

Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte

di Paolo Bianchi

Abstract: Constituent power and constitution in the 21st century. Some open issues – This work, starting from the recognition of the European context at the end of the Second World War, reconstructs the terms of the contemporary debate on the concept of constituent power, analyzing its evolution and open contradictions. Starting from that point of view, the influences of globalization processes on twentieth-century constitutions, key concepts of constitutionalism and democratic principles are also examined.

Keywords: Constitution; Constituent power; Democracy; Rule of law; Fundamental rights.

1. Un punto di partenza. Le costituzioni del secondo dopoguerra

Una riflessione sulle nozioni di potere costituente e costituzione nel contesto attuale deve partire, a mio parere, dallo spartiacque della Seconda guerra mondiale: la fase finale del conflitto coincide con l'inizio di un nuovo ordine mondiale, basato sul bipolarismo e su un confronto inedito, tra potenze che dispongono della capacità di annientarsi reciprocamente, oltre che di distruggere la vita sul pianeta.

Questo stato di fatto impose la ricerca di strumenti giuridici e di equilibri geopolitici che riducessero al minimo i rischi di nuovi conflitti su scala globale. Le conferenze di Teheran (1943) e Yalta (1945) disegnarono i due blocchi destinati a contrapporsi fino alla fine del "secolo breve"¹. In quegli incontri fu abbozzato l'assetto delle relazioni internazionali, che nei suoi tratti salienti è rimasto inalterato fino a oggi; su di esso è stato istituito un complesso di organismi nel quale gli ordinamenti statali erano destinati a inserirsi, in cambio di garanzie di difesa contro eventuali aggressioni, di sostegno sul piano finanziario e commerciale, ma a prezzo di sostanziali limitazioni della loro capacità di stringere autonome relazioni estere, oltre che di penetranti vincoli in ordine alle scelte fondamentali interne.

I blocchi si consolidarono rapidamente per mezzo di due trattati, quello che istituì la NATO (1949) e il Patto di Varsavia (1955), provocato

¹ Il riferimento obbligato è a E.J. Hobsbawm, *Age of Extremes - The Short Twentieth Century 1914-1991*, New York, 1997.

(almeno formalmente) dal tentativo abortito di fondare una Comunità Europea di Difesa. I trattati in funzione difensiva non sono certo una novità del secondo novecento. Ciò che risulta innovativo è l'approccio globale, unito alla palese disparità di condizioni tra le parti contraenti², che si traduce in un condizionamento della complessiva politica estera.

Contestualmente alle scelte di definizione delle sfere di influenza furono abbozzate, già nella conferenza di Dumbarton Oaks (1944), la struttura e le principali regole di funzionamento dell'ONU, la cui istituzione formale sarebbe giunta un anno dopo, alla conferenza di San Francisco.

Un mese prima della conferenza di Dumbarton Oaks si era tenuta quella di Bretton Woods, nella quale oltre 40 stati avevano approvato un nuovo sistema di regole destinate a governare la finanza e il commercio internazionale nei decenni a venire. Si costruisce un meccanismo di intervento finanziario a sostegno degli stati maggiormente indebitati nel quale sono espressamente previsti condizionamenti delle politiche economiche interne in cambio dei prestiti erogati. La logica è la stessa che troverà applicazione nei confronti degli stati europei nel contesto del piano Marshall³.

Anche sul piano dei diritti individuali, nel giro di pochi anni assistiamo all'approvazione di trattati e alla creazione di istituzioni internazionali che, nell'enunciarne la natura universale, in concreto pongono in discussione il ruolo degli stati come tutori esclusivi. Il primo, eclatante, segnale in tale direzione proviene dalla costituzione del tribunale di Norimberga, concordata già nella conferenza di Mosca del 1943. I processi di Norimberga segnano la formalizzazione di principi di diritto internazionale in materia di responsabilità penale, assunti come vincolanti (nel caso di specie, persino retroattivamente) pur in assenza di norme pattizie. Tra di essi sono di particolare interesse ai nostri fini il secondo principio, che prevede la responsabilità penale internazionale nonostante l'autore abbia agito in attuazione di disposizioni statali, ed il terzo principio, che assoggetta alla responsabilità anche i capi di stato e i livelli superiori del governo⁴.

La spinta verso l'internazionalizzazione del quadro dei diritti trova la massima espressione nella Dichiarazione universale del 1948 e nella diffusione di organizzazioni internazionali a livello continentale che hanno come obiettivo espresso la garanzia dei diritti umani, principalmente contro gli abusi del potere pubblico statale. Emblematica della tendenza è l'istituzione del Consiglio d'Europa (1949) che, avvalendosi della Corte, ha

² Merita di essere segnalato che, in entrambe le organizzazioni, il comando militare è sempre stato assegnato, rispettivamente, a un militare statunitense e a un sovietico.

³ Una sintetica analisi delle condizionalità insite nel piano e degli effetti che esso produsse sullo sviluppo del disegno di integrazione europea cfr. A. Somma, *Il governo delle condizionalità. Dal Piano Marshall all'Unione europea*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 433 ss.

⁴ Per una recente e documentata visione d'insieme cfr. D.O. Pendas, *Democracy, Nazi Trials, and Transitional Justice in Germany, 1945–1950*, Cambridge, 2020.

svolto un ruolo di primaria importanza non solo nella difesa dei diritti individuali ma, per ciò che qui interessa, in funzione di integrazione e unificazione di quello che successivamente sarà riconosciuto come il patrimonio costituzionale europeo.

Nel contesto europeo, l'apertura di processi costituenti fu strettamente correlata agli esiti della guerra. Tali processi ebbero però caratteristiche ed esiti diversi, sia per le differenze nell'esperienza storica, nell'approccio al concetto e alle funzioni della costituzione, sia per le condizioni postbelliche, sia per le condizioni in cui il movimento per la costituzione si sviluppò: si pensi alle condizioni delle potenze sconfitte o a quelle degli stati dell'Europa orientale assorbiti nella sfera d'influenza sovietica.

Il costituente postbellico può ancora enunciare in termini altisonanti la piena ed esclusiva sovranità popolare o addirittura rievocarla in chiave nazionalistica⁵, ma è necessariamente consapevole dei rapporti di forza e della fitta rete di trattati internazionali, stipulati proprio al fine di formalizzare i limiti esterni di quella stessa sovranità che si pretende di affermare.

Del resto, il rapporto tra costituzione e nazionalismo risulta estremamente critico e per certi aspetti contraddittorio, sia nell'immediato dopoguerra che alla fine del secolo breve. I costituenti europei diffidano dell'idea di nazione per le concrezioni ideologiche delle dittature, che su di essa hanno costruito il consenso popolare, e che in suo nome hanno sviluppato politiche espansionistiche e aggressioni militari⁶. Fino alla fine del secolo breve i nazionalismi conoscono in Europa un lungo periodo di oblio, se non di aperta negazione.

Contemporaneamente, anche sulla scorta del riconoscimento da parte dell'ONU del principio di autodeterminazione dei popoli⁷, il processo di decolonizzazione si traduce in una straordinaria proliferazione di movimenti di liberazione nazionale, nei quali è fortissima la rivendicazione identitaria, talvolta coniugata con caratteri di appartenenza religiosa. La disgregazione degli imperi coloniali britannico e francese è accompagnata dalla (ri)nascita di stati nazionali, nei confronti dei quali né la cronaca dei tempi, né la storiografia prevalente, hanno agitato lo spettro del nazionalismo.

Il carattere nazionalistico dei movimenti autonomisti, dopo decenni di oblio, è tornato ad essere uno dei fattori principali della dinamica costituzionale in Europa⁸, dando luogo ad eventi traumatici come la

⁵ Cfr. i reiterati richiami del preambolo della costituzione francese del 1946 alla Nazione, oltre all'art. 3, c. 1, ove è rivendicata al popolo francese la titolarità della «sovranità nazionale». V. inoltre l'enunciato dell'art. 1, c. 2, della costituzione italiana. Persino il preambolo del GG, sia pure con estrema cautela, richiama come obiettivo l'«unità nazionale», da perseguire mediante la «libera autodeterminazione» del popolo tedesco.

⁶ Sul tema v. P. Carrozza, *Nazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, 126 ss.

⁷ Va precisato che, in ossequio alla divisione in blocchi, il principio fu proclamato *pro futuro*, potendosi applicare retroattivamente solo ai possedimenti coloniali. In sostanza si vollero salvare i confini determinati dall'esito della guerra.

⁸ Cfr. E.J. Hobsbawm, *The Perils of the New Nationalism*, in *The Nation*, November 4, 1991, tr.

distruzione della Jugoslavia, fino ai recenti interventi delle Nazioni Unite a sostegno dell'indipendenza del Kosovo, a scissioni scarsamente conflittuali come nel caso della Cecoslovacchia, oppure a processi di cui ancora non è dato vedere l'esito, come nel caso catalano o in quello scozzese.

