

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

4

2013



JOVENE EDITORE

MERCATI GLOBALI E CRISI DELL'EUROZONA
NELLA PROSPETTIVA DEI GIURISTI

La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo

Gaetano Azzariti

SOMMARIO: 1. La costituzione come atto normativo «superiore». – 2. La crisi della «forza» normativa delle costituzioni e la prospettiva analitica nella scienza giuridica. – 3. Le mutazioni dei presupposti logici e storici del costituzionalismo moderno. – 4. Costituzionalizzazione nel mondo: diritto superiore o diritto debole?

1. *La costituzione come atto normativo «superiore»*

Le pagine che seguono¹ vogliono indurre a riflettere sulla costituzione e sul suo significato reale; non quindi una ricerca sul valore che può astrattamente assegnarsi al concetto di costituzione, ma quello effettivamente vigente e storicamente realizzabile. Non il migliore concetto di costituzione immaginabile, ma quello concretamente possibile². Proprio quest'impostazione *realistica* induce a prospettare uno scenario caratterizzato da una «grande trasformazione». «Grande», perché segnerebbe il passaggio da una concezione *moderna* (per come c'è stata tramandata dall'epoca Moderna), ad una concezione *postmoderna* di costituzione (per come si potrebbe profilare in epoca globale). Una trasformazione che – detto in estrema sintesi – potrebbe finire per incidere su ciò che deve essere considerato il *proprium* moderno delle costituzioni: la loro capacità ordinante.

Non può dubitarsi, infatti, che alle costituzioni, nell'epoca moderna, sia affidato il compito di definire (o comunque contenere) i

¹ Questo lavoro riprende quanto già esposto in un mio recente studio (*Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013), al quale si rinvia per l'inquadramento sistematico delle tesi qui proposte.

² Un richiamo al realismo dell'approccio scientifico che è valso a caratterizzare sin dall'inizio il metodo giuridico della giuspubblicistica italiana. Basta qui ricordare un noto passo del «fondatore» della *prima scuola di diritto pubblico*: «Noi non dobbiamo occuparci di uno Stato ottimo, ma di uno Stato esistente, non della sovranità di una idea ma della sovranità dei poteri costituiti, non dei diritti dell'uomo ma della tutela giuridica della sfera individuale, onde la libertà non si concepisce più come mera potenzialità ma come attività effettiva» (V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1954, 21).

principi fondamentali della convivenza sociale. È su questo presupposto che le costituzioni si pongono in funzione di promozione dell'ordine civile e politico, aspirando ad essere riconosciute come fondamento ultimo di legittimità dei poteri e fonte prima dei diritti. Questi caratteri si sono andati sviluppando nella costruzione giuridica moderna fino a giungere, in Occidente nella sua fase più evoluta, a conformare per intero lo «Stato costituzionale»³. Un tipo di Stato – o meglio un'organizzazione sociale – che ha posto la costituzione al livello «più alto» dell'ordinamento giuridico. *Lex superior* (in Europa) o *higher law* (negli USA), la costituzione diventa definitivamente l'atto normativo posto al vertice dell'organizzazione sociale; tutto viene messo in rapporto di conformità e quindi subordinato ad essa, persino la legge ordinaria e in tal modo la stessa sovranità popolare così come espressa nei Parlamenti democratici. È dunque in questa fase «suprema» dell'evoluzione storico-sociale del costituzionalismo che le costituzioni possono legittimamente aspirare ad imporre tutta la propria valenza prescrittiva. Una valenza che, insieme con altre, è stata da sempre presente nelle riflessioni sul ruolo delle costituzioni⁴, ma che solo in questa fase e in questo contesto possono affermarsi come loro tratto costitutivo. Ciò che viene a connotare le costituzioni (e il costituzionalismo) novecentesco è dunque non tanto una generica capacità ordinante, bensì una specifica capacità di rappresentare e dunque conformare l'ordinamento sociale nel suo complesso, grazie ad un'acquisita forza normativa «superiore».

La scienza giuridica è giunta attraverso vie diverse ad affermare la superiorità normativa delle costituzioni. Il pensiero giuridico novecentesco si è, infatti, diviso radicalmente sul modo di intendere il concetto di costituzione. Differenti sono state le visioni costituzio-

³ Sullo «Stato costituzionale» vedi, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 39 ss., il quale pone l'accento sulle profonde differenze di questa particolare forma di Stato, affermatasi nel corso del secolo XX, rispetto allo «Stato di diritto», che, soprattutto in Europa, aveva caratterizzato l'evoluzione del secolo XIX.

⁴ Fin dall'antichità classica, ma, evidentemente, con riferimento alle costituzioni «degli antichi», i cui tratti appaiono ben diversi da quelle «dei moderni»: vedi ARISTOTELE, *Politica*, libro III, 18, 1288 b (tr. it. a cura di C.A. Viano, Torino, Utet, 2006, 182 s.). Sulla distinzione tra costituzioni «antiche» e «moderne» vedi, in un ambito di riflessione attento alla complessiva cultura costituzionalistica, l'opera ormai classica di C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it. a cura di N. Matteucci, Bologna, il Mulino, 1990.

nali, vari i metodi adottati dai singoli interpreti e poste a fondamento delle diverse ricostruzioni di teoria del diritto. Su un punto però deve registrarsi una convergenza: l'attribuzione alla costituzione di una superiorità in grado.

