

Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali

di Alessandra Di Martino

Abstract: Legal transfers and migrations of constitutional ideas. Comparative methods and practices across constitutional cultures and global spaces – The essay deals with methodological theories underlying the metaphors of legal transplants, legal transfers, migrations of constitutional ideas and similar concepts, and with some practical applications thereof. These include the use of foreign precedents by constitutional and supreme courts and the change of meaning of the concept of constitutionalism, also regarding the trajectory of global constitutionalism and the use of the concept of constitutionalism outside of Western countries. The article addresses issues such as the degree of autonomy of the law with respect to other spheres of life, the methodological relevance of constitutional cultures, the meaning of historical concepts according to the *Begriffsgeschichte*, the interaction between perspectives based on hegemony and those focused on the communication of legal traditions, the relevance of constitutional mindsets other than Western ones.

Keywords: Legal and constitutional transplants; Comparative legal methods; Global constitutionalism; Identity turn; Varieties of constitutionalism.

1. Introduzione

Il tema che mi è stato assegnato richiede di essere affrontato interpretando e riarticlando metafore¹: trapianti, prestiti, circolazioni, esportazioni, importazioni, *transfers*, innesti, fertilizzazioni, contaminazioni, comunicazioni, dialoghi, migrazioni. Sono queste le metafore più ricorrenti, che si possono a loro volta suddividere in alcuni sottoinsiemi, formati a loro volta per ondate successive². Si tratta di metafore che mettono in

¹ Sul ruolo della metafora nel linguaggio giuridico è d'obbligo il riferimento a A. Giuliani, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1970, 374 ss. V. altresì A. Vespaziani, *Costituzione, comparazione, narrazione: saggi di diritto e letteratura*, Torino, 2012. Riflessioni non meno pregnanti si trovano nella discussione tedesca sui *Leitbilder*, su cui v. almeno U. Volkmann, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in *AöR*, 2009, 168 ss.; P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl., Berlin, 2008.

² Si usa qui un'altra metafora – quella delle ondate – che potrebbe essere inclusa nella serie precedente. Il suo successo si deve notoriamente a S. Huntington, *La terza ondata: processi di democratizzazione alla fine del 20. secolo*, ed. orig. *The Third Wave. Democratization in the Late*

rilievo operazioni meccaniche, oppure processi di adattamento e crescita organica, oppure ancora discorsi e relazioni di tipo ermeneutico³. Esse presuppongono un'idea del diritto che nel primo gruppo sembra essere strumentale e funzionalistica, o strutturalistica, nel terzo è per lo più culturale, nel secondo contiene elementi dell'una o delle altre⁴. Nella prassi, tuttavia, non ci si muove quasi mai nell'ambito di un singolo sottoinsieme e non mancano sovrapposizioni. Così, per riprendere il titolo di questo contributo, l'accostamento tra il concetto di circolazione e le soluzioni giuridiche unisce l'approccio strutturalista a quello funzionalista, mentre il riferimento alle idee costituzionali si aggancia al dibattito giuspubblicistico più recente sulle "migrazioni" delle idee costituzionali, in cui la componente ermeneutica e culturale è più marcata e la direzione, il tempo, l'oggetto dello scambio tendono a divenire indefiniti e variabili⁵.

In questo lavoro ripercorrerò il dibattito su circolazioni, trapianti e migrazioni giuridiche, provando a cogliere alcune costanti di esso, in particolare l'interrogativo circa l'autonomia del diritto rispetto ad altre sfere sociali (par. 2). Mi chiederò se tale dibattito, di origine privatistica, presenti delle peculiarità in ambito costituzionalistico (par. 2.1), dando particolare rilievo metodologico alle culture costituzionali (par. 2.2). Tale ricostruzione costituirà la base per indagare se vi siano specificità delle circolazioni giuridiche nel contesto della globalizzazione, coerentemente con il titolo del *panel* al quale partecipo. Ciò presuppone, a sua volta, di mettere a fuoco i molteplici impatti della globalizzazione sul diritto e sulla comparazione (par. 3). Mi chiederò se abbia senso parlare di un diritto globale (par. 3) e metterò in luce le principali ricostruzioni della dottrina, le quali, avvalendosi anche di considerazioni geopolitiche, suggeriscono vuoi ricostruzioni in termini di egemonia e contro-egemonia, vuoi una interazione dinamica e aperta tra tradizioni giuridiche, con una particolare valorizzazione di quelle non occidentali, in passato occultate dal dominio

Twentieth Century, (1991), Bologna, 1995. Più recentemente è usata come chiave interpretativa della giustizia costituzionale nel XX e XXI secolo da D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective*, in *ICoN*, 2018, 315 ss., sui quali si tornerà nel prosieguo del lavoro.

³ D. Nelken, *Comparatists and Transferability*, in P. Legrand, R. Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 463 ss.

⁴ Per una messa a fuoco di queste prospettive metodologiche v., tra i molti, M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, ivi, 100 ss.; P. Legrand, *The Same and the Different*, ivi, 240 ss.; M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 25 ss., 98 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Torino, 2019, 197 ss.; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milanofiori Assago, 2016; M.C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l'enquête comparative à l'heure de la globalisation*, in *DPCE*, 1/2017, 53 ss. Per un quadro articolato v. inoltre i diversi contributi di taglio metodologico in M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford, 2019.

⁵ N. Walker, *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of The Constitutional Idea: the case of the EU*, in S. Choudry (eds), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, 316, 320.

coloniale (par. 3.1). Mostrerò, inoltre, come l'analisi del fattore spaziale non possa prescindere da quello temporale. Si tratta di un passaggio centrale nell'impianto del lavoro, sviluppato anche attraverso una rimediazione di alcune acquisizioni della *Begriffsgeschichte*⁶: emergerà infatti un ridimensionamento della concezione lineare e progressiva della temporalità, che conduce per un verso a una valorizzazione delle genealogie, per l'altro, in ambito costituzionalistico, a rinvenire nella spazializzazione e nella fluidificazione due caratteri specifici dei concetti costituzionali nel mondo contemporaneo (par. 3.2).

Nelle parti successive, proverò quindi a mettere a fuoco alcune articolazioni del costituzionalismo nello spazio globale – uniforme solo in apparenza ma in realtà profondamente differenziato al proprio interno – partendo dal presupposto che la metafora della circolazione possa essere reinterpretata come una spazializzazione e fluidificazione del concetto di costituzionalismo. Esaminerò in chiave critica il concetto di “costituzionalismo globale”, relativo alla diffusione di un modello di costituzionalismo prevalentemente liberale – oppure, secondo ricostruzioni che prendono le mosse dalla politica economica, neoliberale⁷ – sia nella dimensione verticale, che investe i rapporti tra il livello nazionale, sovranazionale e internazionale (par. 3.3.), sia in quella orizzontale, relativa alla sua diffusione tra i vari stati (par. 3.4). Riprenderò le obiezioni sollevate da diversi internazionalisti, costituzionalisti e comparatisti, laddove il dibattito è stato condotto per lo più da autori europei e/o statunitensi, seppure con una varietà di prospettive al loro interno. Mi soffermerò su una delle manifestazioni più tipiche del costituzionalismo globale – la circolazione dell'argomento comparativo – e interrogherò da un lato l'autonomia dell'argomentazione giuridica, dall'altro la limitazione di questo fenomeno ad alcune giurisdizioni e la specificità che tale circolazione incontra nelle diverse culture costituzionali (par. 4). In particolare, assumerò come specifici oggetti di indagine l'uso del principio di proporzionalità e il ricorso all'argomento dell'identità costituzionale (par. 4.1).

Le culture costituzionali saranno ancora decisive per affrontare l'ultimo blocco del lavoro, relativo alla circolazione dell'idea di costituzionalismo e il significato assunto da questo concetto in alcune aree

⁶ Cfr. O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. I-VII, Stuttgart, 1972-1992 e, per ulteriori riferimenti, *infra*, par. 3.2.

⁷ So che, per alcuni, il ricorso ai termini neoliberalismo/neoliberalismo/neoliberale appare sospetto, perché avrebbe un'accezione intrinsecamente polemica e indurrebbe alle semplificazioni. Credo tuttavia che esso racchiuda alcune tendenze di fondo del mondo contemporaneo e quindi lo utilizzerò in questo lavoro. Mi limito a richiamare, in tal senso, T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, 2018, con particolare riferimento a una trasversale «problematica neoliberale», relativa alle «condizioni politiche e sociali di possibilità del funzionamento dei mercati»: *ivi*, 25-26 e *passim*. Il testo di Biebricher è stato pubblicato nel 2021 anche in tedesco presso l'editore Suhrkamp.

geografiche del mondo, riprendendo il dibattito recente sulla varietà dei costituzionalismi e sui suoi significati *thick* o *thin* (par. 5). Seguendo la linea interpretativa secondo cui tale varietà parteciperebbe della tendenza alla spazializzazione e alla fluidificazione dei concetti, metterò in evidenza prima una convergenza tra la circolazione di alcuni modelli economici e l'involuzione o quantomeno l'interruzione delle dinamiche progressive del costituzionalismo democratico e sociale in Europa continentale (par. 5.1). Poi esaminerò alcuni aspetti del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in particolare l'interazione tra la tradizione ctonia e il formante costituzionale, con alcune questioni problematiche legate ai trapianti (par. 5.2). Seguiranno due ulteriori approfondimenti, rispetto ai quali il costituzionalismo richiede ancora di più di essere pensato al di là della matrice politica, filosofica e giuridica occidentale, scontrandosi peraltro spesso con forme autoritarie di esercizio del potere: il primo sul rapporto tra costituzionalismo e islamismo, in cui indagherò la presenza di tratti costituzionalistici nella tradizione giuridica islamica e in alcune correnti giurisprudenziali (par. 5.3), il secondo sulla riflessione cinese in tema di trapianti, *rule of law* e costituzionalismo, piuttosto articolata sul fronte dottrinale e contrassegnata da relazioni ambivalenti nei confronti della tradizione euro-atlantica (par. 5.4). Formulerò infine delle osservazioni conclusive (par. 6), che toccheranno alcuni nodi problematici ricorrenti emersi nel corso del lavoro: la relativa autonomia del diritto, le culture costituzionali e i mutamenti dell'idea di costituzionalismo lungo le dimensioni spaziali e temporali delle circolazioni. Si tratterà di conclusioni dal carattere inevitabilmente interlocutorio, dovendo questo lavoro intendersi come l'avvio di una ricerca *in progress*. Ci tengo peraltro ad affermare fin d'ora che ho potuto avvicinare realtà culturali, così diverse da quella da cui provengo, grazie alla lettura degli scritti di autori e autrici che studiano questi contesti da molto tempo, i cui contributi hanno costituito per me un'importante fonte di conoscenza e di mediazione.

2. Prospettive comparatistiche sulla circolazione dei modelli

Com'è noto, l'origine degli studi sul tema si fa risalire alla pubblicazione del lavoro di Alan Watson sui trapianti giuridici, nel 1974⁸; a esso ne sono seguiti numerosi altri da parte dello stesso autore⁹. Per Watson, la comparazione consiste prevalentemente nello studio delle relazioni tra gli ordinamenti giuridici tra i quali sono avvenuti dei trapianti, e questi ultimi

⁸ A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato*, ed. orig. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* (1974), tr. it. a cura di J. Morley e L. Lonardo, Napoli, 1984.

⁹ Cfr., tra gli altri e senza pretesa di completezza, Id., *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambr. L.J.*, 1978, 313 ss.; Id., *Society's Choice and Legal Change*, in *Hofstra L. Rev.*, 1981, 1473 ss.; Id., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, 469 ss.; Id., P. Finkelman, *Society and Legal Change*, 2. ed., Philadelphia, 2001.

sono la chiave principale per comprendere i mutamenti del diritto¹⁰. Da storico e comparatista, studioso del diritto privato occidentale, Watson mette in luce soprattutto i grandi fenomeni di trapianto: il diritto dell'area medio-orientale, comprese le fonti bibliche, circola nelle aree del Mediterraneo durante l'antichità, il diritto romano circola nell'Europa continentale e in Scozia a partire dal medioevo, il *common law* inglese circola negli Stati Uniti e nelle altre colonie anglosassoni. La circolazione avviene vuoi per recezione volontaria vuoi per imposizione, laddove il trapianto sembra avvenire più facilmente se vi sono livelli non comparabili di civiltà (dalla più sviluppata alla meno sviluppata)¹¹. Secondo l'autore scozzese, il trapianto di norme giuridiche è «da un punto di vista sociale, facile»: le regole giuridiche si spostano cioè agevolmente tra gli ordinamenti, anche se tale affermazione segue a un confronto formale tra norme vigenti e non si tiene conto della loro operatività pratica¹². È significativo il modo in cui Watson ha parafrasato una frase canonica di Oliver Wendell Holmes, avendo affermato che «la vita del diritto non è logica, non è esperienza: è prestito»¹³. Alla luce di questi ampi fenomeni circolatori, sarebbero pochi i casi di reali innovazioni giuridiche¹⁴.

Watson insiste molto sul nesso tra trapianti e mutamento giuridico, soprattutto nella prospettiva di una confutazione delle tesi che vedono un collegamento stretto tra diritto e società, per cui il primo sarebbe lo specchio della seconda e il cambiamento della società provocherebbe il mutamento del diritto (da qui il nome di *mirror theories*). Si tratta di tesi radicate nel pensiero politico e giuridico, sviluppate da autori tanto diversi come Montesquieu, Savigny, Pound, Marx ed Engels, con tratti rispettivamente moderati e particolaristici, romantici e dogmatici, pragmatici e funzionalisti, materialisti e socialisti¹⁵. Tutti questi autori sono peraltro variamente influenzati da un approccio storicistico. Gli studi comparatistici e di storia del diritto inducono Watson a concludere per un

¹⁰ A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 6 ss.; 83 ss.; Id., *Comparative Law and Legal Change*, cit., spec. 316-318, 321.

¹¹ A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 27, 64, ma non mancano trapianti tra paesi e popoli di «civiltà analoghe».

¹² Ivi, 83-84 (ed ivi, n. 3).

¹³ Id., Id., P. Finkelman, *Society and Legal Change*, cit., 79.

¹⁴ Sarebbe tale, ad esempio, il diritto romano che non deriverebbe dalla cultura greca, ma sulla questione v. da ultimo E. Stolfi, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020.

¹⁵ Per un riferimento a ciascuno di essi v. A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 19 ss.; Id., P. Finkelman, *Society and Legal Change*, cit., 1 ss. Sulle *mirror theories* v. W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, 492 ss., che riprende la metafora del diritto come *mirror of society* da L. Friedman, *A History of American Law*, 2. ed, New York, 1985, 12, 595. La considerazione di Pound è invero ambivalente, venendo egli richiamato anche tra coloro che hanno sostenuto che «la storia di un sistema giuridico è [...] una storia di prestiti»: A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 20.

forte ridimensionamento delle *mirror theories*: se, in ordinamenti differenti, in seguito ai trapianti, si ha una disciplina uguale o molto simile, non è corretto sostenere che il diritto di ogni paese rifletta in via prioritaria le esigenze della società di riferimento. In particolare, gli studiosi avrebbero omesso di assegnare un significato adeguato a fattori della cultura giuridica quali l'inerzia e gli ostacoli al cambiamento derivanti dalle *élites* degli operatori giuridici, che tendono a monopolizzare l'interpretazione del diritto¹⁶. Alcune variazioni di disciplina di un istituto da un paese a un altro, poi, sarebbero dovute semplicemente al caso¹⁷.

Le posizioni di Watson hanno suscitato un ampio dibattito e non sono state esenti da critiche: alcuni gli hanno contestato una concezione troppo positivista del diritto, ridotto a *legal rules* e indifferente rispetto alle implicazioni pratiche¹⁸; altri gli hanno ricordato che i trapianti possono essere la conseguenza di mutamenti sociali prodottisi in maniera uniforme in vari contesti, oppure che essi stessi sono stati voluti – in un'ottica che è evidentemente di *social engineering* – per innescare o accelerare determinati cambiamenti sociali¹⁹. Più radicale è la tesi di chi rimprovera a Watson una versione semplificata e finanche caricaturale delle teorie alle quali si oppone, accomunando in un unico fascio Montesquieu, Savigny, Pound e Marx e sorvolando sulla complessità del loro pensiero. Se, in maniera piuttosto sbrigativa e perentoria, Watson ritiene tutti questi autori dei funzionalisti, egli finisce per adottare a sua volta una versione speculare e negativa del funzionalismo (un «antifunzionalismo»), non meno strumentale, nella misura in cui giudica i diritti delle singole società *in funzione di* obiettivi da lui stesso prestabiliti ma che essi non riuscirebbero a raggiungere, rafforzando l'immagine di ordinamenti giuridici senza scopo, determinati da scelte di comodo e dall'inazione delle *élites* giuridiche, e quindi in fondo anche assurdi e arbitrari²⁰. L'autore utilizzerebbe inoltre un'immagine della società come un tutto organico e compatto, senza cogliere le differenziazioni e i contrasti interni; tutt'al più contemplerebbe la presenza di gruppi i cui interessi si conciliano in maniera armonica. Le

¹⁶ A. Watson, *Comparative Law and Legal Change*, cit., 328, 331-332; Id., P. Finkelman, *Society and Legal Change*, cit., xiv ss., 130 ss.

¹⁷ Cfr., con riguardo alla trasmissione del rischio e della proprietà nel contratto di compravendita, A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 72 ss.

¹⁸ Cfr. tra gli altri R.L. Abel, *Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law*, in *Mich. L. Rev.*, 785-786; R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, in D. Nelken, J. Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, Oxford Portland, 2001, 71-72, 79.

¹⁹ O. Kahn Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern L. Rev.*, 1974, 1 ss.

