quello locale, non possono che trovare comprensione al livello distopico della negazione di un futuro umano.

7. Il presente contributo è stato da me redatto senza fare ricorso a note bibliografiche. Ciò non solo corrisponde alla semplicità dei concetti espressi, ma anche alla precisa volontà di argomentare in termini discorsivi piuttosto che scientifici. Sono convinto che l'attuale condizione della riflessione politica sia così critica da esigere la riapertura di un discorso politico, accanto e oltre alla fondazione di nuove scuole o filosofie. Sono dell'avviso che i "dottori" abbiano – com'è successo altre volte nella storia – la responsabilità di riprendere in mano concetti elementari dello star insieme della gente e di farli circolare di nuovo, in modo vicino ai sogni/bisogni di oggi e

tra soggetti anche nuovi, che devono essere ri-svegliati al dovere per la politica (un dovere, prima che un diritto; e per la politica, non per l'impolitica).

La riapertura del discorso politico è tanto più necessario a causa del cortocircuito verificatosi ormai da tempo nel sistema di comunicazione, tra una regolazione della politica progressivamente sempre più fossilizzata nella forma giuridica (compreso il costituzionalismo sincronico di cui parlo in questo mio saggio) e l'ampliamento della base di soggetti politici a cui la politica si è venuta riferendo, a causa dei noti processi di massificazione: dapprima, in Occidente, solo a livello sociale, ora, nel mondo, anche in senso geo-politico. Il diritto resta ovviamente uno degli strumenti principali di (auto-)regolazione della convivenza ma deve forse tornare ad occupare un ruolo strumentale, tecnico, neutrale nell'agire comune perdendo la carica di contenuti di parte che, proprio nella fase della sua più alta sublimazione scientifica durante il XIX secolo, ha sempre più introiettato, trasformandosi nella più perfetta delle ideologie, col corredo della più organizzata delle congreghe officianti: i giuristi appunto.

Ribadisco, in conclusione, l'intenzione di attribuire il costituzionalismo al discorso politico, piuttosto che alla teoria o filosofia politica, per metterne in rilievo la spinta ed energia diacronica che esso dovrebbe contenere, per sfuggire all'ossidazione e ossificazione concettuale che inevitabilmente contraddistingue tutto ciò che diviene sincronico. L'idea di discorso politico evoca, ai miei occhi, uno spazio comunicativo elastico fra i due livelli della teoria politica e dell'ideologia, attraverso il ruolo mediatorio della dottrina. Il ricorso al "discorso" dovrebbe sottrarre quest'ultima

al monopolio degli esperti e consentirne una costante verifica sul piano applicativo, o almeno su quello dei reali interessi dei soggetti coinvolti. Tale processo mi sembra aver funzionato, nel breve periodo a egemonia borghese nel corso dell'Ottocento, quando il combinato disposto di carta costituzionale scritta e codice civile ha compiutamente espresso i prevalenti interessi della classe di cittadini di riferimento, non a caso identificata, nello strumento elettorale-parlamentare con i criteri del censo e dell'istruzione. L'ipostatizzazione di tale classe a popolo ha corrisposto all'elevamento del discorso politico a scienza, con preminenza della tecnicità giuridica.

Le nuove prospettive di statistica e sociologia, insieme ovviamente a economia e politica sociale, hanno risposto funzionalmente alle esigenze delle nuove classi di popolazione rese politiche dal processo di massificazione della produzione di merci e cultura, senza però abbattere il ruolo egemone del diritto nella scienza come nell'opinione comune rispetto alle cose della politica. Lo hanno però variamente scalfito, imponendo la creazione di discorsi politici nuovi, che per qualche decennio si sono arrotondati fra loro in un impeto modernistico di creare nuovi orizzonti di massa, degenerando tragicamente anche negli esperimenti totalitari che hanno marcato il secolo XX. Ne è uscito un orizzonte del tutto nuovo, in cui la cifra della globalizzazione è fi da subito apparsa come la stella cometa del futuro svolgersi della politica nel mondo. Ci si chiede qui se i vecchi utensili del diritto, a carattere fortemente statal-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 vec-

chio 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.

È ovvio che il diritto a cui mi sto riferendo è solo quella forma di scienza e pratica giuridica che ha rappresentato il campo su cui si è compiuta la grande trasformazione sociale e politica della rivoluzione borghese, assicurando appunto al nuovo soggetto della borghesia nazionale la necessaria egemonia sull'intera società. Un'egemonia che in realtà, a mio avviso, è stata relativamente breve, prima di "*melt into the air*"; ma il diritto è sicuramente sopravvissuto a quel *blow up*, perdendo dunque gran parte della sua legittimazione e trasformandosi spesso in un cappio burocratico dello sviluppo costituzionale (ha legittimato i vari totalitarismi e, alla fine di questi, ha ritardato coi suoi persistenti richiami alla sovranità nazionale l'ulteriore evoluzione costituzionale in senso globalitario).

Non è in questione il ruolo del diritto come strumento dell'agire sociale e neppure come funzione primaria del politico, nell'accezione che grazie all'Occidente quest'ultimo ha conquistato di autonomia dell'agire umano nelle cose proprie. Così,

è difficile pensare a giustizia ed eguaglianza senza fare ricorso ad argomenti giuridici; allo stesso modo però di come è difficile costringere l'esercizio di quelle due fondamentali virtù civili entro i vincoli inestricabili di una tecnica giuridica fine a sé stessa. C'è un vecchio saggio del 1957 del grande giurista tedesco Franz Wieacker che s'intitola *Gesetz und Richterkunst* e parla di ordinamento giuridico operante al di fuori delle leggi e fundamentalmente garantito dall'arte del giudice, cioè dalla capacità di quest'ultimo di dire diritto in rapporto alle circostanze. Che ciò riapra antiche questioni come quelle di *human rights* o addirittura di diritto naturale non può che essere che positivo, nel perdurante e permanente dilemma di Antigone.

Giustizia e governo sono i contenuti più interni del costituzionalismo: non è poco dire, ma se li si intendono diacronicamente come binari su cui la prospettiva del costituzionalismo scorre, allora se ne può scorgere non solo il significato e l'importanza per il passato della nostra esperienza politica ma anche l'utilità per il futuro di quest'ultima. La quale viene ormai percepita (ad esempio dagli autori del già citato volume collettaneo a cura di Antonio Cassese e *in primis* da Anne Peters) proprio nell'infinità di casi in cui si sta specificando la globalizzazione, nel pubblico, nel sociale, nel corporato. Ciò impone – lo ripeto per l'ultima volta in conclusione – 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.

Costituzionalismo e crisi. Sulle trasformazioni di un paradigma politico dell'ordine

MAURIZIO RICCIARDI

1. *La costellazione costituzionale*

La profonda depressione iniziata nel 2008 e la crisi dell'Unione europea stanno mettendo a dura prova la transizione ordinata e progressiva verso un costituzionalismo globale. Lungi dal rappresentare processi occasionali ed episodici, esse rivelano con l'evidenza di un sintomo il disordine della costellazione concettuale formata da costituzione, costituzionalizzazione e costituzionalismo. Non si tratta solamente della riconosciuta dissolvenza del portato normativo della costituzione statale¹, che non riesce più a garantire il nesso tra diritto e politica², ma della sempre più complicata affermazione di un processo di costituzionalizzazione, ovvero, come vedremo, della possibilità di stabilire una sincronia normativa tra società e Stato. Il costituzionalismo, infine, fatica a produrre l'effetto ideologico³ necessario a garantire l'efficacia complessiva del discorso normativo che pretende di veicolare. Agendo in profondi-

tà sulla costituzione materiale della società-mondo, la crisi economica ne evidenzia la profonda mancanza di omogeneità. Le difficoltà sempre più evidenti del processo di integrazione europea, d'altronde, rivelano le aporie di quella che, in quanto prima costruzione evidentemente post-nazionale, stava funzionando come modello costituzionale che prometteva di poter essere esteso all'intera società-mondo⁴. In quel processo, infatti, la perdita di potere degli Stati nazionali era compensata dalla loro sottomissione e articolazione in un «conglomerato costituzionale» che non aveva bisogno di un vero momento costituente e nemmeno della finzione pratica del popolo⁵. Siamo di fronte a un costituzionalismo senza costituzionalizzazione che stabilisce un polo della riflessione giuridica sull'internazionalizzazione delle norme costituzionali, che dovrebbero essere di per sé sufficienti a stabilire il carattere transnazionale del costituzionalismo.

Secondo Martin Loughlin costituzionalizzazione è il termine più recente del voca-

bolario costituzionale e indica «il tentativo di sottomettere l'esercizio di tutti i tipi di potere pubblico, qualunque sia il loro mezzo di esercizio, alla disciplina di procedure e norme costituzionali»⁶. Questa descrizione rivela la profonda influenza esercitata dalla celebre definizione di costituzione offerta da Albert V. Dicey che include «tutte le regole che direttamente o indirettamente riguardano la distribuzione o l'esercizio del potere sovrano nello Stato»⁷. Costituzionalizzazione è tuttavia il nesso dinamico che collega la costituzione in senso giuridico e il costituzionalismo in quanto dottrina politica che pretende di limitare l'azione dello Stato, con lo scopo di stabilire il piano di convergenza tra i poteri sociali e il potere politico. Inoltre, se dal punto di vista politico, grazie alla sua dinamica, essa è una fonte di legittimazione, allo stesso tempo la costituzionalizzazione «genera una *normativité renforcée* dell'ordine giuridico»⁸. Il problema che si pone al giudizio attuale è dunque comprendere in che modo la costellazione costituzionale reagisce alla globalizzazione del costituzionalismo, tenendo conto che essa deve fare i conti con una proliferazione di poteri e con l'ascesa di quello che altrove ho chiamato lo Stato globale⁹.

Per Loughlin il costituzionalismo ha una doppia faccia. Esso è una «filosofia sociale» che punta a imporre l'immaginario giuridico liberale e un «movimento sociale [...] alleato alle forze ristrutturatrici della "nuova governance" e, come tale, forma un movimento che estende specifici tipi di disciplina per tutta l'ampiezza dell'azione governamentale»¹⁰. Se si coglie il costituzionalismo come movimento sociale, e quindi come discorso politico¹¹, non è possibile interpretarlo come dottrina esclusivamente attenta alla limitazione dei poteri pub-

blici. Esso è una potente strategia difensiva che mira non solo a stabilire un argine ai possibili eccessi del potere statale, ma anche al pericolo di una possibile sollevazione democratica da parte delle masse presenti sulla scena politica.

Come vedremo, la situazione con cui ogni riproposizione del costituzionalismo è costretta a confrontarsi non è caratterizzata semplicemente dalla decadenza della specifica costituzione dei poteri storicamente collocata all'interno dello Stato-nazione. Il costituzionalismo deve confrontarsi con un movimento espansivo che ha ampliato decisamente lo spazio d'azione dello Stato, nonostante la presenza di altri poteri e la modificazione stessa della configurazione del potere, all'interno della quale si presentano rigenerate forme di dominio. Costituzionalizzazione è quindi il nome più appropriato per una dinamica nella quale è sempre presente un doppio rimando che, mentre indica il rapporto di ogni Stato con la sua società, prescrive anche quale forma deve assumere lo Stato per avere il titolo di costituzionale. La costituzionalizzazione rivela quindi una dimensione societaria che non si esaurisce in quella meramente giuridica. Questa dimensione è ancora più rilevante oggi nel passaggio dalla società internazionale alla società-mondo. Mentre la prima infatti si fonda sul presupposto di un ordine fondato sulla presenza sovrana di una pluralità di Stati, la seconda prevede la presenza di soggetti normativi – statali e non – che non costituiscono immediatamente un ordine. Dal punto di vista normativo la società internazionale era una sorta di replica di quella statale. Se le forme dell'azione di queste società erano necessariamente diverse, le motivazioni e quindi la legittimità stessa dell'agire erano formal-

mente uguali. Gli Stati erano individui che per limitare la distruttività delle loro azioni accettavano delle restrizioni nella forma di norme condivise. Questa omologia di fondo tra nazionale e internazionale consentiva di immaginare una società degli Stati, che è stata messa in crisi da una società che si muove lungo coordinate completamente differenti da quella degli individui¹². Una società, come scrive Niklas Luhmann, che non ha né apice e né centro ed evolve senza possedere al suo interno i meccanismi di controllo della sua evoluzione. «Questa società fa distinzioni molto specifiche nei confronti del suo ambiente, per esempio risorse utilizzabili o non utilizzabili nelle questioni ecologiche, o corpi (esclusi) e persone (incluse) in relazione agli individui umani»¹³. Per quanto, secondo Luhmann, in questa società il problema non siano più lo sfruttamento e l'oppressione, ma il fatto di essere ignorati, nella società-mondo si ripresenta, come vedremo, il problema di un potere sugli individui che assume la dimensione specifica del dominio. Proprio la ricomparsa della possibilità di una sotto-missione che non deriva dal potere politico e non viene limitata o evitata dai diritti che esso tutela mette in discussione l'idea stessa di costituzionalismo come normazione dei limiti del potere tanto pubblico quanto privato. Non è probabilmente più possibile abbracciarlo, sapendo di

pagare il prezzo di risposte pubbliche subottimali al cambiamento ritenendolo accettabile per la sicurezza ottenuta. Il costituzionalismo è avverso al rischio nel senso che preferisce vincolare rigidamente in modo contorto l'azione dello Stato alla possibilità che il governo possa oltrepassare il segno avendo a che fare con nuove circostanze, restringendo di conseguenza l'azione privata¹⁴.

D'altra parte la nascita della società differenziata funzionalmente avviene per Luhmann proprio in coincidenza con l'epoca delle costituzioni e delle rivoluzioni¹⁵. Vale la pena quindi di ripartire da qui per vedere come si struttura il rapporto tra società, Stato e costituzione.

2. Società e costituzione

La costituzione è l'esito del confronto e del compromesso tra i poteri societari e il potere politico che, lungi dall'essere contrapposti, stabiliscono le condizioni di possibilità del governo della società. Muovendo dall'acquisita e piena legittimità morale della società, Thomas Paine fa del governo un suo prodotto e della costituzione una sua scelta:

Un governo nostro è un nostro diritto naturale e quando un uomo riflette seriamente sulla precarietà delle cose umane, si convincerà che è infinitamente più saggio e più sicuro, formare una nostra Costituzione in modo deliberato e calmo, mentre è in nostro potere, piuttosto che affidare un evento così interessante al tempo e al caso¹⁶.

La costituzione è dunque l'espressione del potere della società e serve a eliminare la contingenza che potrebbe rappresentare il governo rispetto ai suoi movimenti. Paine individua così un assetto nel quale la costituzione funge da volano tra movimenti diversi e potenzialmente asincroni. Nonostante «la società compia da sé quasi ogni cosa che viene ascritta al governo»¹⁷, la formazione di quest'ultimo non è una questione meramente tecnica, che trova la sua ragione nella quantità di problemi che la società deve affrontare. Il compito del governo non è

semplicemente amministrativo, se non nel senso che la funzione amministrativa è costitutiva della stessa possibilità di agire della società. Esso invece risolve il problema altrimenti costantemente sospeso o rinviato dell'azione congiunta nel tempo delle forze societarie. Ciò è possibile per Paine perché la rivoluzione americana ha scoperto i principi di tutti i governi, avendo dimostrato che una rivoluzione coinvolge l'intera nazione e non solamente una sua parte come poteva essere la corte dei monarchi. Questo fondamento collettivo, che accoglie la necessità di un soggetto costituente, stabilisce una sorta di incancellabile necessità democratica che a sua volta rende inevitabile la presenza di un governo che è qualcosa di più di una mediazione necessaria, perché, conseguendo dai principi della società, diviene una sua funzione organizzativa. La costituzione, che «non è l'atto di un governo, ma del popolo che costituisce un governo»¹⁸, registra la misura della dipendenza reciproca di governo e società. Nonostante vari la semantica del soggetto collettivo — popolo, società, nazione — esso soltanto è l'autore della costituzione ed è per questo che «le leggi emanate dal governo controllano gli uomini solo come individui, ma la nazione attraverso la costituzione controlla il governo»¹⁹. Siamo così di fronte a un costituzionalismo che fa del proprio inesauribile impulso democratico la ragione della propria esistenza e su di esso stabilisce la necessità di governo degli individui. La costituzionalizzazione è l'opera di costante adeguamento del governo al movimento societario, un'opera che non è solo una limitazione delle sue possibilità di azione, bensì la costituzione di un potere sociale e politico.

Dall'epoca delle rivoluzioni atlantiche la continuità tra soggetto collettivo e governo

diviene il segno dell'azione statale, perché il primo esibisce in continuazione l'evidenza delle sue divisioni interne, obbligando il governo a un'azione autonoma rispetto alle singole fazioni societarie. Il governo finisce così per essere rappresentativo proprio perché rappresenta la società come complesso. Nella seconda metà dell'Ottocento questo processo accumuna Europa e Stati uniti, nei quali il passaggio dallo Stato come popolo allo Stato come meccanismo corrisponde alla costruzione di una macchina amministrativa centralizzata²⁰.

Anche in Europa la continuità tra società e governo è mediata dalla costituzione al punto che Lorenz von Stein può definirla come «l'organismo statale vitale della società». Dopo la rivoluzione francese il nesso tra società e costituzione gli appare ormai decisivo perché la seconda «in quanto ordine della società, è l'esistenza stessa della società dei cittadini dello Stato [*staatsbürgerliche Gesellschaft*]. Così se essa viene attaccata, la lotta deve essere decisa al di fuori della costituzione e del diritto, dunque con il potere [*Gewalt*] delle armi»²¹. Stabilendo i limiti della politica statale della cittadinanza, la costituzione non circoscrive solo uno spazio pacificato nel quale il cittadino dello Stato coincide perfettamente con il membro della società, ma ne organizza anche le dinamiche interne. Essa è lo spazio in cui il movimento sociale [*soziale Bewegung*] diviene parte dell'ordine societario: colmare lo scarto che emerge semanticamente nella differenza tra *sozial* e *gesellschaftlich* è una parte essenziale del lavoro della costituzione. La cittadinanza statale che esso produce stabilisce un orizzonte di uguaglianza che dovrebbe essere in grado di mediare in continuazione le differenze e le distanze che emergono dalla società. Nel-

la sociologia costituzionale di Lorenz von Stein, ma ciò può valere come sua precisa prognosi storica confermata dai decenni successivi non solo in Germania, la costituzione stabilisce lo spazio interno di un conflitto che non è distruttivo, perché trova predeterminati i processi della sua legittima espressione. Proprio per questo gli elementi che caratterizzano costituzione e società esibiscono un preciso grado di biunivocità. Non sono semplicemente le norme giuridiche a dare forma alla società, ma sono specifici elementi di quest'ultima che penetrano nella costituzione determinandone il grado di efficacia. Per Stein questa corrispondenza è dimostrata nella maniera più evidente dalla proprietà privata riconosciuta nella *Déclaration* del 1789 che, nonostante sia stata temuta quale possibile prologo a una *St. Barthélemy des propriétés*, deve essere invece considerata come la «prima legge fondamentale della nuova società» perché individua e afferma un «nuovo ordine del possesso»²². Nel suo articolo 16, inoltre, quella stessa *Déclaration* connette l'obbligo di rispettare i diritti individuali con la necessità della divisione dei poteri, stabilendo perciò che «ogni costituzione dello Stato è possibile solo [sulla sua base], e di conseguenza, che essa deve dipendere dall'ordine della società»²³. Il diritto assume così la funzione di mediazione tra la società e il suo Stato. Fatta salva la convinzione che «ciò che cambia e ciò che diviene appartiene alla società e ai suoi elementi»²⁴, una volta maturata la consapevolezza che «abbiamo superato l'epoca della formazione della costituzione e che il baricentro dello sviluppo sta nell'amministrazione»²⁵, lo Stato diviene così realmente costituzionale solo nel momento in cui la sua amministrazione può operare puntualmente per realiz-

zare i contenuti della costituzione che sono allo stesso tempo gli elementi dell'ordine e del movimento della società.

Nonostante per Paine il governo sia il modo di esistenza e di azione della società democratica, mentre per Stein l'amministrazione è ciò che consente alla società di riprodursi nonostante la divisione in classi che la determina, entrambi delineano un processo continuo di costituzionalizzazione che assume lo Stato come complemento necessario della società. La costituzione diviene così l'espressione in divenire del rapporto tra società e Stato. Essa esprime la profonda modificazione a cui è sottoposta l'autorità politica, perché rende evidente l'ipoteca che i poteri sociali sono in grado sempre di esercitare sul potere politico. La stessa affermazione della figura dello Stato moderno esprime questa trasformazione nel modo più preciso. Il concetto di Stato moderno, infatti, non rimanda solamente a una storicità più ampia di quella meramente nazionale, ma si carica di contenuti provenienti da campi disciplinari differenti rispetto al diritto pubblico e costituzionale. Nel concetto di Stato moderno confluiscono:

conoscenze delle scienze sociali che dovrebbero aiutare a comprendere meglio le istituzioni del diritto pubblico. Stato serve come cifra non per il riferimento giuridico del diritto pubblico, bensì per quello alla società nel suo complesso, soprattutto in una prospettiva sociologica e politologica, ma sempre meno come categoria alla quale si può ricorrere immediatamente per risolvere questioni giuridiche²⁶.

Questa affermazione delle scienze sociali contribuisce all'evanescenza dello Stato quale centro di una decisione politica, perché ogni decisione sembra avvenire in funzione delle potenze societarie. Questo "pericolo" è denunciato con particolare urgenza

da Carl Schmitt, il quale conia la categoria di Stato totale per indicare l'ormai avvenuta associazione [*Vergesellschaftung*] dello Stato, in forza della quale esso viene letteralmente decentrato al punto da impedirgli di rappresentare l'unità politica. «La società divenuta Stato è uno Stato dell'economia, della cultura, dell'assistenza, della beneficenza, della previdenza; lo Stato divenuto autorganizzazione della società, quindi da essa non più separabile, abbraccia tutto il societario [*das Gesellschaftliche*], cioè tutto quanto concerne la vita umana»²⁷.

La compenetrazione di Stato e società sarebbe così il compimento dialettico dello Stato moderno, comportando la coincidenza definitiva di politico e statale, nel senso che divenendo politico – cioè potenzialmente polemico – ogni fenomeno societario, rende anche necessario il suo immediato governo statale. L'esecutivo, che nella dottrina steiniana dell'amministrazione incarnava la relativa autonomia dello Stato, viene catturato da questa necessità, perché lo Stato nel suo complesso è obbligato a occuparsi dell'economia, in quanto ambito dal quale ogni contraddizione sembra provenire. Il problema dell'unità politica, cioè della costituzione²⁸, è praticamente irresolubile perché, in quanto autoorganizzazione della società, lo Stato diviene anche il teatro della contrattazione pluralistica di istanze diverse, con la conseguenza che l'amministrazione non è più obbligata allo Stato stesso, ma alle diverse posizioni societarie. La fine della costituzione stabilisce in maniera indiscutibile che «l'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine», e aggiunge Schmitt: «su ciò non è il caso di spendere parole»²⁹. Non a caso, egli trova in Lorenz von Stein la conferma di questo

«litica organizzata», dovuto all'incapacità o impossibilità di tenere a distanza la società³⁰. Carl Schmitt riprende così la costellazione steiniana, indicando però nella decisa supremazia assunta al suo interno dalla società il fallimento dello Stato e la conseguente impossibilità della costituzione.

La diagnosi della dissoluzione dello Stato si basa sulla difficoltà di individuare quali contenuti concreti possano essere considerati essenziali per la sua esistenza. Più che una repentina morte si tratta di un lungo processo che rende sempre più difficile la sua definizione. Il sopravvento della società produce una crescente destatalizzazione [*Entstaatlichung*] imposta dalla complessità della vita sociale e politica³¹. È questa progressione inarrestabile dei rapporti sociali e la modificazione dei rapporti tra gli Stati a rendere evidente che c'è «bisogno di misure che non sono più realizzabili nell'ambito dei singoli Stati o delle singole società industriali»³². A questa sostanziale impotenza dello Stato, che gli impedisce di rappresentare l'unità politica e di produrre misure amministrative adeguate all'evoluzione della società, corrisponde in realtà una moltiplicazione di centri di potere tra i quali rimane anche lo Stato medesimo. Ha quindi luogo una sorta di dissipazione del potere normativo della costituzione, con la conseguenza che «il processo di destatalizzazione non mette in questione le singole costituzioni, ma il costituzionalismo»³³. Alla destatalizzazione corrisponde di conseguenza l'impossibilità di ogni ulteriore costituzionalizzazione, cioè di ogni possibile intensificazione del rapporto tra il singolo Stato e la sua società. Come nota giustamente Grimm, tuttavia, ciò «non deve necessariamente portare alla fine dello Stato. È assolutamente possibile che esso

permanga quale unità fondamentale di un nuovo ordine politico, così come inizialmente esso non è ancora dotato di tutti i diritti sovrani [*Herrschaftsrechte*], nel futuro non possiederà tutti i diritti sovrani»³⁴. La destatalizzazione non è quindi la fine o la dissoluzione dello Stato, ma piuttosto la sua completa ma specifica integrazione all'interno della produzione di potere della società-mondo. Esso si presenta perciò come Stato globale, ovvero non come uno Stato che governa l'intero globo, ma che presenta costantemente caratteri politici e amministrativi comuni nelle diverse parti del pianeta.

Lo Stato globale richiede una moltiplicazione di norme giuridiche destinate tanto a governare il piano locale quanto a collegarsi a quello transnazionale. A questa giuridificazione dei rapporti societari manca il riferimento prioritario alla costituzione quale vertice normativo della produzione giuridica. Vengono così proiettati nella società-mondo sistemi di regole come la *rule of law* che, come nota Petra Dobner, «in quanto tale non è democratica e non lo era all'inizio della sua installazione della società occidentale»³⁵. La giuridificazione della società è un processo profondamente diverso dalla sua costituzionalizzazione. Il caso della *rule of law* mostra come sotto la rubrica neoliberalismo si sia affermato negli ultimi decenni un processo di revisione del costituzionalismo che ha potentemente improntato l'azione degli Stati e dei poteri sociali negli ultimi decenni. Ciò segnala in primo luogo che la definizione del costituzionalismo ha oltrepassato l'ambito del diritto e il linguaggio dei giuristi e che è diventata globale per una spinta materiale e ideologica che prece- de la globalizzazione e che ne ha anzi stabilito i contorni e le possibilità.

3. Ordokonstitutionalismus

Nel 1939, in un testo per molti versi programmatico per quello che lui stesso poi definirà neoliberalismo, Friedrich August von Hayek propone un progetto costituzionale che ha come suo centro l'idea di depotenziare lo Stato sovrano inserendolo all'interno di una struttura federale. Il fondamento costituzionale di questa federazione è il «comune regime economico»³⁶, piuttosto che il vincolo giuridico o l'obbligazione politica. In maniera coerente con quel fondamento si tratta di costruire un sistema nel quale il centro possa interferire nella minore misura possibile con l'attività economica dei singoli. «Ciò significa che la federazione ha il potere negativo di prevenire i singoli Stati dall'interferire con l'attività economica, sebbene non possa avere il potere positivo di agire in loro vece»³⁷. La federazione è quindi un potere sovraordinato esercitato sugli Stati per garantire il loro rispetto della costituzione economica. Siamo dunque di fronte a un'ipotesi federale che non prevede né lo spostamento delle competenze verso il centro, né tanto meno la supplenza di quest'ultimo in materie fondamentali quali quelle previste dalla costituzione economica, che diviene così l'unica davvero rilevante. Si tratta piuttosto di un'istituzionalizzazione negativa del potere politico, che in nessun caso deve stabilire un ordine di priorità differente da quello che si stabilisce costantemente sul mercato. A questa istituzionalizzazione negativa corrisponde una costituzione fiscale che consente agli individui di sottrarsi agli obblighi di uno specifico territorio. Il sistema federale è la garanzia che in nessuna sua parte la costituzione economica possa essere emendata da decisioni

politico-amministrative. Il decentramento delle competenze e dei poteri non risponde a un criterio di efficienza, ma deve invertire la tendenza grazie alla quale molti di essi «oggi sono affidati agli Stati sovrani solamente per rafforzare gli Stati come tali»³⁸. Questa tensione a destrutturare la sovranità statale non comporta la sua eliminazione, perché deve essere comunque mantenuta la competizione dei governi per i capitali. Essa serve a stabilire, come vedremo, il carattere derivato di ogni costituzione politica, sottraendola dalla disponibilità di coloro che in teoria dovrebbero esserne gli autori. Per Hayek non esiste distanza tra un regime politicamente liberale e l'economia di mercato. La loro coincidenza rende piuttosto necessaria «l'abrogazione delle sovranità nazionali e la creazione di un effettivo ordine giuridico internazionale»:

Se, nella sfera internazionale, il governo democratico deve solo provare di essere possibile se i compiti del governo internazionale sono limitati a un programma essenzialmente liberale, esso non dovrebbe far altro che confermare l'esperienza nella sfera nazionale, nella quale sta diventando ogni giorno più ovvio che la democrazia funziona solo se non la sovraccarichiamo e se le maggioranze non abusano del loro potere di interferenza con la libertà individuale³⁹.

Wolfgang Streeck considera questo intervento di Hayek come il «progetto di quella che è l'Unione Europea di oggi»⁴⁰. Si può aggiungere che esso rappresenta il primo momento di un ripensamento complessivo del costituzionalismo. Nei decenni successivi, infatti, Hayek ritorna in continuazione sul rapporto tra costituzione, legge e democrazia, stabilendo intenzionalmente una tradizione costituzionale che comprende Montesquieu e i rivoluzionari americani, ma che ha per lui come riferimento co-

stante e insuperato la costituzione inglese del Settecento. Riattivare questa tradizione ha lo scopo di negare che le costituzioni possano essere fatte seguendo un progetto che si pretende razionale. La costellazione costituzionale dalla quale siamo partiti viene così completamente destrutturata, affermando l'esistenza di un ordine seguendo il quale essa deve in ogni caso disporsi e muoversi. L'ordine è un sistema di limiti, così come la libertà è il principio organizzativo della società. Riprendere l'argomento centrale di ogni costituzionalismo, secondo il quale esso «significa governo limitato»⁴¹, serve a negare che esso possa essere pensato come una *Politikform*, per riprendere la felice formula di Petra Dobner⁴². Al costituzionalismo viene cioè negata la possibilità di stabilire una architettura del mutamento costituzionale. Questa specifica lettura della «dottrina tradizionale del costituzionalismo liberale» serve a Hayek per separare nettamente ordine e organizzazione, ovvero per stabilire un concetto di costituzione applicabile a quella che egli, riprendendo Adam Smith, chiama la *Great Society*, ovvero una società che oltrepassa i confini nazionali e coincide con lo spazio complessivo della società commerciale. Da questo punto di vista il successo pratico del costituzionalismo neoliberale consiste proprio nel fatto che, con grande anticipo rispetto alla globalizzazione, esso ha fornito una teoria economico-giuridica adeguata a un *Comprehensive Order*, un ordine globale che le singole organizzazioni sono obbligate a riconoscere come punto di orientamento delle loro azioni.

Il costituzionalismo neoliberale di Hayek è dunque la prima dottrina costituzionale di una società globale, non solo perché non riconosce limiti nazionali, ma soprat-

tutto perché prevede un ordine legale che investe la società nel suo complesso. Questo ordine fa della tradizione un principio normativo opposto all'idea che le norme giuridiche siano disponibili alla progettazione umana. Costituzione è perciò l'insieme di norme da scoprire e da rispettare che rivela la presenza dell'ordine sociale. Da questo punto di vista la crisi della costituzione giuridico-politica non è tanto dovuta all'esaurimento della sua collocazione nazionale, quanto piuttosto alla presenza di una costituzione economica che ne determina in maniera cogente e puntuale i contenuti. Questo ordine costituzionale entra necessariamente in conflitto con il governo che, specialmente nella sua forma democratica, non tollera restrizioni alla sua azione. Il rapporto paradossale tra costituzionalismo e democrazia è stabilito dalle loro opposte necessità fondamentali: mentre il primo è necessariamente una restrizione, la seconda presuppone un potere tendenzialmente infinito. Ciò comporta una scelta politico-semantica sui contenuti da attribuire al concetto costituzione, perché, nel momento in cui pretendesse di veicolare un progetto e una possibilità illimitata di decisioni, esso apparirebbe come un «detrito obsoleto del passato, che non trova posto nella moderna concezione dell'organizzazione del governo e dello Stato»⁴³. Ciò è anche più interessante perché dimostra che la crisi della costituzione non è dovuta tanto – o quanto meno non solo – alla pressione esterna, cioè alla globalizzazione e alla conseguente denazionalizzazione dello Stato. La crisi della costituzione inizia perché essa è uno strumento di politica democratica che deve essere limitata nelle sue potenzialità. Si tratta dunque di una crisi che nasce dalle tensioni interne dello Stato sociale de-

mocratico. Per dirla nei termini di Hayek, quella che va in crisi è una specifica nozione di costituzione legata alla possibilità di affermare una giustizia sociale. Mentre si collega a un pensiero costituzionale che stabilisce in quanto tradizione normativa, Hayek opera anche una cesura all'interno di quel pensiero. Lo stesso concetto di costituzione deve essere dunque ripensato, vedendo in essa solo una «superstruttura per assicurare il mantenimento *del diritto*, piuttosto che, come avviene di solito, [...] fonte di tutte le altre norme»⁴⁴.

La tradizione costituzionale deve emendare la storia delle costituzioni che assegna loro il ruolo di leggi fondamentali, perché sono state il frutto di conflitti aspri che si concludevano con il riconoscimento di diritti a nuove categorie di soggetti. La distinzione fondamentale tra il diritto – che è sempre esistito, e che «in senso stretto non è mai stato "inventato"» – e le leggi che regolano la condotta umana serve anche a stabilire il limite di ogni costituzione concreta. Essa non ha il potere di statuire un nuovo diritto, ma può solo essere una «superstruttura eretta sopra un sistema preesistente di norme, volta a organizzare la sanzionabilità e l'implementazione di quelle norme medesime»⁴⁵. Nonostante essa possa dunque apparire logicamente anteriore alle altre norme giuridiche, essa non può definire «che cosa sono il diritto e la giustizia». Affinché questo concetto di costituzione possa affermarsi deve essere rovesciato il rapporto tra il diritto pubblico e quello privato, perché solo al secondo deve essere riconosciuta un'inesausta continuità nel tempo, in quanto capace di esprimere i rapporti tra gli individui ancor più che a regolarli. Mentre il diritto pubblico ha per Hayek un carattere struttural-

mente transeunte, il diritto privato esprime il tempo lungo della tradizione giuridica e, proprio per questo, è il vero fondamento di legittimità dei governi.

In questo modo, ancor prima del privilegio giuridico di essere una produzione scritta e intenzionale, alla costituzione viene negato il privilegio epistemologico di poter stabilire un punto di vista unitario sul mondo riferibile alla società che la sancisce. Alla base del concetto classico di costituzione vi è il presupposto che molti uomini riuniti siano in grado di raggiungere una conoscenza altrimenti impossibile. Il soggetto costituente è anche un soggetto epistemologico, così come la costituzione è uno specifico operatore epistemologico che non solo indica lo stato della conoscenza di una società su stessa, ma stabilisce anche programmaticamente in quali direzioni quella conoscenza possa e debba evolversi. Intesa in questo modo essa rappresenta un frutto di quello che Hayek definisce costruttivismo, ovvero l'atteggiamento inaugurato da Cartesio e affermato definitivamente da Thomas Hobbes, che si fonda sul «disprezzo per la tradizione, le regole consuetudinarie, e la storia in genere. La sola ragione dovrebbe rendere l'uomo capace di edificare *ex novo* la società»⁴⁶. L'interdetto di porsi la questione di com'è la società comporta una supremazia del passato sul presente e una peculiare concezione dell'individuo che, contro gran parte dell'individualismo moderno, non è definito dalla sua capacità, ma dai suoi limiti, specificamente da quelli conoscitivi. L'ordine è troppo complesso perché un singolo individuo possa comprenderne tutte le parti e il movimento complessivo, così come, si potrebbe aggiungere, nessuna legge positiva può pretendere di stabilire un

ordine superiore a quello cresciuto spontaneamente nel tempo. Questo ordine fondato sulla competizione non è quindi individualistico nel senso classico, dal momento che nessun individuo è davvero parte della sua costruzione. Il mercato non è l'effetto dell'azione di una molteplicità di individui, ma la struttura che li istituzionalizza all'interno della *Great Society*. Se «la competizione di mercato è una competizione obbligata costituzionalmente»⁴⁷, viene di conseguenza radicalmente rideterminato il rapporto tra Stato e società che era alla base del costituzionalismo classico. Esso mirava infatti a stabilire un vincolo di società, mentre, soprattutto per Hayek, la Grande società è «inconciliabile con la solidarietà intesa come unità nel perseguimento di obiettivi comuni conosciuti»⁴⁸.

Il concetto di ordine finisce dunque per occupare di fatto il posto logico e sistematico di quello di costituzione nella tradizione giuridico-politica Otto e Novecentesca. Essendo costantemente presupposto, esso rende impossibile o addirittura nociva l'idea di una costituzione positiva in grado di competere con le regole stesse di quell'ordine. Ciò che è tuttavia ancora più rilevante è il carattere spontaneo di quell'ordine, perché in questo modo viene data ragione del movimento costante che caratterizza la società. Si tratta di un ordine che non può essere progettato, quindi di un ordine evolutivo che non ha uno scopo preciso e deriva dalla selezione di regole «che conducono gli individui a comportarsi in modo tale da rendere possibile la vita sociale»⁴⁹. In questo che potremmo chiamare un costituzionalismo dell'ordine il riferimento al tempo è fondamentale. Non esiste evidentemente un momento costituente, ma la presenza continuativa di regole che devono la loro

legittimità tanto alla capacità di esprimere una specifica antropologia quanto al fatto di essere espressione di una specifica tradizione occidentale. Il paradosso del costituzionalismo neoliberale è che la destatalizzazione che propone non si risolve in una limitazione assoluta dei poteri dello Stato. Esso non «avanza la rivendicazione del "mercato contro lo Stato" e nemmeno spinge semplicemente per "più mercato, meno Stato", bensì piuttosto esso avanza la rivendicazione di un particolare tipo di Stato»⁵⁰. Da questo punto di vista, nonostante il suo richiamo al limite, il costituzionalismo neoliberale prevede una produzione costante di potere attraverso la competizione, rispetto alla quale lo Stato non è semplicemente un garante degli equilibri esistenti, ma un attore fondamentale la cui legittimazione non dipende dalle leggi costituzionali ma dall'ordine globale che esso contribuisce ad affermare. L'apparente destatalizzazione, annunciata e perseguita nelle scelte terminologiche, proponendo di non «fare riferimento a quel termine carico di metafisica che è "Stato"»⁵¹, si risolve nella presenza di un governo che è limitato solo dalla necessità di rispettare l'ordine che lo legittima, ma che per assolvere il suo compito può contare su «poteri di emergenza», grazie ai quali può arrivare a sospendere il «funzionamento normale della società [...] quando è minacciato il mantenimento sul lungo periodo di quell'ordine»⁵².

4. Oltre il costituzionalismo

Il costituzionalismo neoliberale non è rimasto confinato alla dottrina economica e alla filosofia politica. Esso ha prodotto nel

tempo un mutamento profondo nella semantica costituzionale, nella quale il linguaggio economico si affianca e spesso domina quello giuridico⁵³. Il neoliberalismo ha in altri termini assunto un'importanza centrale all'interno della dottrina costituzionale, in corrispondenza della priorità acquisita dal sottosistema economico che piega la stessa costituzione a scopi in precedenza assolutamente secondari. All'interno di un'accurata analisi della diffusione delle costituzioni e dei loro contenuti si è potuto così realisticamente registrare che:

Le costituzioni non sono solo – e forse nemmeno in primo luogo – dichiarazioni di identità nazionale e di aspirazioni che servono differenziare un paese dall'altro. [...] Non meno di altre forme di legge, la legge costituzionale è uno strumento politico che stabilisce i mezzi da impiegare per raggiungere determinati fini, come competere contro altre nazioni per investimenti capitali e lavoro qualificato nell'economia globale, o per segnalare la conformità alle norme e agli standard della comunità internazionale⁵⁴.

La dimensione globalmente costituzionale dell'economia non si risolve semplicemente nella valorizzazione di uno specifico sottosistema sociale, ma indica il modello generale che la costituzionalizzazione globale sta seguendo ben oltre il linguaggio giuridico che essa costantemente assume. La stessa sostituzione del linguaggio della conformità a quello della legittimità rivela l'affermarsi all'interno del costituzionalismo di quello che Martti Koskeniemi ha chiamato il *managerial mindset*⁵⁵, che sostituisce al formalismo giuridico le regolazioni che avvengono tra diversi attori. Si afferma di conseguenza un linguaggio motivato dalla necessaria conformità ai bisogni sistemici, che non solo rende meno certa la posizione della legalità come fonte della legittimità, ma la riferisce prioritaria-

mente a fonti normative autonome. Il diritto diviene conseguentemente il linguaggio della negoziazione tra i soggetti che hanno il potere di negoziare. Questo uso parziale e quasi privato del diritto dipende dal costituzionalismo neoliberale che abbiamo visto in precedenza, di fronte al quale il costituzionalismo giuridico-politico sembra così incontrare il proprio limite storico. La sociologia giuridica è probabilmente il solo linguaggio disciplinare che, mettendo a tema l'impatto della crisi finanziaria del 2008⁵⁶, ha affrontato il nesso tra crisi e costituzionalismo. Essa ha imposto al costituzionalismo societario di abbandonare la fiduciosa aspettativa in base alla quale la «costituzionalizzazione di regimi autonomi non-statale, non-politica, bensì della società civile» in quanto sistema policentrico avrebbe promosso «una dissipazione del potere e quindi una democratizzazione della società»⁵⁷. L'esperienza della crisi non mette solo in discussione l'unità politica come scopo del costituzionalismo, ma consegna quest'ultimo alle sue infinite costituzionalizzazioni, senza una prospettiva stabile e compiuta che possa essere verificata allo stesso modo in ogni situazione. Muovendo dal presupposto che i diversi sottosistemi sociali siano in grado di stabilire ordinamenti normativi autonomi, il costituzionalismo societario punta decisamente a mostrare che i limiti spesso attribuiti al costituzionalismo globale possono essere superati. La mancanza di un *demos* e di omogeneità culturale, l'assenza di miti fondativi, di una sfera pubblica e di partiti politici non possono stabilire un limite assoluto alla possibilità di pensare un costituzionalismo che vada oltre quello classico, liberale e nazionale.

Se quel costituzionalismo era in definitiva animato da una costante fiducia nel futuro, questo incorpora la crisi all'interno della teoria, tentando di costituzionalizzarla per impedire i suoi effetti più devastanti. Accanto al sistema politico, quale unico titolare di un potere istituzionalizzato che minaccia sempre di debordare negli altri sottosistemi, adesso compare il denaro, che ha dimostrato di poter influenzare in maniera decisiva anche ciò che avviene al di fuori del sottosistema economico. Sotto la duplice pressione di potere e denaro, la costellazione costituzionale perde la sua stabilità, perché la sincronia dei suoi elementi è consegnata definitivamente al passato. Le «asincronie della globalizzazione sono responsabili dell'irruzione del conflitto tra l'*autocostituzionalizzazione* di sistemi sociali globali autonomi e la loro *costituzionalizzazione* giuridico-politica»⁵⁸. Solo lo Stato-nazione poteva pretendere di avere una costituzione in grado di investire tutti gli ambiti. Lo scarto che ora si apre è tra «sistemi parziali societari stabiliti su scala mondiale» e una politica che rimane limitata alle relazioni tra gli Stati. Nella società-mondo che vive nella crisi, non è più possibile l'accoppiamento strutturale tra diritto e politica. «Qui ci si imbatte in uno stupefacente fenomeno di nuovo tipo: l'*auto-costituzionalizzazione di ordini globali senza Stato*»⁵⁹. La destatalizzazione assume le vesti classiche di una limitazione costante del sistema politico, del quale non viene di fatto indicata alcuna funzione propria né di controllo né di coordinamento. I frammenti costituzionali non devono nulla ai processi di potere propri dello Stato-nazione e nemmeno alle ideologie dei partiti che li animano. Essi sono la forma pratica e globale della crisi della politica, perché

spostano il problema della mediazione su di un piano diverso da quello che i partiti orientati alla politica nazionale possono realisticamente gestire. La neutralizzazione dello Stato finisce per ignorare gli elementi propri della statualità moderna che vengono costantemente ripresi per essere replicati all'interno di questi frammenti nominalmente a-statuali. Non a caso la loro configurazione interna con comitati di controllo, responsabili di uffici di vigilanza e funzioni quasi giudiziali rappresenterebbe un guadagno di «*Rechtsstaatlichkeit*». Abbandonato il nazionalismo metodologico sembra così subentrare una sorta di inavvertito statalismo metodologico, che riconosce le istituzioni dello Stato come modelli da riprodurre all'interno dei frammenti costituzionali che, per usare la pregnante espressione di Carl Schmitt, rischiano sempre di generare «atti apocrifi di sovranità»⁶⁰.

Destituire lo Stato dalla sua posizione sovrana significa in primo luogo negare la sua posizione di supposto rappresentante dell'universale. A questo mira la critica del potere costituente, che diviene un «potenziale comunicativo, dunque una specie di energia sociale», che non giunge mai a strutturarsi come unitario potere costituito. Esso ha comunque bisogno del diritto per esprimersi, cioè non esiste prima del diritto che diviene così il vero *imperator* impersonale e politico del sistema sociale, perché è lo strumento grazie al quale il potere dello Stato è «depoliticizzato e messo a disposizione della costituzione propria dell'economia»⁶¹ e degli altri ambiti costituzionali. Non diversamente da quanto succede oggi nella realtà, il potere costituente non fa la costituzione, ma la trova, così come trova già la società nella quale

gli individui sono collocati. Questa concezione del potere costituente è funzionale a liberarsi «della rappresentazione fallace, secondo la quale la costituzionalizzazione significa sempre la trasformazione di un insieme di individui in un collettivo»⁶². La costituzione diviene così la modalità attraverso la quale il diritto, grazie alla mediazione societaria, si presenta costantemente come linguaggio dominante, spazio di produzione tanto dell'ordine quanto del disordine necessari all'evoluzione della società. Il linguaggio di un singolo sottosistema diviene l'unico linguaggio universale in grado di limitare gli altri medium comunicativi, come il denaro, la verità o il potere, e di fatto si presenta come equivalente funzionale della politica. «Costituzione è di conseguenza un processo vivente di autoidentificazione di un sistema sociale che avviene con l'aiuto del diritto»⁶³. Poiché la costituzionalizzazione non è solo affermativa, ma può essere anche distruttiva, la lotta per l'affermazione di questi frammenti costituzionali non richiede ora la presenza «di norme costitutive [bensì] di norme costituzionali limitative»⁶⁴. Siamo così tornati al costituzionalismo come politica del limite, sebbene qui la produzione di quest'ultimo venga fiduciosamente affidata ai singoli frammenti e non allo Stato quale punto di chiusura del sistema costituzionale.

Una volta sottratto alla sua ipoteca collettiva, il momento costituente non viene solo restituito alla sua dimensione classicamente liberale, ma gli viene anche negata la possibilità di indicare una prospettiva futura. Non diversamente da quanto accade agli individui che decidono di abbandonare l'hobbesiano stato di natura, l'«esperienza della quasi-catastrofe» stabilisce il punto in cui cade la decisione per la costituzione,

sebbene essa ora si indirizzi alla limitazione della propria potenza costituzionale. Il motore della costituzionalizzazione senza Stato non è dunque molto diverso da quello che legittima la costituzione dello Stato, solo che qui, secondo una semantica luhmanniana ma anche neoliberale, essa assume il nome di risposta al rischio. Proprio perché diventata un momento della teoria, la crisi diviene un passaggio evolutivo, obbligando alla riflessione e quindi alla auto-limitazione. E questo modello viene proiettato anche nel passato, stabilendo una linea continua tra il 1789 e il 1989, perché in entrambi i momenti la politica avrebbe riconosciuto il carattere distruttivo della sua espansione, accettando costituzioni politiche basate sulla divisione dei poteri e sui diritti fondamentali. Non esprimendo un'apertura verso il futuro, ogni momento costituente è posto sulla soglia della catastrofe e sembra condannato a replicare in continuazione l'origine patologica della società borghese. «Sono in fin dei conti le patologie che producono il momento costituente, il momento nella catastrofe, nel quale cade la decisione tra la totale distruzione dell'energia e la sua autolimitazione»⁶⁵. La crisi, intesa come momento costantemente costituzionale, consente di rifiutare il nesso storicamente così rilevante tra rivoluzione e costituzione⁶⁶.

Il costituzionalismo societario può così presentarsi solo attraverso i suoi frammenti, perché ci sono solo «impulsi costituzionali o irritazioni costituzionali»⁶⁷. La crisi come contingenza globale della costituzione è interiorizzata al punto che essa non può più funzionare come elemento o addirittura schema di prognosi storica, possibilità che era parte essenziale del costituzionalismo classico. Non c'è nessuna

assicurazione della forma che assumerà il processo di costituzionalizzazione e, si deve aggiungere, nemmeno del suo successo. «Nessuno sa in anticipo, come una tale costituzionalizzazione capillare possa concretamente riuscire. Le prognosi ex-ante sono impossibili in linea di principio»⁶⁸. Il destino della costituzionalizzazione è deciso in maniera contingente dalla dialettica tra l'ambito spontaneo e quello organizzato-professionale. Tocca al primo rendere politiche le proprie istanze in modo da influenzare il secondo, che altrimenti applica in maniera pressoché automatica le proprie procedure costituzionali. Della costituzione societaria entra ora a far parte una molteplicità di *Sozialverfassungen* che sono fenomeni paradossali, perché «non sono parti costitutive della costituzione politica della società eppure sono questioni altamente politiche della società»⁶⁹. Questa duplicazione del costituzionalismo in societario e sociale corrisponde a un'ulteriore distinzione analitica tra il politico e la politica. Grazie a essa viene delineato un campo di tensione tra «la politica istituzionalizzata, il sistema politico del mondo degli Stati» e i processi di politicizzazione che hanno luogo nelle costituzioni parziali, che non dipendono più dai principi fondamentali della costituzioni politica. Questa distanza dal politico statale è il vero nucleo di questo costituzionalismo societario e sociale, nel quale politicizzazione significa proliferazione di ambiti politici parziali che premono per essere istituzionalizzati nel politico. In questa dialettica il conflitto, il caso critico, la catastrofe sono sempre orientati alla soluzione istituzionale e la democrazia si risolve in un meccanismo procedurale nel quale attori collettivi danno prova della loro responsabilità sociale. Questo costitu-

zionalismo conflittuale non può prevedere alcuna politicizzazione antagonista, perché ogni sottosistema, compresi quegli individui che Luhmann definiva sottosistemi psichici, entrano in contatto reciproco solo attraverso il sistema sociale.

Ciò risulta particolarmente chiaro nel caso dei diritti fondamentali che sono presi tra la necessità della loro «positivizzazione societaria» e l'esistenza di «fenomeni societari di potere». Essi sono quindi la dimostrazione che nella società-mondo l'esclusione non è dovuta a un rapporto personale, ma ha una matrice anonima. Non è possibile la figura politica del dominio, perché gli individui sono minacciati da «istituzioni, discorsi, sistemi per l'integrità di istituzioni, persone e individui». Ciò significa che non esiste una relazione tra individui in grado di stabilire la specifica subordinazione di alcuni ad altri, ma solo processi determinano posizioni mutevoli e potenzialmente interscambiabili. «In questa ricorsività ha luogo lo "sfruttamento" dell'uomo da parte dei sistemi sociali (non da parte degli uomini!)»⁷⁰. Il problema che si pone è se questa impostazione sia davvero in grado di cogliere la configurazione tra società, potere e dominio all'interno della società-mondo⁷¹.

La dottrina dei frammenti costituzionali di Gunther Teubner porta la costellazione costituzionale al suo punto di massima tensione: essa non prevede alcuna coazione all'unità, ma la spinta alla pattuizione reciproca e all'accordo si fonda in definitiva su un reiterato atto di fiducia, sul fatto che di fronte alla catastrofe le costituzioni parziali accettino di autolimitarsi e si accordino tra di loro. Non diversamente dal costituzionalismo classico, anch'essa è fondata «su un' indefinita fiducia nel futuro»⁷². Dopo

l'irruzione del costituzionalismo neoliberale dell'ordine la prospettiva dominante è però fondata sulla dilazione costante della catastrofe nel tentativo di far ricadere su altri i suoi costi. Gli stessi movimenti sociali non tendono sempre all'istituzionalizzazione, ma possono sviluppare percorsi di soggettivazione che non s'inseriscono nel panorama ordinato di una costituzionalizzazione, per quanto frammentata. Se non limita lo sguardo alla vicenda dello Statonazione, o meglio, se la si considera in tutta la sua articolazione politica e geografica, è facile osservare che la storia del costituzionalismo è da sempre profondamente segnata dal suo carattere frammentario. L'esperienza coloniale⁷³ e post-coloniale⁷⁴ dimostra che questi frammenti costituiscono però un ordine cogente quanto quello immaginato da Hayek. Il timore, tutto sommato classicamente liberale, nei confronti dello Stato impedisce di cogliere che nella società-mondo esso non è il limite esterno dei processi di politicizzazione, ma entra a farne parte nel tentativo di governarli. Se la critica del soggetto costituente coglie il rapporto tra Stato globale e società-mondo, essa è costretta a cancellare la possibilità che esistano dei soggetti collettivi che non si autodefiniscono in termini costituzionali⁷⁵. I movimenti sociali migratori, per fare l'esempio più eclatante, non sono inquadrabili in termini costituzionali⁷⁶.

Tracciando le prospettive della storia costituzionale, Reinhard Koselleck registra alcune modificazioni della semantica del potere che evidentemente non si possono cogliere con il solo riferimento al linguaggio giuridico. Egli nota che dall'Ottocento il termine dominio scompare completamente dalle dottrine della costituzione, perché «identificato completamente con la tiran-

nide». Questa situazione è oggi cambiata e un concetto, che sembrava relegato alla sua origine medievale, torna a essere politicamente presente, e anzi «è divenuto dominante il significato di asservimento, sfruttamento e interdizione, significato che l'espressione in precedenza non ha avuto»⁷⁷. Di fronte a questa trasformazione della semantica del potere, si può avanzare la domanda se il linguaggio costituzionale sia davvero ancora il più adeguato a cogliere i movimenti e le trasformazioni che ca-

atterizzano le società-mondo. Ed è lecito dubitarne se si pensa che il potere come medium comunicativo riferito al solo sistema politico non è in grado di dare conto di asimmetrie e rapporti di dominazione che caratterizzano i sistemi sociali.

¹ D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

² N. Luhmann, *Politische Verfassung im Kontext des Gesellschaftssystems*, in «Der Staat», XII, nn. 1-2, 1973, pp. 1-22 e 165-182.

³ M. Ricciardi, *L'ideologia come scienza politica del sociale*, in «Scienza & Politica», XXVII, n. 52, 2015, pp. 165-195.

⁴ J.H.H. Weiler, M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 e H. Brunkhorst, *Das doppelte Gesicht Europas. Zwischen Kapitalismus und Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2014.

⁵ E. De Wet, *The International Constitutional Order*, in «International & Comparative Law Quarterly», n. 55, 2006, pp. 51-76.

⁶ M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, pp. 47-69, p. 47.

⁷ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. CXL.

⁸ A. Peters, K. Armingeon, *Introduction: Global Constitutionalism*

from an Interdisciplinary Perspective, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», XVI, n. 2, 2009, pp. 385-395, p. 390.

⁹ M. Ricciardi, *Dallo Stato moderno allo Stato globale. Storia e trasformazione di un concetto*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», n. 48, 2013, pp. 75-93.

¹⁰ Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, cit., p. 68.

¹¹ P. Schiera, *El constitucionalismo come discurso politico*, Madrid, Venta, 2012.

¹² I. Clark, *International Legitimacy and World Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, in particolare pp. 183 ss.

¹³ N. Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?*, in «International Review of Sociology», VII, n. 1, 1997, pp. 67-79, p. 74.

¹⁴ R.S. Kay, *American Constitutionalism*, in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 24.

¹⁵ M. Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, eum, 2010, pp. 223-246.

¹⁶ T. Paine, *Common sense* (1776), in *The Life and Major Works of Thomas Paine*, New York, Carol Publish-

ing, 1993, p. 29.

¹⁷ T. Paine, *Right of Man* (1791), in ivi, p. 356.

¹⁸ Ivi, p. 375.

¹⁹ Ivi, p. 382. Cfr. M. Battistini, *Una rivoluzione per lo Stato. Thomas Paine e la Rivoluzione americana nel Mondo Atlantico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012.

²⁰ R. Baritono, *Un Leviatano suo malgrado. Stato e nazione negli Stati uniti dalla guerra civile all'ascesa mondiale*, in T. Bonazzi, D. Fiorentino, A. Nobile (a cura di), *Nazionalizzazione e modernità. Italia, Europa E Stati Uniti (1861-1901)*, Roma, Aracne, 2014, pp. 51-73.

²¹ L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, vol. I: *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830* (1850), Hildesheim, Olms, 1959, p. 494.

²² Ivi, p. 209.

²³ L. von Stein, *Proletariat und Gesellschaft. Text nach der zweiten Auflage von «Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreich»* (1848), a cura di M. Hahn, München, Wilhelm Fink Verlag, 1971, p. 128. Cfr. M. Ricciardi, *Lavoro, cittadinanza, costituzione. Dottrina della società e diritti fondamentali tra movimento sociale*

- e rivoluzione, in R. Gherardi, G. Gozzi (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 119-159.
- ²⁴ L. von Stein, *Die Verwaltungslehre*, vol. I: *Die vollziehende Gewalt*, Stuttgart, Cotta, 1869², p. 28.
- ²⁵ L. von Stein, *Handbuch der Verwaltungslehre und der Verwaltungsrecht mit Vergleichung der Literatur von Frankreich, England und Deutschland* (1870), Tübingen, Mohr, 2010, p. 3.
- ²⁶ C. Möllers, *Staat als Argument*, München, Beck, 2000, p. 140.
- ²⁷ C. Schmitt, *Lo Stato totale* (1931), in Id., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 246.
- ²⁸ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, pp. 15.
- ²⁹ C. Schmitt, *Premessa del 1963 a Il concetto del politico*, in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 90.
- ³⁰ C. Schmitt, *Nachwort* a L. von Stein, *Zur preußischen Verfassungsfrage*, Berlin, W. Keiper, 1940, p. 69.
- ³¹ H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1970, pp. 11 ss.
- ³² E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale* (1971), Milano, Giuffrè, 2011, pp. 190-191, il cui primo capitolo si intitola significativamente *In memoria dello Stato*.
- ³³ D. Grimm, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012, pp. 67-91, p. 78.
- ³⁴ Ivi, p. 79.
- ³⁵ P. Dobner, *More Law, Less Democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism*, in Dobner, Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, cit., pp. 141-161, p. 142.
- ³⁶ F.A. von Hayek, *The Economic Conditions of Interstate Federalism* (1939), in Id., *Individualism and Economic Order*, Chicago, Chicago University Press, 1948, pp. 255-272, p. 256.
- ³⁷ Ivi, p. 267.
- ³⁸ Ivi, p. 268.
- ³⁹ Ivi, p. 278.
- ⁴⁰ W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2013, p. 123.
- ⁴¹ Hayek, *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, cit., p. 5.
- ⁴² P. Dobner, *Konstitutionalismus als Politikform. Zu den Effekten staatlicher Transformationen auf die Verfassung als Institution*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- ⁴³ F.A. von Hayek, *Legge, legislazione, libertà* (1973-1979), Milano, il Saggiatore, 1994, p. 6. Si tratta di una citazione presa da G. Burdeau, *Une Survivance: la notion de constitution*, in *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1962, pp. 53-62.
- ⁴⁴ Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, cit., p. 168.
- ⁴⁵ Ivi, pp. 168-169.
- ⁴⁶ Ivi, p. 16.
- ⁴⁷ V.J. Vanberg, *The Constitution of Markets. Essays in Political Economy*, London-New York, Routledge, 2001, p. 3.
- ⁴⁸ Von Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, cit., p. 319.
- ⁴⁹ Ivi, p. 59.
- ⁵⁰ D.S. Grewal, J. Purdy, *Law and Neoliberalism*, in «Law and Contemporary Problems», LXXVII, n. 1, 2014, pp. 1-23, p. 8.
- ⁵¹ Hayek, *Legge, legislazione, libertà*, cit., p. 63.
- ⁵² Ivi, p. 497.
- ⁵³ J. Purdy, *Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for a New Economy*, in «Law and Contemporary Problems», LXXVII, n. 1, 2014, pp. 195-213.
- ⁵⁴ D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in «California Law Review», XCIX, n. 5, 2011, pp. 1163-1258, p. 1172.
- ⁵⁵ M. Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in «Theoretical Inquiries in Law», VIII, n. 1, 2007, pp. 9-26.
- ⁵⁶ P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febbrajo (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford-Portland, Hart, 2011.
- ⁵⁷ A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 55, 64.
- ⁵⁸ G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012, p. 73.
- ⁵⁹ Ivi, p. 87.
- ⁶⁰ Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 152.
- ⁶¹ Teubner, *Verfassungsfragmente*, cit., p. 182.
- ⁶² Ivi, p. 110.
- ⁶³ Ivi, p. 116.
- ⁶⁴ Ivi, p. 125.
- ⁶⁵ Ivi, p. 131.
- ⁶⁶ R. Maruccci (a cura di), *Constitution et révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776/1815)*, Macerata, Laboratorio di storia costituzionale, 1995.
- ⁶⁷ Teubner, *Verfassungsfragmente*, cit., p. 134.
- ⁶⁸ Ivi, p. 136.
- ⁶⁹ Ivi, p. 175.
- ⁷⁰ Ivi, p. 215.
- ⁷¹ M. Ricciardi, *Società. Potere, dominio, ordine*, in F. Zappino, L. Coccoli, M. Tabacchini (a cura di), *Genealogie del presente. Lessico politico per tempi interessanti*, Milano-Udine, Mimesis, 2014, pp. 219-230.
- ⁷² N. Luhmann, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 83-127, p. 123.
- ⁷³ L. Benton, *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2002, e Ead., *A Search for Sovereignty. Law and Geography in European Empires 1400-1900*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2010.
- ⁷⁴ J. Go, *A Globalizing Constitution-*

alism? *Views from the Postcolony, 1945-2000*, in «International Sociology», XVIII, n. 1, 2003, pp. 71-95.

⁷⁵ G.W. Anderson, *Beyond 'Constitutionalism Beyond the State'*, in «Journal of Law And Society», XXXIX, n. 3, 2012, pp. 359-383; e Id., *Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», XX, n. 2, 2013, pp. 881-906.

⁷⁶ M. Ricciardi, *Appunti per una teoria politica delle migrazioni. Potere sociale e politicizzazione della differenza*, in S. Chignola, D. Sacchetto (a cura di), *Confini e valorizzazione. Catene del lavoro e delle migrazioni*, in corso di stampa.

⁷⁷ R. Koselleck, *Begriffliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in Id., *Begriffsgeschichten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 365-401, pp. 371 e 374-375.

Il laboratorio europeo e le sfide del costituzionalismo globale

RICCARDO CAVALLLO

1. *Il costituzionalismo tra malinconia e rinascita*

Da anni, se non addirittura decenni, si parla così tanto della crisi del costituzionalismo¹ da costringere in maniera ciclica il ceto dei giuristi ad interrogarsi, per un verso, sulla tenuta dei concetti e, per l'altro, a misurarsi con le inedite sfide del presente. Ma se inizialmente la crisi si colloca solo sul fronte *interno* essa inizia a mutare pelle quando comincia a porsi all'*esterno* minando le fondamenta stesse del costituzionalismo. Se prima ad erodere le vecchie certezze dei sistemi costituzionali contribuivano soprattutto le trasformazioni interne degli ordinamenti giuridici e politici a livello nazionale adesso sono i processi posti al di fuori dei confini statali, ovvero la tendenza sempre più pressante alla trasformazione dei sistemi giuridici in maniera funzionale ad un ordine sovranazionale e internazionale cui si accompagna la mondializzazione delle economie e degli stessi sistemi poli-

tici². Dopo aver raggiunto faticosamente l'unità del suo statuto disciplinare anche il costituzionalista incomincia ad avere enormi difficoltà nell'orientarsi, privo della necessaria bussola, nei mari tempestosi della globalizzazione, la cui forza d'urto sembra aver travolto le solide fondamenta della terraferma giuridica dove rischiava di rimanere sepolto sotto le polverose macerie dell'edificio concettuale moderno, al cui vertice era collocata la costituzione che, grazie alla sua forza prescrittiva, era diventata il simbolo di un'epoca aurea della tutela dei diritti e della limitazione dei poteri³.

Nell'epoca globale, l'oggetto (il diritto costituzionale) ed i soggetti (i costituzionalisti) si sono trovati entrambi in un momento di crisi e di debolezza data sia dalla profonda mutazione e dalla proliferazione subita dalle categorie dello *jus publicum europaeum*, sia dalla difficoltà dei secondi a misurarsi con le pericolose tentazioni della *Globale Zeit*, essendo sempre in bilico tra il *non più* dei vecchi concetti e il *non ancora* dei nuovi. Le possibili vie d'uscita da

tale situazione di incertezza e mutamento sono state le più disparate (dalle prospettive di un costituzionalismo *multilevel* alla proposizione di una forma di *costituzione tecnocratica* incentrata sul potere delle corti e dei giudici) ma, ancora oggi, nessuna realmente risolutiva specie perché accomunate dall'ansia di disfarsi del vecchio fardello della sovranità e del potere costituente con qualcosa di nuovo, molto più suggestivo ed accattivante ma effimero ed evanescente. In altri termini, tutte soluzioni che in ossequio ad un'irrinunciabile *ragionevolezza* rischiano di sincopare, fino a soffocare del tutto, la dimensione *reale* della politica. Mentre si assiste al tramonto (auspicato o temuto) del Leviatano⁴ incomincia ad affermarsi la centralità di rapporti giuridici e politici ruotanti non più intorno alla costituzione, nel senso classico del termine, ma al mercato tanto da potersi parlare di "costituzioni civili", vale a dire quei sistemi giuridici morfologicamente passati dall'essere ordinamenti non più costituzionali quanto *mercatori*, regolati ormai da un tipo di diritto privato e, comunque, non statale. Abbagliati dalla prospettiva di poter finalmente costruire un diritto costituzionale cosmopolita in tanti hanno intravisto questa possibilità come una luce in fondo al tunnel della crisi del costituzionalismo moderno, senza accorgersi che, così facendo, si stavano abbandonando corpo e anima ad una miriade di *microcostituzioni* che come minuscoli, luccicanti frammenti di un vaso di cristallo ormai infranto, nascono e muoiono per autoregolazione applicandosi in maniera settoriale a diverse realtà (dalla *lex digitalis* alla *lex labori internationalis*)⁵. Si tratta di un processo di «autocostituzionalizzazione di ordinamenti globali senza stato»⁶ dall'esito ambivalente che ha pro-

vocato, da un lato, indipendenza (dalla politica statale) e, dall'altro, ha generato nuove forme di dipendenza (dalla moltitudine di poteri e interessi operanti spontaneamente a livello planetario). In tale contesto i 'vecchi sovrani' vengono sostituiti da una nuova mappa di poteri, frammentati, eterogenei e, per forza di cose, sfuggenti e autonomi l'uno dall'altro (dalle diverse Corti internazionali alle *corporations*). Ma vista la natura per così dire *liquida* di tali poteri diffusi e molecolari sorti quasi spontaneamente sia a livello interno, ma soprattutto a livello esterno, più che parlare di supplenza o successione tra poteri è forse più calzante parlare di una contrapposizione più netta in cui è il *vecchio sovrano* a dissolversi nell'*antisovrano*⁷ che, com'è facile arguire, non è un soggetto ma una pluralità di soggetti che, difficilmente possono dunque concorrere ad avere lo stesso monopolio del potere *sovrano*. Tutto ciò rientra in quella graduale «*deformalizzazione* delle categorie giuridiche, del linguaggio e della sintassi propria dei giuristi»⁸, che non si sostanzia in una mera svalorizzazione delle categorie e del linguaggio giuridico quanto in una loro proliferazione incontrollata, da cui deriva una sorta di incomunicabilità tra i cultori della stessa disciplina che sembra popolarsi di orizzonti di senso paralleli e impermeabili tra loro che frantuma ulteriormente una disciplina già a pezzi.

Nello scenario descritto, a prima vista così desolante, il costituzionalista stesso sembra infatti quasi bloccato in una situazione di angosciosa attesa di qualcosa di irrimediabile, ma che, al tempo stesso, possa quasi miracolosamente salvarlo dalla fine che incombe. Un po' come Justine, la protagonista dell'evocativo film di Lars Von Trier, *Melancholia* (2011), il costituziona-

lismo oggi sembra vivere quest'atmosfera gravida di apocalittica apprensione: vuole correre per mettersi in salvo ma è anche preda del fascino emanato dal pericolo della novità. Perciò la crisi del costituzionalismo potrebbe, paradossalmente, determinarne la rinascita, nel senso che essa va vista non solo come il necessario superamento delle categorie del passato contenute nella cassetta degli attrezzi del giurista novecentesco, ma anche come foriera di nuovi istituti giuridici che, in molti casi, assumono forme assolutamente insolite e altre volte sono il frutto di una sintesi tra vecchie e nuove categorie. Se così stanno le cose ci si può chiedere quale futuro può profilarsi per il costituzionalismo: si salverà dalle minacce della nuova epoca globale e multiculturale rifugiandosi nella 'grotta magica' della propria tradizione giuridica oppure nel cercare di fuggire le proprie splendide vesti, proprio come l'infelice sposa di Von Trier, finirà per rimanervi imbrigliata?

2. Il laboratorio 'costituzionale' europeo: a) la centralità dei diritti

Per rispondere a questo pressante interrogativo cercheremo di ripercorrere, sia pur sinteticamente, il fecondo e problematico dibattito⁹ sul processo di costruzione dell'Europa, che, come del resto ogni dibattito 'costituzionale', è stata un'occasione proficua per illustri giuristi e filosofi, dopo decenni di silenzio, per confrontarsi non solo sul problema della forma politica dell'Unione Europea ma sul significato stesso di "costituzione" e il senso di "sfida" che tale termine sembra evocare¹⁰. Tale dibattito si è incentrato soprattutto sulla na-

tura della Carta dei diritti (il nucleo di una futura e compiuta Costituzione europea) definita, non a caso, un ambizioso modello politico, istituzionale e culturale che doveva operare una rottura, nel processo di costruzione europea fungendo quasi da strumento di riequilibrio nel mondo globale plasmato esclusivamente dalla logica economico-monetaria¹¹. In breve, la Carta doveva essere alla base di un vero e proprio processo costituente e la sua proclamazione doveva determinare l'affermazione dei diritti appunto come soggetto costituente superando l'anacronistica concezione naturalistica di popolo e cercando di cogliere l'elemento assolutamente inedito di tale percorso: i cittadini dell'Unione potevano finalmente diventare i protagonisti indiscussi della Costituzione europea. Anzi, la Carta dei diritti avrebbe dovuto costituire la premessa per la nascita del futuro *demos*, o meglio, per la costruzione del soggetto in grado di darle piena legittimazione. Non dovendo rappresentare un approdo ma la visibile apertura di un processo costituente, era quantomeno opportuna per la sua stesura la co-partecipazione di diversi soggetti, *in primis*, i giuristi i quali non dovevano rinchiudersi orgogliosamente nella cittadella del diritto opponendo «un *non possum* fondato sulle loro antiche certezze e rassicuranti categorie, che la Carta [tendeva a mettere] in discussione soprattutto per la definizione dei nuovi equilibri istituzionali»¹².

Esemplificativa di tale atteggiamento è soprattutto la riflessione di Luigi Ferrajoli che ha sottolineato, più di ogni altro, come il *processo costituente europeo*¹³ fosse un percorso del tutto innovativo, senza precedenti nella storia e sicuramente diverso da quello seguito dalla formazione degli Stati nazionali. Nello specifico, egli intendeva rove-

sciare le ragioni degli euro-scettici, accusati di voler rimanere ancorati alla vetusta forma statual-nazionale e all'altrettanto desueta categoria metafisica di *Volk* dietro la quale si intravedeva il pauroso spettro schmittiano, ricorrendo a due argomentazioni: la prima di carattere empirico o fattuale, relativa alla questione fenomenologica dell'esistenza di un 'popolo' dotato di qualche omogeneità sociale e la seconda di carattere filosofico-politico, riguardante il fondamento assiologico delle Costituzioni¹⁴. Sotto il primo profilo, nonostante l'esistenza di affinità linguistico-culturali, Ferrajoli evidenziava, come le moderne Carte Costituzionali, non fossero state approvate sempre con il consenso, o almeno, l'adesione di "popoli", "nazioni", o società civili contrassegnate da un certo grado di omogeneità socio-culturale e «la comune appartenenza, il consenso intorno a valori politici condivisi riscontrabile nei nostri Paesi [sembrava essere] più un effetto che una preconditione della formazione dei nostri Stati e delle loro Costituzioni»¹⁵. Ferrajoli non negava infatti la mancanza di un certo grado di omogeneità politico-sociale o di una qualche identità collettiva, quali fattori di legittimazione di ogni Costituzione, ma al contempo rimaneva fermamente convinto che tale lacuna potesse in qualche modo essere colmata da altri elementi, quali la consapevolezza dell'eguaglianza dei diritti e la garanzia dei diritti fondamentali come diritti uguali tra i consociati¹⁶. Sotto il secondo profilo, il rispetto dei diritti fondamentali, in maniera uguale e universale e non la volontà comune di un popolo, dunque avrebbe dovuto dare legittimità alla Carta Costituzionale poiché solo dall'esigenza di garantire i diritti di tutti – persino contro la maggioranza politica – matura il

senso di appartenenza e l'identità collettiva di una comunità. Per Ferrajoli, il modello di riferimento rimane, pur sempre, la democrazia costituzionale, quel sistema complesso di regole, di vincoli e di equilibri, che nasce all'indomani della traumatica esperienza del secondo conflitto mondiale¹⁷, in cui si ritorna alla concezione *rivoluzionaria* della Costituzione come limite e vincolo ai pubblici poteri *ex art.* 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ove si afferma: «ogni società nella quale non sono assicurate le garanzie dei diritti né la separazione dei poteri non ha costituzione». Infatti, in tale frangente si assiste ad una seconda rivoluzione nella natura del diritto, la quale ha comportato il passaggio dal *principio di legalità formale* o di *mera legalità* (la validità e l'esistenza di una norma giuridica, indipendentemente dal suo contenuto, deriva necessariamente dalle forme della sua produzione) proprio del giuspositivismo classico, al *principio di legalità formale* o di *legalità stricto sensu* (una norma giuridica esiste ed è valida non solo in ragione delle forme della sua produzione ma anche e soprattutto quando i suoi contenuti sostanziali rispettino i principi ed i diritti fondamentali stabiliti della costituzione). Alla luce di tale paradigma, la Costituzione viene vista alla stregua di un *diritto sul diritto* in grado di organizzare sia gli aspetti formali del diritto che quelli sostanziali ed i diritti fondamentali, elaborati dalla tradizione giusnaturalistica, prima in qualche modo 'innati' e poi *positivizzati*, grazie al loro inserimento nelle moderne costituzioni, assurgono addirittura alla sfera dell'indecidibile: del *non decidibile che* (divieti corrispondenti ai diritti di libertà) e del *non decidibile che non* (obblighi politici corrispondenti ai diritti sociali).