Così nella prospettiva «normativista» la superiorità *materiale* della costituzione consegue alla classificazione della costituzione come norma *sulla produzione* giuridica, che regola «la creazione delle norme giuridiche generali»⁵. Una sovraordinazione dedotta logicamente, in base ad una ricostruzione tutta interna all'ordinamento giuridico – com'è peculiare della teoria «pura» – ma che appare tanto più importante giacché si pone a fondamento di validità di tutte le norme.

Diverso il percorso in base al quale giungono ad affermare la superiorità della costituzione gli «istituzionalisti», particolarmente attenti al «fatto» legittimante la costituzione insieme all'intero ordinamento giuridico⁶. In quest'ottica, la superiorità della legge «fondamentale» appare conformarsi come un dato sì subordinato all'imporsi «di fatto» del nuovo ordine, ma – una volta conseguita questa condizione – indiscutibile; direi ontologicamente data (la costituzione è «superiore» in quanto «fondamentale»⁷). Non a caso Santi Romano ritiene «non dubbio», anche in regime di costituzione *flessibile*, che lo Statuto sia espressione di «un potere legislativo superiore a quello ordinario. Il quale non soltanto è potere supremo, ma è altresì assolutamente insindacabile da ogni altro potere, compreso il giudiziario»⁸. D'altronde è noto che proprio a quest'autore si deve una tra le più penetranti riflessioni sui limiti materiali del legislatore, ed appare assolutamente rilevante che tra questi si indichi il limite costituito dallo Statuto. Seppure – afferma all'inizio del secolo scorso Santi Romano – al Parlamento spetta la competenza di derogare allo

⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Comunità, 1952, 126.

⁶ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 27 ss. (anche in ID., *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, 131 ss.).

⁷ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, 234: «Lo Statuto costituzionale (...) era considerato come una legge «fondamentale» e perciò superiore alle altre» (corsivo mio).

⁸ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, cit., 233.

Statuto, tale competenza non è illimitata, ma anzi è ammessa in solo tre casi: «quando la modificazione è *imposta*» dalla necessità, ovvero allo scopo di riconoscere una consuetudine, ovvero per integrare lo Statuto stesso⁹.

«Superiore» è anche la costituzione nella prospettiva «decisionista». In questo terzo tipo di riflessioni teoriche, la sovraordinazione della costituzione non è una conseguenza logico-normativa, né può dirsi che le ragioni di carattere ontologico sono ritenute particolarmente rilevanti. È il modo di imporsi dell'atto che implica la necessaria supremazia della costituzione. Se il concetto *positivo* di costituzione è inteso – per usare la nota formulazione schmittiana – come «decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica»¹⁰, la «forza» della costituzione è *presupposta*; essa non può essere posta in discussione se non si vuole rischiare lo sfaldamento dell'ordinamento giuridico e, insieme, dell'intera comunità politica¹¹. Vero è che anche in quest'ultima prospettiva, come nella precedente, il «concreto ordine ed assetto della società» esercita un'influenza diretta e decisiva sulla forza materiale della costituzione e sulla sua legittimazione. Pertanto la supremazia costituzionale non è data una volta per tutte, anzi essa appare fortemente condizionata dalla capacità di regolare in concreto gli interessi materiali e dalle trasformazioni della «struttura sociale». Ma ciò non tanto viene ad indebolire la superiorità della costituzione come atto normativo, quanto impone di prestare una doverosa attenzione non solo alle «forze» che la costituzione inizialmente impongono, ma anche a quelle che successivamente la sostengono¹². In questi casi si tende – più ancora che nella prospettiva precedente – ad «uscire» dall'autoreferenzialità delle norme e del-

⁹ S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano* (1902), ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., 141 ss., il passo richiamato a p. 142 (anche in ID., *Scritti minori*, vol. I, cit., 235 ss., il passo richiamato a p. 236). Ha ripreso e sviluppato di recente le considerazioni romane sul punto A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002, 100 ss.

¹⁰ C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, 38 ss.

¹¹ Tant'è che – afferma Carl Schmitt – «l'essenza della costituzione non è contenuta in una legge o in una norma»: C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. cit., 41.

¹² Vedi, esemplarmente, C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, (1940), rist. inalterata, Milano, Giuffrè, 1998.

l'ordinamento giuridico, assegnando il massimo peso alla costituzione come documento storico-politico, cionondimeno permane l'affermazione della superiorità costituzionale, che si pone come fondamento necessario della teoria.

Tre tipi di pensiero giuridico¹³, dunque, che hanno percorso e caratterizzato l'intero secolo XX, le cui diversità sono abissali, ma che su un punto convergono: la superiorità della costituzione come norma.

2. *La crisi della «forza» normativa delle costituzioni e la prospettiva analitica nella scienza giuridica*

L'ipotesi da cui muove questo studio è che la crisi delle costituzioni oggi sia una conseguenza dell'indebolimento della sua specifica capacità («forza») *normativa*. Sicché la *naturale* rigidità o superiorità delle costituzioni non può più essere ritenuta un dato certo¹⁴. Non appare più sufficiente, nel nostro tempo, fondare la «superiorità» della costituzione su una mera deduzione logica in considerazione dei caratteri propri degli ordinamenti di riferimento (pur se le costituzioni continuano ad essere poste al vertice del sistema delle fonti nei diversi ordinamenti); né vale più solo osservare il «fatto» che le costituzioni fondano nuovi ordini (e dunque a questi forniscono pur sempre legittimazione tanto politica quanto giuridica); né, infine, basta individuare le forze politiche che alla costituzione garantiscono il necessario sostegno materiale (pervenendo in tal modo a definire il concreto assetto dell'ordinamento).

