

Massimo La Torre

Miseria del costituzionalismo globale

SOMMARIO: 1. Europa e liberalismo autoritario – 2. Costituzione sovranazionale? – 3. Teorie e modelli – 4. Tra apologia e utopia

1. *Europa e liberalismo autoritario*

Viviamo tempi difficili oggi in Europa. È una constatazione già fatta, e che non può ch'essere adesso ripetuta¹. E il *Brexit*, la volontà dell'elettorato britannico di abbandonare l'Unione europea, è l'ultimo e più grave episodio di un diffuso malessere che pare mettere in forse il processo d'integrazione europea fino a qualche anno fa ritenuto inarrestabile². È crollato il mito dell'*Ever Closer Union*, e la narrativa di un'integrazione la cui 'finalité' è permanentemente incrementata è stata miseramente confutata.

La crisi economica e finanziaria ha colpito con forza modificando molti assetti sociali e politici. In vari paesi lo Stato è dovuto intervenire assumendosi il debito delle banche, evitando la loro bancarotta, ma così facendo aumentando esponenzialmente il debito pubblico. Quest'operazione ha avuto degli effetti più gravi nei paesi dell'Unione europea facenti parte dell'Unione monetaria europea, cioè membri della zona Euro, per la loro impossibilità a disporre sovranamente della leva monetaria, ricorrendo per esempio alla svalutazione della valuta del loro debito pubblico. Per le nazioni più deboli ciò ha significato qualcosa di simile al fallimento, evitato a sua volta solo dall'intervento dell'Eurozona. Quest'intervento è stato compiuto progressivamente, e disordinatamente, con strumenti di crescente invasività istituzionale, e in gran misura al di fuori del quadro normativo

¹ Si legga per esempio M. LA TORRE, *The Poverty of Global Constitutionalism*, in *Pluralism and European Private Law*, a cura di L. Niglia, Oxford 2013, pp. 53 ss.

² In merito mi permetto di rimandare a M. LA TORRE, *Brexit e liberalismo autoritario*, in «Critica-liberale», aprile-giugno 2016.

posto dall'Unione o addirittura in parziale violazione delle norme stabilite col Trattato di Maastricht e poi ribadite e riformulate nel Trattato di Lisbona³.

L'Unione si è data così una legislazione d'emergenza, o un diritto di stato d'eccezione, che ha reso alcuni suoi tratti, invero deformandoli, ancora più visibili. In particolare è la sua pulsione, per così dire, autoritaria, o antidemocratica, che si rivela con maggior forza⁴. Abbiamo una politica monetaria, che va ben al di là dell'obiettivo della stabilità dei prezzi, che è gestita da una Banca Centrale Europea concepita come un'agenzia pienamente indipendente rispetto alla politica degli Stati membri ed ai suoi organi rappresentativi, Consiglio Europeo, Consiglio dei Ministri, Parlamento Europeo. Abbiamo un meccanismo di stabilità finanziaria, organismo di supporto finanziario agli Stati in difficoltà economica, che sfugge alle regole dell'Unione medesima perché fondato su un trattato di diritto internazionale.

Abbiamo l'instaurazione di una logica non tanto di solidarietà tra membri di un medesimo ordine politico, quanto piuttosto di una relazione tra Stati creditori e Stati debitori retta dal criterio della cosiddetta condizionalità stretta. Difatti la concessione del prestito è condizionata all'accettazione di 'riforme' della struttura istituzionale e giuridica dello Stato debitore, riforme che spesso intaccano la sostanza dell'ordine costituzionale dello Stato in questione. E abbiamo un organismo incaricato di monitorare la effettiva implementazione delle 'riforme' raccomandate, la cosiddetta Trojka, nella quale un ruolo fondamentale è svolto dal Fondo Monetario Internazionale, che come è ovvio non ha nessuna parte nell'architettura istituzionale dell'Unione europea.

Tutto è poi aggravato dall'auge dell'idea di *governance*, che potrebbe anche tradursi *governo senza regole o senza diritto*, o meglio governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o standard manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi. Le *policies* sono qui sottratte alla *politics*, così come altrove si era decretato e giustificato il divorzio tra deliberazione (e decisione) da un lato e rappresentazione e lotta politica dall'altro. In questa prospettiva potrà allora forse

³ Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, «European Law Journal», 20 (Marzo 2014), pp. 127-141. Dello stesso autore cfr. anche *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, Madrid 2012.