2. Rileggere il potere costituente

La rinascita delle democrazie nell'Europa occidentale del secondo dopoguerra avviene in un contesto che aveva reso necessario ripensare alcuni dei pilastri del costituzionalismo novecentesco. In primo luogo, dobbiamo osservare che si afferma definitivamente l'idea di costituzione come espressione di volontà innovativa e di rottura dell'ordine preesistente, mentre è abbandonata la costituzione come conservazione dell'assetto tradizionale e consolidato⁹.

L'impalcatura concettuale che, a partire da Sieyès¹⁰, aveva fondato il potere costituente sulla volontà popolare era giunta, attraverso la mediazione, la rielaborazione e le distorsioni di Schmitt¹¹, a identificare il primo con il massimo esercizio della sovranità, lasciando in ombra la seconda¹².

Ma il primato indiscusso del potere popolare si era accompagnato, nella genesi dei totalitarismi europei, dapprima con l'affermazione dell'assoluto potere della maggioranza, quindi con la negazione stessa della dialettica democratica in nome del carattere necessariamente unitario del *Volksgeist*: una nazione, un popolo, una volontà, espressa dal capo carismatico,

¹² *It I pericoli del nuovo nazionalismo*, in Id., *Nazionalismo. Lezioni per il XXI secolo*, Milano, 2021, 196 ss.

⁹ Secondo H. Arendt, *On Revolution*, 1963, tr. it. *Sulla rivoluzione*, Milano, 1999, 174, «una rivoluzione è predeterminata dal tipo di governo ch'essa rovescia»; se ne potrebbe dedurre che la costituzione innovativa è anche necessariamente in contrapposizione all'assetto che la precede.

Sulla distinzione tra costituzione come atto di volontà e come espressione della tradizione v. G. Palombella, *Costituzione e sovranità*, Bari, 1997, 28 ss.

¹⁰ J.-E. Sieyès, *Opinion sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de Constitution, prononcée à la Convention le 2 thermidor de l'an III (1795)*, trad. it. *Opinione sul progetto di Costituzione*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, 1993, 787 ss., 796. Sul pensiero di Sieyès e le sue ambiguità, in particolare riguardo alle connessioni tra popolo e nazione, v. M. Goldoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze, 2009, spec. 52 ss.; L. Rubinelli, *How to think beyond sovereignty: On Sieyès and constituent power*, in *European Journal of Political Theory*, 2019, Vol. 18, n. 1, 47 ss.

¹¹ Secondo C. Schmitt, *Verfassungslehre*, München, Leipzig, 1928, tr. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 113, «Sieyès ha formulato la teoria del *pouvoir constituant* della nazione. Egli ha giustamente indicato come atto della rivoluzione l'aver subito posto ai suoi inizi la distinzione fra potere costituente e costituito. Nonostante la grande influenza che ha esercitato il modello americano, solo l'anno 1789 significa l'inizio di questo nuovo principio politico. Alle costituzioni americane del XVIII sec. manca una vera e propria teoria della costituzione».

¹² Sulla sovranità quale "problema capitale" del costituzionalismo contemporaneo, v. già R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, vol. 2, Paris, 1922, 483.

a fronte della quale ogni interesse dell'individuo era da considerarsi inevitabilmente recessivo¹³.

I movimenti costituenti dell'epoca postbellica videro perciò nella sovranità popolare, declinata quale potere assoluto e illimitato dei cittadini, non soltanto una prospettiva di liberazione dalla tirannia, ma anche il pericolo connesso all'irrazionalità delle folle, conosciuta nei decenni precedenti, che della tirannia era stata frequentemente strumento.

La sovranità popolare fu enunciata ma circondata di cautele sia di natura sostanziale (diritti inviolabili, principi irrevocabili) che procedurale (percorsi di revisione costituzionale imperniati su maggioranze qualificate e tempistiche intese a scoraggiare i colpi di mano). Sul piano teorico, si sono consolidate ricostruzioni che, pur ricorrendo a denominazioni diversificate, recuperano la distinzione schmittiana tra potere costituente e costituito, ad esso successivo logicamente e cronologicamente, ma soprattutto gerarchicamente subordinato, valorizzando i limiti che il popolo stesso incontra nel ridefinire l'ordinamento¹⁴.

Le costituzioni del secondo dopoguerra fanno ampio ricorso a enunciati di valore, pur nella consapevolezza del pericolo che essi portano con sé, così come costruiscono meccanismi procedurali, pur nella consapevolezza che nessuna procedura, da sola, può tutelare i valori fondamentali¹⁵.

La pericolosa assimilazione del popolo alla nazione invalsa nei regimi autoritari appena abbattuti impose di relativizzare la collocazione di entrambi i concetti, in chiave riduttiva. Le istanze nazionalistiche entrano in una fase di eclissi destinata a chiudersi solo alla fine dell'esperienza sovietica, mentre la collocazione del popolo nel quadro dei poteri costituzionali diviene oggetto di dibattito e problematizzazione.

Nell'approccio all'instaurazione di una nuova costituzione, al popolo si riconosce il potere di distruggere l'ordine preesistente, di avviare un processo costituente, di enunciare indirizzi generalissimi (dei quali peraltro si presume

¹³ Sulla subordinazione dell'individuo allo stato nell'ideologia fascista è bene lasciar parlare i principali responsabili. V. perciò G. Gentile, B. Mussolini, *La dottrina del fascismo*, in *Enc. It.*, 1932, vol. 13, pp. 847 ss.: «Per il fascismo lo Stato è un assoluto, davanti al quale individui e gruppi sono il relativo. Individui e gruppi sono “pensabili” in quanto siano nello Stato [...] Se chi dice liberalismo dice individuo, chi dice fascismo dice Stato».

¹⁴ Cfr. la sintesi proposta da L. Vinx, *Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An Analysis of Carl Schmitt's Argument*, in M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkinen (eds.), *Constituent Power. Law, Popular Rule and Politics*, Edinburgh, 2020, 61 ss.

¹⁵ È interessante qui richiamare la tarda (e almeno in parte autocritica) riflessione di C. Schmitt, *Die Tyrannie der Werte*, trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano, 2008. Per l'origine dell'espressione v. però N. Hartmann, *Ethik*, Berlin-Leipzig, 1926. Sull'origine e lo sviluppo della disputa v. inoltre M. Volpi, *Anatomia dei valori*, in *La tirannia* cit., 69 ss., spec. 89 ss. Vale la pena di osservare però che la preoccupazione di Schmitt pare sorgere da uno spunto molto concreto, consistente nell'affermarsi – all'epoca in cui scrive – di valori ben diversi da quelli che l'A. aveva sostenuto nell'arco della sua vita di studioso.

la formulazione, riconducendola però sostanzialmente all'espressione del voto). I meccanismi della rappresentanza assolvono così sia alla funzione di consentire l'espressione della volontà popolare, sia a quella di incanalarla nella mediazione offerta dai partiti di massa. Laddove il ricorso al pronunciamento popolare diretto è previsto, si esercita in funzione meramente correttiva e limitativa, quale garanzia estrema contro i possibili abusi della maggioranza parlamentare.

Al tempo stesso, il popolo non è più concepito come forza pre- o antiggiuridica, ma viene attratto nell'orbita del diritto dai testi costituzionali, che lo inquadrano tra i poteri dello stato, e gli conferiscono l'esercizio di funzioni elencate e delimitate dalla costituzione: non più l'erompere disordinato e incontenibile della forza pura, né la pretesa che esso fosse il potere unico dal quale tutto scaturisce, ma la partecipazione su base paritaria con altri poteri, nell'esercizio ordinato (sul piano costituzionale) di funzioni definite¹⁶.

Significativo è infatti il lavoro di grandi giuristi dell'epoca per collocare la sovranità popolare non solo nel momento fondativo dell'ordinamento, ma nel quadro più ampio dell'esercizio di funzioni riconducibili alla gestione ordinaria dello stato¹⁷.

Parallelamente, le costituzioni novecentesche riconoscono la centralità dei meccanismi di garanzia – proceduralmente, se non sul piano strutturale, caratterizzati in senso giurisdizionale – intesi a circoscrivere l'eventuale instaurazione di una tirannide della maggioranza¹⁸.

La visione strettamente formale dell'ordinamento democratico, creato *uno actu* dal manifestarsi del popolo sovrano, che torna ad essere quiescente nella ordinaria amministrazione della costituzione, si scontra con una chiave di lettura nuova, che non si limita alla sfera giuridica, ma si apre alla lettura delle dinamiche sociali: se al dato formale si affianca la costituzione in senso materiale, ciò avviene per giustificare il funzionamento di un sistema che non può trovare nei soli meccanismi giuridici la propria ragion d'essere e al tempo stesso per qualificare in termini giuridicamente significativi la portata e gli effetti di movimenti pre-(e spesso anti-)giuridici. Si prospetta dunque una contraddizione tra la pretesa delle costituzioni contemporanee di

¹⁶ E. Böckenförde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, 231 ss.