Questo è in estrema sintesi il percorso di Ferrajoli¹⁸, la cui logica prosecuzione non poteva che essere un ulteriore ampliamento della sfera pubblica dei diritti anche a livello europeo. Tale proposta dunque sembra muoversi così in perfetta continuità con la cultura giuridica europea dominante tesa ad operare la *reductio* dell'Europa al solo aspetto giuridico-formale sostanzandosi altresì in una totale giuridicizzazione del politico e, al contempo, in un'eccessiva enfasi sui diritti¹⁹. Ciò si è tradotto in un sistema che sembra autolegittimarsi in una sorta di perversa tautologia poiché negando la sovranità si presenta l'esigenza di

sostenere spostamenti, a seconda dei casi, sempre più in alto, verso istituzioni sempre più universali, sempre più 'rarefatte', sempre meno 'sovrane' e sempre più (solo) 'costituzionali', dei luoghi politici della decisione. Le istanze internazionali di giustizia, le convenzioni mondiali, gli organi sovranazionali di garanzia, le stesse Carte dei diritti, appaiono come costituzioni, custodi di verità del diritto raggiunte a caro prezzo, verità che traggono la loro forza non dal *consenso* (di una o più parti) ma direttamente dalla loro intrinseca razionalità e dalla loro universalità, e che vengono poste definitivamente al di sopra di un più o meno contingente consenso politico²⁰.

3. Il laboratorio 'costituzionale' europeo: b) alla ricerca del *demos*

Il tentativo di *costituzionalizzare* l'Europa attraverso i diritti è, come si può intuire, strettamente collegato alla scottante questione della soppressione del *demos* nel processo di integrazione europea che, proprio per tale ragione, ha assunto sin dall'inizio un cammino incerto e altalenante. Prima i dubbi insinuati dalla storica sentenza del-

la Corte Costituzionale Tedesca (1993) sul Trattato di Maastricht; poi le appassionate polemiche suscitate dall'approvazione della *Carta dei diritti fondamentali* (2000) anche per la sua formulazione ad opera di un organismo («tecnocratico») creato *ad hoc*, quale la Convenzione; infine, la solenne decisione di voler dare una *Costituzione* all'Europa (2004), il cui progetto era stato affidato ad una «seconda Convenzione»²¹, ed a cui spettava l'arduo compito di delineare il futuro dell'Europa. La situazione non è mutata neanche dopo la firma Trattato di Lisbona²² – da parte dei capi di Stato e di governo dei ventisette paesi membri avvenuta il 13 dicembre 2007 – che aveva il precipuo scopo di porre fine alla lunga «pausa di riflessione» seguita ai *no* francese ed olandese alla Costituzione europea. A distanza di quasi dieci anni non è più un mistero che tale Trattato non sia riuscito veramente a «sciogliere» i nodi problematici che da sempre hanno investito il *processo costituyente europeo* non essendo stato forse nient'altro che «una pantomima per liberarsi degli elettori francesi ed olandesi»²³. Se la reale *intentio* sottesa all'approvazione del Trattato di Lisbona era quella di uscire dalla crisi si può dire che l'effetto sia stato ottenuto solo parzialmente, non essendo stata certamente risolutiva la decisione, presa in tale sede di ratificarlo (anche in paesi come la Francia) per via parlamentare. Il tentativo, neppure troppo dissimulato, di voler porre un *katéchon* alla deriva «euro-scettica» si è tradotto, pertanto, in una serie di espedienti giuridici creati *ad hoc* per aggirare il reale ostacolo, cioè il persistere del deficit democratico. Sembra quasi che a livello europeo l'idea di sovranità popolare sia «divenuta del tutto oscena, utilizzabile unicamente, *horresco referens*, dai populisti»²⁴.



Robert Schuman a Roma promuove il progetto europeo, 1950

Proprio per scongiurare il «pericolo» di una nuova consultazione popolare che aveva già bloccato l'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, le *élites* europee hanno cercato di neutralizzare, ancora una volta, il *terribile potere* riducendo il popolo a un mero soggetto passivo che debba solo ratificare decisioni imposte dall'alto, oppure il cui parere acquista autorità solo se *in sintonia* con quanto stabilito dalle *élites*. La storia sembra essersi ripetuta con il *no* referendario irlandese del 13 giugno 2008, alla ratifica del Trattato di Lisbona: come successo in Francia e in Olanda, il popolo ha nuovamente messo in scacco il *processo costituente europeo*.

Ciò che è accaduto di fronte al reiterarsi di un siffatto scenario, ancora una volta, è stata la scelta da parte delle *élites* di accelerare, in spregio alle più elementari regole democratiche, la ratifica del Trattato da parte degli altri Paesi, ignorando del tutto la volontà popolare. A tal proposito, risuonano quasi profetiche le parole di Jean Baudrillard, pro-

nunciate subito dopo i referendum di Francia e Olanda: «l'Europa si sta costruendo [...] su questa grande esibizione di disprezzo totale per la voce dei popoli [...] Tutto ciò [...] significa il fallimento del principio stesso della rappresentanza»²⁵. In questo senso, dunque anche il risultato irlandese, va letto come l'ennesimo segnale di cedimento della struttura smaccatamente elitaria²⁶ del progetto europeo, in quanto si assiste ad un vero e proprio scollamento tra le *élites* (favorevoli alla costruzione di un'Europa come un grande spazio economico-monetario) e il *popolo* (favorevole all'edificazione di un'Europa intesa come grande spazio politico-sociale). I risultati referendari, del resto, hanno dato concretezza ad una *querelle* che sembrava inizialmente solo teorica e che ha raggiunto il suo punto più alto con il confronto tra l'euroscettico Dieter Grimm²⁷ e l'euro-ottimista Jürgen Habermas²⁸ che racchiude il *punctum dolens* del *processo costituente europeo*: se sia possibile concepire una Costituzione euro-

pea senza popolo o, ancora, se sia ipotizzabile un popolo europeo. In sintesi, mentre per Grimm alla Costituzione deve *preesistere* un popolo, il cui potere costituente ne rappresenta la *condicio sine qua non*, per Habermas, invece, l'identità collettiva non è mai un «a priori storico-culturale» della Costituzione ma una sua *conseguenza*. Entrambe le posizioni, nonostante il notevole spessore teoretico e la lucida diagnosi politica, non sono però esenti da critiche²⁹. Tuttavia alla «no demos thesis», al di là del fatto che sia condivisibile o meno, va riconosciuto almeno l'indubbio merito di aver posto all'attenzione degli studiosi l'eccessiva debolezza della legittimazione politica della Costituzione europea³⁰; invece, la riflessione habermasiana non è riuscita a sciogliere il nodo problematico del deficit democratico, in quanto essa «risulta aprioristicamente circoscritta dai diritti»³¹. In effetti, considerare la tutela dei diritti fondamentali come il principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità, vuol dire esautorare di fatto il tradizionale principio della sovranità popolare³², andando a rafforzare ulteriormente la paradossale idea di una Costituzione senza popolo³³ innalzata come possibile modello delle future costituzioni post-statali e post-moderne, lasciando così presagire in quale direzione potrebbe svilupparsi il costituzionalismo nell'epoca globale.

4. *L'utopia del costituzionalismo globale*

La breve ma significativa parabola costituzionale europea così come il tentativo, ancora più arduo, di costruire una sorta di costituzionalismo globale, si sono rilevati,

come abbiamo visto, impraticabili come sentieri di cui si smarrisce la via prima ancora di intraprenderli. Il primato dei diritti ha comportato la spoliticizzazione della società europea, e più precisamente, l'annullamento della sua dimensione storico-sociale, ovvero «la riduzione di ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione individualistica del singolo che protesta e si rivolge ad un tribunale, neutralizzando il momento dell'agire politico collettivo»³⁴. Assegnando un ruolo preminente alla giustizia nella vita collettiva (*giuridificazione della politica*) si realizza un vero e proprio trasferimento di sovranità dal popolo ai diritti intesi sia come fattore identitario che di legittimazione politico-giuridico³⁵. Questa non è altro che la dimostrazione del fallimento dell'*ideologia europea*, efficacemente riassunta nella formula *massimalismo giuridico/minimalismo politico*³⁶, che sembrava vincente nello scenario europeo fino all'approvazione solenne del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, avvenuta a Roma nel 2004. Ma i risultati referendari in Francia e Olanda, al di là delle diverse e contraddittorie interpretazioni, hanno smentito tale illusorio successo, riaprendo ancora una volta il dibattito e mettendo ulteriormente a nudo le debolezze intrinseche ad un'idea di Europa strettamente correlata al formalismo dei diritti e delle procedure. Una costituzione non può allora ridursi a un mero accordo formale tra i governanti senza instaurare un vero e proprio *momento costituente*, in quanto non può sussistere un potere costituito in assenza di un potere costituente che tutt'al più potrebbe essere *legale* ma mai *legittimo*.

Ma qual è stata dunque la vera causa del fallimento dell'ambizioso progetto costituente europeo? Nonostante gli innumere-

voli sforzi teoretici, la scienza giuridica non è riuscita a trovare almeno un precario punto di equilibrio tra diritto e politica, avendo spostato l'ago della bilancia più verso la valorizzazione del tema dei diritti, riconoscendo addirittura a essi una forza costituente. Si è cercato invece, a quanto pare, erroneamente di rigettare ogni residuo di sovranità, additando quest'ultima come possibile fonte di arbitrio politico, retaggio di un passato da dimenticare e da rinnegare a tutti i costi³⁷ per costruire un costituzionalismo del tutto nuovo, più vicino a quello della tradizione di *common law* che di *civil law*. La sovranità, anche quando ha assunto le sembianze a prima vista più rassicuranti del potere costituente, è stata sempre considerata come un male oscuro da estirpare. Al suo posto è stato glorificato un cosmopolitismo dei diritti che avrebbe dovuto aprire la via ad un rassicurante *costituzionalismo garantista* che abilmente separato – dallo stesso Ferrajoli – dal *costituzionalismo principialista* (troppo integralista e troppo poco laico per essere assunto come modello), riuscendo così finalmente a sgombrare il campo da ogni possibile arbitrio legato alla decisione politica come del resto sottende il titolo di uno tra i più recenti testi ferrajoliani, *la democrazia attraverso i diritti*. Poche parole che racchiudono un programma ben preciso: ancorare l'intero sistema ad una costellazione di diritti, superare il contrasto tra diritto naturale e diritto positivo grazie alla «positivizzazione della legge della ragione»³⁸ per giungere ad una completa laicizzazione della storia.

Per arrivare ad una tale conclusione si deve per forza di cose abbracciare un cieco ottimismo («una vera e propria conversione etica degli uomini all'altruismo e alla benevolenza universale»)³⁹, visto che Ferrajoli legge in maniera storico-evolutiva tutta

la recente storia del costituzionalismo non-curante dei venti di tempesta che spirano sia nel cuore dell'Occidente, sia al di fuori dei suoi confini⁴⁰. Ne emerge un quadro a prima vista rassicurante, ma sicuramente poco realistico che tende a dimenticare non solo che le istituzioni internazionali (*in primis* l'ONU) nel corso della loro travagliata storia non si sono dimostrate per niente pervase da un afflato democratico ma sono state alla mercé delle potenze egemoni che, a dispetto della cancellazione formale della sovranità statale disposta dalla Carta delle Nazioni Unite, si sono appropriate di fatto del suo esercizio illimitato per imporre la loro forza in modo autoritario e gerarchico⁴¹. A ciò bisogna aggiungere l'apparente senso di giustizia che promana dai tribunali internazionali poco *universalistico* e molto *particolaristico*, in quanto anch'esso finalizzato all'affermazione della superiorità non solo giuridica ma anche etica dei vincitori nei confronti dei vinti, all'insegna di una vera e propria «forzatura normativa, sovravalutazione delle capacità regolative del diritto, generosa utopia politica o, nei casi peggiori, imperialismo culturale»⁴².

In un siffatto contesto è chiaro che nessuno spazio residua alla vecchia e temibile sovranità, brillando il diritto di luce propria e imperitura. Ma non ci si accorge che tale 'encomiabile' intento è viziato *ab origine*, poiché uno spazio in cui la forma politica è debole rende anche il diritto non più certo. Ciò che Ferrajoli (e chi allo stesso modo esulta di fronte alla scomparsa della sovranità o all'*esaurimento* del potere costituente)⁴³ non riesce probabilmente a percepire è l'esistenza di «un nesso profondo tra l'innegabile crisi che attraversa l'ordine del mondo e la crisi della sovranità politica»⁴⁴. Se si accetta comunque passivamente la

tendenza in atto, i diritti diventano *insaziabili* dissolvendo il principio democratico e rendendo la Costituzione in qualche modo eterna e immodificabile⁴⁵.

5. *Una indivisibile minorata*

Il richiamo, anzi quasi una sorta di *invocatio Dei*, del *rule of law* come elemento da solo in grado di traghettarci verso un diritto globale evidentemente non basta essendo più opportuno tenere insieme, in una continua dialettica, principio di legalità e principio democratico. Il *pancostituzionalismo* (per usare un'espressione di Barile) oggi dominante, abolendo ogni riferimento alla sovranità ha, di conseguenza, estromesso anche ogni richiamo al popolo a vantaggio di una concezione individualistica e depolitizzata, in cui il diritto rischia di diventare nient'altro che arbitro. La tendenza in corso, del resto, difficilmente lascia spazio ad ipotesi alternative, essendo caratterizzata dall'affermarsi di un pervicace *neoindividualismo giuridico*⁴⁶, la cui manifestazione più tangibile è proprio la proliferazione dei diritti che, da un lato, assegna un ruolo di primo piano alle Corti europee lasciate libere di decidere erodendo lo spazio tradizionalmente riservato al potere legislativo e, dall'altro, si basa su un sistema di valori non corrispondente, se non in contrasto con quelli nazionali, dando luogo ad un arretramento rispetto alla dimensione costituzionale statale⁴⁷. A ciò si aggiunge una limitazione ulteriore determinata dall'introduzione dell'obbligo 'costituzionale' del pareggio di bilancio e dei conseguenti vincoli imposti dalla normativa europea che, a sua volta, si può tradurre addirittura

in un'autonegazione 'legale' degli stessi diritti. Se ciò è evidente già nel dibattito costituzionale europeo *a fortiori* tutti i nodi problematici emersi risultano amplificati se proiettiamo tale modello su scala mondiale. In primo luogo, nel vuoto di potere sovranazionale che si determina nel mondo globale non si affermano i diritti fondamentali e la democrazia cosmopolita, ma per l'appunto la *lex mercatoria*⁴⁸ e il modello giuridico-politico nordamericano, nel senso che il grande spazio globale diviene il luogo per eccellenza in cui, grazie al *divide et impera*, si è sviluppata l'egemonia degli Stati Uniti che, in molti casi, ha usato la strategia dei diritti come arma giuridico-politica per consolidare ancor di più il suo dominio planetario. In secondo luogo, nelle solide ed impenetrabili mura che sovrastano lo *spazio sacro* dei diritti universali sono custodite le vestigia di un costituzionalismo che, grazie all'estromissione di ogni brandello di sovranità, tende ad imporsi sempre di più soffocando gli spazi di democrazia. A dispetto di ogni a-storico entusiasmo, il concetto di sovranità (di origini medievali ma sviluppatosi pienamente nel mondo moderno) viene considerato quasi alla stregua di un'anticaglia da mandare in soffitta, per abbracciare la ben più 'nuova' idea wolffiana e kelseniana di *civitas maxima*, dimenticando che la stessa appartiene alla cultura politica premoderna e le cui radici affondano addirittura nell'imperialismo romano⁴⁹. Infine, il superamento della dimensione chiusa ed omogenea dello Stato nazionale, nelle cui pieghe la garanzia concreta dei diritti era diventata una sorta di imperativo categorico, e l'estendersi della loro tutela a livello sovranazionale, o addirittura globale, implica un loro innegabile processo di astrazione che li rende, eterei,

sfuggenti, inafferrabili: diritti senza storia e senza sovrano⁵⁰.

Se tale quadro a tinte fosche è più che reale sembrerebbe allora che il costituzionalismo non abbia più alcun futuro trovandosi in una situazione come quella ben rappresentata dalla provocatoria opera d'arte realizzata, qualche anno addietro, da Emilio Isgrò ed inserita nella mostra intitolata, non a caso, *Cancellazione della Costituzione. Rappresentazione di un crimine* tenutasi a Verona nel 2010. Il pezzo forte di tale mostra è proprio l'opera dell'artista siciliano *Una indivisibile minorata* consistente in un libro aperto, in cui i primi otto articoli della costituzione risultano cancellati con un deciso tratto nero per lasciare leggibili solo le tre parole che danno il titolo all'opera. A rendere il tutto ancora più inquietante, la presenza sulla pagina sinistra del testo, di uno sciame d'api che sembrano quasi erodere quanto rimane della carta. Per quanto la cancellazione degli articoli del testo della carta costituzionale possa risultare inquietante e sinistra, tuttavia, per ammissione dello stesso artista, ciò non si esaurisce in una provocazione fine a se stessa, tramutandosi anzi nel suo contrario: cancellare per riaffermare, anche grazie al simbolo dell'operosità rappresentata dalle api. La loro presenza, come quella del popolo, risulta vitale per la sopravvivenza, o meglio dire, la rinascita, della costituzione perché, come enfaticamente affermato da uno dei più significativi esponenti della scienza giuridica weimariana⁵¹ come Gerhard Leibholz: «ogni democrazia presuppone che il popolo sia sovrano, vale a dire che tutto il potere derivi dal popolo, e che il popolo sia soggetto e portatore del potere costituente»⁵².

Il formalismo dei diritti comporta, in definitiva, l'occultamento dell'attività cre-

ativa e istitutiva del popolo e si pone in continuità con la tradizione liberale⁵³ continuamente segnata dalla preoccupazione che il soggetto-popolo possa riappropriarsi del potere costituente, chiudendo di fatto il problematico rapporto tra Europa e sovranità popolare. Al contrario, la riapertura di tale rapporto – in cui il *demos* va inteso nella sua dimensione storico-sociale e non come un'entità omogenea sia sotto il profilo etnico che culturale – costituisce pertanto la condizione per concepire un'altra idea di Europa, la quale sia capace di andare ben al di là del primato dei diritti e delle logiche del mercato:

l'economia di mercato come veicolo e motore dell'integrazione non rende l'Europa ancora più unità, bensì la disunisce e la porta in un vicolo cieco. [...] Se l'Europa non vuole arenarsi, non deve più apparire come un costrutto tecnico-pragmatico di razionalità economica: deve comunicarsi come idea di ordinamento e venire ancorata in una chiara volontà politica dei popoli non meno che dei singoli⁵⁴.

Forse solo evitando i pericoli insiti in un *costituzionalismo irenico*⁵⁵ che si limiti a celebrare i fasti dei diritti fondamentali sacrificando sull'altare della scienza giuridica la sovranità e il potere costituente e valorizzando al contempo la dimensione conflittuale del politico⁵⁶, è possibile neutralizzare l'impatto dirompente della globalizzazione che pensava di aver determinato un esaurimento della spinta propulsiva dei concetti e delle categorie del costituzionalismo. Il suo volto, infatti, pur presentando evidenti segni di vecchiaia che segnano l'inesorabile scorrere degli anni, permette di scorgere dietro le rughe del tempo, sia pur in controluce, ancora il suo antico splendore.

- ¹ Cfr. da ultimo *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014 che contiene due interessanti contributi di G. Azzariti e S. Dellavalle, in cui vengono evidenziate le principali questioni sul tappeto: nello specifico, Azzariti sottolinea la debolezza del diritto costituzionale inteso come garanzia dei diritti e limitazione dei poteri nella tempeste globale, mentre Dellavalle, cerca di ridefinire i requisiti minimi affinché il costituzionalismo possa riuscire a riemergere nell'epoca post-nazionale.
- ² Essendo la bibliografia sulla globalizzazione ormai sterminata ci limitiamo in questa sede a segnalare solamente i contributi più significativi ai fini dello sviluppo del nostro discorso: A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002; U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002; M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- ³ Su questi aspetti si rimanda ai volumi di G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010; Id., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- ⁴ Cfr. G. Marramao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.
- ⁵ Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005.
- ⁶ G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012; tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012, p. 38.
- ⁷ Cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», n. 1, 1996, pp. 124-188.
- ⁸ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 161.
- ⁹ V. per tutti G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003 e S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.
- ¹⁰ E. Balibar, *Europa paese di frontiera*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2008, p. 62.
- ¹¹ S. Rodotà, *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 451.
- ¹² Ivi, pp. 475-476.
- ¹³ «Un esplicito e formale 'processo costituente europeo' ha una data di nascita: il Consiglio europeo di Köln nel giugno del 1999, dove si stabilì che l'Unione Europea aveva bisogno di una Carta dei diritti fondamentali e che la preparazione di questa Carta doveva essere affidata ad un nuovo organismo istituzionale — la Convenzione» (S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in «Rassegna del diritto privato», n. 1, 2005, p. 21).
- ¹⁴ L. Ferrajoli, *Dalla Carta dei diritti fondamentali alla formazione di una sfera pubblica europea*, in *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, Carocci, 2002, pp. 81 ss.
- ¹⁵ Ivi, p. 84.
- ¹⁶ Cfr. da ultimo L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editrice Scientifica, 2015.
- ¹⁷ Ferrajoli si riferisce alla Carta dell'Onu (1945), alla Dichiarazione universale dei diritti (1948), alla Costituzione italiana (1948) e alla Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) della Repubblica Federale tedesca (1949).
- ¹⁸ Si tratta di un laborioso percorso di ricerca teso all'elaborazione di una teoria giuridica della democrazia che, anche sulla scorta delle critiche ricevute, ha trovato una compiuta sistematizzazione nel monumentale L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Roma-Bari, Laterza, 2007.
- ¹⁹ Si vedano, al riguardo, i contributi raccolti nel volume curato da D. La Rocca, *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ²⁰ G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, p. 110.
- ²¹ In realtà, il «metodo Convenzione» è stato oggetto di numerose critiche perché «ha adottato un profilo classicamente tecnocratico [...] se si considera che nessuno dei sessantadue membri della "Convenzione" è stato eletto; sono stati tutti designati dai presidenti delle Assemblies e dai capi degli Esecutivi, nazionali e comunitari. [...] In definitiva, a nessun membro poteva ascrivere una responsabilità politica» (G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», nn. 1-2, 2002, p. 20).
- ²² Cfr. J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- ²³ G. Amato, *Prefazione*, in Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 7.
- ²⁴ A. Caillé, A. Insel, *Per una Repubblica europea*, in «Democrazia e diritto», n. 2, 2003, p. 210.
- ²⁵ J. Baudrillard, *Riflesso automatico*, in «Internazionale», n. 592, 2005, pp. 32-33.
- ²⁶ Come osserva, tra gli altri, J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; tr. it. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 10, «le decisioni davvero fondamentali [...] sono state adottate in conclavi ristretti, quali il Consiglio europeo, con la partecipazione di pochi selezionati euro-mandarini, con delibere limitate e in pratica senza alcun dibattito pubblico e responsabilità».
- ²⁷ D. Grimm, *Braucht Europa eine*

- Verfassung?*, in «Juristen Zeitung», n. 12, 1995, pp. 581-591; tr. it. *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 339-367.
- ²⁸ J. Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996; tr. it. *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 369-375.
- ²⁹ Per una disamina più articolata di tali posizioni cfr. R. Cavallo, *Le categorie politiche del diritto. Carl Schmitt e le aporie del Moderno*, Acireale-Roma, Bonanno, 2007, pp. 40-47.
- ³⁰ M. Cartabia, *“Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati Uniti d'Europa”*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2005, pp. 17-18.
- ³¹ A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 98.
- ³² Cfr. R. Cavallo, *Il primato dei diritti e l'eclisse del potere costituente del popolo*, in P. Barcellona (a cura di), *La società europea. Identità, simboli, politiche*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 66-77.
- ³³ Per una sintesi di tale dibattito vedasi S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, Giuffrè, 2002, in cui l'Autore dopo aver proceduto alla rilettura critica del processo di integrazione europea utilizzando il classico paradigma individualismo/olismo, propone un approccio comunicativo, per molti versi, contiguo a quello habermasiano. Per una diversa prospettiva cfr. E. Scoditti, *Costituzione senza popolo*, Bari, Dedalo, 2001, la cui proposta teorica si muove in un'ottica sovranazionale – al posto del Leviatano di hobbesiana memoria – le mille sottilissime catene di Liliput, cioè un assetto policentrico e differenziato delle relazioni internazionali – alquanto critica nei confronti del cosmopolitismo giuridico di matrice illuministica elaborato da Habermas.
- ³⁴ P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, Città Aperta, 2001, p. 135.
- ³⁵ Cfr. A. Cantaro, *L'Europa sovranità. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, Dedalo, 2003.
- ³⁶ Ibid.
- ³⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- ³⁸ L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 25.
- ³⁹ D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 70.
- ⁴⁰ Cfr. R. Cavallo, *Theatrum Europaeum. Guerra, politica e diritto*, in «Rivista di politica», n. 4, 2014, pp. 99-111; Id., *L'Europa all'ombra del Leviatano*, in «Rivista di politica», n. 4, 2015, pp. 55-65.
- ⁴¹ Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’*, cit., p. 71.
- ⁴² Ivi, p. 73.
- ⁴³ Cfr. M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., pp. 253-289; contra P. Barcellona, *La costituzione politica della società*, in «Democrazia e diritto», n. 1, 1995, pp. 129-138 e A. Cantaro, *Costituzionalismo versus potere costituente*, ivi, pp. 139-164.
- ⁴⁴ Cfr. B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 13.
- ⁴⁵ Cfr. A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 179-200.
- ⁴⁶ C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, Il Mulino, 2015.
- ⁴⁷ Cfr. G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 38.
- ⁴⁸ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- ⁴⁹ Cfr. D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, pp. 107-132.
- ⁵⁰ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 64.
- ⁵¹ Cfr. R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, Giappichelli, 2009.
- ⁵² G. Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie*, Berlin, De Gruyter, 1973³; tr. it. *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 314.
- ⁵³ Cfr. M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in Id., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, pp. 217-235.
- ⁵⁴ E.W. Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa?*, in Id., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999; tr. it. *Dove sta andando l'Europa*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 199 e 201.
- ⁵⁵ Cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2006, pp. 1643-1668.
- ⁵⁶ Cfr. A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014.

Il ritorno al futuro del costituzionalismo: un progetto di ricerca su spazi politici, soggetti sociali, nuove istituzioni

GIUSEPPE ALLEGRI

«I nazionalismi compaiono nella storia sempre come segni di decadenza»

A. Camus, *È possibile una nuova cultura mediterranea?*, 1937

«Non è mai un documento della cultura senza essere insieme un documento della barbarie. E come non è esente da barbarie esso stesso, così non lo è neppure il processo della trasmissione per cui è passato dall'uno all'altro. Il materialista storico, quindi, prende le distanze da esso nella misura del possibile. Egli considera suo compito spazzolare la storia a contropelo»

W. Benjamin, *Sul concetto di storia*, 1942

«Riprendere immediatamente in pieno il processo storico contro le diseguaglianze e i privilegi sociali»

A. Spinelli, E. Rossi, *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un Manifesto*, 1944

L'idea di Costituzione si evolve nei diversi contesti storici, così il concetto di *costituzionalismo*, che torna ad occupare il dibattito culturale e scientifico degli ultimi decenni, proprio quando il rapporto tra territorialità statale, cittadinanze in movimento e sovranità frammentata sembrerebbe mettere in radicale discussione gli elementi fondanti il *costituzionalismo*

euro-atlantico degli ultimi due secoli e mezzo, che dallo Stato-nazione di diritto è transitato nello Stato costituzionale pluralista e da decenni affronta la dimensione globale. E del resto da più parti si parla di *tramonto del costituzionalismo* e, nel vecchio Continente, di *eclissi della Costituzione*¹. Per questo si propone di indagare l'attuale sensibilità *costituzionalistica* recuperando le tradizioni ritenute "minori" di quei fondamenti, indicando i possibili, futuri, sentieri del *costituzionalismo* a venire. Si azzarda quindi una sorta di cortocircuito temporale che permetta di rintracciare un percorso alternativo in grado di far dialogare le origini, eretiche e spesso sconfitte, del *costituzionalismo* della lunga modernità, insieme con le tendenze del suo possibile futuro, nel solco di una nuova coniugazione di libertà ed eguaglianza (*egaliberté*), come autonoma realizzazione individuale e condivisione della solidarietà sociale di libere comunità di esseri umani che si danno istituzioni di autogoverno, in più o meno

ampie porzioni di territorio in relazione tra loro tramite un comune agire federato².

1. *Il «futuro anteriore» di un nuovo costituzionalismo?*

In questo senso urge una premessa chiarificatrice, che è anche un'esplicita ammissione di limitatezza del presente scritto. Con questi che possono essere infatti definiti solamente appunti *in itinere* non si ha la pretesa di confrontarsi con la oramai sconfinata letteratura, in particolar modo anglosassone, intorno al *new constitutionalism*, né con la più recente, ma altrettanto affollata, soprattutto da filosofi del diritto italiani, bibliografia intorno al *neo-costituzionalismo*, termine che ha da tempo conquistato un suo spazio accademico legittimato anche da un'apposita *Voce* nell'autorevole *Enciclopedia del Diritto*³. Si riconosce e si tiene in conto la grande capacità argomentativa e di produzione scientifica di questo vastissimo dibattito, soprattutto nella sua tensione analitica riguardo al dialogo tra le Corti nell'interpretazione giurisprudenziale di un costituzionalismo oltre lo Stato-nazione, posto a garanzia dei diritti fondamentali delle persone, eppure spesso disperso nelle maglie di poteri globali poco trasparenti e molto influenti.

L'intento di questi appunti è quello di spostare il piano del ragionamento, guidati dal filo rosso di un pensiero costituzionalistico vivente, pienamente situato al dentro delle contraddizioni sociali, culturali, economiche e politiche del suo tempo e con le radici ben piantate sulle fondamenta, in parte disattese, del moderno diritto pubblico e costituzionale. È la possibilità di in-

terrogare un ritorno alle origini del nuovo costituzionalismo, nel segno di processi di trasformazione sociale e istituzionale ancorati ai principi e alle pratiche della libertà individuale e politica e quindi di giustizia ed equità sociale: fra libertà e solidarietà. In una prospettiva comparativa, nella sua dimensione diacronica, dal formarsi dello Stato di diritto, al trasformarsi degli Stati costituzionali democratici e sociali del secondo dopoguerra⁴. Ieri, agli albori della rivoluzione costituzionale atlantica ed europea che incrociava le prime mutazioni commerciali e industriali, quindi il colonialismo di Stati votati al mantenimento o alla fondazione dei loro Imperi. Oggi, all'imbrunire di un costituzionalismo che si vorrebbe quasi cosmopolitico – un *Global Constitutionalism* – ma che appare rinserrato tra angusti spazi statuali e spesso effimeri dialoghi giurisprudenziali, messo in discussione da grandi migrazioni post-coloniali, stressato dalla divisione sociale e globale dei lavori, ostaggio di terrori e guerre diffuse e permanenti, egemonizzato dalle istituzioni della *governance* sovrastatale e dalla protezione degli investimenti dei grandi soggetti finanziari, superato dal diritto arbitrale delle *Corporate Law Firms*, marginalizzato dal diritto (europeo e globale) dei contratti, spiazzato dalle accelerazioni digitali di una nuova, «seconda età delle macchine» in cui *Corporation* delle piattaforme digitali quotate nei mercati finanziari appaiono i nuovi sovrani nella *democrazia dell'algoritmo* che guida raccolta, monitoraggio e gestione dei *Big Data* nella connessione globale dell'*Internet of Things*, tra biotecnologie e intelligenza artificiale⁵.

Sono note preliminari di un progetto di ricerca più ampio, sulle origini e il futuro di un costituzionalismo ancora sospeso sul-

le sue promesse di maggiore e sempre più inclusiva garanzia delle differenti esigenze di libertà individuali, garanzia di una pari dignità sociale, potenziamento della solidarietà collettiva e cooperazione sociale, valorizzazione delle condizioni di autodefinizione e autogoverno, condivisione di una trasformazione sociale che sappia tenere in legame evolutivo il rapporto tra persone, società, istituzioni, ambiente naturale, innovazione tecnologica. Per presentare questa ricognizione si seguono tre direttrici, quasi in controcanto alla triade territorio/popolo/sovranità fondante il costituzionalismo statualista, recuperando letture e sperimentazioni che forse solo in parte possono contribuire a descrivere gli spazi teorici e le possibili sperimentazioni pratiche di un nuovo costituzionalismo, andando oltre le alternative del moderno⁶. Il tutto avendo contezza di essere situati nel cuore mediterraneo di un Continente la cui classe dirigente, divisa su un presente di fallimentari pregiudizi nazionalistici, appare incapace di pensare un futuro costituzionale comune. Così il riferimento "istituzionale" costantemente presente nel provare a ragionare di "nuovo costituzionalismo" assume in queste note il vecchio Continente come spazio politico macro-regionale di pensabilità di una tale ipotesi, anche facendo leva sulla sua *tradizionale* propensione al «polimorfismo costituzionale», ricordando come la «ricchezza delle esperienze costituzionali tra XVIII e XX secolo hanno certamente allargato i nostri orizzonti»⁷. Ben sapendo di correre il rischio di ennesimo eurocentrismo fuori tempo massimo, tra il provincialismo e il tardo coloniale⁸. Eppure assumendo le sperimentazioni istituzionali tentate nel vecchio Continente come l'affermazione di un pluralismo costituzionale

post-nazionale che fa da sfondo ai *percorsi del "nuovo costituzionalismo"* nel senso di valorizzare gli spazi di apertura e inclusione sociale, invenzione e innovazione istituzionale, trasformazione evolutiva degli statuti proprietari, anche nella prospettiva di eccedere le istituzioni europee, statuali e unionali, attualmente in crisi⁹. Del resto proprio la scuola del *pluralismo costituzionale* continua ad interrogarsi sulle possibilità di un «new explicitly constitutional model for the supranational level», in un ecosistema costituzionale europeo non più monista (*post-holistic*), dinanzi al protagonismo delle Corti e anche nel senso di una *istituzionalizzazione del conflitto* come nuova Costituzione per l'Europa¹⁰.

Per tutto questo il percorso presentato in queste note è sicuramente parziale e solamente abbozzato: procede per frammenti, suggerendo una prima, approssimativa, mappa concettuale di questo "ritorno al futuro del nuovo costituzionalismo". E si tenta un quadro di riferimento articolandolo in tre parti, che sono tre interrogativi: quali spazi politici, quali soggetti sociali, quali istituzioni per il "nuovo" costituzionalismo? Che potrebbe anche intendere: quale sociologia critica, economia politica e statuto della proprietà per il costituzionalismo dell'era digitale? In un'epoca caratterizzata da processi di individualizzazione delle esistenze, accelerazione temporale degli eventi e della storia, mutamento degli spazi politici.

Con una ulteriore puntualizzazione. Questo intervento si inserisce in un più ampio "progetto di ricerca", tramite il quale chi scrive prova da tempo ad interrogare le possibilità di un "nuovo" costituzionalismo, *spazzolando la storia contropelo*, per dirla con il Walter Benjamin dell'esergo.

In questo senso i paragrafi tre e quattro di questo saggio interrogano riflessioni che si è già provato a portare avanti in altri lavori. Mentre il prossimo paragrafo, sugli spazi politici federati del possibile "nuovo" costituzionalismo, è un parziale e provvisorio tentativo di tessere il filo rosso del ritorno al futuro del costituzionalismo, in particolar modo europeo, a partire dalla pensabilità di una dimensione politico-costituzionale fuori dall'idolatria nazionalistica delle esperienze costituzionali della tarda modernità e dal connesso *nazionalismo metodologico*, per evitare di rimanere prigionieri degli Stati e del loro punto di vista, recuperando invece una parte di quegli esperimenti e di quei pensatori che sin dalle origini hanno forzato il vincolo costituzione-nazione, con particolare sensibilità per principi e pratiche di giustizia sociale ed eguaglianza¹¹. In ogni caso in ciascuno dei tre paragrafi si tenta una (parziale) ricostruzione oltre la "tradizionale" disciplina costituzionalistica, confrontandosi con la prospettiva geografico-spaziale di un costituzionalismo policentrico (secondo paragrafo), con le opzioni di economia politica e sociale di un nuovo costituzionalismo oltre la società salariale (terzo), quindi con lo statuto della questione proprietaria e l'affermazione di nuove istituzioni, anche nel senso di un costituzionalismo dei *Commons*. Per questo, se si volesse azzardare una sintesi didascalica dei tre paragrafi che seguono, si prospetterebbe una visione del "nuovo" costituzionalismo oltre le Costituzioni dello Stato-nazione, del lavoro salariato e del tradizionale *clivage* proprietario tra individualismo possessivo e pubblico statale, per l'affermazione di istituzioni in grado di confrontarsi con un'età globale in radicale trasformazione.

2. Gli spazi politici del "nuovo" costituzionalismo policentrico: processi federati tra città ed Europa

In generale, nelle scienze storiche e sociali, rimane una bussola di orientamento metodologico il celebre assunto di Fernand Braudel, che «ogni realtà sociale è, per prima cosa, spazio»¹². Di più: pratiche sociali e dimensioni spaziali si influenzano reciprocamente e «il diritto degli Stati si trova perciò nella necessità di inseguire la dilatazione spaziale degli scambi» culturali, sociali ed economici, verso il basso (locale) e verso l'alto (globale)¹³. In questo senso sembra necessario accennare assai brevemente alle trasformazioni avvenute nell'ultimo quarantennio.

È cosa banalmente nota che dagli anni Settanta del Novecento si è assistito ad un radicale mutamento della spazialità politica e giuridica, ancor più nel mondo post-1989, quando è stato messo definitivamente in tensione il fondamento territoriale delle istituzioni di (auto)governo che una determinata comunità di soggetti aveva provato a darsi, a partire dallo Stato costituzionale, pluralistico e sociale, del secondo Novecento, erede dello Stato-nazione di diritto del XIX secolo. Ed è nel corso degli anni Ottanta e Novanta del Novecento che all'interno degli studi giuridici, anche sulla scia dei *Critical Legal Studies*, si è assistito alla cosiddetta "svolta spaziale" (*Spatial Turn in Legal Studies*), partendo dal mondo anglosassone e dalle contaminazioni con gli studi di *Legal Geography*¹⁴. Un movimento di studi e ricerche che ha spinto le scienze giuridiche ad indagare il rapporto tra forme e soggetti dei poteri, innovazione normativa e istituzionale, ruolo di amministrazioni pubbliche, Corti di giustizia, soggetti eco-

nomici privati e trasformazione degli spazi politici, con particolare attenzione alla dimensione urbana e a quella sovrastatale/globale. Mettendo al centro degli studi giuridici i profili di inclusione/esclusione sociale, mutamento della cittadinanza sociale e degli statuti proprietari, oltre il crinale pubblico/privato e interrogando le diverse forme e proprietà di beni pubblici e *Commons*, con una particolare attenzione alla rigenerazione urbana e ai processi di *governance* multilivello.

Nei più recenti decenni è infatti tornato centrale il ruolo delle città, in quella che viene definita, da studiosi, ricercatori e istituzioni internazionali come la *Urban Age*, anche nelle scienze giuridiche, politiche e sociali¹⁵. D'altra parte gli studi antropologici, e non solo, ci ricordano che la città ha accompagnato la storia dell'umanità, sin dai suoi albori, con «il passaggio dalla cultura del villaggio a quella urbana», già nella comunità paleo-neolitica della prima «rivoluzione urbana», dalla sua epoca (post-) agraria, quindi mercantile e commerciale, fino a quella industriale nei grandi conflitti del secondo Ottocento e poi del Novecento, "secolo del lavoro", fino alla «società urbana» interrogata da Henri Lefebvre e David Harvey¹⁶.

Detta altrimenti: sono gli "assemblaggi" tra «territorio, autorità e diritti» in cui la città è sempre stata al centro: dall'«economia politica della territorialità urbana» nei tempi lunghi in cui si è assemblato il nazionale (tra il Medioevo e il XIX secolo), ai mutamenti della cittadinanza nell'era digitale globale: «condizioni che oggi fanno delle città le sedi dell'innovazione politica [che] a loro volta destabilizzano i più vecchi sistemi di organizzazione del territorio e della politica»¹⁷. Consapevoli

che questi ultimi decenni sono stati caratterizzati da due opposte tendenze. Da un lato le evoluzioni del diritto globale e di una *lex mercatoria*, pronta ad assecondare le fluidità dei mercati finanziari e non più frutto di tradizioni e consuetudini, che assume il «contratto» e l'«arbitrato» come modelli di una funzione legislativa-giudiziaria servita «à la carte»: è il diritto «à la carte», in diretta dipendenza dai processi di accumulazione economica e di innovazione tecnologica, un «diritto globalizzato», diritto cangiante, ibrido, frutto di «incroci tra oralità e scrittura», che declina in una «*governance* paragiudiziaria», tramite la giustizia privata dei tribunali arbitrali che di fatto privatizza l'economia politica¹⁸. Dall'altro, nel vecchio Continente, si è assistito al conflitto tra gli strumenti di *Soft Law* nelle diverse procedure di *governance* sovrastatale e le contro-spinte statualistiche, tra circuito intergovernativo e gelosie nazionali, soprattutto in seguito alla difficoltà di coniugare *funzionalismo* e *Costituzione* a causa dei *No* referendari delle cittadinanze di Francia e Paesi Bassi che nel 2005 bloccarono il processo di costituzionalizzazione continentale rifiutando il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, rivitalizzando l'euroscetticismo e l'opposizione popolare nazionalista alle élite della tecnocrazia comunitaria¹⁹. Per giungere alle diverse *Eurocrises* dentro la crisi globale iniziata nel 2007-2008, in cui il processo di integrazione continentale – dell'Ue a 28 Stati, dell'Uem a 19 – precipita in un «managerial regime of the state of emergency» nel quadro di un *liberalismo autoritario*, in un contesto di «democrazie acefale e dispotismo postdemocratico»²⁰.

Per questo gli spazi culturali e istituzionali di un "nuovo costituzionalismo"

sembrano situarsi al di là delle tradizionali dimensioni giuridiche dell'ultimo quarantennio. Da una parte oltre il ripiegamento identitario nello *Stato nazionale e sociale* dato il grado di coinvolgimento delle stesse istituzioni statali nei processi multilivello di una *governance* che è transitata dalla «"gouvernance d'enterprise" à la "gouvernance d'État"», funzionale agli interessi economico-finanziari dell'epoca globale²¹. Dall'altra diviene necessario superare quello che è stato definito come «new constitutionalism», quasi un *Global Constitutionalism*, fondato sulla protezione degli investimenti (*Investment Rules*) delle *Corporation* intesa come Costituzione materiale globale²². E pur sapendo che nel contesto europeo la sovrapposizione tra dimensioni *statale* e *globale* accompagna da tempo la nuova *lex mercatoria* nell'«avvento della tecnodemocrazia»²³, se si pensa anche al ruolo del Fondo monetario internazionale, all'interno della cd. *Troika*, nella gestione delle tensioni nell'Eurozona, superando ampiamente l'architettura istituzionale comunitaria e unionale²⁴. Eppure proprio nel cuore di un'Europa in debito di immaginazione istituzionale e azione politica può essere utile tornare ad interrogare due sentieri di questo possibile ritorno alle origini del "nuovo costituzionalismo": per riproporre «un approccio al problema "Europa" che possa dirsi (in senso lato, ma non impreciso) "storico-giuridico", distinto come tale da una prospettiva "esclusivamente" storiografica o "esclusivamente" giuridica»²⁵. Da una parte il federalismo europeo degli anni Venti e Trenta del Novecento, per pensare le istituzioni europee definitivamente fuori dalla *mentalità e metodologia nazionalistica* (per dirla ancora con Ulrich Beck), dentro la tradizione sussidiaria delle

articolazioni dei poteri tipica di un pensiero giuridico e politico anti-centralista, che sfida i concetti di Stato e sovranità, *dopo il Leviatano*²⁶. Dall'altra, per situarsi all'altezza della già ricordata *Urban Age*, è forse altrettanto vitale poter recuperare il pensiero e le pratiche delle autonomie civiche e repubblicane, in quel sottile filo rosso che preme sulle istanze costituenti del costituzionalismo post-1789, in dialogo con la diffusione europea delle "Repubbliche sorelle".

2.1. *Federare e liberare*

Per quanto riguarda il primo filone c'è un'ampia letteratura comparatistica che nel passaggio di millennio, nel processo costituente delle *Convenzioni sul futuro dell'Europa* bloccato dai già ricordati *No referendum* del 2005 segnalava come l'idea di «un'Europa delle regioni» fosse un'opzione costantemente presente nel dibattito sull'integrazione europea, già a partire dai terribili anni Venti e Trenta del Novecento, come prospettiva federale in radicale antagonismo all'opzione stato-centrica: fu infatti «durante e all'indomani di un'altra strage europea dovuta agli stati-nazione», che intellettuali come Jacques Maritain e Emmanuel Mounier «contrapposero la prospettiva regionale agli stati-nazione, in nome di un "federalismo integrale" fondato sulla persona umana»²⁷. Ed il «credo europeo di Mounier»²⁸ rappresentò anche un modo alternativo di *pensare politicamente* l'Europa. A ridosso dell'assolutismo totalitario che stava falcidiando il primo Novecento continentale era necessario ripensare il vecchio Continente, valorizzan-

do la «funzione mediatrice dell'Europa», «banco di prova delle diverse esperienze sociali», spazio di immaginazione politica continentale che diventerà «l'oggetto di spartizione più prezioso del mondo» tra le due superpotenze uscite vincitrici dal secondo conflitto mondiale²⁹.

Quella portata avanti dai grandi pensatori, intellettuali e militanti federalisti ed europeisti nel cuore oscuro del Novecento è una visione di Europa fortemente antagonista ai fondamenti belligeranti della lunga guerra civile europea, eretti su un'idea di sovranità nazionale che, anche laddove declinata in modalità e procedure democratiche, tiene in sé i germi dell'aggressività militarista e della distruzione del nemico. È la *continuità e persistenza dell'idea federalistica in Europa*, come principio costituzionale organizzativo da opporre alla luttuosa visione stato-centrica e nazionalistica della prima metà del Novecento: «federare o perire», per rimuovere definitivamente il nazionalismo guerrafondaio³⁰.

Nell'agosto 1943 il concetto di nazione in Europa ha definitivamente perso «le sue qualità espansive ed ha acquistato invece qualità restrittive», è immiserito, diventando forza passiva, obbedendo a idee di impoverimento, restringimento, riduzione, finendo con il diventare «concetto infelice»³¹. È il fallimento della modernità giuridica dello Stato-nazione nel vecchio Continente e tutti i testi e i pronunciamenti ideali di quel periodo rifiutano il ristabilimento del vecchio ordine liberale, nazionale e monoclasse, per combattere l'egemonia di uno *ius publicum europaeum* fondato sul diritto sovrano di Stati indipendenti che si fronteggiano in una lotta per l'egemonia continentale. Ma già nel 1932 Stefan Zweig notava cupamente che «ora le due visio-

ni, il nazionalismo e il sovranazionalismo, sono petto a petto nello scontro decisivo», avendo l'amara consapevolezza che «no, non ci sarà ancora l'Europa unita, domani, dovremo attendere forse ancora anni, decenni, forse la nostra generazione non farà in tempo a viverla»³². E sarà il dilemma che accompagnerà Lucien Febvre fino alla chiusura del suo celebre corso sull'idea di Europa tenuto nell'anno accademico 1944-1945 al Collège de France e l'anno successivo presso l'Università libera di Bruxelles: «Europa. Bruciare o segnare la tappa?»³³. Perché nell'immediato dopoguerra *Europa* è «parola feticcio», «parola rimedio» dinanzi alle macerie nelle città e alla morte di milioni di persone: «ed ecco che l'Europa diventa nozione di crisi»³⁴. Ieri, come oggi, nell'infinita "eurocrisi"³⁵. E ieri, sempre sul crinale degli anni Trenta/Quaranta del Novecento, nelle parole di Silvio Trentin, giuspubblicista antifascista emigrato in Francia nel 1926, era necessario *liberare e federare* gli Stati e l'Europa, per una rivoluzione europea contro i fascismi, che fosse libertaria e sociale al contempo e aspirasse a federare l'Europa per liberarla dall'incubo nazionalista, con una particolare attenzione da parte di Trentin al ruolo del comune, come spazio di autogoverno territoriale³⁶. Ed è questo il decisivo e sempre troppo dimenticato insegnamento di tutti questi uomini e donne in fuga dai totalitarismi e tra loro in difficoltoso dialogo, a lungo segregati nelle carceri fasciste, o esiliati su isolotti sperduti per anni, come nel caso del gruppo promotore del testo *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un Manifesto*, noto come *Manifesto di Ventotene*, vera e propria opera condivisa da quell'intelletto collettivo antifascista, redatto clandestinamente tra il 1941 e il

1942 e poi con l'edizione pubblica del 1944, prefata da Eugenio Colorni e con la firma di Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi³⁷. In quelle pagine si individua una vera e propria soluzione "costituzionale" per una futura aggregazione sovranazionale, che sia autenticamente post-nazionale, possa garantire a ciascun cittadino non solo il diritto di influire a livello partecipativo sul nuovo ed inedito potere pubblico post-statale, ma anche la possibilità di vedere garantita una eguale dignità sociale di base, a cominciare da quel reddito di esistenza chiaramente individuato come cemento di una nuova solidarietà pan-europea dopo l'abbattimento dei cupi rituali nazionalistici³⁸. L'idea e la pratica di un federalismo solidaristico continentale che non a caso attraversò anche la prima conferenza federalista tenuta presso la *Maison de la Chimie* nella Parigi liberata del 22-25 marzo 1945, organizzata da Ursula Hirschmann e Altiero Spinelli e con la partecipazione di molti dei militanti ed intellettuali ricordati finora: Albert Camus, che la presiederà, Lewis Mumford, Emmanuel Mounier, George Orwell, Maurice Guérin, Jacques Baumel e molti altri³⁹.

E se nel mezzo della lotta antifascista si trattava di liberare un Continente, per federarlo, ora gli spazi del costituzionalismo sembrano forse ribaltare i termini. Partire dalle culture solidaristiche del federalismo post-nazionale per liberare il vecchio Continente dagli egoismi intergovernativi delle classi dirigenti nazionali ed europee e dai pericoli totalitari di partiti e movimenti tradizionalisti, autoritari, nazionalisti che sempre più prendono piede, soffiando sul fuoco di masse impaurite dai grandi stravolgimenti globali, erigendo muri e fili spinati non solo metaforici, come risultano da tempo le politiche portate avanti dai

quattro Paesi del *Visegrad Group*⁴⁰. Perché *federare* le cittadinanze d'Europa ora significa *liberare* un Continente dalla recrudescenza dei nazionalismi e questo è l'insegnamento che tuttora parla alle possibilità di un costituzionalismo post-nazionale nel *federalizing process*: riprendere quella *eredità federalistica* iscritta nella storia recente del costituzionalismo europeo, perché «la crisi costituzionale europea è anche una crisi delle sue aspirazioni federali, ed è solo ravvivando le seconde che si può rimediare alla prima»⁴¹.

2.2. Città globali ed Europa di città

Questo ripensamento critico dei fondamenti sovranisti del costituzionalismo continentale intercetta un'altra attuale tendenza nel diritto pubblico e costituzionale europeo e non solo: l'attenzione alla città e alle dimensioni federative di un agire politico-costituzionale che sappia tenere insieme lo spazio locale di autogoverno con la prospettiva post-nazionale di legami federati all'interno di macro-aree regionali. Dinanzi ai mutamenti della sovranità e quindi della ridefinizione del rapporto tra territori ed amministrazione, si può giocare il dialogo con l'immaginario del passato sul recupero progressivo delle tradizioni, come strumenti di valorizzazione delle peculiarità dei luoghi, possibili aperture comunicative tra diversi, forme del vivere sociale che tengano nella giusta considerazione gli elementi materiali di una data realtà socio-economica. Con questa ottica si dovrebbero ripensare le dimensioni locali come *nuovi* spazi politici, valorizzandoli come la dimensione territoriale dove sperimentare

partecipazione diretta delle collettività che vi abitano, nuova amministrazione economica e tutela dei diritti, dialogo sociale e gestione della complessità, per giungere quindi a forme di cooperazione interregionale, intese anche come strumento comunicativo e relazionale tra vicini e simili, lontani e diversi e viceversa. Qui il cortocircuito temporale interroga le origini del costituzionalismo contemporaneo europeo, nel farsi degli Stati nazionali nella prima modernità, con la possibilità di pensare un "nuovo" costituzionalismo nell'attuale disfarsi del progetto funzionalista di integrazione continentale, in una fase che abbiamo precedentemente definito come *Urban Age*.

È una ricostruzione cui si accenna solo in parte, ma che permette di tessere un filo rosso di valorizzazione delle tradizioni *minoritarie e dissidenti* nei processi di formazione degli Stati liberali tra XVIII e XIX secolo. A partire proprio dai «dissidenti del Risorgimento»⁴² italiano, in particolare quel Carlo Cattaneo teorico dell'*ordine cittadino* come spazio politico alternativo all'idea di Stato-nazione e occasione di emancipazione sociale e politica delle classi operose, rispetto tanto all'ordine cetuale dell'Antico Regime, che al potere sovrano delle grandi potenze imperiali. Ma forse, ancor prima, il Maestro di Cattaneo, quel Gian Domenico Romagnosi che in molte delle sue assai ampie opere ha spesso posto l'accento sulla tradizione dell'«incivilimento italico» e quello «europeo consociato», proprio a partire dal ruolo della città e dei «municipali consorzj»⁴³. Insistendo in diversi passaggi su una ricostruzione dell'idea di città che tiene insieme «cooperazione alla scambievole sicurezza e soddisfazione e sopra tutto il soccorso in caso d'impotenza», con

l'affermazione di «una protezione solidale della Comunanza a favore dell'associato», il cittadino, che parte dalla «sicurezza» e giunge al «soccorso»⁴⁴:

Due specie diverse di soccorsi sociali possono esistere. La prima si può dire di *ragione privata* come sarebbero le tutele, l'assistenza in caso di infermità o la distribuzione di mezzi di sussistenza nel caso di incolpabile e calamitosa indigenza, ec. La seconda specie si può dire di *ragione comune*, come sarebbe far un ponte su d'un'acqua a comodo degli abitanti onde agevolare una comunicazione, stabilire pesi e misure autentiche ed altre cose simili, senza aver in vista alcun individuo in particolare⁴⁵.

Siamo al cuore di una visione di *diritto di città*, come sempre in quelle pagine Giandomenico Romagnosi definisce l'idea di cittadinanza, intesa nella sua dimensione di cooperazione sociale e di invenzione costituzionale di strumenti di reciproco sostegno e promozione economica, culturale, produttiva, per affermare un ordinamento istituzionale aderente alle domande di autogoverno e sicurezza delle cittadinanze, di spazi di *libertà* e domande di giustizia sociale ed *eguaglianza*⁴⁶. È questo il portato di un pensiero collettivo diffuso nell'Europa tra secondo Settecento e prima metà dell'Ottocento capace di produrre la nuova sensibilità post-1789 e tenere insieme la dimensione locale di governo quotidiano delle città, con la prospettiva di soccorsi *civili e sociali* in grado di affermare una nuova idea di cittadinanza, per creare infrastrutture pubbliche di scambi e comunicazioni commerciali, culturali, economiche. La Milano del primo Ottocento è un vero e proprio laboratorio europeo frequentato anche dagli esuli della Repubblica napoletana del 1799, soprattutto Vincenzo Cuoco, e li approda anche Romagnosi, dopo l'esperienza di pretore a Trento, e intercettando

tutto il clima intellettuale, politico e sociale delle *Repubbliche sorelle* diffuse in Europa e degli *albori costituzionali d'Italia*, che partono dalle sperimentazioni autonomistiche, cittadine, comunali⁴⁷. Non a caso sarà Carlo Cattaneo, fedele e geniale allievo ed erede culturale di Romagnosi, a scrivere *La città considerata come principio ideale delle storie italiane* (1858), a dieci anni da un'altra data fondamentale nel percorso del costituzionalismo democratico europeo, quel 1848 che vide proprio Cattaneo protagonista nel *movimento di popolo* della città di Milano, nel quadro della rivoluzione costituzionale europea che dovrà ancora attendere per affermare l'idea e la pratica di una nuova cittadinanza sociale, tra autogoverno locale e indipendenza nazionale e popolare.

Sono sperimentazioni costituzionali, intellettuali e politiche, immerse nelle trasformazioni sociali e nei suoi effetti sulla spazialità politica a partire dalla città, nel quadro europeo. Con Romagnosi prima, e Cattaneo successivamente, per affermare la tradizione evolutiva della città dell'*incivilimento italico* come dimensione di azione ed autogoverno delle classi operose, recuperando il ritardo "italiano" accumulato ancora a metà dell'Ottocento rispetto alle altre città d'Europa, divenute già luoghi di conflitti sociali, emancipazione individuale e solidarietà collettiva per i soggetti del "nuovo" costituzionalismo. In questo scorcio dell'Ottocento il *diritto di città* del nascente costituzionalismo democratico e sociale europeo diviene il luogo politico e istituzionale delle classi operose che si autorganizzano nella creazione di istituzioni garanti della libertà civile e politica e della sicurezza sociale e collettiva: rivendicando *dignità individuale*, *autogoverno sociale* e *benessere collettivo*, in prima battuta nella

dimensione locale delle loro vite. E il 1871 della *Commune de Paris* costituisce un ulteriore tassello nell'immaginare un *diritto alla città* e all'autogoverno delle classi subalterne che finiranno inquadrare nelle strutture burocratico-amministrative del nascente Stato sociale su base nazionale, a partire dalla III Repubblica francese. Sono movimenti urbani di cittadinanze *laboriose* e *attive*, alle origini della società industriale nel 1848 e 1871 europeo, come nelle trasformazioni metropolitane e urbane del secondo Novecento, nella fine della società industriale, indagate con profondità sociale e storiografica anche da Manuel Castells, fino ai «momenti costituzionali» conquistati dalle «cittadinanze insorgenti» nell'attuale passaggio di millennio:

il fatto, per esempio, che la strana collisione avvenuta in Brasile negli anni Novanta fra neoliberalismo e democratizzazione abbia prodotto l'inserimento nella Costituzione del 2001 di clausole che garantiscono il diritto alla città, va attribuito alla forza e all'importanza dei movimenti sociali urbani nel promuovere la democratizzazione, in particolare per quanto riguarda la questione della casa⁴⁸.

La tensione tra movimenti sociali, nello stesso tempo urbani e globali, e rivendicazioni costituzionali ed istituzionali affermava un quadro di riflessione teorica ed azione sociale che proprio nel *volgere di millennio* incontrava l'emersione di *processi costituenti* nel Continente latino-americano, come in Europa⁴⁹. Negli stessi anni infatti, in quel percorso costituente del vecchio Continente bloccato dai già ricordati referendum del 2005, l'elaborazione della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (proclamata a Nizza, nel dicembre 2000) portava alla scrittura del terzo comma dell'art. 34, nel quale

si affermava che «al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali». Un articolo che prova a tenere insieme garanzie sociali continentali con la centralità della questione abitativa come diritto fondamentale nel nuovo *diritto alla città*⁵⁰. In cui il *droit de la ville* è inteso non solo come dimensione amministrativa di nuove politiche pubbliche, ma come *right to the city*, diritto delle cittadinanze ad autogovernarsi in città che vanno riorganizzandosi come nuove *sfere pubbliche*, punti di una più ampia rete di flussi materiali e immateriali («città delle reti» e «reti di città»), luoghi di incontro-confronto tra soggetti plurimi, spazi dove l'azione di diversi livelli istituzionali precipita in un'azione amministrativa quotidiana, territori nei quali poter combinare le «istituzioni multiple» con «economie di rete» e nuove pratiche di democrazia e autonomia⁵¹. Con la consapevolezza che proprio «le grandi aree metropolitane urbane rappresentano una serie imbarazzantissima di problemi», dal punto di vista tecnologico, economico, culturale, sociale, politico e governativo, come notava già a metà del Novecento Carl J. Friedrich, facendo leva sulla sua sensibilità *federalistica* di scienziato politico e delle istituzioni attento alla tradizione federale statunitense⁵². In ogni caso una nuova attenzione alla città permette di ripensare i legami sociali tra le persone, i processi economici e i diversi spazi pubblici e livelli di (auto)governo: da municipi, città e aree vaste, agricole o

meno, metropoli e città diffuse, fino alla prospettiva post-nazionale, nella dimensione di quelle «global city-regions», veri e propri soggetti economici ed istituzionali «in un *mondo globale poliarchico* nel quale *arché* (che significa sia "origine" che "comando") non attiene più allo Stato-nazione», anche nell'integrazione orizzontale dell'*Europa delle città*, dopo quella verticale delle nazioni⁵³. Detta in sintesi, per stare nell'enunciazione di punti di una possibile ricerca a venire, ed aprire al prossimo paragrafo: sono le possibilità di un nuovo costituzionalismo tra spazi politici locali e sovrastatali, tra *città globali* ed *Europa di città e regioni*, ripensando «città e reti europee»⁵⁴. Il futuro del costituzionalismo oltre lo Stato-nazione, per affermare una nuova cittadinanza sociale a partire dalla previsione di strumenti universali di garanzie sociali.

3. *Il costituzionalismo sociale dopo la società salariale*

Si è visto come l'attenzione alla *svolta spaziale* delle istituzioni sociali e di governo illumina un ulteriore cortocircuito teorico e temporale nell'indagare la composizione sociale ed economica dei soggetti che rivendicano una nuova cittadinanza. Dai ceti operosi e popolari di quel *Terzo stato* protagonista in Europa dentro il farsi dello Stato liberale monoclasse e parzialmente sacrificato in Italia, come narrato da Romagnosi e Cattaneo, al *Quarto stato* compreso tra il 1848 e la *Commune* del 1871, che apre al passaggio di fine secolo e alla successiva inclusione del proletariato negli Stati costituzionali e sociali del secondo Novecento,

dopo la "nazionalizzazione delle masse" e la sovietizzazione delle Russia, quindi al precariato nelle città globali dell'ultimo quarantennio, sospeso in quella condizione di *Quinto stato* escluso dalla cittadinanza sociale⁵⁵.

È infatti proprio la cesura della "Rivoluzione atlantica" di fine Settecento ad inaugurare dibattiti e argomentazioni costituzionalistiche, oltre che innovazioni istituzionali, intorno alla previsione di forme del vivere sociale più inclusive, con un occhio alla *felicità pubblica*, a partire dall'introduzione di un minimo vitale, una *allocation universelle*, un reddito di base, che funge da garanzia sociale contro la povertà e condizioni di lavoro servili. Sarà solo in parte così con Condorcet e la sua previsione di un'assicurazione obbligatoria, in *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humaine* (1795), per certi versi antesignana della assicurazione sociale nel *Socialstaat* bismarckiano. Mentre un vero e proprio anticipatore dell'idea di una *allocation universelle* come strumento di equa ripartizione della ricchezza sociale è Thomas Paine, protagonista di ambedue le Rivoluzioni, americana e francese, e sostenitore nel suo *Agrarian Justice* (1797) di una "dotazione universale" da concedere incondizionatamente a ciascun uomo e donna che abbia raggiunto la maggiore età, per redistribuire la ricchezza della rendita agraria anche ai non-proprietari terrieri, perciò intesa come meccanismo di giustizia sociale e non come strumento di paternalistica assistenza dei ceti dominanti, o caritatevole elemosina cristiana.

Dal punto di vista istituzionale già l'art. XXI della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che precede la Costituzione del 1793, quella cosiddetta "montagnar-

da", "giacobina", proclamata il 24 giugno ed il 10 agosto solennemente conservata in *une arche en bois de cèdre* e mai applicata, stabilisce che «i soccorsi pubblici sono un debito sacro. La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a quelli che non sono in età di poter lavorare»⁵⁶. È l'inizio delle riflessioni teoriche e dei tentativi di attuazione pratica intorno ai diritti sociali e alle diverse ipotesi di una concreta giustizia sociale, a partire da una dotazione universale/reddito di base, che coinvolgerà una parte del dibattito costituzionalistico francese, italiano ed europeo, proprio a partire dall'idea dei "soccorsi pubblici" o "sociali" (come abbiamo visto li chiamerà di lì a poco Giandomenico Romagnosi). Se possono sembrare delle false partenze istituzionali sono al contempo degli spazi di elaborazione intellettuale di società più giuste, in cui l'economia politica incontra le istanze del nascente costituzionalismo alla ricerca di quella *pubblica felicità* che già con il Pietro Verri del *Discorso sulla felicità* (1781) veniva intesa come «maggiore felicità possibile ripartita con la maggiore eguaglianza possibile».

Ed è da leggersi in questo senso l'argomentare dello studioso ed uomo politico di origine lombarda Pietro Custodi (1771-1842), analista di storia economica italiana ed europea, attivista politico, di formazione giovanile giacobina, a volte tralasciato nella genealogia rivoluzionaria e costituzionale delle *Repubbliche sorelle*. Nella sua breve prefazione alla traduzione italiana da egli stesso redatta del *Rapporto del cittadino Haller al primo console della Repubblica francese su le rendite e le spese dell'anno IX* (1801) propone una «tassa unica sulle eredità» per generare una rendita pubblica «così le

classi attive della società troverebbero un mezzo di sussidio inesauribile nel fondo medesimo delle pubbliche rendite», nel senso di uno «stabilimento di perpetua beneficenza», «provvedendo esso a ciò che fu finora obliato in tutti i progetti di costituzioni repubblicane, a mantenere cioè una minore ineguaglianza nelle proprietà dei cittadini»⁵⁷.

Oggi, come agli albori del costituzionalismo dei contemporanei, sembrano incontrarsi la questione sociale di una "parte" non rappresentata nelle istituzioni (politiche, sindacali, economiche), eppure diffusa nel formicolio metropolitano delle classi più o meno *operose e pericolose*, con le sperimentazioni possibili di un costituzionalismo aperto alle domande di ripensamento della cittadinanza sociale, oltre la società nazionale dei salariati⁵⁸. È questo il punto di vista di un "costituzionalismo sociale" che indaga il concreto dispiegarsi del vivere economico-sociale, inserendosi in una sensibilità che, ancora una volta riprendendo il Benjamin dell'esergo, potremmo definire "materialistica", nel suo concreto analizzare i rapporti di forza che fondano i processi costituenti e che permangono nelle Costituzioni e nelle dottrine costituzionali che le accompagnano e le interpretano. Si torna ad un insegnamento spesso dimenticato, quello di Ferdinand Lassalle che proprio nel cuore dell'Ottocento inaugura un filone della nascente scienza costituzionale che pensa la «Constitution d'un pays» come «le rapport réel, effectif, en ce pays, des forces sociales, des puissance en presence»⁵⁹. Un approccio "materialista" scioglie il filo rosso del costituzionalismo delle origini, con la sua attenzione al ribollire del fermento sociale, pensando una possibile *Scienza delle Costituzioni* (per

dirla proprio con Romagnosi) come *tutela dal dispotismo* e strumento di conoscenza e trasformazione dell'ordine sociale esistente, prima di cedere all'idea "politica" di una *Costituzione in senso materiale* ingabbiata nella guerra civile dei fascismi europei⁶⁰. È quindi un primo affermarsi del costituzionalismo dei diritti sociali per le classi subalterne, dell'invenzione istituzionale di politiche di protezione sociale e promozione individuale della dignità dell'essere umano, con un'attenzione profonda ai rapporti che intercorrono nella società.

Quel costituzionalismo "materialista" di metà Ottocento interrogava il farsi dei soggetti sociali situati nei rapporti di forza esistenti, tra affrancamento dall'Antico regime cetuale e composizione di una nuova forza lavoro dentro le innovazioni delle rivoluzioni industriali del nascente capitalismo degli Stati nazionali e coloniali. Era il caleidoscopio irriducibile delle classi *laboriose e pericolose* nell'Europa in trasformazione, che da tempo rivendicavano spazi di cittadinanza, protagonismo politico e sociale, forme del lavoro e di vita più dignitose, nuovi ordini sociali di libertà ed equità. Solo in parte queste domande verranno recepite nelle istituzioni di sicurezza sociale di una cittadinanza che includerà le classi subalterne passando attraverso la subordinazione al lavoro, nei *Trenta gloriosi* del secondo Novecento⁶¹. Rimane esclusa dalla cittadinanza sociale quella tradizione di *insubordinate* e *insubordinati* al lavoro salariato che dal nascente *Stato nazionale monoclasse* arriva fino all'attuale *Cyber-Proletariat* globale⁶², quando è sicuramente «giunto il momento di inaugurare un discorso pubblico che sia in grado di immaginare un'alternativa, che riconosca l'importanza della dignità umana oltre alle

condizioni lavorative»⁶³. Perché il rapporto tra i diversi soggetti in carne ed ossa intorno a quel lavoro che norme e istituzioni tentano di regolare è sempre stato foriero di movimenti di inclusione ed esclusione, contraddizioni, conflitti, lotte, accordi e soluzioni pronte ad essere rimesse in discussione, dall'alto del legislatore che tenta di governarlo, dal basso della domanda di maggiori diritti, garanzie, libertà per le persone al lavoro, dal mezzo dell'impresa che ricava i profitti proprio su quel lavoro. Tanto più dinanzi all'attuale moltiplicazione e divisione sociale e globale della forza lavoro, tra automazione dei processi produttivi e nuove servitù, con orizzonti quotidiani frammentati in disoccupazione o sottoccupazione scarsamente retribuita di masse in movimento alla ricerca di una vita degna e vita messa al lavoro (anche qui sempre più scarsamente remunerato) dal capitalismo di piattaforma (*Platform Capitalism*) che produce ricchezza, tramite la cooperazione sociale del lavoro cognitivo, poi accumulata dalle *Corporation*⁶⁴. Per questo oggi, nell'epoca delle migrazioni globali e della disintermediazione lavorativa attraverso le infrastrutture tecnologiche del capitalismo dell'algoritmo, come ieri, nelle società nazionali del nascente lavoro salariato industriale, il costituzionalismo sociale continua ad interrogare principi e criteri di equità e giustizia sociale che tutelino la dignità umana, nel senso di valorizzare l'autodeterminazione individuale e la solidarietà sociale, per pensare una nuova cittadinanza, oltre il lavoro salariato⁶⁵.

È il nervo scoperto di un costituzionalismo costretto a ripensare i fondamenti di una cittadinanza sociale, svuotata nel passaggio dalla società industriale nazionale a quella *post-industriale*, dei servizi, dell'in-

formazione e comunicazione, che oltrepassa i confini nazionali ed esercita una disarticolazione sociale e globale delle forme del lavoro, non facendo più coincidere cittadinanza nazionale con integrazione sociale attraverso il lavoro salariato e i tradizionali sistemi di protezione sociale⁶⁶. E nel passaggio di millennio il compianto Ulrich Beck si domandava «come rinnovare davanti alla deregolamentazione e allo sfilacciarsi della società del lavoro, il diritto fondamentale di godere dei diritti fondamentali della modernità?»⁶⁷. È l'eterna domanda intorno alla quale si è confrontata una attenta dottrina di scienziati sociali nell'ultimo trentennio per immaginare una società *post-salariale*, in cui i diritti sociali fossero affermati *au-delà de l'emploi*, dinanzi al pluralismo irriducibile delle nuove forme di produzione e cooperazione sociale⁶⁸.

Non c'è bisogno di riesumere le plurisecolari leggi contro le classi pericolose e la miseria, semmai di confrontarsi con i sopra ricordati tentativi di affermare una cittadinanza sociale concretamente situata nelle trasformazioni sociali, a partire da protezioni sociali universalistiche: immaginare una nuova idea di società, produzione di ricchezza e solidarietà collettiva, che in parte già si realizza in quel cambiamento di paradigma che attraversa le sperimentazioni dell'economia circolare, cooperativa, sociale e che rinnova le spinte mutualistiche e solidaristiche che fondarono la società industriale: quella *cooperazione di piattaforma* che può cambiare di segno la *Corporate Sharing Economy*⁶⁹. Anche nel dibattito italiano, particolarmente in ambito giuslavoristico, si è recentemente ripreso un confronto intorno alle possibilità di prevedere tutele sociali universalistiche, a partire dalla garanzia di un reddito declinata nelle

sue diverse forme: di base, minimo, di esistenza, di cittadinanza, universale, etc., per ripensare il rapporto tra persone, società, produzione, impresa, lavori, istituzioni⁷⁰. È un confronto che merita un suo apposito approfondimento, ma basta qui evocarlo per ribadire che il campo di riflessione intorno al reddito (ed alle sue declinazioni) si situa oltre gli spazi altrimenti troppo angusti di una sua riduzione nelle gabbie di una visione tradizionalmente "lavoristica", ovvero nella sola lotta alla povertà e all'esclusione sociale e finisce invece per inserirsi nel confronto giuslavoristico e costituzionalistico dei mutamenti della cittadinanza sociale. È la tensione verso un nuovo *ius existantiae* nella prospettiva europea, anche per rivitalizzare quel modello sociale europeo di integrazione politica attraverso l'inclusione nella cittadinanza anche dinanzi alle epocali trasformazioni delle forme del vivere e lavorare nel quadro del capitalismo immateriale, cognitivo, digitale⁷¹. Come sostiene la più attenta sociologia dei processi produttivi e sociali si tratta di *inventare il futuro* dentro le innovazioni prodotte dall'accelerazionismo digitale e dall'automazione tecnologica⁷², ma è altrettanto urgente pensare il presente del costituzionalismo sociale dopo le Costituzioni del lavoro salariato, a partire da questa tensione all'inclusione sociale che lega le origini della modernità giuridica europea, con la sua attuale radicale trasformazione.