²⁰ R.L. Abel, *Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law*, cit., 785 ss. (790-791 sul funzionalismo). Cfr. altresì R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, cit., 71 ss.; D. Nelken, *Comparatists and Transferability*, cit., 446 ss.; A. Somma, *Tanto per cambiare ... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Pol. Dir.* 2005, 109 ss., sulla perentorietà di Watson. Difende invece la lettura di Montesquieu e Savigny da parte dell'autore scozzese M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 467.

sue posizioni sarebbero tendenzialmente apolitiche – se non proprio conservatrici – perché svalutano fortemente la valenza politica della legislazione, come fattore di cambiamento e riforma, anche attraverso il conflitto, preferendo interventi di corpi apparentemente neutrali, riaffermando il peso decisivo dei tecnici del diritto²¹. Per altri, infine, sensibili alla cd. svolta ermeneutica, le teorie di Watson non tengono sufficientemente conto delle differenze interpretative legate alle diverse culture, essendo tali contesti rappresentabili come reti di significato in cui sia il diritto che la società si trovano avvolti. Tali differenze sono all'origine di aggiustamenti nell'ambiente di destinazione e di scarti funzionali rispetto al modello originario²². Se alcune di queste obiezioni hanno preso nuovo vigore attraverso le posizioni di Pierre Legrand²³, altre sono state ridimensionate da chi ha dato una lettura delle tesi di Watson in senso «debole» e non «forte»: rifiutando, cioè, con lui l'idea di una relazione strettamente condizionante, se non deterministica, tra società e diritto, senza tuttavia arrivare a pensare che quest'ultimo sia del tutto separato e isolato rispetto agli elementi sociali e culturali ai quali comunque resta legato²⁴. Si è così sottolineata l'importanza di non rinunciare alla comunicazione tra comparazione, da un lato, e sociologia del diritto e/o antropologia giuridica, dall'altro, rilevando come lo stesso Watson abbia lasciato aperti alcuni varchi. La tesi secondo cui il mutamento (o non mutamento) del diritto sia provocato in maniera determinante delle *élites* dei giuristi – che utilizzando il lessico di Lawrence Friedman arrivano a comporre la «cultura giuridica 'interna'» –, è del resto il frutto di una prospettiva sociologica²⁵. Di questa tesi, inoltre, è stato valorizzato il potenziale critico anziché conservatore, nella misura in cui contribuisce a smascherare il ruolo di quelle *law-making élites*, poste relativamente al riparo dai conflitti che agitano la società, in potenziale contrasto tra loro e comunque bisognose di legittimazione²⁶.

Nel panorama italiano, può considerarsi vicina a Watson, da una prospettiva strutturalista, la posizione di Rodolfo Sacco²⁷. Con Watson, questi ha condiviso l'idea che i mutamenti giuridici sono (almeno) parzialmente indipendenti da quelli economici e sociali, contestando in

²¹ R.L. Abel, *Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law*, cit., 802 ss.

²² E. Wise, *The Transplant of Legal Patterns*, in *Am. J. Comp. L.*, 1990, 12 ss.

²³ V. *infra*, nn. 50 ss.

²⁴ W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II)*, cit., 489 ss.

²⁵ R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, cit., 74 ss.

²⁶ P. Monateri, *The Weak Law. Contaminations and Legal Cultures*, in *Trans. L. & Contemp'y Probs.*, 2003, 581; nello stesso senso M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, cit., 468.

²⁷ Cfr. R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, v. II, Torino, 1988, 365 ss.; Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., Milano, 2019, 123 ss. Su alcune consonanze e qualche divergenza tra il pensiero di Watson e quello di Sacco v. S. Ferreri, *Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1993, 172 ss.

particolare l'approccio marxista²⁸. I mutamenti giuridici vengono infatti inseriti in una teoria comprensiva della circolazione dei modelli, che si presenta più articolata rispetto a quella di Watson. In particolare, Sacco ha corretto l'orientamento positivista del giurista scozzese, scomponendo la circolazione in corrispondenza dei diversi formanti²⁹ e sovrapponendo il concetto di modello a quello di formante. Ha poi mostrato come i modelli circolino, tra sistemi diversi, prevalentemente attraverso formanti omologhi e, all'interno di un medesimo sistema, tramite formanti disomogenei. Ha evidenziato come le circolazioni possano essere reciprocamente dissociate, laddove l'esempio tipico è la circolazione del modello codicistico francese relativamente al formante legislativo, e quella del modello dogmatico tedesco con riguardo al formante dottrinale³⁰. Ha rilevato altresì come, nel corso della storia, la circolazione del formante giudiziario sia stata relativamente meno frequente o comunque meno studiata³¹.

Un altro aspetto che Sacco ha approfondito rispetto a Watson è quello delle ragioni che rendono un modello soggetto di circolazione: Watson aveva parlato di «autorità», nel senso di «rispetto nei confronti del sistema dominante», ma anche di «reputazione e autorevolezza» del modello o del suo creatore, e aveva legato il consenso al trapianto alla «facilità con la quale la norma [poteva] essere acquisita», valorizzando in particolare i fattori del linguaggio e della «accessibilità», a prescindere dall'idoneità della norma a soddisfare i bisogni della società che la recepisce³². Sacco fa un passo ulteriore e distingue, tra le cause della circolazione, e quindi del mutamento del diritto, l'imposizione e il prestigio: la prima ricondotta prevalentemente al fattore militare (l'esempio più immediato è il colonialismo, laddove tuttavia una diffusione generalizzata del diritto della madrepatria si ha solo dopo l'indipendenza delle colonie)³³, il secondo definito, per intenzione dello stesso autore, in maniera tautologica come qualità elevata e attrattiva per un altro sistema³⁴. Sempre a Sacco si deve la trasposizione in ambito giuridico della categoria del crittotipo, ossia un modello implicito, fortemente legato a un determinato

²⁸ R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, cit., 366-367; Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 129-130.

²⁹ R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I e II)*, in *Am. J. Comp. L.*, 1991, 1 ss., 343 ss.

³⁰ Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 126.

³¹ Ivi, 127. Come si vedrà, questo dato appare rovesciato nel contesto globale: *infra*, parr. 4 3 4.1.

³² A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 50, 78; Id., P. Finkelman, *Society and Legal Change*, cit., 99, 104, 135.

³³ R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, cit., 369; Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 134-135.

³⁴ R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, cit., 369-370; Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 135. Su imposizione e prestigio cfr. anche M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, cit., 458-461.

contesto e refrattario alla circolazione, specie se attinente alla mentalità dei giuristi³⁵. Da ultimo occorre sottolineare come le idee di Sacco in ordine alla circolazione e al mutamento del diritto non sfocino necessariamente nell'unificazione o nell'uniformazione, essendovi spazio per un apprezzamento delle differenze tra i modelli, sia perché, alla luce della storia coloniale, l'uniformità del diritto è stata vieppiù intesa come una «deculturazione» – mentre l'antropologia giuridica contribuisce a restituire particolarità alle culture originarie –, sia perché la diversità è associata a innovazione e sperimentazione, nonché – ma questo è un aspetto più problematico – alla concorrenza tra i modelli³⁶.

Le tesi di Sacco hanno avuto ampio seguito nella dottrina italiana, soprattutto nella scuola torinese. Mi limito a segnalare i lavori di Gianmaria Ajani sulla circolazione di modelli nei paesi dell'Europa centro-orientale dopo la caduta dei regimi comunisti. Essi hanno evidenziato dinamiche molto articolate, nel tempo e nello spazio, mostrando altresì la notevole «offerta» di modelli occidentali da parte di organizzazioni straniere e internazionali, private e pubbliche (spesso le stesse che elargivano prestiti), e dell'Unione europea, nonché una forte incidenza del modello di *common law*, che ha impedito l'esclusivo ritorno di questi paesi alla tradizione europeo-continentale di *civil law*, favorendo invece la commistione tra i due modelli³⁷. Quanto alle cause dell'imitazione, anche Ajani fa ricorso alla nozione di prestigio, la quale ricomprende per lui ragioni di «efficienza economica» e di «opportunità politica», sottolineando l'importanza di valutare la compatibilità delle regole da introdurre con quelle già esistenti e con la cultura giuridica di destinazione. Rileva altresì come, in qualche circostanza, siano stati decisivi anche il caso e il fattore personale (giuristi dell'Europa orientale emigrati in occidente, soprattutto negli Stati Uniti, che poi hanno contribuito a progettare i nuovi testi)³⁸.

I possibili significati della nozione di prestigio sono indagati nello studio di Elisabetta Grande su “Imitazione e diritto”³⁹. A tale proposito,

³⁵ R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 136-137.

³⁶ Ivi, 143-144; R. Sacco, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

³⁷ G. Ajani [con la collaborazione di A. Gilardini e U. Sebastiani], *Il modello post-socialista*, 3. ed., Torino, 2008, 59 ss., 74 ss., 86; Id., *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 1995, 93 ss. Cfr. altresì, tra i diversi studi relativi al contesto asiatico, Id., J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009.

³⁸ Id., *Il modello post-socialista*, cit., 77; Id., *By Chance and Prestige*, cit., 112-113.

³⁹ E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2002. Più recentemente, con riferimento all'introduzione della giuria nel diritto penal-procedurale spagnolo cfr. Ead., *Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Procedure Has Affected Continental Europe*, in *Am. J. Comp. L.*, 2016, 583 ss., concludendo che l'“inoculazione” di alcuni elementi del sistema *adversary* statunitense avrebbe avuto una sorta di effetto immunizzante rispetto a una recezione più ampia, rafforzando invece il modello giuridico e culturale originario.

l'autrice ha distinto un modello scientifico-culturale o tecnico-giuridico da un modello politico-filosofico. Nel primo, di cui sarebbero esempio la dogmatica tedesca e il realismo giuridico americano, a circolare è un modello apprezzato per la qualità delle sue elaborazioni e per il suo carattere metapositivo; il formante coinvolto è anzitutto quello dottrinale. Nel secondo, che l'autrice indaga nell'ambito penale e penal-processuale, vengono imitati non tanto gli specifici contenuti di un modello, quanto piuttosto l'ideale a esso sotteso, compreso come conquista di libertà ed elevato a simbolo di avanzamento della civiltà. Ne sono esempi sia la circolazione negli stati americani dell'idea europea del codice penale, laddove il principio di legalità in materia penale, a sua volta connesso alla legittimazione popolare, era visto come un elemento di progresso rispetto ai *common law crimes*, sia la circolazione in Italia del modello processuale accusatorio, ritenuto più liberale rispetto a quello in cui il giudice è direttamente coinvolto nella ricerca della verità. L'autrice sottolinea che in questi ultimi casi non circolano le norme e gli istituti, come effettivamente operanti nel contesto originario, ma una loro idealizzazione, che spesso incontra resistenze nella mentalità dei giuristi dell'ambiente di destinazione, un ambiente che a sua volta è capace di produrre autonomamente soluzioni garantistiche diverse da quelle del modello importato ma parimenti efficaci. Ancora, dato che a circolare è prevalentemente un messaggio politico-filosofico, a essere coinvolto è il formante più "visibile", ossia quello legislativo⁴⁰. Quanto ai paesi dai quali proviene l'imitazione, Grande evidenzia come, nel primo modello, il carattere scientifico-culturale del prestigio consenta la circolazione di concetti, istituti, quadri teorici complessivi indipendentemente dalla forza politica del paese di origine (sarebbe il caso della Germania nella seconda metà dell'Ottocento). Diversamente, nel secondo modello, poiché la spinta è costituita dalle idee politico-filosofiche, la circolazione non solo non avviene se queste non sono condivise nel contesto imitativo, ma è agevolata se il paese di provenienza è percepito come politicamente ed economicamente autorevole, e in ogni caso le variabili extra-giuridiche sono più rilevanti. Non vale però l'inverso: non è sufficiente la forza politica ed economica di un paese per farne un esportatore di modelli, dovendo questi ultimi presentare caratteri di desiderabilità per il ricevente⁴¹.

Elisabetta Grande accenna più brevemente a un terzo modello, definito efficiente, poiché la ragione dell'imitazione può essere rinvenuta nella maggiore efficienza della soluzione proposta: l'autrice porta gli esempi dei danni punitivi e della responsabilità penale delle persone giuridiche, istituti del diritto penale sostanziale statunitense circolati in Europa, in direzione inversa rispetto al movimento principale. Qui i formanti coinvolti

⁴⁰ E. Grande, *Imitazione e diritto*, cit., 1 ss., 84 ss., 110 ss., 113 ss. (149).

⁴¹ Ivi, 154-155, XXIV.

sarebbero alternativamente quello legislativo e quello giurisprudenziale, con contributi correlati da parte della dottrina. Anche in questa costellazione sarebbe rilevante l'origine in un paese politicamente o economicamente forte⁴². Il fattore dell'efficienza, come veicolo sostanziale dell'imitazione e al di là di un prestigio che rischierebbe di rimanere una «formula vuota», è valorizzato da Ugo Mattei all'inizio degli anni novanta, in un'indagine che fa intersecare la comparazione con l'analisi economica del diritto. In questa prospettiva, i trapianti appaiono come il risultato della logica competitiva che opera all'interno del «mercato della cultura giuridica» e delle «idee giuridiche», mercato che consentirebbe di confrontare facilmente soluzioni diverse e di far prevalere quella più efficiente. L'autore argomenta la tesi a partire da una serie di esempi concernenti il diritto di proprietà, laddove l'efficienza è definita in termini economici: si parte da ciò che consente un miglior funzionamento del sistema, riducendo i costi di transazione, e da ciò che è considerato migliore dai consumatori nel *legal marketplace*. Ma si allarga la definizione anche a «ciò che non impedisce inutilmente lo sviluppo di una società umana meglio organizzata» e che genericamente consente di stare meglio. In ogni caso appare centrale un calcolo costi/benefici⁴³.

Approcci siffatti possono tuttavia dare luogo ad applicazioni controverse, se la considerazione degli elementi da ascrivere alle categorie dei costi e dei benefici è parziale, forzata o ideologica. Così, se i successivi lavori di Mattei adottano una prospettiva decisamente più critica⁴⁴, altri autori cercano di dimostrare l'esistenza di un nesso tra soluzioni giuridiche ed efficienza economica, promuovendo i trapianti dove questo nesso sia provato. In particolare, gli economisti fautori della tesi dell'«origine legale» hanno sostenuto che un'efficienza siffatta può essere ascritta genericamente al *common law* inglese e ai sistemi giuridici di paesi ex-coloniali aventi in esso le proprie radici, anziché alla tradizione di *civil law*. Efficienza è sinonimo di tutela dei diritti di proprietà e della libertà contrattuale degli investitori (nonostante la massima esposizione alla instabilità del mercato dei capitali), agevolata da un ridotto intervento dello stato nella sfera economico-sociale e da un protagonismo dei giudici e del diritto giurisprudenziale, gli uni apparentemente più indipendenti e l'altro più incline ad assecondare l'adattamento a esigenze nuove⁴⁵. Tale approccio è stato influenzato dalla nuova economia istituzionale e dalla nuova economia

⁴² Ivi, XXIV-XXV.

⁴³ U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *Int'l Rev. L. & Ec.*, 1994, 3 ss.

⁴⁴ Cfr. *infra*, nn. 168 ss.

⁴⁵ R. La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Schleifer, R.W. Vishny, *Law and Finance*, in *J. Pol. Econ.*, 1998, 1113 ss.; degli stessi, *The Quality of Government*, in *J. L. Ec. & Org.*, 1999, 222 ss.; R. La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Schleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *J. Econ. Lit.*, 2008, 285 ss., in cui la *legal origin* fa riferimento, più in generale, agli strumenti giuridici che incidono sul controllo sociale della vita economica.

comparata ed è coerente con i prevalenti orientamenti neoliberali e con il modello di capitalismo neoamericano. Esso ha riscosso un notevole successo anche presso le istituzioni economiche internazionali, tra cui la Banca mondiale, che sulla sua base ha impostato molti dei rapporti *Doing Business*. A questi ultimi possono muoversi obiezioni analoghe a quelle della tesi della *legal origin*: adottano una concezione rigida, semplificata e statica delle tradizioni di *civil law* e *common law*, e valutano positivamente la seconda poiché premia la certezza e la prevedibilità della tutela dell'investitore straniero con una minima incidenza regolativa dello stato, a scapito dell'effettività dei diritti dei lavoratori e del perseguimento di altri interessi collettivi sociali e ambientali. Negli anni più recenti è stato introdotto qualche correttivo, ma resta un'impostazione di fondo caratterizzata da un approccio funzionalistico e fortemente normativo – nel senso che il *ranking* prescrive indirettamente il modello da seguire –, che alimenta la competizione fra gli ordinamenti e la corsa al ribasso nei settori socialmente più sensibili⁴⁶. Da un punto di vista empirico si è inoltre dimostrata l'impossibilità di stabilire univoci legami causali tra determinate soluzioni giuridiche, adottate anche attraverso i trapianti, e l'efficienza economica di un paese. Per quanto concerne una maggiore efficienza non dell'economia in generale, ma delle istituzioni, è stato sottolineato come quest'ultima non sia indifferente al modo in cui un certo diritto è stato importato: in altre parole, non ci sono soluzioni efficienti *a priori* ma è plausibile che si crei un «effetto trapianto» per cui, se l'innovazione si adatta al contesto di destinazione e gli operatori giuridici hanno con essa una certa familiarità, l'impatto istituzionale può essere positivo, altrimenti no⁴⁷.

Quest'ultimo filone induce a tornare sulla questione dell'autonomia del diritto, per denunciare il rischio di una subalternità della scienza giuridica, anche comparatistica, a quella economica dominante, laddove non si sia pienamente consapevoli che il contenuto di molti atti normativi, ascrivibili a diversi formanti e frutto di circolazione, è la conseguenza dell'influenza decisiva di alcune teorie o prassi economiche (un'influenza che avverrebbe più per via di imposizione che di prestigio): oltre alle tesi sulla *legal origin* e ai rapporti *Doing Business*, un esempio ricorrente è l'impatto dell'ordoliberalismo in Europa⁴⁸. Considerazioni siffatte sollevano qualche dubbio non solo sull'idea di un inarrestabile avvicinamento tra *common law* e *civil law*, ma anche sulla tenuta di quelle tassonomie che individuano come caratteristica principale della tradizione giuridica

⁴⁶ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 32 ss., 172 ss.; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013, 5, 27 ss.; R. Michaels, *Comparative Law by Numbers? Legal Origin Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 2009, 765 ss.

⁴⁷ D. Berkowitz, K. Pistor, J.F. Richard, *The Transplant Effect*, in *Am. J. Comp. L.*, 2003, 163 ss. Cfr. anche M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, cit., 461-463.