¹⁷ Cfr., anche per ulteriori richiami, T.E. Frosini, *Potere costituente e sovranità popolare*, in F. Lanchester (a cura di), *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del Convegno (Roma, 14 dicembre 2015)*, Padova, 2017, 157 ss.; per una sintesi relativa alle vicende del costituzionalismo europeo del '900 v. C. Thornhill, *Constitution making and constitutionalism in Europe*, in D. Landau and H. Lerner (eds.), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, 2019, 427 ss.

¹⁸ Cfr. A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, in G. Azzariti (a cura di), *Scritti in onore di G. Ferrara*, Vol. II, Torino, 2005, 235 ss.

giuridificare la dinamica sociale e il riconoscimento dei limiti del giuridico rispetto alla fluidità che contraddistingue il politico.

3. Il potere costituente post-sovrano

Il punto da cui partire per una riflessione sul potere costituente, oggi, e sulle implicazioni di tale concetto per una contemporanea teoria delle costituzioni, potrebbe essere nel paradosso enunciato da Martin Loughlin e Neil Walker.

Com'è noto, i due studiosi, premesso che, dal punto di vista del costituzionalismo democratico, il potere appartiene al popolo, ricordano che esso può essere esercitato solo rispettando procedimenti costituzionali già istituiti o in via di formalizzazione¹⁹. La sovranità popolare legittima politicamente e fonda giuridicamente la costituzione dello stato democratico²⁰, ma la costituzione non può rinunciare a limitarne l'esercizio, se non vuole essere travolta da essa. Si tratta di un problema fondamentale, la risposta al quale orienta l'intera concezione della costituzione, dalla legittimità della sua instaurazione alle interpretazioni che di essa si potranno sostenere, alle modalità del suo sovvertimento²¹.

Le risposte oggi prevalenti agli interrogativi sulla natura del potere costituente si collocano, a mio parere, su quattro linee: il rifiuto del paradosso, l'impiego del paradosso costituente come metodo per riaffermare la sovranità popolare nelle democrazie contemporanee, la contrapposizione della sovranità popolare alle istituzioni, oppure l'esaurimento del potere costituente²².

La prima risposta al paradosso consiste nella distinzione tra potere costituente e «a unitary, embodied popular sovereignty»²³.

Vi sarebbero delle concrezioni attorno alla nozione di potere costituente che condurrebbero ad alterarne il significato. Tra di esse, in primo luogo, la concezione meramente formale della costituzione; inoltre, la pretesa di distinguere la legittimità sostanziale della costituzione da quella formale risultante dall'adozione di procedimenti costituzionalmente definiti. Infine sarebbe fuorviante continuare a ricondurre la sovranità

¹⁹ «the power [the people] possess, it would appear, can only be exercised through constitutional forms already established or in the process of being established». Così M. L. and N. Walker, *Introduction*, in M. Loughlin and N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, New York, 2007, 1.

²⁰ F.I. Michelman, *The Constitution as a Legitimation Contract*, in *Rev. Const. Studies*, 2003, n. 8, 101 ss.

²¹ Sulla costituzione come fonte di legittimazione e contestualmente di delimitazione del potere v. M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009 e P. Ridola, *Il costituzionalismo. Itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Scritti in onore di G. Ferrara*, Vol. III, cit., 293 ss.

²² Si riprendono qui, in parte, le argomentazioni recentemente proposte da L. Rubinelli, *Constituent Power. A History*, Cambridge, 2020.

²³ A. Arato, *The Adventures of the Constituent Power, Beyond Revolutions?*, Cambridge, 2017, 1.

all'affermazione di un decisore unico. L'uso indebito di tali nozioni condurrebbe a un fraintendimento, dal quale trarrebbe vita il modello di costituzionalismo sovrano²⁴. Seguendo questa chiave di lettura, si giunge all'affermazione che il potere costituente è sovrano, e dunque si concretizza in un potere di governo illimitato. L'assenza di limiti deriverebbe dalla legittimità insita nell'esercizio della sovranità popolare.

I pericoli di tale concezione risiederebbero nell'individuare un soggetto che, pretendendo di assumere su di sé la volontà generale, potrebbe legittimamente esercitare un potere assoluto in qualunque direzione, rendendo indifferente l'orientamento – democratico o autoritario – delle scelte compiute.

L'idea di un popolo sovrano e autonomamente organizzato che esprime la costituzione renderebbe inoltre possibile il paradosso citato, perché escluderebbe che sia la costituzione a definire e organizzare il popolo, limitandone le attribuzioni. La costituzione del popolo sovrano nasconderebbe insomma un postulato ideologicamente connotato, che sarebbe impiegato per legittimare il potere assoluto di una *élite* che, occultandosi dietro la presunta onnicomprensività del "popolo", eserciterebbe pieni poteri pur non disponendo della necessaria legittimazione²⁵.

All'esaltazione della sovranità popolare si contrappone un modello che si autodefinisce post-sovrano e si sostanzierebbe nel rifiuto di una concezione unitaria di sovrano, proponendo di valorizzare il pluralismo dei soggetti costituenti, il loro carattere multilivello, che dovrebbe dar luogo a un processo costituente non istantaneo ma articolato in più passaggi²⁶.

Il potere costituente non sarebbe concentrato in un organo, dato che la stessa nozione di popolo rimanderebbe a una pluralità di gruppi distinti. La costituzione sarebbe allora il risultato di un processo di integrazione che sintetizza le differenze in un testo che rappresenta l'equilibrio tra gli interessi contrapposti in un dato momento storico. Comunità e gruppi di interesse distinti, collocati su piani diversi, sia nella struttura sociale che sul territorio, contribuirebbero a formare un nuovo livello di unificazione. In tale prospettiva, non è la volontà popolare che esprime e legittima la costituzione e i poteri da essa istituiti, ma al contrario è l'approvazione della costituzione che istituisce il popolo come soggetto giuridico²⁷.

²⁴ A. Arato, *The Adventures of the Constituent Power*, cit., 45 ss.

²⁵ Il tema fu affrontato, in relazione allo sviluppo della democrazia britannica e ai suoi influssi su quella statunitense, da E.S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York, 1988. L'A. sostiene che la legittimazione popolare fu impiegata inizialmente come artificio retorico nella contesa tra i *leaders* parlamentari e gli Stuart, nella piena consapevolezza del carattere fittizio della sovrapposizione tra assemblea legislativa e popolo.

²⁶ Cfr. A. Arato, *Post-sovereign Constitution Making*, Oxford, 2016, 19 ss.

²⁷ Cfr. J. Colón-Ríos, *Constituent power, primary assemblies, and the imperative mandate*, in *Comparative Constitution Making*, cit., 90 ss.

4. La concezione procedurale della costituzione

La seconda linea di pensiero, che presenta numerosi punti di contatto con la prima, si concentra sulla corretta interpretazione del paradosso, che indicherebbe l'essenza democratica della sovranità popolare e richiamerebbe alla necessità di integrare gli strumenti della democrazia partecipativa nella politica quotidiana dello stato di diritto²⁸. Il potere costituente sarebbe, in questa ricostruzione, il frutto di un procedimento attraverso il quale la volontà popolare prende forma: un concetto relazionale e dinamico, il cui esito sarebbe la traduzione di quella volontà in strutture e procedure costituzionalmente stabilite²⁹. Sarebbe perciò possibile la coesistenza, sia logica che temporale, tra le istituzioni e l'espressione della volontà popolare, potendosi abbandonare il rapporto di pregiudizialità sul quale si fonda la lettura schmittiana.

La prospettiva di entrambe queste ricostruzioni si fonda sull'assunto per il quale la società pluriclasse non può vivere all'ombra di un sistema valoriale predefinito e incontestabile, ma anzi si fonda sulla coesistenza tra orizzonti culturali diversi o persino contrapposti. Le società contemporanee si alimentano del pluralismo ideologico, culturale, religioso, che postula un assetto dinamico della struttura costituzionale. Il pluralismo che permea il tessuto sociale non tollera alcuna riduzione ad unità, bensì necessita di essere alimentato e valorizzato, in quanto espressione di ricchezza e condizione imprescindibile per lo sviluppo³⁰.

Questa chiave di lettura ha attraversato il XX secolo, trovando linfa vitale nelle riflessioni di studiosi appartenenti ad aree disciplinari diverse, oltre che collocati su orizzonti culturali lontani tra loro. Si può forse tracciare una linea che va da Schumpeter³¹ a Popper, il cui modello di società aperta postula un piano di sostanziale parità tra tutti gli attori del contesto sociale³², a Robert Dahl, la cui teorizzazione delle poliarchie, accertata l'impossibilità di coagulare la maggioranza intorno a un programma, descrive una società costituita di minoranze, le cui aggregazioni possono essere solo temporanee

²⁸ H. Lindhal, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*, in M. Loughlin and N. Walker, *The Paradox of Constitutionalism*, cit., 9 ss.

²⁹ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, 21 ss.; A. Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power*, in *Constellations*, vol. 12, i. 2, (2005), 223 ss.