⁴ Su cui cfr. da ultimo AA. VV., *Rottamare Maastricht. Questione tedesca, Brexit e crisi della democrazia in Europa*, Roma 2016.

sembrare accettabile, e legittimo perché più efficace, e ‘deliberativo’, che l’Eurogruppo, organismo che si riunisce ‘a titolo informale’⁵, e da cui si fa dipendere la concessione del prestito e la determinazione delle sue modalità agli Stati-membri in difficoltà finanziarie, operi a porte chiuse, senza chiare regole procedurali interne, e senza verbali.

Questo panorama è nuovo per certi versi, ma per altri non lo è. Radicalizza tratti che, come dicevo sopra, erano già presenti, forse addirittura *ab initio*, *ab unione condita*, nell’ordinamento comunitario. È il sospetto per la democrazia che qui sembra prevalere, l’idea che le cose serie, quelle del *mercato* per intenderci, ed ora della *moneta*, debbano essere decise da dei ‘decisors’ (parola significativamente amata tanto dal nostro Monti quanto da George W. Bush) che sfuggano al controllo dei parlamenti nazionali e soprattutto degli elettorati nazionali. È la celebrazione della democrazia antimaggioritaria, ma rendendola una caricatura, perché qui ciò che si vuole proteggere dalle maggioranze non sono le minoranze e i loro diritti, bensì gli esecutivi nazionali e soprattutto certe materie di loro competenza, eminentemente quelle di politica economica, le quali vengono surrettiziamente sottratte alla maggioranza, vale a dire alla deliberazione democratica (poiché questa non può darsi che secondo il principio per l’appunto di *maggioranza*). Le *politiche* insomma si rendono indipendenti dalla *politica*, quella che si dà nel confronto e nel conflitto dei partiti e dei programmi politici, e diventano cosa di pochi ‘regolatori’ e ‘tecnici’, ora isolati dalla pluralità degli interessi in gioco e resi immuni alle discussioni e al trambusto dell’opinione pubblica.

È cioè il liberalismo autoritario ciò che qui riprende forma⁶. Di questo una qualche versione si era data e soprattutto progettata nella Repubblica di Weimar, come per esempio è rivelato nella polemica tra Hermann Heller da un lato, che affidava al parlamento la politica economica del paese, e Carl Schmitt che innalzava la proprietà privata e il capitalismo a parte intangibile della costituzione tedesca del Diciannove, volendo così sottrarre alla politica, vale dire alle masse, o alla socialdemocrazia, se si vuole essere più espliciti, ogni serio potere di redistribuzione della ricchezza. Su ciò, significativamente, concordano Friedrich von Hayek⁷ e Hjalmar Schacht⁸.

⁵ Protocollo n. 14 del Trattato di Lisbona, articolo 1: «I ministri degli Stati membri la cui moneta è l’euro si riuniscono a titolo informale».

⁶ Per una discussione in merito rimando ai saggi contenuti nel fascicolo di «European Law Journal» del maggio 2015, Vol. 21, n. 3.

⁷ Di questo si legga almeno *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in F.A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago 1980, pp. 255 ss.

La costruzione comunitaria, forse non proprio *ab initio*, ma certo progressivamente, si configura come una costruzione giuridica sovranazionale che costituzionalizza un certo ordine economico materiale, quello definito dalle cosiddette quattro libertà menzionate nel Trattato di Roma del 1957 – libertà di movimento delle persone, dei beni, dei servizi, e dei capitali – contro ogni limite o intento di riforma possibilmente operante nell'ambito delle costituzioni degli Stati membri. Tale costituzionalizzazione non è ancora iscritta nel Trattato di Roma, ma si rende evidente nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, la quale modifica la dignità normativa del Trattato, facendone per l'appunto un documento normativo di intensità e valore giuridico superiore a quello delle costituzioni nazionali, e interpretando il proprio ruolo giurisdizionale, non più come arbitro, bensì come una sorta di supercorte costituzionale, il cui compito è quello di garantire l'implementazione sempre più efficace (l'«*effet utile*») di tale ordine costituzionale sovranazionale. I principi e le norme delle costituzioni nazionali vengono così progressivamente aggirati, e soprattutto è la loro natura di Stato sociale, il *Welfare State* prodotto della crisi dello Stato liberale che aveva condotto ai fascismi, che in questa maniera, *by stealth*, occultamente, viene riformato, o per meglio dire smantellato.