⁴⁸ A. Somma, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *DPCE*, IV/2017, 1225 ss.

occidentale l'autonomia rispetto ad altre sfere dell'agire umano⁴⁹. Anche il diritto occidentale, in altre parole, sarebbe oggi penetrato dalla razionalità propria di un'altra sfera sociale: più che della politica, della morale o della religione, si tratterebbe però dell'economia⁵⁰. L'alternativa oggi sembrerebbe essere quella tra salvaguardare gli spazi di autonomia del diritto e dei suoi principi costitutivi in un contesto dato, o agire democraticamente per modificare le coordinate della politica economica.

Di orientamento ancora differente è il lavoro di Pierre Legrand che, nella maniera più netta, contesta la teoria dei trapianti e la radicale autonomia del diritto così come formulate da Watson⁵¹. L'autore francese, a ben vedere, si pone in linea di continuità con alcune critiche che erano state già sollevate in precedenza⁵² relativamente alla concezione positivista del diritto fatta propria dallo studioso scozzese, alla visione conservatrice racchiusa nei suoi scritti e alla mancata considerazione delle teorie ermeneutiche. È su queste ultime che Legrand insiste molto, nel contesto di una visione della comparazione tesa a recuperare il valore della differenza e ispirata da diverse matrici: la filosofia del romanticismo, le scienze dello spirito, e soprattutto le correnti post-strutturaliste, post-moderne e decostruzioniste⁵³. Legrand afferma la tesi della impossibilità dei trapianti, poiché questi riguarderebbero la «dislocazione» della sola disposizione normativa, non invece del suo significato, che è strettamente correlato all'ambiente culturale in cui il testo è immerso e «risuona». Alla migrazione del testo in un altro contesto, in altre parole, corrisponderebbe un cambiamento del suo significato. Se ciò è per Legrand una conseguenza delle tesi ermeneutiche sul *Vorverständnis*, queste non vanno lette nel senso che l'ambiente culturale che condiziona il significato dei testi sia in sé unitario e compatto, né che l'influenza esercitata sia di tipo deterministico: al suo interno, anzi, occorre saper cogliere le contestazioni, i conflitti e i rapporti

⁴⁹ Si fa riferimento alla distinzione tra famiglie a “egemonia professionale”, famiglie a “egemonia politica” e famiglie a “egemonia tradizionale”, elaborata da U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, 66 ss.

⁵⁰ A. Somma, *La geografia dei corpi politici*, cit., 1231-1232, 1237 ss. Sul ridotto grado di autonomia del diritto, inteso in un'accezione non normativa, ha notoriamente insistito la dottrina sovietica, che ha sottolineato lo stretto legame delle forme giuridiche con i rapporti economici di scambio e di produzione, nell'ambito di ricostruzioni in cui il ruolo dello stato è apparso tuttavia ambivalente: cfr. in particolare E.B. Pasukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, ed. orig. *Obscaja teorija prava i marksizm* (1927), Bari, 1975. Per una contestualizzazione del pensiero dell'autore v. U. Cerroni, *Pasukanis e la “grande svolta” nella cultura giuridica sovietica*, ivi, 7 ss.

⁵¹ P. Legrand, *The Impossibility of “Legal Transplant”*, in *MJ*, 1997, 111 ss.; ripubblicato con minime modifiche come *What “Legal Transplants”*, in D. Nelken, J. Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, cit., 55 ss.

⁵² Cfr. *supra*, n. 22.

⁵³ Cfr. P. Legrand, *Le droit comparé*, 5. ed., Paris, 2015, *passim*; Id., *The Same and the Different*, cit.

di potere, che sembrano invece invisibili alla teoria dei trapianti⁵⁴.

È riduttivo, a mio avviso, classificare l'approccio di Legrand soltanto come "neoromantico" e affermare che esso legittimi qualsiasi interpretazione di una certa esperienza ne diano gli operatori al suo interno, escludendo uno sguardo che venga dal di fuori⁵⁵. Non solo, infatti, l'autore si sforza di rileggere l'opera di Herder, che pure lo ispira, depurandola da elementi essenzialistici, e i suoi riferimenti culturali sono più complessi. Il merito delle sue posizioni risiede infatti soprattutto nell'aver spostato, in maniera consapevole provocatoria, l'asse principale della comparazione dalla ricerca dell'unità, a lungo prevalente nella disciplina e frutto di una preferenza accordata dalla nostra civiltà al principio di identità, all'attenzione per le differenze, conservando una certa distanza mentale e incoraggiando la tendenza a comprendere l'alterità. Non a caso una delle frasi più ricorrenti di Legrand è relativa all'effetto non «unificatore ma moltiplicatore» della comparazione⁵⁶. Mi sembra, in fondo, che la sua riflessione ponga problemi e lasci scenari aperti, tanto che studiosi apparentemente lontani dalle sue premesse metodologiche ne hanno sottolineato il merito, cercando un terreno intermedio rispetto alle tesi funzionaliste e sottolineando la necessità che il mutamento giuridico – anche quello che opera attraverso i trapianti – possa riuscire solo se risulta compatibile con la tradizione nella quale si inserisce⁵⁷.

Se si vuole continuare a considerare significativo un rapporto tra diritto e società e tra diritto e cultura, da intendersi in maniera dinamica e non deterministica, occorre tenere presenti le diverse relazioni con il tempo, nel senso che il *fit* tra il primo (il diritto) e le seconde (società e cultura) può riguardare sia il passato sia il futuro⁵⁸. Può essere altresì interessante individuare, all'interno del medesimo ambiente, comunità diverse caratterizzate da legami particolari al loro interno, che si relazionano in maniera specifica con il diritto e con i trapianti di norme. Roger Cotterrell distingue, a tale proposito e partendo dai tipi weberiani di azione sociale, comunità strumentali, tradizionali, affettive e comunità di credo (*of belief*)⁵⁹. Le comunità strumentali sono caratterizzate da relazioni brevi e deboli tra le persone, funzionalizzate al raggiungimento di scopi economici definiti, con un rapporto più stretto con il diritto e una maggiore facilità dei trapianti (riguardano soprattutto il diritto commerciale e dei contratti). Le comunità tradizionali sono caratterizzate da rapporti di prossimità, condivisione di

⁵⁴ P. Legrand, *The Impossibility of "Legal Transplant"*, cit., (111), 114 ss. (116).

⁵⁵ Questa, in parte, la lettura di J.Q. Whitman, *The Neo-Romantic Turn*, in P. Legrand, R. Munday (eds), *Comparative Legal Studies*, cit., 312 ss.

⁵⁶ P. Legrand, *The Impossibility of "Legal Transplant"*, cit., 123; Id., *The Same and the Different*, cit., 299; Id., *Le droit comparé*, cit., 102.

⁵⁷ Cfr., tra gli altri e da diverse prospettive, M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, cit., 468 ss.; R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, cit., 81-82.

⁵⁸ D. Nelken, *Comparatists and Transferability*, cit., 451 ss.

⁵⁹ R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, cit., 80 ss.

prassi e linguaggio: i legami tra persone si sarebbero indeboliti nel corso del tempo ma i rapporti con un diritto di coesistenza sarebbero ancora forti (si tratta prevalentemente di alcuni ambiti del diritto penale e del diritto di proprietà, nonché della responsabilità civile). In entrambe le comunità vi sono operatori giuridici, educati a una certa mentalità ma anche portatori di interessi, che possono entrare in conflitto tra loro e agevolare o resistere al mutamento. Le comunità di credo sono caratterizzate dalla condivisione di valori e dalla presenza di legami interpersonali apparentemente più forti. Ma l'interpretazione dei valori è ambivalente e genera conflitti, che indebolirebbero il rapporto con il diritto (nel senso di una traduzione in norme giuridiche chiare), mentre il legame tra un sistema di valori e l'identità di una comunità ostacolerebbe i trapianti, salvo che non si "degradino" alcune questioni a problemi strumentali o di stabilità tradizionale (Cotterrell fa a tale proposito l'esempio dei diritti umani). Infine, le comunità affettive investono la sfera intima, sessuale e più strettamente parentale e amicale, i rapporti di cura o di fiducia reciproca (toccano quindi il diritto di famiglia, le successioni, ma anche le norme sulla violenza sessuale): esse tendono a sfuggire a un preciso inquadramento giuridico in termini di diritti e obblighi, sono quindi piuttosto refrattarie alla regolazione. È vero che, nella prassi, si sono registrati scostamenti da questi modelli, ad esempio resistenze ai trapianti nelle materie economiche e commerciali determinate da opposizioni o conflitti nel mondo degli operatori giuridici, oppure uniformazioni del diritto in settori del diritto di famiglia. Ma le tendenze di fondo sembrano potersi confermare: la logica strumentale agevola i trapianti, se le soluzioni perseguono fini analoghi, mentre questi sono più rari nell'ambito delle comunità affettive, dove l'applicazione di norme eteronome è più difficile⁶⁰. Naturalmente l'interpretazione della realtà richiede giudizi complessi, nella consapevolezza che le diverse comunità sono suscettibili di sovrapposizione l'una con le altre, e che quindi le logiche a esse sottese possono intrecciarsi, mentre attori molteplici (*élites* di giuristi, gruppi sociali, istituzioni nazionali, sovra- e internazionali, organizzazioni non governative) operano in favore o contro il cambiamento⁶¹. Ancora, la lettura dei trapianti, in relazione ai diversi tipi di comunità, va associata a quella dei diversi modi di concepire il diritto: riprendendo spunti variamente presenti in altri autori, Cotterrell rileva come una concezione positivista del diritto faccia apparire i trapianti meno problematici, come una concezione strumentale del diritto li favorisca o li ostacoli a seconda che realizzino un certo effetto nella prassi applicativa, come infine una concezione del diritto quale espressione o parte della cultura li accetti soltanto se capaci di mostrarsi compatibili con essa⁶².

⁶⁰ Ivi, 82 ss.

⁶¹ Ivi, 83, 86, 90.

⁶² Ivi, 79.

2.1. Su alcune differenze tra l'ambito privatistico e quello pubblicistico

Molti degli autori ai quali si è fatto riferimento nel paragrafo precedente si sono posti l'interrogativo se le teorie sui trapianti giuridici e sulla circolazione dei modelli fossero applicabili anche all'area del diritto pubblico. Alcuni, tra cui Watson (nella fase iniziale) e Sacco, hanno risposto positivamente, formulando un'analogia tra i codici e le costituzioni: così come la gran parte dei codici non è frutto di un'elaborazione originale, anche le costituzioni sarebbero il frutto di una rielaborazione di testi e modelli sviluppati altrove. In questo caso, gli istituti che avrebbero sperimentato la prima e maggior diffusione sarebbero legati al parlamentarismo inglese⁶³. Altri autori, tra cui lo stesso Watson in un periodo successivo⁶⁴, hanno delimitato le teorie dei trapianti all'area privatistica, tendenzialmente occidentale ma con aperture anche al di fuori di essa. In particolare, è stato osservato che nella società contemporanea sono maggiori le spinte alla omologazione in settori (industrializzazione, trasporti, strutture abitative) che apparentemente incidono più sull'ambito privatistico che su quello pubblicistico. In quest'ultimo è ancora forte il condizionamento proveniente dalla forma di stato, dal tipo di separazione dei poteri e dal modo di organizzazione del pluralismo, dall'affermazione di una comunità con una propria identità politica, normalmente legittimata dalla sovranità popolare, che si accompagna alla fondazione di un nuovo ordinamento costituzionale, elementi che spingono per assetti istituzionali e anche per dottrine politiche peculiari⁶⁵.

Di sicuro rilievo in ambito giuspubblicistico è lo studio di Grande: la materia penal-processuale è infatti immediatamente legata a quella costituzionale, con riguardo ai principi di garanzia e ai requisiti di legittimazione democratica. L'autrice mostra come l'esigenza di adeguarsi a tali principi e requisiti venga avvertita sia nel contesto europeo che in quello americano come conforme a un modello avanzato di civiltà. Ciò giustifica la circolazione non tanto di singole regole quanto piuttosto delle idee a esse sottese, mentre concretamente le soluzioni adottate sono varie e

⁶³ A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., 86-87, anche sulla mediazione di Montesquieu e su alcuni fraintendimenti, da parte sua, nell'interpretare la costituzione britannica; R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, cit, 368; Id., P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 139. In questo senso cfr., con riferimento all'esperienza dei paesi ex-socialisti, anche G. Ajani, *Il modello post-socialista*, cit., 84 ss.; Id., *By Chance and Prestige*, cit., n. 19 p. 98.

⁶⁴ Cfr. A. Watson, P. Finkelman, *Society and Legal Change*, cit., xv, 8, 132, per una delimitazione delle sue ricerche all'ambito del diritto privato.

⁶⁵ Cfr. rispettivamente O. Kahn Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, cit., 11 ss., con esempi tratti dal diritto processuale e dal diritto sindacale; a ben vedere anche gli esempi che si ascrivono al settore privatistico hanno, per uno studioso continentale e soprattutto in quegli anni, rilievo pubblicistico; W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II)*, cit., 503; Id., *The American Revolution and the Evolution of Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1994, Supp. 1, 1 ss., con riferimento alle prime costituzioni statali e alla costituzione federale statunitense.

adattabili ai contesti o, meglio, alle culture giuridiche e costituzionali in cui concretamente operano⁶⁶.

Se guardiamo ai lavori degli studiosi giuspubblicisti, l'impressione di un parziale spostamento dei toni sembra confermata. Naturalmente non si ha a che fare con un gruppo omogeneo di autori, e occorre considerare le variazioni di tendenza nel corso degli anni e nei vari paesi. La peculiarità italiana, di una robusta presenza del diritto pubblico comparato nel secondo dopoguerra – ma a ben vedere la tradizione è ancora precedente e risale fino a Vico⁶⁷ – ha fatto sì che il tema venisse discusso prima che altrove.

Molto cauto verso una comparazione incentrata sulle dinamiche della circolazione, anche se scomposte attraverso i formanti, è stato all'inizio degli anni ottanta Giorgio Lombardi. In particolare, l'autore ha problematizzato un approccio che presuppone una netta distinzione tra i formanti, soprattutto i tre principali (norme scritte, giurisprudenza, dottrina), più congeniale al diritto privato e meno a quello pubblico. In quest'ultimo, infatti, ci sono non soltanto materie non coperte dalla giurisprudenza costituzionale, ma anche aree in cui il diritto vive soprattutto nella concreta realtà dei rapporti tra persone e gruppi, delle dinamiche tra le forze politiche e gli organi costituzionali. Di qui un approccio meno normativistico e più istituzionalistico, sensibile alla teoria mortatiana della costituzione materiale e ai filoni della dottrina tedesca – weimariana in particolare – volti a mettere in luce le tensioni tra diritto costituzionale e realtà costituzionale, tra cui la *Integrationslehre* smendiana⁶⁸. Ciò comporta, per un verso, una particolare attenzione al tema dei crittotipi come modello storicamente radicato di assetti politico-istituzionali e apparentemente nascosto⁶⁹, per l'altro l'individuazione della *formula politica istituzionalizzata*, intesa come sintesi degli elementi tipici ed essenziali di un sistema costituzionale visto nella sua complessa operatività. Quest'ultima costituisce per Lombardi il fattore specifico della comparazione giuspubblicistica rispetto a quella privatistica, non risolvendosi le dinamiche tra diritto costituzionale e realtà costituzionale nella pur importante distinzione, formulata all'inizio del Novecento da Roscoe Pound, tra *law in the books* e *law in action*⁷⁰. Un approccio siffatto porta inoltre il comparatista pubblicista ad approfondire i profili storici e ideologici del diritto costituzionale, mettendo a fuoco più le differenze che le somiglianze tra le

⁶⁶ E. Grande, *Imitazione e diritto*, cit., *passim*; nonché Ead., *Legal Transplants and the Inoculation Effect*, cit.

⁶⁷ Sul cui rilievo per gli studi comparativi v. G. Repetto, *Il metodo comparativo di Vico e il diritto costituzionale europeo*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2009, 301 ss.; V. Pepe, *Giambattista Vico e la comparazione giuridica*, Napoli, 2020.

⁶⁸ G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, 64 ss., 69 ss.

⁶⁹ Ivi, 65, 67.

⁷⁰ Ivi, 72-74.

varie esperienze, le resistenze alla circolazione e le recezioni apparenti⁷¹.

Meno critico verso la prospettiva della circolazione dei modelli, ma comunque attento alle specificità giuspubblicistiche, è stato Giovanni Bognetti, nella sua “Introduzione al diritto costituzionale comparato”. Da una parte l’autore ha sottolineato come nella storia del diritto siano stati molto frequenti assimilazioni e trapianti, realizzati grazie a esponenti della dottrina, magistrati e legislatori, anche costituzionali (laddove questi ultimi a volte hanno seguito, altre volte hanno anticipato tanto gli studiosi quanto i giudici), e come la circolazione dei modelli abbia «molto contribuito al progresso complessivo della civiltà giuridica nel mondo»⁷². Dall’altra parte ha affermato che per valutare l’opportunità e la riuscita di un trapianto occorre esaminare se e come un modello, un’idea o un istituto effettivamente operino, quali valori essi servano e quali condizioni fungano da presupposto per il loro funzionamento. Ciò richiede che la comparazione giuridica agisca sufficientemente «in profondità», non limitandosi a osservazioni frettolose e di superficie, che essa abbracci appieno la dimensione storica, essendo una vera e propria «storia comparata del diritto», e che essa, in un’ottica realistica, si ponga in contiguità con le discipline della sociologia e della scienza politica⁷³. Anche Bognetti evidenzia dunque l’endiadi “costituzione materiale-formula politica”. Mentre pure lui si rifà all’accezione mortatiana della costituzione materiale, che viene spesso sviluppata sul versante assiologico, con riguardo alla “formula politica” egli riprende la definizione di Gaetano Mosca, intendendola come «l’insieme dei grandi principi che giustificano l’esistenza dello stato nelle *credenze di fatto* per lo più accolte dalla maggioranza dei consociati», dinamizzandola nel tempo e aggiungendo «gli istituti creduti imprescindibili per la buona organizzazione (giuridica) della società civile». Continua poi a insistere sull’importanza di leggere norme e istituti alla luce dei valori (sono questi a essere principalmente investiti dalle credenze di fatto), della cultura politica e della storia giuridica tipici di una data esperienza⁷⁴. Emblematica è, a tale riguardo, la sua interpretazione del costituzionalismo americano, attraversata dall’idea di un primato dei principi liberali⁷⁵. Anche Bognetti utilizza peraltro il lessico dei paesi più o meno civilizzati, più o meno avanzati o arretrati, che lasciano intendere il senso della circolazione nella direzione del progresso, una direzione che – salva la diffusione del diritto romano nell’Europa medievale –, è quella che muove normalmente dai paesi colonizzatori a quelli colonizzati, dall’occidente al resto del mondo⁷⁶. Quanto alle circolazioni interne ai paesi

⁷¹ Ivi, 37-38, 58, 65, 68.