4. Quali istituzioni per il "nuovo" costituzionalismo?

Rimane aperta, come una domanda inevasa, la possibilità, o meno, di pensare un "nuovo" costituzionalismo che sappia immagi-

nare istituzioni di inveramento della libertà individuale e di protezione dai rischi sociali e ambientali all'altezza della sfida globale che da un quarantennio viene posta alla tradizionale mentalità stato-centrica delle istituzioni pubbliche esistenti e delle connesse scienze politiche e costituzionali. E con ciò si torna alle proposizioni iniziali di questi appunti: quale spazio di pensabilità "intellettuale" e "istituzionale" si apre per un costituzionalismo che si voglia confrontare ad armi pari con i poteri comunicativi e di immaginario, ancor prima che economico-finanziari, dell'epoca globale? 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*⁷³ – 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? Si tratta di affermare una prospettiva che sappia diffondere nella società, e contemporaneamente aprire alla trasformazione sociale e al controllo da parte dell'opinione pubblica, i poteri pubblici e privati, mettendo in tensione questa sempre artificiale, precaria ed evolutiva articolazione pubblico-statutale/privato-mercata. Soprattutto ai tempi dell'economia digitalizzata, in una tendenza che dall'accumulazione originaria dell'individualismo possessivo giunge all'accumulazione algoritmica del capitalismo finanziario, non rinunciando però agli aspetti più oscuri, burocratici e disciplinari del moderno «*État fonctionnel*»: un «*Léviathan téléguide*», così intuito da Georges

Burdeau già sul finire degli anni Sessanta del Novecento⁷⁴. Con l'amara consapevolezza che Stato e istituzioni (locali e globali) del capitalismo finanziario divengano sempre più artefici di *nuove regole morali*, come osservava Pierre Bourdieu nel post-1989 a proposito dello Stato: «L'État n'est pas un simple instrument de la coercition, mais un instrument de production e reproduction du consensus, chargé de régulations morales»⁷⁵. Sicché pare si possa sostenere ora che la definizione che Émile Durkheim dava dello Stato — *un organo della disciplina morale* — si attagli oggi anche agli effetti dei mercati finanziari globali sulla vita delle persone, lasciate da sole dinanzi a questi poteri di *consenso biopolitico e individualizzazione del rischio*, che sacrificano qualsiasi *spazio pubblico* di confronto e trasformazione sociale ed economica⁷⁶. Perché nell'evoluzione delle democrazie pluralistiche, ancor più dinnanzi alla progressiva innovazione tecnologica e ai mutamenti dei tradizionali confini spaziali, lo spazio pubblico non è da intendersi come immediatamente statale e neanche solamente una sommatoria di dimensione "private", ma spazio collettivo di inedite esperienze giuridiche e istituzionali in grado di «ridare centralità al legame sociale, mettendo in discussione il modello individualistico, senza però negare le libertà della persona che, anzi, conquistano più efficaci condizioni di espansione e inveramento per il collegamento con i diritti fondamentali»⁷⁷. In questa ricostruzione c'è la possibilità di tessere un legame con quel costituzionalismo della storia repubblicana italiana consapevole dei rapporti spesso conflittuali tra individui, società e istituzioni e perciò sostenitore di una visione costituzionale volta a potenziare tanto gli spazi di democrazia diffusa tra diversi livelli

di governo, quanto un certo grado di autonomia regolazione ed organizzazione delle cittadinanze nelle loro relazioni sociali, inseguendo quel processo di «socializzazione delle istituzioni dello stato»⁷⁸ che potrebbe costituire uno degli elementi qualificanti un possibile "nuovo" costituzionalismo. E che non a caso ha proprio riguardato una parte, seppure minoritaria, dell'oramai trentennale dibattito pubblico italiano sulle riforme istituzionali, soprattutto nel passaggio tra la cd. prima e seconda Repubblica, nel tentativo di valorizzare le istituzioni come prodotto dell'azione sociale collettiva, veri e propri beni comuni, intesi come «beni che una società — per molti versi oramai il sistema-mondo — detiene in comune»⁷⁹.

Anche qui c'è da recuperare un filone di pensiero e pratiche politico-istituzionali che ha attraversato in posizione eccentrica le sperimentazioni del costituzionalismo contemporaneo, fin dai suoi albori. A partire da chi, proprio nel farsi delle istituzioni repubblicane post-1789 ha esercitato un'immaginazione costituente capace di pensare istituzioni pubbliche, civili e sociali, non omologhe ai *poteri* e alle *esperienze giuridiche* esistenti. È Saint-Just, già nel *pre-ambolo* delle sue potenti e contraddittorie *Institutions républicaine*, ad osservare come «le istituzioni rappresentano per il governo di un popolo libero la garanzia contro la corruzione dei costumi, e per il popolo e i cittadini la garanzia contro la corruzione del governo»⁸⁰, riflettendo sul pericolo che le *leggi* siano strumento dell'oppressione autoritaria da parte del potere, mentre le *istituzioni sociali* fungano da spazi di emancipazione delle cittadinanze.

Ci sono troppe leggi e troppo poche istituzioni civili. [...] Io credo che più istituzioni vi sono e più il popolo è libero. Nelle monarchie ce ne sono

poche, ancor meno sotto il dispotismo assoluto. Il dispotismo consiste nel potere unico e si attenua soltanto via via che ci sono più istituzioni. [...] Una legge contraria alle istituzioni è tirannica. Le leggi lunghe sono pubbliche calamità. La monarchia era sommersa dalle leggi; e poiché tutti i capricci e le volontà dei padroni erano diventate leggi, non ci si intendeva più⁸¹.

Saint-Just redasse questo manoscritto con l'obiettivo di presentare una relazione sulle *istituzioni* alla Convenzione, dopo che un rapporto presentato da lui stesso il 10 ottobre del 1793 aveva di fatto sospeso l'applicazione della Costituzione montagnarda: *Le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix*⁸². È lo scacco del momento rivoluzionario: un potere costituente illimitato che scrive il suo diritto per governare la società e cristallizzare le, parziali e transitorie, conquiste ottenute, o la società in movimento che fonda le sue istituzioni di autogoverno per rendere permanente la rivoluzione? Perciò gli appunti di Saint-Just risentono di una particolare urgenza politica e partono dall'assunto che non sarà una fonte del diritto (Costituzione o legge che sia) a salvaguardare le conquiste rivoluzionarie e per non piombare nuovamente nell'*ancien régime* dovranno diventare operative quelle istituzioni che favoriscono il mantenimento di *bonnes mœurs* e la diffusione di buone pratiche di una vita sociale naturale fondata sull'indipendenza di ciascun essere umano, l'autodeterminazione a partire dalla *propriété de soi-même* e l'amore reciproco⁸³. E in questo quadro le *institutions républicaine*, intese come prodotti di pratiche sociali collettive, diventano garanti della libertà del popolo, evitando di sottometterlo all'arbitrio di un'amministrazione burocratica esercitante un potere in forza di una legge che «spesso è soltanto la volontà di colui che la impone»⁸⁴. Sep-

pure non sia certo questa l'occasione per affrontare il complesso e contraddittorio pensiero giuridico di Saint-Just, si evidenzia una lettura sociale e garantistica delle istituzioni, intese come strumento in grado di «ispirare ai cittadini, perfino ai fanciulli, una resistenza legale e agevole all'ingiustizia»⁸⁵, fondando una categoria giuridica e politica originale, situata oltre la tradizionale articolazione pubblico-privatistica, della legge (dello Stato) e del contratto (tra privati e/o sociale)⁸⁶.

Proprio queste ultime considerazioni permettono di azzardare un'altra filiazione teorica di questo approccio profondamente sensibile al ruolo delle istituzioni, intese come prodotti dell'attività sociale dell'essere umano, risalendo agli studi di Gilles Deleuze su David Hume, nel pensiero del quale si trova una concezione dell'istituzione alternativa ai vincoli posti dalla legge e alle obbligazioni sancite dal contratto, capace invece di promuovere e diffondere un sentimento di giustizia: «la società non è più pensata come un sistema di limitazioni legali e contrattuali, bensì come un'invenzione istituzionale: come *inventare artifici*, come creare istituzioni che forzano le passioni a superare la loro parzialità e formino altrettanti sentimenti morali giuridici, politici (ad esempio il sentimento di giustizia)»⁸⁷. È il David Hume filosofo della democrazia, fondata sul pluralismo e sull'empirismo inteso come «filosofia sociale della democrazia», in cui gli individui realizzano collettivamente un ordine sociale che è «costituzione in movimento delle loro relazioni, delle loro istituzioni, delle loro opinioni»⁸⁸. In questo senso sempre Gilles Deleuze, questa volta parlando del «pensiero di Sade [che] si esprime in termini di istituzione: [...] l'istituzione si pre-

senta come appartenente a un ordine molto diverso da quello della legge, come vanificante le leggi, come sostituyente al sistema dei diritti e dei doveri un modello dinamico d'azione, di potere e di potenza. Per questo Saint-Just chiede molte istituzioni e pochissime leggi, e proclama che nulla è *ancor* fatto nella repubblica sino a quando le leggi hanno il sopravvento sulle istituzioni»⁸⁹. Qui l'istituzione è intesa come prodotto dell'*intelligenza sociale*, che crea dei *modelli positivi di azione*, prodotti dalle relazioni tra esseri umani capaci di *elaborare* dei «mezzi di soddisfazione artificiali che liberano l'organismo» dall'incertezza della natura e provano a definire modelli di ordine sociale al contempo spontanei e condivisi, che rispondano a criteri di giustizia ed equità⁹⁰. Ecco così dipanato un sentiero di riflessione e sperimentazione che mette al centro del costituzionalismo europeo degli albori l'istituzione intesa come prodotto dell'azione collettiva degli esseri umani in società ed è al contempo alternativo tanto al predominio della gerarchia delle fonti del diritto statualistico, fondato su un *contratto di diritto pubblico*, quanto alla *lex mercatoria* di un *diritto privato dei contratti* fuori da qualsiasi mediazione sociale sugli effetti collettivi di quell'atto. Questa impostazione eccentrica rispetto alle tradizionali articolazioni privatistiche e pubblicistiche del diritto europeo riemerge nella «crisi di fine secolo» e nella prima parte del Novecento con l'affermazione dell'istituzionalismo giuridico in Maurice Hauriou e Léon Duguit, proprio intorno ai conflitti tra società e poteri pubblici statuali, quindi del cd. *droit social* nel pluralismo giuridico di Georges Gurvitch e nella nascente sociologia del diritto, dinanzi all'inclusione delle masse nella partecipazione politica e sindacale di uno Stato li-

berale in crisi, per dirla con Santi Romano, giurista di formazione più tradizionale, ma promotore di una sua lettura istituzionalistica del fenomeno giuridico⁹¹.

E tale tensione torna di estrema attualità nelle trasformazioni della dogmatica giuridica del successivo passaggio di secolo, quando il legame tra individualismo possessivo e monopolio statale della forza sembra da un lato implodere nel potere burocratico dello Stato amministrativo post-moderno, intento a governare la libertà di movimento di *persone ridotte* alla propria *nuda vita*, e dall'altro riprodursi nella dimensione apparentemente immateriale della raccolta, monitoraggio e gestione dei *Big Data* dei *cittadini elevati a produttori e consumatori* (*Prosumers* – da *Producer* e *Consumer* – secondo la neo-lingua globale) da parte delle grandi *Corporations* del capitalismo digitale⁹².

Questa è la transizione dalla *piramide* delle fonti del diritto alla *rete* policentrica di produzione giuridica, istituzionale, normativa: un campo aperto nel quale la teoria costituzionale post-moderna da un lato tenta di prevedere spazi di autorganizzazione sociale e di controllo pubblico delle diverse dimensioni di *multilevel governance*, dall'altra di affermare un *costituzionalismo societario* (*societal constitutionalism*), delle *costituzioni civili*, che innervi le nuove articolazioni sociali, economiche, produttive⁹³. L'affermarsi di una «nuova questione costituzionale» prova ad indagare empiricamente i processi di costituzionalizzazione oltre lo Stato-nazione (a partire dall'interrogare il ruolo del diritto amministrativo globale, istituzioni economiche, corti sovranazionali, diritto dei contratti, etc.), «per sviluppare una teoria del costituzionalismo societario transnazionale», nel

progetto di una *sociologia costituzionale che iriti il costituzionalismo dello Stato nazione*, nel senso opposto alla tendenza autoritaria iscritta nel "nuovo costituzionalismo globale" della attuale *governance* post-neoliberale, sempre più prossima a una *governance* commissaria di mercato⁹⁴. Questo è il comune terreno di confronto intorno a quello che è stato definito come «costituzionalismo dei beni comuni», dei *Commons*: un campo di riflessione teorica che si confronta con la dimensione *imperiale* della globalizzazione nel senso di quella *Costituzione materiale mista*, nella quale agiscono grandi *Corporations*, organizzazioni economiche globali formali e informali, reti di Stati predominanti, sfruttando quelle stesse piattaforme digitali che costituiscono anche lo spazio, virtuale e reale, nel quale possono essere sperimentate forme di autoregolazione sociale di cittadini e collettività e processi costituenti delle soggettività sociali, anche intorno alla definizione di nuovi statuti proprietari e sistemi di cooperazione sociale⁹⁵. Proprio a partire da quest'ultimo profilo, dentro il capitalismo dell'era digitale, «mettere in questione delle teorie sulla "proprietà" non significa mettere in discussione la proprietà stessa», eppure, «all'inizio del XXI secolo ci troviamo nel bel mezzo di un aspro conflitto sull'ecologia istituzionale dell'ambiente digitale»⁹⁶. Ed è questo forse il nodo sul quale si con-

fronterà e dal quale emergerà un "nuovo" costituzionalismo, perché «protezione dei dati, "public investigation", "social media" e mercati finanziari sfidano l'orientamento classico del sistema giuridico nei confronti dei comportamenti individuali» e diverrà quindi necessario affermare «nuove istituzioni» per maggiori tutele, garanzie e libertà del singolo in *Internet* e delle collettività nei processi decisionali, dinanzi alle innovazioni sociali, tecnologiche e digitali della società dell'informazione, conoscenza e comunicazione, nel suo transitare verso forme probabilmente impensabili di robotica intelligente⁹⁷. Sarà forse la sfida di pensare le istituzioni come prodotto dell'intelletto sociale collettivo in un'epoca che si avvicina al *post-human* e all'intelligenza artificiale nella robotica, senza dimenticare i fondamenti garantistici, sociali ed emancipatori del costituzionalismo per l'essere umano in società.

Perciò con queste riflessioni si è tentato di recuperare la prospettiva storica trasformativa di una nuova sociologia critica del diritto e di una economia politica orientata alla giustizia sociale che si confronti senza timori con i mutamenti spaziali, soggettivi e istituzionali nei quali siamo immersi, come primo percorso (e progetto) di ricerca di un "nuovo" costituzionalismo.

¹ P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010; L. Niglia, *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in «European Law Journal», 22, n. 2, 2016, pp. 132-156.

² È. Balibar, *La proposition de l'égalité. Essais politiques 1989-2009*, Paris, Puf, 2010. Sull'uso problematico del concetto di "comunità" nella filosofia e storia del diritto si rinvia al breve e illuminante saggio di A. Giuliani, *Il pro-*

blema della comunità nella filosofia del diritto, in G. Dalle Fratte (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, Roma, Armando, 1993, Vol. I, pp. 81-97.

³ Cfr. G. Bongiovanni, *Neocostitu-*

- zionalismo, in «Enciclopedia del Diritto», Annali III, 2011.
- ⁴ Nel senso degli studi portati avanti da A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009 e da P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- ⁵ Per quest'ultimo profilo si veda E. Brynjolfsson, A. McAfee, *The Second Machine Age. Work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*, New York-London, W.W. Norton & Co, 2014 e soprattutto gli studi degli ultimi venti anni intorno alla società reticolare dell'informazione, comunicazione e innovazione sociale e tecnologica, con particolare attenzione al profilo giuridico-istituzionale e agli statuti proprietari, di Bruce Ackerman, Yochai Benkler, Manuel Castells, Lawrence Lessig, Pierre Lévy, Ned Rossiter, Howard Rheingold, Bernard Stiegler, Paul Virilio.
- ⁶ A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Carnago, Sugarco, 1992.
- ⁷ L. Lacchè, *Tra tradizioni e cambiamenti*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», n. 30, 2015, *Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici e modelli costituzionali*, spec. p. 8, volume al quale si rinvia.
- ⁸ In questo senso è da accettare la sfida di provincializzare il pluralismo costituzionale, forzando gli angusti spazi dell'Ue intesa come «regional comfort zone», proposta da Z. Oklopcic, *Provincializing Constitutional Pluralism*, in «Transnational Legal Theory Journal», 5, n. 3, 2014, pp. 331-363.
- ⁹ E. De Marco, *Percorsi del "nuovo costituzionalismo"*, Milano, Giuffrè, 2008; M. Avbelj, J. Komárek (eds.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford-Portland, Hart, 2012.
- ¹⁰ N. Walker, *Constitutional Pluralism Revisited*, in «European Law Journal», 22, n. 3, 2016, pp. 333-355; M. Dawson, F. de Witte, *From Balance to Conflict: A New Constitution for Europe*, in «European Law Journal», 22, n. 2, 2016, pp. 204-224. Sul rapporto tra diritto e conflitti nel dibattito costituzionalistico europeo degli ultimi anni si veda G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010 e i molti lavori di Christian Joerges a partire da Id., *The idea of a three-dimensional conflicts law as constitutional form*, in «RECON Online Working Paper», 2010/05 (<www.reconproject.eu/projectweb/portalproject/RECONWorkingPapers.html>, novembre 2016).
- ¹¹ C. Tilly, *Prisoners of the State*, in «International Social Science Journal», n. 44, 1992, pp. 329-342. L. Scuccimarra, *I confini dell'uguaglianza. Riconoscimento, inclusione, esclusione*, in «Scienza & Politica», 26, n. 51, 2014, pp. 209-229, ricostruisce l'approccio critico di Ulrich Beck rispetto al nazionalismo metodologico, proprio a partire dall'attenzione del sociologo tedesco alle grandi disuguaglianze globali.
- ¹² F. Braudel, *Introduzione all'edizione italiana* di I. Wallerstein, *Il sistema mondiale dell'economia moderna*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 9.
- ¹³ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 10.
- ¹⁴ Cfr. il classico volume di N.K. Blomley, *Law, Space and the Geographies of Power*, London-New York, Guilford Press, 1994. Per il dibattito giuridico italiano hanno recentemente ricostruito l'evoluzione di questa scuola D. Festa, *La svolta spaziale nel pensiero giuridico. Un'introduzione*, in «Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia», XXVII, Fascicolo 2, luglio-dicembre 2015, pp. 81-99, cui si rinvia per approfondimenti, e M.R. Marella, *Lo spazio urbano e il diritto del comune*, in S. Munarin, L. Velo (a cura di), *Italia 1945-2045. Urbanistica prima e dopo. Radici, condizioni, prospettive*, in corso di pubblicazione per Donzelli, Roma, 2016.
- ¹⁵ N. Brenner, C. Schmid, *The 'Urban Age' in Question*, in «International Journal of Urban and Regional Research», 38, n. 3, 2014, pp. 731-755 fanno il punto sulla questione. Nel dibattito italiano, sempre in chiave multidisciplinare, si rinvia al recente numero monografico della Rivista «Scienza & Politica», *La città: spazi, tempi e soggetti nella transizione globale*, a cura di N. Cuppini, 27, n. 53, 2015 (<<https://scienzaepolitica.unibo.it/issue/view/545>>, novembre 2016).
- ¹⁶ Secondo la celebre ricostruzione proposta a metà Novecento da L. Mumford, *The City in History*, Harcourt, Brace and Jovanovich, 1961, tr. it. di E. Capriolo, *La città nella storia* (1967), Milano, Bompiani, 1991, vol. I: *Dal santuario alla Polis*, spec. pp. 47 e 49, quindi H. Lefebvre, *La révolution urbaine*, Paris, Gallimard, 1970, tr. it. di A. Gioia, *La rivoluzione urbana*, Roma, Armando, 1973; D. Harvey, *The urban experience*, Oxford, Oxford University Press, 1989, tr. it. di G. Ballardino, *L'esperienza urbana*, Milano, Il Saggiatore, 1998.
- ¹⁷ Si riprende l'importante lavoro di S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 2006; tr. it. di N. Malinverni e G. Barile, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, p. 405 per la citazione.
- ¹⁸ Questa la ricostruzione proposta nel passaggio di millennio da M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, quindi in Id., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010 e ulteriormente approfondita in Id., *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in «Politica del diritto», n. 3, 2014, pp. 375-402.
- ¹⁹ N. Startin, A. Krouwel, *Euros-*

- cepticism *Re-galvanized: The Consequences of the 2005 French and Dutch Rejections of the EU Constitution*, in «Journal of Common Market Studies», 51, Special Issue, 2013: 'Confronting Euroscepticism', pp. 65-84.
- ²⁰ C. Joerges, M. Weimer, *A crisis of executive managerialism in the EU: no alternative?*, Maastricht Faculty of Law Working Paper, 7, 2012, p. 28; C. Joerges, C. Glinski (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance. Authoritarian Managerialism Versus Democratic Governance*, Oxford, Hart, 2014; S. Mezzadra, *Seizing Europe. Crisis management, constitutional transformations, constituent movements*, in O.G. Agustin, C. Ydesen (eds.), *Post-crisis Perspectives. The Common and its Powers*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2013; M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, in «European Law Journal», 21, n. 3, 2015, pp. 313-339; F. Tuccari, *Democrazie acefale e dispotismo postdemocratico*, in «Storia del pensiero politico», n. 1, 2012, pp. 105-141. Per la tensione populismo (crisi della) democrazia costituzionale: C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in «European Constitutional Law Review», n. 7, 2011, pp. 5-16.
- ²¹ Citazione da P. Dardot, C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale* (2009), Paris, La Découverte, 2010, spec. pp. 357-366 (tr. it., Roma, DeriveApprodi, 2013). È. Balibar, *Cittadinanza*, tr. it. di F. Grillenzoni, Torino, Bollati Boringhieri, 2012, pp. 64 ss.
- ²² D. Schneiderman, *Investment Rules and the New Constitutionalism*, in «Law and Social Inquiry», 25, n. 3, 2000, pp. 757-787, quindi Id., *Constitutionalising Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ²³ F. Galgano, *Lex mercatoria* (1976), Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 240 ss.
- ²⁴ Cfr. A. Fischer-Lescano, *Competencies of the Troika. Legal Limitations of the Institutions of the European Union*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann (eds.), *Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford, Hart, 2014, pp. 55-81.
- ²⁵ Così P. Costa, *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 31, 2002, *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, tomo I, p. 2, proprio negli anni in cui si dispiegavano i processi convenzionali europei.
- ²⁶ Nel senso degli studi di G. Marra-mao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, Puf, 2007; G. Duso, A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza, Polimetria, 2010.
- ²⁷ Così M. Caciagli, *Regioni d'Europa. Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 199 ss. Tra i molti: F. Zucca, *Autonomie locali e federazione sovranazionale. La battaglia del Conseil des communes et régions d'Europe per l'unità europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- ²⁸ Per parafrasare A. Negri, *Il credo europeo di Mounier*, scritto nel 1955 e ripubblicato in A. Negri, *L'Europa e l'Impero. Riflessioni su un processo costituente*, Roma, manifestolibri, 2003, pp. 167 ss., dal quale sono riprese anche le altre citazioni contenute in questa frase.
- ²⁹ Così G. Galli, *1815-1915-2015: le tre date dell'Europa concentrica*, in A. Guerra, A. Marchili (a cura di), *Europa concentrica. Soggetti, città, istituzioni fra processi federativi e integrazione politica dal XVIII al XXI secolo*, Roma, Sapienza Università editrice, 2016, pp. 61-71.
- ³⁰ M. Burgess, *Federate or Perish: the Continuity and Persistence of the Federal Idea in Europe 1917-1957*, in M. Hewitson, M. D'Auria (eds.), *Europe in Crisis. Intellectuals and the European Idea. 1917-1957*, Oxford-New York, Berghahn Books, 2012, pp. 305-321. In tema si veda anche S. Pistone (a cura di), *L'idea di unificazione europea dalla Prima alla Seconda guerra mondiale*, Torino, Fondazione Luigi Einaudi, 1975.
- ³¹ Queste le parole di A. Savinio, *Oltre le barriere* (1977), 14 agosto 1943, in Id., *Sorte dell'Europa*, Milano, Adelphi, 2014, p. 21, dove furono raccolti i suoi scritti di carattere politico pubblicati tra il 25 luglio e l'8 settembre 1943 e tra il 4 giugno 1944 e la fine dello stesso anno, «i cui punti comuni fondamentali sono: superamento del nazionalismo, esame razionale di alcuni aspetti della situazione presente e ricerca delle loro cause, sguardo fiducioso alla sorte futura dell'Europa» (ivi, p. 12).
- ³² S. Zweig, *Die europäische Gedanke in seiner historischen Entwicklung*, 1932; tr. it. di L. Basigliani, *Il pensiero europeo nella sua evoluzione storica*, in Id. *Appello agli europei*, Ginevra-Milano, Skira, 2013, p. 48.
- ³³ L. Febvre, *L'Europe. Genèse d'une civilisation*, Paris, Librairie Académique Perrin; tr. it. di A. Galeotti, *L'Europa. Storia di una civiltà*, Roma, Donzelli, 1999, pp. 309-319.
- ³⁴ Ivi, p. 310.
- ³⁵ Cfr. A collaborative project of collective writing, coordinated and edited by N. De Genova, M. Tazzioli, *Europe/Crisis: New Keywords of "the Crisis" in and of "Europe"* (<<http://nearfuturesonline.org/europecrisis-new-keywords-of-crisis-in-and-of-europe/>>, novembre 2016).
- ³⁶ Per riprendere il titolo e lo spirito dell'importante scritto di Silvio Trentin pubblicato in francese nel 1942 e rimasto inedito, in italiano, fino al 1972, ora anche in S. Trentin, *Federalismo e libertà. Scritti teorici 1935-1943*, a cura di N. Bobbio, Marsilio, Venezia, 1987.
- ³⁷ In occasione del settantennale

- della pubblicazione del 1944 si è curata una sua ripubblicazione in G. Allegri, G. Bronzini (a cura di), *Ventotene. Un manifesto per il futuro*, Roma, manifestolibri, 2014, con in appendice il saggio di N. Bobbio, *Il federalismo nel dibattito politico e culturale della resistenza* (1975), ed una serie di saggi che attualizzano il portato di quel *Manifesto* nell'attuale crisi europea, con i seguenti Autori: L. Castellina, P.V. Dastoli, L. Ferrajoli, L. Levi, A. Negri.
- ³⁸ Si rinvia a G. Allegri, G. Bronzini, *Il Manifesto di Ventotene. Un'introduzione a settant'anni dall'edizione del 1944*, in Allegri, Bronzini (a cura di), *Ventotene*, cit., pp. 7-11.
- ³⁹ B. Vayssière, *Vers une Europe fédérale? Les espoirs et les actions f d ralistes au sortir de la Seconde Guerre mondiale*, Bruxelles, PIE Peter Lang, 2006, spec. pp. 86 ss. Si veda anche P.S. Graglia, *Unire l'Europa, superare gli Stati. Altiero Spinelli nel Partito d'Azione del Nord Italia e in Francia dal 1944 al 1945*, in «Storia Contemporanea», XXVI, n. 3, giugno 1995, pp. 451-484.
- ⁴⁰ Repubblica Ceca, Polonia, Slovacchia e Ungheria sono i quattro Paesi che compongono questo gruppo informale all'interno dell'UE, con forti connotazioni identitarie da difendere, come sostenuto nella presentazione del loro sito internet: «The Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia have always been part of a single civilization sharing cultural and intellectual values and common roots in diverse religious traditions, which they wish to preserve and further strengthen» (<<http://www.visegradgroup.eu/about>> novembre 2016).
- ⁴¹ A. Vespaziani, *L'Unione europea: federazione o confederazione?*, 22 marzo 2014, (<<http://www.apertacontrada.it/2014/03/22/lunione-europea-federazione-o-confederazione/>>, novembre 2016). Quindi A. Glencross, A.H. Trechsel (eds.), *EU Federalism and Constitutionalism. The Legacy of*
- Altiero Spinelli*, Lanham, Lexington Books, 2010. Per il *federalizing process* il riferimento   agli scritti di Carl J. Friedrich, a partire da Id., *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn & Co., 1950; tr. it. di M. Grego, *Governo costituzionale e democrazia*, Venezia, Neri Pozza, s.d., quindi l'antologia Id., *L'uomo, la comunit , l'ordine politico*, a cura di S. Ventura, Bologna, Il Mulino, 2002.
- ⁴² U. Dotti, *I dissidenti del Risorgimento*, Cattaneo, Ferrari, Pisacane, in *Letteratura Italiana Laterza*, Direttore Carlo Muscetta, Vol. 48, Roma-Bari, Laterza, 1975.
- ⁴³ G. Romagnosi, *Dell'indice e dei fattori dell'incivilimento. Con esempio del suo risorgimento in Italia, 1832*, ripubblicata anche in Id., *Scritti filosofici. Volume II. Storia, civilt , progresso*, a cura di S. Moravia, Milano, Casa editrice Ceschina, 1974, pp. 77-377.
- ⁴⁴ G. Romagnosi, *Opere del professore G. D. Romagnosi. Tomo XIX. Postume*, Vol. IV: *Istituzioni di civile filosofia. Ossia giurisprudenza teorica. Parte prima*, pubblicata per la prima volta in Firenze, Tipografia Patti, 1839, pp. 248 ss.
- ⁴⁵ Ivi, p. 266.
- ⁴⁶ Gian Domenico Romagnosi negli anni della eco europea del 1789 era pretore a Trento e redasse due breve operette dalla sensibilit  rivoluzionaria, con gli eloquenti titoli di *Che cos'  uguaglianza?* (1792) e *Che cos'  libert ?* (1793). Su Romagnosi costituzionalista si veda ora F. Lanchester, *Romagnosi costituzionalista*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», n. 23, 2012, pp. 77-98.
- ⁴⁷ S. Pivano, *Albori costituzionali d'Italia* (1796), Torino, 1913. Si rinvia anche a G. Allegri, G. Bascherini, *Alle origini del costituzionalismo italiano: Vincenzo Cuoco e l'eversione della feudalit . Spunti per un'ipotesi di lettura*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2005, 61-110.
- ⁴⁸ D. Harvey, *Il diritto alla citt . La visione di Henri Lefebvre*, pubblicato per la prima volta in D. Harvey, *Le capitalisme contre le droit   la ville*, Paris,  ditions Amsterdam, 2011; tr. it. di C. Vareschi, in Id., *Il capitalismo contro il diritto alla citt *, Verona, ombre corte, 2012, pp. 41-52, dal quale sono riprese anche le citazioni riportate poco sopra. Manuel Castells ha dedicato molti scritti alla questione urbana come elemento centrale delle trasformazioni sociali ed istituzionali del secondo Novecento, a partire da *La question urbaine*, Paris, Maspero, 1972; *The City and the Grassroots. A cross-cultural theory of urban social movements*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1983; *The Informational City. Information technology, economic restructuring and the urban-regional process*, Oxford, Blackwell, 1989.
- ⁴⁹ M. Fioravanti, *Il processo costituzionale europeo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXI, 2002, tomo I: *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, pp. 273-297.
- ⁵⁰ Per una recente discussione costituzionalistica sul nesso questione abitativa e diritti sociali nel contesto europeo si rinvia ai saggi di F. Bilancia, P. Urbani, C. Hunter, G.G. Alvarez, R. Lungarella raccolti nella sezione *Diritti fondamentali e politiche sociali: il diritto alla casa*, in S. Civitarese Matteucci, F. Guarriello, P. Puoti (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, pp. 261-373.
- ⁵¹ P. Perulli, *La citt  delle reti. Forme di governo nel postfordismo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; J.-B. Auby, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit   la Ville*, Paris, LexisNexis, 2013.
- ⁵² Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, cit., pp. 362 ss., ma si veda anche il lavoro di poco posteriore di J. Jacobs, *The Death and Life of Great American Cities*, New York, Random House, 1961.
- ⁵³ P. Perulli, *The Ontology of Global City-Regions*, in «Crios», n. 1,

- 2014, pp. 21-28, spec. p. 28 (trad. nostra). G. Marramao, *L'Europa delle nazioni e l'Europa delle città*, in M. Fortunato, M.I. Gaeta (a cura di), *L'Europa alla prova del consenso*, Roma, Donzelli, 2006, pp. 17-29.
- ⁵⁴ J. Lévy, *Europe. Une géographie*, Paris, Hachette livre, 1997; tr. it. a cura di S. Ventriglia, *Europa. Una geografia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, spec. pp. 132 ss.
- ⁵⁵ Parla di denizens G. Standing, *A precariat charter. From denizens to citizens*, London-New York, Bloomsbury, 2014; tr. it. di G. Carloti, *Diventare cittadini. Un manifesto del precariato*, Milano, Feltrinelli, 2015. Si rinvia anche alla ricostruzione proposta in G. Allegri, R. Ciccarelli, *La furia dei cervelli*, Roma, manifestolibri, 2011 e Id., *Il quinto stato*, Milano, Ponte alle Grazie, 2013.
- ⁵⁶ Si sono ricostruiti questi passaggi in G. Allegri, *La transizione alla Quinta Repubblica. L'attualità di un'esperienza giuridica tra innovazioni costituenti e tradizione repubblicana*, Roma, Aracne, 2013, spec. pp. 66 ss.
- ⁵⁷ *Rapporto del cittadino Haller al primo console della Repubblica francese su le rendite e le spese dell'anno IX (1801)*, con una Prefazione del Traduttore Sopra un progetto di ben ordinare una Repubblica senz'imposte e sugli studj di politica economia, Milano, nella Stamperia a s. Mattia alla Moneta, presso la Biblioteca ambrosiana, 1801, spec. pp. IX e X.
- ⁵⁸ Per dirla con il classico lavoro di L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX siècle*, Paris, Plon, 1958; tr. it. di S. Brilli Cattarini, *Classi lavoratrici e classi pericolose. Parigi nella rivoluzione industriale*, Roma-Bari, Laterza, 1976 e A. Gorz, *Il lavoro debole. Oltre la società salariale*, Roma, Edizioni lavoro, 1994.
- ⁵⁹ F. Lassalle, *Qu'est-ce qu'une Constitution?*, Arles, Editions Sul-liver, 1999 (1862, tr. fr. di E. Vail-lant, 1896), p. 34.
- ⁶⁰ Si è intrapresa una prima ricostruzione in questo senso in G. Allegri, *Il costituzionalismo dell'eguale e giusta libertà: un'ipotesi per il futuro, in ricordo di Mario Galizia*, in «Nomos – Le attualità nel diritto», n. 3, 2014, *Per Mario Galizia*, pp. 70-78, (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2015/01/NOMOS32014-SAGGI_GALIZIA1.pdf>, novembre 2016).
- ⁶¹ Si riprendono qui spunti proposti in G. Allegri, *Per un nuovo garantismo sociale. Una rilettura costituzionale oltre la società salariale*, in «Rivista Critica del Diritto Privato», XXXIII, n. 4, dicembre 2015, pp. 613-624.
- ⁶² N. Dyer-Whiteford, *Cyber-Proletariat. Global Labour in Digital Vortex*, London, Pluto Press, 2015. Per la ricostruzione delle storiche tensioni nel governare forme del lavoro "indipendenti" e forme del lavoro salariato sia concesso rinviare al primo capitolo di G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un nuovo garantismo sociale oltre la subordinazione*, Roma, DeriveApprodi, 2015 e bibliografia ivi citata.
- ⁶³ S. Aronowitz, J. Cutler, *The Post-Work Manifesto*, in S. Aronowitz, J. Cutler (eds.), *Post-Work. The wages of cybernation*, New York-London, Routledge, 1998; tr. it. in S. Aronowitz, *Post-Work. Per la fine del lavoro senza fine*, Roma, DeriveApprodi, 2006, p. 115.
- ⁶⁴ S. Mezzadra, B. Neilson, *Burder as Method, or, the Multiplication of Labor*, Durham, Duke University Press, 2013; tr. it. di G. Roggero, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, Il Mulino, 2014, descrivono una nuova cartografia e genealogia della divisione sociale e internazionale del lavoro nel capitalismo finanziario globalizzato. Sul lavoro nelle piattaforme digitali nell'economia globale, tra i molti: U. Huws, *Labor in the Global Digital Economy. The Cybertariat Comes of Age*, New York, Monthly Review Press-NYU Press, 2014 e ora N. Rossiter, *Software, Infrastructure, Labor. A Media Theory of Logistical Nightmares*, New York, Routledge, 2016. Sul capitalismo cognitivo si veda il paper collettivo pensato sul finire degli anni Novanta del Novecento a firma B. Paulré, A. Corsani, P. Dieuaide, M. Lazzarato, J.-M. Monnier, Y. Moulier-Boutang, C. Vercellone, *Le capitalisme cognitif comme sortie de la crise du capitalisme industriel. Un programme de recherche*, (<https://www.academia.edu/15549954/Le_capitalisme_cognitif_comme_sortie_de_la_crise_du_capitalisme_industriel>, novembre 2016), quindi Y. Moulier-Boutang, *Le capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, Paris, Éditions Amsterdam, 2007.
- ⁶⁵ N. Douvoux, *La nouvel âge de la solidarité. Pauvreté, précarité et politique publiques*, Paris, La République des Idées – Éditions du Seuil, 2012.
- ⁶⁶ A. Touraine, *La société post-industrielle*, Paris, Denoel, 1969 fu probabilmente tra i primi a parlare di società post-industriale, insieme con D. Bell, *The Coming of Post-Industrial Society*, in «Business and Society Review», 1973, il quale indagò il farsi della società dei servizi, poi ampiamente descritta in Id., *The Coming of the Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting*, New York, Basic Books, 1976, proprio negli anni in cui andava definitivamente in crisi il patto sociale del Welfare State fondato sui soggetti collettivi della produzione industriale e delle loro rappresentanze politiche e sindacali.
- ⁶⁷ U. Beck, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto della sicurezza e nuovo impegno civile*, Torino, Einaudi, 2000, p. 99.
- ⁶⁸ A. Gorz, *Métamorphoses du travail. Quete du sens: critique de la raison économique*, Paris, Galilée, 1988; R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995; M. D'Antona, *La grande sfida delle*

- trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto, in F. Amato (a cura di), *I «destini» del lavoro. Autonomie e subordinazione nella società post-fordista*, Milano, Franco Angeli, 1998, pp. 138-152; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994; Id., *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999.
- ⁶⁹ T. Scholz, *Platform Cooperativism. Challenging the Corporate Sharing Economy*, New York, Rosa LuxemburgStiftung, 2016, (<<http://www.rosalux-nyc.org/platform-cooperativism-2/>>, novembre 2016).
- ⁷⁰ Cfr. G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitivi ed esperienze applicative*, in «Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale», n. 1, 2014, pp. 1-32; A. De Oto, *La cittadinanza nella prospettiva del diritto al reddito minimo garantito*, Ivi, pp. 63-72; A. Bavaro, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, in «Rivista di diritto della sicurezza sociale», n. 2, 2014, pp. 169-187; S. Giubboni, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, Ivi, pp. 149-167; F. Martelloni, *Il reddito di cittadinanza nel discorso giuslavoristico: le interferenze con la disciplina dei rapporti di lavoro*, Ivi, pp. 190-204. A proposito di questo tema si sta provando a scrivere un paper dal titolo provvisorio: *Intorno al reddito di base. Un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico*.
- ⁷¹ J.-P. Laborde, *Cosa resta del modello sociale europeo?*, in «Lavoro e Diritto», XXVII, n. 3, 2013, pp. 325-337; S. Sciarra, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in E. Catelani, R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 269-288; S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2015.
- ⁷² N. Srnicek, A. Williams, *Inventing the Future. Postcapitalism and a World Without Work*, London, Verso Books, 2015.
- ⁷³ M. Betancourt, *The Critique of Digital Capitalism. An Analysis of the Political Economy of Digital Culture and Technology*, Brooklyn, Punctum Books, 2016; N. Rositter, *Software, Infrastructure, Labor. A Media Theory of Logistical Nightmares*, New York, Routledge, 2016.
- ⁷⁴ G. Burdeau, *L'État*, Paris, Éditions du Seuil, 1970, pp. 147 ss.
- ⁷⁵ P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Éditions Raison d'agir/Éditions du Seuil, 2012, p. 232, dal quale si riprende anche il riferimento a Durkheim della frase successiva, *Ibidem*.
- ⁷⁶ Sulla biopolitica da una parte, come sull'individualizzazione del rischio nella seconda modernità (della società del rischio) dall'altra, evidenti sono i riferimenti ai celebri studi di Michel Foucault e Ulrich Beck. Mentre per il rinvio alla questione dello spazio pubblico (sbrigativamente liquidato da Bourdieu come «concept détestable qui nous vient d'Allemagne», Ivi, p. 482), inevitabile rinviare a Jürgen Habermas (oggetto degli strali di Bourdieu), ma anche al Richard Sennett di *The Fall of Public Man* (1974).
- ⁷⁷ S. Rodotà, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, ombre corte, 2012, p. 325.
- ⁷⁸ G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1990, p. 49.
- ⁷⁹ G. Donolo, *L'intelligenza delle istituzioni*, Milano, Feltrinelli, 1997, p. 20.
- ⁸⁰ L.A. de Saint-Just, *Institutions républicain*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 2004, p. 1089 (manoscritto frammentario scritto tra il 1793-1794, ma pubblicato per la prima volta nel 1800), tr. parziale di R. Ortensi, in *Lo spirito della rivoluzione e la Costituzione in Francia*, Varese,
- Sugarco, 1969, p. 155.
- ⁸¹ Ivi, pp. 1135-1136, in tr. it. pp. 167-168: si tratta di passaggi dal Terzo frammento.
- ⁸² Cfr. la ricostruzione di A. Liénard, *Introduction*, in Saint-Just, *Théorie politique. Textes établis et commentés par Alain Liénard*, Paris, Éditions du Seuil, 1976, p. 19.
- ⁸³ Ivi, p. 21.
- ⁸⁴ de Saint-Just, *Institutions républicain*, cit., p. 1136 (e p. 168 nella tr. it. di Ortensi, in *Lo spirito della rivoluzione e la Costituzione in Francia*, cit.).
- ⁸⁵ Ivi, p. 1089 (e p. 155 tr. it.: Ortensi, in *Lo spirito della rivoluzione e la Costituzione in Francia*, cit.).
- ⁸⁶ Liénard, *Introduction*, cit., p. 23.
- ⁸⁷ G. Deleuze, Hume, in F. Châtelet (ed.), *Histoire de la Philosophie IV. Les Lumières. XVIII^e siècle*, Paris, Hachette, 1972; tr. it. di L. Sosio in F. Châtelet (a cura di), *Storia della filosofia. Vol. IV: La filosofia dell'illuminismo (Il Settecento)*, Milano, Rizzoli, 1976, p. 47; poi, soprattutto G. Deleuze, *Empirisme et subjectivité*, Paris, Puf, 1953; tr. it. di M. Cavazza, *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, Bologna, Cappelli, 1981.
- ⁸⁸ Per riprendere le analisi di due studiosi con i quali si concorda: A. Vinale, *Postfazione. Empirismo e democrazia*, in G. Deleuze, *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, a cura di A. Vinale, Napoli, Cronopio, 2012, pp. 163-174; L. Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, Macerata, eum, 2014, spec. p. 11.
- ⁸⁹ G. Deleuze, *Présentation de Sacher-Masoch. Le froid et le cruel*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1967; tr. it. di G. De Col, *Il freddo e il crudele*, Milano, SE, 1996, pp. 85-86.
- ⁹⁰ G. Deleuze, *Introduction à Instincts et institutions* (1955), tr. it. a cura di U. Fadini e K. Rossi, *Istinti e istituzioni*, Milano, Mimesis, 2002, p. 29, volume nel quale sono raccolti testi scelti e presentati da Gilles Deleuze di

- filosofi, scienziati sociali, giuristi che hanno ragionato intorno al ruolo delle istituzioni, a partire proprio da Saint-Just, quindi Maurice Hauriou, Léon Duguit, Henri Bergson che troveremo citati *infra*. In quegli stessi anni, in Francia, si vedano anche i saggi raccolti in R. Caillois, *Instincts et société*, Paris, Éditions Gonthier, 1964; tr. it. di D. Gorret, *Istinti e istituzioni*, Milano, Guanda, 1983, ma i saggi sono redatti tra il 1939 e il 1950.
- ⁹¹ L. Mangoni, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino, Einaudi, 1985; S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909 dal prof. Santi Romano*, in «Rivista di diritto pubblico», n. 3, 1910, pp. 98-114. Sul dibattito francese tra società e istituzioni nel passaggio di secolo ci si limita a ricordare: M. Hauriou, *Leçons sur le mouvement social. Données a Toulouse en 1898*, Toulouse, L. Larose, 1899; L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1911. Si è parzialmente affrontata questa ricostruzione in precedenti interventi, a partire da G. Allegri, *Quali istituzioni per le pratiche costituenti del comune? Primi appunti per un uso creativo e "minore" del nuovo diritto comune*, in S. Chignola (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, ombre corte, 2012, pp. 167-194.
- ⁹² O. Frayssé, M. O'Neil (eds.), *Digital Labour and Prosumer Capitalism. The US Matrix*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2015.
- ⁹³ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; K.-H. Ladeur, *Post-Modern Constitutional Theory: A Prospect for the Self-Organizing Society*, in «The Modern Law Review», 60, n. 5, September 1997, pp. 617-629; Id. (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2004; D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergenza delle Costituzioni civili*, tr. it. e cura di R. Prandini, Roma, Armando, 2005; Id., *Verfassungsfragmente*, Berlin, Suhrkamp, 2012, tr. it. di L. Zampino, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.
- ⁹⁴ G. Teubner, *The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism*, in «Transnational Legal Theory», n. 4, 2013, pp. 44-58 (trad. nostra). Quindi: M. Blecher, *Postoperai-smo: trasformazione di capitale, lavoro e sovranità e auto-costituzione della moltitudine*, e A. Arienzo, *Stato minimo e minimo di stato. Sulla governance commissaria di mercato*, entrambi in Chignola (a cura di), *Il diritto del comune*, cit., pp. 98 ss.
- ⁹⁵ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzionalismo dei beni comuni*, in «Storica», XIX, n. 55, 2013, pp. 103-137; P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI Siècle*, Paris, La Découverte, 2014; tr. it. a cura di I. Bussoni, *Del Comune, o della rivoluzione nel XXI secolo*, Roma, DeriveApprodi, 2015, gli scritti di Autori già ricordati (a partire da Teubner e Ladeur), i volumi di M. Hardt, A. Negri, *Empire* (2001), *Multitude* (2004), *Commonwealth* (2009), tutti e tre tradotti per Rizzoli, ma soprattutto il numero monografico della rivista «European Journal of Legal Studies», *Governance, Civil Society and Social Movements*, 1, n. 3, 2008 (<<http://www.ejls.eu/issue/3/>>, novembre 2016) da cui è tratto il successivo volume collettaneo a cura di M. Blecher et al., *Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il comune*, Roma, Ediesse, 2009, quindi il già ricordato Chignola (a cura di), *Il diritto del comune*, cit., *passim*. Sul paradigma Internet nel mutamento dell'interazione sociale, tra i molti, con particolare attenzione al superamento delle istituzioni tradizionali: C. Shirky, *Here Comes Everybody. The Power of Organizing Without Organization*, London, Penguin Books, 2008.
- ⁹⁶ L. Lessig, *The future of ideas*, New York, Random House, 2001; tr. it. di L. Causi, *Il futuro delle idee*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 12, quindi Y. Benkler, *The Wealth of Networks. How social production transforms markets and freedom*, New Haven, Connecticut, Yale University Press; tr. it. di A. Delfanti, *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Milano, Egea, 2007, p. 2; D. Lametti, *Cloud computing: verso il terzo movimento delle enclosures?*, in G. Allegri, M.R. Allegri, A. Guerra, P. Marsocci, *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al Web*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 141-176; quindi: gli Autori citati a nota 5.
- ⁹⁷ K.-H. Ladeur, *New Institutions for the Protection of Privacy and Personal Dignity in Internet: Communication – "Information Broker", "Private Cyber Courts" and Network of Contracts*, ExpressO, 2013 (<<http://works.bepress.com/karlheinzladeur/2/>>, novembre 2016), trad. nostra.

Sun Yat-Sen's Constitutionalism*

BUI NGOC SON

Introduction

In 2013, China witnessed the controversial debate on constitutionalism (*xianzheng*) which lasted for months. The debate features the friction between advocates of constitutionalism and those who rejected constitutionalism as western “bourgeois” products unsuitable to the contemporary socialist polity of China. In China, the concept of *xianzheng* is tractable back to Sun-Yat-sen’s constitutional doctrine. Anti-constitutionalists in the 2013 debate understand constitutionalism as analogous to western liberal constitutionalism and argue that Sun Yat-sen’s conception of constitutionalism reflected western “bourgeois” thinking and superseded by Mao’s New Democracy and, subsequently, Socialism¹. The *xianzheng* debate in China suggests the necessity of a revisit of Sun’s constitutionalism. Is Sun’s constitutionalism western liberal constitutionalism? This paper argues that Sun’s constitutionalism

is not western liberal constitutionalism but mixed constitutionalism.

Modern liberal constitutionalism emerged in the West in the last quarter of the eighteenth century from the two revolutions in North America and France, which threw out the old absolute monarchies and created new democratic order, conceptually backed by liberal ideas of enlightenment thinkers like John Locke, Rousseau, and Montesquieu².

Western modern constitutionalism has common ingredients. It continues the essential idea of constitutionalism as limited government but incorporated new democratic and liberal ingredients. First, in the modern form of western constitutionalism, legal limitations on the public power are articulated in a written constitution, rather than merely customary as the pre-modern forms, with an exception of the United Kingdom³. The written constitution is the higher law of the nation whose authority originated from the constituent power of “we the people”; it is the legal embodiment

of the philosophical device of social contract; it expresses the consensus of the governors and the governed; and it comprehensively includes normative rules which regulate the creation and exercise of the public power⁴.

Second, emerging from radical revolutions which downplayed absolute monarchs, western modern constitutionalism replaced monarchical sovereignty with popular sovereignty. However, for practical reasons, the people were incapable to govern themselves, for which they created a government through democratic mechanisms and empowered it to govern in their name. Democratic government is therefore the corollary of popular sovereignty. Third, western modern constitutionalism features the separation of powers. The Mara of the past autocratic monarchs reminded the people not to give their power to a single hand. Through exercising the constituent power, the people created a government in which the constituted legislative, executive, and judicial powers are separated and practiced by three different institutions. Separation of powers became new structural limits in western modern constitutional government. Fourth, western modern constitutionalism characterizes the protection of human rights. The people did not empower the government unconditionally but constitutionally require the government to respect and protect their fundamental human rights, which are actually the rights of individuals. Constitutionally protected human rights of individuals became the new normative limits on the political power⁵.

Although western modern constitutionalism has the above common features, it has two different strands. Scholars distinguished between Anglo-American and

European, German-continental constitutionalism in the nineteenth century⁶. Gerhard Casper describes the basic differences between them lying on their respective attitude toward the responsibility of the government for the arranging "a truer life"⁷. He argues that: «The notion of the *state* and its functions remains an important element in understanding European constitutionalism. American constitutionalism, on the other hand, continues to be primarily caught up in the language of rights»⁸.

Following Casper, Alison Adcock Kaufman defines the European strand as "statist constitutionalism" as opposed to American liberal constitutionalism. He further elaborates their three differences⁹. First, while American constitutionalism was more concerned with protecting liberal rights from the too-powerful state, continental constitutionalism was prominently occupied with the concern for state formulation, national unification and identity, and *stabile state*¹⁰. Second, while American liberal constitutionalism conceived liberal rights as natural human rights conceptually prior to the state, German-continental statist constitutionalism regarded liberal rights as derived from the state, not natural rights, which means that citizens have their rights as citizens, not as human beings, and that the state also has legal rights and duties to its citizens¹¹. Third, while American constitutionalism just underlined the negative refraining of individuals from infringing on the rights of other individuals, continental constitutionalism advocated more positive national citizenry, which demanded citizen's active participation in the public life and their duties to the state and other citizens¹².

American constitutionalism and European constitutionalism «shared core interests in limiting the powers of the government» but they are different on the goals due to the different historical contexts: “to protect individual freedoms or to strengthen the nation»¹³. American constitutionalism is more concerned with protecting negative rights as limits on the government’s power. Meanwhile, European constitutionalism limited the public power for more positive goals, such as strengthening the state¹⁴, and by more positive means, such as citizen’s participation. So, to borrow Stephen Holmes’s terminology¹⁵, the American strand can be identified as negative constitutionalism, while the European counterpart can be called positive constitutionalism.

In the late nineteenth and early twentieth century, western modern constitutionalism spread to all over Europe, some parts of Asia, and other parts of the world. Notably, substantial Western ideas of modern constitutionalism, such as popular sovereignty, written constitution, the separation of powers, and human rights were firstly introduced in East Asian societies ironically not by western intellectuals but by Confucian intellectuals, such as Kang Youwei, Liang Qichao, and Sun Yat-sen (Sun Zhongshan) in China, and Phan Bội Châu, Phan Chu Trinh, and Huỳnh Thúc Kháng in Vietnam¹⁶.

This paper focuses on the case of Sun Yat-sen. Sun is the most influential figure of his time, regarded as “The Father of Modern China” and his project is relatively materialized and still informs today’s Taiwan constitutionalism. Particularly, Sun Yat-sen develops a quite systematic and sophisticated mixed constitutional theory, and

the 1945 Constitution of Republic of China enacted under his influences has materialized his mixed constitutional project to a certain degree.

An important work relevant to this study is conducted by Eric Chiyeung Ip. He argues that Sun Yat-sen’s constitutional theory «is by nature an indigenous Oriental theory of constitutionalism»¹⁷. According to Ip:

Sun Yat-sen’s vision of constitutional democracy was firmly grounded on Chinese culture, history and philosophy. It is in many ways, fundamentally indigenous, while recognizing the democratic idea that the people, as a whole, instead of any superior individual, should possess the state’s sovereignty and powers. It was an unfinished attempt to invent a constitutional theory which truly belongs to the Chinese, instead of just transplanting a foreign political system to the state¹⁸.

Ip is correct to draw academic attention to the contribution of Confucianism to Sun Yat-sen’s constitutional thought. However, I contend his indigenist claim does not fully capture Sun’s vision on constitutional government. Ip seems to underestimate the role of western modern constitutionalism in formulating Sun Yat-sen’s constitutional thinking. By the time of Sun Yat-sen, Western modern constitutionalism spread to modern East Asia, and Sun was aware of that empirical reality. Written constitution, popular sovereignty, democratic government, and the separation of the legislative, executive, and judicial powers, which are alien to traditional China and traditional East Asia generally, were considerably informed Sun Yat-sen’s constitutional thinking. Sun did not deny learning from the West and he actually aspired to following “the world current.” Sun basically accepted western institutions of modern constitutionalism although he adapted and modified them to

meet the contextual local demands. Sun's adaption and modification of western constitutionalism make his constitutionalism more acceptable rather than essentially indigenous. At the same time, Sun integrated Confucianism (and other Chinese traditional values) into his constitutional project. I argue that Sun Yat-sen integrates elements of western modern constitutionalism with elements of Confucianism to generate his distinctive vision of mixed constitutionalism. The paper is organized as follows. Part I describes the historical context. Part II takes a close examination of Sun's constitutionalism. Part III presents concluding remarks.

I. *Historical context*

Constitutional thoughts do not emerge ex nihilo but are the reflection of and response to a particular context. Therefore it is important to consider the social, political, institutional, and intellectual circumstances in which modern thoughts of Confucian constitutionalism were introduced in late nineteenth and early twentieth century China.

The Confucian polity of imperial China has declined in the mid to late nineteenth century due the challenges posted by the rising powers especially from the West. Political elites «awoke to the new international order and the growing imperialism of industrialized nations. This caused it to begin questioning China's received model of government»¹⁹. Consequently, there were efforts aiming at transforming Chinese government into a modern constitutional government, including: the Institutional

Reform Movement, the Constitutional Reform Movement, and Xinhai Revolution, and the War to Defend the Republic and Uphold the Constitution²⁰.

The first attempt to modernize the political system in China is the Institutional Reform Movement (the Hundred Days' Reform or the Wuxu Reform) from 11 June to 21 September 1898 in late Qing dynasty²¹. The leading figure of this movement is Confucian constitutionalist Kang Youwei (1858-1927). Kang was educated under the Confucian educational system but was interested in Western civilization. He visited Hong Kong and Shanghai and was impressed by the governmental system the Westerners established here, which inspired him to think about reform of the Chinese imperial government²². He, however, did not abandon Confucian classical studies. Kang's strategy for reforming China was to «entirely reinterpret Confucius» whom he regarded as a progressive²³. Kang's reformist thoughts are in fact the combination of Western democratic ideas and Confucian tradition²⁴.

In 1898, Kang wrote to young emperor Guangxu appealing for reforms. The emperor accepted his reform proposals and appointed him as an official to assist him. Later known as the Wuxu Reform, its components included modernizing the traditional examination system, building a modern education system, transforming the absolute monarchy into a constitutional monarchy, adopting some principles of capitalism, and others. Unfortunately, the movement lasted only 103 days, ending in a *coup d'état* by conservative opponents led by empress Dowager Cixi, who denounced the movement as too radical and preferred more incremental changes. Emperor

Guangxu was put in house arrest, and Cixi seized the power to rule the court as regent. Kang Youwei and his student Liang Qichao were expatriated to Japan, while other advocates of the movement were executed²⁵.

After the abortive Institutional Reform Movement, the Constitutional Reform Movement was initiated. The victory of Japan in the Russo-Japanese War (1904-1905) raised Qing court's awareness of the power of modern constitutionalism over autocracy. «Demand louder that China should adopt [modern] constitutionalism in order to become strong and wealthy»²⁶. In summer 1905, the Qing government issued edicts appointing five special commissioners to study the modern system of constitutional government in foreign nations (Japan, England, The United States, Germany, and France) and to consider its possible creation in China. Returning in July 1906, all commissioners recommended modern constitutionalism²⁷.

In August 1908, the Qing government announced the plan for the preparations for modern constitutionalism, according to which in the ninth year, in 1916, a written constitution shall be enacted and the first elections for the parliament shall take place, and the parliament shall be convened in 1917²⁸. The government also issued the "Principles of the Constitution" which anticipated a constitutional monarch mirroring Meiji Constitution but vested the monarch greater power than the Meiji counterpart²⁹. Constitutionalists and intellectuals criticized the Principles and «ardently demanded an immediate inauguration of constitutional government»³⁰.



Sun Yat-sen sitting beside young Chang Kai-shek, 1924

Under this pressure, in 1910, the Qing government shortened the schedule for constitution-making to 1912 and elections to 1913. This, however, failed to appease the revolutionary forces. The Xinhai Revolution eventually occurred in 1911.

The Xinhai Revolution was led by Sun Yat-sen (1866-1925), a native of Guangdong province, adjacent to Hong Kong, who was very critical to the monarchical government of the Qing. Sun was educated in Confucian school in his childhood and then in Western-style school in Hawaii since the age of thirteen. Five years at Honolulu enabled Sun acquire English proficiency and exposed him to American liberal democratic ideas, which is conducive to his understanding of western lib-

eral constitutionalism. He was then sent back to the British colony of Hong Kong, where he obtained his medical degree in 1892 at the Hong Kong College of Medicine for Chinese, currently The University of Hong Kong. After a short time of medical practice, Sun dedicated himself to the revolutionary mission. Sun's revolutionary target is to overthrow the monarchical government of the Qing, the cause of Chinese state's drawbacks in his attribution, and to create a constitutional republic.

Sun first created his revolutionary organization called *Xingzhong Hui* (Revive China Society) in 1894, shortly after the outbreak of the Sino-Japanese War, mobilizing the creation of schools, newspapers, and industries. Sun then travelled around the world seeking support for the revolution, mainly from overseas Chinese communities³¹. In 1894, the Qing legation tried to kidnap Sun in London. Under the pressure from the United Kingdom, he was released and became «the worldwide symbol of the Chinese Republican Revolution»³². In 1905, Sun created in Tokyo the first Chinese political party, *Tongmeng Hui* or Alliance Society, the forerunner of the *Kuomintang* (KMT) or Nationalist Party. Its targets were to overthrow the Manchus, to recover China for the Chinese, to create a republic, and to equalize land ownership³³. Members of the Alliance Society spent the next several years gathering support from overseas Chinese. On October 10, 1911, the Wuchang Uprising occurred, marking the starting point of the Xinhai Revolution, and triggering many other revolts and uprisings in the southern and central China³⁴.

The Xinhai Revolution led to new phase of Chinese republic. The revolutionaries selected Sun Yat-sen as the temporary

president of the new republic government on 19 December 1911. However, to protect the infant republic and to avoid a war between Northern and Southern China, a *modus vivendi* was made between the court and revolutionaries. Accordingly, Sun soon resigned from the presidency in favour of Yuan Shikai, a powerful warlord in Beijing, in return for Yuan's support of the republic³⁵. Yuan, who was neither a revolutionary nor a constitutionalist but more an expedient military politician, could manoeuvre the presidency resemble an emperor, thanks to «his own military power, foreign support, and deft political manipulation»³⁶. In 1913, when Yuan sunk the deal of republic into oblivion and tried to establish him as an actual presidential autocrat, Sun then called for a second revolution but failed³⁷. In 1914, Yuan dissolved the parliament, suspended the provincial and local assembly assemblies, strictly controlled the central ministries and local bureaucracies, censored the press, and persecuted political oppositionists³⁸. He also replaced the Provisional Constitution of 1912 with the "New Constitutional Pact" which established an unlimited "life-presidency"³⁹. Sun led a movement to defend the constitution which Yuan tried to abandon. Sun failed, but Yuan could not realize his dream of the "life presidency" and died in another uprising against him. China then fell into the situation of warlord.

Sun Yat-sen, however, continued his efforts to defend the republic. He created the military government of the Republic of China, and he served as its great marshal. In 1924, he reorganized the *Guomindang* (Nationalist Party, KMT) that would eventually reunify China in the 1930s⁴⁰. Sun Yat-sen, however, succumbed to cancer in 1925 be-

fore the reunification. After the death of Sun Yat-sen, Chiang Kai-Shek took the leadership of the KMT. The KMT defeated the warlord in 1928 and created the national government of the Republic of China (ROC) in Nanking. However, the KMT engaged in a civil war with the Chinese Communist Party (created in 1921) until 1936 when the two parties entered into an alliance so as to confront with Japanese invasion⁴¹. The KMT government was defeated by the Chinese Communist Party (CCP) on the mainland and retreated to Taiwan in 1949.

It can be seen that in the late nineteenth and early twentieth century, Chinese Confucian imperial government was confronted with great pressures on reform. In order to counter the external rising power of imperialism and to cope with the internal shortcomings of the traditional government and political conflicts, Chinese political elites and public intellectuals initiated movements to reform and even transform the political system in lines with the spirit of western modern constitutionalism, including popular sovereignty, written constitution, the separation of powers, and popular rights⁴².

At the same time, Confucianism still occupied an important role in the intellectual climate in the late nineteenth century China, although there were some exceptional criticisms of Confucianism from the western liberal point of view⁴³. While attacking the old imperial regime, «reformers in general stopped short of criticizing the religio-ideological foundation of the old order- namely, Confucianism»⁴⁴. One of the reasons for this was that: «For most of these reformers this moral-ideological conservatism underlay and tempered the radicalness of their political reformism»⁴⁵.

Consequently, reformers' approach to Western values tends to be instrumentalist, while their position regarding Confucian tradition is more foundationalist. Hao Chang concludes that: «Western learning was given a value- but only an instrumental and secondary one, whereas traditional Confucian learning was still regarded as the lofty locus of intrinsic values»⁴⁶. This observation is effective in regard to constitutionalism. Chinese constitutionalists supported some values of western modern constitutionalism as an instrument to modernize the political system as a response to the rising power from the West and other industrial nations. However, Confucianism continued to influence their thinking as foundational values. This makes Confucian tradition retaining its role in Chinese modern constitutional vision. The reformers like Kang Youwei and Liang Qichao and the revolutionaries like Sun Yat-sen has combined values of western modern constitutionalism with values of Confucianism to develop their distinctive vision of constitutionalism. The project by Sun Yat-sen is examined below.

II. *Sun Yat-sen's constitutionalism*

Sun Yat-sen's thinking is informed by multi-sources⁴⁷. Among them, western and Confucian political ideas and practices play an important role in shaping his political concepts. Sun was influenced by western political thoughts and practices due to his experience in liberal democracies in the United States, the United Kingdoms and other European nations, and Japan⁴⁸. At the same time, Confucianism also contrib-

uted to Sun's political thinking⁴⁹. In 1925, shortly before his death, in response to a Russian visitor's enquiry on the intellectual inspiration of his revolutionary thought, Sun states that his thought was «a development and continuation of the ancient Chinese doctrines of Confucius»⁵⁰. He studied Confucian classics before going to the West and during his time at Hong Kong as a medical student⁵¹. In addition, although Sun disagreed with Kang and Liang in several points, he was influenced by their reconfiguration of Confucianism as «a reformist and potentially revolutionary social philosophy»⁵². Consequently, as James Gregor demonstrates:

Ten years before his death in 1925, Sun Yat-sen provided the major writings that he left as an intellectual heritage to his followers. All the literature he refers to in his final testament, 46 *The Principles of National Reconstruction*, the *Program of National Reconstruction*, the *San Min Chu I*, and the *Declaration of the First National Convention* were all written after 1915, and all contain repeated allusions to the Confucian tradition as the foundation of his system of beliefs⁵³.

Sun developed two famous constitutional doctrines, namely Three Principles of the People (*samin zhuyi*) (nationalism, democracy, and livelihood) and the Five-Power Constitution (*wuquan xianfa*)⁵⁴. These doctrines suggest that Sun Yat-sen was a man of his own thinking. He was not passively dominated by western ideas and traditional Chinese ideas; instead he creatively synthesized them to advance his own distinctive ideas. Audrey Wells concludes that: «Sun Yat-sen's political thought was a courageously unique synthesis of Eastern and Western ideas»⁵⁵. Similar thing can be said with regard to Sun's constitutional thinking. He combined western modern

constitutionalism and Confucianism to produce his distinctive vision of modern Confucian constitutionalism.

On one hand, Sun generally advocates western constitutional democracy in part because it is the "world current" which China should follow and also because it is instrumental to resolving internal problems of the Chinese society, prominently, civil war⁵⁶. On the other hand, Sun believes that the Chinese should learn from the West carefully and critically. He stated: «when we use Western history as material for study, we are not copying the West entirely of following in its path»⁵⁷. There are two important reasons for this.

First, Sun believes that western government has its own limits and therefore cannot be blindly emulated in China. He critically notes: «If we copy western government as we copy western material science, we shall make a great mistake», because «Western nations have not fundamentally solved the problem of administering democracy»⁵⁸. Sun pointed out a number of defects of western constitutional government, such as its failure to make the people happy, the hostile attitude of the people toward the government, the insufficient separation of powers, and incompetent statesmen. Therefore, Sun proposed that China should learn from the Western government carefully and should look for "a new way" to create a constitutional government⁵⁹.

Second, Sun was of the view that the Chinese society has widely differed from western society and hence China should not entirely emulate the Western government. He suggested that China can follow the global trend of constitutional democracy but should adapt it in the particular Chinese context. He put this clearly in this way.

The West has its society; we have our society, and the sentiments and customs of the two are not the same. Only as we adapt ourselves, according to our own social conditions, to modern world tendencies, can we hope to reform our society and to advance our nation⁶⁰.

Such position led Sun to critically employ ingredients of western constitutional government and combine them with Chinese tradition, particularly Confucian tradition. He consciously wants «to combine the best from China and the best from other countries and guard against all kinds of abuse in the future»⁶¹. Such a combination helps to strengthen the strong points of the two while limit their weak points. This view is particular evident in his proposal of the five-branch constitutional government⁶².

Positive Constitutionalism

Sun Yat-sen agreed on the establishment of constitutional limits on governmental power. He also agreed that constitutionally-limited government is instrumental to prevent despotic power. However, he was more concerned with the positive dimension of constitutional government. In fact, he attempted to create a powerful government under constitutional control. Sun believes that Western constitutional government has been confronted with a serious problem, namely that the fear of autocratic power induced the people to be hostile to their government and seek to weaken the government⁶³. Sun, as a constitutionalist, certainly did not support «an all-powerful government that the people have no way of checking»⁶⁴. Instead he supported

a powerful government «in the employ of all the people and working for the welfare of the people»⁶⁵. He suggested that if government is made up of “able men” who are “loyal to the nation,” «we must not limit their movements but give them freedom of action; then the state can progress and progress with rapid strides»⁶⁶. In other words, Sun advocates positive limits on the government. The government must be powerful but is by no means unlimited. It is positively limited by general public standards, such as the welfare of the people, and controlled by the people and the mechanism of separation of power which shall be defined by a written constitution.

Sun Yat-sen’s Fundamentals of National Reconstruction (1923) include the enactment of the written constitution⁶⁷. He envisages three stages of national reconstruction: military government, political tutelage, and constitutional government. The first is the phrase of deconstruction, involving the breaking down of the Manchu despotism, and the installation of the martial law⁶⁸. The political tutelage is the transitional phrase lasting for six years, involving the enactment of provisional constitution in provinces, which will regulate the rights and duties of people and the administrative powers of the provincial government⁶⁹. When the provinces establish self-government then, it is time to implement constitutional government nationwide. The final stage, which marks the completion of national reconstruction, involves the promulgation of a national written constitution which would fully establish popular sovereignty, democratic government with separated powers, and fundamental citizen’s political rights⁷⁰.

It can be seen that Sun adopted the western idea of written constitution in his vision of modern constitutionalism for China. However, he employed the written constitution for a more positive goal: the constitution is a document not only to downplay despotic power but also to build up the nation. In Sun's vision, the constitution was an ingredient of the broader project of "national reconstruction." Sun's positive constitutionalism reflects the real social circumstance. When China was confronted with internal political struggles and external power of imperialism, the chief goal of constitution was more likely for national building and unification than for protection of liberal rights as the negative limits on the government. Sun's constitutionalism was, therefore, influenced more by European constitutionalism than by American constitutionalism.

But the uniqueness of Sun's modern constitutionalism is his constructivist approach to constitution-making. Although he advocated and actually led a radical revolution which overthrew an old political regime, he did not consider that this revolution must immediately culminate in a written constitution which would establish a foundation for a new political order. His three-stage program of national reconstruction demonstrates the constructivist rather than foundationalist approach to constitution-making. In Sun's vision, constitution-making is a step-by-step process. This process included transitional steps which established certain conditions constructive to the next steps which would incrementally establish a more stable constitutional order⁷¹. The legitimacy of Sun's constitutional constructivism lies in its ability to temper radical changes and

to prevent social chaos and even civil wars when China was confronted with internal political struggles between old imperial forces and new reforming and revolutionary forces, and among reforming and revolutionary forces. In this context of social conflicts, social consensus had not yet been formulated, and hence it is unlikely that the constitution could be immediately enacted foundational to a new political order as the expression of social consensus. Only through the incremental constitution-building process, social consensus on new political order can be incrementally established.

Apart from the historical contexts and continental constitutionalism, Sun's positive constitutionalism is also reflective of traditional Confucian constitutionalism. Classical Confucianism equally supported positive limits on the government. Confucian "rectification of names" (*zheng ming*) attempted to limit the ruler's power by positive means, such as moral cultivation, education, and remonstrance, for positive goal, namely the happiness of the people⁷². When Sun went further to define the goal and means of modern constitutionalism, the Confucian influences on his positive constitutional thinking are more evident.

Human rights and Humaneness

Sun Yat-sen adopted the western idea of democracy but he did not consider protection of liberal rights as the goal of the constitutional government. He advocates democracy but distinguishes it from civil liberty. For him, while China should create a constitutional democracy, this does not

mean that it should solely aim at protection of human rights. Instead, the ultimate goal of the constitutional government, in Sun's vision, is the happiness of the people, which indicates the influence of the Confucian conceptions of *ren* (humaneness) and *minben* (people-as-basis).

Sun Yat-sen explained that western government aimed at protection of people's liberty as the Western people had suffered depression of their liberty by extremely despotic power of the feudal government. He stated: «The despotism in Europe had been downfall of Rome up to two or three centuries ago, had been developing rapidly and the people had suffered increasingly and unbearably. Many kinds of liberty were denied them, chiefly liberty of thought, liberty of speech, and liberty of movement»⁷³. As a result, western people sought to limit the government and required the government to protect their freedom after revolution. This made protection of liberal rights the primary concern of the western constitutional government⁷⁴. China, however, was in a different situation. Sun believed that in imperial China, the people had already had too much freedom: «The people had little direct relation to the emperor beyond paying him the annual grain tax—nothing more... The emperors wanted only the grain tax from the people and were not interested in anything else they did, letting them live and die themselves»⁷⁵. Therefore, the Chinese people did not have an incentive to rebel against their emperor and to fight for their civil liberty in the modern time like their western counterparts⁷⁶. Hence, for Sun, the primary concern of the Chinese revolution is not civil liberty. He clearly put this:

The aims of our revolution are just opposite to the aims of the revolutions of Europe. Europeans rebelled and fought for liberty because they had had too little liberty. But we, because we have had too much liberty without any unity and resisting power, because we have become a sheet of loose sand and so have been invaded by foreign imperialism and opposed by the economic control and trade wars of the Powers, without being able to resist, must break down individual liberty and become pressed together into an unyielding body like the firm rock which is formed by addition of cement to sand⁷⁷.

Alternatively, Sun proposed that the aims of Chinese revolution are threefold: the People's Nationalism or the liberty of the nation (not the individuals), People's Sovereignty or equal fundamental political rights to create and control a democratic government, and People's Livelihood or the public welfare⁷⁸. For the national liberty and other public values, individuals must limit their freedom: «The individual should not have too much liberty, but the nation should have complete liberty. When the nation can act freely, China may be called strong. To make the nation free, we must each sacrifice his personal freedom»⁷⁹.