¹³ Ovvio e non casuale il rinvio al famoso saggio del 1934 di Carl SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (trad. it. parziale con il titolo *I tre tipi di pensiero giuridico*, in C. SCHMITT, *Le categorie del «politico». Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, 247 ss. La traduzione completa dell'importante lavoro schmittiano è stata di recente pubblicata con il titolo *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella, Torino, Giappichelli, 2002). In questo studio Schmitt riassume con estrema lucidità gli atteggiamenti fondamentali e le credenze profonde che muovono le analisi dei giuristi, alla ricerca – come egli stesso afferma all'inizio dell'indagine – de «l'idea *ultima*, ossia quella da cui vengono derivate giuridicamente tutte le altre». Appare dunque tanto più significativa la convergenza sull'idea – «ultima» – della superiorità della costituzione come norma.

¹⁴ Sulla «naturale» rigidità e superiorità delle costituzioni scritte vedi l'approfondito studio di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto Albertino e di qualche altra costituzione*, ora in ID., *Potere costituyente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, Cedam, 2002, 1 ss.

È bene precisare, però, che non è la crisi della capacità normativa delle costituzioni *in sé e per sé* il dato più rilevante. Basta osservare, infatti, che – al di là delle formali enunciazioni contenute nei testi costituzionali – nella concreta esperienza giuridica, la perdita di «forza» delle costituzioni ovvero la difficile attuazione dei principi costituzionali sono caratteri costantemente discussi e aspetti da sempre problematicamente proposti¹⁵. Da diverso tempo inoltre studi attenti hanno rilevato la progressiva svalutazione registrabile nelle interpretazioni dogmatiche delle costituzioni¹⁶.

Non è dunque questo il dato più rilevante, o che comunque si vorrà qui evidenziare. Il vero punto di svolta nella storia del costituzionalismo moderno, infatti, non sarebbe rappresentato tanto o solo dalla generica «crisi» della tradizionale capacità normativa delle costituzioni. Le «crisi» di per sé non possono d'altronde spaventare o indurre a conclusioni definitive, almeno se percepite – nei termini etimologicamente corretti – come momenti transitori di passaggio tra due diverse situazioni di maggiore equilibrio. Ciò che invece si vuole qui indagare – poiché finirebbe per mutare il quadro d'insieme solitamente denunciato – è il «grado» di questa crisi, che non sembra trovare un suo sbocco, non risolvendosi in nuova situazione di stabilità. È proprio questa permanenza di crisi (ed anzi progressivo avviamento e aggravamento) che induce a chiedersi – sebbene dubitativamente – se non sia giunto il tempo di affermare non più tanto la crisi, bensì la cessazione della funzione *normativa* delle costituzioni, impossibilitate ormai a definire l'ordine (normativo, appunto).

Se quest'ipotesi si dovesse verificare fondata, anche solo come possibilità futura, l'intera scienza del diritto costituzionale dovrebbe considerarsi giunta ad un bivio. Il diritto delle costituzioni, perduta la sua capacità *normativa*, e conseguentemente la specifica forza pre-

¹⁵ Basta pensare, nel nostro Paese, alla discussione sull'efficacia pienamente normativa di tutte le disposizioni costituzionali, tanto quelle immediatamente precettive quanto quelle riguardanti i principi costituzionali programmatici. Sul punto, per tutti, vedi le fondamentali e ormai storiche riflessioni di V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

¹⁶ Mario Dogliani ha ripetutamente insistito nel rilevare l'atteggiamento svalutativo delle interpretazioni costituzionali che, almeno a partire dalla metà degli anni '70, è diventato prevalente nella dottrina costituzionalistica, non solo italiana: vedi sul punto di quest'autore *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, spec. 7 ss. e 65 ss.

scrittiva e di conformazione del sistema politico, si ridurrebbe a (o tornerebbe ad essere, come nei tempi antichi) scienza esclusivamente *analitica* (capace cioè di produrre solo interpretazioni legittimanti la forma positiva assunta di volta in volta dagli ordinamenti). Una simile prospettiva porrebbe in discussione il modo con cui il costituzionalismo ha storicamente teso, in epoca moderna, ad affermarsi: su un fondamento probabilmente utopico (l'aspirazione a limitare il sovrano), ma ciò nondimeno imponendosi come «utopia normativa», e dunque cogente e coerente, perciò – fosse anche mai pienamente realizzabile – comunque «utopia concreta». Il diritto costituzionale inteso come scienza solo analitica finirebbe per sgretolare la forza normativa «superiore» delle costituzioni che era apparsa la conquista più alta della civiltà giuridica del moderno.

Una prospettiva, quella analitica, che si riteneva definitivamente tramontata con l'avvento dell'era dei lumi. Proprio il costituzionalismo, iscrivendosi nel progetto storico-politico della modernità illuministica, aveva indicato nelle costituzioni lo strumento politico e – soprattutto – giuridico attraverso cui non solo salvaguardare i diritti e assicurare le libertà, ma anche promuovere l'emancipazione e fondare la promozione sociale¹⁷. Nel corso del Novecento, poi, la missione del costituzionalismo moderno era giunta sostanzialmente ad identificare i testi costituzionali con il programma entro cui si sarebbe dovuta sviluppare la spinta del progresso¹⁸. Un programma non tanto politico quanto normativo, imposto al legislatore futuro, ma anche direttamente a tutti i consociati, nonché requisito di legittimità degli atti e delle norme dell'ordinamento vigente, in forza della superiorità in grado raggiunta negli «Stati costituzionali» dal testo costituzionale. Non si assegnava dunque alle costituzioni il compito di descrivere l'ordinamento esistente, bensì quello di prescrivere l'ordinamento futuro, realizzando un determinato «orizzonte di attesa», che grazie alla forza normativa superiore del testo costituzionale si poteva ritenere espressione di un «futuro che è ogni volta pre-

¹⁷ Per un'analisi delle vicende teoriche e storiche del costituzionalismo strettamente correlata con l'esigenza di emancipazione e di promozione sociale vedi lo studio di G. Ferrara, *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006.