⁷² G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Torino, 1994, 110, 186.

⁷³ Ivi, 112, 125-127, 186 ss.

⁷⁴ 151 ss. (156), testo tra parentesi in originale.

⁷⁵ Id., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, v. I-II, Torino, 1998-2000.

⁷⁶ Id., 111, 186.

della tradizione occidentale, l'autore sottolinea in particolare l'imitazione di regole e istituti del parlamentarismo britannico (anche se non ovunque) e – diversamente da quanto sostenuto ad esempio da Sacco –, la formazione di un *corpus* giurisprudenziale tendenzialmente uniforme, soprattutto con riguardo all'ambito dei diritti fondamentali, ritenuto il sintomo della condivisione di valori etico-politici⁷⁷.

Parimenti significativa è la posizione di Alessandro Pizzorusso, il quale, nell'auspicare uno statuto forte della comparazione nell'ambito delle discipline pubblicistiche, sottolinea alcune peculiarità di queste ultime rispetto a quelle privatistiche. In particolare, l'autore rileva da un lato che la comparazione nel diritto costituzionale non ha l'immediata finalità pratica – che invece possiede la comparazione giusprivatistica quando si intreccia al diritto internazionale privato – dell'applicazione di una norma straniera in una determinata fattispecie. Dall'altro ricorda che il diritto costituzionale è regolato in gran parte da principi, consuetudini o convenzioni. Si tratta di fonti del diritto diverse dalla legge, che sollecitano un approccio metodologico non coincidente con il positivismo classico e aperto, appunto, alla comparazione. In ambito pubblicistico, il diritto comparato non avrebbe quindi lo scopo di individuare norme regolatrici, spesso straniere, di singole fattispecie ma di elaborare norme che faranno parte integrante dell'ordinamento. Ancora, Pizzorusso evidenzia l'importanza del fattore temporale e del modo in cui questo si rapporta all'unificazione del diritto: per un verso, il diritto privato appare più stabile nel corso del tempo e sembra favorire – nei suoi approcci più tradizionali – le spinte verso l'unificazione, dal momento che questa risolverebbe meglio del diritto internazionale privato i problemi pratici derivanti dai conflitti tra norme. Per l'altro verso il diritto pubblico, soprattutto costituzionale, muta con velocità maggiore, ed è più strettamente legato a profili politici, ideologici e storici. Vi sono sicuramente imitazioni tra gli ordinamenti, e queste appaiono aumentare con gli scambi transnazionali e con i processi di integrazione sovranazionale, ma i problemi di unificazione del diritto non sembrano presentare la medesima urgenza pratica che hanno in ambito privatistico⁷⁸. Ancora, le classificazioni giusprivatistiche delle famiglie giuridiche, se considerate isolatamente, possono apparire parziali a un giuspubblicista, nella misura in cui inquadrano il tema delle fonti del diritto e delle loro applicazioni non tenendo conto degli assetti istituzionali e della forma di stato, per studiare le quali è fondamentale un'indagine storica e un

⁷⁷ Id., 111, 185.

⁷⁸ A. Pizzorusso, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 61 ss., che riporta, quali esempi di imitazione tra ordinamenti, l'influenza esercitata dal *judicial review* statunitense, dalla giustizia amministrativa francese, dalla prassi parlamentare inglese e la formazione di una giurisprudenza sovranazionale in materia di diritti. Per una considerazione alla luce delle dinamiche transnazionali v. Id., *Sistemi giuridici comparati*, 2. ed., Milano, 1998, 139 ss.

approfondimento delle culture politiche⁷⁹. Del resto, gli studi del diritto costituzionale in Italia sono stati caratterizzati per lungo tempo – prima della svolta orlandiana e anche dopo, nel dopoguerra – dal ricorso alla duplice prospettiva storica e comparativa, che ha mediato tra spinte razionalistiche e storicistiche⁸⁰. A proposito della svolta orlandiana si può anzi affermare, riprendendo le categorie di Sacco, che essa non abbia interrotto i fenomeni di circolazione ma abbia mutato il loro oggetto e i relativi formanti: non più le consuetudini e le leggi costituzionali che avevano disegnato un determinato sistema costituzionale (soprattutto quelle inglesi e francesi), ma i concetti giuridici e la dogmatica del diritto pubblico (quello tedesco). Ciò non va tuttavia letto soltanto come la sostituzione di uno strumento con un altro, avendo invece implicazioni per il metodo della comparazione: si è affermata una tendenza a confrontare le operazioni intellettuali dei giuristi, astratte dai loro contesti originari, e non più le reali esperienze costituzionali. È osservabile, al riguardo, un’analoga funzione storica svolta dal giuspositivismo statualistico, laddove approntava costruzioni utili in quei paesi che avevano da poco raggiunto l’unità nazionale, e realizzava forme di compromesso tra il principio monarchico e il principio rappresentativo⁸¹.

Tra gli anni novanta e l’inizio degli anni duemila, in concomitanza con il crollo dei regimi comunisti, con la terza ondata di democratizzazione e l’asserita comparsa di un *world constitutionalism*, nonché con la diffusione su vasta scala del modello dello stato costituzionale, una parte della dottrina comparatistica giuspubblicistica ha ampiamente valorizzato la prospettiva della circolazione dei modelli. Sono stati interessati i temi della forma di governo, della giustizia costituzionale, dei diritti e del federalismo⁸². Da un punto di vista metodologico, autori come Lucio Pegoraro e Angelo Rinella hanno ripreso le posizioni di Sacco e Watson,

⁷⁹ Id., *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, cit., 69, 77 ss.

⁸⁰ M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1963, 3 ss.; P. Ridola, *Gli studi di diritto costituzionale* (2001), in Id., *Esperienza, costituzioni, storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, 2019, 363 ss.; F. Lanchester, *I giuspubblicisti tra storia e politica. Personaggi e problemi nel diritto pubblico del secolo XX*, Torino, 1998; Id., *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, 1994; Id., *Il metodo nel diritto costituzionale comparato. Luigi Rossi e i suoi successori*, in *Riv. tr. dir. pubbl.*, 1993, 960 ss.; G. Zagrebelsky, *Considerazioni sull’uso della comparazione negli studi di diritto costituzionale italiano*, in R. Sacco (a cura di), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., 85 ss.

⁸¹ Ho ripreso alcuni spunti presenti ivi, 100.

⁸² Cfr., tra i molti, A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e “circolazione” del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, 1997; G. Rolla, *La prospettiva dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 1997, 449 ss.; F. Duranti, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone: circolazione dei modelli costituzionali e comparazione tra le esperienze di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*, Roma, 2012.

parlando di modelli come forme esemplari⁸³, ma nella consapevolezza che queste sono state tratte dall'esperienza storica e tenendo conto delle specificità delle materie pubblicistiche, soprattutto con riguardo agli assetti di governo. È stato riaffermato il condizionamento esercitato dalla formula politica istituzionalizzata, insieme alla convinzione secondo cui difficilmente le circolazioni appaiono neutrali, presupponendo invece la condivisione dei valori e di un'idea politica⁸⁴. Altri autori, in anni più recenti e nel contesto della globalizzazione, hanno cercato di oltrepassare alcune strettoie legate alla teoria delle circolazioni, come l'individuazione di un modello prevalente, legato a supremazie culturali, politiche, e/o economiche più o meno implicite. Hanno quindi parlato piuttosto di «vie di comunicazione» del costituzionalismo e si sono concentrati soprattutto – anche se non in maniera esclusiva⁸⁵ – sull'attività giurisprudenziale, andando così ad alimentare il filone di studi sul ricorso all'argomento comparativo⁸⁶.

Molto opportunamente le dinamiche circolatorie sono state inquadrare all'interno della tensione tra universalismo e particolarismo: riferendosi alla nascita delle costituzioni, Roberto Toniatti ha osservato come esse siano per un verso il riflesso di idee tipiche di un'epoca storica (uno *Zeitgeist*), diffuse ben oltre i confini territoriali, per l'altro il frutto dell'autodeterminazione politica e istituzionale di un popolo e l'espressione dell'identità collettiva di questo, che valgono a differenziare ciascuna comunità nazionale⁸⁷.

All'inizio degli anni duemila si è risvegliato l'interesse per questo tema anche da parte dei pubblicisti di area anglosassone e soprattutto statunitense. Com'è noto, negli Stati Uniti l'attenzione per il diritto costituzionale comparato come disciplina autonoma è relativamente recente. Alla questione dei trapianti, dei prestiti o della migrazione di idee costituzionali sono stati dedicati alcuni *symposia* e iniziative editoriali⁸⁸.

⁸³ L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 87 ss.; A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale*, cit., 47 ss. V. anche L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 85 ss., sulle costituzioni leader.

⁸⁴ L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, cit., 97-98; A. Rinella, *La forma di governo semi-presidenziale*, cit., 44-45, 53.

⁸⁵ Cfr., con riguardo alla cooperazione interparlamentare, N. Lupo, *Lo sviluppo del "dialogo" tra i Parlamenti: un'ulteriore via di comunicazione del costituzionalismo?*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, 32 ss.

⁸⁶ A. Torre, *Prefazione*, ivi, IX ss., spec. XI; F. Alicino, F. Del Conte, N. Fasciano, P. Martino, M.D. Poli, P. Silvestri, A. Torre, L. Volpe, C.J. Williams, *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*, ivi, 1 ss.; E. Ceccherini, *La funzione del giudice nel crescente processo di osmosi fra ordinamenti*, ivi, 66 ss. Sul ricorso all'argomento comparativo v. più ampiamente *infra*, parr. 4 e 4.1.

⁸⁷ R. Toniatti, *La circolazione del diritto costituzionale: note sul metodo comparato*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 115-116; questa tensione è meno esplicita in Id., *La circolazione del diritto costituzionale e il metodo della comparazione*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 445-446.

⁸⁸ Cfr. almeno i *symposia* su *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1998; *International Journal of Constitutional Law (ICon)* 1/2003, *Theoretical Inquiries in Law* 2009, e

Colpisce, anche in questo contesto, il bisogno di formulare un distinguo rispetto all'ambito privatistico, legato alle specificità della materia costituzionale. Diversi autori hanno infatti richiamato l'attenzione su uno specifico problema di legittimazione che si pone a proposito dei trapianti giuridici: se il diritto costituzionale è la conseguenza dell'autocomprensione e dell'autodeterminazione di un popolo, di cui raccoglie la storia e delinea l'identità – una convinzione peraltro molto radicata nella cultura costituzionale statunitense –, l'inclusione di norme o istituti stranieri può apparire per certi aspetti controversa⁸⁹. Alcuni hanno parlato, a tale proposito, di un «problema di validazione», che si manifesterebbe in forma più evidente nel richiamo ai precedenti stranieri con efficacia vincolante (è ad esempio il caso della giurisprudenza argentina che si rifà a quella statunitense), ma anche nella citazione di decisioni straniere a fini persuasivi e, in misura minore, nel massiccio ricorso a modelli stranieri nella fase di scrittura della costituzione. Nella costellazione da ultimo menzionata, la carenza di legittimazione sarebbe in parte colmata dal fatto che sono gli stessi costituenti a ispirarsi a un modello straniero, ma vi sarebbe comunque il rischio di inibire lo sviluppo di una cultura costituzionale autonoma⁹⁰. Sempre con attenzione alla specificità dell'ambito costituzionale, è stata notata l'importanza della mancata circolazione nella sua forma più drastica, quella dell'«avversione» per determinati assetti o principi: l'identità di una comunità politica, in altre parole, si forma anche e, in alcuni frangenti soprattutto, per contrapposizione a un modello, sia esso collocato nel passato o nel presente⁹¹.

Se, pure tra gli autori di lingua inglese, la questione del ricorso all'argomento comparativo da parte dei giudici è stata ampiamente esplorata⁹², significativa è stata altresì l'attenzione ai processi di *constitution-making* in una prospettiva realistica, focalizzata sulle scelte strategiche dei costituenti (volte a rafforzare nel tempo le proprie parti politiche), oppure

S. Choudry (eds), *The Migration of Constitutional Ideas*, cit.

⁸⁹ Cfr. tra gli altri B. Friedman, C. Saunders, *Symposium: Constitutional Borrowing. Editors' Introduction*, in *Icon*, 2003, 178-179; C.F. Rosenkrantz, *Against Borrowing and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, ivi, 269 ss.; F. Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, CID Paper n. 44, Law & Dev. Paper n. 2, Harv. Univ., 2000; V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, in M. Rosenfeld, A. Sajo (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 1311 ss. Cfr. anche le posizioni, che giungono a risultati simili ma da punti di partenza diversi, riportate da S. Choudry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in *Ind. L. J.*, 1999, 822 ss., 830 ss. con riferimento a Habermas, Ackerman (di *We the People I*), Bork, Ely, Barak, Alford, Fletcher e Schauer.

⁹⁰ C.F. Rosenkrantz, *Against Borrowing*, cit., 283 ss.; B. Friedman, C. Saunders, *Symposium: Constitutional Borrowing*, cit., 178-179.

⁹¹ K.L. Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models*, in *Icon*, 2003, 296 ss.

⁹² Oltre ai lavori già richiamati, v. *infra*, par. 4.

di agenzie e associazioni di esperti (governative e non), che hanno inciso sui processi legislativi e costituzionali stranieri cercando di soddisfare un interesse finanziario o reputazionale, o ancora sulle reti di accademici, politici e funzionari amministrativi che hanno favorito fenomeni di circolazione⁹³. Anche nel dibattito anglosassone si segnala, per il diritto costituzionale più che per quello privato, il bisogno di porre maggiore attenzione alla dialettica dell'effettività e della prassi – che ha un raggio di azione più esteso rispetto a quello della sola applicazione giudiziaria – e quindi ai fattori extratestuali che incidono sulla vita reale delle istituzioni, a cominciare dai partiti politici⁹⁴.

Tra i comparatisti costituzionalisti tedeschi (anche se in Germania il diritto pubblico comparato non ha uno statuto autonomo) segnalo infine il pensiero Günther Frankenberg, che giustamente, a mio avviso, ha contestato una banalizzazione delle posizioni di Legrand, che non possono essere liquidate con la formula della impossibilità dei trapianti e della comparazione. Va infatti apprezzato il lavoro ermeneutico sulle norme e sugli istituti, che mostra come queste/i cambino significato nei diversi contesti interpretativi e a partire dalla mentalità di chi li abita, e non possano essere intesi come elementi da imballaggio pronti all'uso, ovunque allo stesso modo: il *transfer* da un ordinamento a un altro richiede che si sia coscienti dei rischi insiti nelle operazioni di decontestualizzazione, reificazione e formalizzazione e, per contro, della necessità di ricontestualizzarli nel nuovo ambiente, così che inevitabilmente il nuovo elemento è investito di una «reinterpretazione, ridisegno e *bricolage*». In questa luce, impossibilità dei trapianti significa consapevolezza dell'inevitabile mutamento di significato nei diversi ambienti⁹⁵. E la ricontestualizzazione non si può comprendere se non alla luce delle culture costituzionali volta a volta rilevanti.

2.2. Le culture costituzionali

Nell'ambito della riflessione costituzional-comparatistica si è valorizzato il concetto di cultura costituzionale: dinanzi a una circolazione di modelli apparentemente indifferenziati, tale concetto ha il merito di richiamare

⁹³ Cfr. rispettivamente L. Epstein, J. Night, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, in *Icon*, 2003, 196 ss.; F. Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, cit., 11 ss.; B. Friedman, C. Saunders, *Symposium: Constitutional Borrowing*, cit., 180; W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, in *Icon*, 2003, 255 ss.

⁹⁴ M.J. Horwitz, *Constitutional Transplants*, in *Theor. Inq. L.*, 2009, 538-539, con riferimento alla distinzione tra *law in the books* e *law in action*, distinzione che tuttavia, come si è visto, nell'ambito del diritto costituzionale appare per certi versi riduttiva; V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, cit., 1314.

⁹⁵ G. Frankenberg, *Constitutional Transfer: the IKEA Theory Revised*, in *Icon* 2010, 563 ss. (575); Id., *Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer*, in Id. (ed.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, 2013, 1 ss.; Id., *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Cheltenham, 2018, 111 ss.

l'attenzione sulla specificità dei contesti nazionali e locali, formati a loro volta da un insieme di elementi (storici, antropologici, sociologici, politici, economici, filosofici, etc.) che fuoriescono dalla dimensione propriamente giuridica ma che contribuiscono attivamente a determinarla. Ciò rende dinamici e reattivi i processi di recezione, evitando di ricadere in alcune rigidità categoriali e polarizzazioni che hanno caratterizzato, in alcune fasi, il dibattito privatistico sui trapianti. Richiamare l'attenzione sulle culture costituzionali, infatti, non vuol dire ignorare la ricerca di soluzioni comuni, quando queste siano appropriate, né le aspirazioni universalistiche sottese a una parte della tradizione del costituzionalismo. Significa piuttosto mantenere aperta la tensione tra i due poli, quello dell'universalismo e quello del particolarismo, e convivere all'interno di tale tensione, cercando di cogliere di volta in volta il significato delle spinte a favore dell'uno o dell'altro.