All of these have the ultimate goal, namely the happiness of the people⁸⁰. Sun's humane thinking of the goal of revolution and democratic government is passionately expressed in these words:

Those who are concerned with benefiting others are glad to sacrifice themselves. When this philosophy prevails, intelligent and able men are very ready to use their powers for the welfares of others, and religions of love and philanthropic enterprises grow up... But religious power alone is insufficient and philanthropy alone cannot remedy evil. So we must seek a fundamental revolution, effect a revolution, overthrow autocracy, lift up democracy, and level inequalities [...] Everyone should make service, not exploitation,

his aim. Those with great intelligence and ability should serve thousands and ten thousands to the limits of their power and make thousands and ten thousands happy⁸¹.

The happiness of the people is defined by the people's livelihood, a core component of Sun's doctrine of Three Principles. Sun's lectures on the livelihood focus on the material well-being of the people, particularly land, food, and cloth, the equal concern of classical Confucians, especially Mencius⁸². Yet, as the lectures on the principle of livelihood were never completed by Sun, whether the people's happiness concerns the moral wellbeing of the people, as the concern of the Confucians, has not been articulated.

Sun's formulation of the goal of the constitutional government is consistent with his conception of positive constitutionalism and is explainable for contextual reasons. Sun's actual concern is that while China was confronted with the influence of the external powers of imperialism and the internal political conflicts, the mobilization for individual's liberty would aggravate the situation, making Chinese society more divided and making Chinese people more concerned with their individual life and less conscious of public affairs. Alternatively, under such circumstances, it is understandable that Sun thought of a democratic government capable of unifying the "loose" individuals and mobilizing collective forces for national liberty and general public good.

Apart from reflecting the current situation, Sun's position on the positive goal of the constitutional government is associated with Confucian tradition. While his concern of national liberty is more reflective of the current context, his ultimate goal of

the happiness of the people is more influenced by Confucian humanity. The central concept in Confucianism called *ren* (humaneness) focuses on the love and care for the others⁸³. Its political manifestation is the "service conception" of *minben* (people-as-basis) government which accentuated the idea that the ultimate goal of a legitimate government is to serve the people and to work for their happiness⁸⁴. Sun was considerably informed by the Confucian humanity and the Confucian "service conception" of good government, for which he defined the *telos* of the revolution and the government as people's happiness and underlined the "philanthropic enterprises" and "service" spirit among members of the government.

Democracy and Elitism

The western idea of popular sovereignty and democratic government also informed Sun's constitutional vision and his political activities. In practice, Sun led the Xinhai Revolution, which overthrew the monarch of the Qing and made the Chinese people sovereign. In theory, democracy was one of his three principles of the people. In the first lecture on democracy on 9 March 1924, Sun defined popular sovereignty or "people's sovereignty" as the people's power to control the government so that the government becomes "a thing of the people and by the people; it is control of the affairs of all the people"⁸⁵. The government created under the principle of people's sovereignty is the democratic government with popularly elected president and legislature⁸⁶.

Sun believes that his time was "the age of democracy." He divided human's historical evolution into four periods: the first period was the struggle between men and beast in which men employed their physical strength; the second period was the fight between men and Nature in which men summoned the divine powers; the third period involved the conflicts amongst men, states, and races, in which autocratic power was the prevailing instrument; and the fourth period – the present age – is the battle between the people and their autocratic monarchs in which the people increasingly possesses the sovereignty⁸⁷. Sun calls the last period "the age of the people's sovereignty- the age of democracy"⁸⁸. China has followed the global trend: "We have only recently entered upon it [the age of democracy] and overthrown the autocracy of the old age"⁸⁹.

However, Sun explained that China has chosen democracy not only because she has followed "the world current" but also because democracy can help "reduce the period of civil war"⁹⁰. He demonstrated that the changes of dynasty in the history of China always meant war, and it was the monarchical regime in China that resulted in the war for the throne⁹¹. Therefore, Sun stated: «when we first proclaimed our revolution, we lifted up the rights of the people as the base up which we build our republic, with the hope that this would prevent the rivalry for imperial power»⁹².

So, Sun's adoption of popular sovereignty and democratic government reflects both the international influence and the domestic circumstances of social and political conflicts among different forces. Democratic government is conceived as playing a constructive role. Its legitimacy was justi-

fied not by the need to protect liberal rights but by the needs to prevent civil war and unify social forces for national construction and ultimately to bring happiness to the people.

Sun, however, mixed the western idea of democracy with the Confucian tradition. To begin with, Sun employed the Confucian conception of "*minben*" to justify and redefine democracy as the government for the happiness of the people.

Confucius and Mencius two thousand years ago spoke for people's rights. Confucius said, «When the Great Doctrine prevails, all under Heaven will work for the common good. He was pleading for a free and fraternal world in which the people would rule...» Mencius said, «Most precious are the people; next come the land and grain; and last, the princes». Again: «Heaven see the people see, Heaven hear the people hear, and I have hear of the punishment of the tyrant Chou but never of the assassination of a sovereign». He, in his age, already saw that kings were not absolutely necessary and would not forever, so he called those who brought happiness to the people holy monarchs, but those who were cruel and unprincipled he called individualists whom all should oppose. Thus China more than two millenniums ago had already considered the idea of democracy⁹³.

Apart from that, Sun mixed the western idea of popular sovereignty with Confucian elitism. In Confucianism, as Daniel A. Bell points out, «only ethical and intellectual elites have a vocation to lead society... Only those who acquire knowledge and virtue ought to participate in government, and the common people are not presumed to possess the capacities necessary for substantial political participation»⁹⁴. This

elitism partially influences Sun's vision of democratic government. Sun characteristically distinguished between sovereignty (*chuan*) and ability (*nen*), according to which, the former is the power of the people while the latter is the power of the government⁹⁵. The people are the master of the nation, but they lack sufficient skills and abilities to administer the national affairs, for which they create a democratic government and «put the important affairs of the nation in the hands of capable men»⁹⁶. This idea reflects Confucian elitism. Sun referred to Chinese ancient kings (You, Shun, Yu, Tang, Wen Wang, and Wu Wang), who were highly revered by classical Confucian philosophers, as paradigms of "capable men" who possessed the ability to administer the nation for the happiness of the people. Sun demonstrated that they had two distinguished qualities. First, they had «native ability, which enabled them to establish good government and to seek the welfare of the people»⁹⁷. Second, they had «noble character, 'mercy to the people and kindness to all creatures, regard for the people as for the wounded and suffering, love for the people as for their own children'»⁹⁸.

In short, under Sun's vision of good government, those who are qualified for administration of the government must possess both the governing capacity and moral qualities defined by sympathy to the people and working for their happiness. This is attributable to the influence of Confucian elitism. Sun in fact combined western idea of popular sovereignty with Chinese Confucian elitist tradition.

The Separation of Powers

Due to the widespread influence of natural sciences and industrial revolution in the late seventeenth and eighteenth century in the West, the metaphor of "machinery" was insinuated into western enlightenment political thinking, evident in the theory of separation of powers. Western theory of separation of powers is «a sort of mechanistic, or Newtonian, approach» which «in a way assumes a pre-existing power that needs to be checked or balanced. Power is viewed as a physical entity which has a weight and a size, and therefore can be divided into smaller parts or balanced with another power of equal weight and size»⁹⁹.

Sun Yat-sen was aware of that the metaphor of "machinery" was prevalent in the western jurisprudential discourse and in many Chinese translation books on government and law in which the equivalent term "*chi-kuan*" was used¹⁰⁰. Sun himself adopted the metaphor of "machinery" to articulate his theory of separation of powers. He spoke of "machinery of democracy" or "political machinery"¹⁰¹, and employed western mechanical industrial products like "steamship" or "automobile" as allegories to express his ideas on political power¹⁰².

Let us consider how Sun articulated his theory of powers using the metaphor of machinery. He compared: «The people are like the engineer and the government is like the machinery»¹⁰³. The machine has its own power and is controlled by the engineer; likewise, the government has its own power and is controlled by the people¹⁰⁴. Sun then proposed separating the power of the people or the "sovereignty" from the powers of the government or the "ability." He put it in this way:

The government machinery which is constructed according to the principle of sovereignty being distinct from ability and power is just like the material machinery which has power in itself and is controlled by a power outside. In building the new state according to the newest discoveries, we should separate clearly these two kinds of power¹⁰⁵.

The people's power or the sovereignty is the motive power to control the administration of the democracy, while «the governmental powers [the ability] are the mechanical powers», which administrates the democracy¹⁰⁶. The political power of the people includes suffrage, recall, initiative, and referendum. Suffrage and recall are the two powers enabling the people to control government's members: to put them in or to remove them from their positions¹⁰⁷. Initiative and referendum are the two powers for the people to control the law: to decide upon new law and «turn it over to the government for execution» or to amend old law and «ask the government to administer the revised law and do away with the old law»¹⁰⁸. Only if the people are given these powers to control their government «will they not be afraid of the government becoming all-powerful and uncontrollable. The people can any time command the government to move or stop»¹⁰⁹.

The administrative powers of the government are constitutionally separated into five branches, namely legislature, judiciary, executive, civil service examinations, and censorship¹¹⁰. This project of «five-power constitution»¹¹¹ is the mixture between western separation of power and Chinese traditional source. Sun restated that modern constitutional government in the West has separated the three branches of powers, namely legislature, executive, and judiciary, and critically noted that: «foreign

governments have never exercised more than these three powers»¹¹². Imperial government in China, Sun explained, however, concentrated all these powers at the hands of the emperor, but there were two other powers separate from the emperor's powers, namely the powers of civil service examination and censorship¹¹³. Civil service examination is the power to select «real talent and ability», the «characteristic of China for thousand years»¹¹⁴. Censorship in Chinese imperial government is the equivalent of impeachment power in western modern governments, but was independent from the throne's power, while the impeachment power in western arrangements is placed in the legislature¹¹⁵.

Sun believed that Chinese imperial government and Western modern government have their own strengths and weaknesses, and the best government needs to combine suitable elements by which to strengthen the strong points and limit the weak points. While Western modern government has separated the three legislative, executive, and judicial powers with "splendid results", it failed to separate the impeachment power from the legislature, and it lacked the power of civil service examination to select «the talent and able men». As western modern government lacks the two independent powers of censorship and civil service examination, «there is no other way of controlling the men who are selected to office, whether they turn out to be worthy or incompetent»¹¹⁶. Sun, therefore, concluded that western triple government is an imperfect system¹¹⁷. Meanwhile, the Chinese imperial government possessed what the West lacked, which are two independent powers of censorship and civil service examination, but lacked what the West

possessed, the three separated powers of legislature, executive, and judiciary. So, the ideal solution would be the mixed project: the mixture of the three independent powers originated from the West with the two independent powers derived from the Chinese source to formulate a quintuple-power government. Sun clearly states:

If we now want to combine the best from China and the best from other countries and guard against all kinds of abuse in the future, we must take the three western governmental powers—the executive, legislative, and judicial; add to them the old Chinese powers of examination and censorship and make a finished wall, a quintuple-power government. Such a government will be the most complete and the finest in the world, and state with such a government will indeed be of the people, by the people, and for the people¹¹⁸.

It can be said that Sun's constitutional separationism is influenced by the western mechanistic or Newtonian approach to public power. Sun conceives public power like a material power which can be divided into smaller parts and they can control and balance with each other. Notably, when he divided the public power into nine smaller parts, he even moved beyond the western political mechanists.

However, Sun is relatively critical of western separation of powers. He stated: «The governmental machinery of the United States and France still has many defects, and does not satisfy the desires of the people nor give them a complete measure of happiness»¹¹⁹. Sun seems unhappy with the negative approach to the separation of powers which chiefly aimed at protecting individuals' liberty from arbitrary power, which is the prevailing view in the United States. Alternatively, Sun's constitutional separationism has a more positive purpose, namely the happiness of the people.

In addition, it aims at creating a powerful government under the control of the people. The people's separate powers vis-à-vis the government do not purport to weaken the government but aim to control it so as to make it more responsible while powerful. The separation of governmental powers was understood not as a negative mechanism for preventing encroachment but a positive mechanism to «develop tremendous horse power» and to make the government, the «large machinery», and to «function most effectively»¹²⁰. This positive view is explainable for contextual reasons. Disabling the governmental functions is unlikely in the course of national construction and unification. More likely cause is enabling the government with separated governmental functions but preventing on unlimited and all-powerful government at the same time by popular control. Sun's doctrine of the separation of powers further illustrates his positive constitutionalism.

In addition, Sun's separationism is also informed by Confucianism, prominently evident in his additional powers of civil service examination and censorship. The practice of the civil service examination has its roots in the Confucian elitist advocating that the government should be run by wise and moral scholars. The system of civil service examination was designed on the Confucian underpinnings to select the wise and moral men for the imperial government. The censorship system in the Chinese imperial government or the Censorate had two main functions, namely remonstrance and surveillance. According to Hucker, the remonstrance function had its roots in Confucianism, while the surveillance function mainly relied on Legalism¹²¹. Classical Confucian philosopher

taught that wise and moral men in the government should remonstrate against their ruler to rectify his use of power in concordance with Confucian moral and political principles and for the common good. This classical idea was institutionalized, which resulted in the creation of the Censorate with the formal power of remonstrance in imperial China¹²².

Sun's separationism is informed by and transforms the Confucian elitism and the Confucian institutions of civil service examination and Censorate. In fact, in imperial China, the departments responsible for civil service examination and censorship were just parts of the court, not independent from the throne as Sun stated. Sun was actually aware of that these institutions were abused in imperial China¹²³. This was mainly due to the dependence of these institutions on the throne. Sun in fact wished to transform the traditional institutions of civil service examination and censorship into independent powers. Consequently, in Sun's five-power government scheme, the Confucian powers of civil service examination and censorship were metamorphosed to be equal to and independent from the three Montesquieuian powers. This is the distinction of Sun's Confucian separationism.

Denouement

The KMT sought to implement Sun Yat-sen's three-stage program of Chinese political transformation and his constitutionalism in general. In its Third National Congress in March 1929, the Party «decided to ratify the *Fundamental Principles of Political Tutelage*, to pass a resolution for

the *Confirmation of Dr. Sun Yat-sen's Writings as the Fundamental Laws of the Republic of China during the Period of Political Tutelage*, and to adopt the *Rules Concerning the Exercise of Governing Powers*»¹²⁴. To implement the second stage, a provisional constitution called the Constitution of the ROC in the Period of Political Tutelage was enacted in 1931¹²⁵. The Provisional Constitution included eight chapters, namely: general principles; rights and duties of the people; essentials of political tutelage; people's livelihood; education of the citizens; division of power between the Central and local governments; organization of the governments; and an annex¹²⁶. William L. Tung remarks that: «The provision on the rights and duties of the people was similar to that in most of the Western democratic constitutions. People's livelihood was much emphasized here and the State would afford every encouragement and protection to the private enterprises»¹²⁷.

To realize the third stage, a new Constitution of the ROC was promulgated in December 1946¹²⁸. The Constitution consisted of fourteen chapters: general provisions; rights and duties of the people; the National Assembly; the President; Administration; Legislation; Judiciary; Examination; Supervision; powers of Central and local governments; system of local government; election, recall, initiative, and referendum; fundamental national policies; and enforcement and amendment of the Constitution¹²⁹.

The preamble of the Constitution states that:

The National Constituent Assembly of the Republic of China, by virtue of the mandate received from the whole body of citizens, in accordance with the teachings bequeathed by Dr. Sun Yat-sen in founding the Republic China, and in order

to consolidate the authority of the State, safeguard the rights of the people, ensure social tranquility, and promote the welfare of the people, do hereby adopt this Constitution¹³⁰.

So, the Constitution explicitly demonstrates its adherence to Sun Yat-sen's political teachings. Article 1 of the Constitution also confirms that The Republic of China shall be founded on Sun's Three Principles of the People¹³¹.

The Constitution enumerates freedoms and rights of the citizens. However, these constitutionally protected freedom and rights can be abridged by law if it is necessary «to prevent infringement upon the freedoms of others, to avert an imminent danger, to maintain social order, or to promote public»¹³². In addition, the Constitution also guarantees all other freedoms and rights of the people that are not enumerated unless they are «detrimental to social order or public welfare»¹³³.

Regarding political organs, the National Assembly is the highest representative organ of the nation, exercising political powers on behalf of the whole body of citizens, constituted by delegates elected from counties, municipalities, area of equivalent status, Mongolia, Tibet, and overseas Chinese, responsible for electing and recalling the President and Vice President of the Republic, and amending the Constitution¹³⁴. The President, the Chief of the State, represents the State in foreign relations, and has supreme command of the army, navy, and air force of the country¹³⁵.

Apart from those two institutions, the Constitution establishes five Yuan or branches, modeling Sun's separationism, including the Executive, the Legislative, the Judiciary, the Examining, and the Supervisory. The Executive Yuan is the highest ad-

ministrative organ of the state, consisting of a President nominated and appointed by the President of the Republic with the consent of the Legislative Yuan, and a Vice President, heads of various Ministries and Commissions appointed by the President of the Republic upon the recommendation of the President of the Executive Yuan¹³⁶. The Legislative Yuan is the highest legislative organ of the state, composed of Members elected by the people, and exercises legislative power on their behalf¹³⁷. The Judicial Yuan is the highest judicial organ of the State, responsible for the trial of civil, criminal, and administrative cases and the disciplinary punishment of public employees, interpreting the Constitution, and unifying the interpretation of laws and ordinances¹³⁸. Its President, Vice President, and Grand Justices are nominated and appointed by the President of the Republic with the consent of the Supervisory Yuan¹³⁹.

The Examination Yuan is the highest examination organ of the State, responsible for matters relating to examination, employment, official grading, service rating, salary scales, promotion and transfer, security of tenure, commendation, pension for the deceased's family, retirement, and old-age pension¹⁴⁰. Its President, Vice President, and Members are nominated and, with the consent of the Supervisory Yuan, appointed by the President of the Republic for a term of six years¹⁴¹. The Supervisory Yuan is the highest supervisory organ of the state, exercising the powers of consent, impeachment, censure, and auditing, with its President and Vice President elected from and by the Supervisory Members which in turn are elected by provincial and municipal councils, local councils of Mongolia and

Tibet, and overseas Chinese in accordance with law¹⁴².

The Constitution of Republic of China of 1946 remains its effect in Taiwan today. Based on the 1946 Constitution and the enactment of the Additional Articles and serial constitutional amendments in 1992, 1994, 1997, 1999, and 2005, with the 1999 amendment voided by the Council of Grand Justice for being unconstitutional, Taiwan has incrementally entered into the group of Asian new democracies¹⁴³.

It can be said that Sun's modern Confucian constitutionalism has been materialized to a certain degree. The 1946 Constitution is a written document which provides for popular rights, confirms the principle of popular sovereignty, and creates a democratic government with separated power controlled by the people's political powers. These embody the western ingredients in Sun's constitutionalism. On the other hand, the Constitution is also resonant with the Confucian ingredients in Sun's constitutionalism. Most notable feature is its emphasis on the promotion of the welfare of the people as chief goal of the state. In addition, citizen's rights are constitutionally guaranteed but not in liberal manner, as public welfare is superior to rights, which is reflective of Confucian communitarianism. Last but not least, the Examining Yuan and the Supervisory Yuan represents the legacies of Confucian elitism.

III. *Concluding remarks*

This paper has demonstrated that Sun Yat-sen welcomed basic principles of western constitutionalism but integrated them with

Confucian tradition to formulate his distinctive project of mixed constitutionalism. Constitutionalism as developed by Sun Yat-sen is neither pure foreign nor pure indigenous but a mixed project.

Ip's argument that Sun Yat-sen's constitutional theory presents an indigenous theory of constitutionalism does not appreciate the role of the western ingredients in Sun's integrating constitutional thinking. Sun has in fact incorporated elements of western constitutionalism into his distinctive project. In Sun's constitutional vision, the western ingredients are important for China's modernization and its competition in the world politics. In the first instance, the integration of western constitutional values and ideas is instrumental to China's modernization. Sun was aware of that constitutionalism contributed to the power and wealth of western modern nations, and hence he learnt from the West in the hope that China can achieve similar power and wealth. Sun also hoped to modernize the Chinese government by adopting some western institutions so that China can defend itself from and compete with the rising power of imperialism and industrial nations.

However, to Sun, China should not blindly emulate western model of constitutional government. Sun therefore incorporated Confucianism into his distinctive constitutional project. He argued that since Chinese «social sentiments, customs, and habits» are different from these of the West, it is unreasonable for China to uncritically mimic western model of constitutional government¹⁴⁴. In addition, he tends to believe that both Western and Confucian constitutional conceptions were defective. Therefore, the best approach, to Sun, tends

to be a deliberate mixture which, sought to qualify the errors of Western and Confucian constitutional principles as well as the institutional arrangements stemming from them.

Sun points out a number of defects of western modern constitutional government, such as the overemphasis of protecting individuals' liberal rights as negative limits of the government which resulted in weak government, the lack of concern for public good which made the people unhappy, the lack of mechanism to select talent men and control their constant good performance, which resulted in the incompetent and unworthy men in the government. At the same time, Confucianism can provide remedies for these shortcomings. This naturally leads Sun to integrate Confucian ingredients in his distinctive constitutional project. Consequently, in Sun's vision, the integration of Confucianism redefined the nature and quality of constitutionalism. His project of modern Confucian constitutionalism incorporated basic elements of Western modern constitutionalism, such as written constitution, popular sovereignty and democratic government, fundamental political rights constitutive to the democratic government, and the separation of powers, but redefined them by disconnecting them from their underpinning of liberalism and replacing liberalism with Confucianism. Since the particular narratives of East Asia in the early twentieth century are less concerned with individuals' liberty and more with public goals, Sun and other Confucian constitutionalists reasonably understood the institutions of western modern constitutionalism in different ways and for different purposes. They however did not abandon the essence of constitutionalism

as the legal limitations on the public power. They just understood constitutional limitations in positive way.

Also, Sun was aware of the limits of Confucianism and Chinese intellectual sources and sought to qualify these limits by integrating elements of western constitutionalism. Sun's doctrine of five-power government illustrates this well. He did realize that Confucianism and Chinese intellectuals lack concern for the separation of the three powers: legislature, executive, and judiciary, and that this was the cause for Chinese despotism. He has therefore incorporated western idea of institutional separation of powers into his distinctive constitutional project. While Confucianism concerns for a government responsible to the people, it lacks separate and independent institutions to realize this concern. Sun tends to believe that Western separation of power can better realize the Confucian ideal of *minben* government working for the wellbeing of the people.

The implication of this study for academic inquiry is to consider whether to develop a normative theory of mixed constitutionalism in contemporary East Asia, in which western liberal constitutional principles are married with Confucian non-liberal ethico-political principles. The idea of an indigenous theory of constitutionalism on the East Asian ground is insensible in the era when globalization of constitutional law is inevitable¹⁴⁵. A more nuanced approach is to consider the relevance of local political culture but at the same time to engage in global constitutional discourse. In the scheme of what can be called «the localized global constitutionalism», global constitutional values are adopted and adapted in a given local context, and are married with local values. In the East Asian context where Confucianism has con-

tinued to inform the political life, the possibility to consider is whether to construct a normative constitutional theory informed by ideas and values of both western constitutionalism and Confucianism.

* The author greatly appreciates the support of the Centre for Asian Legal Studies.

¹ R. Creemers, *China's Constitutionalism Debate: Content, Context And Implications*, in «The China Journal», n. 74, 2015, pp. 91-109.

² D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010; A.S. Rosenbaum (ed.), *Constitutionalism: The Philosophical Dimension*, New York, Greenwood Press, 1988.

³ P. Raina (ed.), *A.V. Dicey: General Characteristics of English Constitutionalism*, Oxford-Berlin, Peter Lang, 2009.

⁴ Grimm, *The Achievement of Constitutionalism*, cit., p. 9.

⁵ For detailed discussions on elements of modern constitutionalism, see L. Henkin, *Elements of Constitutionalism*, in «International Commission of Jurists: The Review», n. 60, 1998; M. Rosenfeld, *Introduction: Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, in M. Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994. Note that judicial review, the later development, is the common practice but is not the sine qua none of western modern constitutionalism.

⁶ G. Casper, *The Changing Concepts of Constitutionalism: From 18th to 20th century*, in «The Supreme Court Review», 1989, p. 311.

A.A. Kaufman, *One Nation Among Many: Foreign Models in the Constitutional Thought of Liang Qichao* (Ph.D. Dissertation), Berkeley, University of California, 2007.

⁷ Casper, *The Changing Concepts of Constitutionalism*, cit., p. 312.

⁸ Ivi, p. 312 (original italic).

⁹ I just summarize the main differences here. For detail explanations, see Kaufman, *One Nation Among Many*, cit., pp. 63-68.

¹⁰ Ivi, pp. 63-66.

¹¹ Ivi, p. 67.

¹² Ivi, pp. 67-68.

¹³ Ivi, p. 74.

¹⁴ Note Stephen Holmes's statement that: «Limits do not necessarily weaken; they can also strengthen». See S. Holmes, *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, p. 163.

¹⁵ Ivi, p. 101.

¹⁶ I have examined the cases of Vietnamese Confucianists elsewhere. See, Bui Ngoc Son, *The Introduction of Constitutionalism in East Asian Confucian Context: The Case of Vietnam in the Early Twentieth Century*, in «National Taiwan University Law Review», VII, n. 2, 2012, pp. 425-465. The Chinese cases of Kang Youwei and Liang Qichao deserve separate studies.

¹⁷ E. Chiyeung Ip, *Building Constitutional Democracy on Oriental Foundations: An Anatomy of Sun Yat-sen's Constitutionalism*, in «Historia Constitucional», n. 9, 2008, pp. 328.

¹⁸ Ivi, p. 339.

¹⁹ Xiao-Plannes, *Constitution and Constitutionalism. Trying to Build a New Political Order in China, 1908-*

1949, in S. Balme, M.W. Dowdle (eds.), *Building Constitutionalism in China*, New York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 39.

²⁰ W. Juntao, *Confucian Democrat in Chinese History*, in D.A. Bell, H. Chaibong (eds.), *Confucianism for the Modern World*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2003, p. 72.

²¹ See generally, R.E. Karl, P. Zarrow (eds.), *Rethinking the 1898 Reform Period: Political and Cultural Change in late Qing China*, Cambridge, Harvard University Asia Center, 2002; L.S.K. Kwong, *A Mosaic of the Hundred Days: Personalities, Politics, and Ideas of 1898*, Cambridge, Harvard University Press, 1984.

²² J.T. Dreyer, *China's Political System: Modernization and Tradition*, New York, Longman, 2010, p. 51.

²³ Ivi.

²⁴ Juntao, *Confucian Democrat*, cit., p. 73.

²⁵ Dreyer, *China's Political System*, cit., p. 52.

²⁶ C. Ichiko, *Political and Institutional Reform 1901-11*, in J.F. Fairbank, K.-C. Liu (eds.), *The Cambridge History of China*, vol. 11, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1978, pp. 388-389.

²⁷ E-T. Zen Sun, *The Chinese Constitutional Missions of 1905-1906*, in «The Journal of Modern History», n. 24, 1952, pp. 251-269.

²⁸ Ichiko, *Political and Institutional Reform 1901-11*, cit. p. 397.

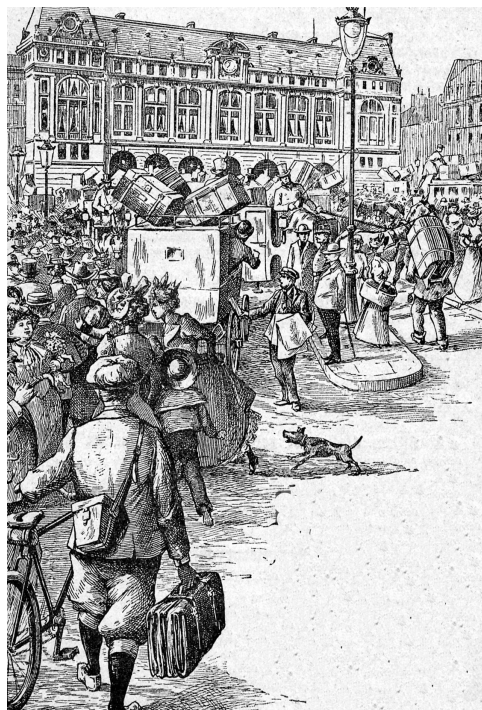
²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Dreyer, *China's Political System*, cit., p. 54.

- ³² Juntao, *Confucian Democrat*, cit., p. 77.
- ³³ Ivi, p. 54.
- ³⁴ Dreyer, *China's Political System*, cit., p. 54.
- ³⁵ See generally, E.P. Young, *Yuan Shih-kai's Rise to the Presidency*, Center for Chinese Studies, University of Michigan, 1968.
- ³⁶ M. Gasster, *The Republic Revolution Movement*, in Fairbank, Liu (eds.), *The Cambridge History of China*, vol. 11, cit., pp. 530-531.
- ³⁷ Juntao, *Confucian Democrat*, cit., p. 78.
- ³⁸ Xiao-Plannes, *Constitution and Constitutionalism*, cit., p. 43.
- ³⁹ *Ibidem*.
- ⁴⁰ Juntao, *Confucian Democrat*, cit., p. 78.
- ⁴¹ A.H. Chen, *Pathways of Western Liberal Constitutional Development in Asia. A Comparative Study of Five Major Nations*, in «International Journal of Constitutional Law», n. 8, 2010, p. 874.
- ⁴² Ivi, p. 873; Plannes, *Constitution and Constitutionalism*, cit., p. 56.
- ⁴³ Hao Chang, *Intellectual Change and the Reform Movement, 1890-1898*, in Fairbank, Liu (eds.), *The Cambridge History of China*, vol. 11, cit., pp. 281-282.
- ⁴⁴ *Ibidem*.
- ⁴⁵ *Ibidem*.
- ⁴⁶ Ivi, p. 283.
- ⁴⁷ These multi-sources include Western modern political theories and practices, Christianity, some Soviet ideas, and Chinese traditions (Confucianism, Legalism, and Daoism). See generally, A. Wells, *The Political Thought of Sun Yat-sen: Development and Impact*, New York, Palgrave, 2001.
- ⁴⁸ Ivi, pp. 1-38.
- ⁴⁹ Ivi, Chapter 10: *The Influence of Confucianism on Sun Yat-sen*, pp. 113-121. See also J. regor, *Confucianism and the Political Thought of Sun Yat-Sen*, in «Philosophy East and West», n. 31, 1981, pp. 55-70.
- ⁵⁰ Gregor, *Confucianism and the Political Thought*, cit., p. 55.
- ⁵¹ Wells, *The Political Thought of Sun Yat-sen*, cit., pp. 113-114.
- ⁵² Gregor, *Confucianism and the Political Thought*, cit., p. 58.
- ⁵³ Ivi, p. 61.
- ⁵⁴ Xiao-Plannes, *Constitution and Constitutionalism*, cit., p. 48.
- ⁵⁵ Wells, *The Political Thought of Sun Yat-sen*, cit., p. 199.
- ⁵⁶ S. Yat-sen, *San Min Chu I: The Three Principles of the People*, en. tr. by F.W. Price, Taiwan, China Publishing Co., 19-, p. 64.
- ⁵⁷ Ivi, p. 107.
- ⁵⁸ Ivi, p. 110.
- ⁵⁹ Ivi, p. 117.
- ⁶⁰ Ivi, p. 112.
- ⁶¹ Ivi, p. 148.
- ⁶² *Ibidem*.
- ⁶³ S. Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 113.
- ⁶⁴ Ivi, p. 112.
- ⁶⁵ *Ibidem*.
- ⁶⁶ Ivi, p. 126.
- ⁶⁷ S. Yat-sen, *Fundamentals of National Reconstruction*, in M.A. Kishlansky (ed.), *Sources of World History*, New York, Harper Collins, 1995, vol. 2, pp. 281-285.
- ⁶⁸ *Ibidem*.
- ⁶⁹ *Ibidem*. In 1924, Sun changed the plan to the political tutelage, which replaced provisional constitution with one party rule. Sun's revised plan was due to the influence of Soviet Russia but is different from Communist dictatorship of the proletariat, "for it would give the citizens education in their rights of suffrage, recall, initiative and referendum", Wells, *The Political Thought of Sun Yat-sen*, cit., p. 59.
- ⁷⁰ S. Yat-sen, *Fundamentals of National Reconstruction*, cit.
- ⁷¹ Later, constitution-making in post-communist East Europe, South Africa, and Asia (including Taiwan) in the late twentieth century followed the same transitional process. See generally, R. Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, in «The Yale Law Journal», 106, n. 7, 1997, p. 2009.
- ⁷² Bui Ngoc Son, *Confucian Constitutionalism: Classical Foundations*, in «Australian Journal of Legal Philosophy», n. 37, 2012, p. 61.
- ⁷³ Ivi, p. 72.
- ⁷⁴ Ivi, p. 70.
- ⁷⁵ Ivi, p. 71.
- ⁷⁶ *Ibidem*.
- ⁷⁷ Ivi, p. 75.
- ⁷⁸ Ivi, p. 76.
- ⁷⁹ *Ibidem*.
- ⁸⁰ Ivi, p. 87.
- ⁸¹ Ivi, p. 90.
- ⁸² Ivi, pp. 151-212.
- ⁸³ Fung Yu-lan, *A History of Chinese Philosophy. Vol. 1*, tr. by Derk Bodde (Princeton, Princeton University Press, 1952), 70.
- ⁸⁴ Chan, *Confucian Perfectionism*, cit., p. 31.
- ⁸⁵ Sun Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 52.
- ⁸⁶ Ivi, p. 145.
- ⁸⁷ Ivi, p. 57.
- ⁸⁸ *Ibidem*.
- ⁸⁹ *Ibidem*.
- ⁹⁰ Ivi, p. 64.
- ⁹¹ Ivi, p. 65.
- ⁹² Ivi, p. 64.
- ⁹³ Ivi, p. 59.
- ⁹⁴ D.A. Bell, *Beyond Liberal Democracy: Political Thinking for an East Asian Context*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 153-154.
- ⁹⁵ S. Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., pp. 114-115.
- ⁹⁶ Ivi, p. 125.
- ⁹⁷ Ivi, p. 118.
- ⁹⁸ *Ibidem*.
- ⁹⁹ C. Hahm, *Conceptualizing Korean Constitutionalism: Foreign Transplant or Indigenous Tradition?*, in «Journal of Korean Law», I, n. 2, 2001, p. 163.
- ¹⁰⁰ S. Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 130.
- ¹⁰¹ Ivi, pp. 131-132.
- ¹⁰² Ivi, pp. 128, 139.
- ¹⁰³ Ivi, p. 145.
- ¹⁰⁴ Ivi, p. 134.
- ¹⁰⁵ Ivi, p. 138.
- ¹⁰⁶ Ivi, pp. 138, 148.
- ¹⁰⁷ Ivi, p. 143.
- ¹⁰⁸ *Ibidem*.
- ¹⁰⁹ Ivi, p. 148.
- ¹¹⁰ Ivi, p. 145.
- ¹¹¹ Dr Sun firstly used the term "five-power constitution" in 1905 when he spoke to Chinese students in Brussels, Berlin, and Paris. In *Fundamentals of Nation-*

- al Reconstruction (1923), he also included the enactment of the "five-power constitution" in the period of political tutelage and the last period of constitutional government. He then further expound in this in his last lecture on the principle of democracy on 26 April 1994. See Wells, *The Political Thought of Sun Yat-sen*, cit., p. 81.
- ¹¹² S. Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 146.
- ¹¹³ Ivi, p. 147.
- ¹¹⁴ *Ibidem*.
- ¹¹⁵ *Ibidem*.
- ¹¹⁶ Ivi, p. 132.
- ¹¹⁷ Ivi, p. 147.
- ¹¹⁸ Ivi, pp. 147-148.
- ¹¹⁹ Ivi, p. 135.
- ¹²⁰ Ivi, p. 148.
- ¹²¹ C.O. Hucker, *Confucianism and the Chinese Censorial System*, in D.S. Nivison, A.F. Wright (eds.), *Confucianism in Action*, Stanford, Stanford University Press, 1959, p. 207.
- ¹²² C.O. Hucker, *China's Imperial Past*, Stanford, Stanford University Press, 1975, pp. 162-163, pp. 308-314.
- ¹²³ S. Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 147.
- ¹²⁴ W.L. Tung, *The Political Institutions of Modern China*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 1964, p. 124.
- ¹²⁵ Ivi, pp. 118-148.
- ¹²⁶ Ivi, p. 126.
- ¹²⁷ *Ibidem*.
- ¹²⁸ Ivi, p. 202.
- ¹²⁹ Ivi, p. 203.
- ¹³⁰ *The Constitution of the Republic of China*, Preamble.
- ¹³¹ Ivi, art. 1.
- ¹³² Ivi, art. 23.
- ¹³³ Ivi, art. 22.
- ¹³⁴ Ivi, artt. 25, 26, 27.
- ¹³⁵ Ivi, art. 35, 36.
- ¹³⁶ Ivi, art. 53, 54, and 55.
- ¹³⁷ Ivi, art. 62.
- ¹³⁸ Ivi, art. 78.
- ¹³⁹ Ivi, art. 79.
- ¹⁴⁰ Ivi, art. 83.
- ¹⁴¹ Ivi, art. 84.
- ¹⁴² Ivi, artt. 90 and 91.
- ¹⁴³ For Taiwan's liberal constitutional transition, see W.-C. Chang, *Transition to Democracy, Constitutionalism and Judicial Activism: Taiwan in Comparative Constitutional Perspective*, JSD Diss., Yale Law School, 2001; J.-R. Yeh, W.-C. Chang, *The Emergence of Asian Constitutionalism: Features in Comparison*, in «American Journal of Comparative Law», LIX, n. 3, 2011, p. 805.
- ¹⁴⁴ Sun Yat-sen, *San Min Chu I*, cit., p. 111.
- ¹⁴⁵ M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in «Virginia Journal of International Law», n. 49, 2009, p. 985.



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

RONALD CAR

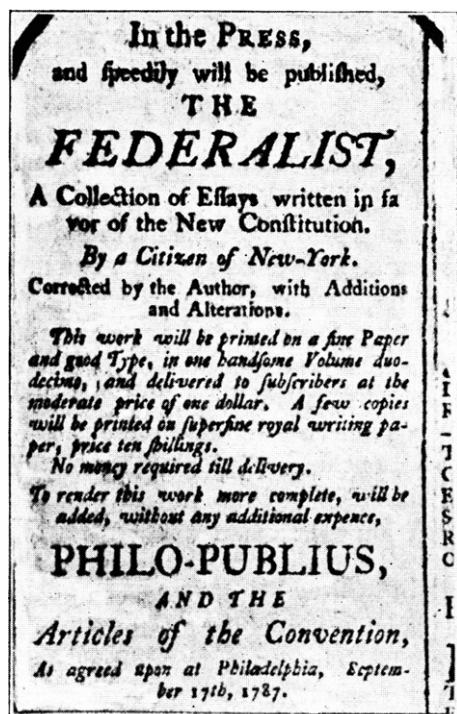
1. *I linguaggi nazionali di un discorso globale*

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

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

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

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



Annuncio pubblicitario per i "Federalist papers", 1787

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

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

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

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

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

2. La via della progettazione normativa – costituzionalismo legale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. *Il costituzionalismo globale come nuovo inizio*

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

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

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

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

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

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

3. Le radici nazionali del costituzionalismo legale

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

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

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

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

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

3.1. Constitutional review

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. *La comunità*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Il costituzionalismo sociale*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. La regolamentazione spontanea della world society

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Cfr. ivi, p. 45.

³ Ivi, p. 66.

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

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

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

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

jhoff, 2001, in particolare p. 339.

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

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

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

¹¹ Ivi, p. 211.

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

¹³ Ivi, p. 623, e pp. 642-644.

¹⁴ Ivi, p. 645.

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

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

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

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

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

¹⁹ Ivi, p. 12.

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

²¹ *Ibidem*.

²² Ivi, p. 57.

²³ Ivi, p. 58.

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

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

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

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

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

Costituzionalismo e potere economico nel Terzo Millennio

TOMMASO NICOLA POLI

1. *Il Costituzionalismo alla prova*

La crisi economico-finanziaria ha sollecitato e paventato, tra i costituzionalisti, la questione della sopravvivenza del costituzionalismo moderno¹, che – sebbene non fosse, già da tempo, ignorata ma, anzi, ripetutamente evocata² – si presenta attualmente con maggiore evidenza ed inquietudine. In effetti, la pretesa del costituzionalismo moderno, consacrata nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, di garantire i diritti e di separare i poteri si trova di fronte a sfide inedite, che, nel passaggio epocale dalla categoria dello Stato pluralista del Novecento a quella dello Stato post-nazionale del Terzo Millennio, pongono, appunto, il problema del destino del costituzionalismo. Se il fenomeno del costituzionalismo ha potuto, sin dalla sue primordiali affermazioni, evolversi e maturare nella dimensione nazionale, come sottolinea nei primi anni del Novecento Santi Romano che, con

riferimento, prima, alla nascita di organizzazioni sociali interne allo Stato³ e, dopo, anche alla manifestazione delle teorie imperialistiche⁴, riflettendo sulla crisi dello Stato, auspicava che questi fenomeni divenissero organici allo Stato, ora ci troviamo di fronte ad una nuova espressione della crisi che, oltre ad essere crisi dello Stato, per effetto dei fenomeni di diluizione della sovranità verso l'alto e verso il basso, si connota di nuovi caratteri e diviene anche crisi delle Costituzioni.

La globalizzazione dell'economia e la crisi economico-finanziaria, infatti, rischiano di portare via tutte o la maggior parte di quelle conquiste sviluppate nelle esperienze del costituzionalismo democratico-sociale⁵ «tanto per quello che si riferisce ai *processi democratici* quanto per quello che colpisce la *dimensione sociale*»⁶. L'ontologica divaricazione tra il diritto costituzionale, coincidente tradizionalmente con il diritto di matrice statale, e il fenomeno di globalizzazione dell'economia ha spezzato progressivamente, se non incri-

nato, la capacità delle Costituzioni di governare la politica e di condizionare il potere economico. Sennonché l'evoluzione dell'economia finisce per mettere decisamente in crisi le istituzioni statali legate ad una dimensione rigorosamente delimitata dai confini territoriali. Diritto ed economia, infatti, sembrano rappresentare due facce di un universo in continua evoluzione. L'economia, però, appare ultimamente come un ambito in irrefrenabile espansione per lo sviluppo dei mercati in un'epoca di crescente liberalizzazione; il diritto, invece, è raffigurato in costante affanno poiché incapace di adeguarsi alle trasformazioni sociali imposte dall'economia⁷. Si assiste, in pratica, al processo di «destatizzazione del diritto»⁸, vale a dire di progressivo spostamento del diritto al di fuori dello Stato⁹, e, per giunta, alla riformulazione e/o alla sostituzione delle tradizionali categorie del diritto statale¹⁰.

2. *Il Costituzionalismo democratico-sociale come paradigma*

Se è così, «il problema del costituzionalismo» «è, oggi più che mai», «il potere»¹¹ o, meglio, quello della cattura di qualsivoglia potere, sia politico sia economico, per assecondare le esigenze della tutela dei diritti. Da sempre, infatti, «il costituzionalismo vede nel potere [...] sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle

“ingiustizie”»¹². In quest'ottica le Costituzioni democratico-pluralistiche e sociali del secondo dopoguerra hanno avuto il pregio di coniugare, nella dimensione nazionale, la «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri», facendo della prima, la «Costituzione dei diritti», il limite e la bussola della «Costituzione dei poteri»¹³.

In particolare, la Costituzione italiana del 1948, nata dal compromesso tra la tradizione liberale, cattolica e sociale, può essere definita una Costituzione democratico-pluralistica e sociale¹⁴, che ha avuto il merito di produrre un doppio processo: «la estatización de la sociedad y la socialización del Estado»¹⁵ e, quindi, per usare la nota espressione di Massimo Severo Giannini, la trasformazione dello Stato da «monoclasse» a «pluriclasse»¹⁶. Essa si pone in funzione della realizzazione di un progetto di democrazia emancipante o, se si vuole, di Stato sociale attraverso l'incorporazione dello Stato nella società mediante la risoluzione dei conflitti economici e sociali per riequilibrare le distorsioni del funzionamento del mercato nella distribuzione della ricchezza¹⁷. Questo modello di costituzionalismo ha adottato un'opzione economica mista in cui la regolazione dell'economia era espressa dal tritico «politica – diritto – economia»¹⁸ nell'ambito di un indirizzo politico fondamentale, definito dalla Costituzione, in cui la persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, è posta in una dimensione di riscatto e di liberazione mediante la consacrazione dei diritti sociali e la funzionalizzazione di quelli economici¹⁹. Ciò si snoda, tra l'altro, sin dalla disciplina dei principi fondamentali della Costituzione: il principio del lavoro (art. 1, co. 1, e art. 4, co. 1, Cost.), il principio della sovranità popolare (art. 1, co. 2, Cost.), il principio di

pari dignità sociale (art. 2 Cost.) e il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.) costituiscono gli assiomi che circondano l'intera architettura costituzionale, definendo un vero e proprio programma mediante la previsione di «un concreto intervento dello Stato per realizzare un effettivo progresso di tutti i cittadini», «che diventa non un tipo di intervento connesso ad un criterio politico contingente, ma risponde, al contrario, alla logica stessa della Costituzione, ai suoi fini, agli obiettivi che essa intende perseguire»²⁰.

D'altronde, la Costituzione italiana contempla, nell'ambito delle disposizioni dedicate ai rapporti economici (artt. 35-47), con pari dignità, la tutela del lavoro e la tutela del capitale, la tutela del risparmio e la tutela della proprietà, l'impresa privata e l'impresa pubblica. Nel contempo la consacrazione delle libertà economiche e dei diritti patrimoniali, nel tentativo di limitare il potere economico, è circondata da una serie di limiti: l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana, i fini sociali, il diritto dei lavoratori a collaborare nella gestione delle aziende, la contrattazione collettiva, il diritto di sciopero²¹. Le libertà economiche e i diritti patrimoniali sono stati indissolubilmente intrecciati nel perseguimento di finalità sociali tant'è che una certa dottrina, per questa ragione, ha identificato gli enunciati, per così dire, sociali, contenuti negli artt. 41 e 42 Cost., tra i «principi supremi» dell'impianto complessivo della Carta fondamentale²². A dire il vero, poi, le disposizioni più marcatamente economiche, quelle che definiscono in senso descrittivo la c.d. «Costituzione economica»²³, non possono essere considerate isolatamente dalle altre che consacrano i diritti sociali, previsti in funzione

di pacificazione delle diverse componenti della società civile, separando una parte della Costituzione da un'altra. Secondo un'interpretazione sistematica della Costituzione l'assoluta primazia delle libertà economiche e dei diritti patrimoniali rispetto alle finalità sociali e ai diritti sociali sarebbe contraria all'essenza stessa della Costituzione²⁴: il lavoro, non a caso, è stato disegnato quale elemento fondativo della Repubblica²⁵ ed è considerato lo strumento principale per la partecipazione del singolo alla vita economica, sociale e politica del Paese (art. 3, co. 2, Cost.) e per il concorso di ciascuno al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.), oltre ad essere elemento di tutela della dignità umana attraverso la percezione di un retribuzione proporzionata alla qualità e qualità delle mansioni prestate (art. 36 Cost.)²⁶.

In altri termini le Costituzioni dello Stato democratico sociale di diritto si sono poste come «controcondotta»²⁷ alla concentrazione del potere per effetto della diffusione della sovranità attraverso il reciproco riconoscimento di diritti e doveri in capo agli individui. La Costituzione italiana, nello specifico, fissa lo spazio dell'agire individuale attraverso «la diffusione del potere sotto forma di diritti, di spazi d'autonomia e di responsabilità verso se stessi e gli altri»²⁸. Il riconoscimento della logica relazionale e la previsione di diritti e di doveri in capo agli individui nel processo di formazione della personalità dell'individuo, anche nelle formazioni sociali, attribuiscono, in questo contesto, al principio di solidarietà «non solo valore costituzionale, ma valore di principio supremo, fondativo della nostra costituzione». Il principio di solidarietà, quindi, «è coesenziale all'esistenza della costituzione stessa, cioè è base

della nostra convivenza democratica»²⁹. Così facendo, la Costituzione italiana, considerando la persona nella sua interazione sociale e non soltanto come singolo, «permette di leggere l'esercizio dei doveri costituzionali non solo come fattore di integrazione sociale, ma altresì come strumento per un più compiuto ed armonico sviluppo della personalità di ciascuno»³⁰. Contempla una sovranità diffusa che si sostanzia nel riconoscimento di diritti inviolabili e di doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale che permettono, da una parte, la coesistenza sociale e, dall'altra, il riconoscimento del «limite come principio istituzionale della convivenza»³¹.

Quindi, il costituzionalismo democratico sociale, come modellato nella Costituzione italiana del 1948, ha assoggettato al suo dominio tutte le forme di potere, compreso quello economico, in nome dello svolgimento della persona umana e della garanzia dei diritti inviolabili³² e, in tale cornice istituzionale, la libera esplicazione dell'iniziativa economica dei singoli è stata funzionalmente limitata in ragione del perseguimento di finalità di interesse generale, che consentono l'adeguamento costante dell'ordinamento al mutare della società. L'art. 41, co. 3, Cost. rappresenta la formula di sintesi di questo progetto che affida alla legge il compito di determinare «i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». L'enunciato esprimerebbe la c.d. «decisione di sistema»³³ che, a ragione, è stata definita, «insieme, *dualistica e totalitaria*»³⁴ poiché, da una parte, riconosce l'impresa pubblica e l'impresa privata e, dall'altra, assegna alla legge e, quindi, allo Stato, «il disegno globale dell'econo-

mia»³⁵ mediante un'apposita riserva che costituisce sia un limite per l'azione dei poteri pubblici sia una garanzia per la libertà dei privati³⁶. Si tratta di un modello costituzionale che predispone una serie di strumenti, nelle disposizioni costituzionali programmatiche, che riconducono, tra le altre, ad un disegno unitario la disciplina della libertà di iniziativa economica (art. 41), della proprietà privata (art. 42), delle nazionalizzazioni (art. 43), della proprietà terriera privata (art. 44), della proprietà cooperativa (art. 45), del risparmio (art. 47), della capacità contributiva (art. 53), nonché dei principi fondamentali della Costituzione, per correggere, mediante la risoluzione del conflitto della pluralità degli interessi economici e sociali nelle assemblee rappresentative, gli effetti degenerativi del processo produttivo mediante meccanismi di redistribuzione della ricchezza³⁷.

3. *Il Costituzionalismo democratico-sociale nel tourbillon della globalizzazione dell'economia*

Il processo di dilatazione spaziale dell'economia scardina questa concezione della Costituzione come limite al potere economico individuale. L'economia non si lascia più raggiungere dal diritto e lo schema libertà-potere non si confronta più con il suo opposto, un «contropotere che l'esercizio di quella libertà è in grado di ledere o minacciare»³⁸. Se precedentemente era l'economia, come afferma anche Sabino Cassese, a dover tenere conto dello Stato, ora è lo Stato che deve adeguarsi all'economia³⁹. Dal canto loro, le imprese scelgono quale diritto applicare per approfittare di con-

dizioni più favorevoli relative al costo del lavoro ed agli oneri fiscali o, persino, forgiavano il diritto mediante transazioni commerciali, sottratte al controllo dei pubblici poteri⁴⁰; gli Stati, invece, cercano di adeguarsi per attrarle mediante la predisposizione di sistemi fiscali e di protezione sociali più favorevoli. L'esercizio delle libertà nello spazio economico a-territoriale non incontra più i limiti fissati nella Costituzione e, correlativamente, la cornice istituzionale, che aveva riportato, dopo la seconda guerra mondiale, ad unità la dimensione sociale, politica ed economica attraverso una serie di strumenti che ricevono dignità costituzionale⁴¹, ne esce ridimensionata tant'è che, forse non troppo provocatoriamente, ci si è chiesti, qualche tempo fa, se sia «ineluttabile il passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato»⁴².

Nonostante una certa dottrina ritenga che la direzione dell'economia sia comunque guidata dalla politica⁴³, si può sostenere che l'economia o, meglio, gli interessi economici plasmano le idee politiche, che sono convertite, a loro volta, in regole giuridiche, ad essi funzionali. Il trittico «politica – diritto – economia» si tramuta nella nuova formula «economia – politica – diritto»⁴⁴ in nome di una concezione tipicamente neoliberista della struttura economica che, da una parte, rende «i mercati registi, sia pure non esclusivi, dei propri statuti giuridici»⁴⁵ e, dall'altra, sostituisce parzialmente i pubblici poteri, funzionanti secondo procedure democratiche, con autorità del tutto indipendenti dal controllo politico delle assemblee popolari⁴⁶. La globalizzazione dell'economia, dopo il diritto civile e il diritto commerciale, con l'espansione smisurata della c.d. *lex mercatoria*, ha

esteso la propria forza tentacolare ad altri rami del diritto e, persino, al diritto costituzionale⁴⁷. Sebbene una parte della dottrina abbia sostenuto che la Costituzione italiana goda di un certo margine di elasticità e, come tale, sia aperta a mutevoli sviluppi e realizzazioni per via delle decisioni assunte nell'ambito del circuito rappresentativo⁴⁸ e, per di più, che la medesima sia perfettamente in grado di ospitare una concezione del mercato che, inizialmente intesa dai costituenti come un disvalore, è promotrice di efficienza economica e organizzativa⁴⁹, gli enunciati sociali, codificati nelle disposizioni economiche, sono stati spogliati della loro originaria missione di limite interno delle libertà economiche per divenire, tutt'al più, limite esterno⁵⁰. Sicché, dopo la redazione del Trattato di Maastricht del 1992, a ragione, da una parte Giuseppe Guarino ha affermato che lo Stato, a causa della perdita di rilevanti attributi essenziali della sovranità in ambito economico, «diviene un non Stato»⁵¹, dall'altra Giuliano Amato ha sostenuto che è «entrata [...] in Italia la cultura del mercato»⁵² con i suoi assiomi, le quattro libertà di circolazione (merci, persone, servizi e capitali), che tradiscono l'equilibrio costituzionale interno tra il versante economico e il versante sociale, anche per effetto della ben nota «frigidità sociale»⁵³ dell'ordinamento comunitario, e segnano il traghettamento «dalla forma Stato alla forma mercato»⁵⁴.

Il capovolgimento in ambito comunitario dell'equilibrio tra il versante economico e il versante sociale avrebbe provocato, in virtù delle aperture al diritto sovranazionale e internazionale di cui all'art. 11 e al novellato art. 117 Cost., la correlativa translitterazione degli enunciati sociali delle disposizioni della c.d. «Costituzione eco-

nomica» nazionale, cioè di quelle disposizioni relative ai «Rapporti economici», e la nascita di una «nuova Costituzione economica»⁵⁵, che avrebbe snaturato il senso originario di tutta la Costituzione. Il concetto di utilità sociale diverrebbe strumentale alla definizione del mercato concorrenziale in senso oggettivo che, inteso come struttura organizzativa in cui debbano poter operare una pluralità di concorrenti economici in condizioni di eguaglianza, è stato poi formalmente costituzionalizzato nell'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. e, per il suo tramite, è divenuto appunto oggetto di tutela, limitando, per sua stessa natura, non solo la competenza del legislatore regionale ma anche quella del legislatore statale⁵⁶. Se, pertanto, sino agli anni Novanta, la nozione di utilità sociale era stata fatta coincidere dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel benessere economico collettivo o nel massimo livello di occupazione, dopo la formalizzazione nei Trattati degli imperativi economici, invalsi nell'economia mondiale, essa diviene sinonimo di massimizzazione della produzione e di efficienza del mercato e, in particolare, mira «a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente»⁵⁷. Si ravviserebbe, pertanto, una certa sintonia della nuova versione del concetto di utilità sociale con il principio dell'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», consacrato nell'art. 3 TUE, che, in concorso con il divieto di aiuti pubblici (art. 107 TFUE), esprimerebbe l'intento di lasciare la realizzazione dell'inclusione sociale al libero gioco delle forze del mercato, quale meccanismo in grado di raggiungere spontaneamente la

piena occupazione e il progresso sociale⁵⁸. Tra l'altro, questa concezione fideistica del mercato concorrenziale, di per sé capace di accrescere il benessere generale mediante la competizione degli operatori economici, era stata il volano di interpretazioni di parte della dottrina che individuavano nell'art. 41, co. 1, Cost. sia il fondamento della libertà di iniziativa economica privata sia della libertà di concorrenza⁵⁹. Se ciò è vero, d'altro canto, i poteri pubblici, benché abbiano perso la possibilità di dirigere o, per lo meno, di orientare l'economia, avrebbero il compito di preservare il funzionamento del mercato concorrenziale, che non dovrebbe essere dispiiegato soltanto nella dimensione soggettiva, come mera proiezione della libertà individuale del singolo, ma, più esattamente, in un'accezione dinamica⁶⁰, come valore in sé «da conservare (se c'è)» o «da promuovere o da instaurare (se non c'è)»⁶¹, «astenendosi dalle politiche che escludono o limitano la concorrenza»⁶².

Nondimeno, l'asserita introduzione del principio di sussidiarietà, anche nella sua versione orizzontale, nel Trattato di Maastricht (artt. 2, 3 e 3a), così come la revisione costituzionale del Titolo V del 2001 con la nuova formulazione dell'art. 118, ult. co., Cost., è stata salutata come il veicolo per il recepimento nell'ordinamento interno della logica del mercato, ispirato alla libera concorrenza, in cui il ruolo dei pubblici poteri dovrebbe essere minimale o, per così dire, recessivo in quanto limitato a svolgere funzioni di interesse generale soltanto nel caso in cui i privati nel mercato non fossero in grado realizzarle autonomamente, sacrificando i principi antitetici che stanno alla base dei limiti previsti dall'art. 41 Cost.⁶³ Questa operazione ermeneutica è stata combinata con il tentativo di piegare

il principio della libertà di iniziativa economica, previsto nell'art. 41, co. 1, Cost., ricavandone, tramite una surrettizia interpretazione da parte del legislatore ordinario, un'allusione implicita alla libertà di concorrenza. Il richiamo dell'art. 1 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 all'art. 41 Cost., quale fondamento delle norme in essa contenute per la tutela del mercato e della concorrenza, unitamente alla prescrizione di interpretare le medesime disposizioni conformemente all'ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza, segnerebbe la trasfigurazione dell'originario significato dell'art. 41 Cost.⁶⁴ Pertanto la diffusione della «cultura del mercato»⁶⁵ in ambito nazionale, alimentata dai processi di liberalizzazione e di privatizzazione del settore pubblico, avrebbe avuto la funzione di canale di diffusione della convinzione, che si sta tramutando in un principio, che «le attività economiche sono tendenzialmente dei privati» e che le medesime siano assoggettate al diritto privato, salvo limitazioni eccezionali, che non possono tradursi in «assorbimenti» della proprietà e dell'iniziativa economica privata e di settori economici da parte della disciplina di diritto pubblico⁶⁶.

Questa incessante opera di adattamento automatico dell'ordinamento costituzionale interno ai principi del mercato, veicolati per il tramite del processo di integrazione europeo⁶⁷, non ha bloccato i tentativi di revisione costituzionale delle disposizioni in materia di rapporti economici. Le proposte di riforma dell'art. 41 Cost. si muovono proprio nella direzione di premiare l'autonomia privata, sia dal punto di vista soggettivo sia da quello oggettivo, e di sacrificare le esigenze di tutela degli interessi generali, quasi a voler scorporare una parte della

Costituzione dall'altra o separare la materia dell'economia dal resto della Costituzione, compresa quella dell'organizzazione politica, mortificando la realizzazione delle finalità di natura sociale nell'ambito del circuito rappresentativo⁶⁸. Il rischio della codificazione di un principio di natura ultraliberale di libertà di iniziativa economica, salvo ciò che non è espressamente vietato dalla legge, nasconderebbe il tentativo di concepire in senso assoluto il principio di libera concorrenza e «testimonierebbe il trionfo del principio del libero mercato»⁶⁹ e, di pari passo, ostacolerebbe, per il futuro, qualsiasi intervento dei poteri pubblici per limitare l'esercizio delle attività imprenditoriali.

4. *Il Costituzionalismo democratico-sociale ai tempi della crisi*

Con la consacrazione del principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, l'approccio teorico originario del costituzionalismo sembra essere stato progressivamente rovesciato. Se l'intenzione delle Costituzioni era quella di catturare qualsiasi forma di potere per porlo a servizio dei diritti e delle libertà, ora si avverte il tentativo di aggiornare le Costituzioni non per garantire i diritti ma per rafforzare il potere⁷⁰. A dire il vero, nemmeno la proliferazione delle dichiarazioni europee ed internazionali dei diritti ha favorito la promozione della protezione dei diritti e delle libertà della tradizione del costituzionalismo democratico-sociale del secondo dopoguerra. Anzi, come ha sottolineato Massimo Luciani, «(s)olo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale [...] può indurre a credere che: a)

la stessa etichetta [...] denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche; b) sia possibile stabilire qual è il livello di protezione "più alto" dei diritti»⁷¹.

Nel nuovo (dis)ordine mondiale «la fuga dell'economia dallo stato è [...] anzitutto fuga dalla costituzione e dai suoi vincoli, fuga dalla democrazia e dalle sue pretese redistributive»⁷². La crisi economico-finanziaria, esplosa tra il 2007 e il 2008, rappresenta la conseguenza dell'espansione smisurata dell'economia oltre i confini statali⁷³ e rivela la «fragilità di un modello basato sull'esplosione illimitata delle libertà economiche»⁷⁴. È un modello economico, peraltro, che include lo Stato tra i suoi operatori commerciali e lo sottopone alle regole del mercato mediante la previsione di vincoli di bilancio, di parametri di riduzione 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*. D'altronde, nella dimensione multilivello, allo Stato nazionale, che dovrebbe ricomporre nelle sedi rappresentative il conflitto politico e sociale che la Costituzione incorpora, si affiancano nuovi centri di potere, le c.d. «istituzioni della globalizzazione», che, alimentando, in nome di interessi puramente economici, la lacerazione del collegamento tra potere e responsabilità, mettono a repentaglio il disegno programmatico del costituzionalismo democratico e sociale del Novecento. Queste istituzioni, europee e internazionali, per vizio congenito, infatti, non appaiono in grado di svolgere il compito precipuo del diritto costituzionale e, addirittura, propagano il *deficit* democratico in ambito nazionale. Ad esempio, le agenzie

di *rating*, mediante i propri *downgrading* dei debiti sovrani⁷⁵, e il Meccanismo europeo di stabilità (MES), mediante la concessione di prestiti sottoposti ad un regime di stretta condizionalità⁷⁶, sottraggono alla dialettica parlamentare delle assemblee legislative di alcuni Stati la capacità di definire le politiche economiche, mediante gli strumenti previsti dalla Costituzione, per assecondare le richieste provenienti dai mercati e dai suoi operatori. In gioco è la «*pax* finanziaria, pronta ad incrinarsi se l'ortodossia dei mercati non riceve avalli incondizionati», a discapito della democrazia, che è costretta a «ridurre il suo perimetro in funzione delle necessità di riforma del capitalismo»⁷⁷. Insomma i Parlamenti nazionali si limitano a ratificare le scelte assunte in altre sedi decisionali, che funzionano secondo logiche intergovernative o plutocratiche, mentre la mancata composizione del conflitto sociale interno attraverso la mediazione degli interessi della maggioranza e della minoranza parlamentare rischia, da una parte, di allungare la distanza tra centri di potere decisionale e gruppi sociali⁷⁸ e, dall'altra, di favorire il potenziamento del ruolo degli esecutivi e di alimentare, in ambito europeo, il conflitto tra gli interessi particolari nazionali⁷⁹.

Nondimeno, in seguito alle trasformazioni economiche e sociali, la "vecchia" «Costituzione economica» non sembra più in grado di regolare i nuovi rapporti economici e di catturare il potere economico. Se l'ipotesi di *default* dello Stato, benché appaia un'eventualità remota e eccezionale, «ribalta, anzi annulla, tutte le categorie del diritto pubblico»⁸⁰ e segna il passaggio dalla sovranità dello Stato alla «sovranità dei creditori»⁸¹, la conversione dei postulati economici della dottrina economica



Logo della WTO inciso sull'ingresso della sede di Ginevra

neoliberale dominante in regole giuridiche costituisce la manifestazione più tangibile della crisi di prescrittività delle disposizioni costituzionali tanto per quello che si riferisce ai processi democratici quanto per quello che attiene alla dimensione sociale⁸². Se il fenomeno della globalizzazione, mediante la liberalizzazione degli scambi e la finanziarizzazione dell'economia, aveva sciolto le libertà economiche dai vincoli di natura sociale, l'introduzione nella Costituzione della clausola del pareggio di bilancio (L. cost. 20 aprile 2012, n. 1) e la riforma del mercato del lavoro del c.d. "Jobs Act" sacrificano rispettivamente l'erogazione delle prestazioni concernenti i diritti sociali, che costituiscono gli assiomi per la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.), e il diritto al lavoro, che è stato definito fondamento della Repubblica (art. 1 Cost.) e strumento per consentire la partecipazione di ogni

cittadino al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.). Queste riforme sono state adottate nella convinzione che il modello economico neoliberale costituisca l'unica alternativa razionale possibile per reagire e resistere alla crisi economico-finanziaria e, in particolare, che il risanamento delle finanze pubbliche e la flessibilizzazione del mercato del lavoro possano costituire il volano per uscire dalla recessione e stimolare lo sviluppo economico. Entrambi gli interventi, invece, sottintendono il tentativo di accantonare il progetto costituzionale di rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, co. 2, Cost.) e di garanzia dei «diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia

nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.)⁸³. Il tutto, peraltro, rischia di provocare la rottura della coesione sociale dell'unità nazionale⁸⁴.

D'altro canto, la revisione dell'art. 81 Cost. e la nuova disciplina del mercato del lavoro ignorano la capacità dei diritti sociali di costituire lo «strumento che consolida l'idea di Nazione e di appartenenza»⁸⁵ e che «proprio per questo [...] sostenerli nei momenti di crisi economica significa cercare una strada alternativa per provare a superare in modo adeguato la crisi stessa senza creare contrasti sociali insanabili e rotture non più componibili»⁸⁶. Se è così, un'interpretazione in senso assoluto della disciplina costituzionale del pareggio di bilancio — che, d'altronde, si caratterizza per una più incisiva rigidità rispetto ai vincoli europei di Maastricht e a quelli del *Fiscal compact*⁸⁷ — avrebbe l'effetto di dare la prevalenza alle esigenze di contenimento della spesa pubblica e di prevaricare gli altri interessi costituzionali. La diffusione della «cultura della stabilità economica e finanziaria»⁸⁸, mediante un più penetrante coinvolgimento nelle operazioni di ponderazione tra esigenze di bilancio e diritti sociali delle istituzioni nazionali e, in particolare, della Corte costituzionale, nel sindacato di delle leggi statali e regionali e degli atti aventi forza di legge, finirebbe per limitare la capacità di intervento delle assemblee rappresentative in materia di politica economica e per «preconizza(re) una recessione seriale che, partendo dalla neutralizzazione della politica, porterà alla compressione dei diritti e poi alla dissoluzione del diritto, sostituito dalla mera forza del dominio economico»⁸⁹.

Anche il lavoro, concepito nei principi fondamentali della Costituzione italiana

come strumento di realizzazione della persona e della dignità umana, è progressivamente svalutato in nome degli imperativi economici del mercato e del profitto⁹⁰. Dopo i ripetuti interventi demolitori della Corte di giustizia dell'Unione europea, che avevano subordinato il diritto al lavoro al principio della libera concorrenza e del mercato⁹¹, la crisi economica sembrerebbe essere l'occasione per completare un disegno riformatore che è rivolto allo smantellamento finale delle tutele dei lavoratori e alla riduzione del costo del lavoro. Non a caso, è stato sostenuto che il “*Jobs Act*” compia «una trasformazione così importante, che chiama in causa e mette in gioco, non solo i diritti fondamentali, ma la stessa idea costituzionale di “dignità” sociale e di “libertà”»⁹². Tra i numerosi interventi correttivi nella disciplina italiana del lavoro subordinato l'eliminazione della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo e la sostituzione di essa con un'indennità risarcitoria decisamente contratta ed irrisoria (art. 3, co. 1, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23)⁹³ e la possibilità del demansionamento del lavoratore in seguito ad una decisione unilaterale del datore di lavoro (art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81)⁹⁴ alimentano la percezione che la nuova normativa sia rivolta a sacrificare gli interessi del prestatore di lavoro e a proteggere soltanto il datore di lavoro. Si tratta, a ragione, di un riforma complessiva che, da interpretare in maniera sistematica nella logica economica dominante, produce «un diritto del lavoro che [...] si sta rapidamente trasmutando in uno strumento di politica economica rivolto al mercato e, più specificamente, agli interessi dell'azienda nel mercato»⁹⁵.

5. *Osservazioni finali*

La globalizzazione dell'economia e la crisi economico-finanziaria rischiano di pregiudicare le conquiste del costituzionalismo democratico e sociale del Novecento. In particolare, il diritto costituzionale non sembra più in grado di svolgere la funzione propria, quella di riconoscere il conflitto sociale e di risolverlo secondo procedimenti ad esso funzionali, e le disposizioni costituzionali sono state deprivate del proprio tasso di prescrittività tanto per quello che si riferisce ai processi democratici quanto per quello che attiene alla dimensione sociale. La ricostruzione del diritto costituzionale, tuttavia, non può avvenire nella dimensione nazionale in ragione della perdita di rilevanti attributi essenziali della sovranità da parte dello Stato. Il diritto costituzionale, insomma, se «vuole continuare ad adempiere le sue funzioni storiche di controllo del potere e di articolazione del conflitto sociale, si deve proiettare in ambito sovranazionale»⁹⁶. Affinché questo avvenga occorre riappropriarsi di quel patrimonio di principi democratici e sociali che le Costituzioni del secondo dopoguerra incorporano e dare prevalenza, in ambito europeo, al versante sociale piuttosto che a quello economico.

È necessario, innanzitutto, «(r)icominciare dai fondamenti»⁹⁷ del costituzionalismo democratico e sociale ripristinandone i principi: il principio del lavoro, il principio di sovranità popolare, il principio di dignità umana e il principio di eguaglianza sostanziale. Colmare il divario tra la dimensione economica e la dimensione sociale per restituire centralità alla persona in carne ed ossa e ricongiungere il collegamento tra istituzioni politiche e

popolo per ricostruire il circuito democratico e mettere il potere a servizio dei diritti. Tornare ai fondamenti significa, altresì, evitare interpretazioni di parte, che lascino spazio a concezioni assolute del mercato e del profitto, in cambio di interpretazioni sistematiche, che abbiano «la capacità di collegare il diritto costituzionale alla vita concreta delle persone»⁹⁸. Solo su questa strada sarà possibile salvare il costituzionalismo moderno e salvaguardare i principi del costituzionalismo democratico e sociale (legalità costituzionale, eguaglianza sostanziale e diritti sociali) in una nuova cornice istituzionale, come lo Stato sociale non ha cancellato i principi dello Stato di diritto (separazione dei poteri, principio di legalità e contemporanea tutela di libertà ed eguaglianza) previsti nello Stato liberale⁹⁹.

- ¹ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- ² Su tutti M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1996, p. 169.
- ³ S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, ora in Id., *Scritti minori, Diritto costituzionale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990 (rist. ed. 1950 a cura di G. Zanobini), pp. 379 ss.
- ⁴ S. Romano, *Oltre lo Stato*, ora in Id., *Scritti minori, Diritto costituzionale*, cit., pp. 419 ss.
- ⁵ G. Silvestri, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, in «Rivista AIC», n. 2, 2011, <<http://www.rivistaaic.it/lo-stato-di-diritto-nel-xxi-secolo.html>>, dicembre 2016, p. 9.
- ⁶ F. Balaguer Callejon, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, in *Scritti in onore del Prof. Francesco Gabriele*, di prossima pubblicazione.
- ⁷ Di questa tensione tra diritto ed economia si fa interprete P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in «Foro Italiano», V, 2002, p. 156, il quale afferma che «(l)a prassi economica si fa produttrice del diritto: la nuova economia e le nuove mirabolanti tecniche esigono arnesi giuridici nuovi irreperibili nel solco della bimillenaria tradizione romanistica radicata fondamentalmente sulla nozione di cosa corporale, una nozione che a fine novecento appare paleolitica ai contemporanei uomini di affari. Ci sono esperienze giuridiche nuove e si «inventano» strumenti giuridici nuovi atti a ordinare la nuova circolazione globale». Cfr., altresì, N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 9, il quale ritiene che «gli scambi economici, per intimo sviluppo e per inesauribile ricerca del profitto, non conoscono i vincoli della territorialità. Essi tendono a svolgersi in qualsiasi luogo: nessun punto della superficie terrestre è escluso o rifiutato. Mentre politica e diritto si rinchiudono nella sfera statale,

l'economia freme d'impazienza, guarda oltre le frontiere, abolisce la distinzione tra cittadini e stranieri. Alla chiusa territorialità degli Stati essa oppone l'aperta spazialità; alle lotte dei partiti politici, la neutralità del denaro e del guadagno; all'esclusività dei singoli ordini giuridici, l'inclusività di qualsiasi vantaggiosa regolazione». Agli occhi dell'A. lo Stato «si trova perciò nella necessità di inseguire la dilatazione spaziale degli scambi» [...] «o mercé accordi con altri Stati, e così generando norme di diritto internazionale; o mercé l'impiego [...] del contenuto di norme straniere: ed è l'ufficio proprio del diritto internazionale». Id., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in «Diritto e società», nn. 3-4, 2009, pp. 473 ss. Cfr., altresì, V. Teotonico, *Globalizzazione e Welfare State. Dal declino delle politiche sociali alle prospettive*, in F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, Cacucci, 2002, pp. 379 ss., in part. pp. 382-385.

⁸ L'espressione, per sottolineare l'erosione della sovranità statale a fronte di fonti del diritto di origine internazionale e sovranazionale, è ripresa da S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, p. 42.

⁹ Sul punto vedere M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 133, la quale osserva che «con la globalizzazione, siamo di fronte a svariati fenomeni di titolarità del diritto, che implicano forme più o meno esplicite di vera e propria concorrenza. Con ciò si intende dire che gli stati non sono più l'unica «fonte» del diritto: altri soggetti, anche privati, partecipano alla produzione del diritto. Il diritto non è più una prerogativa esclusiva dei soggetti giuridici ufficiali e trova spesso come propri co-autori soggetti

privati, che non hanno una fine o una caratterizzazione giuridica, ma diventano di tanto in tanto attori giuridici, partecipando a vario titolo al processo giuridico».