¹⁸ Sul punto vedi, esemplificativamente, lo studio di C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1977.

sente»¹⁹. Appare chiaro, in questo contesto, l'assoluta inadeguatezza di un approccio unicamente analitico.

Perché allora oggi appare riaffacciarsi una visione esclusivamente analitica che sembrava essere stata superata dal movimento che la storia aveva impresso al tempo moderno?

Se si vuole rispondere non evasivamente a questa domanda, andando alle radici della crisi del costituzionalismo ed intendere le cause del declino della sua peculiare «forza» normativa, diventa necessario riflettere sullo stato delle nostre democrazie contemporanee per domandarsi se non sia cessata la spinta all'emancipazione che la modernità aveva ad esse impresso. In tal modo sono le stesse ragioni che hanno legittimato la costruzione del moderno costituzionalismo a essere ri-messe in discussione.

Chiedersi se si sia esaurita la fase storica in cui le democrazie moderne hanno promosso progetti di emancipazione sociale e politica, ed hanno tentato di realizzarli tramite l'inserimento dei principi di civiltà individuati in testi costituzionali dalla peculiare «forza» normativa, non vuole dire accedere a letture tanto apocalittiche quanto infondate sui destini dell'umanità. È certo che non siamo alla fine della Storia²⁰, né può pensarsi ad un'interruzione dello sviluppo²¹, ma è la Modernità ad essere giunta ad un bivio. Una Modernità che appare avere esaurito la sua spinta.

Non è dunque la storia che finisce, in caso sono i suoi paradigmi che mutano. Tra questi quello della Modernità. C'è da chiedersi se, con quest'ultimo, non stia subendo una profonda mutazione morfo-

¹⁹ Riprendendo una significativa espressione di J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano, Guerini e associati, 1996, 456.

²⁰ Come spesso con una superficialità non sostenuta da alcun senso del ridicolo si sente ripetere sulla scia di uno studio la cui valenza epistemologica è durata ... «lo spazio di un mattino». Ci si riferisce all'ineffabile studio di F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, trad. it. a cura di D. Ceni, Milano, Rizzoli, 1992.

²¹ Semmai può riflettersi se non ci sia da tornare a prendere in considerazione la distinzione pasoliniana tra sviluppo e progresso (vedi P.P. PASOLINI, *Sviluppo e progresso*, in ID., *Scritti corsari*, Milano, Garzanti, 1975, 219 ss.). Distinzione che questo geniale ed eretico intellettuale italiano ha trasposto e reso plastica nella nota metafora della scomparsa delle lucciole (vedi ID., *L'articolo delle lucciole*, *ivi*, 160 ss.). Con il «benessere» – come riteneva Pasolini – e con l'imporsi dei valori di una nuova civiltà postindustriale, oltre ad assistere alla scomparsa delle lucciole, si partecipa anche alla mutazione dell'idea di costituzione.

logica anche quel paradigma costituito dal costituzionalismo moderno.

Nello scenario appena evocato si consumerebbe una mutazione genetica del costituzionalismo. Sebbene debba ritenersi, in questa fase, sicuramente eccessivo giungere a conclusioni definitive, non si può dubitare peraltro che il diritto delle costituzioni stia attraversando una fase di trasformazione radicale e profonda. Ciò che appare essenziale capire è il segno e il senso delle mutazioni in atto.

Pur non essendo per nulla chiaro quale possa essere il risultato finale – non essendo né predeterminato né inevitabile l'esito del processo storico in corso – appaiono possibili diverse visioni di sviluppo del costituzionalismo e del ruolo delle costituzioni.

Appaiono in verità disarmanti e preoccupanti le analisi che giungono a conclusioni *tragiche* per la storia del costituzionalismo; come è nel caso che traspare nelle seguenti righe: «l'obiettivo del costituzionalismo è quello di *sottoporre il potere a regole*, possiamo, dopo duecent'anni, considerarlo raggiunto? (...) A me sembra che, gradatamente, si verifichi un processo inverso: il potere non solo resiste, ma reagisce in forme sempre più efficaci, affinando le tecniche per sfuggire alle regole, ai controlli, ai freni. Mi sembra insomma che l'ottica originaria delle Costituzioni, nate per la tutela dei diritti e delle libertà, si stia oggi rovesciando; che le si voglia modificare, se non rifare (penso soprattutto al caso italiano), ripensandole non più schierate dalla parte della libertà, bensì soprattutto in vista del rafforzamento del potere»²². Se si dovesse ritenere non solo realistico il quadro delineato, ma anche inevitabile l'esito annunciato, si dovrebbe, con triste coerenza, decretare la fine di un'esperienza storica, culturale, politica e giuridica che si è posta a fondamento della costruzione giuridica della modernità: la parabola del costituzionalismo avrebbe concluso il suo percorso.