³⁰ Cfr. A. Arato, *Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-Making*, in *Global Constitutionalism*, 1, n. 1, 2012, 173 ss.; J. Elster, *Emotions in Constitution-making*, in *Scandinavian Political Studies*, Vol. 40, Issue 2, 2017, 133 ss.;

³¹ J.A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, 1942, in particolare per la riduzione dei fondamenti della democrazia alle garanzie connesse al libero svolgimento della competizione elettorale, che per l'A. (com'è noto) non è funzionale all'individuazione di valori o progetti meritevoli, che sono irrilevanti, ma alla selezione dei competitori più efficienti.

³² K. Popper, *The Open Society and its Enemies*, London, 1945. P. Häberle instaura un collegamento tra le idee di Popper e la teoria costituzionale in *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein, 1980, spec. 163 ss.

e circoscritte a temi specifici³³.

Niklas Luhmann affronta il tema dell'integrazione della pluralità di interessi, della formazione del consenso e della gestione del potere, a partire dall'annullamento di ogni distinzione tra struttura e processo. La legittimazione si ottiene attraverso la creazione di moduli procedurali e viene definita come «una ristrutturazione delle aspettative mediante un processo di comunicazione che si svolge conformemente a prescrizioni giuridiche»³⁴.

Jurgen Habermas, pur muovendo da premesse ben lontane da quelle di Luhmann, converge con esso sull'utilità dell'approccio procedurale, prospettando una teoria «discorsiva» della democrazia³⁵ e del diritto, secondo la quale la legittimità dell'esercizio del potere pubblico si fonderebbe sulla apertura dei procedimenti anziché sulla condivisione *a priori* di un quadro valoriale: «il paradigma giuridico procedurale non pregiudica più – come quello liberale o quello dello Stato sociale – un determinato ideale di società, una determinata visione della vita buona, o anche soltanto una determinata opzione politica. È infatti “formale” nel senso che si limita a definire alcune condizioni perché i soggetti giuridici possano mettersi d'accordo – come cittadini – su quali siano i loro problemi e su come vadano risolti»³⁶.

Sul piano più strettamente giuridico, l'approccio procedurale riconosce che, data l'impossibilità di affermare preventivamente, sul piano della normazione, la preminenza di alcuni valori su altri, sarà necessario postulare la loro convivenza, concentrando l'indagine non tanto sulla costruzione del modello istituzionale ideale e dei suoi riflessi sul sistema delle fonti, quanto sui meccanismi di risoluzione delle controversie tra i soggetti, necessariamente equiordinati, la cui dinamica e provvisoria integrazione consente di regolare la società pluralista. Date tali premesse, non rileva tanto la ricognizione del “potere” costituente e chi ne sia titolare, quanto piuttosto il “processo” costituente; parimenti, il frutto del processo non rileverà sul piano delle istituzioni e dei diritti, quanto nella predisposizione di idonei meccanismi di garanzia e di procedimenti che favoriscano la ricerca del consenso³⁷.

³³ V. in primo luogo R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956. La teorizzazione della democrazia come costruzione poliarchica si è consolidata attraverso opere quali *Poliarchy: participation and opposition*, New Haven (Ct), 1971 e *Democracy and Its Critics*, New Haven (Ct), 1989.

³⁴ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969, tr. it. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbraio, Milano, 1995, 29.

³⁵ Per la posizione di J. Habermas v. *Tre modelli normativi di democrazia*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, tr. it. parziale di *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1996, in part. 240 ss.

³⁶ J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M., 1992, tr. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013, 255 ss., spec. 264.

³⁷ In diretta connessione con quello di Luhmann è il lavoro di G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012, in cui l'A. estende il

Significativi sono in tal senso gli apporti di Friedrich, che sviluppa la sua analisi dei processi federativi inquadrandola nella dinamica dell'integrazione sociale, ancor prima che istituzionale³⁸. Dal suo punto di vista la costituzione, «che è il procedimento con il quale l'azione governativa viene efficacemente limitata, *funge* anche come il simbolo più efficace delle forze unificanti operanti in una comunità», poiché «un apprezzamento del valore simbolico della “costituzione” non è necessario che oscuri la dinamica, mutevole natura delle tradizioni e degli accordi che essa simbolizza»³⁹.

Un punto critico può trovarsi però nell'assenza di una chiara distinzione tra i due concetti chiave, posto che la sovranità si eserciterebbe nel potere costituente, mentre quest'ultimo costituirebbe l'espressione della sovranità⁴⁰. Né sembra sufficiente contrapporre un'idea classica di sovranità come comando che esprime un rapporto di subordinazione, con un'accezione paritaria e partecipativa, posto che in tal modo si rischia di trasferire il problema dalla fondazione e legittimazione del potere ai modi del suo esercizio.

5. La fine del potere costituente?

Una terza linea di riflessione può rinvenirsi nelle considerazioni di Peter Häberle sul potere costituente nell'occidente democratico. La sua premessa riguarda la necessaria storicizzazione e concretizzazione del potere, che non può essere idealizzato ma deve essere analizzato nelle sue manifestazioni concrete, che a loro volta sono rese possibili dall'evoluzione storico-politica degli stati europei. L'approvazione di testi costituzionali è da intendersi legata (e, aggiungerei, vincolata) al patrimonio di diritti e di garanzie consolidato, che deve perciò intendersi come un presupposto inderogabile e irreversibile⁴¹. Il compito del costituente contemporaneo sarà pertanto limitato alla difesa e all'ampliamento di tale complesso di strumenti.

Si tratta di una concezione che, partendo dalle acquisizioni procedurali, le spinge all'estremo, constatando che – almeno nel contesto delle democrazie occidentali – il potere costituente in senso proprio è ormai esaurito e può essere declinato solo al passato. È solo sulle acquisizioni già raggiunte che può esercitarsi un potere decisionale, che inevitabilmente sarà limitato alle modifiche, e più in particolare soltanto a modifiche estensive.

metodo procedurale alle relazioni interordinamentali, individuando nella dimensione globale del costituzionalismo, raggiunta attraverso l'integrazione tra i sistemi parziali, una piena garanzia contro le potenziali derive totalitarie del costituzionalismo di matrice statale.

³⁸ C.J. Friedrich, *The Theory of Federalism as a Process*, in Id., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968, 3 ss.

³⁹ Le citazioni sono tratte da C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1950, trad. it. Id., *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, s.d. (ma 1963), 246. I corsivi e gli apici sono nel testo originale.

⁴⁰ Così L. Rubinelli, *Constituent Power*, cit., 7.

⁴¹ P. Häberle, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, vol. XXIII, 2001, spec. 4.

Sfumano in questa ricostruzione le distinzioni tra potere costituente e potere di emendare la costituzione: è possibile parlare di affievolimento o di estinzione del primo, mentre l'attenzione è concentrata esclusivamente sul secondo, che potrà essere esercitato nel rispetto delle garanzie procedurali predefinite. La società aperta degli interpreti della costituzione⁴² è destinata ad evolversi nel recinto costruito in un passato storico (quello della ri-nascita delle democrazie postbelliche), che diviene sul piano giuridico un presupposto vincolante. Il centro della riflessione si sposta così dalla genesi dell'ordinamento al suo sviluppo e alla sua difesa. L'approccio procedurale diviene così apertamente discorsivo e aperto, privilegiando la pluralità di interpretazioni e la apertura sia nella ricognizione dei principi sia, soprattutto, nell'applicazione delle regole⁴³.

Il privilegio accordato ai meccanismi di integrazione a discapito delle scelte di valore porta con sé anche la marginalizzazione del processo decisionale politico e una centralità della funzione giurisdizionale, lasciando a soggetti terzi investiti di funzioni di garanzia la composizione in concreto dei conflitti di interessi. Una volta che si constati l'impossibilità di cristallizzare scelte sul merito, queste in realtà non scompaiono, ma sono rinviate ad una fase successiva, nella quale sarà compito dell'interprete costruire *ex post* un quadro dei valori nel quale collocare la singola controversia. L'affermarsi di concezioni procedurali della costituzione va dunque di pari passo con lo spazio crescente occupato dall'interpretazione come fattore di evoluzione e dalla giurisdizione come luogo privilegiato della mediazione.

Un tratto comune delle tesi sin qui richiamate pare essere l'assunto, implicito, dal quale muovono: che l'evoluzione storica e, conseguentemente, giuridica, abbia seguito un itinerario inevitabile destinato a condurci alla situazione attuale, in cui i diritti umani sarebbero (quasi) pienamente realizzati. Il costituzionalismo coinciderebbe non solo con l'affermazione delle democrazie liberali, ma anche con la congiuntura storica attuale dei paesi ricchi e industrializzati genericamente riassunti sotto l'etichetta di "democrazie occidentali".

Riecheggia in questa formula l'idea – pur dimostratasi ampiamente inesatta – che la storia dell'umanità abbia raggiunto lo scopo al quale era destinata⁴⁴ e che non siano possibili innovazioni significative, che non

⁴² P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*, in *JuristenZeitung*, 30(10), 1975, 297 ss.; Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978. In proposito v. P. Ridola, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, 143 ss.

⁴³ P. Carrozza, *Constitutionalism's Post-Modern Opening*, in *The Paradox of Constitutionalism*, cit., 169 ss.