È questa una strategia che è teorizzata dagli Ordoliberali tedeschi, che poi sono quelli che danno forma concreta al mercato comune europeo, tra l'altro per l'egemonia esercitata all'interno della burocrazia della Commissione europea⁹, spingendo per la trasformazione dell'unione doganale e del mercato comune in mercato unico, e spazio di concorrenza deregolata, che infine è cosa fatta col Trattato di Maastricht. Questo addirittura va oltre la stessa idea di mercato unico, allorché per esempio sancisce la libertà di movimento dei capitali anche rispetto all'esterno dell'Unione. Il divieto di discriminazione per ragioni di nazionalità rispetto alla circolazione di beni, servizi, ecc, viene reinterpretata come divieto di limitazione della libera circolazione e della concorrenza. È quanto dispone la *ratio* della sentenza Cassis de Dijon della Corte Europea di Giustizia. Questa storia è nota. E trova il suo apice nelle sentenze Viking e Laval della Corte del Lussemburgo, dove il diritto d'iniziativa privata, sancito nei Trattati dell'Unione, è detto costituzionalmente superiore al diritto di sciopero e di contrattazione sindacale sancito nelle costituzioni degli Stati membri.

⁸ Interessante in proposito è la ricostruzione della crisi di Weimar proposta dal banchiere tedesco nel secondo dopoguerra: vedi H. SCHACHT, 1933. *Wie eine Demokratie stirbt*, Düsseldorf 1968.

⁹ Cfr. A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma 2014.

Con la crisi economica e finanziaria questa deriva neoliberale del diritto comunitario diventa eclatante e acquista in drammaticità. Alla Grecia si impone lo smantellamento dello Stato sociale: riforme, ancora riforme. Così che questo termine, ‘riforma’ per l’appunto, che un tempo significava un piano di cambiamento della normativa statale in direzione di maggiore uguaglianza sociale, ora ha il sapore amaro, e il senso cattivo, di progetto di ristabilimento della gerarchia sociale, della disuguaglianza, del capitalismo senza più moderazioni o vincoli, dell’assolutezza del diritto di proprietà, quel ‘diritto terribile’ che la dottrina giuridica novecentesca sembrava avere definitivamente addomesticato¹⁰.

2. *Costituzione sovranazionale?*

Ma cosa ha che vedere questo quadro con l’idea di costituzionalismo globale? Lo sviluppo dell’Unione europea può considerarsi nell’ambito di un più generale processo che ha luogo a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso. È la globalizzazione, fenomeno sociale e culturale che ha diverse possibili letture e definizioni. Per quel che qui ci riguarda potremmo identificarlo nella elevata capacità di beni, informazioni e persone di circolare nello spazio globale del pianeta. Questa accelerazione di movimenti sembra abbattere molte frontiere, spaziali e temporali, e fare della società umana una sorta di situazione teatrale aristotelica. Vi è ora per le relazioni intersoggettive – potrebbe sostenersi – unicità di tempo e di spazio. Tale unicità, e la circolazione di beni e persone e informazioni che la sostiene, sfidano il monopolio particolaristico, parrocchiale, dello Stato nazionale. Questo si vede sottrarre lo spazio e il tempo di riferimento, su cui esercitare la propria singolare sovranità.

Non v’è dubbio che lo Stato nazionale non sia più in grado di soddisfare le proprie ambizioni di dominio e controllo. Ciò sembra mettere a rischio il suo stesso diritto domestico, e la gestione efficace delle risorse economiche. In un contesto di grande mobilità la sua capacità di governo fiscale si riduce in maniera esponenziale. Di maniera che alcuni attenti osservatori hanno dovuto constatare un cambiamento della sua stessa forma di alimentazione economica: da *Stato fiscale*, fondato sul monopolio efficace dell’imposizione tributaria, lo Stato nazionale, per rastrellare risorse, deve trasformarsi in *Stato debitore*. Il ricorso alla vendita dei titoli di Stato sul mercato ed al debito pubblico rimpiazza o sostiene la manovra fiscale tributa-

¹⁰ Cfr. U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino 2013.

ria, ora meno efficace o meno appetibile, per ragioni tra l'altro anche d'ordine ideologico¹¹. Come che sia, il diritto statale non basta a più a se stesso e dunque con esso è la stessa costituzione nazionale a perdere di vigenza e di vigore.