Non stupisce quindi che molti costituzional-comparatisti abbiano rimarcato l'importanza delle culture costituzionali, nell'ambito di teorie critiche o eclettiche della comparazione⁹⁶. Da una prospettiva complementare, Peter Häberle ha fatto della cultura costituzionale (*Verfassungskultur*) il cuore di una comparazione concepita come parte integrante di una "costituzione come scienza della cultura". Egli intende la cultura costituzionale come

l'insieme delle attitudini, delle esperienze, dei giudizi di valore, delle aspettative e del pensiero [...] e l'agire dei cittadini, dei gruppi, degli organi anche statali

che si riferiscono alla costituzione⁹⁷. La cultura costituzionale si compone quindi di elementi soggettivi e oggettivi, e ricomprende al suo interno la cultura politica, rispetto alla quale appare più stabile e duratura. È il sostrato di una concezione processuale e pubblica della costituzione, in cui l'interpretazione costituzionale è un'attività che non è svolta solo, elitariamente, dai giudici e dai giuristi, ma che impegna quotidianamente anche i cittadini comuni⁹⁸. Nell'orizzonte di una cultura costituzionale, il *Menschenbild* è l'immagine dell'essere umano che svela le pre-comprensioni

⁹⁶ V. rispettivamente M.C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l'enquête comparative à l'heure de la globalisation*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 53 ss.; Ead., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2. ed., Paris, 2021, 30, 59 ss., 134 ss.; G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham Northampton, 2016, 6 ss., 70 ss. Sul tema mi permetto di rinviare, per considerazioni più articolate, ad A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2019, 77 ss.

⁹⁷ P. Häberle, *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, in Id. (hg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt, 1982, 27 ss., 44-45; Id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin, 1998, 2 ss., 90 ss. (90); Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, tr. it. a cura di J. Luther, Roma, 2011, 38.

⁹⁸ P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975), in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, cit., 121 ss.; Id., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., 117 ss.

e orienta l'interpretazione⁹⁹.

Una definizione di cultura costituzionale relativamente simile a quella di Häberle – senza però essere il perno di una teoria dell'interpretazione costituzionale – è stata proposta, tra la fine degli anni novanta e l'inizio degli anni duemila, da Rett Ludwikowski. Questi ha rilevato i rischi di una classificazione delle culture costituzionali lungo una scala misurata su gradi di arretratezza e di progresso, prediligendo un approccio relativistico¹⁰⁰. In Italia, la prospettiva häberliana è stata condivisa da diversi comparatisti, a partire da Angel Antonio Cervati e Paolo Ridola, che l'hanno rielaborata alla luce degli studi sull'esperienza giuridica e dei principali indirizzi storiografici contemporanei. In Francia, essa è stata ripresa da Marie Claire Ponthoreau, che l'ha collegata agli studi giusprivatistici sulla cultura giuridica e a quelli politologici sulla cultura politica, rimarcando altresì il nesso tra cultura costituzionale e identità costituzionale¹⁰¹.

Il concetto di cultura costituzionale si presta a essere indagato con lenti storiche, e non è un caso che, a quanto mi risulta, la prima riflessione collettiva sul tema delle culture costituzionali e sul modo in cui queste influenzano i processi di circolazione dei modelli provenga da un gruppo di storici, costituzionalisti e comparatisti¹⁰². In questo contesto, Fernanda Mazzanti Pepe ha efficacemente definito la cultura costituzionale come

il terreno in cui le costituzioni nascono ed operano, producono frutti (che possono essere più o meno conformi alle aspettative dei costituenti). È cultura giuridica, ma anche politica e sociale, cultura di un'élite, sempre però connessa al comune sentire di un popolo in relazione alla sua storia (che vive dentro ognuno di noi con gli echi del lungo periodo, ma che entra anche in risonanza con le contingenze del presente): è fatta di norme, di istituzioni, di riflessioni dottrinali e politiche, di usi, di caratteri che vengono emergendo dal concreto operare della costituzione in relazione [a] un determinato contesto sociale¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. Id., *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, cit.

¹⁰⁰ R. Ludwikowski, *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies*, in M. Wyrzykowski (ed.), *Constitutional Cultures*, Warsaw, 2000, 57 ss., ed ivi sugli elementi soggettivi (attitudini, opinioni, emozioni) e su quelli oggettivi (comportamenti umani) che danno sostanza a una cultura costituzionale.

¹⁰¹ Cfr. rispettivamente A.A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; P. Ridola, *Esperienza, costituzioni, storia*, cit.; Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018; M.C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., 127 ss., e, se si vuole, per un quadro d'insieme, A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, cit.

¹⁰² F. Mazzanti Pepe (a cura di), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea. Atti del Convegno internazionale, Genova 29-30 aprile 2004*, Genova, 2005, con contributi di P. Schiera, E. Rotelli, F. Ruggie, F. Mazzanti Pepe, A. Torre, F. Bonini, M.S. Corciulo, K. Lavagna, M. Fioravanti, T. Chopin, E. Sandoz, G. Buttà, S. Delfino, G. Magrin, M. Lahmer, F. Stevens, L. Mannori, R. Camurri, C. Semino, T. Ricca.

¹⁰³ F. Mazzanti Pepe, *Introduzione. Il modello americano e la sua circolazione*, ivi, 62.

Uno studio specifico delle singole culture costituzionali può aiutare a mettere in luce alcune traiettorie differenti rispetto a quelle osservate in ambito privatistico. La diffusione del parlamentarismo inglese, ricordata anche da Sacco, non si accorda con la tesi secondo cui la prima circolazione di un modello da un paese all'altro avviene attraverso formanti omogenei: la forma di governo inglese è infatti il frutto dell'evoluzione graduale e molto particolare di assetti che si sono consolidati su base consuetudinaria, mentre la sua recezione – prima nell'Europa continentale ottocentesca e poi nelle ex-colonie – è spesso avvenuta tramite fonte costituzionale o legislativa (frutto dell'attività di assemblee costituenti o parlamentari e, quanto alle ex-colonie, del Parlamento di Westminster). Ciò ha fatto peraltro sostenere ad autori come Walter Bagehot e James Bryce che lo spirito autentico della costituzione inglese non fosse riproducibile altrove, ma che lo fossero solo le relative forme esteriori¹⁰⁴. In altri termini, è vero che molti paesi, soprattutto all'interno del *Commonwealth*, hanno preso a riferimento il parlamentarismo inglese – sintetizzato nel corso del XX secolo nel *Westminster model* – e che ciò è stato agevolato dall'essere parte di una medesima *common law* (nel senso fatto proprio da Glenn)¹⁰⁵. Occorre tuttavia considerare, per un verso, che lo stesso figurino del modello Westminster appare eccessivamente semplificante e che alcuni dei suoi aspetti caratterizzanti sono stati in parte superati proprio nel Regno Unito. Per l'altro verso, va tenuto presente che gli elementi inglesi hanno trovato nelle culture costituzionali di destinazione uno sviluppo proprio e specifico¹⁰⁶. Con riguardo all'Europa continentale, in cui la riflessione dottrinale sulle forme di governo può essere vista come un'analisi e poi una razionalizzazione a partire dalla storia delle istituzioni britanniche¹⁰⁷, è stata osservata una circolazione del processo relativo al passaggio dalla monarchia costituzionale al parlamentarismo e all'ampliamento delle libertà politiche¹⁰⁸. Ancora, se prendiamo a riferimento grandi aree tematiche, la non completa sovrapponibilità degli sviluppi tra il fronte privatistico e

¹⁰⁴ Cfr. la ricostruzione di A. Torre, *La circolazione del modello costituzionale inglese*, in *Culture costituzionali a confronto*, cit., 75 ss., spec. 87 ss. Sulla recezione del parlamentarismo britannico in alcuni paesi del *Commonwealth* v. T.E. Frosini, *Le principali "derivazioni" dirette del sistema inglese: Australia, Canada, Nuova Zelanda*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, ebook, 2014.

¹⁰⁵ P. Glenn, *On Common Laws*, Oxford, 2005; Id., *The Cosmopolitan State*, Oxford, kindle ed., 2013.

¹⁰⁶ Cfr., con riferimento alla rielaborazione in Australia di elementi del costituzionalismo britannico e statunitense, C. Saunders, *A Constitutional Culture in Tradition*, in M. Wyrzykowski (ed.), *Constitutional Cultures*, cit., 37 ss. Cfr. altresì A. Torre, *La circolazione del modello costituzionale inglese*, cit., 104 ss. Il modello Westminster è notoriamente tratteggiato in A. Lijphart, *Le democrazie contemporanee*, ed. orig. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (1999), Bologna, 1999, 27 ss. e *passim*.

¹⁰⁷ Cfr. P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, 117 ss.

¹⁰⁸ Cfr., con riguardo alla Francia della restaurazione e all'Italia dello Statuto albertino, A. Torre, *La circolazione del modello costituzionale inglese*, cit., 89, 109-111.

quello pubblicistico è rimarcata dal doppio movimento creatosi, da un lato, con la circolazione del modello parlamentare sul continente europeo, e, dall'altro, con la tendenziale divaricazione tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*¹⁰⁹.

Gli studi storici hanno evidenziato l'importanza della circolazione delle "idee" costituzionali fin dalla nascita del costituzionalismo moderno. Tra i molti esempi che si potrebbero fare, mi limito a ricordare che gli autori della costituzione americana hanno rielaborato filosofi politici europei come Machiavelli e Montesquieu; lo stesso Montesquieu ha guardato, filtrandola attraverso lenti francesi, all'esperienza inglese del governo misto; esponenti politici del girondinismo francese come Brissot e Condorcet hanno ripreso dal dibattito americano, e in particolare da figure come Thomas Jefferson e Thomas Paine, i temi della democrazia rappresentativa, dei limiti alla maggioranza e della durata limitata delle costituzioni; ancora Jefferson, ispirandosi ai testi americani del 1776, ha esercitato un'influenza importante sulla redazione della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino¹¹⁰.

L'indagine storica consente altresì di correggere alcune affermazioni forse frettolose, come quella secondo cui il costituzionalismo sarebbe un'idea con radici inglesi ma consolidatasi negli Stati Uniti, che da lì avrebbe riattraversato l'Atlantico, per poi diffondersi in tutto il mondo¹¹¹. In realtà l'esperienza statunitense, insieme a quella inglese e a quella francese, fa parte di un trittico che, valorizzando i caratteri propri di ciascuna componente ma anche tramite la reciproca comunicazione¹¹², ha

¹⁰⁹ Tra gli altri cfr. *ivi*, 102.

¹¹⁰ Cfr. tra i molti D. Magrin, *Il costituzionalismo americano e la nascita della repubblica in Francia*, in F. Mazzanti Pepe (a cura di), *Culture costituzionali a confronto*, cit., 273 ss.; R. Martucci (a cura di), *Constitution & Révolution aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, 1995; Mar. Fioravanti, *Jefferson a Parigi. Pensare la rivoluzione dei diritti tra le due sponde dell'Atlantico*, in *Riv. Diritti Comparati*, 1/2021; L. Hunt, *Inventing Human Rights. A History*, New York, 2007; D. Armitage, *The Declaration of Independence. A Global History*, Cambridge Mass., 2008. Sull'interpretazione, da parte di Montesquieu, degli assetti istituzionali inglesi v. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2. ed., Indianapolis, 1998 [prima ed. 1967], 83 ss.

¹¹¹ W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 245 ss.; ma anche P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., pt. III.7.

¹¹² Sulle caratteristiche principali del costituzionalismo inglese, francese e statunitense rimando a P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, t. II, 2. ed., Roma-Bari, 2014, 737 ss. e, in particolare su quello inglese, Id., *Le lezioni della storia costituzionale inglese. Un costituzionalismo "sperimentale"?*, in A. Algotino et. al. (a cura di), *Per un costituzionalismo esigente. Scritti in onore di A. Di Giovine*, Milano, 2020; A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004, 309 ss.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 3. ed., Torino, 2014; N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976.

offerto modelli distinti, rielaborati in Europa, nelle Americhe e in altri continenti, alla luce delle culture locali¹¹³. Dagli Stati Uniti arriva semmai – con tutte le cautele necessarie quando si formula l'ipotesi di un'origine precisa – l'idea della costituzione scritta legittimata dal *We the People*: se da un lato la formula è stata ripresa, nei secoli successivi, nei preamboli di molte altre costituzioni del mondo, tanto da diventare un'icona del costituzionalismo moderno, occorre considerare che ogni *We the People* è diverso, per caratteristiche storiche, politiche e sociali, che influenzano altre disposizioni del testo costituzionale e la relativa interpretazione¹¹⁴.

L'ambito dei diritti è probabilmente quello che, alla luce della relativa aspirazione universalistica, è maggiormente incline alle dinamiche della circolazione. Anche qui bisogna evitare ricostruzioni troppo unilaterali, come quella, piuttosto diffusa nella giuspubblicistica in lingua inglese, secondo cui sarebbe stato il *Bill of Rights* statunitense il modello prevalente, se non addirittura l'unico¹¹⁵. Ho ricordato poc'anzi la comunicazione tra l'esperienza americana e quella francese, importante tanto quanto le radici europeo-continentali e inglesi di una parte del costituzionalismo americano (dal repubblicanesimo al *common law*, dal giusnaturalismo al contrattualismo)¹¹⁶. Il quadro dunque è complesso, e lo diventa ancora di più a partire dal secondo dopoguerra, con la sconfitta del nazifascismo e l'indipendenza degli stati ex-coloniali. Se, ad esempio, c'è un'impronta statunitense nel catalogo breve dei diritti del *Grundgesetz*¹¹⁷, questo va compreso alla luce della storia costituzionale tedesca e confrontato con le costituzioni di Francoforte e di Weimar. Il lungo catalogo di diritti sociali proprio di quest'ultima, in particolare, non viene accolto nella Legge fondamentale ma serve da modello per molte costituzioni dei paesi dell'Europa mediterranea e dell'America Latina (dove invero un primo esempio già esisteva con il catalogo dei diritti sociali della costituzione messicana del 1917)¹¹⁸. Si tratta di costituzioni sostenute da forze politiche e sociali che, intorno all'approvazione di tali cataloghi, hanno costruito come base di legittimazione un consenso largo. Anche la scelta spagnola e

¹¹³ Ciò è comunque riconosciuto dallo stesso W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit.

¹¹⁴ G. Frankenberg, *Constitutional Transfer*, cit., 576-7.

¹¹⁵ Cfr. tra gli altri W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 246-247. Più articolato M.J. Horwitz, *Constitutional Transplants*, cit., 540-542.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, n. 110. Sulle diverse matrici culturali della costituzione americana v. N. Cezzi, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli, 2019.

¹¹⁷ W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 252.

¹¹⁸ Cfr. L. Álvarez-Álvarez, *Presentación*, in *Rev. Hist. Const.*, 2019, 201-202; P. Häberle, *La constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva*, ivi, 298; C.M. Herrera, *El constitucionalismo social weimariano en el pensamiento francés de entre-guerras*, ivi, 449 ss. Sul carattere originario o anticipatore della costituzione messicana per l'articolazione dei diritti sociali novecenteschi v. L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, in *DPCE*, 1/2018, 99-100; M. Luciani, *Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento*, in *Specula Iuris*, 1/2021, 22.

portoghese, di dividere i diritti civili e politici da quelli sociali, rendendo azionabili i primi ma non i secondi – con non trascurabili differenze tra le due costituzioni – non è una novità assoluta¹¹⁹ ma si ricollega all'esperienza weimariana e ha un antecedente significativo nella costituzione indiana del 1947¹²⁰.

A essere oggetto di circolazione sono anche le ricostruzioni dottrinali come, nel secolo scorso, quella sulla razionalizzazione della forma di governo parlamentare a partire dagli studi di Boris Mirkin Guetzévitch¹²¹ e di alcune sue forme esemplari. Ma gli studi sui singoli contesti, condotti con la consapevolezza delle specificità storiche, riescono a cogliere meglio le interazioni tra il modello e le singole culture costituzionali. Molta attenzione ha suscitato, dopo il crollo dello stato socialista sovietico e delle democrazie popolari, la scrittura delle costituzioni dell'Europa centro-orientale. Anche a tale proposito può osservarsi una parziale divaricazione rispetto alla riflessione privatistica: se infatti quest'ultima ha sottolineato la duplice influenza delle tradizioni di *civil law* e *common law*, con un ruolo crescente della seconda nelle materie giuridiche maggiormente intrecciate con la sfera economica (diritto societario, fallimentare, dei mercati finanziari etc.)¹²², nell'ambito del diritto costituzionale vi è stata invece una presa di distanza dal modello americano, almeno per quanto concerne il presidenzialismo (che si dimostra ancora molto difficile da esportare), mentre si sono introdotte forme di parlamentarismo razionalizzato e di semi-presidenzialismo, secondo soluzioni eclettiche che hanno cercato di coniugare l'attenzione per i modelli dell'Europa occidentale con le tradizioni locali. In questo ambito peraltro, secondo i sostenitori di un approccio realistico, sembra che i fattori determinanti nel disegnare gli assetti costituzionali non siano stati tanto gli esperti stranieri, la cui collaborazione con gli attori politici e giuridici locali è stata costruita non sempre su premesse solide, quanto piuttosto i rapporti di forza – nonché gli errori di calcolo e di previsione – tra i soggetti del patto costituente¹²³.

¹¹⁹ Così invece W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 253.

¹²⁰ Cfr. almeno G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford, 1966, 50 ss. D. Amirante, *India*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, cit., par. 8. Sull'originalità e sul rilievo del costituzionalismo indiano anche per il mondo occidentale, soprattutto con riferimento alla laicità e al multiculturalismo, cfr. Id., *Lo stato multicultural. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bologna, 2014; Id., *Interpretazioni della costituzione indiana dal secondo dopoguerra a oggi*, in F. Bonini, S. Guerrieri (a cura di), *La scrittura delle costituzioni. Il secondo dopoguerra in un quadro mondiale*, Bologna, 2020, 255 ss.

¹²¹ Cfr. F. Bonini, *La circolazione del modello francese*, in *Culture costituzionali a confronto*, cit., 123 ss.

¹²² V. *supra*, par. 2. Rileva la differenza tra i due ambiti F. Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, cit., 7-9.