- ¹⁰ Si rinvia, nello specifico, a S. Cassese, *Le trasformazioni dello Stato*, in S. Cassese, P. Schiera, A. von Bogdandy, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 10 ss.
- ¹¹ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «www.associazionedicostituzionalisti.it», <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html>, dicembre 2016, p. 19. Il contributo è disponibile anche in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2006, pp. 1643 ss.
- ¹² Ivi, p. 9.
- ¹³ M. Luciani, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri»*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, Vol. II, pp. 497 ss.
- ¹⁴ Un tentativo di classificazione dei modelli di Costituzione economica degli Stati democratici continentali è effettuato da G. Di Gaspere, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2003, pp. 45-56, in base alla relazione tra diritti economici e sociali: se prevalgono i diritti economici vi è la Costituzione democratico-liberale; se prevalgono i diritti sociali vi è la Costituzione socialdemocratica; se sono in apparente equiordinazione vi è la Costituzione democratico-sociale.
- ¹⁵ M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporaneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1977.
- ¹⁶ M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 12 ss.
- ¹⁷ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, pp. 129 ss., il quale osserva che la Costituzione italiana non disegna

- un progetto predefinito di società, bensì un progetto di trasformazione sociale verso una società futura mediante gli strumenti appositamente previsti.
- ¹⁸ A. Algostino, *La legge elettorale del neoliberalismo*, in «Democrazia e diritto», n. 1, 2014, pp. 63-66.
- ¹⁹ M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in «Diritto pubblico», n. 2, 2011, pp. 391 ss.
- ²⁰ F. Gabriele, *Premesse costituzionali alla programmazione economica*, in «Civitas», n. 2, 1970, p. 14.
- ²¹ G. U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in «Diritto pubblico», n. 1, 2009, pp. 21 ss.
- ²² C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di proprietà o funzione sociale*, in «Rivista critica di diritto privato», n. 3, 2009, pp. 428-429.
- ²³ S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 3.
- ²⁴ Se M. Luciani, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, in «Digesto discipline pubblicistiche», Vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 378, ha definito «ineguale» il bilanciamento tra le esigenze di tutela dei diritti sociali e le ragioni finanziarie, lo stesso ragionamento potrebbe estendersi, a maggior ragione, per il contemperamento tra le esigenze delle libertà economiche e le finalità spiccatamente sociali.
- ²⁵ T. Croppi, «*Fondata sul lavoro*». *Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 3, 2012, pp. 665 ss.; G. Loy, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», <<http://archivio.rivistaiaic.it/dottrina/libertadiritti/loy.html>>, dicembre 2016.
- ²⁶ R. Nania, *Riflessioni sulla "costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 327 ss.
- ²⁷ L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e Costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, Jovene, 2007, p. 115.
- ²⁸ Ivi, p. 118.
- ²⁹ S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, in «Diritto e società», n. 1, 1996, p. 9. L'Autore, peraltro, ne sottolinea il valore nella Costituzione italiana osservando che, nell'art. 2, «la solidarietà emerge nettissima, e non già solo come parola emblematica di una sorta di catechismo costituzionale, in qualche modo corrispondente alla francese «Fraternité» del trionfo rivoluzionario (Liberté - Egalité - Fraternité) del millesettecentottantanove, tanto suggestiva quanto evanescente nel suo concreto contenuto giuridico; qui nell'art. 2 della nostra costituzione, la solidarietà emerge, invece, con una solennità e nitidezza che si ritrova solo nella costituzione italiana tra quelle successive alla seconda guerra mondiale, come principio già estrinsecato nei doveri che legano inderogabilmente l'uomo in ogni proiezione, politica sociale economica, della sua vita *uti socius*».
- ³⁰ P. Ciriello, *Considerazioni sulla solidarietà come valore costituzionale*, in S. Prisco (a cura di), *Unione europea e limiti sociali al mercato*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 13.
- ³¹ Ronchetti, *Il nomos infranto*, cit., p. 227.
- ³² C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, Tomo I, Padova, Cedam, 1991, p. 158, il quale rileva che con il principio personalista, consacrato nell'art. 2 della Cost, si è voluto affermare «che non l'uomo è in funzione dello stato ma quest'ultimo in funzione dell'uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana e garantirne i diritti, e che pertanto questi sono inviolabili, tali cioè che, se riconosciuti espres-
- samente o comunque deducibili dalla costituzione, non possono venir meno neppure ricorrendo al procedimento di revisione costituzionale, in quanto formano il nucleo intangibile, destinato a contrassegnare la specie di aggregazione statale cui si è voluto dare vita».
- ³³ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 18.
- ³⁴ *Ibidem*.
- ³⁵ *Ibidem*.
- ³⁶ D. Sorace, *Il governo dell'economia*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 924-925.
- ³⁷ G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, in «Costituzionalismo.it», n. 2, 2008, <<http://www.constituzionalismo.it/articoli/265/>>, dicembre 2016, in part. pp. 3-5. Cfr., altresì, F. Angelini, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in «Rivista AIC», n. 4, 2012, <<http://www.rivistaiaic.it/costituzione-ed-economia-al-tempo-della-crisi.html>>, dicembre 2016, pp. 1-4, in part. p. 3, la quale individua il «*fil rouge*» della disciplina costituzionale dell'economia in un «un nesso indissolubile e forte fra produzione di ricchezza e eliminazione delle disuguaglianze economiche e sociali».
- ³⁸ Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, cit., p. 473. L'Autore sostiene che «Il potere delle imprese è bensì un potere privato, un potere organizzativo di beni e lavoro, ma tale che, mediante strategie di mercato, è in grado di orientare la politica economica dell'intero Paese; e tale da svolgere 'ingerenze coercitive' nella vita di milioni di lavoratori e consumatori. Il contratto, da accordo tra soggetti uguali, si trasforma in strumento di dominio sui detentori di forza-lavoro e sui consumatori. La libera concorrenza, da processo selettivo di capacità imprenditoriali, in pirateria finanziaria e guerra illimitata».

- ³⁹ S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 37.
- ⁴⁰ F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- ⁴¹ Così si esprime M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in «Diritto e società», n. 4, 2011, pp. 635 ss.
- ⁴² M.G. Garofalo, *È ineluttabile il passaggio da una Costituzione fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul libero mercato*, in «www.associazionedeicostituzionalisti.it», <<http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/libertadiritti/garofalo.html>>, dicembre 2016. Sull'assunzione del principio del mercato concorrenziale come principio guida dell'ordinamento dell'Unione europea si rinvia a F. Coccozza, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, in Gabriele, Bucci, Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, cit., pp. 77-81. Tuttavia, questo virtuale passaggio della concezione economico-sociale, fondata sul lavoro ad un ordinamento fondato sul mercato, non ha segnato il correlativo ritiro dello Stato in ambito economico ma una modificazione delle forme del suo intervento, sinteticamente espresse con la nozione di *deregulation*, che non ha un'identità autonoma rispetto a quella di *regulation* ma ne rappresenta una *species* del più ampio *genus* di *regulation*, diretto alla costruzione e alla conservazione di un mercato pro-concorrenziale. Sul punto si rinvia a C.P. Guarini, *Riflessioni in tema di regolazione del mercato attraverso autorità indipendenti*, in Gabriele, Bucci, Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, cit., pp. 187 ss., in part. 203-204, e alla bibliografia ivi citata. Recentemente R. Miccù, *Paradigm shift or paradigm lost? Economic constitutionalism at the turn of the century*, in R. Miccù, M. Siclari (eds.), *Advanced Law for Economists Selected Essays*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 5 ss., sottolinea che il nuovo ruolo dello Stato in ambito economico, dal modello di gestione dell'economia al modello delle autorità di regolazione dell'economia, si pone in continuità con il disegno costituzionale, il quale opterebbe per una scelta di neutralità in economia.
- ⁴³ F. Gabriele, *Processi di decisione multilivello e governo dell'economia: alla ricerca della sovranità economica*, in F. Gabriele, M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 4-5.
- ⁴⁴ Algostino, *La legge elettorale*, cit., pp. 70 ss.
- ⁴⁵ Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit. pp. 73-74.
- ⁴⁶ Amplius G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015.
- ⁴⁷ Così A. Morrone, *Teologia economica vs. Teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in «Quaderni costituzionali», n. 4, 2012, p. 833.
- ⁴⁸ R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2007, pp. 11 ss. Sostengono la tesi che la Costituzione sia dotata di una marcata flessibilità in materia economica e non abbia cristallizzato il conflitto politico-sociale L. D'Andrea, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Consulta On Line*, <www.giurcost.org/studi/dandrea1.pdf>, dicembre 2016, pp. 15 ss. e P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996. Tra le possibili evoluzioni C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1977, affermava la compatibilità con la Costituzione di un'eventuale socializzazione del sistema economico. In senso contrario G. Bognetti, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2008, pp. 5 ss., ritiene che la Costituzione abbia incorporato la scelta per un certo indirizzio economico, cioè un modello sociale in una versione moderata.
- ⁴⁹ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 1992, p. 19.
- ⁵⁰ Salvi, *La proprietà privata e l'Europa*, cit., pp. 415 ss.
- ⁵¹ G. Guarino, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzione comunitarie*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 1992, p. 32.
- ⁵² Amato, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 16.
- ⁵³ Così G.F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in «Rivista diritto europeo», n. 1, 1989, p. 7. Cfr., altresì, F. Pizzolato, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 7.
- ⁵⁴ C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.
- ⁵⁵ Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit.
- ⁵⁶ G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in «Diritto pubblico», n. 3, 2002, p. 985.
- ⁵⁷ Corte cost., sent. 2 dicembre 1991, n. 439 (cons. in dir. n. 5.1). Cfr. S. Nicolai, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 6, 1991, pp. 3680 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di concorrenza si veda G. Luchena, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Gabriele, Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, cit., pp. 103 ss.; F. Saitto, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in «IANUS», n. 5, 2011, pp. 47 ss.
- ⁵⁸ Come nota A. Algostino, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona. L'insostenibile pesantezza del mercato*, in «Diritto pubblico»,

- n. 3, 2009, p. 847, l'utilizzazione dell'aggettivo sociale nella locuzione «economia sociale di mercato fortemente competitiva», non esprime l'adesione al modello del costituzionalismo sociale ma sembra occultare l'intenzione di contrapporvisi. Cfr. anche G. Bucci, *L'Unione europea tra tecnocrazia e "modello sociale"*, in G. Rivosecchi, M. Zuppetta, *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2010, p. 190.
- ⁵⁹ F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1982, pp. 11 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 457 ss.
- ⁶⁰ Corte cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 14 (cons. in dir. n. 4) con note di A. Pace, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 1, 2004, pp. 259 ss.; C. Buzzacchi, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, ivi, pp. 277 ss.
- ⁶¹ Corso, *La tutela della concorrenza*, cit., p. 985.
- ⁶² *Ibidem*.
- ⁶³ F. Coccozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 272.
- ⁶⁴ Angelini, *Costituzione ed economia*, cit., p. 8.
- ⁶⁵ L. Cassetti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997.
- ⁶⁶ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 3, 1997, p. 657. Per G. Rossi, *Riflessioni sulle funzioni dello Stato nell'economia e nella distribuzione della ricchezza*, in «Diritto pubblico», n. 2, 1997, pp. 305-311, invece, il processo di integrazione sovranazionale non avrebbe messo in discussione la legittimazione dell'impresa pubblica e il compito degli enti territoriali di assicurare la fruibilità dei servizi, anche per la previsione nei Trattati di importanti deroghe al divieto di aiuti di Stato in settore di interesse generale.
- ⁶⁷ G. Di Plinio, *I modelli di Maastricht e la Costituzione finanziaria e monetaria britannica*, in A. Torre, L. Volpe (a cura di), *La Costituzione britannica. The British Constitution* (Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003), Torino, Giappichelli, 2005, p. 990.
- ⁶⁸ A. Cervati, *Riforme costituzionali e principi in tema di sfera pubblica e di interessi privati*, in *Aperta contrada*, <<http://www.apertacontrada.it/2012/08/01/riforme-costituzionali-e-principi-in-tema-di-sfera-pubblica-e-di-interessi-privati>>, dicembre 2016, p. 6.
- ⁶⁹ *Ibidem*. Sul progetto di riforma dell'art. 41 Cost. si rinvia a G. Di Caspare, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in «Amministrazioneeincammino.luiss.it», <http://www.amministrazioneeincammino.luiss.it/app/uploads/2011/03/Di-Caspare_Relazione_Art_41_Cost_def_03_02_2011.pdf>, dicembre 2016; M. Bartolomei, *Riflessioni ed esercizi di stile sulla «riscrittura» dell'art. 41 della Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2011, pp. 595 ss.
- ⁷⁰ G. Azzariti, *Ricominciare dai fondamenti*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2015, <<http://www.constituzionalismo.it/articoli/495/>>, dicembre 2016, p. 6.
- ⁷¹ Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 14.
- ⁷² Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 49.
- ⁷³ G. Di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la Costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 98.
- ⁷⁴ F. Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in «Diritto e società», nn. 3-4, 2009, pp. 396-397.
- ⁷⁵ G. Grasso, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2015, pp. 87 ss., in part. 91-96, rileva la difficoltà di accettare, secondo la prospettiva del costituzionalismo, che società private, che rappresentano interessi economici e finanziari speculativi, possano giudicare i bilanci statali e condizionare le politiche economiche e fiscali degli Stati membri. Cfr., altresì, C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in «Costituzionalismo.it», n. 2, 2012, <<http://www.constituzionalismo.it/articoli/413/>>, dicembre 2016; G. Sirianni, *Il rating sovrano*, ivi.
- ⁷⁶ G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 5, 2012, pp. 461 ss.
- ⁷⁷ A. Somma, *La dittatura dello spread*, Roma, DeriveApprodi, 2014, p. 15.
- ⁷⁸ F. Balaguer Callejón, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in «Revista de Derecho Constitucional Europeo», n. 19, 2013, pp. 449 ss.
- ⁷⁹ A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e 'guerra delle razze': strategie di riattivazione del conflitto in Europa*, in «Rivista AIC», n. 3, 2015, <<http://www.rivistaaic.it/crisi-dell-euro-e-guerra-delle-razze-strategie-di-riattivazione-del-conflitto-in-europa.html>>, dicembre 2016, p. 16.
- ⁸⁰ G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 37.
- ⁸¹ *Ibidem*.
- ⁸² G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 21, 145 ss.; A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in «Consulta On Line», <<http://www.giurcost.org/studi/>>

- Ruggeri19.pdf>, dicembre 2016, in part. pp. 14-15.
- ⁸³ L. Carlassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in «Costituzionalismo.it», n. 3, 2015, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/533/>>, dicembre 2016, p. 142.
- ⁸⁴ F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della Parte Prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in «Rivista AIC», n. 3, 2013, <<http://www.rivistaaic.it/diritti-sociali-unit-nazionale-e-risorse-in-disponibili-sulla-permanente-violazione-inattuazione-della-parte-prima-quella-intoccabile-della-costituzione.html>>, dicembre 2016, *passim*.
- ⁸⁵ I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012, p. 97.
- ⁸⁶ *Ibidem*.
- ⁸⁷ F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in «Rivista AIC», n. 2, 2012, <<http://www.rivistaaic.it/note-critiche-sul-c-d-pareggio-di-bilancio.html>>, dicembre 2016, pp. 4-5.
- ⁸⁸ L. Cassetti, *La crisi greca e la cultura costituzionale della stabilità economica e finanziaria*, in «Federalismi.it», n. 11, 2011, <<http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=198>>, dicembre 2016.
- ⁸⁹ G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in «Il Manifesto», 18 aprile 2012.
- ⁹⁰ Si tratta della posizione che la dottrina economica della scuola neoclassica-marginalista ha adottato in tema di mercato del lavoro. Su questa impostazione e sulla visione del lavoro da parte della dottrina di stampo keynesiano si rinvia a G. Forges Davanzati, G. Pauli, *Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2015, <http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201501_498.pdf>, dicembre 2016.
- ⁹¹ Corte di giustizia UE, *Viking*, 11 dicembre 2007, C-438/05; *La-val*, 18 dicembre 2007, C-341/05; *Rüffert*, 3 aprile 2008, C-346/06; *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, 15 luglio 2010, C-271/08.
- ⁹² F. Angelini, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "Jobs Act"*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2015, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/507/>>, dicembre 2016, p. 13.
- ⁹³ S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2015, <http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20150324-095506_giubboni_n246-2015itpdf.pdf>, dicembre 2016.
- ⁹⁴ E. Papparella, *La flessibilità della prestazione lavorativa e l'incerta legittimità costituzionale del demansionamento nel Jobs Act e nella normativa delegata*, in «Costituzionalismo.it», n. 3, 2015, <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/531/>>, dicembre 2016.
- ⁹⁵ Ivi, p. 36.
- ⁹⁶ F. Balaguer Callejón, *La crisi costituzionale in Europa*, in S. Mangiameli (a cura di), *The european crisis. Interpretation and answers*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 22.
- ⁹⁷ Azzariti, *Ricominciare dai fondamenti*, cit.
- ⁹⁸ Ivi, p. 9.
- ⁹⁹ Silvestri, *Lo Stato di diritto nel XXI secolo*, cit., p. 9.

Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi

CESARE PINELLI

1. *Comparsa dei mercati finanziari globali, crisi del 2008 e misure di contrasto alla crisi adottate dagli Stati*

Le controversie teoriche e politiche intorno a se il costituzionalismo consista di un insieme di limiti al potere, o di congegni volti a legittimarlo, hanno sempre presupposto la sua correlazione al potere politico dello stato. La stessa denuncia, nella seconda metà del XX secolo, della fragilità delle democrazie costituzionali, qualunque fosse la causa – dall'emergere di poteri incontrollati come «il complesso militare-industriale»¹ al «sovraccarico» sul governo «dell'espansione democratica della partecipazione e dell'impegno politico»² –, presupponeva che il termine di riferimento esclusivo dei discorsi sul costituzionalismo fosse il potere politico.

I processi di globalizzazione hanno spostato questa prospettiva. Già nel 1992, un Rapporto dell'OCSE ne parlava come di processi «guidati dal mutamento tecno-

logico, da una continua crescita degli investimenti esteri di lungo periodo e dalla formazione di nuove forme di raccordo fra imprese e stati a livello internazionale. Questa combinazione sta creando una crescente integrazione fra le economie nazionali e sta cambiando la natura della competizione globale»³. Ancor più significativamente, quei processi non riguardavano soltanto gli scambi di beni e servizi, ma soprattutto la formazione di un solo mercato finanziario, che grazie alle tecnologie per la prima volta disponibili, era aperto in continuazione, ossia nelle ventiquattro ore della giornata, in tutto il mondo.

Nei due secoli di sviluppo del costituzionalismo moderno, vi erano state fasi di globalizzazione, specie quando, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, l'impero commerciale britannico si estendeva a tutto il mondo, tranne la Cina. Ma era riconducibile a uno stato che aveva fondato sul commercio la propria potenza coloniale, al punto da raggiungere una posizione egemonica sugli altri. Nulla di tutto ciò si stava

verificando alla fine del XX secolo. I processi di globalizzazione erano stati avviati da una combinazione non programmata di eventi politici, quali le decisioni dei governi Thatcher e Reagan di liberalizzare i mercati finanziari, il crollo del blocco sovietico, l'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio, e di innovazioni tecnologiche che a loro volta innescavano processi alimentati dalla crescita incessante del volume della finanza globale, con una corrispondente difficoltà di individuarne i contorni. Non a caso fiorì una letteratura che decretava già dal titolo dei volumi "la fine" delle componenti basilari del paesaggio costituzionale, quali stato-nazione, storia, geografia, politica, democrazia, territorio, lavoro, potere⁴, senza dare conto dell'"inizio" di qualche altra cosa.

A seguito della crisi finanziaria del 2008, e ancor più delle reazioni politiche ad essa, all'incertezza si aggiunse una diffusa preoccupazione per il futuro delle democrazie costituzionali. Nonostante la crisi fosse dovuta ai meccanismi interni dei mercati finanziari globali, i governi ne addossarono i costi sui bilanci pubblici, con incrementi dei debiti sovrani che comportarono forti restrizioni delle risorse destinate ai servizi sociali, mentre i mercati globali rimanevano sostanzialmente incontrollati. Nel frattempo il dibattito economico continuava a incentrarsi sul conflitto fra stati e mercati ignorando il potere delle "imprese giganti", ossia di imprese così dominanti nei mercati e così contigue ai governi da poter trasgredire impunemente gran parte delle regole di quello che gli economisti chiamano "libero mercato"⁵.

Dal punto di vista giuridico, la crisi rimetteva potenzialmente in discussione il modello di vigilanza prudenziale nel settore

creditizio, che verso la fine del secolo aveva soppiantato il modello fondato sull'esercizio di forti poteri discrezionali da parte dei governi a seguito dell'apertura dei mercati finanziari su scala globale, della eliminazione dell'obbligo di separazione fra banche commerciali e banche di investimento, dell'emergere di conglomerate finanziarie in luogo della segmentazione dei tre comparti bancario, mobiliare e assicurativo nonché, ove necessario, della privatizzazione delle banche pubbliche: la vigilanza prudenziale è svolta da istituzioni neutrali volte a garantire la concorrenza, la trasparenza e la tutela dei consumatori, dunque una serie di regole di un gioco lasciato agli operatori privati sul mercato.

Tuttavia, il summit dei leader del G20 dell'aprile 2009 e l'accordo del Comitato di Basilea, pur dichiarando di voler garantire la stabilità finanziaria del sistema, non reintrodussero la distinzione fra banche commerciali e istituti finanziari, né regole di analoga consistenza⁶. Negli Stati Uniti tale distinzione veniva sì ripristinata con una legge del 2010, ma non applicata in assenza dei relativi atti di normazione secondaria da parte delle autorità di vigilanza⁷. La Dichiarazione dei leader del G7 del 2015 si è egualmente incentrata sull'esigenza di "solidità del settore bancario", oltre che su misure volte a garantire «una regolazione e una vigilanza del settore bancario collaterale adeguate ai rischi sistemici da esso posti»⁸. Ancora una volta le banche sono viste come giudici economici esterni, anziché come attori del mercato, i cui comportamenti potrebbero essere deficitari e richiedere dunque correzioni⁹.

2. *Fattori di erosione della statualità: contestuale aggiramento delle frontiere fra esterno e interno e della dicotomia fra pubblico e privato*

Possiamo chiederci a questo punto se, e come, le diverse tesi concernenti il rapporto fra costituzionalismo e globalizzazione si siano misurate con le sfide poste da mercati finanziari sostanzialmente incontrollati.

Secondo Dieter Grimm, se è vero che le costituzioni moderne sono sorte sulla base di certi presupposti, non si può negare che questi presupposti potrebbero venire meno, anche se la loro scomparsa potrebbe dipendere da un processo di lunga durata. Le prospettive del costituzionalismo sarebbero dunque legate al perdurare delle sue precondizioni: il fatto che le questioni politiche vengano risolte non da una volontà trascendentale ma in sede politica; l'idea del governo limitato; il confine fra esterno e interno e il confine fra pubblico e privato. Mentre le prime due non pongono problemi di tenuta, le altre hanno a che vedere con l'erosione della statualità, compreso il fatto che, per assolvere ai suoi compiti crescenti, lo stato ricorre ai privati tramite accordi che attribuiscono loro una porzione di pubblico potere, pur senza inserirli nei circuiti di legittimazione e di responsabilità costituzionalmente riservati alle istituzioni statali, senza contare la creazione di sedi e processi decisionali non sottoposti ai requisiti prescritti per gli atti delle autorità pubbliche, ma che non sono proibiti né pienamente costituzionalizzati¹⁰.

Grimm è il costituzionalista più impegnato, insieme a Martin Loughlin¹¹, a sostenere il nesso di reciproca coesistenza fra stato e costituzione¹². La tesi che l'esistenza del costituzionalismo sia legato a certe precondizioni, quasi si tratti di un *simul*

stabunt simul cadent, mi pare troppo meccanica, e potrebbe anzi venire rovesciata. Ci si potrebbe chiedere come mai il costituzionalismo dei moderni sia sopravvissuto ai tanti cambiamenti strutturali che ne hanno modificato i presupposti effettuali di partenza: domanda che a sua volta postula una visione non monolitica e statica ma polivalente e dinamica del costituzionalismo, e soprattutto una sua capacità di interagire con l'ambiente circostante anche tramite apprendimenti e virtù trasformative¹³.

Tuttavia, sul piano analitico, mi pare corretto individuare tra i fattori di erosione della statualità non solo la crescente indistinzione dei confini fra esterno e interno, dovuta in particolare all'asimmetria territoriale dei mercati globali rispetto alla dimensione nazionale storicamente inerente alle democrazie¹⁴, ma anche quella fra pubblico e privato, a partire dalla dicotomia fra democrazia e mercato. Da qui occorre muovere per comprendere la portata della sfida dei "giganti" privati al costituzionalismo, per poi ricercare se e come i fautori del "costituzionalismo oltre lo stato" abbiano affrontato la questione.

3. *Condizionamenti dei processi di decisione politica: qualche esempio*

A proposito di "giganti", si può portare l'esempio delle agenzie di *rating*. Si tratta di società di diritto privato, nate un secolo fa negli ambienti del giornalismo finanziario statunitense per risolvere il problema dell'asimmetria informativa che si produce nei mercati fra emittenti dei titoli di debito e investitori, che non sono in grado da soli di conoscere la solidità finanziaria degli



Sede della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a Lussemburgo

emittenti se non a costi molto elevati. Le agenzie di *rating* li rifornivano delle informazioni di cui avevano bisogno, a condizione di apparire credibili ai loro occhi. Questa descrizione si basa sulla teoria "reputazionale", che però non è in grado di dire nulla sul compito, assegnato a tali agenzie dalla legislazione a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, di certificare tramite il loro *rating* la sussistenza dei requisiti minimi di capitale connessi alla qualità dei titoli degli emittenti: da allora, furono gli emittenti dei titoli e non gli investitori ad acquistarne i servizi, per cui si può dire che le agenzie di *rating* vendevano agli emittenti le "*regulatory licences*", ossia "il diritto" di conformarsi ai requisiti fissati nelle *regulations*: sarebbe questo ad averle rese "eccezionalmente potenti", non certo l'aver mantenuto una buona reputazione grazie al contenuto informativo dei loro *ratings*¹⁵.

Vi è di più. Con l'esplosione della crisi finanziaria, le agenzie reagirono all'accusa di aver sottovalutato i livelli di esposizione al rischio dei prodotti della *Lehman* rivolgendo la loro attenzione ai debiti sovrani,

enfaticizzando i rischi, cercando di anticipare possibili scenari negativi, e in questo modo accelerando i movimenti di mercato in un ambiente iperreattivo¹⁶. Il *rating* sul debito sovrano si distingue da quello sui titoli dei privati sia per il fatto che le informazioni sul bilancio e sull'economia di uno Stato sono pubbliche e a disposizione degli analisti finanziari, sia perché i giudizi delle agenzie di *rating* non sono richiesti dall'emittente. Ciononostante i loro effetti sui mercati sono tali da mettere il destino di un Paese nelle mani di poche agenzie private¹⁷. A fronte di tutto ciò, le reazioni dei pubblici poteri nazionali e sovranazionali sono state a lungo inconsistenti¹⁸.

Un altro esempio di intrusione dei giganti nella sfera del diritto costituzionale viene da un Rapporto di J.P.Morgan, che ha spiegato la crisi dell'eurozona con il fatto che i sistemi politici della "periferia" (Italia, Grecia, Spagna e Portogallo) furono instaurati all'indomani di dittature e vennero predeterminati da quell'esperienza. Le loro Costituzioni dimostrerebbero una forte influenza socialista per via del successo che la

sinistra aveva ottenuto con la sconfitta del fascismo, e risultano caratterizzati da governi deboli, stati centrali inermi di fronte alle regioni, protezione costituzionale dei diritti dei lavoratori, sistemi di creazione del consenso che alimentano il clientelismo politico, diritto al dissenso di fronte a modifiche sgradite dello *status quo*. Gli effetti negativi di queste tendenze sono stati rivelati dalla crisi dell'eurozona, ma i governi sono riusciti solo in parte a far avanzare riforme finanziarie ed economiche a causa di vincoli costituzionali (Portogallo), regioni potenti (Spagna) o l'ascesa di partiti populistici (Grecia e Italia)¹⁹.

Non è necessario ribattere a una ricostruzione tanto generica e strumentale. È invece utile segnalare come uno dei maggiori protagonisti della finanza globale individui in quelle Costituzioni il punto di maggior resistenza alla penetrazione dell'ideologia politica totalizzante di cui si fa portavoce.

4. I paradigmi disciplinari dei fautori del costituzionalismo oltre lo stato

Possiamo a questo punto vedere se e come i sostenitori di un costituzionalismo, o di un diritto pubblico, "oltre lo stato" hanno affrontato la sfida dei mercati finanziari.

Nel filone della "costituzionalizzazione del diritto internazionale"²⁰, cui fanno capo cultori del diritto internazionale, si ipotizzano la formazione di una gerarchia interna fra lo *ius cogens* e la Carta delle Nazioni Unite, e l'assimilazione a una struttura federale delle relazioni fra diritto internazionale e diritto interno²¹, ma nulla si dice delle sfide che il potere delle imprese giganti sta ponendo alle democrazie costi-

tuzionali, né dell'asimmetria fra il capitalismo, che esporta se stesso, e le democrazie, che hanno invece bisogno di essere esportate con azioni deliberate che incontrano resistenze nei paesi riceventi²².

Quanti invece invocano un "paradigma cosmopolitico del costituzionalismo" ritengono che la divisione fra diritto interno e diritto internazionale debba tener conto delle esternalità negative, dal punto di vista della giustizia, che l'estensione della pratica dell'autogoverno costituzionale comporta al di fuori degli stati²³. Nel caso di trattati internazionali stipulati in vista della formazione dei mercati globali, gli stati debbono assicurare che prassi economiche sviluppatesi sulla base della contrattazione privata o di norme di autodisciplina non inneschino tendenze distruttive, imponendo costi iniqui a terzi: la crisi finanziaria e le risposte in chiave ri-regolatoria che ne sono derivate offrirebbero una prospettiva costituzionale del riassetto dell'ordine globale dei privati²⁴. In questo caso il tema delle ricadute sul costituzionalismo dell'ascesa di mercati finanziari globali è affrontato direttamente. Ma presentarle come esternalità dell'azione internazionale degli stati presuppone che essi siano rimasti arbitri del gioco per il solo fatto di aver proceduto alla liberalizzazione dei mercati, laddove i mercati hanno sviluppato una dinamica interna che è largamente sfuggita di mano agli stati.

Ancora diversa è la prospettiva del *Global Administrative Law* (GAL). La ricerca del fondamento costituzionale degli ordini emergenti su scala globale sarebbe in questa fase ancora troppo ambiziosa, in termini di legittimazione democratica, per approdare a risultati convincenti: nell'impossibilità di formare un solo ordinamento cosmopoliti-

co, i governi nazionali avrebbero dato vita a governi e a regolazioni di settore che di fatto competono con essi²⁵, per cui questi studiosi preferiscono una prospettiva più modesta ma più realistica, volta a ricostruire la diffusione globale dei meccanismi idonei a far valere la responsabilità dei poteri pubblici e privati così come elaborati dal diritto amministrativo in sede nazionale, e degli standard adottati dalle organizzazioni e agenzie transnazionali soprattutto in ordine ai moduli di partecipazione ai processi decisionali²⁶.

Ma, per rinunciare all'“ambizione costituzionalistica”, basta l'argomento che la legittimazione democratica dei nuovi assetti globali non è ancora verificabile? In sede nazionale il principio costituzionale di corrispondenza fra potere e responsabilità non riguarda più il solo momento della investitura elettorale, investendo ormai l'intero diritto pubblico, e non solo esso²⁷. Una volta escluso che il principio sia riferibile ai soli poteri pubblici statali, la ricerca dei congegni e delle sedi di esercizio del potere in ambiti transnazionali non potrà non collegarsi a quella delle corrispondenti misure di responsabilità²⁸.

Qui troviamo però “poteri amplissimi, responsabilità ridottissime”²⁹. Anche in uno studio di diritto amministrativo globale, al termine di un'analitica ricostruzione degli strumenti di regolazione e controllo dei mercati finanziari adottati a seguito della crisi del 2008, se ne riconosce la complessiva inadeguatezza³⁰. Se, a questo punto, si perde di vista anche il principio di responsabilità quale bussola della ricerca, si galleggia in uno spazio che la più accurata descrizione tecnica delle varie procedure e standard amministrativi non riesce a rifornire di senso. Il fatto che, per quanto

possano risultare diffusi su scala globale, tali meccanismi esibiscano una scarsa efficacia, in particolare nei confronti delle imprese giganti, delle agenzie di *rating* e dei derivati³¹, induce a ritenere che l'attivazione di circuiti di responsabilità richieda di sanare squilibri ormai profondi, tramite il combinato intervento di altre forze e adeguate strutturazioni.

Infine, un'osservazione su tutte le posizioni dei fautori del costituzionalismo (o del diritto pubblico) oltre lo stato. Anche una breve rassegna come questa conferma che esse tendono a riflettere i rispettivi paradigmi disciplinari, al punto che le interazioni reciproche somigliano a dialoghi tra sordi³². Il fatto è che, nel decifrare un fenomeno che le coinvolge tutte come la globalizzazione, queste posizioni competono fra loro nel ricercarne una chiave il più possibile comprensiva, candidando la loro disciplina a regina delle scienze che se ne occupano³³.

I risultati non sono dunque incoraggianti. Il tema dei mercati finanziari è affrontato troppo di rado rispetto alla sua importanza, e quando lo è viene sottovalutato nella sua portata dirompente per gli equilibri del costituzionalismo³⁴; corrispondentemente, l'erosione della statualità è vista assai più sul versante della rottura del confine fra esterno e interno, che su quello della dicotomia fra pubblico e privato.

5. *Dicotomia pubblico/privato: inadeguatezza delle impostazioni correnti*

Passando dalle ricostruzioni teoriche alle classificazioni di fenomeni, che poi spesso diventano casi giurisprudenziali, si avvertono sintomi di un diffuso disagio a uscire

da categorie tradizionali. Ciò vale per i derivati³⁵, e per le agenzie di *rating*, dove fino a pochi anni fa la teoria reputazionale era rimasta dominante in sede scientifica e in giurisprudenza, con la conseguenza che i ricorsi contro i *ratings* delle agenzie venivano respinti con l'argomento che si trattava di opinioni protette dal I Emendamento³⁶.

Il fatto che, con un'altra classificazione "libertaria" del I Emendamento, "Money is Speech", la Corte Suprema giustifichi il finanziamento virtualmente illimitato delle campagne elettorali da parte delle grandi *corporations* malgrado il connesso condizionamento del diritto di voto³⁷, attesta la perdurante presa del paradigma libertario negli Stati Uniti³⁸, dove del resto è ammessa la sola *state action* avverso la pretesa violazione di diritti fondamentali³⁹. E in campo finanziario gli Stati Uniti hanno rappresentato a lungo il modello giuridico di riferimento per tutti gli altri Paesi⁴⁰.

Ma il problema delle implicazioni costituzionali della dicotomia pubblico/privato trova altrove risposte altrettanto inappaganti. Per un verso gioca la convinzione che la tutela dei diritti fondamentali debba assicurarsi solo nei confronti del potere politico, indipendentemente dall'acquisizione di potere privato in ipotesi derivante dal loro esercizio. Una convinzione, come si diceva all'inizio, radicata nello sviluppo del costituzionalismo, nonostante la tutela del contraente debole e la predisposizione di regole del mercato volte a scongiurare la prevalenza della legge del più forte rivelino la compresenza, in molti ordinamenti, di principi costituzionali riferiti ai rapporti fra soggetti privati.

Per altro verso si fa leva sull'inestricabile intreccio fra poteri pubblici e privati nello "spazio globale" per affermare un'in-

differenza della natura pubblica o privata del potere per l'assolvimento della funzione del diritto, la quale consiste in ogni caso nel porre limiti all'esercizio del potere in vista della tutela di valori quali la dignità, l'autonomia individuale o la sicurezza⁴¹. Ma è da chiedersi se al tramonto della tradizionale concezione della dicotomia, già verificatosi nella seconda metà dello scorso secolo, segua l'accoglimento del postulato dello *Status Quo Neutrality*, che concepisce il mercato e l'iniziativa privata come dati di natura anziché come istituzioni e diritti creati dalla legge⁴².

Posto che la sfera privata e i valori privati richiedono una sfera pubblica per essere identificati, definiti e protetti, la dicotomia può ancora servire da paradigma interpretativo⁴³, nella misura in cui si adotti una prospettiva costituzionale. Di converso il costituzionalismo, inteso come sistema imperniato sulla superiorità della costituzione sulle leggi ordinarie, non potrebbe fare a meno della distinzione fra potere pubblico e potere privato, quale che sia il grado di ingerenza del primo nella sfera dell'altro, dal minimo degli Stati Uniti al massimo del Sudafrica⁴⁴. Né dalla distinzione si può prescindere nell'impostare il tema del debito estero sovrano, a cominciare dalla questione se gli Stati possano fallire⁴⁵.

L'intrusione di grandi soggetti economici privati nei processi di decisione politica degli Stati, e perfino l'adozione diretta di scelte politiche da parte dei primi, cesseranno allora di ridursi a casi di innocenti intrecci fra poteri pubblici e privati, per investire piuttosto il volto democratico del costituzionalismo. Lo conferma l'ipotesi della "de-differenziazione", secondo cui il neoliberalismo dei mercati globali aspirerebbe a superare quello che Luhmann

aveva chiamato il "peccato originale" della differenziazione funzionale: se il totalitarismo aveva sottomesso immediatamente la società alla politica senza ricorrere a un universo semantico esterno alla politica, il neoliberalismo vi farebbe al contrario ricorso, ma sempre per sottomettere la società a un'ideologia politica totalizzante⁴⁶.

Non è questa, però, una strada battuta dai sostenitori del costituzionalismo oltre lo stato. Alla difficoltà degli economisti, denunciata da Crouch, nel riconoscere che le prassi delle imprese giganti sfuggono alle regole del mercato, corrisponde quella dei giuristi nel cogliere il senso e la direzione del loro potere, ricondotto alla categoria del potere privato e alla sua familiare contrapposizione al potere pubblico⁴⁷.

6. Costituzionalizzazione del diritto internazionale: inadeguatezza delle impostazioni correnti

Ma le difficoltà e i ritardi dei giuristi stanno anche dall'altra parte. Gli internazionalisti che parlano di "costituzionalizzazione del diritto internazionale" si riferiscono, come abbiamo visto, a un embrione di gerarchia tra fonti o a una incipiente strutturazione federale di quell'ordinamento. Continuano così a muoversi sul piano della *domestic analogy*, senza prestare attenzione all'assenza di contrappesi politici a poteri privati operanti su scala globale.

Tale assenza è dovuta a molti fattori. Fra questi, mi limito a segnalare un limite strutturale del 'potere pubblico internazionale' quale il difetto di coordinamento reciproco fra le organizzazioni operanti nei settori finanziario, economico e sociale (*Financial*

Stability Board, Banca mondiale, FMI, OMC, OIL). Sorte in epoche diverse, afflitte perciò da diversi effetti di *path-dependence*, e con dinamiche di funzionamento che sfuggono allo sguardo degli Stati che le hanno istituite, queste organizzazioni non impediscono che il diritto del commercio internazionale dei beni e dei servizi continui a privilegiare «gli imperativi economici a scapito di interessi pubblici, valori sociali e diritti umani»⁴⁸, nonostante tali valori e diritti siano variamente enunciati nei loro stessi statuti oltre che nel diritto internazionale convenzionale. A maggior ragione mancano forme di reciproco coordinamento, senza il quale non è pensabile un contrappeso nei confronti di imprese e istituti finanziari tanto più potenti per via di un forte accentramento della catena di comando⁴⁹.

7. Oligarchie mondiali versus democrazie nazionali

L'asimmetria fra oligarchie finanziarie mondiali e democrazie nazionali configura una delle maggiori sfide per il futuro del costituzionalismo dei moderni. Un'antica parola, oligarchia, sembra la più adatta a identificare la strutturazione del potere dei suoi autori. Per costruire un costituzionalismo oltre lo stato, si potrebbe partire da qui. Gli attrezzi concettuali per affrontare la sfida vengono dopo.

- ¹ Cfr., *Transcript of President Dwight D. Eisenhower's Farewell Address* (1961), <www.ourdocuments.gov>.
- ² M. Crozier, S.P. Huntington, J. Watanuki, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, New York University Press, 1975, p. 161.
- ³ OECD, *Industrial Policy*, in «OECD Countries: Annual Review», 1992.
- ⁴ K. Ohmae, *The End of the Nation-State – The Rise of Regional Economics*, New York, Free Press, 1995; F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, London, Penguin, 1992; R. O' Brien, *The End of Geography*, London, Council on Foreign Relations Press, 1992; G. Guarino, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997; J.M. Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Paris, Flammarion, 1993; B. Badie, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, 1995; J. Rifkin, *The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1995; M. Naim, *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being In Charge Isn't What It Used to Be*, New York, Basic Books, 2013.
- ⁵ C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 75.
- ⁶ G. Napolitano, *The 'puzzle' of global governance after the financial crisis*, IUE – Global governance project, May 2012, 6, <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/GN-The-puzzle-of-global-governance-after-the-financial-crisis.pdf>, 11 gennaio 2017. V. pure A. Hellgart, *Legal Instruments in Financial Markets Regulation*, in W.-G. Ringe, P.M. Huber (eds.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis. Bail-outs, the Euro and Regulation*, Oxford, Hart, 2014, p. 158.
- ⁷ M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 422.
- ⁸ Dichiarazione dei leaders del G7, Schloss-Elmau, 7-8 Giugno 2015, pp. 2 ss. Nel "settore bancario collaterale", o "ombra", si comprendono i fondi pensione, gli hedge funds, le grandi banche di investimento, sfuggite ai tradizionali controlli dei regolatori.
- ⁹ Crouch, *Il potere dei giganti*, cit., p. 73.
- ¹⁰ D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in «Constellations», 2005, pp. 460 ss.
- ¹¹ M. Loughlin, *The Nature of Public Law*, in C. Mac Amhalaigh, C. Michelon, N. Walker (eds.), *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 11 ss.
- ¹² V. già D. Grimm, *Una costituzione per l'Europa?* (1994), in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 339 ss.
- ¹³ Sia consentito rinviare a C. Pinelli, *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformativa*, in «Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History», n. 9, 2005, pp. 11 ss., nonché *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti* (2011), in *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 381 ss.
- ¹⁴ Come pure sostenuto da un'ampia letteratura a partire da D. Held, *The changing contours of political community: rethinking democracy in the context of globalization*, in B. Holden (ed.), *Global Democracy. Key Debates*, London, Routledge, 2000, pp. 27 ss.
- ¹⁵ F. Partnoy, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in «Washington University Law Quarterly», 77, n. 3, 1999, p. 711.
- ¹⁶ M. Cannata, *Sovereign debt and rating agencies*, Relazione al Convegno dell'European Center for the Study of Public Choice, Università Sapienza di Roma, in «New Perspectives on Public Debt», n. 9, 26-28 settembre 2011.
- ¹⁷ Cannata, *Sovereign Debt*, cit., p. 10.
- ¹⁸ C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in «www.costituzionalismo.it», n. 2, 2012, pp. 1 ss. e *Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati*, Relazione al Convegno di Bari, 8-9 marzo 2013, su «Economia e diritto amministrativo», in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», in <www.rtdel.luiss.it>, n. 4, 2012. Solo con il Regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 462 del 2013, specificamente dettato per i rating sovrani, l'Unione europea ha introdotto una disciplina in grado di contenere almeno le pretese più eccessive delle agenzie, come dimostra fra gli altri il divieto di raccomandazioni, prescrizioni e linee guida volte al miglioramento del rating (v. diffusamente F. Pernazza, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici*, in M.R. Mauro, F. Pernazza (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 132 ss.).
- ¹⁹ J.P. Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, in «Europe Economic Research», 28 May 2013, p. 12.
- ²⁰ Fra cui v. C. Schwoebel, *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, in «German Law Journal», 13, n. 1, 2012, p. 1.
- ²¹ J.A. Frowein, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in K. Dicke et al. (Hg.), *Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Enstaatslichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Heidelberg, Mueller, 2000, pp. 427 ss.; A. Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in «Leiden Journal of International Law», n. 19, 2006, p. 598; E. De Wett, *The International Constitutional Order*, in «International and Comparative

- Law Quarterly», n. 55, January 2006, pp. 57 ss.
- ²² R. Dahrendorf, *Democracy and Capitalism*, London, Hansard Society, 2006, p. 13.
- ²³ M. Kumm, *Constitutionalism and the Cosmopolitan State*, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper 13-68/October 2013, p. 25.
- ²⁴ Ivi, p. 26.
- ²⁵ S. Cassese, *The Global Polity, Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press - Editorial Derecho Global, 2012, p. 23.
- ²⁶ N. Krisch, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2009, p. 12; B. Kingsbury, N. Krisch, R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper 1/2004; Cassese, *The Global Polity*, cit.
- ²⁷ V. ad es. X. Bioy (ed.), *Constitution et responsabilité. Actes du Colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Paris, Montchrestien, 2009.
- ²⁸ Sviluppo il punto in C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, II, pp. 1301 ss.
- ²⁹ M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010, p. 97.
- ³⁰ Mi riferisco a De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., spec. pp. 426 ss.
- ³¹ V. ad es. I. Claey, *Speculation: The Devil Burning Down the House? On Derivatives, Gambling, and Public Policy*, in L. Cornelis (ed.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 92.
- ³² N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution*, in P. Dobner, M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 235.
- ³³ D. Kennedy, *The Mystery of Global Governance*, in «Ohio Northern University Law Review», 2008, p. 844. Secondo M. Koskeniemi, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, in «European Journal of International Law», XX, n. 1, 2009, p. 12, nello spazio trasnazionale non si sarebbe sviluppata una narrazione di diritto internazionale ma una specializzazione o una creazione di regimi speciali di conoscenza negli ambiti del diritto commerciale, dell'ambiente, della sicurezza, internazionale penale, europeo e così via.
- ³⁴ La critica a tutte queste teorie di P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2014, pp. 15 ss., si basa sul diverso argomento della illusorietà della prospettiva di una democrazia o di una cittadinanza internazionale che ignora le ripercussioni della globalizzazione finanziaria.
- ³⁵ Un'esemplificazione significativa in Claey, *Speculation: The Devil Burning Down the House?*, cit., pp. 110 ss.
- ³⁶ F. Parmeggiani, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in «Giurisprudenza commerciale», 2010, pp. 146 ss.
- ³⁷ L'indirizzo va da *Buckley v. Valeo* (1976) a *Citizens United v. Federal Electoral Commission* (2010).
- ³⁸ M.A. Graber, *Transforming Free Speech. The Ambiguous Legacy of Civic Libertarianism*, Berkeley, University of California Press, 1991.
- ³⁹ C. O'Conneide, M. Stelzer, *Horizontal effect/state action*, in M. Tushnet, T. Fleiner, C. Saunders (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, New York, Routledge, 2013, p. 186.
- ⁴⁰ Bussani, *Il diritto dell'Occidente*, cit., p. 75.
- ⁴¹ D. Oliver, *Common Values and the Public/Private Divide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 36 ss.
- ⁴² Per una critica decisiva v. già C.R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 20.
- ⁴³ C. Mac Amhlaigh, *Defending the Domain of Public Law*, in Mac Amhlaigh, Michelon, Walker (eds.), *After Public Law*, cit., pp. 127 ss.
- ⁴⁴ F.I. Michelman, *Constitutions and the Public/Private Divide*, in M. Rosenfeld, A. Sajo (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 304 ss.
- ⁴⁵ V. al riguardo M.R. Mauro, *Debito sovrano estero, tutela dei diritti umani e salvaguardia degli interessi essenziali dello Stato debitore*, e P. Pustorino, *Immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile in materia di debito sovrano*, in Mauro, Pernazza, *Il debito sovrano*, cit., rispettivamente pp. 183 ss. e pp. 281 ss.
- ⁴⁶ P.F. Kjaer, *Law and Order Within and Beyond National Configurations*, in P.F. Kjaer, G. Teubner, A. Febraro (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford and Portland, Hart, p. 419.
- ⁴⁷ Bussani, *Il diritto dell'Occidente*, cit., p. 99, registra «una duplice linea di frattura: tra fenomeni in corso e nostra capacità d'interpretarli, nonché fra i valori fondanti la tradizione giuridica occidentale, al cui interno germignano gran parte degli attori globali, e il diritto che quegli stessi attori producono».
- ⁴⁸ M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 135.
- ⁴⁹ In una prospettiva in parte diversa, Picone, *Capitalismo finanziario*, cit., p. 13, rileva come il mancato rispetto delle norme convenzionali a tutela dei diritti dell'uomo, a partire dal Patto sui diritti economici e sociali, è dovuto anche al fatto che organizzazioni quali il FMI e la Banca mondiale attribuiscono agli Stati egemoni un peso prevalente sugli altri anche per via della regola del voto ponderato, e accenna all'esigenza di «rivedere anche formalmente molte soluzioni tradizionali», quali quelle relative ai rapporti fra norme convenzionali internazionali o alle differenze fra i vari tipi di organizzazioni internazionali.

Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità

GAETANO AZZARITI

1. *Costituzione e democrazia*

Vorrei prendere spunto da un passo di Lelio Basso tratto dal volume *Il principe senza scettro* del 1958. In quest'opera, scritta a dieci anni dall'entrata in vigore della nostra costituzione repubblicana, Basso – in un serrato dialogo con le tesi dei costituzionalisti di allora – non si limita a denunciare le debolezze del sistema politico collegate alle inattuazioni costituzionali. In quel testo v'è molto di più: egli ci fornisce alcune chiavi per comprendere le ragioni di fondo dell'arretratezza dei nostri sistemi di democrazia moderni. Il suo sguardo si volge lontano, alle origini del sistema moderno di diritto. E spiega che il capitalismo ascendente fu "liberale ma non democratico"¹. Vero è che sulla scia della rivoluzione capitalista anche le istanze democratiche fecero la loro comparsa sulla scena politica. Quest'ultime però, alla fine, ebbero la peggio, mentre furono le prime ad imporsi. Le idee della rivoluzione capitalistica – scrive

Basso – si affermarono e trovarono nel codice napoleonico il proprio trionfo².

Ciò su cui vorrei attrarre particolarmente l'attenzione è la sua valutazione della vicenda, espressa in modo netto e determinato: "Né d'altra parte poteva essere diversamente, giacché la rivoluzione capitalistica era storicamente matura, mentre non lo era ancora quella democratica"³. In quest'analisi si sente l'eco della concezione gramsciana, di una visione materialistica legata alla prassi, attenta alle condizioni reali dei soggetti non separabili dalle complessive vicende culturali. Non possono escludersi forzature soggettivistiche, le quali potranno pure compiersi, ma solo "a certe condizioni". Ciò che invece deve certamente abbandonarsi è l'idea che si possa affermare un nuovo ordinamento in mancanza di un contesto storico maturo. Anche le "rivoluzioni" – democratiche – hanno i loro tempi storici⁴.

Difatti la strada per l'affermazione di un sistema democratico non fu abbandonata a seguito dell'instaurazione del nuovo regi-

me in Europa. Sarà ancora lungo il percorso della democrazia, ed esso sarà scadenzato, da un lato, da condizioni materiali e storiche (il «formarsi di una classe proletaria all'interno stesso del sistema capitalistico»⁵), dall'altro, dall'emergere di un diritto in grado di limitare i poteri e assicurare i diritti in nome dell'eguaglianza e non solo della libertà. Quando la democrazia ha incontrato il costituzionalismo moderno, le ragioni dell'una sono state sostenute dalla forza dell'altro.

Potremmo allora dire così: se la democrazia s'è affermata – sebbene non compiutamente – in epoca moderna ciò è dovuto certamente alla lotta dei popoli, ma anche, sul piano giuridico, grazie al contributo decisivo del costituzionalismo democratico. Quel diritto che definisce – per utilizzare ancora espressioni di Basso riferite all'essenza della democrazia – «le tecniche di trasmissione della volontà dall'organo sovrano agli organi dichiarativi di questa volontà»⁶.

Il costituzionalismo democratico per come lo conosciamo, dunque, è stato il frutto di un processo storico concreto, che è giunto a maturazione nel momento in cui i principi enunciati nei documenti scritti hanno trovato soggetti politici in grado di farli valere.

Appare lecito domandarsi se *questo* diritto – che ha assicurato le forme reali della democrazia entro gli Stati – abbia ancora un futuro nelle nostre mutate condizioni storiche. Vorrei in particolare chiedermi se l'apertura dei grandi spazi e la torsione entro una dimensione planetaria di tutte le categorie giuspubblicistiche che vale a caratterizzare l'epoca contemporanea non stiano cambiando lo scenario. Poiché – come ci insegna Lelio Basso – non è dato un costi-

tuzionalismo democratico senza condizioni storiche adeguate, c'è da chiedersi se queste sussistano nella realtà globale e se esse permangano in quella locale (nazionale). Non può escludersi infatti che le mutate condizioni storiche facciano venir meno le conquiste del passato, conformando su nuove basi i rapporti politici.

Si tratta in sostanza di verificare se, al tempo della globalizzazione, il costituzionalismo democratico moderno è ancora in grado di assicurare la divisione dei poteri e garantire la tutela dei diritti fondamentali in nome dell'eguaglianza e non solo della libertà⁷ 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. Magari dovendo ora ripetere quanto allora – oltre mezzo secolo addietro – ci rivelava Lelio Basso: d'altra parte non può essere diversamente, giacché ancora non è storicamente matura una prospettiva democratica che possa operare nei grandi spazi della contemporaneità, mentre lo è il capitalismo globale, liberale – anzi liberista – ma non democratico. Non sarebbe questa, in fondo, una conclusione disperata, bensì un invito a lavorare per un futuro che ancora non c'è, senza illusioni e senza nascondersi le difficoltà del presente. Solo quando le condizioni materiali e storiche saranno mature si potrà prospettare l'incontro tra democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità.

2. *Crisi esogene o endogene delle costituzioni*

Entro la prospettiva indicata la discussione sulla crisi del costituzionalismo assume una particolare dimensione, lontana da quella su cui si concentra gran parte dell'attenzione pubblica. La riforma del testo delle costituzioni nazionali, la scrittura di intere parti dell'organizzazione dei poteri, la stessa concreta tutela dei diritti fondamentali diventerebbero solo una tessera di un discorso che non può chiudersi entro il recinto nazionale. Non si vuole negare l'importanza della discussione su (e contro) il revisionismo costituzionale che sta lacerando il nostro paese. Si desidera, semmai, inquadrarlo entro una prospettiva meno provinciale⁸.

In effetti, troppi sono coloro i quali si attardano a interpretare la crisi del sistema costituzionale italiano come una crisi del testo *scritto*, riducendosi a ricercare le sole ragioni *endogene* e contingenti che colpiscono i diversi Stati nazione. In tal modo, con lo sguardo rivolto al proprio interno, la crisi della costituzione ha finito per essere schiacciata sul "discorso" politico. È questo atteggiamento che si pone alla base del nostro revisionismo costituzionale: alla perenne ricerca di adeguare la costituzione alle esigenze del momento. Una nuova formazione politica (la Lega) costruisce il suo successo elettorale sollevando la questione del rapporto tra centro e periferia, con pulsioni secessioniste? Ebbene ci si affretti a modificare il Titolo V alla vigilia del nuovo turno elettorale abbandonando la preziosa consuetudine che aveva sin lì impedito approvazioni di riforme costituzionali di maggioranza. Una politica economica neoliberista prevale in ambito europeo? Ebbene si introduca un vincolo in costituzione che imponga l'equilibrio di bilancio,

poi si vedrà che effetto farà. Una nuova generazione di politici riesce a scalzare la precedente in nome dell'innovazione? Ebbene si ridefinisca l'assetto dei poteri in nome della riduzione delle spese e si chiedi un plebiscito al popolo. Un uso contingente della costituzione che non ha portato nessun utile, neppure propriamente politico, agli stessi sconsiderati riformatori.

Non può neppure dirsi che, nonostante i successivi fallimenti, si sia arrestata la tendenza descritta. La nostra classe dirigente, compresa un'ampia parte del ceto intellettuale italiano, continua pervicacemente a ritenere il revisionismo costituzionale la vera emergenza nazionale. Personalmente ritengo, invece, che fermarsi a proporre revisioni costituzionali per adeguare la costituzione alle trasformazioni (e a volte alle degenerazioni) del sistema politico sia poco perspicace. Non solo perché questo modo di procedere tradisce il ruolo che storicamente è stato proprio del costituzionalismo moderno, che ha ambito a fondare ed a legittimare i poteri, non invece a farsi da questi plasmare, ma – soprattutto – perché rischia di far smarrire la capacità di comprensione della reale dimensione della crisi, che è essenzialmente *esogena*. Determinata essenzialmente dai processi esterni prodotti dal mutare dei rapporti sociali e dalla globalizzazione dei rapporti giuridici. Non contando più di tanto, invece, le trasformazioni interne agli ordinamenti giuridici e politici nazionali.

L'incessante ossessione per l'astratta governabilità, la ricerca perenne di una maggiore efficienza istituzionale, l'invocazione di un'estrema snellezza procedurale che comprenda disinvolti processi decisionali, le ingegneristiche dislocazioni di potere tra disarticolati e mai armoniz-

zati livelli di governo, appaiono così tutte espressioni d'impotenza dinanzi alle reali sfide della seconda modernità⁹. Riforme asfittiche perché immaginate al servizio di una politica nazionale sempre più autoreferenziale, lontana tanto dalla società quanto dal resto del mondo globale.

Discussioni però non prive di effetti perversi, come dimostra il lento ma graduale isterilirsi di tutti gli istituti e gli organi che hanno sostenuto la democrazia costituzionale nel nostro Paese: dall'emarginazione del Parlamento allo svaporamento della responsabilità politica, passando dalle mille emergenze costituzionali che hanno costellato le vicende politiche nazionali. Strappi progressivi al tessuto costituzionale spesso giustificate da un uso allegro e disinvolto della teoria della costituzione materiale, utilizzata in modo slabbrato, che ha finito per invertire le priorità assiologiche, imponendo la superiorità della politica a quella della costituzione. La crisi del costituzionalismo non può trovare alcuna soluzione entro questa prospettiva, semmai potrà perdere il proprio senso più profondo.

3. *La preconditione del costituzionalismo moderno*

Volendo andare alla ricerca delle ragioni di fondo della crisi attuale credo si debba guardare alle origini del costituzionalismo moderno. In particolare, prendendo in esame quel tratto che è valso ad imporre la supremazia della costituzione negli ordinamenti giuridici moderni: la sua peculiare forza prescrittiva.

Che la costituzione si ponga – e sia percepita – come *lex superior* risulta essere una

precondizione essenziale perché essa possa continuare ad assicurare la garanzia dei diritti fondamentali ed a tenere separati i poteri¹⁰. Una superiorità in grado da far valere non solo sul piano formale della gerarchia delle fonti, ma anche dal punto di vista assiologico. Una supremazia riconosciuta cioè sul piano dei valori capace di imporsi a tutti i soggetti detentori del potere, ponendosi a fondamento di legittimazione della politica. È la costituzione – intesa come patto legittimante la sovranità – che deve fondare la politica e non viceversa.

Questa fu la preoccupazione originaria che diede vita al costituzionalismo moderno. Essa si pose nel corso del XVII secolo, ben prima dunque dell'avvento del costituzionalismo democratico contemporaneo. Si potrebbe ben concepire, infatti, una politica autoritaria, per nulla democratica, di cessione di tutti i diritti "ad un uomo o ad un'assemblea di uomini" (secondo la formulazione hobbesiana) che sia espressione di un "patto" che legittimi il potere, senza per questo limitarlo, ma che si ponga a fondamento di esso. Dopo Hobbes, bisognerà aspettare ancora un po' perché la straordinaria idea della fondazione del potere per via di un *pactum unionis* si coniughi con la ulteriore prospettiva che il diritto scaturente da tale patto debba altresì limitare il potere così costituito. Furono la gloriosa rivoluzione e John Locke che definiranno con molta chiarezza lo statuto del costituzionalismo moderno. È dunque nel Seicento che si è giocata l'intera partita.

Definito così lo statuto del costituzionalismo moderno è poi iniziata la lunga lotta per assegnare un carattere "democratico" alle costituzioni che da questo movimento traevano origine. I passaggi sono complessi e diversi, legati alle evoluzioni delle

forme di Stato che si sono susseguite. Così all'Ottocento liberale è seguito il Novecento democratico¹¹. I diritti tutelati si sono articolati in generazioni successive, alla libertà dei soggetti si è affiancata l'eguaglianza nei diritti, mentre i poteri si sono diversamente organizzati, ma pur sempre alla costituzione assoggettati. L'intero sistema politico ha ceduto il passo alla sovranità della costituzione e quest'ultima è diventata la migliore alleata della democrazia. Il potere poteva al più tentare di ostacolare l'attuazione dei principi che la legge suprema prescriveva, non poteva invece liberarsene. La superiorità della costituzione era un dato storicamente acquisito, da essa il potere traeva sia la propria particolare legittimazione sia la sua specifica limitazione.

D'altronde può ben comprendersi come la superiorità in grado (normativa, ma anche assiologica) della costituzione rappresenti un *prius* logico oltre che storico. Basti pensare allo scopo che viene attribuito del diritto costituzionale nella modernità: legittimare e limitare il potere¹². Se quest'ultimo potesse disporre della costituzione non avrebbe nessun senso parlare di legittimazione (in caso le costituzioni potrebbero rappresentare uno strumento per l'auto-legittimazione dei poteri che di volta in volta si costituiscono), mentre i limiti posti sarebbero sempre assoggettati al gradimento del sovrano che potrebbe liberamente rimuoverli o sostituirli. Pertanto non si ha costituzione in senso moderno se questa non si impone ai poteri che essa stessa ha costituito.

Se è questo ciò che ci consegna il costituzionalismo moderno diretta è l'indicazione del rischio più profondo che corrono le costituzioni all'epoca della globalizzazione: che si giunga a scindere il rapporto tra

costituzione e politica. Un distacco che potrebbe assumere forme diverse. Potrebbe manifestarsi in via di fatto nella ridotta capacità della costituzione di condizionare – se non decisamente di assoggettare – la politica. Potrebbe esprimersi in via di diritto nell'ipotesi in cui la prima dovessero rientrare nella disponibilità della seconda. In entrambi i casi la costituzione finirebbe per perdere la sua specifica forza precettiva.

Se questo dovesse avvenire, il costituzionalismo finirebbe per assolvere ad una funzione sostanzialmente descrittiva degli ordinamenti e delle organizzazioni sociali, secondo il tipico modello pre-moderno di costituzione. Si dovrebbe correttamente parlare, allora, di nascita di un neo-medioevalismo costituzionale¹³.

Una mutazione che non potrebbe essere costretta dentro i più tradizionali confini. Essa agirebbe in ogni caso, quale che sia la dimensione spaziale entro cui opera il testo ritenuto "costituzionale". Il carattere non normativo collocherebbe *comunque* questi testi fuori dalla modernità. Una "costituzione" non *prescrittiva* è pre-moderna, sia quando si limita a descrivere l'ordine artificiale di una nazione, sia quando disegna l'assetto istituzionale e giuridico di una regione del mondo come l'Europa, sia quando ne tratteggia l'ordine cosmopolitico esistente in un determinato periodo storico. In ognuno di questi casi, qualora il documento giuridico che vale ad identificare l'ordine costituito non riesca ad assumere il ruolo di fonte suprema, questo non può essere inteso come una costituzione in senso moderno. Ciò vale quale che sia il *nomen* che si assegna ai vari documenti cui ci si riferisce (costituzioni, trattati, carte, statuti, leggi).

V'è poi un secondo essenziale rilievo. Qualora la costituzione perdesse la sua capacità di assoggettare il potere anche il carattere democratico conquistato nel corso del tempo verrebbe necessariamente meno. I poteri sciolti dai vincoli potrebbero perseguire liberamente i propri interessi. L'orizzonte dell'eguaglianza dei diritti cederebbe il posto alla libertà delle forze politiche dominanti. Senza costituzione la democrazia finirebbe per sfigurarsi.

4. *L'ordine costituzionale dei rapporti giuridici di rilievo politico*

Per valutarne in concreto il grado di pericolo di un'evoluzione quale quella richiamata di abbandono della forza precettiva delle costituzioni è necessario esaminare il modo in cui vengono a definirsi i rapporti giuridici, *quando questi assumono rilievo politico*. Se essi dovessero risultare immuni all'ordine costituzionalmente posto non ci si potrebbe nascondere lo stato di sofferenza delle costituzioni, non più in grado di limitare i poteri.

Per quanto riguarda i poteri politici più tradizionali la tendenza di questi a trascendere le costituzioni appare poggiarsi sulla loro progressiva dipendenza da altre sovranità. Partiti, Governi nazionali, istituzioni rappresentative non rispondendo più tanto alle costituzioni quanto alle logiche sovranazionali, alle tecnocratie, ai vincoli dell'economia. Si pensi all'Europa ove i soggetti politici legittimano le proprie decisioni sempre più in forza della ritenuta necessità di rispettare vincoli contratti in ambito europeo ("l'Europa sovrana"), giustificando il proprio operato sulla scorta di motivazioni

tecniche presuntivamente neutrali ("il dominio della tecnica"), sottoposti alle regole, ritenute incontrastabili, dettate dai mercati finanziari mondiali e dalle speculazioni internazionali ("la teologia economica"). In questo quadro il posto della costituzione appare spesso residuale e comunque recessivo.

Oltre ai soggetti politici tradizionali la perdita di precettività delle costituzioni coinvolge anche i rapporti giuridici privati. La tendenza a liberare i poteri dai vincoli costituzionali sembra infatti oggi poggiarsi su un generale e imponente processo di traduzione del diritto di produzione pubblica in un diritto di origine e fonte privata. Una tendenza al mutamento che coinvolge ormai la dimensione propriamente costituzionale. Basta rilevare, ad esempio, come i limiti ai soggetti privati in genere, ed alle imprese in particolare (e non solo a quelle multinazionali) sembrano oggi rinvenirsi quasi esclusivamente nei *modelli contrattuali uniformi* ovvero nei *codici di condotta internazionali* elaborati da soggetti privati del tutto estranei al circuito politico-rappresentativo; mentre sempre meno rilievo è di fatto dato ai vincoli e alle limitazioni pubblicistiche, comprese quelle inscritte in costituzione: basta pensare alla sostanziale irrilevanza del vincolo costituzionale dell'*utilità sociale* per le imprese multinazionali, ma forse ormai anche per quelle nazionali¹⁴.

È in questa situazione che le grandi imprese, la comunità degli affari, gli interessi economici "forti", tendono a by-passare lo Stato e il suo diritto; così anche si spiega – almeno in parte – perché questi stessi soggetti risultino meno dipendenti, se non del tutto affrancati, dalla tradizionale mediazione della forza e delle istituzioni

politiche, almeno di quelle nazionali. Infine appare anche evidente l'opera di trascinamento nei confronti di tutti i diversi soggetti degli ordinamenti, anche di quelli che nessun vantaggio dovrebbero avere ad accodarsi alla tendenza in atto, ma che lo stesso non vogliono né possono opporvisi.

Sul piano più propriamente concettuale e di sistema tali tendenze hanno assunto una loro forma teorica. Le tendenze all'extrastatualità del diritto, all'affermarsi di un diritto, perlopiù di origine privatistica o sociale, che tende a sfuggire ogni limite, sono state assunte da alcuni come espressione di un passaggio epocale che segna la fine del costituzionalismo "politico" nazionale (ovvero del costituzionalismo moderno tout court). S'è teorizzato la venuta ad emersione di un altro genere di costituzioni, le "costituzioni civili" che andrebbero ad imporsi a seguito delle dinamiche sociali ed economiche, a scapito dei tradizionali poteri politici e costituzionali. L'archetipo concettuale, che viene posto alla base della nuova forma di normazione suprema è espresso dalla famigerata *lex mercatoria*¹⁵.

In questa prospettiva, la tendenza dell'extrastatualità del diritto civile finisce per non rinvenire più un limite nel vincolo legislativo, spingendosi sino ad eludere gli stessi vincoli posti dalla *lex superior*.

Se però ci si convincesse che è ormai la c.d. *lex mercatoria* ad essere sovrana, che dalla centralità della costituzione si è passati ad una centralità diversa, quella del mercato, della concorrenza e delle imprese, dovremmo con coerenza farne discendere che anche gli ordinamenti giuridici – compresi quelli che ambiscono a qualificarsi come "costituzionali" – hanno subito una trasformazione morfologica: da ordinamenti costituzionali ad *ordinamenti mercatori*. La

storia del costituzionalismo moderno sarebbe giunta al suo termine, potremmo allora parlare di post o di neo costituzionalismo, ma in ogni caso una rottura si sarebbe consumata.

5. Costruire la democrazia costituzionale nei grandi spazi

Molti sono convinti che questo sia l'approdo cui siamo giunti: chi con esultanza, chi con noncuranza, chi con disperata ostentazione.

Ma forse si tratta piuttosto di ricordare l'instabilità del tempo presente, l'assenza di approdi definiti. Non è detto – io credo – che ciò che oggi appare prevalere – il mito del mercato – possa conservare la propria forza e porsi come norma fondamentale nel prossimo futuro del diritto cosmopolita, sostituendosi al diritto costituzionale moderno.

Non credo, infatti, che i processi di decisione e di dominio sovranazionali possano essere ritenuti lineari, certi e predefiniti. Non può dirsi che la globalizzazione abbia prodotto un nuovo organico soggetto politico sovrano. La c.d. "*global governance*", non è espressione di un soggetto unitario, né è riconducibile ad un'unica – per quanto articolata – logica di sistema. I poteri sociali diffusi si manifesteranno con un elevato grado di contraddittorietà. Comunque non in grado di imporsi *sic et simpliciter* alle Costituzioni, sostituendosi ad esse.

In questo contesto instabile sembra riaffacciarsi la necessità di una capacità normativa delle costituzioni, affiancata da una richiesta di giustizia e di tutela dei diritti fondamentali sia a livello nazionale

sia a livello planetario. La rivendicazione di tornare a limitare i sovrani e i poteri mi sembra diffondersi. In questi tempi di crisi economica e finanziaria un limite dovrebbe essere posto persino alla "irresistibile" sovranità del mercato. È questo il compito di un *altro movimento* che sostenga le ragioni del costituzionalismo moderno anche al tempo della globalizzazione. Una nuova lotta per la costituzione e la democrazia nei grandi spazi della contemporaneità è possibile, forse necessaria.

Per concludere si possono riprendere le parole di Basso richiamate all'inizio. Se è vero che il capitalismo globalizzato è liberale (e liberista) ma non democratico, è anche da rilevare che le istanze di un costituzionalismo democratico che riesca

ad operare sul piano globale si affacciano ormai sulla scena mondiale. Quest'ultime, avrebbe constatato Basso, non sono ancora storicamente mature per potersi affermare, ma ciò vuol semplicemente dire che è ancora lunga la strada che dobbiamo percorrere. Un cammino incerto, probabilmente pericoloso, tuttavia spetta a noi procedere.

¹ L. Basso, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 21.

² Ivi, p. 22.

³ *Ibidem*.

⁴ A. Gramsci, *La rivoluzione contro il «Capitale»* (1917), ora in *Id., Scritti politici*, vol. I, a cura di P. Spriano, Roma, Editori Riuniti, 1973, pp. 130 ss.

⁵ Basso, *Il principe senza scettro*, cit., p. 22.

⁶ Ivi, p. 16.

⁷ Assicurare la divisione dei poteri e garantire i diritti fondamentali rappresentano gli obbiettivi ineludibili degli ordinamenti retti da costituzioni modernamente intese, mentre la coesistenza di libertà e eguaglianza si pongono a fondamento del carattere democratico di questi stessi ordinamenti. Sul punto rinvio agli approfondimenti svolti nel mio *Il costituzionalismo moderno può*

sopravvivere?, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁸ Per la critica al "revisionismo costituzionale" rinvio al mio *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

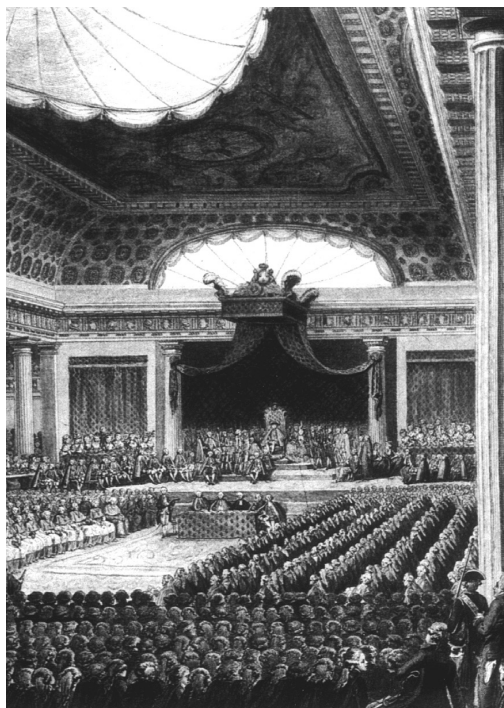
⁹ Si riprende l'espressione ("seconda modernità") e l'ordine concettuale di Ulrich Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000.

¹⁰ Sulla consacrazione della costituzione come *lex superior* cui si ricollega un determinato ordine statutale positivo, correlato alla tutela concreta di diritti fondamentali vedi le ampie e sempre attuali riflessioni di C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in «Enciclopedia del Diritto», XI, 1962, pp. 139 ss., spec. 141 ss. (ora anche in *"Una e indivisibile"*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 59 ss., spec. pp. 63 ss.).

¹¹ Discorso a parte meriterebbero le esperienze degli Stati autori-

tari (nelle loro diverse varianti totalitarie ovvero fondamentaliste) che pure si sono succeduti in diverse stagioni storiche e in differenti luoghi geografici. In via di principio dovrebbe rilevarsi un conflitto insanabile tra le ragioni del costituzionalismo liberale e le forme di Stato che individuano la propria legittimazione ultima in un principio d'autorità extranormativo (sia nella forma immanente del *Führerprinzip* sia nella forma extramondana della fedeltà assoluta ad un dio). Nella realtà storica, però, il rapporto tra costituzione e Stati autoritari è assai più complessa. Come dimostra l'esperienza del fascismo in Italia che ha conservato lo Statuto liberale pur non sentendosi da esso condizionato. È in fondo questa una dimostrazione della scissione tra politica e costituzione di cui diremo subito nel testo riflettendo su un piano più propriamente teorico.