Prima però di giungere ad una simile drammatica conclusione, prima di abbandonarsi alla dolce deriva nichilista, prima di conse-

²² Così L. CARLASSARRE, *Le trasformazioni del diritto costituzionale*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997*, a cura di L. Carlassarre, Padova, Cedam, 1998, 30. In una prospettiva un po' meno pessimista, della stessa autrice, vedi il suo più recente contributo sul tema: *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, Feltrinelli, 2012.

gnarsi al ruolo, disperato, della testimonianza romantica ovvero a quello, sprezzante, del disincanto cinico, sembra opportuno interrogarsi sui motivi che si pongono a fondamento della crisi del costituzionalismo; indagando le cause che fanno temere uno svuotamento del progetto giuridico che il costituzionalismo ha incarnato nella modernità. Nella nostra ricerca ci spinge la convinzione «scientifica» che per poter pronunciare un qualsiasi giudizio – tanto più se definitivo – sul futuro delle costituzioni (e della sua scienza), diventa essenziale comprendere pienamente le metamorfosi intervenute, o soltanto annunciate, che hanno condizionato il tragitto storico del costituzionalismo e i valori politici, culturali e giuridici che esso ha espresso. Solo dopo questo percorso analitico ci si potrà con realismo esprimere sullo stato in cui si trova il diritto delle costituzioni, sul suo prevedibile prossimo futuro, sulle possibilità di incidere soggettivamente – come studiosi e come gruppi – sul corso della storia, per conservare, mutare o abbattere le ragioni del costituzionalismo che la tradizione del moderno ci ha consegnato.

3. *Le mutazioni dei presupposti logici e storici del costituzionalismo moderno*

La forza normativa delle costituzioni appare oggi in crisi per molteplici ragioni; fenomeni diversi che possono però essere in gran parte ricondotti a due principali cause, tra loro collegate.

In primo luogo, deve richiamarsi l'accelerato e convulso processo di mondializzazione dei rapporti giuridici, che coinvolge ormai pienamente il piano dei rapporti di tipo costituzionale. Un'apertura ai «grandi spazi» che a questo punto della storia non risparmia più nessun ambito di vita e che, dunque, risulta essere diventato decisivo per il futuro delle costituzioni²³. Ciò non toglie che i processi costituzio-

²³ Una discontinuità rispetto al passato pur considerando che il fenomeno dell'intensificarsi dei processi d'internazionalizzazione e crescente interdipendenza dei sistemi politici e costituzionali non è poi così recente, né appare un'assoluta novità, come a volte si sostiene, bensì rappresenta un fenomeno progressivo e ben risalente nel tempo. Sono ben note d'altronde le profetiche previsioni schmittiane sulla fine «dell'epoca della statualità» e la ricerca di un diritto dei «grandi spazi», che rendono essenziale occuparsi con «visione complessiva e globale» dei problemi politici, giuridici e costituzionali (cfr. C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, (Premessa del 1963), in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, 90).

nali legati alla mondializzazione non possano dirsi univoci, sia per ragioni collegate all'indeterminatezza dell'assetto dei poteri, sia per i controversi effetti più direttamente riferibili al ruolo e alla forza del costituzionalismo. Infatti, la mondializzazione dei rapporti giuridici, da un lato, sembra favorire l'estendersi sul piano mondiale delle ragioni cui il costituzionalismo moderno si è fatto portatore, dall'altro, appare rendere incerti gli ambiti entro cui le determinazioni costituzionali devono trovare l'assolutezza della propria capacità ordinante.

Questa prima causa (la «mondializzazione») si pone a sua volta a fondamento della seconda: la messa in discussione di quell'universo concreto rappresentato dalla dimensione esclusivamente statale del diritto (lo «statualismo»). In questo secondo caso è il *paradigma generale* che muta, è la «costellazione di credenze condivise da un gruppo» che viene coinvolta²⁴. Un cambiamento che non può essere inteso solo come un allargamento degli spazi e un infittirsi delle relazioni entro cui viene a collocarsi il diritto delle costituzioni, determinato dall'erodersi dei confini nazionali. Ben più significativo appare il mutamento, perché investe direttamente la specifica capacità ordinante delle costituzioni. La principale causa di crisi del costituzionalismo «nazionale» è da far risalire all'indebolimento della sua specifica forza normativa prodotta dalla deterritorializzazione delle forme del potere e del dominio. Il che, però, non implica per nulla la scomparsa delle organizzazioni statali e della necessità di dare regole al potere anche in ambito nazionale. I processi di mondializzazione, infatti, non negano di per sé la dimensione statale, la immergono invece in un *pluriversum*. Può dirsi che, usciti da un forzato e artificiale assolutismo, gli Stati vengono ora a far parte di una *costellazione postnazionale*²⁵, ma non per questo abbandonano un proprio ruolo essenziale entro la dinamica globale²⁶. Ciò dovrebbe indurre a ricer-

²⁴ Sul concetto di «paradigma generale», inteso nel senso indicato, vedi T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), tr. it. a cura di A. Carugo, Torino, Einaudi, 1999, spec. a 219 ss.

²⁵ Per riprendere l'espressione fortunata e carica di senso di J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, Feltrinelli, 1999.

²⁶ In questa prospettiva si muovono anche gli studi sociologici più consapevoli sulla globalizzazione. Vedi, ad esempio, S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, tr. it. a cura di N. Malinverni e G. Barile, Milano, Bruno Mondadori, 2008.

care una normatività «superiore» diversa rispetto al passato, ma che sia ancora in grado di ordinare la dimensione statale, pur agendo entro un fascio complesso di poteri e di diritti, i quali operano entro lo Stato ma anche al di fuori di esso.