Così che un rimedio sembra poter essere quello per un lato di riprendere o mantenere la forma costituzionale, d'altro lato di proiettarla verso una dimensione sovranazionale. Il costituzionalismo globale sembra così una risposta alla crisi del costituzionalismo nazionale, e della stessa forma Stato, senza rinunciare ai maggiori pregi di questa che si erano depositati nel regime costituzionale. Si pensa dunque che questo, il regime costituzionale, possa e debba essere riprodotto anche al di là delle frontiere nazionali.

Vi è, nella traiettoria dello Stato costituzionale nazionale, una questione pendente irrisolta rispetto al suo rapporto con la sovranità. Che è un concetto e un dispositivo pericoloso da maneggiare, dalle possibili derive autoritarie. Una soluzione all'onnipotenza pretesa dal sovrano anche costituzionale si è trovata nel controllo di costituzionalità delle leggi e nell'operatività d'una efficace giurisdizione costituzionale. Ciò però opera all'interno del recinto nazionale. Più complessa è l'opera di razionalizzazione e di addomesticamento, e civilizzazione, della sovranità a livello internazionale. Qui ritroviamo in molte costituzioni un'apertura verso il monismo internazionalista, che fa del diritto internazionale parte a tutti gli effetti del diritto domestico. Ma l'ordine internazionale, lo sappiamo, non è così denso e istituzionalizzato come quello nazionale. Il costituzionalismo sovranazionale, auspicando regimi di sempre maggiore e più decisa istituzionalizzazione, di norme giuridiche sovranazionali, sembra allora essere la risposta a tale problema. «Constitutionalism, then, needs to take a Copernican turn. The statist paradigm of constitutionalism needs to be replaced by a cosmopolitan paradigm of constitutionalism»¹².

Abbiamo bisogno del costituzionalismo globale, così come abbiamo bisogno d'una corte costituzionale e della sua giurisdizione, per la civilizzazione della sovranità statale, un compito che ha iniziato lo stesso Stato costituzionale nazionale e che però da solo non riesce a completare. Bisogna andare oltre lo Stato. Il costituzionalismo globale sarebbe pertanto la

¹¹ Vedi W. STREECK, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin 2013.

¹² M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and beyond the State*, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff-J.P. Trachtmann, Cambridge 2009, p. 263.

chiusura del circolo dell'esigenza costituzionale di limitazione del potere sovrano. Si è parlato a questo proposito di una continuazione del progetto istituzionale della modernità politica (depositatosi paradigmaticamente nello Stato nazionale), ma «con altri mezzi»¹³.

Resta però il fatto che il costituzionalismo moderno è il prodotto, anche mitico, se si vuole, di una comunità di popolo. Si riferisce ad uno specifico 'momento costituzionale' e ad un particolare 'potere costituente', due cose che hanno bisogno per darsi d'una concreta società civile e d'una attiva e operativa sfera pubblica. C'è chi parla a questo proposito di 'demos', ma spesso vuol dire 'ethnos', alla maniera di Carl Schmitt, dando così una torsione elevatamente nazionalistica e comunitaristica al momento costituzionale. Tale torsione però è idiosincratca, e di essa ci si può facilmente sbarazzare, se solo si riflette sul carattere interattivo, relazionale, della cittadinanza¹⁴. Meno facile è scansare lo spazio della società civile e il passaggio da una sfera pubblica, cioè la dimensione propria della relazione sociale che produce cittadinanza. Senza un *res publica* non c'è ancora di che deliberare costituzionalmente. Ma dove ritrovare tale sfera pubblica, o una società civile, in ambito sovranazionale?

3. *Teorie e modelli*

A questo punto il costituzionalismo per potersi teorizzare come *sovranazionale*, o *globale*, ha davanti due strade. (i) La prima è quella di sostenere la presenza di spezzoni sovranazionali di società civile o di pratiche collettive tali da dare un punto di sostegno, un fondamento ad una possibile costituzione oltre lo Stato nazionale. (ii) La seconda strada è quella di riformulare il contenuto del costituzionalismo, e in buona sostanza di rinunciare all'idea di costituzione come radicata nel momento costituzionale e in qualche esperienza di potere costituente.

La prima strada ha in genere due versioni, una *idealizzante*, che offre della deliberazione costituzionale una immagine normativa tale da potersi proiettare anche nell'ambito sovranazionale. Oppure se ne dà una versione *sociologizzante*, che crede di rinvenire un'evoluzione nei rapporti internazionali che lascia intravedere pratiche costituzionali. Per esemplificare, direi

¹³ Vedi N. WALKER, *The Place of European Law*, in *The Worlds of European Constitutionalism*, a cura di G. De Búrca-J.H.H. Weiler, Cambridge University Press 2012, pp. 57-104.