- ¹² Sulle questioni appena accennate nel teso rinvio all'analisi svolta nel mio *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010, spec. alle pp. 309 ss., 325 ss. e 359 ss.
- ¹³ Tendenze verso un "neo-medioevalismo" che non si limitano al piano costituzionale, ma investe l'intero assetto istituzionale. Sul punto vedi D. D'Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo medioevo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 2002, pp. 77 ss., spec. pp. 82 ss.
- ¹⁴ Sul punto vedi l'analisi svolta da M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- ¹⁵ Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005; F. Galgano, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993².



La Magna Carta 800 ans après. Son héritage dans la tradition juridique de *common law**

ERMANNO CALZOLAIO

Introduction

L'année 2015 qui vient de se conclure a vu la célébration du 800ème anniversaire de l'approbation de la Magna Carta, qui fut signée en 1215. Cet événement a attiré une grande attention et un nombre considérable d'études ont été publiées pour explorer son contenu et ses conséquences historiques et juridiques¹. Cela a sans doute contribué à donner à ce document un caractère presque mythique. D'ailleurs, comme l'a dit un éminent juge anglais, «l'importance de la Magna Carta réside non seulement dans ce qu'elle dit, mais peut-être encore plus dans ce que les générations successives ont prétendu et cru qu'elle a dit. Parfois le mythe est plus important que la réalité»². Ce n'est pas par hasard si l'on fait aujourd'hui référence à la Magna Carta quand on veut décrire un processus de réforme qui puisse conduire à la promulgation d'un texte fondateur d'un Etat civil, comme une Constitution.

Un exemple très récent vient justement de l'autre côté de la Manche, où le débat est assez animé sur l'opportunité de rédiger une Constitution écrite³. La *House of Commons* (une des deux chambres du Parlement anglais), à travers le Comité pour la réforme politique et constitutionnelle («Political and Constitutional Reform Committee») a lancé le 10 juillet 2014 une vaste consultation publique sur la question de la codification de la Constitution du Royaume-Uni, dont les résultats ont été publiés le 3 mars 2015. Le titre choisi pour cette initiative est significativement «A new Magna Carta?» («Une nouvelle Magna Carta?»)⁴.

Le sens et l'héritage de la Magna Carta ont été étudiés sous plusieurs aspects, dans des perspectives différentes : par les historiens du droit, les spécialistes du droit public, les experts dans le domaine des rapports entre loi et religion. Les réflexions qui suivent voudraient essayer de fournir un point de vue comparatiste. Comme on le sait, le droit comparé est un domaine d'études un peu étrange ; «strange»,

comme le disent les auteurs d'un des plus importants manuels américains de droit comparé, où l'on souligne que, dans le contexte des études juridiques, le droit comparé ne correspond pas à un ensemble de règles concernant un secteur de l'ordre juridique, tels que le droit privé, le droit pénal, le droit administratif⁵. Il s'agit plutôt d'une façon d'aborder l'étude du droit en considérant le droit comme un phénomène à la fois relatif et universel et en essayant d'identifier les aspects profonds qui caractérisent la forme et la substance d'un système juridique.

De ce point de vue, le huit centième anniversaire de la promulgation de la Magna Carta peut constituer l'occasion de réfléchir sur les enjeux et sur l'héritage de certains aspects de fond qui continuent à caractériser la tradition juridique de *common law* et qui, en quelque sorte, se relie à la Magna Carta, notamment l'idée que la loi constitue une limitation du pouvoir du souverain. En réalité, comme on le verra plus en détail par la suite, cette idée n'était pas nouvelle au moment de la rédaction de la Magna Carta, ni propre au droit anglais. Développée sur le Continent par l'effort des juristes médiévaux, cette idée a été fixée clairement dans la Magna Carta à la suite d'une période particulièrement difficile, et elle est à l'origine d'une conception des rapports entre citoyens et pouvoirs publics – la *Rule of Law* – qui diffère sous plusieurs aspects de la conception continentale d'Etat de droit.

Dans les pages suivantes, on essaiera donc d'esquisser, d'abord, un portrait qui puisse donner des points d'orientation pour placer la Magna Carta dans son contexte historique et mettre en relief ses contenus principaux; on évoquera, ensuite, la discontinuité qui a marqué, sur le

Continent, la fin du XVIII et le début du XIX siècles, en donnant naissance à une nouvelle conception du droit et notamment des rapports entre les pouvoirs publics et les citoyens, dont la théorie de *Rechtsstaat* (Etat de droit) constitue le couronnement.

Dans la deuxième partie on se concentrera plus en détail sur les héritages de la conception de *Rule of Law* qui découle de la Magna Carta, en visant certains aspects qui caractérisent la tradition de *common law* par rapport à celle de *civil law*, notamment l'idée de la primauté du droit non écrit sur le droit législatif et l'unité de la juridiction; l'attitude des juges dans l'interprétation de la loi; la circulation des précédents au sein des pays de *common law*.

I. *Al'origine des différences entre Rule of Law et Etat de droit*

1.1. *La Magna Carta dans son contexte historique*

La bataille entre l'Eglise et l'Etat dans l'Angleterre du XII siècle a concerné la question de l'autorité. Tout a commencé avec la dispute entre le Roi John et le Pape, à propos de la nomination du nouvel archevêque de Canterbury. La cathédrale se soumit à la volonté du Roi, mais quand le Pape reçut la nouvelle, il annula l'élection du candidat du Roi et il consacra, à Rome, son candidat, Stephen Langton. John répondit en déclarant que Langton était un ennemi de la Couronne. Le Pape, qui avait frappé d'interdit les monarques de France et de Norvège, frappa l'Angleterre elle-même de son interdit. Le Roi fut excommunié en 1209. Mais, sur l'avis de William Marshal,

John fit la paix avec le Pape : en 1213, il apposa son sceau sur un document par lequel il acceptait la supériorité du Pape dans les affaires spirituelles et temporelles. Le Pape était maintenant le seigneur féodal de John et l'une des conditions de l'accord était d'accepter Stephan Langton en Angleterre comme Archevêque de Canterbury.

Le pays était cependant menacé par la guerre civile : d'un côté, les barons fidèles au Roi et, de l'autre côté, ceux qui plaidaient en faveur d'un changement de Couronne. Les deux factions écrivirent au Pape pour lui demander son soutien. Les barons rebelles avaient invité l'héritier du royaume de France (le futur Roi Louis VIII) à devenir le Roi d'Angleterre et une grande armée française atteint Londres. C'est dans ce contexte de perte de pouvoir que John signa la Magna Carta. Elle était destinée à l'oubli. Le Roi John avait l'intention de ne pas la respecter et d'y vite renoncer. De son côté, le Pape Innocent III déclara que les barons avaient été inspiré par Satan, la guerre civile fut reprise, l'invasion française continua. Mais après la mort du Roi John, les barons qui étaient loyaux au Roi réussirent à le faire couronner son héritier, qui avait 9 ans, à Gloucester et non à Westminster Abbey, car Londres était occupée par les français. Un de ses premiers actes fut la nouvelle promulgation de la Magna Carta, qui fut confirmée encore une fois en 1225 par le Roi lui-même, qui entre temps était devenu majeur.

1.2. Les trois principes fondamentaux consacrés dans la Magna Carta

La Magna Carta a donc été un document très pragmatique, destiné à éviter la guerre civile

et à garantir la paix. Plusieurs de ses dispositions n'ont qu'un intérêt historique ou de curiosité. En même temps, dans le texte, on trouve la formulation explicite de certains principes de fond, qui continuent à animer le débat et qui sont à la base de la conception moderne de *Rule of Law*. En bref et très schématiquement⁶, il s'agit d'abord des chapitres 39 et 40, selon lesquels «Aucun homme libre ne sera arrêté, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, ou déclaré hors-la-loi, ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, pas plus que nous n'emploierons la force contre lui, ou enverrons d'autres pour le faire, sans un jugement légal de ses pairs ou selon les lois du pays. Nous ne vendrons, refuserons ou différerons le droit d'obtenir justice à personne»⁷.

Il s'agit de la formulation explicite du droit individuel à la vie, à la liberté et à la propriété, qui ne peuvent pas être violés par les autorités publiques qu'en accord avec les lois du pays. Textuellement : «law of the land» («loi de la terre»), qui exprime un concept différent, difficile à rendre en français, comme d'ailleurs en italien, car il peut-être mal compris, surtout si l'on suppose qu'il s'agit de «loi» au sens technique, c'est-à-dire comme un acte normatif promulgué par l'autorité souveraine, tandis que «law of the land» a une signification bien plus large, comme on le verra plus précisément par la suite.

En deuxième lieu, dans le chapitre 12, le Roi promet de ne pas violer les droits des personnes que par le jugement de leurs pairs ou en accord avec la loi (encore une fois : «law of the land»). Comme le précise Bracton, qui écrit en 1230, le Roi ne doit pas être assujéti à l'homme, mais à Dieu et à la Loi («the King ought not to be subject to man, but subject to God and the Law »).

En relation directe avec ces deux principes, le troisième est encore plus important, car il imprègne la Magna Carta: le Roi et ses officiers sont assujettis aux «lois du pays» comme le sont ses sujets. Ce principe fut introduit par le chapitre 42 (qui sera après omis dans les versions successives), selon lequel le Roi s'oblige à nommer des Sheriffs qui connaissent les lois du Royaume et qui aient la volonté de les respecter. Une autre référence se trouve dans les derniers mots du chapitre 29, qui prévoit le droit de chacun de plaider devant un juge incorruptible qui va juger selon la loi.

Les trois principes que l'on vient d'indiquer n'étaient pas du tout une nouveauté à l'époque (début XIII siècle), ni dans leur contenu ni dans leur forme⁸. En effet, les statuts des cités italiennes contenaient des règles et des principes très proches de ceux que l'on trouve dans la Magna Carta. Les idées relatives à la protection de l'Eglise, la conduite des officiers, la possibilité de recourir à la justice devant les tribunaux et, en général, les limitations du pouvoir de l'autorité politique sont un phénomène pan-Européen⁹.

Les études du grand comparatiste italien Gino Gorla démontrent clairement que le principe selon lequel les *iura naturalia* (les droits naturels) limitent le pouvoir du prince constitue essentiellement une création des glossateurs et des juristes qui sont venus après¹⁰. Pour s'en rendre compte, on peut faire référence au paragraphe 11 des Institutions du *Corpus Iuris*. Cette disposition ne contenait aucune limitation du pouvoir du Prince. La signification originale de cette norme était plutôt le constat d'un fait historique, déterminé par le vouloir divin. Le texte dispose: «Le droit naturel, qui est observé par toutes les nations éga-

lement, étant établi par la providence, n'est point sujet au changement ; mais celui que chaque ville s'est fait change souvent, soit par le consentement tacite du peuple, soit par quelque loi nouvelle»¹¹. A l'époque de la Glose, le *ius gentium* (droit des gens) était mis en relation avec le problème des limites du pouvoir du Prince, et il était conçu comme ce que la raison naturelle a établi entre tous les hommes ("naturalis ratio inter omnes homines constituit")¹². Pour les juristes médiévaux le *ius gentium* (le droit des gens) incluait le *ius divinum* (le droit divin) et il formait une partie du *ius civile* (droit civil) ou du *ius positivum* (droit positif) des différents états.

Sans entrer dans les détails, on peut observer que, en dépit du fait que les textes romains ne sont pas clairs sur le concept de *ius gentium*, la conception d'un droit supérieur est sans conteste sous-jacente au Moyen Age¹³. Ce droit supérieur n'était pas un concept vague ou générique. Au contraire, il identifiait certains droits naturels (*iura naturalia*) qui limitaient le pouvoir du Prince, comme le droit d'être entendu (dans les tribunaux, mais aussi dans le domaine «administratif»), le droit de propriété (qui ne pouvait pas être confisqué sans juste cause, *juxta causam*), le droit d'imposer des taxes, qui était limité par l'utilité et la nécessité publique (*publica utilitas sive necessitates*) etc.¹⁴ Ces idées ont continué à être développées plus tard, notamment du XVI^e au XVIII^e siècles, et les limites au pouvoir du Prince ont été étendues, non seulement au monarque, mais aussi à toute autorité ayant le pouvoir de légiférer¹⁵.

A partir de ces brèves réflexions on peut conclure que les principes contenus dans la Magna Carta ne sont pas caractéristiques du droit anglais : ils dérivent des sources

continentales. Si la Magna Carta n'est donc pas unique et si ses principes ne sont pas caractéristiques du droit anglais, ce qui est vraiment spécial dans la Magna Carta est son histoire successive, c'est-à-dire son lien avec le principe de *Rule of Law*¹⁶. C'est pour cela qu'il ne s'agit pas de célébrer simplement un anniversaire, mais plutôt de saisir cette occasion pour essayer d'identifier une conception juridique qui caractérise la tradition de *common law* par rapport à celle de *civil law*. En effet, par la reconnaissance du rôle de la religion et le respect dû à l'Eglise, une idée essentielle était affirmée : la loi est bien plus que le vouloir du Roi. Les principes durables de la Magna Carta, comme "no taxation without representation" (pas de taxation sans représentation), "due process" et "fair trial" (procédure équitable), "effective restraint upon the executive" (effectivité de protection contre le pouvoir exécutif) peuvent être compris seulement par cette idée de fond.

1.3. Staatsrecht (*Etat de droit, Stato di diritto*) et Rule of Law

Suivant le fil de ces réflexions, on peut maintenant franchir un autre pas, en focalisant notre attention sur la différence entre la conception anglaise de *Rule of Law*, qui découle de la Magna Carta, et la conception continentale de *Staatsrecht* (*Etat de droit, Stato di diritto*).

Evidemment, il ne sera pas possible de décrire l'impact du mouvement qui a conduit, après la Révolution Française, aux grandes codifications modernes, qui est d'ailleurs bien connu. Mais il est quand même important de noter, selon une pers-

pective comparatiste, que les codifications marquent une grande discontinuité par rapport à la précédente conception du droit. La théorie de *Staatsrecht* est clairement un effet de ce grand changement.

Esquissée par Robert von Mohl en Allemagne au début du XIX^e siècle, mais développée seulement après les motions de 1848¹⁷, l'idée de *Staatsrecht* réalise une sorte de compromis entre la doctrine libérale (supportée par la bourgeoisie des lumières) et l'idéologie des conservateurs (la monarchie avant tout). En effet, le *Staatsrecht* s'oppose à l'état absolutiste par l'élaboration des deux principes libéraux classiques de la protection publique des droits individuels et de la séparation des pouvoirs. D'un côté, les droits individuels sont conçu comme une création de l'Etat et ils limitent son pouvoir ; par conséquent, contrairement à la vision de la Révolution Française, la source des droits individuels ne réside pas dans la souveraineté du peuple, mais dans le pouvoir législatif de l'Etat lui-même, qui exprime l'identité spirituelle du peuple. De l'autre côté, le principe de primauté de la loi est transformé dans le principe de légalité : le système de règles données par le Parlement doit être respecté rigoureusement, soit par l'exécutif, soit par les juges, comme condition de légalité de leurs actes. Dans cette perspective, l'usage arbitraire du pouvoir législatif n'est pas envisagé, car on présuppose qu'il y a une correspondance parfaite entre vouloir de l'Etat, légalité et légitimation morale¹⁸. Par conséquent, le *Staatsrecht*, dans sa signification originelle, est l'Etat qui se limite lui-même par le droit législatif¹⁹. Cette conception, avec des variations significatives, est suivie en France²⁰ et en Italie et on peut dire qu'elle caractérise tous les pays de *civil law*.

Si l'on compare le *Staatsrecht* avec la *Rule of Law* anglaise on peut voir que les deux partagent le même but, c'est-à-dire l'exigence d'assujettir l'exercice des pouvoirs publics au droit, au fin de protéger les droits des citoyens. Mais les modalités par lesquelles ce même but est poursuivi diffèrent profondément. Dans la tradition de *common law*, la limitation du pouvoir de l'Etat se réalise par un droit qui ne dérive pas de l'Etat lui-même, mais par la *common law* elle-même, c'est-à-dire un droit qui se développe d'une façon autonome par rapport à l'Etat (*case law*, droit jurisprudentiel)²¹.

Il convient de rappeler l'ancien *dictum* qu'on retrouve dans les *years books* (anciens recueils de jurisprudence anglaise), dans le langage de l'époque (le «law french») : «La ley est la plus haute inheritance que le Roi ad; car par la ley il même et tous ses sujets sont rulés, et si le ley ne fuit, nul Roi, et nul inheritance sera»²² (la loi est la plus haute hérédité que le Roi a ; car par la loi lui-même et tous ses sujets sont gouvernés, et s'il n'y avait pas de loi, il n'y aurait ni Roi ni hérédité). Comme on peut le voir aisément, l'idée à la base de cette formulation est que la loi préexiste à l'autorité du souverain et elle s'impose à lui.

Cette conception est évidemment caractérisée par un lent et graduel processus d'adaptation de l'héritage médiéval aux nécessités de la société moderne, qui culmine dans le XIX^e siècle avec la contribution de Albert Venn Dicey. Mais elle reste encore l'idée centrale à la base de la *Rule of Law* dans la tradition de *common law*.

Une conséquence majeure de cette différence apparaît évidemment dans les systèmes de *civil law*, où le droit administratif est conçu comme une branche distincte du droit ; c'est un droit spécial associé à une

structure juridictionnelle distincte (placée sous l'autorité du Conseil d'Etat) des tribunaux de droit commun. Au contraire, dans la *common law* les remèdes des citoyens contre l'Etat ont été réalisés par le développement d'un système de droit administratif basé sur le pouvoir des cours de justice (c'est-à-dire des cours de *common law*) de contrôler la légalité de l'action administrative²³. Par conséquent, contrastant avec le *Staatsrecht* continental caractérisé par la soumission des autorités publiques au contrôle de légalité de leurs actes dans le contexte de la séparation des juridictions, la *Rule of Law* implique et postule l'unité de la juridiction, c'est-à-dire la soumission, soit des individus, soit des autorités publiques, au même juge²⁴.

II. Les principaux héritages

Sur la base des considérations que l'on vient d'effectuer, on peut maintenant mettre en relief les principaux héritages d'une conception de droit qui puise ses origines dans la Magna Carta, et qui continue à être bien visible dans l'expérience de *common law* à travers une longue série de modifications et d'adaptations.

2.1. La primauté du droit non écrit sur le droit législatif

Si on remonte à la Magna Carta, on trouve la première formulation d'un principe qui a été efficacement décrit comme suit : «le droit du royaume devrait être écrit pour

guider le Roi dans l'administration de son royaume» et le «procès équitable, facilité par le jugement des pairs et guidé par le droit du pays, devrait être appliqué non seulement par les cours du Roi, mais aussi par le Roi lui-même»²⁵.

L'idée selon laquelle le Roi est lié par un droit qui n'est pas créé par lui-même continue à caractériser la tradition anglaise, selon une variation continue de scénarios. Seulement, dans cette perspective, on peut comprendre une remarque qui pourrait être vue comme étant complètement étrange à un juriste continental : le droit constitutionnel anglais reste un océan de *common law* pointillé avec des îles de dispositions législatives. Qu'on l'aime ou pas, la *common law* est sous la responsabilité des juges²⁶. Avec les mots d'un éminent juge anglais : «dans notre société la Rule of Law repose sur deux fondements jumeaux : la souveraineté de la Reine par le Parlement dans l'approbation de la loi et la souveraineté des cours de la Reine dans l'interprétation et dans l'application de la loi»²⁷. Donc, dans l'expérience de *common law*, la Rule of Law «reconnait deux souverainetés, ni une ni trois»²⁸.

Cet aspect ne peut pas être sous-estimé, car il est essentiel pour comprendre que la caractéristique principale d'un système de *common law* réside dans l'importance qui est accordée aux décisions des juges en tant que sources du droit. En ce sens, la *common law* est un droit non promulgué (*unenacted*) et, ainsi, non écrit²⁹, en raison de la bipartition classique du système des sources en droit écrit (*statute law*) et droit non écrit (*case law*). Le droit écrit, de nature législative, détient son autorité de sa promulgation en forme impérative. Le droit non écrit, de nature jurisprudentielle, est



Sigillo del Re Giovanni Senzaterra

contenu dans la casuistique judiciaire et il n'est pas établi dans une forme impérative. Il faut préciser qu'il s'agit de deux sources différentes, dans le sens notamment que le droit écrit dérive sa force contraignante de la volonté du législateur, tandis que le droit jurisprudentiel se fonde sur les décisions des cas et il se relie à des principes qui ne sont jamais réduits dans des formules textuelles authentiques³⁰.

Cela ne signifie pas que le droit jurisprudentiel peut contredire le droit législatif, ni que les juges ne sont pas liés par le droit législatif. Le principe classique qui fait la spécificité du droit anglais est justement la «souveraineté parlementaire», formulée par Albert Venn Dicey dès 1885, qui signifie que c'est par et à travers le parlement que la souveraineté s'exprime: le parlement «a le droit de faire et de défaire toute loi, et aucune personne ou organe n'est autorisé par le droit du pays à invalider ou mettre de côté la législation du Parlement»³¹.

Plus simplement, alors, l'idée des deux souverainetés est à la base d'une attitude

culturelle selon laquelle la relation entre la *common law* et le droit législatif tend à être considérée en termes de séparation, comme entre huile et eau³². La relation étroite entre *Rule of Law* et droit jurisprudentiel assure la protection des individus contre l'Etat, en assujettissant l'action des autorités publiques à la surveillance des juges de *common law*.

2.2. *L'attitude des juges de common law envers l'interprétation de la loi : un exemple récent*

Une conséquence de ce qu'on vient de dire concerne l'interprétation du droit législatif. L'accroissement considérable de la législation dans tous les domaines a sans doute un grand impact en Angleterre et dans les autres pays de *common law*, mais le poids de la tradition de *common law* est encore bien visible dans l'approche des juges anglais envers l'interprétation des lois: «psychologiquement, si non du point de vue statistique, les lois peuvent apparaître aux juristes comme des exceptions plutôt que la règle»³³.

L'exemple le plus marquant de cette attitude réside dans la tendance à confiner les dispositions législatives à une lecture restrictive. Pour illustrer ce point on peut faire référence à une décision très récente de la Cour Suprême du Royaume-Uni, adoptée en 2015 et donc exactement lors du 800^{ème} anniversaire de la Magna Carta³⁴. En bref, un journaliste employé par un quotidien avait demandé d'avoir accès, selon les dispositions de la loi anglaise (*Freedom of Information Act 2000* et *Environmental Information Regulations*), à la correspondance envoyée par le Prince Charles à des Dépar-

tements du Gouvernement anglais entre le 1^{er} septembre 2004 et le 1^{er} avril 2005. Les Départements avaient refusé l'accès à ces informations et le Commissaire pour l'information avait confirmé cette décision. Le *Upper Tribunal*, saisi de l'affaire, avait conclu que le journaliste pouvait avoir accès à la correspondance par le biais de ses avocats, pourvu qu'elle soit pertinente à sa requête, y compris à celle concernant des affaires de protection de l'environnement. Le Tribunal a fait prévaloir l'intérêt public à la transparence sur l'éventuelle initiative du Prince Charles pour influencer le gouvernement. Mais ensuite, le Procureur Général (*Attorney General*) a utilisé son pouvoir de veto prévu par la loi (sec. 53(2) du *Freedom of Information Act 2000*) pour bloquer l'accès à ces documents. En effet, la loi anglaise prévoit que l'*Attorney General* peut décider qu'un ordre contre un département du gouvernement soit privé d'effets. La Cour Suprême a rejeté l'appel contre la décision de la *Court of Appeal* et a adopté une interprétation très stricte des dispositions législatives applicables en l'espèce.

Il est évidemment impossible d'examiner dans le détail cette décision, mais il est quand même utile de citer un passage de l'opinion du juge Lord Neuberger (pour la majorité), qui rappelle deux principes fondamentaux de la *Rule of Law*. Premièrement, que la décision d'une cour de justice lie les parties et qu'elle ne peut pas être ignorée ou laissée de côté par n'importe qui, y compris (et avant tout) par le pouvoir exécutif. Deuxièmement, les décisions et les actions de l'exécutif, sauf dans des cas exceptionnels (comme une déclaration de guerre), sont assujetties au contrôle du juge sur la base d'une requête d'un citoyen ayant intérêt à les contester³⁵. Pour cette raison,

la Cour Suprême précise encore que le droit des citoyens de demander le contrôle judiciaire des actions et des décisions de l'exécutif a une conséquence précise en termes d'interprétation de la loi, en ce sens que les juges déclineront de décider que le Parlement a voulu empiéter sur les droits fondamentaux des citoyens s'il n'a pas manifesté avec évidence absolue cette intention³⁶.

Un autre aspect qui met en relief l'approche anglaise à l'interprétation du droit législatif est ce qu'on appelle la présomption contre l'altération de la *common law*. Cela signifie que même si le Parlement est souverain – et il peut modifier la *common law* –, il ne peut le faire qu'en adoptant une législation explicite à cette fin. Autrement, les juges vont interpréter la loi d'une façon qui n'introduit aucun changement dans les règles de la *common law*³⁷. Il s'agit d'un autre exemple qui montre bien l'attitude persistante des juges de *common law* par rapport au droit législatif, ainsi que l'importance de la conception de *Rule of Law*, qui continue de caractériser l'expérience et la mentalité de *common law*.

2.3. Une tradition juridique communicante: la circulation des précédents

Un troisième aspect qui mérite d'être souligné concerne la communication qui existe entre les pays de *common law* dans la circulation des précédents. On peut remarquer, en effet, que le droit anglais est fréquemment cité par les juges d'autres pays de *common law* pour établir le contexte ou le fond historique des questions juridiques qui se posent et pour les placer dans le cadre de la tradition de *common law*³⁸. Bien que consi-

dérée parfois comme un héritage historique ancré dans le passé et incapable de garantir un développement uniforme des différents droits nationaux des pays anglophones, la tradition de *common law* continue néanmoins à être vivante et visible à travers la circulation des précédents.

Le phénomène du recours à la jurisprudence des autres pays de *common law* est d'ailleurs tout-à-fait naturel et il arrive souvent que les juges anglais eux-mêmes aient recours aux décisions des juridictions supérieures des autres pays de *common law*, pour les considérer, pour en reprendre les motivations, parfois pour les contester et s'en détacher, parfois pour s'en inspirer dans une situation d'espèce. Ce qui est important est que cela arrive sans qu'il y ait aucune obligation en ce sens³⁹. En dépit du manque de valeur contraignante, le recours aux précédents des autres pays de *common law* contribue donc au développement d'un dialogue sans solution de continuité, qui renforce l'idée de *common law* comme droit jurisprudentiel (*case law*) et, en ce sens, comme un droit non écrit, mettant la tradition de *common law* à l'abri de toute identification du droit avec le vouloir d'une autorité (législateur).

Cette idée d'appartenance à une tradition juridique commune apparaît clairement dans les mots d'un juge australien, membre de la Haute Cour (High Court) : «Notre héritage du droit d'Angleterre ne provient pas d'un nombre de legs spécifiques que les cours anglaises sélectionnent de temps en temps pour nous. Nous avons hérité un corps de droit. Nous le tenons comme héritiers universels. Nous gardons sa méthode et son esprit, aussi bien que ses règles spécifiques»⁴⁰. Très récemment, un autre juge australien a observé : «La

méthode et l'esprit de la *common law* s'applique soit à nos institutions juridiques et judiciaires, soit aux règles de droit [...]. Le pragmatisme qui marque le développement de la *common law* fait partie d'une culture que nous partageons avec les anglais et qui caractérise notre méthode judiciaire. Je ne m'attends pas à ce que cette culture change considérablement ni à court ni à long terme. Même si le droit anglais ou notre *common law* pourront être remplacés par des codes ou par des lois, on peut prévoir que nous continuerons à appliquer les règles d'interprétation développées par la *common law*»⁴¹.

Quelques réflexions en perspective

Les citations que l'on vient de donner montrent clairement l'héritage d'une conception du droit ayant des connotations précises : le sentiment d'appartenance à une communauté de juristes, la conscience de partager une méthode et un esprit communs, la circulation sans cesse d'idées et de solutions. Il s'agit d'une série d'aspects qui caractérisent la tradition de *common law* et qui sont facilités, il faut bien le reconnaître, par l'avantage non négligeable de partager la même langue.

La Magna Carta peut être considérée comme le point de départ de cette attitude culturelle, qui exprime une idée très profonde. En effet, à travers la revendication du respect de l'autonomie de l'Eglise, les juristes médiévaux n'étaient pas seulement animés par un but partisan ; ils en poursuivaient un autre : l'affirmation du principe que le droit est bien plus que la volonté du Roi et qu'il opère comme une limitation à

son pouvoir. La *common law*, en ce sens, a un fondement extra-étatique, s'agissant d'un droit qui préexiste à l'Etat et qui en limite le pouvoir. Ce droit est en principe «commun», soit aux particuliers, soit à l'Etat, et une même juridiction est appelée à régler les litiges entre parties privées et ceux qui affectent les rapports entre les citoyens et les autorités publiques.

Cette idée de fond est à l'origine d'une conception qui se développera dans les siècles suivants selon une modalité tout-à-fait originale, dont un des traits les plus significatifs est le principe de souveraineté parlementaire, strictement lié à celui de la primauté de la loi (*common law*). Les juges doivent respecter les lois promulguées et ils n'ont jamais le pouvoir de les contredire ou de refuser de les appliquer, même s'ils les estiment contraires à un principe constitutionnel. Apparemment, la souveraineté parlementaire pourrait sembler en contradiction avec la *Rule of Law*. Mais, comme le soulignait déjà Dicey, la contradiction n'est qu'apparente⁴². Par les mots d'un éminent juge de la Cour Suprême du Royaume-Uni, la souveraineté parlementaire signifie que le Parlement peut, s'il veut, légiférer contrairement aux principes fondamentaux des droits de l'homme, mais dans l'absence d'une prévision expresse les cours présumement que même les mots les plus généraux sont utilisés par le législateur en harmonie avec les droits fondamentaux de l'individu⁴³. Comme on le voit, la dichotomie des sources du droit anglais engage une attitude très stricte de l'interprétation du droit législatif par les juges, qui gardent le rôle de premier plan.

L'équilibre de ces principes est très délicat et il est difficile de le modifier sans risquer de le compromettre. Le débat récent

sur l'adoption d'une Constitution écrite dans le Royaume-Uni, évoqué au début, en est un témoignage évident. Les arguments favorables et défavorables se multiplient et se confrontent parfois très durement, ne cachant pas la crainte de perdre la flexibilité et les caractéristiques profondes du système. Significativement, même ceux qui plaident fortement pour l'adoption d'une Constitution écrite semblent réagir avec une certaine prudence, sinon avec malaise, à l'objection qu'un texte écrit puisse porter atteinte à la souveraineté du Parlement. Pour éviter de remettre en question ce principe, on imagine une démarche que les auteurs anglais eux-mêmes n'hésitent pas à définir comme «british», en s'inspirant de la solution déjà adoptée par le *Human Rights Act 1998*, qui a permis l'application au Royaume-Uni de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : on propose que si un juge estime qu'une loi du Parlement est contraire à la Constitution, il devrait se borner à une déclaration d'incompatibilité, sous le contrôle de la Cour Suprême du Royaume-Uni, sans affecter la validité de la loi en question et sans aucune valeur contraignante pour les parties. Le seul but d'une pareille déclaration serait de nature «politique». Il s'agirait de signaler

au Parlement qu'une de ses lois engage une question de constitutionnalité, tout en remettant au Parlement lui-même la décision de la modifier ou de la garder telle quelle⁴⁴. On le voit, si jamais le débat sur la Constitution aboutit, la solution qui se profile à l'horizon trahit le poids de l'héritage que l'on vient de présenter.

Pour conclure, les considérations offertes dans ces pages montrent suffisamment à quel niveau se situe l'héritage de la Magna Carta, qui est à l'origine d'une conception du droit qui traverse les siècles, par des développements et des raffinements progressifs, et qui continue à caractériser la tradition de *common law* par rapport à celle de *civil law*. Dans notre société que l'on n'hésite pas à définir comme mobile et déracinée, complexe et multiculturelle⁴⁵, la question qui se pose, alors, est : comment est-il possible d'assurer que les racines qui sont à la base des principes qui ont enceint pour des siècles nos traditions juridiques ne se dessèchent pas ? Cette question me semble le point central sur lequel il est nécessaire de se confronter l'un et l'autre, en tant que hommes, et donc juristes, pour aller à la recherche de réponses possibles.

* L'article suivant reproduit le texte d'une conférence donnée à la Faculté de Droit de l'Université d'Orléans et à la Faculté Libre de Paris (Faco) le 10 et 15 février 2016.

¹ Parmi les ouvrages les plus significatifs, on signale R. Griffith-Jones, M. Hill (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University

Press, 2015. V. aussi Lady Hale, *Magna Carta: Our Shared Heritage*, in <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-150601.pdf>>.

² « The significance of Magna Carta lay not only in what it actually said but, perhaps to an even greater extent, in what later generations claimed and believed it had said. Sometimes the myth is more important than the actuality », T.

Bingham, *The Rule of Law*, Oxford, Allen Lane, 2010.

³ V. à cet égard B.C. Jones, *Preliminary Warnings on «Constitutional» Idolatry*, in «Public Law», 2016, p. 74. Pour une analyse approfondie des différents enjeux, v. R. Blackburn, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in «Statute Law Review», 2015, p. 1. Pour un cadre de synthèse, v. Q.

Butavand, *Quelle actualité pour la Constitution du Royaume-Uni*, in «Revue française de droit constitutionnel», 2015, p. 539.

⁴ Le texte intégral est publié à l'adresse suivante: <<http://www.parliament.uk/pa/cm201415/cmselect/cmpolcon/599/599.pdf>>.

⁵ R.B. Schlesinger, *Comparative Law: Cases, Text, Materials*, St. Paul, Foundation Press, 2009⁷, p. 2: «Comparative Law is not a body of rules and principles. It is primarily a method, a way of looking at legal problems, legal institutions, and entire legal systems. By the use of the method of comparison, it becomes possible to make observations and to gain insights that would be denied to one whose study is limited to the law of a single country».

⁶ Pour ces considérations v. Lady Hale, *Magna Carta: Did she die in vain?*, conférence à la Gray's Inn, Londres, 19 Octobre 2015, in <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-151019.pdf>>.

⁷ Pour cette traduction v. <<http://www.constitution-du-royaume-uni.org/resources/Magna%20Carta%201215.pdf>> («No free man shall be taken or imprisoned, or be dis-seised of his freehold or liberties or free customs, or be outlawed or exiled or in any other wise destroyed; nor will we not pass upon him, nor condemn him, but by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man right or justice»).

⁸ R.H. Helmholz, *Magna Carta and the law of nations*, in Griffith-Jones, Hill (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, cit., p. 71.

⁹ Ivi, p. 73. Cfr. M. Ascheri, *The Laws of Late Medieval Italy (1000-1500)*, Leiden, Brill, 2013, p. 140.

¹⁰ G. Gorla, «*Iura naturalia sunt immutabilia*». I limiti al potere del «principe» nella dottrina e nella giurisprudenza fiorentina fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea*, Atti del quarto congresso

internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi, vol. 2, p. 629. Une version réduite de cet ouvrage a été publiée en anglais: *Iura naturalia sunt immutabilia* "Limits to the power of the "Princeps" (as sovereign) in legal literature and case law between the 16th and 18th centuries, in A. Pizzorusso (ed.), *Italian Studies in Law*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 1992, vol. 1, p. 55.

¹¹ «Sed naturalia quidem iura quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providential constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata» (Institut., I, II, § 11). La traduction en français est tirée du site <http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html>.

¹² V. encore Gorla, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., p. 58.

¹³ E.S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, in «Harvard Law Review», 1928-1929, p. 164.

¹⁴ Gorla, «*Iura naturalia sunt immutabilia*», cit., p. 59, qui fait référence à la définition de *iura naturalia* par Baldus: «res decisae et determinatae naturali lege vel moribus gentium».

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Helmholz, *Magna Carta and the law of nations*, cit., p. 71, qui fait référence aux recherches du prof. Thomson.

¹⁷ R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, Cotta, 1832-1834.

¹⁸ Cfr. D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 21.

¹⁹ Cfr. G. Sartori, *Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia*, in *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. 2, p. 310.

²⁰ Cfr. A. Laquière, *Etat de droit e*

sovranià nazionale in Francia, in Costa, Zolo, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 284.

²¹ Pour une discussion complète de ce sujet v. L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 219.

²² 19 Hen. VI. 63.

²³ «The citizen's remedies against the state have been enhanced by the development of a system of administrative law based on the power of the court to review the legality of administrative action» (J. Beatson, *Has the common law a future*, in «Cambridge Law Journal», 1997, p. 291, à la p. 296).

²⁴ Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 247. Pour un compte-rendu du débat récent dans le Royaume-Uni concernant l'utilité d'un *bill of rights*, surtout après le *Human Rights Act 1998*, v. Lady Hale, *UK Constitutionalism on the March*, in <<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-140712.pdf>> et N. Walker, *Our Constitutional Unsettlement*, in «Public Law», 2014, p. 529.

²⁵ «The law of the realm should be written down to guide the king in ruling the kingdom» et «due process facilitated by the judgment of peers and guided by the law of the land should be applied not only in the king's courts but also to the king himself» (J.W. Baldwin, *Due process in Magna Carta. Its sources in English law, canon law and Stephen Langton*, in Griffith-Jones, Hill (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, cit., p. 51).

²⁶ S. Sedley, *The sound of silence: Constitutional Law without a Constitution*, in «Law Quarterly Review», n. 270, 1994, p. 273.

²⁷ «In our society the rule of law rests upon twin foundations: the sovereignty of the Queen in Parliament in making the law and the sovereignty of the Queen's courts in interpreting and applying the law» (X v. *Morgan-Grampian Ltd.* [1991] AC 1, per Lord Bridge of Harwich). V. aussi A. Duffy-Meunier, *La Cour suprême au Royaume-*

- Uni après le Constitutional Reform Act 2005: une juridiction hors norme*, en «Jus Politicum», 2013, <<http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html>>.
- ²⁸ «The rule of law recognizes two sovereignties, not one and not three» (Sedley, *The sound of silence*, cit., p. 291).
- ²⁹ Beatson, *Has the common law a future*, cit., p. 295.
- ³⁰ F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence*, London, Macmillan, 1929⁶, p. 253, cit. in Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 423, à qui on renvoie pour une ample dissertation sur ce sujet. Je me permets de faire référence aussi à E. Calzolaio, *Le rôle de la jurisprudence dans la comparaison civil law-common law*, en «Petites Affiches», n. 42, 2014, p. 7.
- ³¹ Parliamentary sovereignty means that the Parliament «has the right to make or to unmake any law whatever, and further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament» (A.V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution* [1885], éd. par E.C.S. Wade, London, Macmillan, 1956⁹, p. XXXVI).
- ³² Beatson, *Has the common law a future*, cit., p. 300.
- ³³ «Psychologically, if not statistically, statutes can still appear to many lawyers as exceptions rather than the rule» (ivi, p. 301). Pour une analyse complète, v. encore Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., p. 593.
- ³⁴ *R (on the application of Evans) v Attorney General* [2015] UKSC 21.
- ³⁵ «[T]wo constitutional principles which are also fundamental components of the rule of law. First, subject to being overruled by a higher court or (given Parliamentary supremacy) a statute, it is a basic principle that a decision of a court is binding as between the parties, and cannot be ignored or set aside by anyone, including (indeed it may fairly be said, least of all) the executive. Secondly, it is also fundamental to the rule of law that decisions and actions of the executive are, subject to necessary well established exceptions (such as declarations of war), and jealously scrutinized statutory exceptions, reviewable by the court at the suit of an interested citizen» (ivi, par. 51 et 52).
- ³⁶ «[T]he courts will, of course, decline to hold that Parliament has interfered with fundamental rights unless it has made its intentions crystal clear» (par. 56, en faisant référence à la décision de Lady Hale, in *Jackson v Her Majesty's Attorney General* [2005] UKHL 56, par 159).
- ³⁷ Pour un cas récent dans ce domaine, v. *R v Hughes* [2013] 1 WLR 2461.
- ³⁸ «In the Commonwealth [...] the law of England is frequently cited to establish the "context" or "historical background" of the legal issues and to place the issue within the overall structure of the common law» (T. Allen, B. Anderson, *The Use of Comparative Law by Common Law Judges*, in «Anglo-American Law Review», 1994, p. 435, à la page 439).
- ³⁹ «Although common law systems do not require Judges to examine foreign law many Judges have used foreign law, especially English law, as a source of possible solutions to a problem» (ivi, p. 443).
- ⁴⁰ «Our inheritance of the law of England does not consist of a number of specific legacies selected from time to time for us by English courts. We have inherited a body of law. We take it as a universal legatee. We take its method and its spirit as well as its particular rule» (*Skelton v. Collins* [1966] 115 C.L.R. 94 HCA, pp. 134-135, per Windeyer J.).
- ⁴¹ «The method and spirit of the common law apply as much to our legal institutions and courts as well as to the rules of law [...]»
- The pragmatism which marks the development of the common law is part of a culture which we share with the English and which marks out our judicial method. I do not expect that that culture to change significantly in the near or long term. Even if the English or our common law is eventually replaced by codes or statutes we are also still likely to apply the rules of statutory interpretation developed by the common law» (J. Douglas, *England as a Source of Australian Law: For How Long?*, in «Australian Law Journal», 2012, 333, at pp. 349-350). V. aussi, B. Häcker, *Divergence and Convergence in the Common Law. Lessons from the ius commune*, in «Law Quarterly Review», 13, 2015, p. 424.
- ⁴² Dicey, *An Introduction*, cit., p. 402.
- ⁴³ «Parliamentary sovereignty means that Parliament can, if it chooses, legislate contrary to fundamental principles of human rights [...]. But the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual» (*R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131, per Lord Hoffmann. Plus récemment, dans le même sens, *Beghal v Director of Public Prosecutions* [2015] UKSC 49).
- ⁴⁴ En ce sens, v. Blackburn, *Enacting a Written Constitution*, cit., p. 9.
- ⁴⁵ Griffith-Jones, Hill (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, cit., p. 8.

From pragmatic conservatism to formal continuity. Nineteenth-century views on the Old Regime origins of the Belgian Constitution¹

BRECHT DESEURE

Although, philosophically, I join in the admiration for these principles, as a Belgian I have as much admiration for the traditions of my country, which to the merit of consecrating most of the public liberties acclaimed in 1789, join the merit of their high age. [...] It is from the traditions of our ancestors that we have drawn our constitutional liberties, liberties to which the single principles of '89 would not have led us so directly².

These lines were written by Victor Van den Broeck in his 1859 book on the Belgian Constitution. The book's subtitle tellingly reads: *Its roots in our history before the French Revolution of 1789*. Belgian intellectuals of the nineteenth century had an uneasy relationship to the French Revolution, and especially with regard to the question of the origin of political liberty in their country. The Belgian Constitution of 1831 was famously liberal among contemporaries, counting as a model modern constitution in Europe³. By establishing royal inviolability and ministerial responsibility, it instated an early example of parliamentary monarchy⁴. Also, it explicitly proclaimed

personal liberty, as well as the freedoms of press, religion, association and education.

To Van den Broeck's disenchantment, most of his countrymen seemed to think that the political and civil liberties enshrined in the Constitution had their origin in the French Revolution. Belgium had indeed known twenty years of French rule as a result of the revolutionary and Napoleonic wars. For Van den Broeck and many fellow patriotic intellectuals however, it was outrageous to think that liberty had been brought to the Belgians by foreign hands, let alone French hands. Belgian historians generally painted the so-called «French period» as a brutal occupation and as a violation of Belgian sovereignty and identity, especially after the events of 1848⁵. Denouncing the occupation was a way of historically legitimising Belgium's independence. The chances of survival of the young and small state were precarious at times. While Holland had only recently abandoned its claims on Belgian territory, the threat of a second annexation to

France grew rapidly as Napoleon III came to power⁶. On the other hand, French rule had ended the injustices of the Old Regime and had opened the way for the liberal bourgeois society which these intellectuals themselves embodied⁷.

The challenge then was to prove that the Belgians had not actually needed French intervention in order to incorporate the great modern principles of liberty into their Constitution. This is where the ancient constitutions came in. In the nineteenth century, Old Regime constitutionalism was reactivated to shore up the legitimacy and independence of both the United Kingdom of the Netherlands (1815-1830) and of its revolutionary successor in the South, Belgium.

This article investigates, first, the formal continuity thesis defended by nineteenth-century Belgian intellectuals such as Van den Broeck. The voluminous and varied field of nineteenth-century Belgian historiography will not be analysed here in its entirety. Rather this article focuses on the work of those authors who, from a legal historical point of view, posited a direct connection between the ancient constitutions and the Belgian Constitution⁸. This thesis has until now scarcely received scholarly attention. The second aim of this article is to assess the real impact of ancient constitutionalism on the genesis of the Belgian Constitution. This will be done by analysing the constituent debates of the Belgian National Congress of 1830-1831 and their repercussions in the press. Paradoxically, these were much less concerned with the ancient constitutions than Van den Broeck and likeminded historians often presumed. Lastly, an unexpected and little-known defence of the ancient constitutions by a radical Belgian revolutionary in 1830 will be discussed.

1. *The legacy of the ancient constitutions*

The political culture of the Belgian provinces under the Old Regime was marked by a specific manifestation of ancient constitutionalism; the idea that the wellbeing of the nation depended on the conservation and continuation of a body of ancestral privileges and customs which together formed a country's constitution⁹. Geographically isolated from the larger empire to which they belonged, and ruled by a non-residing monarch, the Belgian provinces were governed according to the principle *dominium politicum et regale*¹⁰. Representative institutions had a relatively strong position, especially in matters of taxation and the enactment of legislation. Acting as the guardians of the constitutions, the Estates of the different provinces jealously staved off constitutional innovation on the part of the government, occasionally even reverting to armed revolt. Both the sixteenth-century Dutch Revolt and the Brabant Revolution of 1789-1790, leading to the deposition, by the Estates, of King Philip II of Spain and the Austrian Emperor Joseph II respectively, had been legitimised on the grounds that the monarch had violated the ancient constitutions. It had earned the inhabitants of the old Netherlands a rebellious and freedom-loving reputation¹¹.

Apart from being a powerful weapon to prevent the establishment of royal absolutism, the ancestral privileges had over time also acquired a large symbolic value. Proto-national authors in the eighteenth century considered the ancient constitutions and the "free" political principles they enshrined, together with Catholicism, as the founding elements of Belgian national identity¹². Count Patrice-François de Neny,

president of the Secret Council in Brussels, famously identified the Belgian national character with the old constitutions in the opening lines of the treatise on the government of the Southern Netherlands he wrote for the instruction of the future Emperor Joseph II:

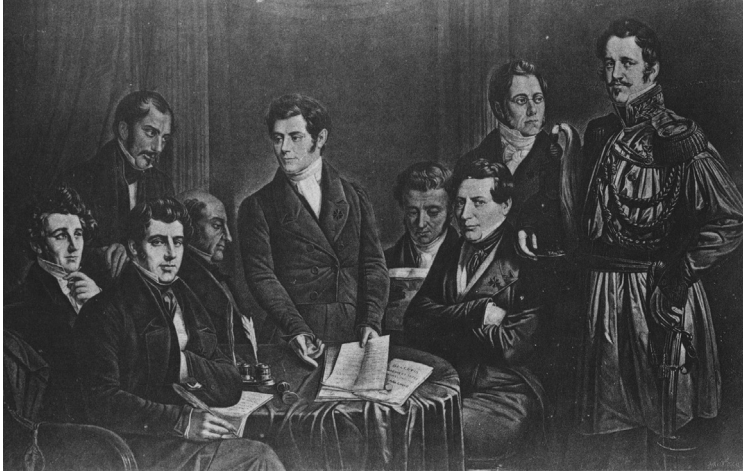
A country's constitution is its history put into action. A country's history is essentially linked to its political constitution, to such a degree that it is impossible to separate these two objects. That incontestable truth is especially true with regard to the Netherlands¹³.

In the second half of the eighteenth century, proto-national Belgian historians elaborated on this thesis by writing the history of the ancient constitutions and representative institutions. These historians invariably claimed that the historical origins of the constitutions were immemorial, and thus they supported a "parliamentary" interpretation of Belgian institutional history¹⁴. They were encouraged by the yearly historical competitions organised by the Royal and Imperial Academy in Brussels, many of which focused on the history of the constitutions and the Estates. These texts came in handy in 1787-1791, when the Brabant revolutionaries opposed imperial plans for institutional reform with the argument that Belgian nationality was grounded in the immutability of the constitutions and of the institutions founded upon them¹⁵. The continuity of the political principles and the «old habits» of the Belgians developed into founding elements of (proto-) Belgian nationality. As such, these ideas survived the formal abolition of the Old Regime and the ancient constitutions under the rule of the French Convention in 1794.

2. *Bridging the divide: the national origins of the Constitution*

After Belgian independence in 1830, national historians were quick to establish the link between the Belgian Constitution and ancient privileges. This theme was already present in the national histories and historical culture of Belgium's predecessor, the United Kingdom of the Netherlands¹⁶. It could easily be adapted to the new rule, especially given the parallel drawn between King William I's "deposition" by the Belgian revolutionaries and the revolts of their ancestors against Philip II and Joseph II. The defence of liberty, formerly enshrined by the ancient constitutions, became one of the classical arguments for the legitimization of Belgian independence. The Catholic, French publicist Waille went to great lengths to prove that the Belgians had always been a free and autonomous nation, whose liberty was rooted in its immemorial customs and its inherent Catholicism¹⁷. He argued that the present Belgian institutions were «essentially» identical to the ones of their Frankish ancestors. In his view, the National Congress of 1830-1831 had been wise enough to «embrace the old constitutions» and to combine these with the institutions of modern times. Waille alleged that the Constitution of 1831 was entirely made up of «custom and tradition» and perfectly incarnated the old principle of «lex et consuetudo». Variations of what we could call this "continuity thesis" remained characteristic of Belgian historiography until well into the twentieth century¹⁸.

A number of authors took this argument further by postulating a formal continuity between the Belgian Constitution and the ancient charters. Most of them, writing



Belgian interim government, engraving of 1830

before the establishment of history as an academic discipline in Belgium, were legally trained intellectuals. By systematically comparing the Constitution to the medieval privileges, they tried to prove that all of its major provisions were directly rooted in the national past. One of the earliest and most influential accounts of this kind was published by Charles Faider, a legal historian and later general prosecutor at the Court of Cassation and Minister of Justice¹⁹. Faider's vision was a nuanced one. He readily admitted that the ancient charters had been far inferior to the modern Belgian Constitution, and that they did not contain such vital guarantees as the liberty of the press and religious liberty. He also underlined the essential difference between the limited scope of medieval privileges on the one hand and the universality of the modern concept of constitution on the other²⁰. Nevertheless, he maintained that the degree of liberty conferred to the people by

the ancient constitutions was unsurpassed in the Old Regime, and that they had directly informed the creation of the Belgian Constitution. He attributed the genesis of the latter and its immediate acceptance by the Belgian public to the indigenous «tradition of liberty»²¹.

To stress constitutional continuity between the Old and the New Regime in Belgium was not only a way of legitimising the Belgian Constitution of 1831, but it was also a claim about the historically grounded unity of the territory and its people²². Modern-day Belgium comprised the territories of the historical Southern or Austrian Netherlands, a confederation of sovereign principalities united under a single dynasty ever since the fifteenth century. Added to it were the territories of the formerly independent Prince-Bishopric of Liège, the Principality of Stavelot-Malmédy and the Duchy of Bouillon. Before the annexation to France following the French Revolution, no formal

ties had existed between both groups of territories, and this seemed to undermine the idea of Belgian state grounded on historical unity. But Faider found a way around this problem by pointing out the many similarities between the constitutions of the various Old Regime principalities. Following Léonard Pycke, he identified a list of seventeen principles and provisions that had been common to the public law of all the Austrian Netherlands' principalities, and many of which could also be found in Liège (the largest and most important of the three "additional" territories)²³. In his book, Faider compared the two most famous medieval charters: the 1356 *Joyeuse Entrée* of the Duchies of Brabant and Limburg and the 1316 *Paix de Fexhe* of Liège. He asserted that the same spirit pervaded the unwritten constitutions of the other principalities, thus turning them into vectors of early Belgian national unity²⁴.

Faider claimed that the continuity with the old constitutions was evident both in the form of government and in the constitutional guarantees for personal liberty. The combination of representative constitutional monarchy and constitutionally guaranteed personal liberty was precisely what made the Belgian Constitution of 1831 so famously liberal in the eyes of contemporaries. Drawing on eighteenth-century pro-Estates literature, Faider contended that the old Belgian principalities had known a mixed form of government. Sovereignty had been shared between the monarch and the nation, as proven by the Estates's necessary consent in matters of taxation and legislation. Apart from being representative, government had also been constitutional, since the prince was bound by his inaugural oath on the ancient char-

ters. Despite being of feudal origin, the inauguration of the Belgian princes had, according to Faider, acquired the value of a fully-fledged social contract, entailing a binding contractual obligation between the prince and the people²⁵:

Although the inauguration has its roots in feudal law, the goal of the inauguration, and its real result, were to definitely establish, not a feudal bond, but the social contract, popular guarantee, the government of the country by the country, and the rule of law²⁶.

The keystone of the system was the famous *jus resistendi*, the right for the subjects to suspend all duties and services to the monarch for violation of his augural oath on the constitutions, which had led to the rightful deposition of such mighty rulers as King Philip II of Spain and Emperor Joseph II of Austria²⁷.

Far-reaching guarantees of individual liberty were seen as the other main element that linked the Belgian Constitution to its medieval predecessors. Among the most famous of these were individual liberty, the guarantee of property, the free use of language, the inviolability of the home and the right of petition²⁸. They were enhanced by guarantees for juridical protection including justice according to the rule of law («selon loi et sentence» in the Joyous Entry) and by the natural judge, protection against unlawful detention (*habeas corpus*) and protection against citation before foreign tribunals.

Faider's work influenced many later authors, who frequently referred to it when arguing for the continuity thesis. However, these texts usually lacked the nuances of their example, and often argued that the ancient charters had been true constitutions in the modern sense, containing all

or almost all the dispositions and guarantees of personal liberty and representative government. As Lode Wils has shown, cultivating the national historical origins of the Constitution served various political goals. First and foremost, it served to legitimise the independence of a young and small state surrounded by powerful neighbours. French annexationism under the Second Empire made the need for this sort of legitimisation seem all the more urgent²⁹. Proving the historical origins of Belgium's nationality and Constitution thus became a matter of national security³⁰. Progressive Catholics like Van den Broeck, who supported the modern liberties and secular state as set out in the Constitution, had a particular interest in emphasising their national origin³¹. Foregrounding the long Belgian tradition of liberty allowed them to downplay the influence of the ideas of the French Revolution on the genesis of the Belgian Constitution and thereby to circumvent the dilemma posed by their allegiance to these ideas on the one hand and their loyalty to Rome, whose anti-liberal pope Pius IX condemned modern constitutionalism, on the other. Pro-Flemish politicians also turned to the old constitutions and cited the clauses on the use of the «national» language as a historical justification for their campaign in favour of Dutch.

Van den Broeck motives were not purely historical, when he claimed that «our ancestors were masters in liberty since centuries and we had no need whatsoever for foreign inspirations [...] to arrive [...] at the state of relative perfectibility which characterises our actual Constitution»³². In his investigation into the origins of Belgian constitutional law (1861), H. Bosch made a similar announcement about his intention

to «look up in the ancient institutions the principles which have traversed time to take up their place in our fundamental law, to show the bond which links the present to the past»³³. Rejecting the idea that the great principles of the Belgian Constitution exclusively stemmed from the French Revolution, he pointed to what he saw as the slow and unbroken development of liberty through the centuries. The Constitution of 1831 was only the culmination of that process. Contrary to Faider, Bosch argued that the celebrated liberties of association, press, religion and education had also been guaranteed under the Belgian Old Regime. He took their omission from the old charters as a sign that the acceptance of these liberties was so widespread that to recognise them formally would have been redundant³⁴. Since liberty is one and indivisible, Bosch argued, to admit one aspect of liberty was to admit all liberty³⁵. Bosch systematically matched articles from the Belgian Constitution to passages from the old charters. He posited that the former's article 27, which placed the state budget under the exclusive competence of the Chamber of Representatives, directly sprang from the old Estates's vote over the royal subsidies, just as the article 25, stipulating national sovereignty, could be traced back to the *jus resistendi* in article 59 of the Joyous Entry and a similar provision in the *Paix de Fexhe*³⁶. He even argued that the Brabantine charter bridled princely power more severely than did the Belgian Constitution, by requiring the Estates's approval in all matters of coinage, treaties, war and pardon, where in the current Constitution the King was only bound to inform Parliament about his actions in these domains.

Gustave Pergameni repeated most of these arguments in an article written in celebration of the country's fiftieth anniversary³⁷. In his patriotic enthusiasm, Pergameni warned against exaggerating the importance of foreign influences on the genesis of the Belgian Constitution, especially of the French Revolution. While admitting that «our ancient charters and Joyous Entries» were not the only source of Belgian constitutional law, he readily called them the most important ones³⁸. Like Bosch, Pergameni systematically juxtaposed the liberties stipulated in the second title of the Belgian Constitution to the old charters in order to highlight their similarities, commenting that:

Almost all the liberties consecrated by this title are already present in our ancient charters, if not formulated in express terms, at least in the form of precious germs which were one day to be fertilised by the action of time and the development of the institutions³⁹.

He concluded that, in matters of constitutional law, modern generations had only had «to collect and revive the traditions of justice and liberty left to us by our ancestors»⁴⁰.

Joseph Kupfferschlaeger, meanwhile, asserted that the laws of the old Belgian provinces and Liège assured «perfect personal liberty», but he did not go so far as Bosch in suggesting that all the liberties were already guaranteed at that time⁴¹. He sought to compensate for the non-existence of the freedom of religion, opinion, press and education in the ancient constitutions by asserting that contemporaries had nonetheless longed for their introduction. According to this argument, the legislators of 1831 had «responded to the wishes» of their ancestors when they inscribed

these liberties into the Constitution⁴². Kupfferschlaeger agreed with Bosch's argument about the existence of equality before the law, albeit in a form that was an earlier stage of development than the equality that existed in his own day. Like Faider, he ascertained that the principles of *habeas corpus* could be found in the ancient Belgian constitutions, and were thus of much older date than the famous English act of Parliament⁴³. The organisation of ministerial responsibility in Old Regime Liège had even been superior to the arrangements of the Belgian Constitution in this regard. He furthermore slighted French influence by stating that the people of Liège had lived in liberty until 1793, the year of the prince-bishopric's annexation to France.

3. *Ancient versus modern liberty*

Authors typically cited the German school of legal history in support of their quest for a national origin of the Constitution. The historical perspective allowed them to present the modern constitutional principles as the fruits of an evolution which had started centuries ago. If they had not yet reached modern standards under the Old Regime, their seeds were at least clearly present in the old privileges. According to this view then, the French Revolution had brought nothing new to Belgium. Its real effect was only to speed up, through the use of force and unnecessary violence, a process that would naturally have resulted in the same outcome: «When making its journey around the world in 1789, Liberty didn't need to pass through Belgium», Van den Broeck wrote⁴⁴. Even Edmond Poulet,

who's *Histoire de la Joyeuse-Entrée de Brabant et de ses origines* (1863) was a serious historical inquiry in medieval feudal law, let go of his rigorous objectivism when concluding that «the Joyous Entry essentially consecrated almost exactly the same rights as our Belgian Constitution»⁴⁵. The march of time would inevitably have brought these rights to full fruition. Since «all the public rights indispensable for the development of the individual» had seriously been protected by the famous charter, he claimed that the constituent assembly of 1830-'31 had not imported any foreign liberties but had simply recycled and updated «our old national franchises»⁴⁶.

In support of their claims, these authors were keen to cite several statements made by French revolutionaries praising the ancient Belgian constitutions. Merlin de Douai, later French Minister of Justice, had famously pointed out: «Both ancient and modern sources depict Brabant as a state in which the exercise of sovereignty was shared between the prince and the nation»⁴⁷. And the Count of Mirabeau had rhetorically asked the inhabitants of Liège what more they could desire, living as they did under such free institutions: «What more can you want, messieurs? We try to make a revolution only to obtain some of the guarantees that you possess since centuries»⁴⁸.

The patriotic connection established between the modern constitutional liberties and the old charters was not accepted by all. In his 1851 history of the Belgian Constitution, the liberal philologist Jean Stecher for example wrote:

I say it with sadness, but I have to say it: that so-called *democracy* or people's government was an *aristocracy* or law of privilege. I value the history

of my country most highly, when comparing it to Europe at that time; but how small those giants seem compared to our present constitution!⁴⁹

The ancient constitutions had prepared the path for liberty, he contended, but never would the Belgians have reached it without French intervention. The liberal, anti-clerical jurist and historian Pierre Gérard was also amongst those who celebrated the French Revolution for having opened the Belgians' eyes to the true principles of liberty. He wrote with distaste about the «fatal results» of the «worn out constitutional regime» that had existed before:

The Joyous Entry had become the palladium of all abuses. Established with a view to conservation, she served to accommodate every usurpation, every infringement, every privilege⁵⁰.

Law professor, liberal politician and rector of the University of Ghent Albert Callier spoke out strongly against the idolisation of the ancient constitutions in his speech for the opening of the academic year 1884-1885. Callier thought it only natural to look for the origins of Belgian liberty in the privileges so energetically defended by the forefathers, since he too considered the struggle for liberty to be one of the defining principles of Belgian history. However, an impartial comparison of the modern Constitution to the ancient charters simply disproved the reality of that connection⁵¹. Much as Callier objected to rejecting the Old Regime in its entirety, for it had not been altogether devoid of positive qualities, he found it even more dangerous to worship it blindly. Under the Old Regime the French had had good reasons to be jealous of Belgian privileges – but privileges they remained: they were nothing compared to the rule of law and the great principles of liber-

ty introduced by the French Revolution and the Declaration of the Rights of Man: «[...] these fertile principles didn't exist in our country before the Revolution, amid all the miseries of foreign invasion, introduced the inappreciable treasure which 1789 bestowed on France»⁵². Callier went on to enumerate all the contemporary constitutional guarantees that were lacking from the old constitutions, if they didn't explicitly rule them out. His militant anticlericalism undoubtedly informed his diatribe against the idealisation of the Old Regime and its fundamental laws, as reactionary Catholics used it to denounce modernity. Typically linking his liberal message to a different phase of Belgian history than his Catholic adversaries, he concluded that while the seeds of liberty had existed in Belgium at the time of the protestant Reformation and the revolt against Spanish rule, they had been extinguished by the subsequent restoration of Catholicism⁵³.

Charles Vercamer, author of a popularising history of the Belgian people and its institutions, made a counterattack on the Ghent rector's speech⁵⁴. Vercamer indignantly spoke out against the assertions of Callier, whom he accused of denying the light of day⁵⁵. Vercamer, himself of liberal convictions, acknowledged the deplorable state of lethargy and backwardness into which Belgium had slipped under Spanish influence. Nevertheless, he stated that the whole modern constitutional edifice had been present latently. Time was all that had been necessary to make it blossom, just as has been the case in England. While admitting that equality for the law was an absolutely new concept brought to Belgium by the French Revolution, Vercamer confirmed that everything else would au-

tomatically have followed from the gradual correction and completion of the ancient constitutions over time.

4. *From Fundamental Law (1815) to Belgian Constitution (1831)*

As Vercamer's response to Callier illustrates somewhat superfluously, historical accuracy was second to patriotism in the nineteenth-century debate over the continuity thesis. It is not the aim of this article to systematically refute the assertions of Faider and his likes, since their legal-historical argumentations possess historical value in their own right. Instead, a closer look will be taken at the constituent process in order to assess the real influence of ancient constitutionalism on the genesis of the Belgian Constitution. A fair number of more or less recent publications on the intellectual and political context of the Belgian Constitution touch upon this issue in one way or another. This article will take the inquiry further by systematically analysing the influence of ancient constitutionalism on the constituent process of 1830-1831⁵⁶.

At the fall of Napoleon, the restoration of the ancient constitutions was still a matter of debate, the French constitutions of the years III (1795) and VIII (1800) and their Napoleonic supplements having failed to produce widespread support within the Belgian departments⁵⁷. As soon as the French troops retreated, an assembly of notables petitioned the allied commanders to restore the ancient constitutions⁵⁸. In the context of Restoration Europe, this was not so naïve a request as it may seem⁵⁹. Since many members of the privileged

classes considered French rule in Belgium an illegal intermezzo, they expected a return to the legal order of the Old Regime. Henri Van der Noot, erstwhile revolutionary leader in the Brabant Revolution and president of the Sovereign Congress of the short-lived United States of Belgium, pleaded for a pure and simple return to the Old Regime⁶⁰. So did another veteran of the Brabant Revolution, the reactionary functionary and historian Jan Jozef Raepsaet, who published historical treatises in defence of the ancient constitutions⁶¹. While some Catholic conservatives argued that the ancestral privileges enshrined all the may- or liberties of the French Revolution, most used the Montesquieuan argument that the ancient constitutions, being the fruit of history, were perfectly adapted to the character and the customs of the Belgian people⁶². However, it became apparent that those times were not going to return. Austria had no interest in regaining the Belgian territories and Restoration monarchs such as William I fully understood the advantages of administrative centralisation and indivisible sovereignty brought about by the French Revolution. Although he was not insensible to the reactionary pleas, a fact illustrated by his appointment of Raepsaet in the Constitutional Commission of 1815, he ultimately preferred a Fundamental Law based on the French *Charte* of 1814 over the moth-eaten ancient privileges⁶³.

In the 1820's the leading Belgian intellectuals definitively parted ways with the old privileges. Modern constitutional monarchy yielded a range of social and political advantages which the thriving liberal bourgeoisie was not willing to relinquish. Occasional pleas for a restoration of the old privileges by intransigent reactionaries were

ridiculed⁶⁴. Even Catholic conservatives, influenced by De Lamennais, embraced the possibilities offered to the Church by its emancipation from state intervention⁶⁵. The Joyous Entry and the other famous charters were progressively looked upon as documents of historical rather than legal value⁶⁶. Thus, when the Belgian opposition started to formulate its griefs against the rule of William I in the 1820's, it did so not in the language of the ancient constitution, but in the one of modern constitutionalism *à la* Benjamin Constant⁶⁷. This was true for the debates in the Estates General as well as for the many pamphlets and articles in oppositional newspapers. Major theorists of the later Belgian constitutional monarchy, like Pierre Van Meenen and Joseph Lebeau, took their cue from modern constitutional thinking, rather than from the old charters⁶⁸. Van Meenen explicitly criticised the people of the Middle Ages for clinging blindly to their charters and privileges while remaining blind to the underlying natural rights⁶⁹.

In 1815, the Fundamental Law had been introduced against the opinion of a majority of Belgian notables, becoming the subject of a bitter feud between the Belgian bishops and the Crown⁷⁰. By the next decade however, it had grown into the central document upon which the Belgian opposition based its claims⁷¹. The opposition went at great lengths to prove that the Fundamental Law guaranteed freedom of speech, parliamentary government and ministerial responsibility, among other things, all of which were incompatible with William I's ideal of autocratic monarchism⁷². Their systematic endorsement of the constitution earned them the nickname «constitutionals», as opposed to the «ministerials» siding with

the government. Only when the opposition took on a revolutionary character and culminated in Belgian independence, did the legitimising potential of the Fundamental Law subside in favour of a new legal order based on the Belgian national will⁷³.

5. *The ancient constitution in the Belgian Revolution*

While Faider *cum suis* cited the medieval charters abundantly in order to prove the identity of their principles to the ones instated by the Belgian Constitution, they did not quote from the deliberations of the National Congress of 1830-'31, Belgium's constituent assembly. The obvious reason being that the old privileges had been conspicuously absent from the debates at the time. Paradoxically perhaps, contemporaries of the Belgian Revolution had fewer scruples about emphasising the newness of the Constitution of 1831 and the principles it enshrined. The earliest constitutional manuals, while occasionally invoking the ancestral spirit of liberty of which the Constitution was considered to be an expression, never harked back to the old charters⁷⁴.

It is true that the Congress' president, Etienne-Constantin de Gerlache, praised the Joyous Entry charter in his closing speech on 21 July 1831 and even linked the spirit of the medieval charters to the one of the new Belgian Constitution:

When proclaiming all those guarantees in our Constitution, you have in fact done nothing but reconstructed on its original basis the social structure built by our ancestors, adding to your piece of work all such things which the march

of time, the experience of other peoples and our own experience have taught us⁷⁵.

The deputies had indeed more than once invoked the spirit of liberty of their ancestors in the debates, occasionally referring to the famed old privileges. There were no suggestions to restore the latter however, nor were articles cited or borrowed from them. When the deputies drew on the national constitutional tradition, they did so not for the restoration of Old Regime privileges but to suggest continuity with the legacy of their ancestors and thus to anchor the new Constitution in the national past⁷⁶.

Not surprisingly, Montesquieu was (with Benjamin Constant) one of the two political theorists most often cited in the debates⁷⁷. The Congress debates were pervaded by the argument that the new Constitution needed to be adapted to the character and the history of the Belgians. While rejecting any formal institutional or juridical continuity with the Old Regime order and insisting on tailoring the new Constitution to contemporary society, the delegates did seek to retain the specific spirit of the Belgian Nation, which was rooted in its history. This concern informed the debate on such fundamental issues as the choice for a monarchy and a conservative Senate, which were considered to be more in keeping with the Belgian character than the republic and a unicameral system. Annelien De Dijn has termed this attitude «pragmatic conservatism», expressing the National Congress's concern to retain the historically grounded character of the Belgian people while simultaneously allowing for legal innovation⁷⁸.

The lack of formal continuity with the Old Regime is made all the more clear by the textual origin of the Constitution's 139 arti-

cles: 40% were drawn from the Dutch Fundamental Law of 1815, 35% from the French *Charte* of 1830, 10% from the French Constitution of 1791 and 5% from English constitutional law. The remaining 10% were entirely new⁷⁹. None of the famous stipulations of the old privileges were included, nor was their inclusion even suggested. In the context of the Belgian Revolution of 1830, this can hardly be surprising.

The Belgian revolutionary opposition consisted of a seemingly incongruous alliance of liberal and Catholic forces. Despite having radically opposite worldviews, both groups agreed that a small government and a maximum degree of civil liberty offered the best means for realising their respective goals. The resulting Belgian Constitution was remarkable for its formal limitation of royal power and its inclusion of extensive civil liberties. In that way, it substantiated the revolutionaries' battle cry: «liberty in everything and for everyone»⁸⁰.

The commission charged with drawing up a first draft Constitution mainly consisted of young liberal lawyers of less than thirty years of age, who had not even been born under the Old Regime⁸¹. Although they too prided themselves on the Belgians' age-old freedom-loving reputation, they considered themselves to be children of the French Revolution all the same. Medieval privileges were hardly relevant for them. The minutes of its meetings refer exclusively to modern constitutions. In the Congress too, references to the ancient charters were extremely scarce⁸². Although the Congress delegates were young on average, a fair number had been born and educated under the Old Regime, a few of them being veterans of the revolutions of Brabant and Liège⁸³. However, the debates were dominated by a group

of young intellectuals educated at French or Dutch universities.

This did not prevent the ancient constitutions from being mentioned in the plenary debates from time to time. As Marteel remarks, Belgian liberals were less radical in their rejection of the national past than their French counterparts⁸⁴. In France, the destruction of the Old Regime had been considered a necessary condition for the advent of the age of liberty. In regions where royal absolutism failed to develop, such as the Southern Netherlands, representative institutions remained strong, nurturing indigenous traditions of political liberty⁸⁵. Although French occupation uprooted these institutions, the tradition was a welcome symbolic resource for the founders of the Belgian state, which allowed them to claim that political liberty was essentially home grown rather than an import, and thereby to legitimise national independence.

References to the ancient constitutions in the National Congress remained general however, and usually concerned their spirit or underlying principles rather than concrete articles or stipulations. In the debate over the Senate, the Count de Celles typically invoked the spirit of the Joyous Entry while rejecting its restoration:

If I plead for one single legislative chamber, I do so because I conceive the administration of my country, not with the whole system of the Joyous Entry, but with all the liberties [...] of this charter which has served as a model for all the others⁸⁶.

Like many of his contemporaries, De Celles called the Belgian Revolution the third revolution in the nation's history, after the ones against Philip II and Joseph II. All three were driven by the same principle of legitimate uprising against a despotic government. Regardless of the deposed mon-

archs's intentions or the qualities of their ideas, all had forfeited their rights to the Belgian throne by violating the contract sealed by their inaugural oath on the Constitution.

The contractual nature of the Constitution was the most frequently cited topic in relation to the ancient constitutions. In the discussion over the inviolability of the head of state, François and De Foere referred to the conditions for deposition stipulated in the ancient constitutions, while Destouvelles proposed to include the *jus resistendi* clause of the Joyous Entry in the inaugural oath of the monarch on the Constitution⁸⁷. The oath had not been included in the draft by the Constitutional Committee, but was introduced by amendment on the proposal of the Baron Beyts, who referred to the national traditions:

She [the inauguration] has been part of our customs for eight hundred years; she consisted of the reciprocal signature of the constitution and of the taking of the oath in open air, in the presence of the assembled people, thus making the oath more sacramental⁸⁸.

Thereafter, the assembly made the taking of the constitutional oath before the united Chambers a precondition for being vested with the royal constitutional powers⁸⁹.

The inauguration ceremony visibly suggested continuity with the Old Regime⁹⁰. The reception of Leopold of Saxe-Coburg in the Belgian cities on his route to Brussels in 1831 abounded with references to tradition. Upon offering him the keys to the city, Brussels mayor Nicolas Rouppe echoed the terms of the old «contrat synallagmatique»: «You will, Sire, maintain our charter and our immunities. We, for our part, will defend your throne and keep your royal prerogatives intact»⁹¹. Like William

I before him, Leopold's inauguration took place in the Place Royale in Brussels, on the spot where the Dukes of Brabant used to take the oath before the Estates of Brabant. Although it was inaugurated by this neo-traditional ceremonial, the constitutional system was decidedly modern. The promoters of the reintroduction of the oath and the inauguration framed revolt against despotism and contractual monarchy as universal, natural rights based on the sovereignty of the people, of which the ancient Belgian constitutions had been an early and incomplete expression.