⁴⁴ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2003, 21 ss. L'A. fonda espressamente il proprio impianto concettuale sullo storicismo hegeliano, a partire dalla lettura, mediata da Marx e Kojève, della *Fenomenologia dello spirito*.

consistano in modifiche marginali dell'esistente. Eppure, proprio il primo teorico della società aperta aveva duramente criticato lo storicismo hegeliano, evidenziandone il carattere di mera aspirazione priva di fondamento scientifico⁴⁵, utile però al suo ideatore «to fight against the open society, and thus to serve his employer, Frederick William of Prussia»⁴⁶. Si vuole in sostanza insinuare il sospetto che la dialettica prospettata, tutta interna alla concezione oggi ampiamente condivisa del liberalismo democratico, contraddica le fondamenta della società aperta sulle quali essa stessa poggia.

6. Il popolo come sovrano rivoluzionario

L'ultima posizione sulla quale ci soffermiamo radicalizza la contrapposizione tra potere (sovrano) del popolo e istituzioni, collocando il potere costituente interamente nella sfera della politica ed escludendo che esso possa o debba cristallizzarsi sul piano normativo⁴⁷. Si torna per certi aspetti a concepirlo come forza allo stato puro, fondata su se stessa, che non incontra limiti di tempo o di oggetto, tanto meno procedurali.

Laddove lo stato di diritto postula per la propria esistenza la limitazione dei poteri e l'equilibrio tra essi, l'essenza della democrazia secondo questa visione assolutizzante è nel potere del popolo che non può, in definitiva, tollerare restrizioni. Le limitazioni stabilite dalla costituzione sono infatti destinate a cedere di fronte all'eventuale abuso delle autorità costituite, che legittima la riemersione della volontà popolare, in una ricostruzione della quale sono evidenti sia le ascendenze russoviane, sia il richiamo alla riflessione novecentesca sul diritto di resistenza⁴⁸. In tempi ordinari la sovranità popolare entra in uno stato di latenza, dal quale il popolo può farla uscire in occasione dell'esercizio dispotico del potere da parte dei

⁴⁵ Com'è noto, K. Popper, *Poverty of the Historicism*, London, 1957, tr. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, 1975, 17, afferma che «1. Il corso della storia umana è fortemente influenzato dal sorgere della conoscenza umana [...] 2. Noi non possiamo predire, mediante metodi razionali o scientifici, lo sviluppo futuro della conoscenza scientifica [...] 3. Perciò, non possiamo predire il corso futuro della storia umana. 4. Ciò significa che dobbiamo escludere la possibilità di una storia teorica; cioè, di una scienza sociale storica che corrisponda alla fisica teorica. Non vi può essere alcuna teoria scientifica dello sviluppo storico che possa servire di base per la previsione storica. 5. Lo scopo fondamentale dello storicismo [...] è, quindi, infondato. E lo storicismo crolla».

⁴⁶ K. Popper, *The Open Society* cit., vol. 2, 30.

⁴⁷ A. Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, Minneapolis, 1999, 21 ss.

⁴⁸ Cfr. ad es. A. Negri, M. Hardt, *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Milano, 2004, 215: «La natura bipolare della sovranità non significa soltanto che essa è una relazione, ma anche una lotta continua. Questa relazione, per la sovranità, è un ostacolo strutturale che può bloccare o inibire, almeno temporaneamente, la volontà di chi è al potere. Vista dall'altro lato, questa relazione invece è il punto di vista a partire dal quale la sovranità può sempre essere sfidata e sovvertita. In politica, come in economia, c'è sempre un'arma a disposizione dei subordinati, e cioè la minaccia di rifiutare la loro posizione di subordinazione sottraendosi alla relazione».

suoi rappresentanti⁴⁹.

Poste tali premesse, ne consegue però che il potere costituente, in modo non dissimile dalla razionalizzazione schmittiana, torna ad essere visto come espressione dello stato di crisi, in cui il popolo travolge i limiti imposti dal costituzionalismo liberale, rendendo vani i procedimenti e gli istituti di mediazione che pretendono di imbrigliarne la forza. L'esercizio del potere popolare si risolverebbe non tanto nella fondazione di un nuovo ordinamento, ma nella distruzione del vecchio e nella resistenza all'istaurazione del nuovo, perché ciascuno dei principi fondativi del costituzionalismo moderno – separazione dei poteri, distinzione tra politica e diritto, limitazione dei poteri del sovrano – imporrebbe la limitazione dell'unico potere legittimo, quello del popolo, attraverso la delimitazione o la negazione del conflitto sociale.

Si deve inoltre osservare che, in questa proposta di lettura, alcuni elementi essenziali non risultano chiaramente circoscritti: pur facendosi frequentemente riferimento a concetti quali sovranità e popolo, non è chiara la loro collocazione, poiché essi risultano inquadrati nella teorizzazione dell'(almeno tendenziale) instaurazione di un impero globale, perdendo gran parte delle loro implicazioni, derivanti dall'essere frutto di elaborazioni maturate nell'arco di secoli in relazione alla realtà statale.

D'altronde, possiamo parlare di una sovranità popolare globale, sia pure in embrione? Ciò parrebbe essere contraddetto dalla riduzione dei popoli a una "moltitudine" inarticolata di sudditi. Lo stesso riferimento alla costituzione pare essere contraddittorio, allorché si postula l'esistenza di un «comando unificato globale» che si diffonde dal vertice di una «piramide della costituzione globale» fino all'interno degli ordinamenti statali che ad esso sarebbero sottoposti⁵⁰.

7. La dimensione internazionale come fattore espansivo e limite

Tutte le posizioni esaminate assumono a proprio fondamento le categorie concettuali del costituzionalismo moderno, a partire dalla centralità della forma-stato. Eppure, tra le principali novità della seconda metà del Novecento vi è il vertiginoso progresso dei processi di integrazione sovranazionale.

In primo luogo, come si è accennato *supra*, § 1, la rete delle relazioni internazionali sorta al fine di consolidare l'assetto bipolare postbellico si è continuamente infittita sino ad oggi, dando luogo a trattati di integrazione

⁴⁹ Così T. Bonazzi, *Un costituzionalismo rivoluzionario. Il demos basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in *Fil. Pol.*, 1991, 301 ss., con una chiave di lettura che pare recepire anche la distinzione hamiltoniana (espressa in *The Federalist*, n. 78) tra potere del popolo e del legislatore nell'elaborazione costituzionale. In proposito v., ampiamente, S.M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 2003, 172 ss.

⁵⁰ Le citazioni nel testo sono tratte da A. Negri, M. Hardt, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2002, 186.

regionale sia sul versante economico e commerciale, sia su quello dei diritti individuali. Ai processi di integrazione territoriale si è affiancata la produzione di accordi globali a carattere settoriale, a partire da quelli deputati alla gestione dei problemi di finanziamento del debito degli stati aderenti, da quelli di natura strettamente commerciale, a quelli relativi alla circolazione di specifiche categorie di beni.

Non è possibile esaminare nel dettaglio i contenuti e gli effetti degli accordi internazionali richiamati, né soppesare le differenze tra essi e tra le organizzazioni istituite. Posso solo segnalare, per quanto riguarda il ragionamento che sto conducendo, che i vincoli derivanti dall'adesione ai trattati non solo – com'è ovvio – si traducono in limitazioni della sovranità statale, delle assemblee legislative, dei governi, e dunque dei popoli, trasferendo in sedi non democraticamente legittimate il potere decisionale che le costituzioni invariabilmente riservano ai cittadini e ai loro rappresentanti, ma producono – conformemente alla loro ragione d'esistenza – un effetto conformativo che si riflette inevitabilmente sui contenuti delle costituzioni.

Il primo aspetto è particolarmente evidente allorché il progresso dell'integrazione sovranazionale incide direttamente e apertamente sui contenuti delle costituzioni statali, ma è presente in tutti gli aspetti della produzione normativa negli ambiti in cui si verificano sovrapposizioni di competenze. Sia che gli stati aderenti adattino le loro costituzioni, sia che affidino la risoluzione delle antinomie all'attività giurisdizionale, assisteremo a effetti di rimodulazione del dettato costituzionale in ossequio a quanto dispone il trattato⁵¹. Così, sul piano dei rapporti tra i poteri, negli ultimi decenni sulla spinta delle esigenze di celerità e accentrato delle decisioni in ambito sovranazionale, si è prodotta una spinta apparentemente inarrestabile a favore degli esecutivi e, all'interno di questi, a favore dei vertici, rispetto alla quale le modifiche costituzionali – fossero esse a sostegno o in contrapposizione alla tendenza – appaiono piuttosto tentativi di rispondere a un fenomeno, che di regolamentarne la portata.

Analogamente, le relazioni tra la sovranità popolare – che continua ad essere ricondotta, sul piano concettuale e su quello normativo, alla dimensione statale – e i procedimenti decisionali sovranazionali, siano essi coniugati in chiave multilivello o di accentrato verticistico, sono contrassegnate dalla ricerca di modalità e luoghi di espressione del consenso di natura plebiscitaria, anziché genuinamente partecipativi⁵².