¹⁴ Per un'approfondimento su questo punto si veda M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino 2004.

che dal primo lato si dà una prospettiva habermasiana, che utilizza il discorso come categoria centrale ed interpreta una serie di relazioni semi-istituzionali od anche istituzionali come pratiche pienamente discorsive. Lo fa Habermas quando interpreta l'Unione europea con le lenti generose della teoria deliberativa¹⁵, o Nico Krisch che crede di poter concettualizzare per esempio pratiche come il cosiddetto dialogo tra corti come per l'appunto una forma di sfera pubblica discorsiva. Un caso per certi versi grottesco di tale strategia è stato quello che ha voluto vedere nella miriade di comitati e sottocomitati d'esperti e di lobbisti attorno alla Commissione europea, nella cosiddetta 'comitologia', l'embrione di una esperienza di poliarchia deliberativa tale da fornire legittimità democratica alle istituzioni dell'Unione¹⁶.

Dall'altro lato, dal lato 'sociologizzante', esemplare mi pare la proposta del cosiddetto *societal constitutionalism*, il 'costituzionalismo societario' di Gunther Teubner, che in buona sostanza rilegge la *lex mercatoria* come qualcosa di prossimo ad un discorso, o meglio ad una situazione di carattere costituzionale¹⁷. Ovviamente in questo secondo caso, ma fors'anche nel primo, almeno nella versione di Krisch, il costituzionalismo si fa radicalmente pluralista, non c'è più la pretesa di coerenza e d'unità dei vari frammenti costituzionali. Ciò che conta è il dialogo continuo, e l'apertura all'ordine normativo altro, 'mutual perspective-taking'¹⁸. Il costituzionalismo supera se stesso¹⁹. Qui si spande un certo profumo di postmodernità, che ci dovrebbe sedurre alla rinuncia dell'esigenza di coerenza e incompleta, sia pure in via di principio, d'ogni ordine giuridico. Saremmo posti dinanzi all'emergenza di: «a genuinely multilevel system of political authority where,

¹⁵ Vedi J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Frankfurt am Main 2011, pp. 39 ss.

¹⁶ Si legga, per esempio, CH. JOERGES-J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in «European Law Journal», 3 (2002), pp. 273 ss. Su questo tentativo teorico si esercita il sarcasmo di Joseph Weiler: «I recall some years ago the Bremen school excitedly but laughably suggesting that European Comitology was a locus in which Habermasian discourse (in a slightly different variant) took place» (J.H.H. WEILER, a colloquio con Nico Krisch, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 304).

¹⁷ Vedi G. TEUBNER, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford 2012.

¹⁸ G. DE BURCA, a colloquio con J.H.H. Weiler, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 282.

¹⁹ Vedi N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford 2012, o anche la ricostruzione della prassi dell'Unione come istituzione dal cuore 'deliberativo' à la Habermas proposta da E.O. ERIKSEN, *The Normativity of European Union*, London 2013.

unlike the federation, or the unitary nation-state, power does not in the last analysis collapse back into a single centre»²⁰.

Diversa, come si è detto, è la strategia di ridefinizione normativa, al ribasso, direi, del costituzionalismo democratico. Il costituzionalismo è staccato dal suo momento mitico e definitorio, il ‘constitutional moment’, e da un soggetto che rivendica capacità di autonormazione complessiva della propria forma di vita. Dalla ‘costituzione’ come pratica democratica, seppure eccezionale, o mitica, se si vuole, di autoformazione della comunità politica, passiamo al ‘costituzionalismo’, inteso come dottrina interpretativa dell’operatore giuridico: «At the heart of constitutionalism is not a constitutional text, but a constitutional cognitive frame»²¹. Ciò significa che il costituzionalismo sarebbe indipendente da ogni espressione di ‘volontà di costituzione’, *Wille zur Verfassung*, per usare il termine fortunato di Konrad Hesse. La costituzione di una comunità politica non deriverebbe dalla deliberazione e dalla volontà di questa comunità, bensì da principi la cui autorità «derives from the reason that support them, connected ultimately to the idea of human dignity as the normative foundation of law»²². Il costituzionalismo sarebbe così riassorbito da una forma assai esigente di diritto naturale, sottratto alla certificazione, all’approvazione, e persino alla *determinatio*, all’aggiustamento ed alla precisazione al contesto, da parte della cittadinanza.