¹²³ W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 250-251, 258-259; F. Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, cit., 3-4; R. Ludwikowski, *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies*, cit., 61-2; A. Rinella, *La forma di*

Semmai, il modello americano ha inciso anche qui attraverso una versione piuttosto generica del *rule of law* e attraverso l'introduzione del giudizio di costituzionalità delle leggi, che però è stato disegnato prevalentemente seguendo il modello europeo-continentale, in particolare tedesco¹²⁴. In ogni caso, l'operatività di queste costituzioni è stata condizionata dalla cultura costituzionale: da una parte, ci si è interrogati sul rapporto tra approvazione della costituzione e formazione di una cultura costituzionale solida a suo sostegno, non potendo parlarsi di una relazione di causa-effetto ma di una circolarità tra i due elementi; dall'altra, si sono osservati i sintomi di una cultura costituzionale in cui i conflitti si sono per lo più riprodotti senza trovare adeguata composizione, poiché partiti, gruppi e movimenti sono apparsi debolmente strutturati, diffidenti l'uno verso l'altro e veicolo di instabilità istituzionale. Ne sono risultati scontri frequenti intorno alle questioni della cittadinanza e delle minoranze, e una iper-politicizzazione della costituzione, misurata nella fase dell'attuazione legislativa e nell'ambito del giudizio costituzionale¹²⁵.

Le culture costituzionali aiutano a spiegare, infine, anche i motivi per i quali un determinato modello costituzionale viene rifiutato: da una parte costituzioni nuove rigettano un vissuto particolarmente problematico e doloroso (quello racchiuso per esempio negli ordinamenti degli stati totalitari e autoritari)¹²⁶, anche se il rapporto con il passato è molto complesso e indagini storiche accurate sono necessarie per cogliere la portata delle fratture reali e la più profonda eredità di altri modelli, apparentemente accantonati. Ciò vale, in Germania, per il legame tra la costituzione di Weimar e la Legge fondamentale di Bonn¹²⁷. Ma vi può

governo semi-presidenziale, cit., 237 ss.; P. Grilli di Cortona, *Partiti e istituzioni in Europa centro-orientale. Quali influenze reciproche?*, in Id., S. Bartole (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale. Élite, istituzioni e partiti*, Torino, 1998, 10 ss.; F. Lanchester, *La forma di governo parlamentare nell'Europa centro-orientale: prime considerazioni*, ivi, 73 ss.; S. Bartole, *Nuove democrazie dell'Europa centro-orientale alle loro prime prove*, ivi, 191 ss.

¹²⁴ Sulla transizione e sulla giustizia costituzionale in quest'area v., con una prospettiva meno politologica, A. Di Gregorio, *Epurazioni e protezione della democrazia: esperienze e modelli di giustizia "post-autoritaria"*, Milano, 2012; W. Sadurski, *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, The Hague, 2002. Per ulteriori letture del processo di transizione alla luce delle più recenti esperienze con le cd. democrazie illiberali v. *infra*, nn. 317, 375.

¹²⁵ Cfr. W. Osiantynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, cit., 261 ss.; 266-267; R. Ludwikowski, *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies*, cit., 63 ss.; P. Grilli di Cortona, *Partiti e istituzioni in Europa centro-orientale*, cit., 1 ss.; S. Bartole, *Nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, cit., 200 ss.

¹²⁶ K.L. Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism*, cit., 301 ss.

¹²⁷ Sul tema rimando a P. Ridola, *Le suggestioni e l'influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, in G.F. Ferrari, S.M. Moraldo (hrsg.), *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus – La Germania tra integrazione europea e sovranismo. Konstitutionalismus 100 Jahre nach der Weimarer Reichsverfassung und seit 70 Jahre Grundgesetz. Il costituzionalismo a 100 anni dalla Costituzione di Weimar e a 70 dalla Legge fondamentale*,

anche essere una presa di distanza da costituzioni e modelli coevi: ad esempio, una reciproca diffidenza è stata percepita, in alcuni periodi, tra esponenti della cultura costituzionale inglese e di quella francese, intorno a temi come la formazione della costituzione (graduata, storica ed empirica per i primi oppure rivoluzionaria, contrattualistica e astratta per i secondi) e la presenza o meno di un distinto *droit administratif*¹²⁸. Ancora, elementi di carattere geopolitico sono stati determinanti, durante la guerra fredda, per il posizionamento degli Stati Uniti su un fronte opposto a quello sovietico: l'avversione al comunismo e all'URSS spiega un filone giurisprudenziale restrittivo nei confronti della libertà di pensiero e della libertà di associazione, il progressivo accentramento della politica estera e di difesa in capo al Presidente, e consente finanche di leggere la *Civil Rights Revolution* come una risposta alle accuse sovietiche di mantenere la popolazione nera in uno stato di segregazione e di subordinazione¹²⁹. Un altro celebre rifiuto è quello delle costituzioni indiana e canadese rispetto all'introduzione di una *due process clause* sul modello di quella statunitense, poiché i costituenti temevano che potesse incoraggiare una giurisprudenza in favore delle libertà economiche, come accaduto durante la *Lochner Era*¹³⁰.

A proposito di esperienze storiche traumatiche e assetti geopolitici che hanno influenzato testi o modelli costituzionali, è significativa la vicenda del primo articolo della costituzione italiana. Dovendo individuare un aggettivo che qualificasse la Repubblica, accanto a quello di "democratica", i costituenti italiani hanno deciso di non adottare il termine "sociale", diversamente dai loro omologhi francesi e tedeschi, poiché esso avrebbe richiamato alla mente la Repubblica di Salò e l'ultimo periodo mussoliniano. Non si voleva però rinunciare alla sostanza di quel concetto: i comunisti hanno proposto l'espressione "Repubblica dei lavoratori", contestata però dai democristiani, perché identica alla dicitura utilizzata nelle democrazie popolari. Un compromesso è stato infine raggiunto intorno alla formula della repubblica "fondata sul lavoro", che andava a definire altresì la collocazione dell'Italia in Europa e nel contesto della

Berlin, 2021, 63 ss.; C. Waldhoff, *Folgen – Lehren – Rezeptionen: Zum Nachleben des Verfassungsvertrags von Weimar*, in Id., H. Dreier (hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, München, 2018, 289 ss.

¹²⁸ Cfr. *supra*, n. 112, sulle differenze tra costituzionalismo inglese e francese. V. altresì, sui reciproci rifiuti, A. Torre, *La circolazione del modello costituzionale inglese*, cit., 98, 108. Sull'influenza del modello francese di organizzazione amministrativa v. F. Bonini, *La circolazione del modello francese*, cit., 114 ss.

¹²⁹ K.L. Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism*, cit., 307 ss. Sulla *Civil Rights Revolution* v. B. Ackerman, *We the People*, v. III, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., 2014; per la lettura influenzata dal dato geopolitico v. M.L. Dudziak, *Cold War Civil Rights. Race and the Image of American Democracy*, Princeton, 2000.

¹³⁰ Cfr., tra gli altri, S. Choudry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in *Icon* 2004, 1 ss.; R. Dixon, E. Posner, *The Limits of Constitutional Convergence*, in *Chi. J. Int'l L.*, 2011, 413.

guerra fredda¹³¹.

Infine, il concetto di cultura costituzionale è stato impiegato in contrapposizione, o quantomeno in tensione, rispetto alle culture giuridiche non occidentali. In particolare, Lucio Pegoraro ha utilizzato una nozione di cultura costituzionale parzialmente diversa – mi sembra – da quelle prima menzionate, intendendola come «la cultura che accetta e difende la superiorità della costituzione»¹³², e la ha riferita prevalentemente all'evoluzione delle costituzioni e del costituzionalismo in occidente, che tenderebbe a proiettarsi sulle altre parti del globo secondo una logica egemonica. L'autore ha invitato a mettere a fuoco i limiti di questo approccio, che ignora le particolarità delle diverse tradizioni giuridiche del mondo e l'importanza che in esse giocano il formante culturale e il diritto consuetudinario, nella misura in cui entrambi disegnano sfere di normatività diverse dal diritto positivo, sebbene nell'interazione con questo¹³³. In particolare, ha valorizzato alcune tradizioni che sono state in grado di ibridare il costituzionalismo occidentale, innestandovi elementi originali, come il *buen vivir* andino e l'*ubuntu* sudafricano, in una prospettiva antiegonica¹³⁴.

3. Globalizzazione e comparazione. Diritto globale?

La globalizzazione immette apparentemente in uno scenario nuovo. Negli ultimi venticinque anni si è invero formata una copiosissima bibliografia sui processi di globalizzazione¹³⁵: ai fini del presente lavoro mi limito a

¹³¹ Sul punto cfr. F. Bonini, *Italia nel mondo. Sul secondo dopoguerra nella storia costituzionale*, in Id., S. Guerrieri, *La scrittura delle costituzioni*, cit., 19 ss.

¹³² L. Pegoraro, *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, in *Rev. der. pol.*, 2019, 15 ss. (23).

¹³³ Ivi, 20 ss.

¹³⁴ Ivi, 35 ss.. Sul *buen vivir* v. *infra*, par. 5.2; sull'*ubuntu* v. M. Nicolini, *L'altra law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, 2016, 58 ss., 81, 101, 139, 156 ss.

¹³⁵ Tra i lavori principali, e senza pretesa di esaustività, cfr. A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, ed. orig. *The Consequences of Modernity* (1990), Bologna, 1994; U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione: rischi e prospettive della società planetaria*, ed. orig., *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus-Antworten auf Globalisierung* (1997), Roma, 1999; S. Sassen, *Una sociologia della globalizzazione*, ed. orig. *A Sociology of Globalization* (2007), Torino, 2008; Ead., *Territorio, autorità, diritti: assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, ed. orig., *Territory, Authority, Rights: from Medieval to Global Assemblages* (2006), Milano, 2008; L. Gallino, *Globalizzazione e diseguglianze*, Roma-Bari, 2000; A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Milano, Mondadori, 2002; D. Rodrick, *La globalizzazione intelligente*, ed. orig., *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy* (2011, 2014), Roma-Bari, 2015; M. Steger, *Globalizzazione*, ed. orig. *Globalization. A Very Short Introduction* (2013), Bologna, 2016; J.E. Stieglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, ed. orig. *Globalization and its Discontents* (2002), Torino, 2003; Id., *La globalizzazione che funziona*, ed. orig. *Making Globalization Work* (2006), Torino, 2007; Id., *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, nuova ed., ed. orig. *Globalization and its Discontents Revisited. Antiglobalization in the Era of Trump* (2017), Torino, 2017.

evidenziare i tratti della forte accelerazione delle comunicazioni e della riduzione delle distanze fisiche, che incidono rispettivamente sull'asse temporale e su quello spaziale e sono entrambe frutto dell'impiego massiccio delle tecnologie digitali. Le ricadute più immediate hanno riguardato il terreno dell'economia, con la creazione di mercati globali. Più lente, ma non meno significative, sono state le innovazioni istituzionali, a diversi livelli di governo, da quello locale a quello internazionale. Sul piano nazionale sono evidenti alcuni nodi irrisolti, relativi alle ricadute dei processi di globalizzazione sulla effettiva capacità deliberativa delle democrazie contemporanee e sugli equilibri inerenti a molti aspetti della giustizia sociale¹³⁶. La formula sintetica della globalizzazione rimanda quindi a mutamenti complessi, che hanno investito sfere molteplici della vita umana, non ultime quella filosofica e quella della cultura popolare diffusa – meno slegate di quanto possa inizialmente apparire –, nella misura in cui il predominio di correnti neoliberali in economia e l'esposizione alla logica del rischio si sono accompagnate a una ripresa, seppur con diverse articolazioni, di istanze individualistiche e identitarie, nonché all'incentivazione della diffusione di modelli di comportamento competitivi e imprenditoriali in pressoché ogni sfera della vita sociale¹³⁷. Non è un caso che, nella fase più recente, si sia registrata una reazione a tali tendenze, sia in ambito economico (con parziali fenomeni di de-globalizzazione), sia sul piano giuridico e costituzionale¹³⁸.

Se questo è, in estrema sintesi, il quadro d'insieme, viene da chiedersi se e come mutamenti siffatti abbiano interessato anche il diritto in generale e la comparazione in particolare¹³⁹ (e, all'interno di quest'ultima, quella costituzionale). Una prima impressione, piuttosto diffusa, insiste sulla

¹³⁶ Oltre alle opere richiamate alla nt. precedente mi limito a richiamare, da angolature diverse, C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003; Id., *Combattere la postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2020; J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, ed. orig. *Die postnationale Konstellation. Politische Essays* (1998), Milano, 2002; Id., *Nella spirale tecnologica. Un'arringa per la solidarietà europea* (2013), ed. orig. *Im Sog der Technokratie. Kleine politische Schriften*, Roma-Bari, 2014; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002; U. Allegretti, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), 2002.

¹³⁷ Cfr., fra gli altri e con diversi accenti, A. Doering-Manteuffel, L. Raphael, *Nach dem Boom. Perspektiven auf die Zeitgeschichte seit 1970*, 3. Aufl., Göttingen, 2012; U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed. orig. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), Roma, 2000; P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, nuova ed., ed. orig. *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale* (2009), Roma, 2019; A.M. Banti, *La democrazia dei followers. Neoliberalismo e cultura di massa*, Roma-Bari, 2020. Per un intreccio con la dimensione giuridica v. già S. Ortino, *Il nuovo Nomos della terra*, Bologna, 1999, 105 ss.

¹³⁸ V. *infra*, parr. 3.2 ss.

¹³⁹ Per uno sguardo d'insieme v. H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reimann, R. Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., 599 ss.; W. Twining, *Globalization and Comparative Law*, in E. Özüncü, D. Nelken (eds), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, Hart, 2007, 69 ss.

maggiore «permeabilità» degli ordinamenti giuridici: la porosità dei confini territoriali¹⁴⁰ si ripercuoterebbe anche sul mondo del diritto, favorendo la circolazione di soluzioni giuridiche da un sistema all'altro¹⁴¹. Una metafora parzialmente affine è quella relativa a una crescente pressione esercitata dall'esterno dell'ordinamento, tale da suscitare al suo interno un ineluttabile senso di assediamento¹⁴²: da questo punto di vista, l'esito quasi scontato è quello di una "capitolazione" degli ordinamenti interni. Un'altra figura molto ricorrente è quella della rete: essa mette in rilievo la connessione tra punti diversi e potenzialmente lontani, che vengono collegati tra loro in una dimensione orizzontale. La rete è contrapposta alla piramide, che invece è fissa e strutturata secondo uno schema gerarchico¹⁴³. Il senso di permeabilità e la metafora della rete sono rafforzati dalle implicazioni della digitalizzazione in ambito giuridico: non solo perché le banche dati e i siti mettono facilmente a disposizione degli operatori materiale proveniente da tutto il mondo – materiale che dovrebbe essere opportunamente contestualizzato dall'operatore che se ne serve – ma anche perché la comunicazione elettronica ha indirettamente l'effetto di affievolire l'autorità del diritto nazionale, nella misura in cui questa si è storicamente fondata anche sulla scrittura materiale, amplificando contestualmente la rilevanza di fonti normative alternative¹⁴⁴. Ciò si concilierebbe con un'attitudine in apparenza più enunciativa e comunicativa, nonché meno rigidamente prescrittiva del diritto della globalizzazione¹⁴⁵.

Le immagini e le metafore, come è stato rilevato¹⁴⁶, orientano l'interpretazione: se si pensa al diritto della globalizzazione come qualcosa che viene messo in rete, attraversando ordinamenti giuridici permeabili, è pressoché spontaneo attribuire un ruolo chiave alla comparazione¹⁴⁷. Ma il

¹⁴⁰ Sulla globalizzazione come "sconfinamento" v. M. Albert, *Entgrenzung und Formierung neuer politischer Räume*, in B. Kohler Koch (hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen*, Baden-Baden, 1998, 49 ss.; C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001, 133 ss. Sulla relativizzazione del territorio cfr. B. Badie, *La Fin des territoires*, Paris, 1995.

¹⁴¹ Cfr., tra i molti, B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, 78 ss., 132; M.C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public*, in *AJDA*, 2006, 21; M. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 45 ss.; H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, cit., 605.

¹⁴² Per un paio di esempi v. ivi, 607 («assalto della globalizzazione alla sovranità statale»); M. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., 50 (costituzioni e codici «assediati da fenomeni di scomposizione»).

¹⁴³ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

¹⁴⁴ V. rispettivamente H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, cit., 620 ss.; P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., parr. II.4 e IV.9.

¹⁴⁵ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 53 ss.; Ead., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 188 ss.

¹⁴⁶ V. *supra*, n. 1.

¹⁴⁷ Oltre agli autori già citati cfr. B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, cit., 130 ss.; M.

quadro si complica, perché se da un lato permeabilità e comunicazione reticolare inducono a pensare a movimenti di diffusione, e quindi a soluzioni armonizzanti, dall'altro tali movimenti, nel mettere a contatto culture diverse, innescano reazioni volte a ribadire la peculiarità di ciascuna realtà giuridica e istituzionale. Vi è poi l'interrogativo di quali siano i rapporti all'interno di tali flussi: se, cioè, questi siano effettivamente regolati dalla logica di una effettiva orizzontalità e parità tra gli elementi che interagiscono, o se si debba ragionare alla luce dei criteri dell'imposizione e del prestigio (o, come si vedrà, dell'egemonia)¹⁴⁸. Lo spazio globale indurrebbe a ipotizzare movimenti lungo direzioni non prestabilite, quindi anche in senso inverso rispetto ai percorsi che riflettevano le vecchie gerarchie coloniali o di influenza, e tra livelli di governo eterogenei¹⁴⁹. Ancora, si è adottata una nozione molto elastica dei trapianti, in cui soggetti, oggetti e coordinate culturali appaiono estremamente variabili¹⁵⁰. In ogni caso, come è stato opportunamente osservato, la globalizzazione giuridica, e il ruolo della comparazione al suo interno, non possono essere lette in maniera univoca e lineare, presentando invece implicazioni molteplici e politicamente non indifferenti, da apprezzare vuoi sul terreno della convergenza degli ordinamenti giuridici, vuoi su quello dell'egemonia di uno o alcuni di essi, vuoi su quello della diversità culturale o della competizione¹⁵¹.