Possono leggersi in questa chiave le vicende del Trattato

⁵¹ Cfr. M. Claes, *Le "clausole europee" nelle costituzioni nazionali*, in *Quad. cost.*, 2005, 290 ss. Più recentemente, v. l'ampia e critica ricostruzione di A. Guazzarotti, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle costituzioni degli stati membri dell'U.E. e l'eccezione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019.

⁵² Come pure proposto autorevolmente all'epoca, ad es. da B. De Witte, *La dimensione nazionale della revisione dei Trattati europei*, in *Quad. cost.*, n. 1/2005, 51 ss.

costituzionale europeo, allorché il fallimento delle consultazioni referendarie in due stati membri offrì lo spunto, non tanto per una più accorta considerazione delle concrete possibilità di realizzazione del progetto alla luce delle esigenze, da più parti manifestate, di maggiore partecipazione e coinvolgimento, quanto per elaborare sotterfugi che impedissero il ripetersi di esiti considerati infausti⁵³.

L'effetto conformativo dei trattati è ancor più evidente in relazione al quadro dei diritti. Qui, l'esempio più eclatante è quello della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, in cui sin dal preambolo si rivendica «una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo» oltre a un «patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto». Se la Convenzione elenca l'insieme dei diritti dei quali si predica il concorde rispetto, il soggetto che realmente promuove e realizza la convergenza è la Corte EDU, la cui giurisprudenza si impone ai legislatori e ai giudici degli stati membri conferendo alla produzione normativa degli stati membri quell'uniformità che il trattato si limita a presumere.

È nell'applicazione giudiziaria che il dispositivo convenzionale assurge a parametro e la Corte assume la funzione di giudice dell'uniforme applicazione, quindi dell'univoca definizione del *corpus* continentale dei

⁵³ Sull'impiego di procedure referendarie nei procedimenti di ratifica dei trattati europei, v. D.E. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *DPCE*, 2014, n. 4, 1591 ss.

Sulla improvvisa reticenza dei governi di fronte alla possibilità di indire consultazioni nel procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona, oltre ad A. Guazzarotti, *Legalità* cit., 11 ss., può essere utile ricordare il caso danese. Per ogni trasferimento di sovranità nazionale a organizzazioni internazionali è previsto un procedimento aggravato (art. 20 Cost.), che richiede l'approvazione finale del *Folketing* a maggioranza di cinque sestî dei componenti. Se tale maggioranza non è raggiunta è indetto un *referendum*. A fronte di molti casi in cui la consultazione popolare ha confermato la legge di ratifica, e di casi significativi in cui l'ha negata (su tutti il Trattato di Maastricht, in prima battuta), vi sono due trattati per la ratifica dei quali, nonostante l'approvazione a maggioranza semplice, non vi è stato *referendum*. Si tratta dei procedimenti di ratifica del Trattato di Nizza e di quello di Lisbona. In entrambe le occasioni la consultazione fu evitata in seguito all'acquisizione di un parere del ministro della giustizia nella quale si escludeva, con evidente sprezzo del ridicolo, che i trattati in questione comportassero limitazioni della sovranità danese a favore delle istituzioni europee, ricadendo pertanto non sotto la disciplina dell'art. 20 ma sotto quella dell'art. 42, c. 6 Cost. Tale disposizione consente di indire una consultazione solo nell'eventualità che esso sia espressamente previsto da una legge. Il discrimine tra le due procedure consiste nell'individuazione o meno, nel trattato da ratificare, di trasferimenti della sovranità nazionale. Su questo punto, che condiziona il procedimento legislativo e probabilmente ne pregiudica gli esiti, il *Folketing* non ha esercitato un sindacato autonomo ma si è affidato ad un parere ministeriale. Per una ricostruzione dettagliata degli argomenti portati a sostegno dei pareri ministeriali, oltre che delle trattative condotte in sede di elaborazione del trattato, v. F. Laursen, *Denmark and the Ratification of the Lisbon Treaty: How a Referendum was avoided*, Dalhousie EUCE Occasional Paper No. 7 (2009), consultabile in http://www.dal.ca/content/dam/dalhousie/pdf/Diff/euce/pubs/Occasional_paper_7.pdf.

diritti⁵⁴. In questi settant'anni la Corte EDU si è allontanata dalle sue origini di tribunale internazionale per somigliare a una corte costituzionale sovranazionale, facendo leva sulla crescente penetrazione dei principi convenzionali negli ordinamenti giuridici statali e sull'ampio riconoscimento della sua autorità⁵⁵.

L'integrazione per via giurisprudenziale è ormai divenuta parte centrale e riconosciuta del processo di costituzionalizzazione del continente⁵⁶. La Corte ha a disposizione un'ampia varietà di strumenti, che storicamente hanno compreso concetti diversi come il costituzionalismo multilivello, il pluralismo costituzionale, il dialogo tra le corti, la protezione equivalente, la sapiente modulazione del margine di apprezzamento⁵⁷. Il limite, dal quale dipende l'efficacia degli enunciati e soprattutto la loro effettività, pare consistere invece nel carattere labile e incompleto del contesto giuridico di riferimento: la prospettiva è ancora quella del diritto internazionale pattizio, mentre la pretesa che a tratti emerge, di impiegare la Convenzione "come se" fosse una costituzione, si scontra con la carenza dei requisiti di base, a partire dall'attribuzione di quel monopolio della violenza con il quale bisogna pur fare i conti⁵⁸.

In questa sede interessa soprattutto evidenziare come l'esistenza stessa di un altro, diverso e in ipotesi superiore, livello di garanzia dei diritti produca – indipendentemente dalla realizzazione di una più stretta integrazione – effetti riflessi sulle costituzioni statali.

Innanzitutto, i cataloghi statali dei diritti sono interpretati – e dunque riscritti – alla luce della giurisprudenza convenzionale, limitando l'effettività

⁵⁴ Cfr. A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004.

⁵⁵ In questi termini N. Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2008, 183 ss. Sul rapporto tra giurisdizioni nazionali e CEDU v. l'indagine di G. Martinico and O. Pollicino (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010.

⁵⁶ Sulla prospettiva della costituzionalizzazione per via giudiziaria della CEDU v. G. Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *European Journ. Intl. Law*, 2012, vol. 23 n. 2, 401 ss.; C. Pinelli, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. Repetto (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic AND European Law. An Italian Perspective*, Cambridge - Antwerp - Portland, 2013, 239 ss. Enuncia espressamente la funzione unificatoria della Corte in chiave costituzionale, in un sintetico ma esplicito contributo, C. Rozakis, *The European Convention on Human Rights as a Tool of European Integration*, in *The European Convention on Human Rights L. Rev.*, 2020, n. 1, 22 ss.

⁵⁷ C. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance—Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in *German Yearbook Intl. L.*, 2001, vol. 41, 201 ss.

⁵⁸ M. Arcari and S. Ninatti, *Narratives of Constitutionalization in the European Union Court of Justice and in the European Court of Human Rights' Case Law*, in *ICL Journal*, 2017, n. 1, 11 ss. A. Stone Sweet, *Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une Cour constitutionnelle*, in *Rev. trim. des droits de l'homme*, 2009, vol. 80, 923 ss.

delle disposizioni costituzionali, condizionate dalla necessità di interpretazioni che le adeguino al dato sovranazionale. Come è stato osservato ampiamente dalla dottrina, soprattutto in relazione ai rapporti con l'ordinamento eurounitario, l'ingresso di norme di rango formalmente primario si traduce in un'alterazione del quadro costituzionale pur in assenza di espressi procedimenti di revisione.

Ancora più profondo è l'influsso che deriva dalla netta prevalenza della giurisdizione sulla politica nell'affermazione dei diritti. Il momento costituente, al pari di ogni altra fase di produzione normativa a carattere politico, risulta indebolito. L'universalismo dei diritti si fonda sulla loro ragion d'essere antimaggioritaria; una volta che la garanzia sia affidata integralmente alla giurisdizione, venendo meno la mediazione politica persino nella ricognizione e statuizione, ciò produce degli effetti rilevanti sugli equilibri tra i poteri e sul disegno istituzionale complessivo. Tali effetti saranno ancora più evidenti allorché si operi in contesti costituzionali – quali quelli postbellici – che hanno valorizzato il carattere di volizione (contrapposto alla mera ricognizione) del dettato normativo.

Le tensioni tra giurisdizione e legislazione, già note da un secolo sul piano statale⁵⁹, sono non solo confermate dal livello sovranazionale, ma accresciute su due piani distinti: da un lato la tradizionale contrapposizione vede uno degli elementi indebolito dalla caduta del rapporto di legittimazione democratica diretta, dall'altro – più rilevante – il giudice sovranazionale non garantisce il rispetto del dettato costituzionale (espressione della politica al massimo livello) contro il legislatore, ma difende i trattati, sia contro la legge che (almeno in potenza) contro la costituzione, contribuendo a sua volta a decretare la marginalità della dimensione statale⁶⁰.