There were occasional invocations of the ancient constitutions in the newspapers at this time. But these were generally limited to calls to draw inspiration from the national past and national character for the drafting of the new Constitution⁹². Suggestions to copy stipulations from the old charters were extremely rare⁹³. These findings dovetail with Els Witte's conclusions that Old Regime terminology was as good as completely absent from newspaper debates in the period leading up to the Revolution, the debates being waged in the language of modern constitutionalism⁹⁴. It should moreover be noted that the Belgian revolutionaries were much less concerned with the origin of the personal liberties in the Old Regime than were Faider and his colleagues later in the nineteenth century. In the 1830 uprising against the rule of William I, the legitimising potential of the Old Regime contractual monarchy was more relevant. Nonetheless, there was no question of formal continuity, and references to the ancient constitutions were rare. Only later did the ancient constitutions grow into a major theme in the historical imagination of the Belgian nation state.

6. *An unexpected alliance: radical liberalism and the ancient constitution*

Nevertheless, even in 1830, the old privileges were a source of political inspiration for some people. Surprisingly, the most outspoken call for a return of the Joyous Entry was not heard on the right side of the political spectrum, but on the far left. Moreover, it resonated outside rather than within the meeting hall of the National Congress. Leopold I is known to have called the authors of the Constitution of 1831 «a herd of mad democrats»⁹⁵. The members of the National Congress were far from that, however. Due to very high census suffrage requirements, their constituency was limited to rich landowners, clerics and holders of university degrees, altogether representing 0.7% of the population⁹⁶. Unsurprisingly, the Congress was overwhelmingly socially conservative. Its foremost concern was the interest of the propertied classes. The very few republican and democratic voices that were present, hardly weighed on the debates.

The moderate, conservative orientation of the Congress greatly frustrated radical democrats and progressive liberals. Despite having actively contributed to the Revolution, they had not managed to obtain a sizeable political representation. The revolutionary hero Louis de Potter stepped down from the Provisional Government when his plans for a Belgian republic failed⁹⁷. His friend and follower Jean-François Tielemans gave up his post in the Constitutional Commission after his colleagues unanimously voted for the monarchy⁹⁸. Not being in a position to directly influence the debates, the radicals took recourse to founding political clubs and

newspapers, petitioning the Congress with alternative constitutional proposals and, in a desperate last attempt, plotting a coup.

The loosely organised group of radicals was united by a desire for democratic and social reform. Most of them were younger than forty, belonged to the middle class, especially to the liberal professions, and held university degrees, often in law⁹⁹. They drew intellectual and political inspiration from progressive and egalitarian thinkers such as Buonarroti and Saint-Simon¹⁰⁰. It is therefore all the more surprising to see some members of this group turn to the medieval charters for inspiration. Shortly after the election of the Congress, a new edition of the Joyous Entry charter appeared¹⁰¹. Its editor was Joseph-Ferdinand Toussaint, a convinced Saint-Simonian¹⁰². He had made a splash among the radicals with a speech directed against the establishment of the Senate and the royal veto in the republican club *Réunion Centrale*¹⁰³. Breaking a lance for popular sovereignty, the equality of all and the social contract, he rejected the introduction of privilege, «aristocratic» institutions and the monarchy. In his view, the Senate and the royal veto could only serve to infringe on the will of the people, the only legitimate source of law. On another occasion he spoke for the introduction of free primary education for all children¹⁰⁴.

In an article in the radical newspaper *Le Belge*, Toussaint called for making the new Constitution «at least as liberal as the Joyous Entry of our forefathers»¹⁰⁵. It followed that the head of state, far from being «a contracting party», should be nothing more than «the agent of the national will». In his new edition of the Joyous Entry, Toussaint further encouraged his fellow

countrymen to look back on their history for adequate constitutional recipes:

Instead of aping foreign countries, why don't you go digging into you own archives, why don't you consult your own charters and your own history, with all its beauty and happiness, to create truly free and national institutions! The germ of that ancient and astounding prosperity of your country, you would have found in the Joyous Entry¹⁰⁶.

The modern concept of constitutional monarchy was a chimera which did not allow for real liberty according to Toussaint. The people of the nineteenth century were wrong to consider their own inventions superior to the ones of the preceding centuries. The modern disdain for their ancestors was misplaced, for the latter had in fact been much freer. Modern constitutions were nothing but «Machiavellian transactions» which allowed the monarchs to reclaim, in the name of the law, all the rights they used to hold in the name of God. The medieval constitutions by contrast had been truly liberal.

With a Constitution modelled after the Joyous Entry the despotism of the Dutch King William I would have been inconceivable, Toussaint alleged. According to him it contained the whole list of liberal dispositions so longed for by the Belgian revolutionaries, including individual liberty, the right of property, the rule of law and impartial administration of justice. Indeed, the guarantees for liberty of the medieval charter reached further than those in the draft Constitution of the Constitutional Commission, especially regarding the declaration of war by the Head of State, the absence of a Senate, the liberty of language and the right of legal resistance stipulated in the monarch's constitutional oath¹⁰⁷. Toussaint addressed a copy of his edition to

the National Congress, hoping that it would inspire them and the modern Belgians might show themselves worthy of their free ancestors¹⁰⁸.

Conclusion

Despite having been abolished at the introduction of French revolutionary rule, the ancient constitutions continued to be politically relevant in nineteenth-century Belgium. Apart from historically grounding the independence and institutions of the young Belgian state, the ancient constitutions constituted a welcome symbolical resource for a range of parties and pressure groups seeking to lend legitimacy to their own particular claims. While the political and historical appropriation of the ancient constitutions has been discussed from a deconstructivist perspective before, the specifically legal historical line of argument has hitherto received scant scholarly attention.

The work of such authors as Van den Broeck or Vercamer has rightly been called 'untrustworthy' from an objectivist point of view¹⁰⁹. However, their meticulous, point-by-point comparisons between the Constitution of 1831 and the ancient charters are more than that. Although recognising that the Belgian Constitution was modern as to form and formulation, these patriotic intellectuals claimed that it was essentially identical in character to its predecessors and had been inspired by them in a literal and formal sense. By drawing special attention to the individual liberties and the form of government, they attempted to anchor

the most famously liberal elements of the Belgian Constitution in the national past.

The authors who argued for the formal continuity thesis were united by a politically inspired concern to downplay French influence on the genesis of the Belgian Constitution, claiming instead that all the major principles of modern constitutionalism and civil liberty had already been present in the ancient constitutions, either literally or in potential. The similarities between the ancient constitutions of the former provinces of the Southern Netherlands and the adjoining principalities allowed them, moreover, to historically ground the unification of this heterogeneous group of territories in 1830.

It can come as no surprise that the debates of the National Congress and the minutes of the Constitutional Commission of 1830 do not reveal any direct influence of the ancient constitutions on the genesis of the Belgian Constitution. The Congress delegates took their cue from modern political theorists and contemporary constitutional documents. When calling for continuity with the spirit of their ancestors, they meant to ensure the new Constitution would be adapted to the history, the character and the customs of the Belgian nation. The few mentions of the ancient constitutions in the Congress concerned the contractual nature of the monarch's mandate, not the individual liberties.

Much more surprising than the "pragmatic conservatism" of the National Congress was the appropriation of the ancient constitutions from a radical democratic point of view. Far from being a nostalgic for the Old Regime, Toussaint nevertheless called for a restoration of the Joyous Entry charter. Disappointed by the moderate and

conservative tendency of the draft Constitution, he found inspiration in the medieval privileges, whose provisions seemed to enshrine his progressive political ideals.

Although his proposal and other similar ones were by no means influential in the debates over the Belgian Constitution, a radical's espousal of the medieval privileges is enlightening. It illustrates the remarkable interrelatedness of old and new constitutional languages in the revolutionary period. By constructing an artificial divide between so-called progressive and conservative languages, modernist readings of constitutional and revolutionary history have obscured this interrelatedness. In constitutional history, the old and the new have in fact been intimately connected for a long time.

- ¹ This article results from the research project ReConFort, which has received funding from the European Union's Seventh Framework Programme for research, technological development and demonstration under grant agreement no. 339529. My sincere thanks to Kenan Van De Mierop and Wessel Damen for their comments, as well as to the anonymous reviewers of the Journal of Constitutional History.
- ² V. Van den Broeck, *La Constitution et l'unionisme en Belgique. Leurs racines dans notre passé antérieurement à la Révolution française de 1789*, Brussels, Verbruggen, 1859, p. 4.
- ³ J. Gilissen, *Die belgische Verfassung von 1831. Ihr Ursprung und ihr Einfluss*, in W. Conze (Hg.), *Beiträge zur deutschen und belgischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, Klett, 1967, pp. 38-69; J. Koll, *Belgien*, in W. Daum et al. (Hg.), *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis in gesellschaftlichen Wandel*, Vol. 2: 1815-1847, Bonn, Dietz, 2012, pp. 485-542; B. Mirkine-Guetzévitch, 1830 dans l'histoire constitutionnelle de l'Europe, in «Revue d'histoire moderne», n. 34, 1931, pp. 241-256.
- ⁴ Gilissen, *Die belgische Verfassung*, cit., pp. 38-69.
- ⁵ M.R. Thielemans, *Les historiens belges et la période française*, dans H. Hasquin (éd.), *La Belgique française, 1792-1815*, Brussels, Crédit communal, 1993, pp. 437-458; J. Tollebeek, *De Franse Revolutie in de negentiende eeuw. Over de politiek als spiegelpaleis van de geschiedenis*, in H. de Smaele, J. Tollebeek (eds.), *Politieke representatie*, Leuven, Leuven University Press, 2002, pp. 171-186.
- ⁶ G. Deneckere, *Leopold I. De eerste koning van Europa*, Antwerp, De Bezige Bij, 2011, pp. 417-431; L. Wils, *Het beroep op "de oude Belgische vrijheden" in het midden van de 19de eeuw*, in *Album E. Lousse*, Leuven, Nauwelaerts, 1961, p. 117.
- ⁷ Thielemans, *Les historiens belges*, cit., pp. 448-447.
- ⁸ For an introduction into nineteenth-century Belgian historiography: J. Tollebeek, *Historical Representation and the Nation-State in Romantic Belgium (1830-1850)*, in «Journal of the History of Ideas», n. 19, 1998, pp. 329-353; R. de Schryver, *Tussen literatuur en wetenschap: tweëntwintig maal Belgische geschiedenis, 1782-1872*, in «Bijdragen en Mededelingen betreffende de Geschiedenis der Nederlanden», n. 87, 1972, pp. 396-410; H. Hasquin (éd.), *Histoire et historiens depuis 1830 en Belgique*, Brussels, 1981; E. Peeters, *Het labyrint van het verleden. Natie, vrijheid en geweld in de Belgische geschiedschrijving (1787-1850)*, Leuven, Leuven University Press, 2003.
- ⁹ M. Finley, *The Ancestral Constitution. An Inaugural Lecture*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971; J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987. For the Southern Netherlands: T. Verschaffel, *De traditie in de Brabantse Omwenteling. De oude constitutie en het lange leven van artikel 59*, in H. de Smaele, J. Tollebeek (bewerkt door), *Politieke representatie*, Leuven, Leuven University Press, 2002, pp. 153-169.
- ¹⁰ H.G. Koenigsberger, 'Dominium Regale' or 'Dominium Politicum et Regale': Monarchies and Parliaments in Early Modern Europe, in Id., *Politicians and Virtuosi. Essays in Early Modern History*, London, Hambledon, 1986, pp. 1-25.
- ¹¹ Peeters, *Het labyrint*, cit.; T. Verschaffel, *De hoed en de hond. Geschiedschrijving in de Zuidelijke Nederlanden, 1715-1794*, Hilversum, Verloren, 1998.
- ¹² J. Roegiers, *Tusschen vrijheid en trouw: het identiteitsbesef in de Oostenrijkse Nederlanden*, in K. Deprez, L. Vos (bewerkt door), *Nationalisme in België. Identiteiten in beweging, 1780-2000*, Antwerp, Houtekiet, 1999, pp. 29-42.
- ¹³ P.F. de Neny, *Mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas Autrichiens*, Paris, Moutard, 1784, vol. I, p. 1.
- ¹⁴ G. Van den Bossche, *Historians as Advisors to Revolution? Imagining the Belgian Nation*, in «History of European Ideas», XXIII, n. 3, 1998, pp. 213-238; J. Van den Broeck, *De historiografie van het recht in de Zuidelijke Nederlanden tijdens de 18de eeuw*, Brussels, Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1990, pp. 36-69; Verschaffel, *De hoed*, cit., pp. 91-98.
- ¹⁵ Van den Bossche, *Historians as Advisors*, cit., p. 221; Verschaffel, *De traditie*, cit., p. 161.
- ¹⁶ *Rapport présenté au Roi par la Commission chargée de la révision de la Loi Fondamentale des Pays-Bas*, in *Projet de Loi Fondamentale pour les Pays-Bas*, The Hague, L'imprimerie Belgique, 1815; P.J. Destriveaux, *De l'histoire nationale dans ses rapports avec l'étude de la loi fondamentale*, in J. Ackersdyck et al., *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, Liège, Lemarié, vol. I, 1826. Despite their anti-historical agenda, even representatives of the French revolutionary regime had recognised the legitimising potential of the ancient constitutional tradition when occupying the Southern Netherlands: B. Deseure, *Regional Memory in an Age of Centralisation. French Identity Politics in Brabant*, in R. Esser, S. Ellis (eds.), *Region, Memory and Agency in Eastern and Western Europe*, Hannover, Wehrhahn, 2013, pp. 217-246.
- ¹⁷ V.A. Waille, *Essai sur l'histoire politique et constitutionnelle de la Belgique*, Brussels, De Mat, 1838.
- ¹⁸ E.g. the commemorations of the Joyous Entry charter in 1956. See A. Vranckx, *De Blijde Inkomst van 3 januari 1356 en ons publiek recht, in 1356-1956. Plechtige herdenking van de Blijde Inkomst*, in «Stan-

- den en Landen», XVI, Leuven, Nauwelaerts, 1958, pp. 143-164. The echoes of the continuity thesis resound in the works of such eminent modern practitioners of Belgian constitutional history as John Gilissen and Michel Magits. Despite dismissing the political and nationalistic overtones in the works of their nineteenth-century predecessors, both referred to the Joyous Entry as the origin of the liberties guaranteed by the Belgian Constitution. J. Gilissen, M. Magits, *Les déclarations de droits dans l'historiographie du droit des provinces belges*, in J. Limpens, *Rapports belges au IX^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Brussels, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1974, p. 131.
- ¹⁹ C. Faider, *Études sur les constitutions nationales (Pays-Bas autrichiens et Pays de Liège)*, Brussels, Gregoir, 1841. On Faider and juridical historical culture: B. Delbecke, *Gerechtighe nationale cultuur en haar blinde vlek. De mercuriales en gelegenheidsredes van Charles Faider als procureur generaal bij het hof van cassatie (1871-1885)*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», n. 75, 2007, pp. 363-394.
- ²⁰ Faider, *Études sur les constitutions nationales*, cit., p. 11.
- ²¹ C. Faider, *Nouvel étude sur l'application des lois inconstitutionnelles*, Brussels, Stiénon, 1851, p. 24.
- ²² On the problem of unity in early Belgian historiography: Peeters, *Het labyrinth*, cit., pp. 115-117; S. Dubois, *L'invention de la Belgique. Genèse d'un état-nation, 1648-1830*, Brussels, Racine, 2005; Tollebeek, *Historical Representation*, cit.
- ²³ L. Pycke, *Mémoire couronné en réponse à cette question proposée par l'Académie Royale de Bruxelles: quel était l'état de la législation et des tribunaux ou Cours de justice dans les Pays-Bas autrichiens, avant l'invasion des armées françaises dans ce pays?*, Brussels, De Mat, 1823, pp. 47-50. See also: *Suite au coup d'œil sur la situation des Belges au 1^{er} février 1815*, in «L'Observateur politique, administratif, historique et littéraire de la Belgique», I, n. 13, 1815. Almost a century earlier, De Ghewiet already treated all territories together in his overview of public law: *Institutions du droit Belgique tant par rapport aux dix-sept provinces, qu'au pays de Liège*, Lille, Cramé, 1736. After Belgian independence, this line of reasoning culminated in systematic comparisons of both public and private law in all the former «Belgian» principalities: E. Poulet, *Les constitutions nationales belges de l'ancien régime à l'époque de l'invasion française de 1794*, Brussels, Hayez, 1874; J. Britz, *Code de l'ancien droit Belgique*, Brussels, Van Daele, 1847.
- ²⁴ Faider, *Études sur les constitutions nationales*, cit., 98. The idea of constitutional unity between the Belgian provinces went a long way back. It was first developed in the Dutch Revolt and was later reactivated in the Brabant Revolution. P.A.M. Geurts, *Het beroep op de Blijde Inkomste in de pamfletten uit de Tachtigjarige Oorlog, in 1356-1956. Plechtige herdenking van de Blijde Inkomst*, in «Standen en Landen», XVI, Leuven, Nauwelaerts, 1958, p. 9; Van den Bossche, *Historians as Advisors*, cit.
- ²⁵ Faider's account echoed the parliamentary interpretation of the ancient constitution developed by the Estates, which was reformulated in the language of social contract theory in the eighteenth century. During the Dutch Revolt and the Brabant Revolution, the Estates subsequently radicalised their claims and developed a theory of parliamentary sovereignty. Verschaffel, *De traditie*; G. Van den Bossche, *Enlightened Innovation and the Ancient Constitution. The Intellectual Justification of Revolution in Brabant (1787-1790)*, Brussels, Paleis der Academiën, 2001.
- ²⁶ Faider, *Études sur les constitutions nationales*, cit., p. 94.
- ²⁷ Raepsaet and Poulet refuted this legitimization, since the *jus resistendi* only concerned the seigniorial rights and duties of feudal origin, whereas sovereignty was passed down on the monarch via inheritance. E. Poulet, *Les constitutions nationales belges de l'ancien régime à l'époque de l'invasion française de 1794*, Brussels, Hayez, 1875, pp. 61-66; J.J. Raepsaet, *Recherches sur les inaugurations des princes souverains des XVII^e provinces des Pays-Bas*, Brussels, Stapleaux, 1814. See also: D. Heirbaut, *Galbert of Bruges on the Flemish 1127-1128 Crisis: an Early Experiment in Constitutionalism, Parliamentarism and Popular Sovereignty Inspired by Feudal Law*, in J. Oyreghagen Sunde (ed.), *Constitutionalism before 1789. Constitutional Arrangements from the High Middle Ages to the French Revolution*, Oslo, Pax, 2014, pp. 49-59.
- ²⁸ The inviolability of the home, granted for the first time by prince-bishop Albert de Cuyck in his charter of 1196, was famously known under the formula «pauvre homme en sa maison est roi». L. Dewez, *Mémoire sur le droit public du pays de Liège au moyen âge*, Brussels, Hayez, 1829, p. 6.
- ²⁹ M. Beyen, *1830 in de Belgische parlementaire geschiedenis. Het vertegenwoordigde verleden*, in H. de Smaele, J. Tollebeek (bewerkt door), *Politieke representatie*, Leuven, Leuven University Press, 2002, p. 190.
- ³⁰ Wils, *Het beroep*, cit., p. 117.
- ³¹ Ivi, p. 119.
- ³² Van den Broeck, *La Constitution*, cit., p. 36.
- ³³ H. Bosch, *Des origines du droit constitutionnel belge*, in «La Belgique judiciaire», XIX, 1861, pp. 290-310. Bosch was a lawyer. The article contains the text of his speech at the opening session of the *Conférence du Jeune Barreau* in Brussels on 10 November 1860.
- ³⁴ Ivi, p. 299.
- ³⁵ On the conceptual unity of the «four cardinal liberties»: S.

- Huygebaert, *Les quatre libertés cardinales. De iconologie van pers, onderwijs, vereniging en geloof in België, als uitdrukking van een populariserende grondwetcultus vanaf 1848*, in «Pro Memorie», XV, n. 1, pp. 154–180.
- ³⁶ Bosch, *Des origines du droit*, cit., p. 307. In his 1856 history of Liège, Ferdinand Henaux called the *Paix de Fexhe* «the greatest monument of our political legislation» and presented it as a true modern constitution including national sovereignty, representative government and legislative competence for «le pays». F. Henaux, *Histoire du pays de Liège*, Liège, Desoer, 1851, pp. 115–118.
- ³⁷ G. Pergameni, *La constitution belge et nos anciennes institutions nationales*, in «La Belgique judiciaire», XXXVII, 1879, pp. 1345–1360. Pergameni was a doctor in political and administrative sciences and worked as a lawyer at the Brussels Court of Appeal.
- ³⁸ Ivi, p. 1347.
- ³⁹ Ivi, p. 1356.
- ⁴⁰ Ivi, p. 1360.
- ⁴¹ J. Kupfferschlaeger, *Les origines nationales de la Constitution belge*, in «La Belgique judiciaire», XXIX, 1871, pp. 1521–1541. Kupfferschlaeger was a doctor in political and administrative sciences and worked as a lawyer. The article contains the text of his speech at the opening session of the *Conférence du Jeune Barreau de Liège* on 31 October 1871.
- ⁴² Ivi, p. 1535.
- ⁴³ Ivi, p. 1528.
- ⁴⁴ Van den Broeck, *La Constitution*, cit., p. 5. The quote paraphrases the words of representative of the people Delfosse in a speech about the French Revolution of 1848. Belgian Chamber of Representatives, session of 1 March 1848.
- ⁴⁵ E. Pouillet, *Histoire de la Joyeuse-Entrée de Brabant et de ses origines*, Brussels, Hayez, 1863, p. 379. Pouillet (1839–1882) was a historian, professor at the Catholic University of Leuven and member of the Royal Academy for History.
- ⁴⁶ Ivi, p. 384.
- ⁴⁷ Bosch, *Des origines du droit*, cit., p. 301.
- ⁴⁸ Kupfferschlaeger, *Les origines nationales*, cit., p. 1530; Henaux, *Histoire du pays de Liège*, cit., p. 350.
- ⁴⁹ J. Stecher, *Onpartydige volkshistorie des Belgische grondwet*, Ghent, Bivort-Crowie, 1851, p. 31. Stecher (1820–1909) was a professor of the history of Flemish literature at the universities of Liège and Ghent.
- ⁵⁰ P.A.F. Gérard, *Etudes historiques et critiques sur la constitution belge*, Brussels, Rozet, 1869. Gérard satirised the expression «palladium of liberties», often used in traditionalist defences of the Joyous Entry, probably under the influence of American constitutional discourse.
- ⁵¹ A. Callier, *Discours sur l'origine de nos libertés*, Ghent, Annoot-Braeckman, 1883.
- ⁵² Ivi, p. 6.
- ⁵³ Liberal historians typically favoured medieval communalism and the Reformation over the seventeenth and eighteenth centuries, which they associated with despotism and popery. L. Wils, *Het beroep*, cit., p. 118.
- ⁵⁴ C. Vercamer, *L'histoire du peuple belge et de ses institutions*, Brussels, Decq, 1880. Vercamer was a headmaster, rhetoric teacher and moralist. Interestingly, he dedicated his book on Belgian history to the memory of Gustave Callier, a philosophy professor and liberal politician and the father of Albert Callier.
- ⁵⁵ C. Vercamer, *De l'origine de nos libertés, réponse au discours prononcé par le recteur M.A. Callier, à l'occasion de la réouverture des cours de l'université de Gand*, Brussels, Decq, s.d., p. 23.
- ⁵⁶ Beyen, 1830, cit; A. De Dijn, *A Pragmatic Conservatism. Montesquieu and the Framing of the Belgian Constitution (1830–1831)*, in «History of European Ideas», XXVIII, 2002, pp. 227–245; S. Marteel, *Van "oude constitutie" tot liberale grondwet. Het Belgische politieke natiebeseef tussen 1815 en 1830*, in P. Rietbergen, T. Verschaffel (bewerkt door), *De erfenis van 1830*, Leuven, Acco, 2006, pp. 35–52; E. Witte, *Het natiebegrif in het Zuidelijk krantendiscours aan de vooravond van de Belgische opstand (augustus 1829–juni 1830)*, in «Bijdragen en Mededelingen tot de Geschiedenis der Nederlanden», CXXI, n. 2, 2006, pp. 222–236.
- ⁵⁷ Gilissen, Magits, *Les déclarations de droits*, cit., 2.
- ⁵⁸ *A Son Excellence le Général Baron de Vincent, Gouverneur-Général de la Belgique*, Brussels, 1814.
- ⁵⁹ S. Marteel, *Inventing the Belgian Revolution. Politics and Political Thought in the United Kingdom of the Netherlands (1814–1830)*, unpublished doctoral dissertation, European University Institute Florence, 2009, pp. 39; 45.
- ⁶⁰ H. Van der Noot, *Observations historiques, politiques, critiques et impartiales, sur la brochure intitulée La réunion de la Belgique à la Hollande serait-elle avantageuse ou désavantageuse à la Belgique*, s.l., 1815. Around the same time, a reprint appeared of the 1791 pamphlet *L'ami du prince et de la nation, ou dissertation sur les points constitutionnels communs à toutes les Provinces de la Belgique*, Ghent, 1815, applauding Emperor Leopold II's intentions to restore the old constitutional order under Austrian rule after the failure of the Brabant Revolt.
- ⁶¹ J.J. Raepsaet, *Observations d'un belge sur le sort éventuel des Pays-Bas Autrichiens*, in *Œuvres complètes de J.J. Raepsaet*, vol. VI, Mons, Leroux, 1838, pp. 220–251; Id., *Recherches sur l'origine*, cit., 1814. Marteel, *Inventing the Belgian Revolution*, cit., p. 39; Peeters, *Het labrynt*, cit., p. 64.
- ⁶² Marteel, *Van "oude constitutie"*, cit., p. 41.
- ⁶³ I.J.H. Worst, *Koning Willem I. Het begin van "ons grondwettig volksbestaan"*, in C.A. Tamse, E. Witte (bewerkt door), *Staats- en na-*

- tievorming in Willem I's koninkrijk (1815-1830), Brussels, VUB Press, 1992, pp. 56-75; N. Van Sas, *Het politiek bestel onder koning Willem I*, in Id., *De metamorfose van Nederland: van oude orde naar moderniteit, 1750-1900*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2004, pp. 413-435.
- ⁶⁴ Peeters, *Het labyrint*, cit., p. 72.
- ⁶⁵ T. Juste, *Le Congrès national de Belgique: 1830-1831*, Brussels, Muquardt, 1880; R. Demoulin, *Le courant libéral à l'époque de royaume des Pays-Bas et dans la Révolution de 1830*, in A. Verhulst, H. Hasquin (eds.), *Le libéralisme en Belgique. Deux cents ans d'histoire*, Brussels, Delta, 1989, pp. 29-38; Marteel, *Inventing the Belgian Revolution*, cit., pp. 95-150.
- ⁶⁶ De Dijn, *A Pragmatic Conservatism*, cit.
- ⁶⁷ This did not prevent the old charters from being mentioned in debates when their symbolic value suited political needs. The later radical representative of the people Adelson Castiau referred to them when arguing in 1829 that the Fundamental Law stipulated the political responsibility of the ministers. A. Castiau, *De la responsabilité, de la mise en accusation et du jugement des ministres en Belgique*, Ghent, Vander Schelden, 1829, p. 11. Baron Goubau-d'Hovorst, speaking in defense of the government, refuted it by denying the relevance of the ancient constitutions for the Fundamental Law. *Discours du Baron Goubau-d'Hovorst prononcé à la Première Chambre des Etats-Généraux, le 16 mai 1829, dans la discussion sur l'adresse à Sa Majesté, relativement aux pétitions présentées à la Seconde Chambre*, Brussels, Brest Van Kempen, 1829, p. 26.
- ⁶⁸ J. Lebeau, *Observations sur le pouvoir royal ou examen de quelques questions relatives aux droits de la couronne dans les Pays Bas*, Liège, Lebeau-Ouwerx, 1830.
- ⁶⁹ P. Van Meenen, *Droit public. Art. III. Constitution*, in «L'Observateur politique, administratif, historique et littéraire de la Belgique», I, n. 15, 1815.
- ⁷⁰ Demoulin, *Le courant libéral*, cit.; Marteel, *Van "oude constitutie"*, cit., p. 46.
- ⁷¹ P. Harsin, *Essai sur l'opinion publique en Belgique de 1815 à 1830*, Charleroi, La terre wallonne, 1930; Marteel, *Van "oude constitutie"*, cit., p. 46.
- ⁷² J. Koch, *Le Roi décide seul/de Koning alleen besluit. Het "systeem Willem I"*, in Remieg Aerts, Gita Deneckere (bewerkt door), *Het (on)Verenigd Koninkrijk, 1815-1830 > 2015. Een politiek experiment in de Lange Landen*, Rekkem, Ons Erfdeel, 2015, pp. 49-58; S. Marteel, *Polemieken over natievorming in het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden. Een blik op de intellectuele wortels van het Belgisch nationalisme*, in Rik Vosters, Janneke Weijermars (bewerkt door), *Taal, natievorming en cultuurbeleid onder Willem I*, Brussels, Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten, 2012, pp. 35-60; P.L.G. Van Velzen, *De ongekennde ministeriële verantwoordelijkheid*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005.
- ⁷³ B. Deseure, *National sovereignty in the Belgian Constitution of 1831. On the meaning(s) of article 25*, in U. Müßig (ed.), *National Sovereignty in Europe*, Berlin, Springer, 2016, forthcoming.
- ⁷⁴ *Manuel constitutionnel de la Belgique contenant le portrait, la vie et la nomination de M. le régent, la Constitution et la loi électorale de la Belgique, expliquées et conférées avec l'ancienne loi fondamentale*, Brussels, De Mat, 1831; J.A. Rogron, *Code constitutionnel de la Belgique expliqué par ses motifs et par ses exemples*, Brussels, Tarlier, 1836; J.B. Bivort, *Commentaire sur la Constitution belge*, Brussels, Deprez-Parent, 1840; A. Neut, *La Constitution belge expliquée par les Congrès National, les Chambres et la Cour de Cassation, ou compte-rendu des débats qui ont eu lieu sur cette loi suprême*, Ghent, Annoot-Braeckman, 1842.
- ⁷⁵ E. Huytens, *Discussions du Congrès National de Belgique, 1830-1831*, Brussels, Wahlen, 1844, vol. III, p. 622.
- ⁷⁶ Beyen, 1830, cit.; De Dijn, *A Pragmatic Conservatism*, cit.
- ⁷⁷ H. de Smaele, *Eclectisch en toch nieuw. De uitvinding van het Belgisch parlement*, in «Bijdragen en Mededelingen tot de Geschiedenis der Nederlanden», CXX, n. 3, 2005, p. 413; Gilissen, *Die belgische Verfassung*, cit., 59; Marteel, *Polemieken*, cit., p. 45.
- ⁷⁸ De Dijn, *A Pragmatic Conservatism*, cit., pp. 227-245.
- ⁷⁹ Gilissen, *Die belgische Verfassung*, cit., p. 60.
- ⁸⁰ L. Hymans, *Le Congrès national de 1830 et la Constitution de 1831*, Brussels, Lebègue, 1882; J.B. Nothomb, *Essai historique et politique sur la révolution belge*, Brussels, Merzbach et Falk, 1876.
- ⁸¹ W. Van den Steene, *De Belgische grondwetcommissie (oktober-november 1830): tekst van haar notulen en ontstaan van de Belgische grondwet*, Brussels, Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, 1963.
- ⁸² Gilissen, *Die belgische Verfassung*, cit., p. 60.
- ⁸³ L. de Lichtervelde, *Introduction*, in Vicomte Du Bus de Warneffe, C. Beyaert, *Le Congrès National. Biographies des membres du Congrès National et du Gouvernement Provisoire, 1830-1831*, Brussels, Librairie National d'Art et d'Histoire, 1930, p. 4; Magits, *De Volksraad*, cit., pp. 254-275.
- ⁸⁴ Marteel, *Inventing the Belgian Revolution*, cit., p. 180.
- ⁸⁵ R.C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 78.
- ⁸⁶ Huytens, *Discussions*, cit., vol. I, 1844, p. 394, 13 December 1830.
- ⁸⁷ Ivi, vol. II, 1844, pp. 67-68, 9 January 1831.
- ⁸⁸ Ivi, vol. II, 1844, p. 487, 7 February 1830.
- ⁸⁹ The inauguration ceremony de-

- scribed in the constitutional proposal published by the lawyer Victor Delecourt was most literally modelled after Old Regime custom. It contained both the monarch's oath on the Constitution and the reciprocal oath of fidelity by the people's representatives. Both oaths explicitly mentioned the people's right to disobedience in case the monarch violated the Constitution. Delecourt furthermore proposed to revive the historical names of functionaries and institutions as proof of Belgium's long and glorious history. For the head of state he proposed the humbler title of duke instead of king, the latter having been unknown in Belgium before 1815: « Revenons donc à nos anciens usages; appelons Duc le chef de notre état. N'étions-nous pas sous les ducs de Bourgogne, la première nation de l'Europe? ». V. De le Court, *Nouveau projet de constitution pour la Belgique*, Mons, Hoyois, 1830.
- ⁹⁰ Dubois, *L'invention*, cit., pp. 238-241; G.H. Dumont, *Le serment de 21 juillet 1831: aboutissement et point de départ*, in *Nous, Roi des Belges. 150 ans de monarchie constitutionnelle*, Brussels, Crédit Communal, 1981, pp. 25-34; De Lichtervelde, *Introduction*, cit., p. 13.
- ⁹¹ Huytens, *Discussions*, cit., vol. III, 1844, p. 615, 21/07/1831.
- ⁹² Proponents of a federative form of state typically referred to the national past and traditions, when each individual province been sovereign in its own right. E.g. Philippe Lesbroussart in the newspaper «Le Belge», n. 306, 4 November 1830.
- ⁹³ These results are based on an analysis of the following Belgian journals, between August 1830 and July 1831: «Le Belge», «Courrier de la Meuse», «Courrier des Pays-Bas», «Courrier de la Sambre», «L'Emancipation», «Journal des Flandres» and «Le Politique». E.g. «Journal des Flandres», n. 301, 31 October 1830: « Nous trouverons, n'en doutons point, dans les décombres de nos anciennes institutions assez de matériaux dignes de figurer dans l'édifice qu'on van construire ».
- ⁹⁴ Witte, *Het natiebegrip*, cit., p. 236.
- ⁹⁵ Leopold I to Queen Victoria, 1842. Cited in: J. Stengers, *L'action du Roi en Belgique*, Brussels, Racine, 2008, p. 26.
- ⁹⁶ Of the 46,099 citizens who had the right to vote (1.1% of the population), 28,766 participated in the elections for the Congress: Magits, *De Volksraad*, cit., p. 408; J. Gilissen, *Le régime représentatif en Belgique depuis 1790*, Brussels, La renaissance du livre, 1958, p. 84; Van den Steene, *De Belgische grondwetcommissie*, cit., p. 30.
- ⁹⁷ L. Bertrand, *Histoire de la démocratie et du socialisme en Belgique*, Brussels, Dechenne, 1906; C. De Mulder, *De republikeinse beweging in de periode 1830-1831, haar leiders, haar verenigingen*, unpublished master's thesis, Rijksuniversiteit Gent, 1970, p. 14.
- ⁹⁸ Van den Steene, *De Belgische grondwetcommissie*, cit., p. 35.
- ⁹⁹ E. Witte, *De Belgische radicalen: brugfiguren in de democratische beweging (1830-1850)*, in «Tijdschrift voor Geschiedenis», n. 1, 1979, pp. 13-16.
- ¹⁰⁰ Bertrand, *Histoire de la démocratie*, cit., pp. 88-170.
- ¹⁰¹ F. Toussaint, *Joyeuse Entrée des ducs de Brabant, publiée avec un discours préliminaire et des notes et dédiée au Congrès national*, Brussels, Tencé, 1830.
- ¹⁰² J. Geldhof, *Een orangistisch rivaal van Alexander Rodenbach. Joseph-Ferdinand Toussaint: Meulebeke 1806-Elsene 1885*, in *Album Joseph Debaere, Rumbeke, Herremann, 1968*, pp. 121-131; Bertrand, *Histoire de la démocratie*, cit., p. 127.
- ¹⁰³ F. Toussaint, *Discours sur le Sénat et le veto du chef de l'état, prononcé à la réunion patriotique de Bruxelles par J. Fr. Toussaint de Meulebeke*, Brussels, Ode et Wodon, 1830. J. Leconte, *La Réunion Centrale, club patriotique, révolutionnaire républi-*
- cain*, 1830, in *Miscellanea historica in honorem Leonis van der Essen*, vol. II, Brussels, Éditions universitaires, 1947, pp. 957-971. Later, Toussaint was among the founding members of the republican club *Association de l'Indépendance belge* led by Louis de Potter.
- ¹⁰⁴ «L'Emancipation», 15 November 1830.
- ¹⁰⁵ «Le Belge», n. 302, 29 October 1830, p. 3. In a petition against the establishment of the Senate, addressed to the National Congress in December 1830, Toussaint called upon the right of petition guaranteed by the ancient constitution. F. Toussaint, *Du Sénat. Moyen de concilier les opinions. Pétition présentée au Congrès National de la Belgique, dans la séance du 7 décembre 1830*, Brussels, 1830, Ghent University Library.
- ¹⁰⁶ Toussaint, *Joyeuse Entrée*, cit., p. 4.
- ¹⁰⁷ On Toussaint's involvement in the Flemish Movement: J. Huyghebaert, *De oproep "Aen de Vlaemsche jongelingen" van J.F. Toussaint (1832)*, in «Biekorf», LXXVI, n. 3-4, 1975, pp. 81-89; J. Kuypers, *De Vlaamse beweging. Een socialistisch standpunt*, Antwerp, Ontwikkeling, 1960, p. 46.
- ¹⁰⁸ Although Toussaint's case was quite unique, he was not the only radical who referred to the old charters. In his republican and profoundly democratic constitutional proposal, the lawyer Charles Moulan praised the customary law of the prince-bishopric of Liège for its «wise measures» concerning the inviolability of the home. C. Moulan, *Projet de constitution*, Liège, 1830.
- ¹⁰⁹ Magits, *De Volksraad*, cit., p. VII.



Primo piano: Jay M. Bernstein

*Torture and Dignity. An essay on moral injury*¹

The Chicago University Press, 2015, pp. 408, ISBN 9780226266329, Euro 35

VIDA AZIMI

«Torture and Dignity», recueil abouti des conférences de Jay M. Bernstein sur le sujet depuis 2011, est le livre le plus personnel et le mieux senti du philosophe. C'est un «must read» «avec une brûlante inquiétude» (*Mit brennender Sorge*), telle l'encyclique du 10 mars 1937 de Pie XI et du cardinal Pacelli, futur Pie XII, contre le nazisme. Rarement un ouvrage de philosophie a si bien collé à l'affligeante actualité qui est nôtre, entre les tortures pratiquées en Irak à Abou Ghraïb dans les années 2000, celles permanentes de Daech et les violents commis par des migrants le soir de Réveillon 2015 à Cologne et ailleurs en Allemagne, en Europe², sans

compter les peines afflictives (amputations, lapidations, mises à mort suivies de crucifixions) infligées aux «coupables» par la Charia qui fait loi dans certains pays islamiques³. Jay M. Bernstein se révèle un étonnant philosophe lanceur d'alerte. En deux parties et six chapitres parfaitement documentés, Bernstein part de la réalité de la torture et du viol, de la chair meurtrie et des os brisés, du sens de la valeur intime des victimes, avant de conceptualiser la douleur ressentie et soufferte. Bernstein ne plane pas dans les stratosphères idéelles et idéales, ce qui fait l'immense qualité de son travail. Ce sont des personnes bien vivantes et outrageu-

sement cassées qui traversent, tels des fantômes endoloris, le livre et des expériences vécues qui lui servent de matériau de réflexion: celle de Hans Jonas alias Jean Améry, écrivain et essayiste autrichien (1912-1978), arrêté par la Gestapo pour son activité dans la Résistance belge, torturé au fort de Bredendörck, déporté à Auschwitz pour ses racines juives, qui décide, à l'occasion des procès de crime contre l'humanité des SS en 1963-1965, de briser «l'obscur envoûtement qui le paralysait» et d'écrire sa vie et l'intensité de ses tortures dans le camp de concentration, dans *Jenseits von Schuld und Sühne. Bewältigungsversuche, eines Über-*

wältitung (Par delà le crime et le châtement. Essai pour surmonter l'insurmontable⁴); et celle de la philosophe américaine Susan Brison, odieusement violée, qui a décrit les effets de l'agression sexuelle sur l'identité de la personne dans *Aftermath Violence : the remaking of a Self*⁵ (2003). L'appel est ainsi fait à des « récits à la première personne » (« first person account »). Des statistiques (p. 324) viennent étayer l'argumentation : La majorité des viols n'est jamais connue; ceux qui sont rapportés sont rarement poursuivis et encore moins sont condamnés. Au mieux 3 à 5% de violeurs passent un jour en prison. Le cas est pire chez les militaires américains, en dépit d'une politique de «zéro tolérance» : en 2012, il y eut 26000 agressions sexuelles et moins de 1% fit l'objet d'une condamnation en Cour martiale. « Sur l'ensemble d'une carrière, une femme militaire sur trois est sexuellement agressée. Sur toute la population, une femme sur 5 ou sur 6 va souffrir du viol ou de tentative de viol au long de sa vie ». A l'appui de la démonstration se trouve encore une étude ethnographique (p. 325), sur le viol

dans les soirées des universités américaines du Middle West où trois niveaux d'analyse (p. 326) sont recensés : la dynamique standard d'une «culture de viol» ; la place de l'alcool qui lève les inhibitions ; le fait que la victime au tempérament «chaud» est à blâmer et non le violeur, rendant de la sorte « la dévastation du viol invisible ». Dans sa critique des éléments utilitaristes en défense de la torture (pp. 318-319), Bernstein prend encore en considération deux «scénarii de peine» plausibles quoiqu'imaginaires : celui de la prise d'otage des enfants qui vont bientôt mourir, où le parent désespéré et impuissant ne trouve d'autre issue et recours qu'infliger la souffrance au kidnappeur, mettant à jour notre irrépressible capacité de cruauté et de vengeance (p. 319) ; la situation moralement contestable de la «ticking bomb», de la bombe prompt à exploser et tuer, qui nous autoriserait à user de l'arme de la torture, avec pour justification le nombre élevé de vies ainsi épargnées. Dans sa prise en compte du réel, Bernstein va jusqu'à avouer (p. 318) qu'il est lui-même si terrifié à l'idée de la dou-

leur causée du moins par les vieilles méthodes tortionnaires (arracher les ongles, attaquer les organes génitaux etc.), qu'il est certain de se soumettre et de capituler rapidement. Là réside la grande originalité de la démarche de Bernstein qui convoque naturellement le droit : *Ex facto oritur jus* (du fait naît le droit). L'adage romain vaut leçon pour le monde d'hier, du présent et de demain.

1. Deux grands moments du droit et d'histoire

Partant de l'histoire, de la phénoménologie et de l'analyse morale, Jay M. Bernstein retrace le parcours accidenté de la torture, arme et punition, infligée durant sept siècles (entre autres procédés, celui du «rank», instrument qu'on peut voir à la Tour de Londres et qui dans ses effets ressemble au supplice de la roue) avant ce qu'on peut désigner «le moment Beccaria» à l'époque des Lumières, celui de l'abolition de la torture en Europe. Ce moment correspond au sommet de l'évolution humanitaire au XVIII^{ème} siècle, quand nos attitudes

et nos sensibilités prirent une forme reconnaissable, s'accordant sur l'inutilité de la cruauté sur d'autres humains, d'abord d'un point de vue sentimental, puis dans une approche rationaliste. Bernstein impute ce changement phénoménal, entre autres raisons, à la répugnance qu'inspiraient désormais des scènes de mortifications et d'exécutions publiques autrefois accueillies avec jubilation. A notre sens, même si ce motif est pertinent, il ne faut oblitérer la fascination des foules devant le spectacle des souffrances des criminels, qu'il s'agisse des Tricoteuses sous la Révolution française et d'autres voyeurs de la guillotine. En France, il a fallu attendre la décapitation d'Eugène Weidmann (Eugen Weidmann en Allemand), surnommé le « tueur au regard de velours » et qualifié de « dégénéré supérieur » par les psychiatres, le 17 juin 1939 à Versailles, déclenchant des mouvements d'hystérie collective tels que le Président du Conseil, Edouard Daladier, promulgât un décret-loi abolissant les exécutions capitales publiques, faisant ainsi de Weidmann le dernier guillotiné en public en France.

Même de nos jours où nous vivons les événements planétaires les plus insoutenables en « live » et en temps quasi-réel, nous ne sommes pas exempts d'un regard complice devant les actes de barbarie commis par Daech ou d'autres groupes terroristes. « Humain, Trop humain », aurait dit Nietzsche !

C'est à Cesare Beccaria et à son traité *des Délits et Des Peines* (1764, tr. fr. 1765), validé par Voltaire et Diderot que nous devons ce bouleversement révolutionnaire dans les esprits et dans les faits. Beccaria juge « barbare » la torture et estime la peine capitale « ni utile ni nécessaire ». Sa critique virulente de la torture, qualifiée de « crime judiciaire » fait date et marque les mentalités. L'importance très tôt sentie de la contribution de Beccaria tient en ce que sa révolution humanitaire se conjugue avec une conception substantive de l'Etat de droit (« rule of law ») sans lequel l'abolition n'aurait pas eu de pertinence. Beccaria est d'abord concerné par des considérations de procédure, comme nous dirions aujourd'hui, notamment le droit de ne pas s'avouer coupable, le droit à la pré-

somption d'innocence jusqu'à la reconnaissance de la culpabilité, le droit à l'inversion des preuves à la charge de l'Etat au-delà du doute raisonnable et la liberté de ne point souffrir des châtements cruels ou inhabituels. Ce faisant, Beccaria construit le « rule of law » sur « une éthique négative » qui pourrait se résumer par une exclamation : « Never again ». Dans ce nouveau cadre conceptuel se sont établis les rapports entre les citoyens et l'Etat lors des Révolutions américaine et française.

Mais l'œuvre majeure de Beccaria se trouva oubliée par la suite : 1° Parce qu'il gagna la cause ; 2° Parce que ses arguments étaient contextuels et ne reposaient pas en premier sur des principes ; 3° Parce que les pratiques pénales n'ont pas totalement éliminé les traces de tortures et même dans certaines juridictions, la torture augmenta ; 4° Parce que la violence étatique ne s'exprima plus ouvertement mais de manière insidieuse comme Michel Foucault l'a démontré ; 5° Parce que même les Etats qui ont aboli la torture à l'intérieur de leurs frontières, en ont massivement utilisé dans leurs aventures impériales et co-

loniales ; 6° Parce que des interprétations du «rule of law» firent leur apparition, vidant de son contenu l'Etat de droit ; 7° Parce qu'au XXème siècle, on réimporta la torture des colonies dans le cadre d'un «Etat sécuritaire». L'on retrouva ainsi la définition de Blackstone dans ses «Commentaires», sous l'Ancien Régime, distinguant la prohibition légale de la torture et son emploi au titre de «moteur de l'Etat» ou de «machine d'Etat» («engine of State»). «Le privilège de l'Exécutif», consistant à définir «l'état d'urgence», «l'état (constitutionnel) d'exception», devint dès lors le paradigme d'actions pervertissant l'idéal de la séparation des pouvoirs, lui-même la clé de l'Etat de droit («rule of law») ; 8° Par-dessus tout, Beccaria fut oublié en raison de son éthique négative et de l'absence de construction d'une «éthique affirmative» puisant sa source dans le corps torturé et questionnant la nature de la souffrance à ne pas infliger. C'est l'érection d'une «éthique positive», à partir du témoignage de Jean Améry sur Auschwitz, qui nourrit le projet de Jay M. Bernstein. Le mal moral de la torture est intimement

lié au pouvoir du tortionnaire de briser la victime, la souffrance devenant une preuve de vulnérabilité et d'exposition ajoutée à un sentiment d'isolement, celui d'être à la fois « présent comme corps » et absent « comme soi ». Le tortionnaire, lui, apparaît à la fois tel un dieu et tel un anti-homme, avec un pouvoir absolu de vie et de mort que les Romains appelaient le *jus vitae necisque*. Dans son inévitable agonie, Améry remarque que «l'expérience était comme un viol, quand une personne envahit le corps d'une autre sans son consentement». Bernstein en déduit, avec justesse, que torture et viol sont deux versions de la même « blessure morale ». Les deux attaquent « le corps que nous sommes » et « le corps que nous avons », les deux conduisent à « la perte de confiance dans le monde », ce qu'on appelle « traumatisme » dans d'autres registres. Il s'en suit une « dévastation » telle qu'on peut soutenir que la torture et le viol sont pires que « la mise à mort ». Dans les sociétés d'honneur, la perte de l'honneur produit « la honte ». Pour nous, l'humiliation conduit au même effet. Améry met en évidence

combien la lutte physique («physical struggle») et la révolte sont essentielles à la préservation de «la dignité humaine». L'observation vaut aussi pour réparer le corps violé.

Il faudra attendre deux siècles pour qu'un autre moment aussi décisif se manifeste à nouveau, consécutif à la fin de la Seconde Guerre mondiale, après les atrocités commises par les Nazis, révélant que les êtres humains peuvent voir leur dignité détruite, qu'ils peuvent être démolis, humiliés, traités comme des ordures. La réponse collective horrifiée face à la barbarie nazie coïncide avec «le moment de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme» en 1948. La Déclaration est une manière forte de négation éthique du génocide nazi, permettant l'avènement de l'Etat de droit. Les droits de l'homme donnent, en droit positif, le contenu effectif de l'Etat de droit. Les douze articles qui ouvrent la Déclaration sont autant de négations de la perversion du droit par les Nazis et du pouvoir souverain de la torture par l'Etat. On y trouve la reconnaissance de la dignité humaine, en rendant intolérables l'esclavage, la

torture et les traitements cruels. L'Etat de droit devient ainsi le premier support de notre consensus moral humanitaire. De par l'histoire, nous savons que le droit purement positif peut être une forme de domination, de destruction et de dévastation et l'Etat peut accepter des méthodes d'interrogatoire et de punition barbares, à travers des normes scélérates. A travers ses six premiers articles, la Déclaration rend effectifs l'égalité de tous devant la loi, le recours légal, la présomption d'innocence, le procès équitable. Ce faisant, l'Etat de droit devient la pierre de touche de toute société moralement «décente», autrement le droit serait porteuse d'une autorité souveraine «sans limites». Qu'on élimine la prohibition de la torture, ni l'Etat libéral ni la morale de vie moderne ne sont plus intelligibles. Un minimum d'expression institutionnelle est nécessaire pour la reconnaissance universelle de l'homme face au droit. Les cinq premiers articles de la Déclaration ne sont pas une série de droits énumérés mais constituent les prémices morales à travers lesquelles la vie signifie le droit d'être traité avec

« dignité », en somme « le droit d'avoir des droits ». L'on a assisté de la sorte à la «répétition» du «moment Beccaria», par une nouvelle éthique négative. Le viol, lui, n'est pas présent dans la Déclaration.

2. « *Le viol est torture* »

Le chapitre III (p.116-172) consacré au « Mal du viol, le Mal de la torture » («The Harm of Rape, the Harm of Torture») est unique en son genre. On ne trouve que peu d'hommes, philosophes de surcroît pour s'intéresser au phénomène épouvantable du viol, universellement condamné et toujours pratiqué. D'habitude, ce sont des femmes, des juristes féministes (telle Maître Gisèle Halimi), des spécialistes d'études du genre (comme Susan Brison), ou des femmes violées qui portent leur témoignage et leur réflexion sur l'abomination qu'est le viol. Jay M. Bernstein est une précieuse exception. Il parle de cette agression faite au corps et à l'identité féminine, comme s'il sentait cette douleur extrême à la fois physique et psychologique. Il part du constat de

l'absence « remarquée » de la condamnation du viol dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme dont les articles 4 et 5 – on l'a vu – interdisent l'esclavage et la torture et du défaut de sa prise en compte dans les débats précédant l'édiction de cette Déclaration pourtant universelle. Il observe que « le viol est inconsciemment relégué dans le côté obscur et dangereux de la sexualité, tissant douleur et volupté », comme dans les relations sadomasochistes. Or, « la sexualité est toujours complexe et risquée ». Il y a une « sexualité triste » («sad sex») ou nostalgique, tel « le souvenir du premier baiser » ; il y a aussi une « sexualité maligne » («bad sex») que beaucoup ont vécu, à un moment ou à un autre de leur vie, avec dégoût. « Du point de vue des victimes, le viol ne relève aucunement de la sexualité même s'il s'agit d'exploiter leur pouvoir à donner du plaisir ». « Le viol est torture » au moment de l'acte, tranche Bernstein. Il y a ensuite un « après » («an aftermath») fait de « silence », de la « honte » du corps, du sentiment de « trahison de soi » («self-betrayal»), d'une mise à mort de

l'âme » («soul murder»), de « mort sociale » («social death»), de désarroi existentiel » («existential helplessness»), enfin de « la perte de confiance dans le monde » («loss of trust in the world»). Le « soi » en tant que « soi » («the self as self») est défait et naufragé. L'être « féminisé », « envahi », en sort « dévasté » par la conscience de sa « vulnérabilité » et de sa « dignité » outragée. Les assauts sexuels mettent en jeu « pouvoir » et « dignité », désir de « surpuissance » et « humiliation » des femmes rendues « vulnérables » et « sans défense ». Pour Bernstein, si la protection légale des personnes violées est nécessaire, elle n'est guère suffisante, tant s'en faut. Il y aura encore et toujours des viols, aussi longtemps qu'une réelle « culture d'intolérance » ne se substituera au laxisme et à l'indulgence implicite, en quel que nom que ce soit. Si Jay M. Bernstein a l'immense mérite de prendre parti de façon convaincante pour les femmes, il passe sous silence deux autres types de viol, celui commis sur des hommes en particulier des homosexuels – un vrai tabou – et les agressions

sexuelles sur des enfants par des actes de pédophilie – qu'on devrait plus précisément appeler pédomanie, puisqu'il s'agit d'une pathologie. Ainsi le jeune romancier français, Edouard Louis, revient dans son dernier roman autobiographique, *Histoire de la violence*⁶ sur une soirée de Noël 2012 où il est abordé par Reda, un jeune Kabyle qu'il invite chez lui pour faire l'amour. La situation dégénère quand il remarque la disparition de son téléphone portable. Sous la menace d'une arme, il est presque étranglé et violé par Réda. L'auteur déclare qu'il vaut mieux ne pas être homosexuel quand on est violé. Son viol est d'ailleurs vécu dans la confusion, puisqu'au départ il ne veut porter plainte « pour des raisons politiques », car à ses yeux, Reda appartient lui-même à une partie de la société, les immigrés, qui portent le poids des terreur et des malheurs de l'Histoire.

Il existe encore un point dont ne parle pas Jay M. Bernstein, celui des tortures psychologiques, autrement plus graves, car elles ne laissent pas de traces vérifiables sur le corps mais touchent l'âme

des victimes. Une raison parmi beaucoup, qui rend ardu l'abolition de la torture.

3. *L'abolition de la torture, les fantasmes utilitaristes et la persistance du viol*

Malgré les apports considérables de Beccaria et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la torture continue à être pratiquée et des personnes raisonnables pensent que son rejet absolu tient de la « naïveté » dans le monde où nous vivons. Le « grand puzzle » est de s'interroger sur la permanence de la torture et de la tentation à torturer, sur ce qui fait de nous « des animaux tortionnaires ». La torture résiste à son interdit par « l'illusion de son imaginaire moral » comme si « un démon moral » ôtait toute force aux règles de droit et de morale. Le sens moral de son « utilité » est de créer « l'aliénation morale ». Les deux « scénarii de peine » déjà évoqués (le kidnapping d'enfant et la bombe prête à exploser) sont des « circonstances extrêmes » qui rendent la torture envisageable, par l'absence d'al-

ternative et par l'exclusion de toutes contingences. Les arguments «utilitaristes» s'alimentent par le désespoir et des «fantasmes extravagants». Ils indiquent les cas où nous pouvons nous affranchir des limites constitutionnelles et du droit, présupposant que les paramètres légaux et moraux ne sont pas «absolus» mais «finis». Cette vision est antithétique de tout esprit constitutionnel de la société dont «la raison d'être» est le contrôle de la violence et de la coercition au nom de la dignité et de la liberté. Or le domaine de la morale doit rester au moins en partie «supra-légale». Le tortionnaire conscient de ses actes devient dans l'argumentaire utilitariste «un hybride d'Abraham prêt à sacrifier Isaac et d'un

Jésus voulant se sacrifier pour les autres». Le tortionnaire est vu comme un «héros tragique». «Le pathos fait de cette manière partie de la séduction morale» de la torture. Or, il n'y a pas de «bon cas de torture» et la dignité humaine n'est pas négociable. Penser le contraire revient à ignorer «les droits durement acquis» de la Déclaration des Droits.

Pour ce qui est du viol, sa condamnation universelle contraste avec son caractère «virtuel», ce qui nous impose de déconnecter la morale abstraite et l'expérience morale concrète. Sans règles morales, nous ne pouvons que tolérer les dégâts immenses causés par le viol, dans ce que Bernstein désigne comme «la misogynie métaphy-

sique», le propre d'un système patriarcal qui perdure malgré tout. La peur du viol appartient d'ailleurs au vécu quotidien de toutes les femmes.

La torture et le viol sont en dernière instance des actes radicaux de dépossession, de coupure entre le «corps volontaire» des victimes et leur «corps involontaire». D'où l'aliénation morale, la marque même de l'actualité de notre monde social, si subtilement analysé par le philosophe Jay M. Bernstein.

L'essai sur «la blessure morale» n'est pas de ceux qu'on ouvre et qu'on ferme. Il doit rester constamment sous les yeux et à portée de main, pour aider à penser et à tancer de nouvelles formes de torture et de viol, encore inédites.

¹ J.M. Bernstein, *Torture and Dignity. An Essay on moral injury*, The Chicago University Press, October 2015, 380 pages. Le philosophe américain Jay M. Bernstein est professeur à la grande institution newyorkaise, The New School for social studies, devenue en 1933 «University in exile», havre académique pour des intellectuels fuyant le nazisme (Hannah Arendt, Leo Strauss, Hans Jonas alias Jean Améry, entre autres). Il est spécialiste de la «Continental philosophy» (philosophie euro-

péenne), en particulier de Hegel, Kant et Adorno. Il est l'auteur de : *The Fate of Art : Aesthetic Alienation from Kant to Derrida and Adorno*, University Park, Pennsylvania State University Press, 1992 ; *Adorno: Disenchantment and Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ; *Against voluptuous bodies. Late Modernism and the meaning of painting*, Palo Alto, Stanford University Press, 2007.

² Voir V. Azimi, *Jay M. Bernstein : Un regard philosophique sur viol, torture*

et dignité, in «Huffington Post France», 1^{er} février 2016, <http://www.huffingtonpost.fr/vida-azimi/jay-m-bernstein-un-regard_b_9129718.html?utm_hp_ref=france>, novembre 2016.

³ Tout récemment, la journaliste et documentariste britannique Isabel Yeung s'est rendu en Afghanistan pour réaliser un documentaire sur la vie des femmes, 15 ans après la fin du régime des Talibans. Un de ses interlocuteurs, le député conservateur de la province de Herat, Nazir Ahmad

Hanafi, également enseignant religieux, répond sans regarder la journaliste, à la question posée « Pourquoi êtes-vous contre le projet de loi « Pour l'élimination de la violence faite aux femmes » : « Que voulez-vous dire par viol ? Il existe une forme de viol chez vous et une autre chez nous, en Islam ». Puis il se tourne vers un groupe d'hommes assis autour de lui et réplique à la journaliste : « Je devrais peut-être vous donner à un homme afghan qui vous coupera le nez ». La menace n'est pas anodine. Un acte de ce type a déjà été signalé en Afghanistan contre Aisha Mohammadzai et a fait la une et la couverture du magazine Time en 2010, <www.lemonde.fr>, Post de Blog, 12 avril 2016.

⁴ Il s'agit du titre traduit en Français, Arles, Actes Sud, 1995. Le titre anglais est : *At the Mind's Limits. Contemplations by a Survivor on Auschwitz and its Realities*.

⁵ Princeton, Princeton University Press, 2003.

⁶ Paris, Edition du Seuil, 2016.

Ventuno proposte di lettura

A CURA DI ANTONELLA BETTONI, RONALD CAR, NINEA CONTIGIANI,
LUIGI LACCHÈ, ANDREA MARCHILI, GIUSEPPE MECCA, PAOLA
PERSANO, LUCA SCUCCIMARRA, MONICA STRONATI

A

Giuliano AMATO
con la collaborazione di
Benedetta Barbisan
*Corte costituzionale e Corti
europee. Fra diversità nazionali
e visione comune*

Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 126
ISBN 9788815260789, Euro 13

Tre lezioni, che Giuliano Amato ha tenuto davanti agli studenti dell'Università di Macerata durante la terza edizione delle «Alberico Gentili Lectures» (29-30 aprile 2014), sono raccolte in quest'agile ed interessante volume. Nella premessa sono contenute alcune note sulle vicende personali e professionali dell'autore unitamente alla drammatica constatazione che la fase di decadenza della

vita presente riduce di molto le opportunità lavorative, imponendo ai giovani di prepararsi culturalmente e specializzarsi al fine di considerare la necessità di dover lasciare l'Italia come un'opportunità.

Segnatamente, la prima lezione è la risposta al quesito: "come lavora la Corte costituzionale?", attraverso l'esperienza che l'autore ha maturato 'dentro la corte', citando il titolo di un altro interessante volume, pubblicato da Sabino Cassese, avente anch'esso ad oggetto la vita dentro il Palazzo della Consulta.

La seconda lezione, attraverso il caso *Godelli c. Italia* sull'anonimato della madre che dà in adozione il figlio, analizza precipuamente il rapporto tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo.

Muovendo dal caso dei diritti irrinunciabili dell'im-

putato contumaciale, la terza lezione considera il rapporto triangolare tra Corte costituzionale, Corte dei diritti dell'uomo e Corte Europea.

Con stile persuasivo, conservando toni colloquiali, il volume è un'introduzione al difficile tema dei rapporti tra Corte costituzionale e giurisdizioni sopranazionali. Il tutto è magistralmente ottenuto mettendo assieme *case studies* ed elementi di teoria generale.

G.M.

Andrew ARATO
*Post Sovereign Constitution
Making. Learning and
Legitimacy*

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 308
ISBN 9780819875982, Euro 72,72

In questo lavoro Andrew Arato organizza in modo sistematico le riflessioni degli ultimi anni, apparse in forma di numerosi

articoli in riviste internazionali, sul tema che dà il titolo al libro. Per "Post Sovereign Constitution Making" l'Autore intende innanzitutto l'elaborazione teorica, idealtipica, di quei fenomeni di "constitution making" che vanno dalla Spagna degli anni '70 al Sud Africa, dalle esperienze delle nazioni europee centro-orientali dopo la caduta del muro di Berlino sino ai "programmi" politico-costituzionali per la "stabilizzazione" di paesi come l'Iraq. A differenza della costituzionalizzazione classica, legata alla figura del potere costituente e basata su assemblee e convenzioni, quella "post-sovrana" e "post-rivoluzionaria" si compone di un complesso di fenomeni che spostano il problema della legalità e della legittimità sul terreno della "round-table constitution", del "two-stage process", delle "interim constitutions". Qui questo costituzionalismo post-sovrano viene visto all'opera in due casi in particolare: l'Ungheria (comparato con la Polonia, la Bulgaria e il Sud Africa) e la Turchia.

La terza parte del lavoro è dedicata alla sfida del populismo contemporaneo visto come "modello" alternativo a quello proposto da Arato in termini di "learning and legitimacy". Non si tratta di prendere in considerazione solo le esperienze sudamericane (per es. Venezuela e Colombia), poiché anche gli sviluppi

costituzionali di Ungheria e Turchia rivelano l'ampia gamma della politica populista vista come una teologia politica dove il richiamo alla sovranità popolare passa più attraverso le elezioni che attraverso le rivoluzioni. Arato ritiene infine proprio il paradigma democratico post-sovrano la migliore alternativa alle diverse forme di populismo, sia a destra che a sinistra. "The defeat of populism, however, – conclude – will not be possible without improving the quality, the responsiveness, and the accountability of contemporary democratic politics well beyond the constituent process".

L.L.

Anna ASCENZI, Roberto SANI
Tra disciplinamento sociale ed educazione alla cittadinanza. L'insegnamento dei Diritti e Doveri nelle scuole dell'Italia unita (1861-1900)

Macerata, eum, 2016, pp. 178
ISBN 9788860564511, Euro 20

Il volume colma un ritardo rispetto allo studio delle discipline scolastiche e della manualistica da parte degli storici dell'educazione. Gli autori lo fanno con riguardo al primo quarantennio di vita dell'Italia unita, a partire dalla consapevolezza della complessità di questo ambito di studio. Infatti, studiare l'istituzione scolastica abbisogna, per i contenuti veicolati, della comprensione delle cornici sto-

rico-politiche e sociali, oltre che in parte giuridiche di quei contenuti, a maggior ragione nel caso di questo volume che rilegge la vicenda dell'insegnamento dei valori fondanti per il rapporto dell'individuo con lo Stato liberale.

Esso svela, opportunamente, con programmi e manuali alla mano, come in ogni processo di *State building* la classe dirigente porti con sé una propria visione dell'educazione civica funzionale soprattutto a 'conformare' le nuove generazioni ai suoi valori (cap. 2), sia che essi siano stati imposti dalla radicalità di una rivoluzione sia che siano emersi per via riformista, magari dall'alto.

Almeno questa è la vicenda dello Stato unitario italiano, espressione di una borghesia liberale che doveva ancora dare piena prova di sé dopo aver 'fatto l'Italia', facendo poi gli Italiani. Quella classe dirigente li immaginava diversamente legati e protetti dallo Stato, a seconda di quanto forte fosse il vincolo proprietario e/o di quanto 'modificabile' fosse il loro destino (cap. 4 sulle scuole tecniche).

Era una società strutturalmente classista, che concepiva "spazio e obiettivi curriculari", "programmi didattici", "metodi e strumenti (i manuali disciplinari)" diversi per scuole di diverso ordine e grado senza curarsi dello iato tra «il riconoscimento formale dei diritti e le condizioni sostanziali del

loro effettivo esercizio» (p. 11), un divario ancor più importante di quello esistente tra i programmi didattici e ciò che poi era realmente insegnato nelle aule (cap. 5).

Presero corpo consapevoli strategie, diverse per fini pedagogici diversi. Nell'ordinamento eretto sulla base della Legge Casati del 1859 non si consentì nelle scuole normali femminili l'insegnamento di "Nozioni generali sui diritti e sui doveri dei cittadini in relazione allo Statuto, alla legge elettorale ed all'amministrazione pubblica". Solo le scuole maschili furono oggetto dell'intervento statale, anche per via del fatto che le donne erano escluse dal voto come gli analfabeti, gli interdetti, inabilitati, i condannati per oziosità, vagabondaggio e mendicizia (p. 14, nt. 4).

Ricca e assai utile, in appendice, la raccolta dei programmi didattici e il repertorio dei manuali.

N.C.

B

Bronislaw BACZKO, Michel
PORRET, François ROSSET (sous
la direction)

*Dictionnaire critique de l'utopie
au temps des Lumières*

Chêne-Bourg, Georg éditeur, 2016,
pp. 1408

ISBN 9782825710333, Euro 49

Il Dizionario dell'immaginario utopico dell'Illuminismo non è una rassegna compilativa quanto piuttosto una fonte, a tratti sorprendente, di lavoro e riflessione critica sui grandi temi della modernità. Ai tempi dei Lumi l'utopia segna una rottura, cambia di natura. Il genere utopico dopo lo choc rivoluzionario viene definito il piano di governo immaginario, dove tutto è perfettamente regolato per la felicità comune, come nel Paese favoloso di Utopia descritto nel libro di Tommaso Moro. Utopia è il luogo della felicità e al tempo stesso il nessun luogo, giocando con l'ambiguità della parola il romanzo di Stato si dispiega tra gioco letterario e progetto di riforma per rivoluzionare il mondo reale. Naturalmente la Repubblica immaginaria è un altrove, ma che rafforza l'immaginario politico del perfezionamento infinito del contratto sociale. L'ideale delle leggi giuste non è certo un'invenzione settecentesca, tuttavia mai come nel secolo dei Lumi pullulano tanti progetti di legislazione. Anche lo Stato nazionale moderno non solo viene anticipato dalla visione utopica ma essa stessa contribuisce a realizzarlo. Come il gioco domestico, della famiglia, che sostiene il gioco politico dello Stato moderno e in particolare i figli educati, fortificati, o meglio fabbricati come cittadini virtuosi. Più di cinquanta studiosi hanno curato altrettante voci: dallo Sta-

to alla famiglia, dalla giustizia alla legge; dalla comunicazione alle relazioni tra donne e uomini e ancora i viaggi, la guerra, la pace, il paradiso, la povertà, la salute, la proprietà, la pirateria ed altro ancora.

M.S.

Mariaconcetta BASILE
*Costituzionalismo e formazione
dell'opinione pubblica in Sicilia
(1812-1848)*

Roma, Aracne, 2016, pp. 264
ISBN 9788854891241, Euro 16

Il volume, corredato da una ricca appendice documentaria e preceduto da una prefazione di Roberto Martucci, ricostruisce, attraverso alcuni scritti politici (pamphlets, catechismi e articoli di giornale), la formazione delle idee costituzionali e la discussione delle nuove idee politiche nell'ambito di una nascente ma ristretta opinione pubblica alfabetizzata. Il contesto preso ad esame è rappresentato dai cambiamenti istituzionali che investono la Sicilia tra la Costituzione del 1812 e quella del 1848.

La concessione della libertà di stampa aveva portato in Sicilia al proliferare di fogli stampati, ma la circolazione d'idee e i dibattiti erano sopposti ad un sistema di controllo che, come nota l'autrice, era nella pratica complicato ed inefficace, tanto da non aver impedito il diffondersi di voci polifoniche.

La monografia è da segnalare anche perché mostra

chiaramente il bisogno da parte delle élite siciliane di diffondere il nuovo verbo costituzionale, di formare i pochi alfabetizzati e di discutere anche con vivacità ed originalità questioni costituzionali di rilevanza.

G.M.

C

Thomas CASADEI (a cura di)
Donne, diritto, diritti.
Prospettive del giusfemminismo

Torino, Giappichelli, 2015, pp. 294
ISBN 9788834863251, Euro 26

Collettaneo a più voci, tutte fra loro legate dalla comune prospettiva giusfemminista, vale a dire quella linea critico-metodologica del femminismo giuridico, essenzialmente europea e nord-americana, in grado di connettere in un quadro di vaste proporzioni cronologiche questioni che vanno dal multiculturalismo alla differenza sessuale, dalle forme della violenza maschile sulle donne all'etica della cura, fino ad approdare alle odierne riflessioni su vulnerabilità e dipendenza, o sulle riconfigurazioni del mercato del lavoro fra crisi economica e reazioni familistico-patriarcali. Il tutto con un innegabile debito nei confronti dei *gender studies*, evocati a partire dal contributo pionieristico del 1991 a firma

di Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference* (p. 251), per approdare alle tendenze giusrealiste più recenti di Martha Albertson Fineman (p. 287).

Ad essere in gioco è il senso del diritto nella sua dimensione autenticamente dinamica e conflittuale, dentro la quale le donne figurano esse stesse come soggetti di conflitti specifici, e non come complemento/completamento né nella forma esclusiva della negazione di ogni presenza e conflitto.

Tra i ritardi di un panorama di ricerca, quello della tradizione giusfilosofica italiana, che pure ha ospitato voci 'altre' come Letizia Gianformaggio e Tamar Pitch e nelle cui maglie si muovono oggi nuove generazioni di studiose impegnate – al pari di molte tra coloro che al volume hanno contribuito – nell'opera di rovesciamento, se non addirittura di vera e propria decostruzione critica di costrutti filosofici e paradigmi giuridici consolidati, colpisce positivamente lo sforzo di mappare in dettaglio, e non in maniera impressionistica, la polifonia del dibattito in corso. È quanto accade, meritoriamente, nella *Postfazione* apposta dal curatore a chiusura del volume.

P.P.

Thomas CASADEI
Il rovescio dei diritti umani.
Razza, discriminazione,
schiavitù

Roma, DeriveApprodi, 2016, pp. 133
ISBN 9788865481684, euro 15

Studio agile ma denso dell'attuale «ritorno della "razza"» – come direbbe Étienne Balibar, in senso 'soggettivo' e 'oggettivo' – che asseconda e legittima il razzismo» (p. 5).

In dialogo implicito ed esplicito proprio con Balibar, al confronto col quale è dedicata l'Appendice del libro, Casadei riattraversa un percorso di ricerca individuale, e soprattutto collettivo, che lo vede impegnato da più di dieci anni a tematizzare e decifrare, con gli strumenti più propri della teoria giuridica e politica contemporanea – una per tutte, la *Critical Race Theory* –, fenomeni complessi come quello della 'naturalizzazione' delle disuguaglianze e delle discriminazioni variamente legate alla 'razza' che attraversano, e sempre più spesso strutturano, le relazioni informali, i rapporti di lavoro, le politiche pubbliche del tempo presente.

Di razzismo, e ancor prima di tutte quelle pratiche di disuguaglianza e discriminazione che lo nutrono e lo sostengono, non di rado mediante norme e dispositivi istituzionali, l'Autore parla dunque «come modo di pensare, come atteggiamento cognitivo, come pratica di azione» (p. 6), in quanto altra faccia – il rovescio appunto – di una modernità europea costitutivamente stretta tra libertà e schiavitù, diritti umani e loro negazione,

all'incrocio fra «razzismo di Stato [...], razzismo mediatico e razzismo popolare» (p. 11). E a nozioni come quelle di *neorazzismo* e *neoschiavismo* Casadei si affida per leggere il panorama complesso delle attuali migrazioni e dei processi sempre più insistiti di costruzione di «soggetti-razza», vale a dire i destinatari – sempre e solo stranieri – delle misure e dei meccanismi di controllo, selezione ed espulsione dai confini (cfr. Enrica Rigo, nota 8, p. 15).

Straordinariamente ricco e ragionato il supporto bibliografico e l'apparato di note. Bella la veste grafica del volume.

P.P.