Un contributo per esplorare meglio tali questioni è offerto dalla letteratura sul cd. diritto globale. Personalmente non sono convinta dell'efficacia di tale termine, che rischia di racchiudere in un'unica e generica categoria esperienze tra loro molto diverse, e soprattutto crea un insieme normativo autonomo, che agirebbe secondo regole proprie e specifiche¹⁵². Ciò vale anche se ci sono differenze in ordine al grado di

Siems, *Comparative Law*, cit., 189 ss.

¹⁴⁸ Su quest'ultimo interrogativo, risolto negativamente con riguardo soprattutto alla circolazione in ambito giurisprudenziale v. A. Torre, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, cit., XII; Id., F. Alicino (et al.), *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*, ivi, 12.

¹⁴⁹ M.R. Ferrarese, *Il costituzionalismo globale tra "non luogo" e "dislocazioni"*, in *DPCE* II/2013, 432, 436.

¹⁵⁰ W. Twining, *Globalization and Comparative Law*, cit., 83 ss. (86).

¹⁵¹ M.C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, cit., *passim*; H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, cit., 613 ss.; W. Twining, *Globalization and Comparative Law*, cit., 79 ss. Per un'articolata classificazione del diritto della globalizzazione secondo linee di convergenza, divergenza o trasversali, al cui interno è possibile immaginare anche il ruolo della comparazione, cfr. N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge, 55 ss.

¹⁵² Per una critica del termine v. W. Twining, *Globalization and Comparative Law*, cit., 70-72; Id., *Globalisation and Legal Scholarship*, Cambridge, 2011, 17 ss.; Id., *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, 2009, 14 ss. Decisamente favorevoli invece, tra gli altri, M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, in *Jus Politicum*, 2012, par II.A. e N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 1 ss. In termini più descrittivi M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, 5 ss. C'è poi il

autonomia: maggiore per alcuni¹⁵³ minore per altri, che lo vedono iscritto «in un tessuto di relazioni giuridiche sufficientemente dense» da legarlo a vari livelli subglobali (sovrnazionali, nazionali, regionali, transfrontalieri) e a flussi settoriali¹⁵⁴. Colpisce, peraltro, che la necessità di elaborare la categoria di diritto globale, relativamente autonoma rispetto ai restanti ambiti del diritto, sia stata avvertita da un gruppo di giuristi pratici e accademici operativi a livello transnazionale. In altre parole, nel diritto globale c'è una forte componente performativa e costruttivista, per cui questo diritto è creato e al contempo studiato da avvocati, consulenti, giudici, ricercatori e professori universitari che si muovono con una certa facilità attraverso le frontiere e operano all'interno delle istituzioni della globalizzazione, anche quelle universitarie¹⁵⁵.

Al di là della questione terminologica, tali studi mettono in evidenza, con accenti diversi tra loro, alcuni caratteri di fondo: la qualifica “globale” non riguarda l'origine delle diverse manifestazioni di questo fenomeno giuridico, né tantomeno il loro contenuto, quanto piuttosto la loro sfera di applicazione. A essere comune, quindi, non è il tipo di fonte, ma la proiezione applicativa potenzialmente *worldwide* di un diritto siffatto¹⁵⁶. All'interno di tale insieme si trovano fonti del diritto internazionale o sovranazionale, accanto a forme del diritto transazionale di origine privata come la *lex mercatoria* e la *lex informatica*, o codici di condotta, nonché pronunce di giudici nazionali nelle quali vengono richiamati precedenti di giudici stranieri. La variegata categoria del *soft law* finisce col ricomprendere tanto risoluzioni di organizzazioni internazionali intese come diritto “in formazione”, specie nell'ambito dei diritti umani, quanto, più problematicamente, norme private di autoregolamentazione o atti della *governance*¹⁵⁷. Si tratta di un insieme di norme che difficilmente riesce a

ricco filone sul *global administrative law*, avviato da B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, 15 ss., che ha molti aderenti anche in Italia, soprattutto nella scuola di Sabino Cassese. Sul *global constitutionalism* v. *infra*, par. 3.3 ss.

¹⁵³ N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 144 ss.

¹⁵⁴ M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. II.A.

¹⁵⁵ Efficacemente M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. II.D e N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 31 ss. Si è detto, in proposito, che i giuristi creatori del diritto globale sono come immigrati recenti, che avrebbero verso il diritto (rispettivamente quello moderno e quello globale) lo stesso atteggiamento che hanno verso lo stato di appartenenza: il senso di dover negoziare lo strappo con il paese originario, avvertendo una doppia affiliazione a questo e alla comunità transnazionale (v. ancora M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. II.D).

¹⁵⁶ B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, cit., 67 ss.; M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, par. II.A ss., II.C. (ivi la citazione); N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 9 ss.; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., *passim*; Ead., *Prima lezione di diritto globale*, cit., 54 ss., 124 ss.

¹⁵⁷ Per una valutazione positiva di alcuni tipi di *soft law* internazionale v. U. Leanza, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli stati a diritto per gli individui*, Torino, 2000, 75 ss.; M. Delmas Marty, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, 2004, 182-3, a partire dalla

suscitare attenzione presso il grande pubblico, salve le occasioni riguardanti gli «eventi giuridici globali», coincidenti per lo più con l’emanazione di una sentenza da parte di una corte particolarmente autorevole. Di tali eventi si fa un’esperienza simultanea in una molteplicità di paesi, poiché essi generano un interesse immediato e diffuso in varie parti del globo¹⁵⁸.

In questo scenario, la legislazione sarebbe la grande assente (anche se come si vedrà non è del tutto vero). Tutto ciò potrebbe avere un effetto straniante, se non proprio “perturbante” per il giurista europeo-continentale, abituato a un sistema di fonti chiuso, gerarchicamente ordinato e democraticamente legittimato. Gli studiosi hanno tuttavia accolto questa sfida, mettendo a fuoco uno spostamento dell’attenzione degli operatori giuridici dai profili della validità a quelli dell’applicabilità e dell’effettività delle norme, con una contestuale valorizzazione del criterio della competenza (in particolare della competenza-concorrenza tra fonti alternative), e un recupero dell’efficacia normativa delle consuetudini¹⁵⁹.

Dal punto di vista istituzionale, la globalizzazione ha dato risalto per un verso alle organizzazioni e ai regimi internazionali più coinvolti nelle dinamiche regolative del mercato, per l’altro ai giudici e ad altri *panel* con funzioni paragiurisdizionali, anzitutto gli arbitri. Nel primo caso si sono posti problemi relativi alla frammentazione dei regimi, e quindi alla parzialità e autoreferenzialità delle prospettive con cui si affrontano determinate tematiche, nonché problemi relativi ai meccanismi di *governance*, i quali implicano uno spettro ampio ed eterogeneo di interazioni tra attori pubblici e privati, svolte secondo procedure multiformi, per lo più sganciate dai meccanismi della democrazia rappresentativa e poco trasparenti, con un’adesione a modalità tecnocratiche di gestione del potere¹⁶⁰. Nel secondo caso, i giudici appaiono i destinatari prediletti di

loro «effettività simbolica». A proposito dell’interazione tra Dichiarazione sui *core labour standards* dell’ILO e codici di condotta di imprese multinazionali, C.A. Rodriguez Garavito, *Nike’s Law: the Antisweatshop Movement, Transnational Corporations, and the Struggle over International Labor Rights in the Americas*, in Id., B. de Sousa Santos (eds), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, 2005. Per una considerazione più articolata delle varie tipologie di *soft law*, e delle relative problematiche anche in relazione all’*hard law*, in un contesto di progressiva giuridificazione delle relazioni intersoggettive, v. E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Cfr. altresì le relazioni di E. Mostacci, A. Pierini e G. Ruotolo, in questo fascicolo.

¹⁵⁸ Cfr. N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 44, 142.

¹⁵⁹ Cfr. C. Möllers, *Globalisierte Jurisprudenz. Einflüsse relativer Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie*, in M. Anderheiden et al. (hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Stuttgart, 2001, 41 ss.; F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in *associazionedeicostituzionalisti.it* (2008); A. Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema chiuso delle fonti?*, ivi (2008); Id., *La problematica delle fonti del diritto all’inizio del XXI secolo*, in *Foro it.*, 2007, V, 33 ss.

¹⁶⁰ Tra i primi cfr. E.O. Czempel, J.N. Rosenau, *Governance Without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge, 1992. Per una prospettiva più problematica cfr. R.

domande di tutela alle quali possono offrire risposte rapide e concrete, soprattutto sul fronte dei diritti¹⁶¹. Molti giudici hanno attivato reciproche connessioni, sia sul piano degli incontri istituzionali e dei legami personali sia su quello delle argomentazioni¹⁶², laddove la specificità degli scambi riguarda l'assenza di mediazioni da parte di organi centrali della magistratura o di altre autorità statali e il fatto che ciascuno costituisca per l'altro sia una risorsa che un potenziale concorrente¹⁶³. Se diversi commentatori hanno letto il nuovo protagonismo dei giudici in chiave di aumento del loro potere istituzionale, a scapito di quello del legislatore¹⁶⁴, altri hanno suggerito di spostare l'angolo di osservazione sulla specificità del ragionamento e della logica giuridica, prudenziale e dialettica, legata alla dimensione etica. Tale «modo giurisdizionalistico di usare la ragione» ha il vantaggio di proteggere l'autonomia del diritto e dell'esperienza giuridica, contribuendo alla limitazione del potere pubblico e privato. Da questa angolatura, il contesto della globalizzazione, dominato da una ragione calcolante, utilitaristica, strumentale e quantitativa, non è favorevole ma, piuttosto, ostile al ragionamento giuridico¹⁶⁵.

Ancora, è stato notato come la ricostruzione di un diritto globalizzato dominato dai giudici, e propenso a rinvenire soluzioni convergenti, sia quantomeno parziale, non solo perché la legge statale (e gli atti normativi dell'esecutivo) continuano ad avere un raggio significativo di operatività, ma anche perché in alcuni settori consentono di mantenere e ribadire delle specificità nazionali: è, ad esempio, il caso della legge elettorale o, in misura più attenuata, di leggi che toccano più direttamente questioni etiche e/o religiose¹⁶⁶. In quest'ultimo ambito, semmai, nonostante il frequente coinvolgimento della giurisprudenza, si è osservato un ravvicinamento tra le tradizioni di *common law* e di *civil law* con riguardo all'adozione di schemi procedimentali volti alla partecipazione

Mayntz, *La teoria della governance. Sfide e prospettive*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1999, 3 ss.; M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, 51 ss.

¹⁶¹ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., 121 ss., 135 ss., 187 ss.; Ead., *Diritto sconfinato*, cit., 113 ss.

¹⁶² Cfr., all'interno di un modello comprensivo di *government networks*, in cui il potere giudiziario, così come quello legislativo e quello esecutivo, sono disarticolati e messi in relazione con gli omologhi di altri stati, A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004.

¹⁶³ J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, 2005, 23 ss., ed ivi anche la differenza rispetto alle interazioni tra sub-unità degli altri poteri prospettata da Slaughter.

¹⁶⁴ Cfr. per tutti R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004.

¹⁶⁵ S. Nicolai, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, in AIC, *Annuario 2012, Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, 2014, 103 ss. (citazione a p. 124).

¹⁶⁶ T.E. Frosini, *Diritto comparato e diritto globale*, in F. Mannella (a cura di), *Unità della scienza giuridica: problemi e prospettive. Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira*, Napoli, 2016, 195 ss.

di esperti e componenti della società civile¹⁶⁷.

3.1. Globalizzazione e circolazione dei modelli: geopolitica (o geo-economia) e tradizioni giuridiche

Si può, a questo punto, cercare di mettere meglio a fuoco l'impatto dei processi di globalizzazione sui percorsi di circolazione dei modelli. Mattei ha sostenuto, all'inizio degli anni duemila, che vi fosse una coimplicazione tra globalizzazione ed egemonia del diritto americano, nelle sue varie componenti: dottrinale, con riferimento soprattutto agli indirizzi di *law and economics*; giudiziaria, per il condizionamento di fatto che la giurisdizione americana esercita nelle altre parti del mondo (anche ma non solo per la sua estensione universale); finanche legislativa, per la diffusione in Europa di una tendenza ad adottare modelli flessibili di codificazione, ispirati ai *restatements* statunitensi¹⁶⁸. Valorizzando la nozione gramsciana di egemonia, come un tipo di potere che si regge insieme sulla forza e sul consenso¹⁶⁹, Mattei ha visto il diritto come uno degli strumenti dell'egemonia americana, prevalente almeno a partire dagli anni ottanta del secolo scorso e coerente con la cultura neoliberale, incentrata sul paradigma proprietario e individualistico, riattualizzato in maniera esemplare nel regime di proprietà intellettuale¹⁷⁰. La lettura delle dinamiche giuridiche globali ha avuto due conseguenze di rilievo per il discorso sulle circolazioni: da un lato, l'egemonia è stata vista come una causa di circolazione specifica, che scompone la netta distinzione tra imposizione e prestigio, ponendosi a cavallo di entrambe¹⁷¹. Dall'altro, sono state valorizzate culture e pratiche antiegegoniche, a partire da una resistenza della cultura giuridica latina e soprattutto francese, più attenta all'intervento proattivo del legislatore e al soddisfacimento di istanze sociali e abituata a considerare il diritto non solo

¹⁶⁷ C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, C. Piciocchi, M. Tomasi, G. Vaccari, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, cit., 87 ss. Per una valorizzazione delle culture costituzionali nel settore delle tecnologie riproduttive rimando, se si vuole, ad A. Di Martino, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità*, Milano-Udine, 2020.

¹⁶⁸ U. Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Ind. J. Glob. L. Stud.*, 2003, 407 ss.

¹⁶⁹ A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, vv. I-III, ed. cr. dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, 1975, Q 1 §§ 44, 48, Q 13 § 37, Q 19 § 24. Per Gramsci forza e consenso vanno intesi come un *continuum*: sul punto v. A. Burgio, *Gramsci. Il sistema in movimento*, Roma, DeriveApprodi, 2014, 235 ss. Per ulteriori considerazioni sull'uso del pensiero di Gramsci da parte della dottrina giuridica recente si v., se si vuole, A. Di Martino, *Sulle premesse di un recente dibattito in tema di egemonia "giuridica": Antonio Gramsci e Heinrich Triepel*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 89 ss. Sul concetto di egemonia cfr. da ultimo G. Cospito, *Egemonia. Da Omero ai gender studies*, Bologna, 2021, al quale rimando per ulteriore bibliografia sull'argomento.

¹⁷⁰ U. Mattei, *A Theory of Imperial Law*, cit., 387 ss.

¹⁷¹ Ivi, 384 ss., spec. 388-389.

come un insieme di regole per coordinare il comportamento sociale ma anche come un simbolo di idee collettive. In nome di questo, tale cultura è considerata disponibile ad accettare anche una certa dose di inefficienza¹⁷². Infine, sono state viste positivamente le pratiche di libero accesso alle informazioni nella rete così come le forme di proprietà condivisa che si sono affermate in paesi delle periferie del mondo¹⁷³.

Il saggio di Mattei ha inaugurato una serie di studi giusprivatistici che hanno richiamato l'attenzione sul nesso tra diritto comparato e geopolitica (o geo-economia). Con diversi accenti, essi hanno evidenziato la sostanziale imposizione di modelli occidentali o, all'interno di questi, di *common law*, nei paesi del sud del mondo, ma anche le potenzialità di una resistenza di modelli autoctoni, di una rielaborazione originale di quelli stranieri ed eventualmente di una circolazione in senso inverso: dalle periferie o semi-periferie verso il centro¹⁷⁴. Una sensibilità simile è cresciuta negli ultimi due decenni anche presso gli studiosi giuspubblicisti¹⁷⁵, per quanto il rapporto tra diritto e localizzazione, tra *Ordnung* e *Ortung*, fosse già stato al centro dell'opera di Carl Schmitt sulla parabola dello stato territoriale moderno, ripresa ampiamente nel contesto della globalizzazione¹⁷⁶. Anche in ambito costituzionalistico, peraltro, si è evidenziato un tipo di diffusione di modelli costituzionali a cavallo tra imposizione e prestigio, in particolare – ma non solo – con riferimento alle condizionalità politiche, giuridiche ed economiche connesse all'adesione dei paesi dell'Europa centro-orientale all'Unione europea¹⁷⁷.

¹⁷² Ivi, 415 ss., 431 ss., il quale peraltro, riprendendo Michel Albert, mostra come il perseguimento di obiettivi di giustizia sociale costituisca un contributo e non un ostacolo all'efficienza complessiva, intesa in maniera ampia. Sulla funzione espressiva del diritto nella cultura giuridica francese e latina v. A. Garapon, *French Legal Culture and the Shock of "Globalization"*, in *Soc. & Leg. Stud.*, 1995, 496, 500, nonché ivi, 505, sulle difficoltà incontrate dalla cultura giuridica francese a partire dalla crisi del *welfare state* e l'indebolimento dei legami sociali. Sulle implicazioni dell'egemonia americana sulla cultura giuridica francese cfr. *Arch. phil. droit*, 2001, t. 45 dedicato a *L'américanisation du droit*.

¹⁷³ U. Mattei, *A Theory of Imperial Law*, cit., 405 ss.

¹⁷⁴ Cfr. gli autori richiamati *supra*, nn. 46-48, ed altresì M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010; G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pòlemos*, 1/2010, 31 ss.; Id., *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 95 ss.

¹⁷⁵ Cfr. gli studiosi e le studiose che verranno menzionati *infra*, par. 5 ss.

¹⁷⁶ C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4. Aufl., Berlin, 1997 [1. Aufl. 1950]; Id., *Terra e mare*, ed. orig. *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung* (1954), Milano, 2002. Non è possibile esaminare qui l'influenza, su questa parte del pensiero schmittiano, dei filoni geopolitici della prima metà del Novecento. Nel contesto italiano il tema del *nomos della terra* è stato ampiamente ripreso: cfr. tra gli altri S. Ortino, *Il nuovo Nomos della terra*, cit., *passim*; "Il *nomos della terra*" 60 anni dopo. *L'Europa di Carl Schmitt: Teoria dir. st.*, 1-2/2011; e, se si vuole, A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, capp. II ss.