8. Diritto costituzionale globale

Parte della dottrina ha da tempo rilevato l'embrione di un *global constitutional law* che, a partire da alcune istituzioni della globalizzazione economica⁶¹, si sta sviluppando intorno a un nucleo di principi generali riconducibili generalmente al patrimonio del liberalismo democratico. Senza pretendere di esaminare analiticamente il fenomeno, rilevo in questa sede che le fondamenta di un ordine giuridico globale (seppure *in progress*) risiedono in

⁵⁹ Sono testimoniate già da É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, 1921. Com'è noto, la polemica dell'A. lo spinge a far risalire l'indebito attivismo giudiziario sino a *Marbury*.

⁶⁰ V. in proposito M.R. Ferrarese, *Gli Stati, i governi: poteri residuali?*, in *Teoria politica. Nuova serie, Annali*, n. 7, 2017, 183 ss.

⁶¹ Cfr. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000 e C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari*, in M.Á. Presno Linera (ed.), *La metamorfosis del estado y del derecho*, Oviedo, 2014, 141 ss.

due elementi in aperto conflitto con le basi del costituzionalismo novecentesco: per quanto riguarda il diritto politico, la distanza tra le sedi di elaborazione delle norme e i cittadini; per quanto attiene al sistema delle garanzie, l'affermarsi di un diritto giurisprudenziale che si impone sulle norme di derivazione politica, siano esse statali o internazionali. È senz'altro possibile un'apologia del diritto giurisprudenziale, purché si tengano presenti i limiti che esso presenta e le caratteristiche che assume una volta che lo si estragga dal contesto normativo statale.

Caratteristiche e limiti sono peraltro strettamente intrecciati tra loro. Innanzitutto, si tratta, come detto, di applicazione giudiziaria di norme settoriali, o comunque parziali, che costituiscono però il quadro di riferimento all'interno del quale si svolge il giudizio. Di fronte ad esse, il quadro delle garanzie statali, persino di rango costituzionale, recede fino all'irrelevanza⁶². La ricostruzione interpretativa avverrà nel contesto sovranazionale, con potenziale sovversione della composizione di principi e diritti realizzata nella costituzione statale.

Inoltre, trattandosi di sistemi normativi che non aspirano alla completezza, l'interprete sarà chiamato ad operare piuttosto "per principi" che "secondo regole", guadagnandosi un ulteriore spazio di libertà nell'affermazione di un nuovo ordine sganciato non solo da quello statale, ma anche da quello deliberato in sede convenzionale⁶³.

La via giurisprudenziale è stata in più occasioni indicata come la principale modalità di realizzazione di un diritto costituzionale globale, talvolta accostato o sovrapposto con l'affermazione di un universalismo dei diritti.

Restano ad oggi irrisolti numerosi interrogativi. È ipotizzabile un costituzionalismo senza stato (e, almeno in questa fase, contro gli stati)? Quali sarebbero i suoi elementi fondanti, in assenza di un popolo, di una rappresentanza politica, di poteri pubblici quali risultano da una evoluzione secolare? Se la prospettiva, in parte già realizzata, è quella di uno svuotamento delle istituzioni democratiche statali, sostituite da negoziati intergovernativi, allora la giurisprudenza che tesse l'arazzo dei diritti universali può solo assolvere a una funzione difensiva, perché all'attività giurisdizionale è istituzionalmente demandata l'applicazione del diritto, e persino nelle sue manifestazioni più creative essa può soltanto espandere i confini di un universo concettuale da altri delineato.

A ciò deve aggiungersi il rilievo critico più penetrante, che riguarda

⁶² Nella giurisprudenza della Corte di giustizia gli esempi sono numerosi, bastino per tutti i casi *Laval* e *Melloni*.

Per un inquadramento generale dei problemi aperti sul versante dei rapporti tra sistemi normativi v. J.-B. Auby, *Global Constitutionalism and Normative Hierarchies*, in M. Belov (ed.), *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Oxford, 2018, 3 ss., spec. 6 ss.

⁶³ Sul diritto per principi, in contrapposizione al formalismo giuridico v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 169.

l'orizzonte culturale nel quale si muove il globalismo giuridico. Questo nasce e si sviluppa non tanto come movimento per la piena attuazione delle aspirazioni umane, quanto come effetto collaterale e armamentario giustificativo di un processo di riorganizzazione delle attività produttive e di distribuzione dei beni, nel passaggio dalla scala nazionale di queste funzioni a quella mondiale. La spinta per l'omogeneizzazione del quadro giuridico risponde alle esigenze dei principali attori sulla scena, che non si identificano, come vedremo *infra*, § 9, esclusivamente con gli stati⁶⁴.

La globalizzazione può allora essere interpretata come progetto liberista di abbattimento delle frontiere statali, distruzione dei modelli alternativi e costruzione di un ordine unico che privilegi strutture pubbliche "leggere" e non intrusive⁶⁵; oppure come mera generalizzazione della nozione euroatlantica di democrazia⁶⁶.

Vi è chi, portando ad estreme conseguenze tali considerazioni, riconduce anche il processo di recezione del modello di costituzione europea novecentesca nei paesi di recente democratizzazione ad una forma di imperialismo: nel processo costituente si celerebbero i semi dell'omogeneizzazione e la distruzione delle tradizioni giuridiche locali. Alla postulata espansione e consolidamento dei diritti farebbe perciò da contraltare la negazione di reali spazi di autonomia decisionale⁶⁷.

Che l'universalismo dei diritti si presti a un'interpretazione – e soprattutto a una pratica – fortemente intrusiva è testimoniato dall'ormai frequente ricorso alla tutela dei diritti inviolabili quale giustificazione per interventi armati. Voci autorevoli si sono levate a sostegno della prassi, paradossalmente lamentando che le procedure decisionali previste dagli organismi internazionali impediscano un celere e risoluto impiego della forza militare, consentendo solo un successo parziale⁶⁸. A poco è valso osservare che la guerra è la principale negazione di quei diritti che si pretende di voler

⁶⁴ B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 *Virginia Law Review* 771 (1997).

⁶⁵ M. Tushnet, *The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project*, in *Global Constitutionalism*, 2019, vol. 8, n. 1, 29 ss. Nella dottrina italiana v. già M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 124 ss. e G. Ferrara, *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Studi in onore di G. Guarino*, vol. II, Padova, 1998, 218 ss.

⁶⁶ C. Crouch, *Postdemocracy*, tr. it. *Postdemocrazia*, Bari, 2003, 5 ss.; L. Pegoraro, *Costituzioni e democrazia: riflessioni critiche su definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass. Parl.*, 2014, 262 ss.

⁶⁷ J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in *The Paradox of Constitutionalism* cit., 315 ss. Per ulteriori indicazioni sulle modalità di omogeneizzazione del quadro normativo v. anche P. Craig, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy*, 2 *U.C. Irvine J. Int'l Transnat'l & Comp. L.* 57 (2017) e M. De Visser and N. Son Bui, *Glocalised constitution-making in the twenty-first century: Evidence from Asia*, in *Global Constitutionalism*, 2019, vol. 8, n. 2, 297 ss.

⁶⁸ A titolo esemplificativo, in questi termini si esprime M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001, trad. it. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 42 ss.

tutelare⁶⁹.

Non è d'altronde nuova la connessione tra invocazione dei diritti e pratiche di imposizione (anche) normativa. Quello delle costituzioni imposte è un fenomeno che ha origine, come il ragionamento che andiamo conducendo, nell'immediato dopoguerra, quando il consolidamento delle sfere di influenza dei blocchi contrapposti passò anche attraverso la riscrittura delle norme fondamentali in Germania, in Giappone, in Corea e negli stati dell'Europa centro-orientale⁷⁰. Alla fine del bilateralismo novecentesco torna di attualità l'idea di accompagnare l'occupazione militare con un cambiamento di regime, fondato non solo sulla forza ma anche sull'instaurazione di un nuovo ordinamento⁷¹. Da questo punto di vista è stato più sottile il metodo impiegato dalle istituzioni dell'Unione europea per ottenere la riscrittura della costituzione economica greca in cambio del sostegno nel quadro della crisi finanziaria dello scorso decennio⁷².

9. Soggetti privati come poteri pubblici nell'arena globale

Sono passati ormai sessant'anni dal discorso in cui il presidente statunitense Eisenhower mise in guardia i cittadini dalle «gravi implicazioni» dello straordinario e «incontrollato» potere acquisito durante la guerra dal «military-industrial complex»⁷³.

All'epoca, il fenomeno, pur rilevante, riguardava l'influenza di alcune imprese sulle scelte politiche di una grande potenza.

Da allora i termini della questione sono divenuti ben più complessi. I processi di aggregazione delle imprese, non più limitati al settore dell'industria meccanica e degli armamenti, hanno dato luogo a colossi, ciascuno dei quali controlla quote rilevanti della produzione e distribuzione di beni e servizi a livello mondiale, dà lavoro a centinaia di migliaia di persone nel mondo, gestisce risorse finanziarie paragonabili a quelle di grandi stati

⁶⁹ Cfr. D. Zolo, *Globalizzazione*, Roma-Bari, 2004, 128.