Se può apparire assai complesso l'intreccio che lega i diversi piani del discorso ora richiamati, non è però poi così difficile intendere la profondità dei sommovimenti socio-politici che negli anni recenti hanno fortemente inciso sul diritto delle costituzioni. L'importanza di queste trasformazioni può dedursi prendendo in considerazione il fondamento utopico posto a base di legittimazione del diritto costituzionale. Esso nasce con l'ambizione di «limitare il sovrano», e in tal modo dare «regole ai poteri» e «garantire i diritti». *Sovranità, poteri, diritti*: sono questi i presupposti logici e storici del costituzionalismo moderno.

Ora, non si può dubitare che le nuove dimensioni della «sovranità», postmoderna e transnazionale, siano trasfigurate rispetto a quelle tradizionali, che si sono venute affermando in una chiave espressamente statualistica. Il sovrapporsi e il condizionamento reciproco dei vari livelli di esercizio della sovranità (statale e sovrastatale) rendono ormai difficile *riconoscere* il volto stesso della sovranità – come presupposto necessario a una sua eventuale «limitazione»²⁷. Analogamente può dirsi dei «poteri» e dei «diritti», che appaiono sempre più *sfuggenti*, dispersi entro uno spazio sconfinato. Poteri e diritti che in primo luogo richiedono di essere individuati, per poi – eventualmente – essere regolati e garantiti²⁸.

Trasformazioni dunque che direttamente investono il soggetto (la sovranità) e gli oggetti (i poteri e i diritti) che il costituzionalismo moderno pretende di regolare, rendendo ben più complesso il suo compito, e forse anche più elevata la sua utopia. Mutamenti che non conducono necessariamente a esiti di dissoluzione delle ragioni del costituzionalismo; anzi in qualche misura le rafforzano. Ciò non toglie che appaiono evidenti le mutazioni dei presupposti logici e storici che hanno fondato il costituzionalismo moderno.

²⁷ Sul punto, con particolare riferimento alle modalità di esercizio della sovranità, vedi G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in AA.VV., *Ripensare lo Stato*, a cura di S. Labriola, Milano, Giuffrè, 2003, 657 ss.

²⁸ Sul punto, con particolare riferimento ai «diritti», ma con considerazioni di carattere generale sulle nuove frontiere delle costituzioni, vedi M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 103 ss.

Così è per la sovranità, che le costituzioni pretendono di limitare e regolare, ma che ha assunto manifestamente un'inedita dimensione, che tende a sfuggire a ogni controllo. Un'impossibilità sopravvenuta ad afferrare il sovrano, favorita dalla sua insolita dimensione internazionale, che trascina *fuori* dal territorio e che s'impone *oltre* l'ordine costituzionale. D'altronde non può dirsi che la sovranità senza territorio e senz'ordine che opera negli spazi aperti vada a sostituire quella tradizionale degli Stati nazione, bensì si affianca a essa, la condiziona sino a *limitarla*. Quasi che spetti al sovrano (globale) limitare il sovrano (locale), e non più alle costituzioni. La sfida è palese, l'esito incerto. Saprà il costituzionalismo continuare ad assoggettare i sovrani o da questi sarà sottomesso?

E poi, è la stessa individuazione del sovrano (delle sovranità diffuse) a complicarsi, venendosi a oscurare – oltre che a moltiplicare – i luoghi del suo manifestarsi e i soggetti che la esprimono. Già ciò rende assai difficile assoggettare i sovrani alle costituzioni. Chi sono oggi i sovrani?

Ci si può ancora interrogare. Le costituzioni hanno sin qui operato entro spazi politici localizzati (entro confini, più o meno estesi, ma pur sempre determinati); esse si trovano ora dinanzi ai nuovi complessi disegni della sovranità non più solo statale, non esclusivamente internazionale, essenzialmente deterritorializzata (senza luogo o in più luoghi). Come si può, nelle nuove condizioni date, imporre al sovrano un suo dover essere? Quale atto normativo supremo può aspirare a ordinare sovrani diffusi, dispersi, mutevoli?

Gli interrogativi si moltiplicano, s'intrecciano tra loro. In ogni caso, quel che si vuole qui solo rilevare è che la sovranità – il primo dei presupposti logici e storici del costituzionalismo moderno – ha mutato le sue forme di manifestarsi nella storia²⁹. Se il costituzionalismo moderno vuole continuare a svolgere la sua opera di «limitazione della sovranità» deve riuscire a rispondere alle nuove sfide, non può rinunciare al confronto con la sovranità *sconfinata* e *inaffer-*

²⁹ Sulle tortuose vicende della sovranità, e sui variegati aspetti che essa assume nell'epoca moderna e poi in quella globale, la letteratura è, ovviamente, immensa. Per quanto qui in particolare interessa possono vedersi i saggi di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto* e di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, entrambi in *Rivista di diritto costituzionale* 1996, rispettivamente alle 3 ss. e 124 ss.

rabile. Non può neppure cercare vie di fuga dalla sovranità e dalla necessità che sia il diritto *superiore* di una costituzione a imbrigliare la sua forza.

Non può peraltro ritenersi che per dare regole al sovrano, e dunque al potere che esso esprime, sia sufficiente individuare dei diritti da salvaguardare e un'organizzazione dei poteri da regolare. Vero è che – ci ricorda l'atto fondativo del costituzionalismo moderno – non si ha costituzione se «la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata»³⁰. Ma già in quest'antica formulazione ciò che si evidenzia è l'*effettività* dei risultati che si vogliono conseguire: la tutela dei diritti deve essere «assicurata», mentre l'organizzazione dei poteri deve essere «fissata». Non sono, dunque, sufficienti né la semplice *enunciazione* di diritti ritenuti fondamentali, né la mera *esistenza* di un'organizzazione dei poteri.