Il costituzionalismo ridiventa, alla maniera premoderna – potremmo dire –, mero programma di limitazione della sovranità, non più ancorato in un esercizio di sovranità. Talvolta si richiede anche la ‘responsiveness’ del sistema normativo: che questo reagisca pubblicamente e più o meno prontamente alle esigenze o alle rimostranze dei soggetti coinvolti dalla norma. Qui ci imbattiamo nelle proposte più singolari. Il costituzionalismo si fa ‘soft’, pluralista, ‘contrappuntista’, e tutto ciò designa in buona sostanza

²⁰ N. WALKER, a colloquio con J.H.H. Weiler, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 277.

²¹ M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit. nt. 12, p. 321. Si legga anche, per una posizione simile, M. POIARES MADURO, *From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance*, in *Global Governance and the Quest for Justice*, 1, *International and Regional Organisations*, a cura di Douglas Lewis, Oxford 2006.

²² Così [*] KUMM nel dibattito con Baquero Ruz, Poiares Maduro e Walker, in *Four Visions of Constitutional Pluralism*, a cura di M. Avbelj e J. Komárek, in «European Journal of Legal Studies», 2 (2008), pp. 325 ss. Rimane qui però significativamente aperta la questione se la ‘dignità umana’ non possa poi essere bilanciata con altri principi, e beni collettivi, come la rilevanza data al principio di bilanciamento in questa prospettiva lascerebbe supporre sia costituzionalmente possibile e persino ragionevole.

un qualche meccanismo di verifica della norma giuridica, che provenga da un sistema normativo diverso, sia superiore, sia di pari livello²³. Il costituzionalismo si configurerebbe grosso modo secondo la forma del diritto privato internazionale, una disciplina che regola il conflitto di diverse normazioni.

Oppure si altera ancor più il senso di ciò che vuol dire costituzionalismo. Si gioca sull'equivoco tra diritto positivo e diritto costituzionale, poiché entrambi hanno una funzione costitutiva della realtà sociale, e si trasforma qualsivoglia normazione statutaria in norma costituzionale *stricto sensu*. Così come allora per Kelsen ogni Stato era uno Stato di diritto²⁴, per questo nostro costituzionalista globale ogni diritto positivo finisce per essere diritto costituzionale. Quest'uso estensivo del termine è assai popolare negli studi di diritto dell'Unione europea, la quale così mediante un mero escamotage verbale si può ritrovare pienamente costituzionalizzata²⁵. È quella che è stata definita la 'Entgrenzung des Verfassungsbegriffs'²⁶, la 'liberalizzazione' del concetto di costituzione. Ma – come è stato notato – se si definisce 'gigante' un essere umano al di sopra dei trenta centimetri d'altezza, ogni pigmeo si fa gigante²⁷, e 'gigante' cessa d'essere una nozione significativamente informativa. Del pari se, affinché si abbia 'costituzione', è sufficiente che si dia una qualche regolazione giuridica d'una certa materia e d'una certa serie di condotte, allora 'diritto' e 'costituzione' finiranno per essere indistinguibili.

O ancora, mossi dall'auge del principio di proporzionalità nell'ambito delle giurisdizioni costituzionali nazionali, ma anche in quello della giurisdizione della corte del Lussemburgo, si afferma che è questo, per l'appunto il principio di proporzionalità, il contenuto materiale del costituzionalismo. Sarà dunque regime costituzionale ogni ordinamento nel quale sia vigente

²³ Per un intervento scettico, e con i piedi per terra, riguardo a tale prospettiva 'pluralista', cfr. le considerazioni di J. BAQUERO CRUZ, nel dibattito con Krumm, Poiares Maduro, e Walker in *Four Visions of Constitutional Pluralism*, cit. nt. 22.

²⁴ Si legga per esempio H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Rech.*, Tübingen 1928², p. 191, dove si afferma: «dass jeder Staat Rechtsstaat ist».

²⁵ Assai più cauto in merito – va detto – è uno dei pionieri degli studi di diritto comunitario, J.H.H. WEILER, di cui si veda almeno *The Constitution of Europe. Do the New Cloths Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge 1999.