⁷⁰ Cfr. P. Merkl, *The Origin of the West German Republic*, New York, 1963; J. Dobbins (ed.), *America's Role in Nation Building from Germany to Iraq*, New York, 2003; C. Hahm and S. Ho Kim, *To make "We the People": Democratic Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea*, New York, 2015.

⁷¹ P. Chattarjee (ed.), *Nation-Building: Beyond Afghanistan and Iraq*, Baltimore, 2006; A. Arato, *Constitution Making Under Occupation. The Politics of Imposed Revolution in Iraq*, New York, 2009. Per una lettura complessivamente molto critica degli interventi statunitensi di *regime change* v. S. Kinzer, *Overthrow: America's Century of Regime Change from Hawaii to Iraq*, New York, 2006.

⁷² A. Vlachogiannis, *Constitutional Change in Greece as a Result of the Financial Crisis: Privatizations and the (R)evolution of the Economic Constitution*, in M. Belov (ed.), *Peace, Discontent and Constitutional Law. Challenges to Constitutional Order and Democracy*, London, 2021, 231 ss.

⁷³ Le espressioni citate sono tratte dal discorso di commiato del presidente Eisenhower, pronunciato il 17 gennaio 1961. Possono leggersi in <https://www.eisenhowerlibrary.gov/sites/default/files/research/online-documents/farewell-address/reading-copy.pdf>, in part. alle pagg. 15s.

(senza però incontrare gli stessi vincoli). Gli esempi sono numerosi e spaziano dalla finanza ai *social media*, all'industria farmaceutica, dai produttori di beni di largo consumo alle aziende petrolifere (le prime ad aver operato con logica oligopolistica e internazionale già alla fine dell'800).

Le scelte produttive e di mercato di tali gruppi hanno rilevanza intrinsecamente politica, poiché incidono sia sulle scelte economiche degli stati, sia sulle condotte degli individui.

Non è un fenomeno che riguardi esclusivamente la sfera delle attività imprenditoriali, dato che la stessa logica di azione globale è seguita dalle principali organizzazioni non governative, che non hanno quali punti di riferimento specifiche *constituencies* geograficamente, politicamente e giuridicamente definite, ma pretendono di rappresentare, nei rispettivi campi di intervento, l'intera umanità, di volta in volta interagendo con i governi statali, gli organismi internazionali o le imprese.

Tutti questi soggetti perseguono i propri fini attraversando le frontiere e si pongono obiettivi che trascendono la dimensione statale, sia che si tratti di creare un mercato mondiale per una app o un dispositivo, sia che si tratti di pretendere la tutela di diritti di cui si afferma, appunto, l'universalità. La dimensione statale, dal loro punto di vista, può essere un ostacolo da evitare (ad es. in presenza di regolazioni restrittive o disomogenee rispetto a standard globali), così come un'opportunità da sfruttare (ad es. se la legislazione sul lavoro sia ritenuta particolarmente vantaggiosa). Si pensi ai processi di delocalizzazione, alla concorrenza fiscale persino tra gli stati membri della UE, alle pretese di vigenza globale delle regole interne dei *social networks*.

Tali strutture si collocano nell'arena globale su un piano di sostanziale parità nei confronti degli stati e delle organizzazioni internazionali, rivendicando – a seconda della loro natura e delle loro finalità – una legittimazione politica indimostrabile, fondata sull'opinione pubblica internazionale, oppure un potere desunto dalla collocazione strategica dei loro prodotti.

Le costituzioni statali in questo contesto vedono mutare la propria natura: non più fonti supreme di garanzia dei diritti dell'individuo e di allocazione dei poteri pubblici ma, secondo una provocatoria rilettura⁷⁴, merci all'interno di un sistema globale di scambio, nel quale ad es. il valore della solenne proclamazione del diritto al lavoro è misurato in termini di appetibilità per le imprese⁷⁵.

Di riflesso, le garanzie costituzionali subiscono una implicita riscrittura, che le adegua a condizioni globali stabilite in luoghi di decisione sottratti al controllo dei cittadini come degli stati. Neppure può ritenersi

⁷⁴ G. Frankenberg, *Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer*, in *Comparative Law Review*, 2013, vol. 4, 1 ss.

⁷⁵ Cfr. la caustica analisi di C. Formenti, *Felici e sfruttati. Capitalismo digitale e eclissi del lavoro*, Milano, 2011.

soddisfacente l'osservazione, comune nella dottrina economica oggi prevalente, che tali luoghi di decisione non esisterebbero, essendo la determinazione delle condizioni ottimali rimessa alla provvida mano invisibile del mercato. È infatti ampiamente documentato il processo decisionale che ha condotto alla elaborazione dei principi e delle regole sulle quali il mercato globale si sviluppa⁷⁶.

Il ruolo degli attori privati sulla scena globale impone una rilettura del pluralismo giuridico, non più da intendersi solo come rete di relazioni tra i soggetti dotati di poteri pubblici e tra i rispettivi sistemi normativi, ma anche come relazioni tra questi e i soggetti privati in grado di modificare l'assetto dei poteri e la produzione normativa⁷⁷.

Per un periodo relativamente lungo questo nuovo assetto si è modellato secondo i canoni della fluidità o liquidità contemporanea, prediligendo modelli di *governance* da affiancare alla rigidità delle strutture di governo statali e internazionali, alla ricerca di moduli decisionali fondati sulla produzione di *soft law*, sul consenso delle parti e sul loro coinvolgimento.

La fase attuale vede un nuovo passaggio: nei settori in cui si è consolidata la posizione degli attori privati globali, la preminenza del controllo e della normazione pubblica è apertamente messa in discussione quando non rimpiazzata da atti di (auto)regolazione, in cui il rapporto è instaurato direttamente tra il cittadino e l'impresa, che detta le norme di condotta, l'impianto sanzionatorio e procede all'applicazione instaurando una vera e propria giurisdizione parallela a quella statale⁷⁸.

Si prefigura così la piena autonomia di alcune realtà imprenditoriali, sociali, economiche, rispetto al tessuto istituzionale nel quale svolgono le proprie attività, in nome (ironicamente) della realizzazione delle aspirazioni individuali del cittadino/consumatore. La libertà individuale, gelosamente custodita nei confronti dei poteri pubblici, è (più o meno) volontariamente ceduta a soggetti privati in cambio di beni e servizi: la servitù volontaria, ideale di ogni tiranno, può essere raggiunta grazie al potere delle offerte commerciali⁷⁹.

Questa linea di tendenza, ormai evidente, richiede di ripensare i rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati, in direzioni che il costituzionalismo non ha ancora esplorato a fondo, a partire dalla presa d'atto

⁷⁶ V. per tutti C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale* cit.

⁷⁷ M. Goldoni, *The Politics of Global Legal Pluralism*, in *Jura Gentium*, 2014, 104 ss.

⁷⁸ Sia consentito rinviare in proposito a P. Bianchi, *Piesczek e l'Independent Oversight Board di FB: piccoli passi verso la censura collaterale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione, I, Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, Genova, 2020, 197 ss.

Sul tema v. però, con grande anticipo sui tempi, A. Predieri, *Erosione e trasferimento di sovranità con norme tecniche*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 1413 ss.

⁷⁹ V. in proposito l'analisi, solo apparentemente distopica, di S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for the Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019.

che i soggetti del pluralismo sociale ai quali si riferivano i costituenti del secolo scorso non sono sovrapponibili a queste nuove realtà. Il pluralismo non può dunque essere né predicato né praticato sulla scorta di quanto si è affermato tradizionalmente: non vi è un contesto unitario al quale fare riferimento, nel quale esercitare forme di condivisione o partecipazione, non vi è né un unico corpo sociale – per quanto frammentato e conflittuale – né un ordinamento che possa disciplinare in piena autonomia le forme e gli esiti del confronto.

La stessa dialettica stato/individuo, per quanto improntata al liberalismo garantista, risulta insufficiente a descrivere le dinamiche in atto, poiché l'impresa globale non può essere in alcun modo equiparata, nel rapporto con i poteri pubblici, all'individuo, né all'impresa radicata sul territorio in cui opera. Le critiche e le proposte che si soffermano soltanto sul versante tradizionalmente esplorato, quello dei limiti – appunto, costituzionali – del potere pubblico a fronte delle garanzie inderogabili del privato, trascurano la circostanza che alcuni soggetti privati dispongono già oggi di poteri pienamente assimilabili a quelli statuali⁸⁰.

Paolo Bianchi
Scuola di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
paolo.bianchi@unicam.it

⁸⁰ Persino un autore acuto come S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 111 ss., risolve il rapporto tra stati, giganti del *web* e cittadini in termini di garanzie costituzionali a favore di questi ultimi, trascurando il peso politico e contrattuale di soggetti che non sono meri erogatori di servizi. Analogamente, A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2003, n. 2, 4, concentra le proprie osservazioni sulla necessità di riscoprire un costituzionalismo garantista, limitandosi alla dialettica stato-cittadino.