Giulio CIANFEROTTI
1914. *Le Università italiane e la Germania*

Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 164
ISBN 9788815266736, Euro 19

Nella Collana "Studi e Ricerche" del Centro universitario per la storia delle Università italiane appare questo bel volume di Giulio Cianferotti che – negli anni del centenario della prima guerra mondiale – dedica una attenta ricostruzione al "momento" e allo *Zeitgeist* dell'entrata in guerra della Germania e dei lunghi mesi del neutralismo italiano mettendo al centro il tema rilevantisimo dei rapporti tra Italia e Germania in ambito universitario, a cominciare proprio dall'*ubi consistam* del cd. *Modell Deutschland* e dalla sua forte dimensione costi-

tuzionale ben evocata, a suo tempo, da Pierangelo Schiera. Agosto 1914 segna il crollo della *respublica litterarum* europea e introduce ad un tema che allora ebbe un ruolo cruciale, quello della "guerra di civiltà", della *Kultur* contro la *Zivilisation*. Nel corso dell'Ottocento l'Università humboldtiana e il paradigma scientifico attraversarono intere generazioni di giovani studiosi italiani, dalle scienze alle lettere. Gli *italianische Reise* dei dotti tedeschi (basti pensare, per il mondo del diritto, a Savigny, Mittermaier e tanti altri) furono la spina dorsale di questo movimento. Le Università italiane a partire dagli anni '70 dell'Ottocento cominciarono ad entrare nell'orbita del "metodo tedesco", specialmente come *Weltanschauung* dei nuovi scienziati italiani. Cianferotti, storico del diritto, ne offre un quadro molto approfondito e aggiornato, valorizzando, in particolare, la dimensione giuridica, ma sempre all'interno di un'analisi in profondità dei modelli culturali e letterari. L'entrata in guerra dell'Italia contro la Germania segnò un percorso iniziato almeno un secolo prima. La Guerra provocò enormi distruzioni e con esse la fine di un mondo.

L.L.

Floriana COLAO, Luigi LACCHÈ,
Claudia STORTI (a cura di)
Giustizia penale e politica in

Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto

Milano, Giuffrè, 2015, pp. 533
ISBN 9788814183904, Euro 52

L'ampio volume collettaneo curato da F. Colao, L. Lacchè e C. Storti raccoglie i contributi prodotti nell'ambito di un PRIN e presentati in un seminario svoltosi a Milano nel luglio 2013 sul tema della *Giustizia penale e politica* nell'«arco cronologico contemporaneo e nel contesto italiano» (p. VI). L'obiettivo della ricerca è quello di riflettere sulla tensione esistente nel "binomio giustizia penale e politica" in una prospettiva storico-giuridica; sotto il profilo costituzionale si tratta di un tema che restituisce in tutta la sua problematicità l'aporia in cui si sono imbattute le società liberali e democratiche nella gestione del conflitto politico.

La prima parte, *Fondamenti e dialettiche*, ha un approccio teorico e raccoglie i saggi più attenti alle «elaborazioni concettuali e modelli interpretativi; la produzione di discorsi e di rappresentazioni».

Lacchè riflette sul *paradosso delle libertà* che inevitabilmente si produce nello spazio del processo penale dei moderni. Un ordine costituzionale edificato a ideale protezione delle libertà individuali e collettive finisce per creare un *doppio livello* penale, fatto di eccezioni e di deroghe al principio di legalità, con il preci-

puo intento di neutralizzare qualunque tentativo di sovvertimento dell'ordine stesso. «Il tema della giustizia espeditiva, "rigorosa", non negoziabile, che comprime inevitabilmente libertà e garanzie è destinato a diventare la più problematica "zona grigia" dell'ordinamento liberale» (p. 19).

Il processo penale italiano, dall'Unità al primo Codice della Repubblica, è l'oggetto del saggio di Colao che rinviene, nelle diverse esperienze costituzionali, *caratteri originali e tratti permanenti*.

Storti propone una riflessione sul periodo della Prima Repubblica in particolare come l'istituto del *Segreto di Stato* abbia rappresentato uno straordinario *campo di tensione* nell'ambito del principio costituzionale della separazione dei poteri. Altri saggi affrontano il prisma della giustizia penale nei suoi diversi ambiti: la sfera militare (C. Latini), i reati ministeriali (C. Danusso), l'immunità maiestatica (M. Pastorelli), la difesa internazionale contro il crimine (M. Meccarelli). E. De Cristofaro, propone una genealogia della risposta penale alla camorra e alla mafia, mentre R. Bianchi Riva offre un'analisi storica delle misure eccezionali attraverso il periodo liberale, poi il fascismo e infine nella storia Repubblicana.

La seconda e la terza parte del volume declinano il tema della giustizia penale e poli-

tica dapprima attraverso gli *Itinerari preunitari*: il processo penale in età giacobina a Verona e Vicenza (C. Carcereri De' Prati); la repressione delle insurrezioni del 1819 nel Regno delle Due Sicilie (G. Pace Gravina); le eccezioni nella Sicilia dei Borbone (A. Cappuccio); il processo penale pontificio (N. Contigiani); i processi politici nel Veneto austriaco (C. Valsecchi). È poi la volta delle *Esperienze italiane*: La responsabilità pubblica e disciplinare della magistratura (G. Mecca); un'analisi del commento allo Statuto del Regno d'Italia prodotto dalla dottrina nel primo Novecento (M. Stornati); il processo ai Ministri attraverso il caso dell'arresto di Nunzio Nasi (E. D'Amico); il reato di disfattismo politico (A. Fusco); il diritto del lavoro nella transizione giuridica dal fascismo alla democrazia (P. Passaniti).

L.S.

D

David DYZENHAUS, Malcom THORBURN (eds.)
Philosophical foundations of constitutional law

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 332.
ISBN 9780198754527, £ 60

Il volume si propone di individuare i fondamenti filoso-

fici del diritto costituzionale. L'indagine si presenta come necessaria per l'assenza di accordo, tra i filosofi del diritto, su quale sia il corretto approccio nei confronti del diritto costituzionale. Scopo del volume è quello di creare nuove connessioni tra la filosofia del diritto costituzionale e la filosofia politica, il diritto comparato, la storia delle idee e la filosofia morale (p. 6).

L'opera è divisa in quattro parti che analizzano le definizioni di costituzione, l'autorità costituzionale, i principi costituzionali fondamentali, i diritti costituzionali e i loro limiti.

La prima parte presenta saggi sull'idea di costituzione, sulla costituzione non scritta come concetto legale, su implicazioni costituzionali e struttura costituzionale, su cosa costituisce una costituzione, e infine sulle modifiche costituzionali e il costituzionalismo politico. Dei cinque saggi tutti ugualmente interessanti merita un breve cenno la distinzione fra costituzione scritta e non scritta contenuta nel saggio di Mark Walters. L'autore, avviando la sua analisi dalla constatazione che negli ultimi anni molti Stati si sono dotati di una costituzione scritta, ritiene da un lato che la costituzione scritta sia fondata su una teoria lineare del diritto secondo cui le norme basano la propria autorità su una fonte superiore che

le legittima, e secondo la quale in cima alla gerarchia di fonti si trova senz'altro la costituzione; dall'altro che la costituzione non scritta presupponga una teoria circolare del diritto secondo cui le norme sono tutte interconnesse fra loro ed è pertanto impossibile risalire al principio motore da cui esse si dipartono: l'immagine che rappresenta bene questa teoria è quella di un ragnatela sferica (pp. 33-34).

Breve riferimento merita anche il saggio di Rosalind Dixon e Adrienne Stone che analizza il ruolo svolto dalle modifiche costituzionali nel costituzionalismo democratico e in particolare esamina la legittimità democratica della revisione delle norme ad opera della Corte costituzionale. Le procedure di modifica della costituzione permettono l'adeguamento delle norme ai cambiamenti sociali, consentono la permanente partecipazione popolare al divenire della costituzione in tal modo legittimando i cambiamenti stessi, e danno modo di liberarsi delle interpretazioni giudiziali che si accumulano sui principi costituzionali alterandone il significato autentico. Tali procedure di modifica offrono rimedio alla sclerosi delle costituzioni scritte (pp. 95-96).

La seconda parte contiene saggi sulla legittimità costituzionale, sul potere costituente e la costituzione, sulla sovranità popolare e il processo

costituzionale rivoluzionario, e sulla ragion di stato costituzionale. Merita di essere menzionata la definizione data da Thomas Poole della 'ragion di stato costituzionale' qualificata come 'dimensione fondamentale del diritto costituzionale, operante come concetto limite tra diritto e politica, e politica e violenza' (p. 179). La ragion di stato costituzionale consente allo Stato di muoversi da registri basati su norme e diritti a registri fondati su interessi e poteri.

La terza parte include saggi sulla *rule of law*, sulla separazione costituzionale dei poteri, sull'interpretazione costituzionale, e sui fondamenti filosofici della revisione giudiziale. Jack M. Balkin nel saggio sull'interpretazione costituzionale distingue fra costituzione e costituzione in pratica, essendo quest'ultima il prodotto di una certa costituzione operante in un certo momento storico. Distingue poi la costituzione in pratica da un lato dal testo della costituzione, dall'altro da quello che gli individui credono sia la migliore lettura della costituzione stessa. Descrive le divergenze riguardo all'interpretazione, al ruolo dei giudici, alla lotta politica e al potere costituente esistenti in due diversi modelli costituzionali: la costituzione come grattacielo e la costituzione come quadro di riferimento. Secondo il primo modello la costituzione vigente è come un edificio comple-

to: le persone vivono al suo interno così come vivono dentro a un palazzo che protegge i suoi abitanti e crea spazi per essi. Il secondo modello porta invece a considerare la costituzione come sempre incompleta: un quadro di riferimento iniziale per il governo, una piattaforma che consente sviluppi politici futuri (pp. 242-244).

La quarta parte comprende saggi su diritti di uguaglianza e stereotipi e sulla proporzionalità. Il saggio di Sophia Moreau afferma l'intima connessione tra il principio di uguaglianza e la legittimità politica di uno Stato democratico, nel senso che la legittimità politica di tale Stato richiede che lo Stato riconosca di essere tenuto a trattare coloro che governa come uguali. In sostanza lo Stato democratico non può ammettere discriminazioni fra individui sulla base di razza, sesso, religione. Teoricamente altri diritti potrebbero non essere riconosciuti, come ad esempio il diritto alla libertà di espressione o associazione, ma il loro mancato riconoscimento, secondo l'autrice, renderebbe lo stato ingiusto o illiberale, non illegittimo. L'illegittimità deriverebbe solo dal mancato riconoscimento del diritto di uguaglianza, non tanto perché esso sottende la presenza di una silente stereotipizzazione che rinforza e conferma pregiudizi di lunga durata nella mente del popolo, quanto piuttosto per i danni (perpetuazione di pregiudizi, limi-

tazione di libertà e autonomie, negazione del pieno valore umano) che esso produce sui gruppi discriminati (pp. 284-285).

Il volume per la ricchezza dei contenuti e il grado di approfondimento è di sicuro interesse per costituzionalisti, filosofi del diritto costituzionale, filosofi politici, comparatisti e per quanti desiderano approfondire le proprie conoscenze in questo ambito.

A.B.

G

Carlo GINZBURG

Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica

Milano, Adelphi, 2015, pp. 311
ISBN 97888459930041, Euro 40

Un tratto peculiare della ricerca di Ginzburg è quello di avvalersi di strumenti analitici ricavati da discipline apparentemente distanti dal lavoro dello storico. Ginzburg, infatti, non si limita a considerare la letteratura e le arti pittoriche – su cui ha molto lavorato – due sfere da indagare, ma trae da esse dei veri propri dispositivi utili alla stessa conoscenza storica. I saggi contenuti in *Paura reverenza terrore* mettono in correlazione la dimensione iconografica e il potere. In modo particolare, essi si concentrano analitica-

mente su formule visive, gesti passionali (*Pathosformeln*), che fanno emergere strati di senso non immediatamente percepibili: lo scopo è di chiarire, dunque, il significato storico-politico delle opere analizzate. Una coppa del primo cinquecento fatta ad Anversa, il frontespizio del *Leviathan* di Hobbes, il *Marat all'ultimo respiro* di David, il manifesto Kitchener, *Guernica* di Picasso vengono studiati come angoli di rifrazione sia per coglierne il legame intrattenuto con fonti dimenticate, in modo particolare quelle classiche, sia per accedere riflessivamente all'attualità. Da questo punto di vista, sono fondamentali le parole con cui Ginzburg inizia il saggio su Hobbes: «dobbiamo imparare a guardare il presente a distanza, come se lo vedessimo attraverso un cannocchiale rovesciato». Il lettore percepirà immediatamente la prossimità di queste parole con quelle che Ginzburg stesso prendeva in prestito dalla *Recherche* proustiana nel suo saggio sullo *Straniamento* e che invitavano a dipingere la storia alla rovescia, come Elstir dipingeva il mare (in *Occhiacci di legno*, Milano, Feltrinelli, 1998). Anche in quel caso la dimensione delle immagini assumeva un valore cognitivo fondamentale, ancorché mediato dalla finzione letteraria. Anche in quel caso lo scopo, del tutto antipositivistico, era

di non assumere come scontata la realtà.

A.M.

Dieter GRIMM

Constitutionalism. Past, Present and Future

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 383
ISBN 9780198766124, Euro 70,74

Per i lettori che non conoscono la lingua tedesca, la collana *Oxford constitutional theory* raccoglie in inglese alcuni dei più importanti saggi di Dieter Grimm, eminente studioso e già giudice costituzionale. Si tratta di lavori che hanno influenzato non poco il dibattito di studiosi tedeschi ed europei. Gli argomenti dei singoli saggi coprono tematiche cruciali per la teoria e la storia costituzionale. Tra i molti temi trattati vi è quello dell'emersione del costituzionalismo moderno e delle Costituzioni. Attraverso un *file rouge* che attraversa diversi saggi, l'autore individua le condizioni e lo sviluppo del concetto di Costituzione in senso normativo, della tutela dei diritti individuali come condizione per l'emersione del moderno costituzionalismo, nonché del ruolo e dell'importanza dell'interpretazione per l'evoluzione dei sistemi costituzionali.

Le ultime parti del volume raccolgono, invece, saggi su temi del c.d. "costituzionalismo globale", con particolare attenzione alla costituziona-

lizzazione europea e alla dimensione internazionale. Si affrontano, ad esempio, gli effetti dell'internazionalizzazione dei sistemi costituzionali, la questione dell'influenza delle Costituzioni nazionali sul processo legislativo europeo o temi connessi ai processi di denazionalizzazione.

Indubbiamente, d'ora in poi, il volume sarà un punto di riferimento ineludibile per chiunque si vorrà avvicinare a questioni di questo genere.

G.M.

Rainer GROTE, Tilmann J.
RÖDER (eds.)
*Constitutionalism, Human
Rights, and Islam after the Arab
Spring*

Oxford, Oxford University Press, pp.
992
ISBN 9780190627645, £ 105

L'obiettivo dei curatori di questa monumentale ed ambiziosa opera è di offrire un'esauriente analisi della "primavera araba" da una prospettiva costituzionalistica. In altre parole, il complesso degli eventi che dal dicembre 2010 scuote le società islamiche dalle coste dell'Atlantico a quelle del Golfo Persico, viene vagliato ponendo l'accento sugli sforzi di rinnovare i sistemi costituzionali degli stati coinvolti.

L'ampiezza dell'argomento giustifica la mole di materiale che si offre al lettore giacché la varietà di condizioni sociali, culturali, economiche e politiche dei territori coinvolti

giustifica il consueto parallelismo tra la "primavera araba" e la "primavera dei popoli", che nel 1848 unì nella medesima fiamma rivoluzionaria la Sicilia e la Danimarca, la Francia e la Galizia. Nel mondo arabo, l'obiettivo comune era (e nella grande maggioranza dei casi rimane) quello di trovare un compromesso durevole tra i valori del costituzionalismo (partecipazione popolare al governo, diritti umani e stato di diritto) e quelli dell'Islam (la Shari'ah, intesa sia come dottrina metafisica interpretata dalle autorità religiose, sia come diritto positivo emanato dalle autorità statali, sia, infine, come un insieme di regole comportamentali condizionate dalle consuetudini delle popolazioni locali). Vista la complessità del compito, non sorprende se, come riassumono i curatori del volume, nei paesi che finora sono riusciti ad evitare la guerra civile, la continuità con la situazione precedente al 2010 in gran parte prevale sul cambiamento. Ciò è evidente nel caso dell'Egitto, dove dopo la deposizione del governo Mursi sia la centralità dell'esercito, sia il carattere islamico del sistema legale sono stati ristabiliti nei termini quasi identici a quelli previsti dalla costituzione del 1971. Lo stesso vale per il Marocco, in cui la revisione della carta costituzionale concessa dal Re Muhammad VI non ha finora condotto che ad un'affermazione formale del diritto

della maggioranza parlamentare ad eleggere il governo, mentre il potere effettivo continua ad essere nelle mani della dinastia Alawide che dal 1666 fonda la propria autorità sulla presunta discendenza dal profeta Maometto.

La Tunisia è usualmente evocata come il paese che ha con maggior successo portato a compimento le promesse della sua "rivoluzione dei gelsomini" grazie al compromesso tra correnti islamiche e laiche coronato con la costituzione del 2014. Tuttavia, gran parte della nuova normativa riguardante il ruolo politico dell'Islam, notano i curatori del volume, è in realtà riconducibile al ben consolidato orientamento "modernista", le cui origini risalgono al XIX secolo. È senz'altro vero che la Tunisia, a differenza di tutte le altre società coinvolte, sia riuscita ad evitare che l'apertura di un processo costituente genuinamente partecipativo conducesse allo scontro tra gruppi islamici e laici. Ciò nonostante, l'alto numero di aderenti tunisini al cosiddetto Stato islamico in Iraq e Siria suggerisce che l'apertura al dialogo dimostrata dai partiti islamici tunisini non corrisponda alla visione ideale dell'Islam politico diffusa nella società. Se tale giudizio dei curatori fosse fondato, allora l'aspirazione centrale dei manifestanti del 2011, ossia il progressivo sviluppo di un "costituzionalismo islamico", in grado di amalga-

mare democrazia, diritti fondamentali e tradizione islamica, appare come un traguardo ancora lontano.

R.C.

I

Gennaro IMBRIANO

Le due modernità. Critica, crisi e utopia in Reinhart Koselleck

Roma, DeriveApprodi, 2016, pp. 411
ISBN 9788865481479, Euro 25

Il pensiero di Reinhart Koselleck viene indagato dall'A. avvalendosi anche di scritti minori e fonti inedite quali i carteggi, con Carl Schmitt, Hans Blumenberg e Hans-Georg Gadamer; una relazione inedita, che tenne a Mainz tra il 1975 e il 1976, ed altri materiali d'Archivio. La tesi del libro è che Koselleck sia l'autore del "pensiero della crisi". Pur nella varietà di metodi e interessi, il tema della "crisi" evolve ma rimane centrale nell'opera di Koselleck. Il volume si divide in quattro parti seguendo un duplice criterio: cronologico e contenutistico. Sotto il profilo dei contenuti, alla dimensione della crisi si affianca l'analisi di Koselleck dell'evoluzione del contesto storico e geografico. Dapprima la crisi è intesa come presupposto dell'origine contrattualistica dello Stato, una manifestazione del politico che trova nella Rivoluzio-

ne francese il suo paradigma. Successivamente la crisi trova nella dimensione sociale il suo stato d'eccezione, ed è ispirato dallo studio concreto del processo di modernizzazione prussiano. Koselleck osserva che sia la natura sia la funzione dello Stato si sono trasformati a seguito, anche, della crisi sociale. Lo Stato non può più limitarsi al controllo della società, ma deve farsi promotore dell'ammodernamento della struttura sociale. Infine, la crisi è l'ordine della transizione che segna il passaggio alla modernità e trova al di fuori della dimensione nazionale il suo contesto storico-geografico. La "crisi" non è più solamente l'evento negativo che genera l'ordinamento positivo ma è essa stessa un ordine provvisorio verso la *Neuestes Zeit*.

M.S.

Turkuler ISIKSEL
*Europe's Functional
Constitution. A Theory of
Constitutionalism Beyond the
State*

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 265
ISBN 970198759072, Euro 72,09

Unione europea e costituzione sono i due universi affrontati da questo importante volume. Sul punto la letteratura è, come noto, vastissima, specie da quando il discorso europeo ha assunto il termine-concetto costituzione come riferimento politico e tecnico-giuridico. Il dibattito ha riguardato so-

prattutto la *querelle* tra la forma, empiricamente evidente, della costituzione "materiale" e l'idea di una costituzionalizzazione formale per rafforzare il piano di legittimazione dell'Europa. Sappiamo come è andata a finire. Il libro di Isiksel muove da queste questioni per offrire un contributo rilevante alla ricostruzione di che cosa l'Unione europea significa *realmente* sul piano costituzionale e un apporto ulteriore alla stessa teoria costituzionale. Se non v'è dubbio sul fatto che il costituzionalismo sia una dottrina e una pratica istituzionale sorta all'interno dei confini dello Stato sovrano moderno, la grande domanda degli ultimi anni ha riguardato la possibilità di estendere e soprattutto adattare il costituzionalismo a forme diverse di ordine politico, e in particolare delle istituzioni internazionali e sopranazionali. La ricorrente formula "Constitutionalism beyond the State" è diventata l'etichetta principale per individuare *prima facie* questo problema, non senza ambiguità e incertezze sul piano teorico e su quello empirico. Da un lato, si parla di "costituzione post-sovrana" all'interno delle dinamiche di costituzionalizzazione di Stati giunti alla dimensione costituzionale (pretesa) democratica per individuare forme ibride, non più dominate dal paradigma del popolo sovrano/potere

costituente. Dall'altro, il costituzionalismo "globale" ha aperto prospettive nuove dominate soprattutto dall'analisi sociologica. Il "caso europeo" è apparso di enorme interesse in entrambe le direzioni. È stato possibile vederlo come un "esperimento in vitro" dando vita a rappresentazioni e interpretazioni diverse.

In questo volume l'Autore ripercorre attentamente il processo di costruzione europea ricordando come esso sia stato innanzitutto un processo per formare e governare un'unione a valenza economica basata su un mercato unico. Pertanto la struttura giuridico-istituzionale è caratterizzata fortemente da questa genesi. Parallelamente – e soprattutto per rispondere alle carenze di "legittimità" – l'Europa ha dovuto potenziare il lato "costituzionale" (*judicial review*, tutela dei diritti fondamentali, ecc.) creando due movimenti, quello economico e quello politico-costituzionale, che hanno dato vita a tensioni e ibridazioni. Isiksel, a partire dall'esperienza europea, individua e ricostruisce criticamente l'idea di un idealtipo di "costituzione funzionale", in grado di offrire strumenti di analisi specifici, contribuendo allo stesso tempo a proporre una teoria del costituzionalismo funzionale, pragmatico e utile per valutare più in generale le forme di *governance* sopranazionali.

L.L.

L

Luigi 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, pp. 722,
ISBN 9783465042853, Euro 119.

Il volume 299 della collana *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, serie del *Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno, raccoglie venticinque saggi di Luigi Lacchè dedicati alle esperienze costituzionali italiana, francese, belga e svizzera. Si tratta di contributi apparsi in cinque lingue europee (italiano, francese, inglese, spagnolo e tedesco) negli ultimi vent'anni (1995-2015) su numerose riviste giuridiche specializzate. I saggi dimostrano una straordinaria continuità nella ricerca sul costituzionalismo presente e passato e rappresentano una vera e propria sintesi del pensiero dell'autore. Si tratta d'interessi che Luigi Lacchè ha coltivato anche sul piano della didattica, istituendo presso la Facoltà giuridica della propria sede universitaria un corso di "Storia delle costituzioni moderne" e soprattutto attraverso la condirezione del *Giornale di storia costituzionale*, una

rivista-progetto che si dedica in modo specifico alla storia e alla teoria costituzionale.

Per l'autore la Costituzione è un "oggetto" attraverso cui costruire un «politico» ove storia e politica stanno insieme, giuridico e società civile s'incontrano, strutture concettuali ed esperienze straniere si mescolano. Insomma *fare storia costituzionale* vuol dire approccio multiculturale, cosmopolitismo/prospettiva globale, comparazione storico-giuridica di modelli, formule normative ed esperienze concrete.

Con questa collezione di saggi l'autore spera di contribuire non solo a una maggior consapevolezza del passato, ma anche di offrire uno stimolo a interpretare il presente e fornire qualche linea di interesse per il futuro.

G.M.

Joris LARIK
*Foreign Policy Objectives in
European Constitutional Law*

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 323
ISBN 9780198736394, £ 70

Come si deduce dal titolo, nell'affrontare il tema composito dello "spazio costituzionale europeo" l'A. inserisce nella medesima dimensione costituzionale sia le costituzioni degli stati membri, sia i trattati sull'Unione Europea. La tesi sottostante suggerisce che l'UE abbia sviluppato un grado di autonomia politi-

ca sulla scena internazionale che – seppur non paragonabile alla cosiddetta *kompetenz-kompetenz* degli stati – la differenza nettamente dalle organizzazioni internazionali le cui funzioni sono predeterminate da accordi intergovernativi. L'analisi prende quindi avvio da una interpretazione del pluralismo costituzionale europeo che automaticamente esclude le letture "realistiche" delle relazioni internazionali, giacché queste non solo non riconoscono a soggetti diversi dagli Stati il ruolo di attori sulla scena globale, ma sono anche restie a dare peso al "potere normativo" nei rapporti tra questi. L'A. pone invece l'accento proprio su quest'ultimo aspetto, laddove prende in esame la tendenza ad inserire gli obiettivi di politica estera nei testi costituzionali degli stati membri e dell'UE, in qualità di linee programmatiche derivanti dal sistema di valori costituzionalmente sanciti e di cui si intende promuovere l'attuazione non solo nella politica interna, ma anche in quella internazionale. Tale approccio ha il merito di fornire delle risposte a tematiche poco considerate dalla scuola realistica di relazioni internazionali, ma su cui il dibattito odierno mostra crescente attenzione grazie alle teorizzazioni di taglio costruttivistico. In particolare, permette di considerare il ruolo svolto dagli obiettivi costituzionali in politica estera – in un'ottica di

azione a lungo termine – nella formulazione delle "identità collettive", nella legittimazione dell'attività degli attori internazionali e nel coinvolgimento dei soggetti diversi dagli stati nel processo di socializzazione e di difesa del "bene comune globale".

R.C.

Daniel LEE

Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought

Oxford, Oxford University Press, 2016,
pp. 361.

ISBN 9780198745167, £ 60

Nella ricca collana "Oxford Constitutional Theory" curata da Martin Loughlin, John P. McCormick e Neil Walker, viene ora pubblicato questo importante volume di Daniel Lee. È quasi superfluo osservare quanto il tema della "sovranità" sia al centro del dibattito politico e costituzionale, sia nella prospettiva "classica", interna agli Stati (in termini di "postnational law"), sia, soprattutto, nel dibattito odierno sul cd. "global constitutionalism" che pone in discussione ("sovranità in transizione") la stessa categoria di sovranità. Tuttavia, se l'attualità è evidente, meno chiaro è l'uso che della categoria viene spesso fatto. Sovranità diventa talvolta un concetto a-storico o, quantomeno, una poco definita figura della modernità, scambiata con altre categorie (democrazia ecc.). In questo lavoro, invece, Lee ci fa vede-

re come i termini "sovranità" e "popolo" abbiano una lunga storia, anzitutto come concetti in sé, prima di incontrarsi nella diade "sovranità popolare". Essi hanno non solo una storia, ma, per certi versi, una decisiva "preistoria". La ricerca, non a caso, prende avvio dal problema della dottrina della sovranità popolare nell'esperienza repubblicana romana e in particolare nella fase di transizione verso il principato. La mitica *lex regia* viene presentata e discussa come dispositivo centrale, per comprenderne la natura e soprattutto gli effetti in termini di concessione a tempo o, al contrario, di alienazione del potere appartenente *ab origine* al *populus romanus*. I giuristi medievali, e in particolare i Commentatori, ripresero il tema nel contesto dei nuovi poteri locali e territoriali operanti *de facto* nel contesto delle giurisdizioni universalistiche dell'Impero e della Chiesa. Attraverso la loro raffinata *interpretatio iuris* riuscirono a ricalibrare il diritto romano nello spazio di una società nuova.

La seconda parte del volume è dedicata all'analisi dell'età moderna e in particolare delle teorie "proprietary" della sovranità. Appartenente al monarca come *dominium* secondo le dottrine umanistiche, "espropriata" dal sovrano nelle riflessioni critiche dei giuristi ugonotti e monarcomachi. Una parte centrale è dedicata alla teoria della so-

vrantà in Bodin. Qui Daniel Lee non segue la prevalente rappresentazione del Bodin teorico della "sovranità monarchica assoluta". Bodin, ben attento alle fonti del diritto romano, è anzitutto il teorico di una sovranità "plurifunzionale", valida sia per un monarca che per una comunità "repubblicana", applicando la teoria della delegazione.

Il volume si conclude con tre capitoli dedicati rispettivamente all'analisi del pensiero critico di Althusius nei confronti di Bodin, all'uso che Grozio ha fatto dei concetti di *libertas* e di usufrutto nel diritto romano per fondare una teoria della sovranità popolare, al pensiero politico dei giuristi civilisti nell'età degli Stuart e sulla loro influenza nel contrastare la teoria della sovranità del popolo nel periodo della guerra civile.

Il volume, adeguatamente documentato (pur con delle lacune: per es. mancano all'appello i lavori di Diego Quaglioni), si presenta come una sintesi efficace e destinata a diventare un punto di riferimento rispetto al tema.

L.L.

P

Luigiaurelio POMANTE
«Fiducia nell'uomo e
nell'intelligenza umana».

*La Federazione Universitaria
Cattolica Italiana (FUCI) dalle
origini al '68*

Macerata, eum, 2015, pp. 403
ISBN 9788860564450, Euro 20

Il volume si iscrive ovviamente nella ricca storiografia dedicata all'esperienza della Fuci in Italia senza, tuttavia, indulgere troppo nel più tradizionale approccio che ha guardato al percorso compiuto dalla fondazione (nel 1896) verso la Federazione universitaria cattolica e in particolare al rapporto con l'Azione cattolica o al contributo dato alla presenza della Chiesa nella società italiana.

L'attenzione è rivolta soprattutto agli «indirizzi di fondo e le posizioni espresse dal sodalizio nei riguardi delle scelte operate in materia d'istruzione superiore e universitaria in epoca giolittiana, nella complessa fase tra le due guerre [...] e poi, soprattutto negli anni del secondo dopoguerra» (p. 8).

La ricostruzione fondata anche su un lavoro di scavo archivistico (che ha comportato l'utilizzo di un'ampia documentazione inedita e a stampa) parte dagli anni dell'esordio, anni difficili per la crisi di una cultura cattolica rimasta in qualche modo impigliata nella questione romana e nel problema dell'indipendenza territoriale e temporale invece di rinnovare gli studi teologici rispondendo alle esigenze spirituali e religiose più profonde,

come colto a suo tempo da Pietro Scoppola. Un rinnovamento culturale e religioso sostenuto, di lì a poco, da personalità quali quella di don Romolo Murri. Si cominciò così a fare i conti con le idee positiviste e anticlericali allora apparentemente dominanti.

Passando per la Fuci di Montini e Righetti dopo il primo dopoguerra, per gli anni di "perplexità" sul Concordato del '29 si arrivano a raccontare gli anni del consenso e la riorganizzazione del secondo dopoguerra. Dal 1948 agli anni del Sessantotto invece si manifesta la centralità dell'Università italiana nel dibattito della Fuci.

N.C.

T

Jacopo Carlo Salvatore TORRISI
*Il Tribunale Speciale per la
Difesa dello Stato. Il giudice
politico nell'ordinamento
politico dell'Italia fascista
(1926-1943)*

Bologna, Bononia University Press,
2016, pp. 164
ISBN 9788869231179, Euro 25

Il libro è il risultato finale di una ricerca di dottorato. Il lavoro ricostruisce in quattro capitoli e una appendice legislativa la storia di una delle istituzioni più significative ed enigmatiche del regime fa-

scista. L'A. si pone il problema annoso della "natura" del Tribunale. La veste è, senza dubbio, quella antica dell'*ad modum belli*, per segnalare la rapidità dell'intervento repressivo e confermare un "tratto permanente" dei sistemi penali in Italia. Torrisi coglie bene le tre fasi del Tribunale: per difendere all'inizio la Rivoluzione "minacciata" dagli attentati al Duce, consolidare poi il regime contro ogni forma di dissenso, infine per diventare tribunale dei reati politici commessi in tempo di guerra. Tuttavia, la struttura e la "forma" militare rappresentano solo una parte della storia. L'A. esplicita opportunamente nel sottotitolo la lettura del Tribunale speciale come "giudice politico". Che di questo si tratti è ampiamente dimostrato dal contesto e dalle stesse fonti. Il Tribunale è l'organo politico-costituzionale della giustizia di regime e, anche per questo, progressivamente la dimensione militare passa in secondo piano.

Il libro ricostruisce l'interessante dibattito parlamentare, l'evoluzione del Tribunale nel corso della sua storia, alcuni indirizzi giurisprudenziali legati ai principali reati giudicati e all'applicazione, dagli anni Trenta, del codice penale Rocco. È vero che i giudici del Tribunale "attraverso l'uso del meccanismo interpretativo, ricondussero le norme speciali all'interno dei principi fon-

damentali dell'ordinamento giuridico", ma ciò non toglie che un tribunale speciale rilevi non solo per quello che fa, ma, anzitutto, per il suo stesso fatto di esistere. Per tale ragione, si sarebbe apprezzata un maggiore contestualizzazione del Tribunale nel più ampio sistema delle strategie preventive e repressive del regime (per es. le relazioni esterne con il confino di polizia) come studi recenti stanno mostrando in maniera efficace.

L.L.



Joanne WALLIS
*Constitution Making during
State Building*

Cambridge, Cambridge University Press,
2014, pp. 401
ISBN-13: 9781107666658, \$ 41,99

Il volume è uno studio di taglio empirico/comparatistico volto a verificare il ruolo giocato dalla partecipazione del pubblico nel processo di *State building*. Sono analizzate le esperienze delle isole di Timor Est e di Bougainville che presentano caratteristiche culturali e socioeconomiche comuni, nonché processi di decolonizzazione e autodeterminazione equiparabili. La ricerca di tipo empirica è condotta anche attraverso analisi quantitative che sono basate anche su col-

loqui con politici, rappresentanti locali e considerazioni etnografiche.

Le parti dedicate specificamente all'analisi delle due realtà (capitoli 3-4: Timor Est e capitoli 5-6: Bougainville) sono precedute dall'esplicitazione di alcuni concetti giuridici (es. Stato, potere costituente/potere costituito, contratto sociale) che saranno successivamente applicati per descrivere le esperienze giuridiche prese in esame. L'ultima parte (capitoli 9-10) rileva le differenze tra il processo in Timor Est e quello di Bougainville, traendone una lezione per il futuro.

L'opera di Joanne Wallis ricorre ad una metodologia innovativa volta a verificare in sostanza lo sviluppo di schemi concettuali consolidati. In breve, il processo di *State building* è letto attraverso le lenti delle condizioni socio-politiche, culturali e pratiche secondo una chiave interpretativa che, utilizzando la terminologia dell'autrice, possiamo chiamare «liberal-local-hybrid approach» che è volto a spiegare la coesistenza d'istituzioni liberali e locali.

G.M.

Autori / *Authors*

Luigi Lacchè, Professore ordinario di storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, lacche@unimc.it

Luca Scuccimarra, Professore ordinario di storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze politiche, Sapienza Università di Roma, Piazzale A. Moro 5, 00185 Roma; luca.scuccimarra@uniroma1.it

Gunther Teubner, Prof. Dr. multa h.c., Goethe Universität, D-60323 Frankfurt, Theodor-W.-Adorno-Platz 1, G.Teubner@jur.uni-frankfurt.de

Alberto Febbrajo, Professore ordinario di sociologia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Piaggia dell'Università 2, Università di Macerata, 62100 Macerata, alberto.febbrajo@unimc.it

Pierangelo Schiera, Professore emerito, Università di Trento - Fondazione Ruffilli, Forlì, Via Roncosambaccio 126, 60132 Fano (PU), schiera@me.com

Maurizio Ricciardi, Professore associato di storia delle dottrine politiche, Dipartimento di Scienze politiche e sociali, Strada Maggiore 45, Università di Bologna, 40126 Bologna, maurizio.ricciardi@unibo

Riccardo Cavallo, Docente a contratto di filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, Università 'Carlo Bo' di Urbino, 61029 Urbino, rcavallo.lex@gmail.com

Giuseppe Allegri, Dottore di ricerca, Piazza A. Mancini 4, 00196 Roma, giuseppe.allegri@gmail.com

Bui Ngoc Son, Ph.D (HKU), Senior Research Fellow, Centre for Asian Legal Studies, National University of Singapore, Faculty of Law; PhD, The University of Hong Kong (2013)

Ronald Car, Ricercatore universitario, prof. in Comparative Government and Politics of West and East Europe, Dipartimento di Scienze politiche, della comunicazione e delle relazioni internazionali, Piazza Strambi 1, Università di Macerata, 62100 Macerata, ronald.car@unimc.it

Tommaso Nicola Poli, PhD in Diritto pubblico e cultura dell'economia presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro", Via Sant'Andrea 289/B, Bisceglie (BT), t.poli1984@gmail.com

Cesare Pinelli, Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma, Piazzale A. Moro 5, 00185 Roma, cesare.pinelli@uniroma1.it

Gaetano Azzariti, Professore ordinario di diritto costituzionale, Dipartimento di Scienze giuridiche, Sapienza Università di Roma, Piazzale A. Moro 5, 00185 Roma, gaetano.azzariti@uniroma1.it

Ermanno Calzolaio, Professore ordinario di diritto privato comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Piaggia dell'Università 2, Università di Macerata, 62100 Macerata, ermanno.calzolaio@unimc.it

Brecht Desasure, Post-doctoral researcher, Faculty of Law, Passau, Germany; Faculty of Law and Criminology, Vrije Universiteit, Paul Deschanellaan 254, 1030 Brussels, Belgium, brecht.deseure@vub.ac.be

Vida Azimi, Directrice de recherche au CNRS-CERSA (UMR 7106)/Université Paris II, 10 Rue Thénard 75005 Paris, vidaazimi3@gmail.com

Abstracts

Luca Scuccimarra, *Vedi alla voce «costituzione». Semantiche costituzionali nell'epoca globale / See under the entry «constitution». Constitutional semantics in the global era*

A più di due secoli di distanza dalla sua formale consacrazione nel laboratorio delle rivoluzioni democratiche, il moderno «linguaggio costituzionalistico» è entrato di recente in una stagione di profondi e accelerati cambiamenti, imponendosi nel dibattito pubblico come una via di accesso privilegiata alle complesse dinamiche politiche e giuridiche della società globale. Che si tratti di un passaggio ad oggi tutt'altro che compiuto lo dimostra, peraltro, con una certa evidenza il confuso e polarizzato campo semantico prodotto dall'intreccio di linee di analisi ed elaborazione riflessiva decisamente divergenti nel modo stesso di interpretare il basilare riferimento alla *dimensione costituzionale*. L'articolo si propone di evidenziare alcune delle principali linee di sviluppo del dibattito politico-costituzionale contemporaneo, soffermandosi sull'insoddisfacente tentativo di classificazione proposto dai sostenitori del «thick/thin approach».

More than two centuries after its formal consecration in the workshop of democratic revolutions, the modern «constitutionalist language» recently entered a season of profound and accelerated changes, asserting itself, within public debate, as a privileged access pathway to complex political and juridical dynamics of global society. The fact that we are dealing with a passage which at present is far from being completed is, clearly enough, shown by the confused and polarised semantic field produced by the intertwining of trends of analysis and reflective elaboration which decisively diverge in the very own way of interpreting the fundamental reference to the *constitutional dimension*. The article intends to highlight certain principal development trends of the contemporary political-constitutional debate, dwelling on the unsatisfying attempt of classification suggested by the supporters of the «thick/thin approach».

Parole chiave / Keywords: costituzione, costituzionalizzazione, costituzionalismo, concetti politici, ordine globale / constitution, constitutionalisation, constitutionalism, political concepts, global order.

Gunther Teubner, *Autocostrizione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo di costituzionalizzazione* / *Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox in the Process of Constitutionalisation*

L'articolo elabora una connessione fra quattro considerazioni provenienti da contesti molti diversi: un diritto giurisprudenziale autonomo assume una nuova supremazia anche nelle relazioni transnazionali; una speciale tipologia di diritto naturale prende nuova vita rispetto al positivismo; i movimenti di protesta sociale stanno modificando i destinatari delle loro rimozioni; diversi settori sociali vengono costituzionalizzati in misura differente. La tesi centrale consiste nel fatto che la pressione dei problemi sociali costringe il diritto a esternalizzare i suoi paradossi di legittimità ad altri sistemi sociali e nel fatto che esternalizzazioni simili avvengono anche in senso contrario, seppure con diversi gradi di intensità. Ciò solleva la questione relativa a quali sono le conseguenze di esternalizzazioni differenti. Le quattro considerazioni iniziali trovano la loro spiegazione nelle differenze tra i vari modi di esternalizzazione.

The article constructs a connection between four observations from very different contexts: an autonomous judge-made law takes on a new prominence also in transnational relations; a natural law of a special kind becomes revitalized against positivism; social protest movements are changing their addressee; various social sectors are constitutionalised with different intensity. The central thesis is that the pressure of social problems compels the law to externalize its legitimacy paradoxes into other social systems, and that vice versa similar externalizations take place, albeit with different degrees of intensity. This raises the question what the consequences of differential externalization are. The initial four observations find their explanation in the differences between various modes of externalization.

Parole chiave / Keywords: paradossi, auto-referenzialità, costituzionalismo sociale, costituzioni transnazionali, diritto giurisprudenziale, diritto naturale, protesta sociale / paradoxes, self-reference, societal constitutionalism, transnational constitutions, judge-made law, natural law, social protest.

Alberto Febbrajo, *Per un'analisi della semantica costituzionale. Alcuni argomenti sociologico-giuridici* / *For an analysis of constitutional semantics. Some sociological-juridical issues*

Muovendo dal punto di vista proprio della sociologia del diritto, interessata non tanto a elaborare decisioni giuridiche, ma a comprendere le loro ragioni in un ambiente sociale attraversato anche da norme non giuridiche, l'articolo cerca di definire il concetto di cultura giuridica usando un approccio strutturale e funzionale. In questa duplice prospettiva la costituzione risulta essere uno strumento volto non tanto ad assicurare la certezza del diritto, quanto a bilanciarne le connessioni intersistemiche in modo da rendere sopportabile la sua inevitabile incertezza. Assumendo infine una prospettiva concentrata sulla dimensione spaziale, la costituzione viene inserita in una cornice "globale", in modo da collocarla all'interno di un emergente pluralismo trans-nazionale che valica i confini dello stato e suggerisce l'adozione di una nuova semantica costituzionale.

Moving from a socio-legal point of view, interested not in legal decisions, but in understanding their reasons in a social environment crossed by non-legal norms, the article tries to define the concept of legal culture using both a structural and functional approach. In this twofold

perspective, the constitution appears as a tool directed not at the certainty of law but at balancing inter-systemic connections in order to make its inevitable uncertainty bearable. Finally assuming a spatial dimension, the constitution is included in a "global" framework, together with an emerging transnational pluralism which crosses State borders and suggests the adoption of a new constitutional semantics.

Parole chiave / Keywords: sociologia del diritto, cultura giuridica, certezza del diritto, connessioni intersistemiche, semantica costituzionale / sociology of law, legal culture, certainty of law, inter-systemic connections, constitutional semantics.

Pierangelo Schiera, *Dal costituzionalismo sincronico a quello diacronico: la via amministrativa / From synchronic to diachronic constitutionalism: the administrative path*

Ci può essere costituzionalismo sincronico e costituzionalismo diacronico. Il primo è quello che si è consolidato nel bozzolo della modernità occidentale ed è destinato a declinare con la fine di quest'ultima. La globalizzazione è invece fenomeno nuovo e va dunque considerata nel suo divenire, cioè in modo diacronico. Non sottovalutando la sua origine di parte, ma cercando di coglierne la destinazione planetaria, per costruire una effettiva global polity. Costituzionalismo e globalizzazione s'intrecciano nel nodo centrale del governo, nel quadro di crisi dello Stato tradizionale e della epocale trasformazione dell'idea di spazio e tempo. A ciò va commisurato il governo del futuro globale, dotato di compattezza interna e di responsabilità verso l'esterno, in rapporto al mutevole rapporto fra pubblico e privato e al venir meno del principio di sovranità. Sarà allora possibile un costituzionalismo amministrativo, capace di coniugare globalità con località e di fare di ogni cittadino un ufficiale. In quest'azione il diritto e i giuristi non saranno più esclusivi protagonisti, ma concorreranno, con altre tecniche ed operatori sociali, a sviluppare quel discorso diacronico di costituzionalismo che premierà la plurivalenza di quest'ultimo.

There can be synchronic constitutionalism or diachronic constitutionalism. The former is that which consolidated itself within the Western modern times and is destined to decline with the end of such period. Globalisation instead is a new phenomenon and therefore must be considered in its becoming, that is in a diachronic way. Without underestimating its partisan origin, rather trying to understand its planetary destination, in order to build an actual global polity. Constitutionalism and globalisation intertwine themselves in the central issue of governance, in the framework of the crisis of the traditional State and of the epochal transformation of the idea of space and time. With all this the governance of global future – provided with internal solidity and responsibility for the external world – must be commensurated, in relation with the variable relationship between public and private and with the failing of the principle of sovereignty. It will then be possible an administrative constitutionalism, able to combine globality with locality and make every citizen an officer. In this action the law and the jurists will not be the exclusive main characters any more, they will instead concur with other techniques and social actors to develop that diachronic discourse of constitutionalism which will reward the multiple value of the latter.

Parole chiave / Keywords: Sincronico, diacronico, governo, pubblico/privato, sovranità, globale/locale, diritto e nuove scienze sociali / Synchronic, diachronic, governance, public/private, sovereignty, global/local, law and new social sciences.

Maurizio Ricciardi, *Costituzionalismo e crisi. Sulle trasformazioni di un paradigma politico dell'ordine / Constitutionalism and crisis. On the transformations of a political paradigm of order*

Prendendo le mosse dalla crisi economica iniziata nel 2008 e da quella dell'Unione europea, il saggio ricostruisce le trasformazioni della costellazione concettuale formata da costituzione, costituzionalizzazione e costituzionalismo. Particolare rilevanza viene attribuita al nesso tra la costituzionalizzazione come adattamento dinamico tra governo e società e costituzionalismo quale discorso politico che legittima quel movimento. Il saggio analizza tre diversi contesti discorsivi: quello del costituzionalismo classico (T. Paine e L. von Stein), quello del costituzionalismo neoliberale (F.A. von Hayek) e infine quello del costituzionalismo societario (G. Teubner). In tutti questi contesti viene esaminato criticamente il ruolo riservato allo Stato, alla società e agli individui, per verificare la tenuta del concetto di costituzionalismo. In conclusione viene messo in dubbio che esso, dopo l'irruzione del costituzionalismo neoliberale, sia ancora adeguato alla società mondo e al suo Stato globale con i rapporti di potere e di dominio che essi impongono.

Starting from the economic crisis begun in 2008 and from the crisis of the European Union, the essay reconstructs the transformations of the conceptual constellation formed by constitution, constitutionalisation and constitutionalism. The link between constitutionalisation as dynamic adaptation between government and society and constitutionalism as political discourse that legitimizes that movement is particularly emphasized. Three different discussion contexts are analyzed: the classic constitutionalism (T. Paine and L. von Stein), the neo-liberal constitutionalism (F. A. von Hayek) and finally the societal constitutionalism (G. Teubner). In all these contexts the role reserved to the State, society and individuals is critically examined, in order to check the endurance of the concept of constitutionalism. In conclusion it is questioned whether, after the eruption of neoliberal constitutionalism, it is still appropriate for the world society and its global State with the power and domination relations that they impose.

Parole chiave / Keywords: Stato globale, costituzionalizzazione, società-mondo, potere, dominio / Global State, constitutionalisation, society-world, power, domination.

Riccardo Cavallo, *Il laboratorio europeo e le sfide del costituzionalismo globale / The European Laboratory and the challenges of global constitutionalism*

Il presente saggio si propone di analizzare la crisi del costituzionalismo nell'epoca globale, caratterizzato da un equilibrio instabile, trovandosi in bilico tra l'inadeguatezza delle vecchie categorie e la mancanza di efficacia delle nuove. Il banco di prova per saggiare la fecondità o meno di tali concetti è stato il 'processo costituente europeo', occasione proficua per illustri giuristi e filosofi, dopo decenni di silenzio, per confrontarsi non solo sul problema della forma politica dell'Unione Europea ma sul significato stesso di "costituzione" e il senso di "sfida" che tale termine sembra evocare. In tale 'laboratorio' si è affermato il primato dei diritti e la spoliticizzazione della società europea. Difatti, considerare la tutela dei diritti fondamentali come il principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità, vuol dire esautorare il tradizionale principio della sovranità popolare, andando a rafforzare ulteriormente la paradossale idea di una Costituzione senza popolo innalzata come possibile modello delle future costituzioni post-statali e post-moderne, lasciando così presagire in quale direzione potrebbe svilupparsi il costituzionalismo nell'epoca

globale. In particolare, l'eccessiva valorizzazione dei diritti e il riconoscimento ad essi di una forza costituente ha determinato l'annichilimento del potere creativo del popolo, in continuità con la tradizione liberale, continuamente segnata dall'angoscia che il popolo possa riappropriarsi del potere costituente, chiudendo di fatto il problematico rapporto tra Europa e sovranità popolare.

The aim of this essay is the analysis of the crisis of constitutionalism in the Global Age, characterized by an unstable equilibrium, being caught between the inadequacy of the old categories and the lack of effectiveness of the new ones. A real litmus test of these categories has been the 'European constituent process': after decades of silence, it was a precious opportunity for jurists and philosophers, to discuss not only the problem of the political form of the European Union but also to debate on the meaning of "Constitution" and the sense of "challenge" that this term evokes. In such a 'European laboratory' it has been affirmed the primacy of rights and the *de-politicization* of European society. Considering the protection of fundamental rights as founding principle of the European Union and indispensable prerequisite for its legitimacy, it means a factual deprivation of authority of the traditional principle of popular sovereignty, strengthening the paradoxical idea of 'a constitution without people', raised as a possible model for future post-State constitutions, in such a way letting us imagine in which direction 'global constitutionalism' could be developed. In particular, the excessive employ of rights and the attribution to them of a constituent force led to the annihilation of the creative power of the people, in line with the liberal tradition, constantly marked by the 'anxiety' that the people could regain the constituent power, shutting, once and for all, the problematic relationship between Europe and popular sovereignty.

Parole chiave / Keywords: Europa, diritti, sovranità, popolo, legittimità / Europe, rights, sovereignty, people, legitimacy.

Giuseppe Allegri, *Il ritorno al futuro del costituzionalismo: un progetto di ricerca su spazi politici, soggetti sociali, nuove istituzioni / Constitutionalism: "back to the future". A research project on political spaces, social subjects, new institutions*

L'intento di questi appunti è quello di indagare un possibile ritorno alle origini del "nuovo" costituzionalismo, alla luce delle sue promesse non sempre mantenute, nel segno di processi di trasformazione sociale e istituzionale ancorati ai principi e alle pratiche della autonomia individuale e dell'autogoverno politico, di giustizia ed equità sociale: fra libertà e solidarietà. Si propone un cortocircuito temporale dalle origini del costituzionalismo moderno, spesso eretiche e sconfitte, ai possibili sentieri del costituzionalismo del futuro. La visione di questo "nuovo" costituzionalismo è articolata in tre momenti: oltre le Costituzioni dello Stato-nazione e la tradizionale *mentalità e metodologia nazionalistica*, superando la centralità del lavoro salariato e ripensando il tradizionale *clivage* proprietario tra statalismo e individualismo possessivo, per l'affermazione di istituzioni che si confrontino con un'età globale in radicale trasformazione.

With this essay we want to investigate the possibility of a return to the origins of the "new" constitutionalism, with its all too often failed promises, in the light of the social and institutional transformation processes inspired by the principles and practices of individual autonomy and political self-government, of justice and social equity: between liberty and solidarity. To this end we propose a short-circuit between the often heretical and defeated origins of modern constitutionalism, and the possible paths of a future constitutionalism. The research project of this "new" constitutionalism is divided into three parts: beyond the constitutions of the nation-State and traditional "methodological nationalism", surpassing the centrality of wage labour, rethinking the traditional cleavage between

possessive individualism and statism, in order to affirm new institutions capable of coping with a radically changing global epoch.

Parole chiave / Keywords: Storia costituzionale, nuovo costituzionalismo autogoverno, federalismo, (diritto alla) città, Europa, nuove istituzioni, solidarietà, diritti sociali / Constitutional History, New Constitutionalism, Self-government, Federalism, (Right to the) City, Europe, New Institutions, Solidarity, Social Rights.

Bui Ngoc Son, *Sun Yat-Sen's Constitutionalism / Il costituzionalismo di Sun Yat-Sen*

In 2013, China witnessed the controversial debate on constitutionalism (xianzheng) which lasted for months. In China, the concept of xianzheng is traceable back to Sun-Yat-sen's constitutional doctrine. Anti-constitutionalists in the 2013 debate understand constitutionalism as analogous to western liberal constitutionalism and argue that Sun Yat-sen's conception of constitutionalism reflected western "bourgeois" thinking. The xianzheng debate in China suggests the necessity of revisiting Sun's constitutionalism. This paper argues that Sun Yat-sen integrates elements of western modern constitutionalism (written constitution, popular sovereignty, democratic government, and the separation of the legislative, executive, and judicial powers) with elements of Confucianism (ren or humanity, minben or people as basis and elitism) to generate his distinctive vision of mixed constitutionalism. The implication of this study for academic inquiry is to consider whether to develop a normative theory of mixed constitutionalism in contemporary East Asia.

Nel 2013 la Cina ha assistito al controverso dibattito sul costituzionalismo (xianzheng) che è durato per mesi. In Cina, il concetto di xianzheng risale alla dottrina costituzionale di Sun-Yat-sen. Gli anticostituzionalisti nel dibattito del 2013 considerano il costituzionalismo come analogo al costituzionalismo liberale occidentale e concludono che la concezione di costituzionalismo di Sun-Yat-sen rifletteva il pensiero "borghese" occidentale. Il dibattito sullo xianzheng in Cina suggerisce la necessità di rivisitare il costituzionalismo di Sun. Questo articolo argomenta che Sun-Yat-sen integra elementi del moderno costituzionalismo occidentale (costituzione scritta, sovranità popolare, governo democratico, e separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario) con elementi del Confucianesimo (ren o umanità, minben o popolo come base e elitismo) per generare la sua visione particolare di costituzionalismo misto. Le implicazioni di questo studio per indagini accademiche sono da considerare nel caso si sviluppi una teoria normativa di costituzionalismo misto nell'Asia orientale contemporanea.

Keywords / Parole chiave: Confucianism, Constitutionalism, Confucian Constitutionalism, Sun Yat-sen, Three Principles of the People, Five-Power Constitution / Confucianesimo, Costituzionalismo, Costituzionalismo confuciano, Sun Yat-Sen, Tre principi del Popolo, Costituzione dei cinque poteri.

Ronald Car, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism: una critica politico-costituzionale / Juridical path and sociological path towards global constitutionalism: a political-constitutional criticism*

Le proposte per un *global constitutionalism* possono essere suddivise metodologicamente in due gruppi: da un lato quelle normative, per una graduale evoluzione del diritto internazionale in un di-

ritto costituzionale della nascente comunità internazionale; dall'altro lato le analisi empiriche che affermano l'esistenza di un processo spontaneo di costituzionalizzazione della *world society*. Muovendo da una sintetica esposizione delle due linee di ricerca, il presente contributo riconduce queste preferenze metodologiche a delle "scelte di campo": nell'affermare il proprio carattere de-politicizzato, ambedue introducono una visione politica egemone della prospettiva globale. Nel caso della via giuridica, si osserva la "giuridicizzazione" della politica, fondata su un presunto nesso tra la rete trans-nazionale di giuristi e la comunità internazionale. La via sociologica, invece, suggerisce di abbandonare l'idea del soggetto libero e razionale, e con esso anche le pretese di legittimità politica, per adattarsi all'opera anonima del "sistema autopoietico".

The proposals for a global constitutionalism can be methodologically divided in two groups: on one hand, the normative ones, aiming to a gradual evolution of international law into a constitutional law of the nascent international community; on the other, the empirical analysis affirming the existence of a spontaneous process of constitutionalisation of the world society. Moving from a synthetic exposition of the two lines of research, this article interprets such methodological preferences as "taking a stand": by affirming a de-politicised character, both lines introduce a hegemonic political vision. As for the legal way, I will focus on the "judicialisation" of politics, founded on a presumed nexus between the trans-national net of lawyers and the international community. The sociological way, on the other side, calls for abandoning the idea of a free and rational subject, and with it the claims for political legitimacy also, for an anonymous action of the "autopoietic system".

Parole chiave / Keywords: costituzionalismo legale, costituzionalismo sociale, giuridicizzazione, *world society*, legittimità politica / legal constitutionalism, social constitutionalism, judicialisation, world society, political legitimacy.

Tommaso Nicola Poli, *Costituzionalismo e potere economico nel Terzo Millennio / Constitutionalism and economic power in the Third Millennium*

Il contributo analizza la tensione tra il costituzionalismo e il potere economico nel Terzo Millennio. Esso ricostruisce la disciplina dei rapporti economici nella Costituzione italiana del 1948 e la progressiva decostruzione del paradigma del costituzionalismo democratico e sociale per effetto del fenomeno della globalizzazione e della crisi economico-finanziaria. Lo scioglimento delle libertà economiche dai vincoli sociali, la consacrazione del principio della stabilità finanziaria e la riforma del mercato del lavoro segnano il tradimento del paradigma originario della Costituzione.

The paper analyzes the tension between constitutionalism and economics power in the Third Millennium. It focuses on the discipline of the economic relations in the Italian Constitution and on the gradual deconstruction of the paradigm of democratic and social constitutionalism because of the impact of the globalization phenomenon and of the economic-financial crisis. The dissolution of economic freedoms from social constraints, the consecration of the principle of financial stability, as well as the reform of the labour market indicate the betrayal of the original paradigm of the Constitution.

Parole chiave / Keywords: Costituzionalismo, economia, potere, mercato, crisi, principi fondamentali / Constitutionalism, economy, power, market, crisis, fundamental principles.

Cesare Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi* / *Global financial oligarchies, national democracies and the dichotomy public/private. Some considerations for jurists*

L'autore muove dalla premessa che gran parte dei giuristi impegnati nello studio dei rapporti fra costituzionalismo e globalizzazione tendono a trascurare il crescente ruolo dei mercati globali nel determinare le scelte e i processi decisionali delle democrazie. In questo scenario il saggio ricerca le ragioni di questa tendenza, con particolare riferimento ai giuristi che sostengono variamente la tesi del costituzionalismo oltre lo stato, e propone alcuni suggerimenti per inquadrare la sfida dei mercati globali al costituzionalismo.

The author argues that most part of the current scholarly accounts of the globalization / constitutionalism relationship tend to neglect the increasing role of global markets in shaping the democratic choices and decision-making processes. Against such background the paper researches the reasons of such neglect, with particular reference to scholars variously advocating the 'constitutionalism beyond the state' thesis, and provides some suggestions for the comprehension of the global markets' challenge to constitutionalism.

Parole chiave / Keywords: Costituzionalismo, globalizzazione, democrazia, mercati finanziari, pubblico/privato / Constitutionalism, globalisation, democracy, financial markets, public/private.

Gaetano Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità* / *Democracy and constitution within the vast spaces of present times*

Lo scritto muove da alcune riflessioni di Lelio Basso sul rapporto tra capitalismo e istanze democratiche, al fine di evidenziare come le seconde, per affermarsi, necessitino non soltanto di condizioni storiche e materiali, ma anche dell'apporto decisivo del costituzionalismo democratico e di quel diritto prescrittivo (la Costituzione) che di esso è espressione. Preso atto delle mutate condizioni storiche e di un esasperato revisionismo costituzionale, l'A. si chiede in quali termini quel connubio possa ovvero debba ancora oggi immaginarsi.

The essay moves from some reflections by Lelio Basso concerning the relationship between capitalism and democratic solicitations, in order to highlight the fact that the latter, to affirm themselves, need not only historical and material conditions, but also the decisive contribution of democratic constitutionalism and of that prescriptive law (Constitution) which is expressed by it. Having ascertained the changed historical conditions and an exasperate constitutional revisionism, the Author asks himself in which terms that relationship can or shall be still imagined today.

Parole chiave / Keywords: capitalismo, democrazia, costituzionalismo democratico, costituzione, revisionismo costituzionale / capitalism, democracy, democratic constitutionalism, constitution, constitutional revisionism.

Ermanno Calzolaio, *La Magna Carta 800 ans après. Son héritage dans la tradition juridique de common law / La Magna Carta 800 anni dopo. La sua eredità nella tradizione di common law*

L'anniversario della promulgazione della Magna Carta (1215-2015) ha costituito l'occasione per una ampia riflessione, soprattutto oltre Manica, sul suo contenuto e sulle sue implicazioni. Secondo una prospettiva comparatistica, il presente articolo, dopo alcuni rilievi utili a collocare la Magna Carta nel suo contesto storico e a porne in rilievo i principali aspetti, si concentra ad evidenziare come essa costituisca il punto di inizio della concezione di *Rule of Law* e quindi di un assetto dei rapporti del suddito-cittadino con i pubblici poteri che, attraversando le epoche storiche, continua a caratterizzare la tradizione di *common law* rispetto a quella di Stato di diritto (*Staatsrecht*) diffusa nel Continente. Tra i profili che vengono illustrati al riguardo figurano quelli relativi al primato del diritto "non scritto" sul diritto legislativo, all'unità della giurisdizione, alle regole di interpretazione della legge e all'uso e la circolazione dei precedenti, per svolgere, infine, alcune riflessioni sul dibattito attuale circa l'opportunità di una Costituzione scritta nel Regno Unito, lanciato dalla *House of Commons* attraverso una consultazione pubblica, significativamente intitolata "A new Magna Carta?", i cui risultati sono stati pubblicati il 3 marzo 2015.

The 800th anniversary of the promulgation of Magna Charta (1215-2015) raised a great interest, giving the opportunity to reflect about its contents and implications. Following a comparative perspective, this article moves from some references in order to put Magna Charta in its historical context and to understand it as the starting point of the conception of the Rule of Law, which differentiates the common law legal tradition from the civil law one. In particular, the Author considers the aspects concerning the primacy of "unwritten law" over statute law, the unity of jurisdiction, the rules of interpretation of statute law and the use and circulation of precedents. Some conclusive remarks are given concerning the debate about the opportunity to have a written Constitution in the United Kingdom, enhanced by the House of Commons through a public consultation, which significantly has been named "A new Magna Charta?", whose report has been diffused on 3rd March 2015.

Parole chiave / Keywords: Stato di Diritto, diritto giurisprudenziale, interpretazione delle legge, ruolo del precedente, sovranità parlamentare / Rule of law, case law, interpretation of statute law, role of precedent, parliamentary sovereignty.

Brecht Deseure, *From pragmatic conservatism to formal continuity. Nineteenth-century views on the Old Regime origins of the Belgian Constitution / Dal conservatorismo pragmatico alla continuità formale. Percezioni ottocentesche sulle origini di Antico Regime della Costituzione belga*

Even though they were formally abolished during the French Revolution, the constitutions of the Old Regime continued to be politically relevant in nineteenth-century Belgium. The suggestion that there was continuity between the defunct charters and privileges of the former Southern Netherlands and the modern Belgian state proved useful for legitimising Belgian independence and for historically grounding the institutions of the young state. This article draws attention, first, to a specific line of argumentation, developed by patriotic Belgian historians and legal scholars in the nineteenth century, who made a case for formal continuity between the Belgian Constitution of 1831

and the old fundamental laws. After analysing this continuity thesis and its political and ideological backgrounds, the article then turns to the actual genesis of the Belgian Constitution. As the debates in the Belgian National Congress and in the press make clear, the Belgian revolutionaries of 1830 were much less concerned with national constitutional history than has later been supposed. The views on constitutional monarchy enshrined by the Constitution of 1831 were fundamentally liberal, and thus invocations of the ancient constitutions were usually limited to preserving the spirit of ancestral liberty. A notable and little known exception was the re-edition of the medieval Joyous Entry charter by Toussaint, a radical Belgian revolutionary who turned to the medieval charters as an alternative for the elitist and socially conservative Constitution produced by the Constitutional Committee and the National Congress.

Anche se furono formalmente abolite durante la Rivoluzione francese, le costituzioni di Antico Regime continuarono ad essere politicamente rilevanti nel Belgio ottocentesco. Il suggerimento che ci fosse continuità tra le defunte carte costituzionali e i privilegi dei preesistenti Paesi Bassi meridionali e il moderno Stato belga risultò utile per legittimare l'indipendenza belga e per dare fondamento storico alle istituzioni del giovane Stato. Questo articolo si focalizza dapprima su una specifica linea di ragionamento, sviluppata da storici e giuristi belgi patriottici nell'Ottocento, che perorarono la causa della continuità formale tra la costituzione belga del 1831 e i vecchi diritti fondamentali. Dopo aver analizzato questa tesi sulla continuità e il suo contesto politico e ideologico, l'articolo si volge poi alla genesi reale della costituzione belga. Come i dibattiti al Congresso nazionale belga e nella stampa rendono chiaro, i rivoluzionari belgi del 1830 si preoccuparono molto meno della storia costituzionale nazionale di quanto si è supposto in seguito. Le idee sulla monarchia costituzionale racchiuse nella Costituzione del 1831 erano fondamentalmente liberali, e così i richiami alle antiche costituzioni erano solitamente limitati a preservare lo spirito di ancestrale libertà. Una notevole e poco nota eccezione fu la riedizione della carta costituzionale medievale Joyous Entry (Entrata Trionfale) di Toussaint, un belga radicale rivoluzionario che si rivolse alle carte costituzionali medievali come alternativa alla costituzione elitista e socialmente conservatrice prodotta dal Comitato costituzionale e dal Congresso nazionale.

Keywords / Parole chiave: Ancient constitution, Joyous Entry, Belgian Revolution, Belgian National Congress, pragmatic conservatism, formal continuity, patriotism, radicalism / Costituzione antica, Entrata Trionfale, Rivoluzione belga, Congresso nazionale belga, conservatorismo pragmatico, continuità formale, patriottismo, radicalismo.

Nei prossimi numeri / In the next issues

n. 33 – I semestre / 1st semester 2017

Special Issue / *Numero speciale*

On Russia and around: visions and ideologies between past and present / *Sulla Russia e dintorni: visioni e ideologie tra passato e presente*

Contributi di /articles by: TATYANA YU. AMPLEEVA, ANATOLIY YU. BELOGUROV, CRISTINA BON, MARIO GANINO, RENATA GRAVINA, OLGA GRIGORYEVA, JULIA A. KARAULOVA, MAXIM V. KHARKEVICH, EKATERINA N. KOPOSOVA, LIDIYA P. KOSTIKIVA, EVGENIY M. KOZHOKIN, MARINA M. LEBEDEVA IGOR LEVAKIN, INNA LOGVINOVA, ARTEM MALGIN, ALESSANDRA PETRONE, NADEZHDA M. ROMANENKO, HENRY SARDARYAN, MARGARITA V. SILANTYEVA, STANISLAV SUROVTSEV, ROBERTO VALLE, ELENA V. VOEVODA, ROBERT YENGIBARYAN, OLGA N. ZHERELINA, ELENA S. ZINOVIEVA.

n. 34 – II semestre / 2nd semester 2017

Special Issue / *Numero speciale*

Sovereignty and Constitution: historical issues and contemporary perspectives / *Sovranità e Costituzione: nodi storici e prospettive contemporanee*

Library of the Journal of Constitutional History / **Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale**

Series directed by / Collana diretta da: Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits di Sieyès e la critica di Bentham, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Andrea Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014

Paolo Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni*, con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, 1836, 2015

Forthcoming / In preparazione:

Costituzione e governo. Scritti e interventi politici di P.-L. Roederer, con testi di L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra

Trasfigurazioni costituzionali nelle quattro lezioni di J.J. Park: The Dogmas of the Constitution (1832); traduzione ed edizione critica a cura di U. Bruschi e D. Rossi, con saggi introduttivi di M. Bertolissi e D. Rossi

Demands and informations / Per richieste ed informazioni:

eum edizioni università di macerata

Via Carducci, snc - 62100 Macerata

T (39) 07332586081 - F (39) 07332586086

info.ceum@unimc.it - <http://eum.unimc.it>

INDICAZIONI REDAZIONALI PER GLI AUTORI

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: Giornale di Storia costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
 - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
 - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

NORME EDITORIALI

TITOLI. Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

REDAZIONE DEL TESTO. La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni 'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetto e dei sottolineati.

Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

CITAZIONI. Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.

Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

NOTE. Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).

Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù Inserisci > riferimento). Il punto chiude sempre il testo delle note.

INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE. I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.

Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

- se si tratta di un'opera **compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol.') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'opera tradotta: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' etc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un contributo che compare in un volume miscelaneo: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un contributo che compare in una pubblicazione periodica: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduta da 'n.' (e non da n°, N., num. etc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste online, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando; per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.

Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare 'Ibidem' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

RIMANDI INTERNI AL VOLUME. Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

PAGINAZIONE. Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole; per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

DATE. Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non ^48).

SIGLE E ACRONIMI. Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguite dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, etc.).

PUNTI DI SOSPENSIONE O ELISIONE. Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio ... *non mi ricordo più*...). Non richiedono il punto finale. Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo [...].

TRATTINI. Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. ... *testo – inciso che chiude anche la frase.*

Il trattino breve si usa solo per i termini composti formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

VIRGOLETTE. Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. ... come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna*...). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «... "... '...'..."...». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

RIMANDI AL WEB. Quando si fa riferimento a contenuti online, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo <http://> o <ftp://> etc.; possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novita>>, giugno 2010.

SERVIZI DI REVISIONE DI PAPERS SCRITTI IN LINGUA INGLESE OFFERTI DALLA ENAGO

La Enago offre servizi di revisione linguistica e stilistica di papers di ricerca scritti in inglese al fine della loro pubblicazione in periodici. La Enago ha revisori esperti nei settori disciplinari (qualificati con PhD e Master) aventi una media di 19 anni di esperienza nella revisione.

Oltre che la revisione linguistica dell'inglese, la Enago offre supporto agli autori per tutti le fasi del processo di pubblicazione, inclusi: la revisione di papers respinti dalle redazioni per ragioni di editing; la selezione dei periodici nei quali pubblicare; l'inserimento di immagini; la riduzione del numero dei caratteri; la redazione di lettere di corredo. Enago è una società certificata ISO 9001:2008 ed è molto attenta alla qualità del lavoro consegnato agli autori.

Siti web e servizi offerti localmente da Enago sono elencati sotto. Ciascun sito web ha opzioni di pagamento localizzate e possibilità di fatturare su richiesta.

Per ricercatori di tutto il mondo: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

Per ricercatori giapponesi: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

Per ricercatori cinesi: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

Per ricercatori taiwanesi: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

Per ricercatori coreani: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

Per ricercatori tedeschi: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

Per ricercatori turchi: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

Per ricercatori portoghesi: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

Allo scopo di supportare e facilitare il successo del processo di pubblicazione di saggi scientifici e accademici di ricerca, i ricercatori possono anche usufruire degli eccellenti servizi di traduzione offerti dal nostro marchio – Ulatus, <<http://www.ulatus.com>>.

CODICE ETICO

DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione.

Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.

Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espresso consenso scritto dell'autore.

DOVERI DEI REFEREES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a <http://www.njemindia.org/home/about/22>.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapposibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.

L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address giornalestoriacostituzionale@unimc.it or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: *Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History*, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
 - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
 - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

EDITORIAL RULES

TITLES. The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

MANUSCRIPT PREPARATION. The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (" ") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.

Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

QUOTATIONS. Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.

Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

ENDNOTES. Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).

Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.

Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES. Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.

In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

- if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol.') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

- if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

- if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

- if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n°, N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «federalismi.it», n. 4, 2007, <<http://federalismi.it>>, settembre 2010.

Bibliographical data must be complete only for the first quotation; the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.

Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, 'Ivi' can be used followed by the page number.

FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

REFERENCES WITHIN THE ISSUE. They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunistically numbered) can be referred to.

PAGES. In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

DATES. Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

ABBREVIATIONS AND ACRONYMS. Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

SUSPENSION POINTS. Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: ... *I do not remember any more*...). They do not require the final full stop.

When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this [...].

DASHES AND HYPHENS. The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: ...*text – incidental sentence that closes also the whole sentence*. The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

QUOTATION MARKS AND INVERTED COMMAS. Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: ... as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna*...). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «... "..."...»...». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

WEB REFERENCE. When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <<http://eum.unimc.it/novità>>, June 2010.

ENAGO ENGLISH EDITING SERVICES

Enago offers English language polishing services for scientific research papers for journal publication. Enago has subject expert editors (PhDs and Masters) with an average 19 years of editing experience.

Other than English editing, they offer all levels of publication support to authors, including revised rejected editing, journal selection, artwork editing, word count reduction and cover letter editing. An ISO 9001:2008 certified company, Enago is very careful about the quality delivered to authors.

Exclusive regional websites and services of Enago are listed below. Each of the websites has localized payment options and invoices available on demand.

For Global researchers: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

For Japanese researchers: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

For Chinese researchers: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

For Taiwanese researchers: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

For Korean researchers: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

For German researchers: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

For Turkish researchers: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

For Portuguese researchers: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

To aid and facilitate the process of successful publications of scientific and academic research papers, you can also benefit from our distinguished translation services offered by our co-brand — Ulatius, <<http://www.ulatus.com>>.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

DUTIES OF EDITORS

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal's* International Board and constrained by the laws in force. They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

DUTIES OF REVIEWERS

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on <http://www.njcmindia.org/home/about/22>.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

DUTIES OF AUTHORS

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.

The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.



Luigiaurelio Pomante

«Fiducia nell'uomo e nell'intelligenza umana»

La Federazione Universitaria Cattolica Italiana (FUCI)
dalle origini al '68

Biblioteca di
«History of Education & Children's Literature»



Anna Ascenzi e Roberto Sani

Tra disciplinamento sociale ed educazione alla cittadinanza

L'insegnamento dei Diritti e Doveri nelle scuole
dell'Italia unita (1861-1900)

Biblioteca di
«History of Education & Children's Literature»

15