²⁶ N. HITZEL-CASSAGNES, *Die Entgrenzung des Verfassungsbegriff. Eine institutionstheoretische Rekonstruktion*, Baden-Baden 2011.

²⁷ Vedi J.H.H. WEILER, a colloquio con Daniel Halberstam, in *The Worlds of European Constitutionalism*, cit. nt. 13, p. 291.

una giurisdizione che operi sotto l'ombrello del principio di proporzionalità. Così come si ritiene che possa darsi 'rappresentanza argomentativa'²⁸, del pari la costituzionalità dell'ordinamento si radicherà nella qualità argomentativa della *judicial review*, e che questa viene identificata innanzitutto nell'uso del principio archimedeo di ragionevolezza.

Oppure anche si sostiene che il costituzionalismo è un regime di separazione di poteri, non necessariamente quella tradizionale tra esecutivo, legislativo e giudiziario. Basta che in esso operino poteri ordinamentali frantumati che si limitino a vicenda perché si abbia costituzionalismo a pieno titolo. La separazione dei poteri può ancora leggersi come Stato di diritto, esercizio di potere sottoposto a regole e rendiconti. Il costituzionalismo qui risulta nella *fairness* della procedura decisionale produttiva di norme vincolanti: «to keep power, wherever it lies and whatever its form, under control, and to ensure the fairness of decision-making processes»²⁹.

Un'opzione ulteriore è la separazione della pratica di protezione dei diritti fondamentali da quella della deliberazione civica e democratica delle norme sui diritti fondamentali. Gli uni sono giocati, per così dire, contro l'altra. E la protezione dei diritti ha la meglio sulla genealogia o sul *pedigree*, sulla legittimazione democratica, della protezione offerta. Che questa venga pure da un ordine normativo che ci è estraneo e lontano, l'importante è che ci si garantisca i nostri diritti. In questa prospettiva è di certo meglio avere quante più corti possibili a cui rivolgersi, anche se le loro procedure e le loro norme si sottraggono alla nostra deliberazione e persino alla nostra approvazione³⁰.

4. Tra apologia e utopia

Questo, e non molto più, è il costituzionalismo globale nella discussione contemporanea³¹. Ora, sulla sua ricchezza esplicativa e normativa non c'è

²⁸ Vedi R. ALEXI, *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2015, pp. 23 ss., vigorosamente criticato in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia*, *ivi*, pp. 37 ss.

²⁹ R. DEHOUSSE, *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge 2003, p. 156.

³⁰ Cfr. in merito le considerazioni critiche di A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford 2014, pp. 274-275.

³¹ Per una rassegna cfr. A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16 (2009).

veramente chi si possa fare troppe illusioni. Esso è afflitto da un'irrimediabile opacità di visione, e pure – nonostante certo suo utopismo – da povertà d'orizzonti e di aspettative.

È tuttavia esso è come un indice, un sintomo da non sottovalutare. Da qualche tempo nell'Unione europea assistiamo ad un singolare fenomeno: i governi sembrano aver smesso di guardare alla cittadinanza come la fonte privilegiata della loro legittimità, per provare a guadagnarsela invece nel rapporto con gli altri governi, con i propri 'pari'³². È grosso modo il fenomeno che Hauke Brunkhorst³³ ha acidamente definito 'bonapartismo collettivo'. Ma come dare torto ai governi – potrebbe ribattersi –, se solo si ripercorre la vicenda della crisi greca e del referendum del giugno 2015, che solo è servito a irritare maggiormente gli Stati creditori ed a rendere le condizioni imposte dall'Eurogruppo ancora più gravose? Il ricorso alla tutta nazionale volontà popolare è un'arma spuntata, se rivolta contro la tutta sovranazionale coordinazione degli esecutivi.

Il costituzionalismo globale potrebbe allora essere quella teoria, ideologizzante, che dà conto di questo fenomeno, il quale invero oltrepassa i confini del continente europeo. La costituzione sembra ora dislocata dal piano nazionale, e dal rapporto fiduciario con i cittadini al piano sovranazionale, alla relazione di colleganza tra esecutivi, o tra esecutivi e istituzioni sovranazionali. Di necessità virtù, dunque. Al governo la validità costituzionale dei suoi atti e provvedimenti deriverà dall'approvazione degli altri governi e delle agenzie ed organi sovranazionali: *peer review*.