Non può allora di per sé rassicurare l'affermarsi in ambito sovranazionale di nuove «carte dei diritti», l'infittirsi di una rete di «organizzazione dei poteri». Nuovi «testi costituzionali» che si limitassero a richiamare svariati diritti o a decretare un certo assetto dei poteri non aiuterebbero a rispondere al nostro interrogativo sulle trasformazioni della capacità normativa del costituzionalismo *moderno*, perché non ne coglierebbero il peculiare significato. I nuovi «processi costituenti» che si stanno sviluppando (in Europa, ma anche in altri continenti) – e che da molti sono interpretati linearmente come un estendersi e un progresso del costituzionalismo – appaiono certamente significativi di un cambiamento, ma non possono ritenersi anche espressivi della direzione di questo; tanto meno possono essere salutati come una conferma, ovvero consolidamento, della validità e delle ragioni del costituzionalismo moderno. Per giungere a una simile rassicurante conclusione si dovrebbe dimostrare che i nuovi «ordinamenti costituzionali» si muovono nell'alveo della tradizione costituzionale moderna, conservando, perseguendo e magari rafforzando i caratteri e la sostanza di questa: il che non è per nulla scontato³¹.

³⁰ Così il ben noto art. 16 della «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» del 1789, al quale si fa risalire la nascita del costituzionalismo moderno.

³¹ Sull'ambivalenza dei cosiddetti «processi costituenti» che di recente si sono andati sviluppando in Europa – in particolare a seguito della scrittura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sia consentito rinviare agli scritti raccolti nel volume *Studi sui diritti in Europa*, Roma, Aracne, 2006.

La proliferazione di Dichiarazioni o Carte dei diritti che vengono spesso a sovrapporsi e a condizionarsi reciprocamente, la moltiplicazione o la novazione delle istituzioni internazionali, l'emergere di nuovi equilibri (ovvero, più spesso, squilibri) tra le nazioni, ma anche tra queste e le organizzazioni internazionali, i processi d'aggregazione e integrazione tra le politiche economiche, ma anche sociali, degli Stati, hanno certamente prodotto conseguenze importanti sia sul piano politico sia su quello giuridico. Trasformazioni che hanno finito per modificare nel profondo la concezione dei diritti e le relazioni tra i poteri, dunque certamente incidendo sul terreno proprio del diritto delle costituzioni. Non per questo però può ritenersi che si siano «assicurati» ai diritti maggiori protezioni e si siano «fissati» limiti più stringenti ai poteri. A ben guardare, appare esattamente opposta la tendenza generale: programmaticamente *soft* le tutele dei diritti, irresistibilmente cedevoli i limiti ai poteri.

Sovranità, poteri, diritti: tre piani intrecciati su cui s'è costruito l'edificio moderno del costituzionalismo. È necessario seguire le loro trasformazioni per verificare se le costituzioni si pongono ancora come loro limite, regola e fondamento. È la capacità normativa delle costituzioni che bisogna interrogare. Molto spesso assai fragile.

4. *Costituzionalizzazione nel mondo: diritto superiore o diritto debole?*

Al depotenziamento della capacità normativa delle costituzioni concorre sia l'emergere di un'inedita dimensione sovranazionale della sovranità e dell'organizzazione del potere, sia, simmetricamente, la peculiare torsione statalista impressa nel corso della storia moderna al diritto costituzionale.

Se nessuno potrebbe ormai ragionevolmente negare il ruolo decisivo della dimensione mondiale nelle determinazioni concrete delle relazioni giuridiche (sia private, sia pubbliche o statali), sono invece gli effetti provocati dalla mondializzazione sugli ordinamenti costituzionali a essere interpretati in modo diverso.

Secondo alcuni l'intensificarsi e il diffondersi dei rapporti giuridici sovranazionali che coinvolgono le materie costituzionali provocano un allargamento ai «grandi spazi» dello *jus publicum*: una sorta di *costituzionalizzazione del mondo*. Con questa sintesi verbale si

vuole indicare un processo, più o meno lineare, di progressiva emersione di uno o più sistemi «costituzionali» che operano non più solo (o tanto) sul piano nazionale, ma anche (o principalmente) a livello planetario. Molteplici ricostruzioni teoriche possono farsi risalire a questa visione, alcune certamente stimolanti e per profili specifici fondate. Tuttavia ritengo che quest'idea complessiva di sviluppo – in fondo semplice e uniforme – del costituzionalismo contemporaneo in epoca globale rischi di risultare epistemologicamente ingannevole.

Così sono ormai entrate nel lessico comune dei costituzionalisti espressioni – dal contenuto semantico ancora incerto – quali *mulilevel constitutionalism*³², mentre più d'uno ritiene ormai maturate le condizioni per la nascita di sistemi «costituzionali» che si sviluppano in strutture reticolari (o Unioni Regionali) ritenute geopoliticamente omogenee (è il caso emblematico della c.d. «costituzione europea»)³³, c'è poi chi direttamente auspica l'affermarsi di una «costituzione mondiale»³⁴. Altre ricostruzioni infine, pur non impegnando

³² Tra i molti studi dedicati al «costituzionalismo multilivello» vedi soprattutto I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, 708 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, vol. 27, n. 5, 2002, 511 ss.; M. MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, in *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, a cura di S. Panunzio, Milano, Giuffrè, 2002, 507 ss.; N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: looking beyond the German Debate*, in *The Many Constitutions of Europe*, a cura di K. Tuori e S. Sankari, Farnham-Burlington, Ashgate, 2010, 143 ss.

³³ In questa prospettiva vedi K.-H. LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 1, 1997, 33 ss.; nonché S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 21 ss. Nella formazione dei sistemi «reticolari» un ruolo fondamentale è giocato dai mercati transnazionali, come ha reso evidente A. PREDIERI, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, Passigli Editore, 1966, 232 ss., spec. 235 e s. Sul punto anche C. PINELLI, *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, Giappichelli, 1999, 211 ss.

³⁴ In questa prospettiva, con particolare riferimento all'ordine internazionale democratico, vedi, D. HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Order*, Cambridge, Polity Press, 1995 (tr. it. *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico*, Trieste, Asterios, 1999); ID., *Governare la globalizzazione. Un'alternativa democratica al mondo unipolare*, tr. it. di C. Sandrelli, Bologna, il Mulino, 2005; ID., *Modelli di democrazia*, a cura di L. Verzichelli, III ed., Bologna, il Mulino, 2007, 514 ss. Con riferimento specifico all'esigenza di costruzione di un «costituzionalismo cosmopolitico» vedi J. HABERMAS, *La costituzionalizzazione del diritto*

direttamente la dimensione costituzionale, affermano comunque oramai già definito un governo mondiale³⁵, o almeno una *global governance*³⁶.

Ricostruzioni e ipotesi di sviluppo tra loro molto diverse, ma che s'inquadrano tutte in una prospettiva di diffusione e trasferimento su un piano transnazionale dei concetti del costituzionalismo contemporaneo. Da alcuni quest'opera è concepita come un'attività di mera traduzione e adeguamento; da altri – in modo più avveduto – si percepisce che il trasferimento entro spazi politici più estesi dei concetti tradizionalmente propri del diritto costituzionale *nazionale* comporta una trasformazione del loro valore ermeneutico. Ciononostante mi sembra si tenda, in tutti i casi, a sottovalutare l'aspetto decisivo, che deve riguardare il senso più profondo delle trasformazioni in atto, e che può riassumersi nel seguente interrogativo: qual è l'incidenza effettiva dei processi di mondializzazione sul costituzionalismo contemporaneo e sui suoi caratteri peculiari?

In questa prospettiva, anziché partire dalle categorie del costituzionalismo moderno per adeguarle ai processi di mondializzazione, si ritiene di dovere – forse con più modestia ma anche con maggior realismo – invertire i fattori: partire dalla constatazione che i processi legati alla sempre più estesa internazionalizzazione dei rapporti giu-

internazionale ha ancora una possibilità?, in ID., *L'Occidente diviso*, tr. it. di M. Carpi-tella, Roma-Bari, Laterza, 2005, 107 ss.; L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995, 50 ss. ed ora di quest'ultimo, in modo più esteso, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2: *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 481 ss.

³⁵ In questa prospettiva vedi G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000. Oltre, ovviamente, all'originaria ricostruzione di I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, III ed. 2002, 163 ss.

³⁶ Vedi, riassuntivamente, con riferimento alla distinzione tra il concetto di *global governance* e quello parallelo, ma non assimilabile, di *government* M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, 125 ss. e, più di recente, ID., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010; con specifico riferimento all'Unione Europea, *Governance in the European Union*, a cura di G. Marks, F.W. Scharpf, P.C. Schmitter, W. Streeck, London, Sage, 1996; J. MONAR, *Reforming European Union governance: a prospective for the next two decades*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 868 ss. In termini assai critici nei confronti della *global governance*, ma anche rispetto alle prospettive «reticolari», vedi A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 356 ss.

ridici hanno ormai investito direttamente e pervasivamente il territorio del costituzionalismo, per interrogarsi sugli effetti che ciò produce entro la cittadella della costituzione e sulle sue categorie scientifiche. Se si volesse usare un'espressione icastica potrebbe dirsi: non può pensarsi che sia la costituzione a «mettere le brache al mondo», semmai vi è il rischio che avvenga l'inverso³⁷.

Più che di *costituzionalizzazione del mondo*, potrebbe allora parlarsi di *costituzionalizzazione nel mondo*. Una diversa sintesi verbale che, rispetto alla precedente, tende a porre l'accento sul fatto che l'imporsi dell'orizzonte globale comporta sì un *diffondersi nel mondo* delle ragioni espresse dal costituzionalismo contemporaneo, ma non perciò può ritenersi certa la conservazione dei suoi caratteri specifici. Ciò che, allora e in primo luogo, deve indagarsi è se può conservarsi, *nel mondo*, la conquista più alta che l'esperienza storica moderna del costituzionalismo ha espresso con riferimento agli Stati: la capacità ordinante delle costituzioni. Questo è il punto decisivo.

Come si è cercato qui di argomentare, la realtà dei processi di trasformazione in atto non sembra indirizzarsi verso l'affermazione di un «superiore» *ordine costituzionale del mondo*, ciò che invece può scorgersi è un processo di *dispersione nel mondo* della «forza» delle costituzioni, con la sua conseguente perdita di absolutezza e il suo sostanziale indebolimento, una fluidità ed elasticità dei rapporti costituzionali transnazionali (ma che investe pienamente anche il livello costituzionale nazionale), che rischia di trasformare il diritto *superiore* a ogni altro, in un diritto *debole*.

³⁷ Sulla formula icastica utilizzata vedi, in polemica con «l'hegelismo mutilato» di Benedetto Croce, A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, (Quaderno X, § 6), vol. II, a cura di V. Gerratana, Torino, Einaudi, 1975, 1221.