Nondimeno, il costituzionalismo globale, o altrimenti detto cosmopolita, diventa plausibile solo a due condizioni. (a) Che si interpreti lo spettacolo offerto dalle relazioni internazionali come teatro d'una cittadinanza globale, sia pure *in nuce*; interpretazione però smentita ad ogni piè sospinto dalla cruda realtà dei fatti del mondo. Parlare di costituzionalismo globale dopo la guerra illegale lanciata contro l'Iraq, e le enormi devastazioni e sofferenze che ne sono seguite, senza che vi sia stata una chiamata di responsabilità per coloro che quella guerra hanno voluto, parlare di costituzionalismo globale come regime internazionale vigente e rispettoso di una società civile globale in questo desolato scenario mi pare intollerabile.

³² Lo nota Chris Bickerton: «Governments today in Europe seek their legitimacy in their relation with each other» (CH. BICKERTON, *The European Union: A Citizens's Guide*, London 2016, p. 73).

³³ H. BRUNKHORST, *Kollektiver Bonapartismus. Demokratie in der europäischen Krise*, in *Demokratie oder Kapitalismus. Europa in der Krise*, Berlin 2013, pp. 241 ss.

bilmente ingenuo³⁴. Una ricognizione della situazione dei diritti umani in Siria o in Libia in questo scenario e in questo tempo ci dovrebbe rendere quanto meno cauti rispetto ad ogni sovrainterpretazione in chiave ‘costituzionale’ delle relazioni internazionali. D’altra parte la costituzione cosmopolita non sembra in grado di soddisfare due esigenze poste dalla cittadinanza come ruolo sociale, in primo luogo che essa serva come veicolo di partecipazione alla sfera pubblica e dalle decisioni collettive della comunità politica di riferimento, e poi che sia una posizione per la quale si acceda alla soddisfazione di certi bisogni fondamentali per la riproduzione della vita in società. Tale soddisfazione nella costituzione cosmopolita viene riassorbita dai meccanismi di mercato ed è a questo demandata, trasformandone in tal modo il significato emancipatorio e redistributivo che le era invece assegnato dalla vigenza dei diritti sociali.

(b) L’altra condizione di plausibilità è che si sia capaci di spiegare la pratica delle organizzazioni internazionali, ed in particolare dei regimi giuridici d’integrazione regionale, eminentemente quello dell’Unione europea, come quella di sistemi pienamente legittimi, e giustificati, in quanto espressioni d’un ordine politico costituzionale. Le turbolenze recenti della politica europea, di cui il *Brexit* è la manifestazione più virulenta, ci dicono però che tale legittimità è ancora ben lungi dall’essere dimostrata e riconosciuta. Ed è poi ciò che fa problema per le varie versioni di costituzionalismo sovranazionale, o globale, o cosmopolita, e che questo si dà come compito di risolvere. Si finisce allora per cadere in una sorta di *petitio principii*, dando per provato ciò che si afferma e si accinge a provare, val a dire l’essenza costituzionale dell’ordine sovranazionale in questione.

D’altro lato, i tentativi di ridefinire il costituzionalismo come regime di vincoli, e poco più, hanno un sapore elitista e delle implicazioni tecnocratiche che non possono che lasciare dell’amaro in bocca a chi concepisce il costituzionalismo come ordine politico agganciato alla situazione democratica del ‘momento costituzionale’. Ridurlo a cosa da giudici o di commissari europei, o di comitati di esperti, per quanto dialoganti, aperti, ed attenti a produrre diritto ‘soffice’ e non ‘duro’ (ma che direbbero i Greci al riguardo?), questa mutilazione dell’ambizione fondativa del costituzionalismo del secondo dopoguerra ci rende perplessi, ci toglie speranza, ci incute timori.

La miseria del costituzionalismo globale infine risiede in ciò: che rischia di farci tutti più poveri di partecipazione democratica e di cittadinanza at-

³⁴ Cfr. M. LA TORRE, *Global Citizenship? Political Rights Under Imperial Conditions*, in «Ratio Juris», 18, n. 2, 2005, pp. 236-257.

tiva. E ci tenta e ci spinge, laddove della sua miseria ci si renda consapevoli, e questa ci indigni, verso un atto di riaffermazione della sovranità popolare, il quale si dia allo stesso tempo come rottura del processo d'integrazione europea e di rallentamento, se non d'interruzione, della civilizzazione delle relazioni tra Stati. Alla maniera di ciò ch'è successo col Brexit, che rimane una soluzione unilaterale, egocentrica, dal sapore vagamente provinciale e nazionalista.