¹⁷⁷ E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, 27 ss. Cfr. altresì, anche con altri esempi della

Le idee sull'egemonia del diritto americano e sul primato del *common law* quali cifre del diritto delle globalizzazione – tali da suggerire la circolazione di un'intera tradizione giuridica o di una sua parte cospicua – sono state variamente articolate e discusse in dottrina. Maria Rosaria Ferrarese, su una linea parallela ma non coincidente con quella di Mattei, ha visto nel diritto americano una metafora del diritto globale, nella misura in cui sia il primo che il secondo si sono sviluppati soprattutto per l'impulso di attori privati e operatori giuridici esperti, valorizzando le dinamiche competitive del sistema¹⁷⁸. Horatia Muir-Watt ha individuato gli elementi informali della cultura giuridica americana che hanno rafforzato il suo prestigio all'estero e la seduzione esercitata in Europa continentale, soprattutto presso gli studenti e gli operatori, nell'ambito del diritto commerciale e dell'economia: la concezione strumentale e la contestabilità del diritto quali eredità del realismo giuridico; il nesso tra tecnica, utilitarismo e ricerca dell'efficienza economica; la lotta dei movimenti sociali per la tutela dei diritti delle minoranze e dei gruppi marginali¹⁷⁹. In parte convergente è la lettura di Mathias Reimann, che da una parte ha ridimensionato l'influenza americana sul piano del diritto positivo, dall'altro ha rimarcato quella nell'ambito della cultura giuridica: accanto ai profili appena menzionati, tra cui l'affievolimento di un approccio sistematico e formale a vantaggio di uno pragmatico e funzionalista, vanno ricordati quelli relativi alla struttura dei corsi universitari e all'insegnamento, al rafforzamento della giurisprudenza e alla graduale trasformazione della pratica del diritto da professione liberale in attività commerciale che compete sul mercato globale dei servizi¹⁸⁰. Si tratterebbe, peraltro, di tendenze che avrebbero la loro origine già nella seconda metà del Novecento, quando la *leadership* intellettuale americana ha iniziato a sostituire nel campo del diritto quella tedesca¹⁸¹.

Anche Allard e Garapon, come Mattei, hanno messo in evidenza gli aspetti conflittuali e i rapporti di forza tra giudici di diversi paesi che emergono in una serie di questioni: estensione della giurisdizione e del regime probatorio nazionale, influenza su riforme processuali straniere, presenza di *law firms*, peso nelle corti sovra- e internazionali. Gli autori le

commistione tra imposizione e prestigio G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 9. ed. int. riv., Padova, 2013, 26-27 (la costituzione sovietica rispetto alle costituzioni socialiste delle democrazie popolari); L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., 86, 89 (ancora la costituzione sovietica e, inoltre, la costituzione statunitense rispetto ad alcune aree centro-americane).

¹⁷⁸ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 96 ss.

¹⁷⁹ H. Muir Watt, *Propos liminaires sur le prestige du modèle américain*, in *Arch. phil. dr.*, 2001, 29 ss.

¹⁸⁰ M. Reimann, *Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception*, in *Arch. phil. dr.*, 2001, 61 ss.

¹⁸¹ Su questo cfr. già, oltre allo stesso Reimann, U. Mattei, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, in *Am. J. Comp. L.*, 1994, 195 ss.

interpretano come forme di *soft power* attraverso il diritto, nella misura in cui si cerca di incidere sulla cornice concettuale dei problemi. Se per un verso l'influenza statunitense appare predominante, non mancano azioni analoghe da parte francese¹⁸². Ma la posizione dei due autori appare più temperata di quella di Mattei, poiché la prevalenza della tradizione di *common law* viene spiegata anche alla luce di alcuni caratteri che si adatterebbero meglio al contesto globale: pragmatismo, maggiore visibilità del singolo giudice, ricorso al precedente, pubblicità e articolazione della motivazione, processo accusatorio¹⁸³. Anche loro integrano la prospettiva dei rapporti di forza con quella della circolazione degli argomenti razionalmente più convincenti, la cui autorità riposa nella persuasione, secondo un *topos* ricorrente nella bibliografia in tema di uso dell'argomento comparativo da parte delle corti (*infra*, par. 4). Infine, la tradizione di *common law* sembra in sintonia con il diritto della globalizzazione perché si regge su un sistema di fonti più aperto di quello europeo-continentale, che ha mantenuto dei legami con la dimensione dell'oralità e con l'ambito extragiuridico, legami che invece la tradizione di *civil law* avrebbe reciso prima. Sarebbe anche più recettiva rispetto a cambiamenti sociali avvertiti come permanenti¹⁸⁴.

Il quadro complessivo appare comunque piuttosto variegato. Sul versante opposto a quello di Mattei, Legrand ha, da una parte, rilevato il carattere limitato dell'influenza del diritto americano su quello continentale e in particolare francese: coerentemente con la propria visione dei trapianti giuridici (*supra*, par. 2), l'autore francese ha evidenziato come istituti originari del diritto americano possano trovare accoglienza in Francia solo dopo una «mutazione locale» e quindi una mediazione che li renda compatibili con la tradizione, la storia, la cultura e la mentalità del contesto di destinazione¹⁸⁵. Dall'altra parte, nel commentare (molti anni prima di Brexit) il progetto di un codice civile europeo – visto come un atto performativo razionale, uniforme e ispirato politicamente – ha denunciato il tentativo di rimuovere la specificità epistemologica del *common law* (empirica, induttiva, e reattiva) a vantaggio di quella di *civil law* (astratta, deduttiva e proattiva), assecondando una tendenza verso la burocratizzazione, la reificazione e la tecnicizzazione del diritto che pure è

¹⁸² J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, cit., 35 ss.

¹⁸³ *Ivi*, 42.

¹⁸⁴ Cfr. rispettivamente M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., 159 ss.; e problematicamente B. Audit, *L'américanisation du droit. Introduction*, in *Arch. phil. dr.*, 2001, 9. Sul carattere aperto delle fonti della tradizione di *common law* v. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. unveränd. Aufl., Tübingen, 1974 [1. ed. 1956].

¹⁸⁵ P. Legrand, *L'hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité)*, in *Arch. phil. dr.*, 2001, 37 ss. (38). Analoghi risultati, da una prospettiva diversa, in M. Reimann, *Droit positif et culture juridique*, cit., 67.

presente in alcuni organismi europei¹⁸⁶.

Ancora, Patrick Glenn, attento studioso delle tradizioni giuridiche, ha cercato di ridimensionare le letture di tipo egemonico valorizzando il pluralismo giuridico e le relazioni reciproche instaurate tra una serie di *common laws*. Il termine è declinato al plurale e inteso come l'insieme di quei diritti (di cui lo *ius commune* latino e il *common law* inglese sono gli esempi più noti ma non gli unici) ad applicazione generale e suppletiva, che non nascono come diritti positivi dello stato ma si definiscono attraverso la loro relazione ai diritti particolari (*iura propria*). Rispetto a questi ultimi, le *common laws* appaiono infatti cedevoli¹⁸⁷. Proprio la perdurante eredità delle *common laws* renderebbe i sistemi giuridici – oltre a quello inglese, soprattutto quelli ex-coloniali ma per certi aspetti anche quelli continentali – meno chiusi ed esclusivi di quanto ci si potrebbe aspettare¹⁸⁸. Per Glenn l'interazione tra tradizioni giuridiche è caratterizzata da rapporti di interdipendenza e influenza relativa e non di dominio e soccombenza, laddove semmai qualche manifestazione di aggressione o prevaricazione di una tradizione sull'altra può essere dovuta alle modalità con le quali le *common laws* vengono "appropriate" da questo o quello stato o potenza coloniale¹⁸⁹. La prevalenza di una certa tradizione sarebbe poi storicamente condizionata, potendosi dare nel corso del tempo lente inversioni nella direzione dei vettori di influenza¹⁹⁰. In ogni caso, sarebbe secondo Glenn impossibile rispondere alla domanda se il diritto americano eserciti un'influenza corrispondente al peso politico ed economico occupato nel mondo dagli Stati Uniti, così come sarebbe frutto di eccessiva drammatizzazione la posizione speculare di Legrand, secondo cui il *common law* inglese avrebbe rischiato di non sopravvivere dinanzi ai tentativi di codificazione di un diritto civile europeo secondo il modello continentale, rimanendo invece le tradizioni di *civil law* e di *common law* distinte ma comunicanti¹⁹¹. Anche della *lex mercatoria* Glenn dà un'interpretazione più

¹⁸⁶ P. Legrand, *Sens et non-sens d'un code civil européen*, in *Rev. int. dr. comp.* 1996, 779 ss.

¹⁸⁷ P. Glenn, *On Common Laws*, cit., *passim*; Id., *The Cosmopolitan State*, cit., parr. I.3., III.6, IV.12. Lo spettro delle *common laws* è quindi molto ampio: oltre al *common law* inglese c'è lo *ius commune*, con le relative variazioni nazionali, e il diritto romano rielaborato concettualmente dalla pandettistica tedesca (*droit commun, gemeines Recht, derecho común, Roman-dutch common law, Pandectist common law*), poi il diritto canonico, la *lex mercatoria* medievale e il diritto feudale. Le diverse *common laws* nazionali si sono poi propagate negli altri continenti attraverso la colonizzazione, conservando quei caratteri di generalità e cedevolezza rispetto agli *iura propria* locali.

¹⁸⁸ P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, par. II.4.

¹⁸⁹ Id., *On Common Laws*, cit., 1, 96-97, 142-143; Id., *The Cosmopolitan State*, cit., par. 1 (Introduction), parr. IV.12, IV.14. V. anche Id., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, ed orig. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4. ed. (2010), Bologna, 2011, 561 ss.

¹⁹⁰ Id., *On Common Laws*, cit., 92-3, 143; Id., *The Cosmopolitan State*, cit., par. IV.14.

¹⁹¹ Id., *On Common Laws*, cit., 92, 142; Id., *The Cosmopolitan State*, cit., par. IV.12, anche con riferimento alla dottrina della *legal origin*; Id., *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 106, 586 ss.

benevola, come diritto dalla proiezione universalistica che si adegua in maniera elastica alle esigenze dei privati, riuscendo a condensare i principi comuni in atti formali e altresì a interagire con tradizioni culturali diverse (spunti interessanti riguardano per esempio la tradizione islamica e quella talmudica)¹⁹². Non si può negare, tuttavia, che mentre la *lex mercatoria* medievale riguardava un numero relativamente ristretto di soggetti, la *lex mercatoria* della globalizzazione genera effetti che non ricadono soltanto sui moderni mercanti, ma hanno rilevanti conseguenze sull'organizzazione della produzione industriale e del lavoro, e sulla redistribuzione della ricchezza¹⁹³.

3.2. Tempi e spazi della globalizzazione e delle circolazioni

Implicazioni interessanti sul rapporto tra globalizzazione e diritto possono derivare da un'osservazione che provi a intrecciare le coordinate spazio-temporali. Da più parti è stato evidenziato come i processi di globalizzazione – con l'accelerazione da essi impressa¹⁹⁴ – abbiano determinato uno schiacciamento dell'asse temporale lungo la dimensione del presente, facendoci aderire a un'attualità che si presenta tanto dinamica e ricca di possibilità quanto «satura e immobile»¹⁹⁵. Questi rilievi sono in sintonia con la riflessione storiografica più recente intorno ai *geschichtliche Grundbegriffe*, che ha problematizzato alcuni assunti dei “concetti storici fondamentali” così come elaborati da Reinhart Koselleck con riguardo all'orizzonte politico della modernità¹⁹⁶. In particolare, si sarebbe progressivamente assottigliata, rispetto al tempo della modernità, la forbice tra «spazio di esperienza» (*Erfahrungsraum*) e «orizzonte di aspettativa» (*Erwartungshorizont*)¹⁹⁷, che consentiva, lungo un tempo storico progressivo, di progettare idee e azioni per il futuro, a partire da un senso del passato ricavato dall'esperienza. Addirittura, nel corso del Novecento la coppia di termini si sarebbe rovesciata, tanto che oggi, in un contesto da fine delle ideologie e con l'espansione di *media* che hanno ridotto la nostra conoscenza diretta a percezione di secondo grado, saremmo schiacciati in uno «spazio di aspettativa» che aspira tutt'al più a diventare «orizzonte di

¹⁹² Id., *On Common Laws*, cit., 115-116; Id., *The Cosmopolitan State*, cit., par. IV.12. Cfr. anche F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

¹⁹³ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., 97 ss. Sul problema dell'efficacia *inter* o *extra partes* della *lex mercatoria* v. anche F. Cafaggi, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2001, 543 ss.

¹⁹⁴ A. Rosa, *Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstruktur in der Moderne*, Frankfurt a.M., 2005, 333 ss.

¹⁹⁵ Cfr. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., 73 ss.; F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, 1999, 251 ss., 337 ss. (338).

¹⁹⁶ Cfr. R. Koselleck, *Einleitung*, in Id., O. Brunner, W. Conze (hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, v. I, Stuttgart, 1972, XIII ss.

¹⁹⁷ Id., “*Erfahrungsraum*” und “*Erwartungshorizont*” – *Zwei historische Kategorien* (1975), in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt a.M., 1989, 349 ss.

esperienza»¹⁹⁸. Ciò è del resto in sintonia con la messa in discussione, durante tutto il secolo scorso, di una concezione progressiva della storia, un orientamento del quale anche Koselleck è stato partecipe, come mostra il suo uso della categoria blochiana della «contemporaneità del non contemporaneo»¹⁹⁹.

Da un punto di vista culturale più generale, questa enfasi sul presente si accorda bene con una tendenza alla soddisfazione il più possibile immediata di desideri e bisogni, o all'espressione della propria identità, che spesso viene legittimata attraverso il ricorso alla grammatica dei diritti individuali²⁰⁰. Anche laddove vi è un implicito richiamo al passato a fini di legittimazione, come avviene nelle teorie sul diritto amministrativo globale e sul costituzionalismo globale – nel senso che entrambe ripropongono a livello mondiale principi della tradizione amministrativa e costituzionale sviluppatasi a livello nazionale –, la forza del richiamo è piuttosto debole e la continuità segue percorsi fluidi²⁰¹.

L'attenzione focale su tempo e spazio tende dunque a invertirsi e, nell'inversione, muta il significato del vocabolario politico e costituzionale. È significativo che i concetti storici fondamentali, nell'ultimo secolo, abbiano manifestato una tendenza alla spazializzazione e alla fluidificazione (piuttosto che alla temporalizzazione, alla politicizzazione o alla astrazione/ideologizzazione, tipici invece della modernità)²⁰²: non sono tanto il mutamento e la tensione verso il futuro che contano, quanto la diffusione e la distribuzione spaziale in un tempo contratto. Appare in linea con questo quadro il processo di ri-semantizzazione che, nel contesto globale, ha interessato numerosi concetti costituzionali, tra cui proprio quello di costituzionalismo: spinti ad aprirsi verso la sfera sovranazionale e verso aree geografiche diverse da quella occidentale, essi hanno assunto significati più tenui e deboli. Allo "sconfinamento"²⁰³ sono seguite, a livello

¹⁹⁸ Cfr. C. Geulen, *Plädoyer für eine Geschichte der Grundbegriffe des 20. Jahrhunderts*, in *Zeithistorische Forschungen / Studies in Contemporary History*, 2010, 81 ss.; S. Chignola, *La storia dei concetti alla prova del mondo globale. Punto di vista, spazialità, globalizzazione*, in *Fil. Pol.*, 2020, 522 ss.

¹⁹⁹ R. Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, ed. orig. *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Genova, 1996, 107 ss. (112). È significativo, per il nostro discorso, che la medesima categoria si ritrovi in P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., pt. II.4 (68).

²⁰⁰ D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek, A. Santos (eds), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, 63 ss. Cfr. anche M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., 128 ss., 140 ss.

²⁰¹ N. Walker, *Intimations of Global Law*, cit., 152 ss.

²⁰² C. Geulen, *Plädoyer für eine Geschichte der Grundbegriffe des 20. Jahrhunderts*, cit., 86 ss.; S. Chignola, *La storia dei concetti alla prova del mondo globale*, cit., 522, 528 ss. Le quattro caratteristiche dei concetti storici della modernità sono democratizzazione, temporalizzazione, astrazione/ideologizzazione, politicizzazione; quelle dei concetti contemporanei: scientificizzazione, spazializzazione, popolarizzazione, fluidificazione (altri lo traducono con "liquefazione").

²⁰³ Riprendo il termine, parafrasandolo, da M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit.

sia teorico che pratico, molte incertezze e disorientamenti, con la difficile coesistenza di una prospettiva di successo e una di declino, un senso di perdita e uno di opportunità²⁰⁴.

Sarebbe un errore non cogliere le ricadute di queste riflessioni sul discorso che si sta conducendo in merito alle circolazioni dei modelli. Bisogna, in particolare, rilevare la specificità delle “idee costituzionali” rispetto alle “soluzioni giuridiche”, nella misura in cui le prime spesso coincidono con i concetti storici fondamentali (costituzione, costituzionalismo, stato, diritto, diritti, libertà, eguaglianza, etc.), mentre le seconde corrispondono a regole, decisioni concrete, complessi normativi operanti secondo una logica funzionalista o strutturalista. In particolare, se si accoglie la tesi secondo cui l’epoca contemporanea sarebbe caratterizzata dalla spazializzazione e dalla fluidificazione dei concetti, questa tendenza investirebbe anche il significato da attribuire alle metafore della circolazione e della migrazione. In altre parole, le seconde (circolazione e migrazione) dovrebbero essere interpretate alla luce delle prime (spazializzazione e fluidificazione), e andrebbero viste «meno come una recezione che come una proiezione multipla», un processo che è connotato al contempo dalla pluralizzazione e dalla perdita di concretezza dei concetti, mentre il loro significato tende a sganciarsi dal contesto di origine²⁰⁵.

Ancora – e qui è evidente l’incontro con gli studi che hanno messo a fuoco il rapporto tra geopolitica e comparazione – una rielaborazione dei concetti storici e costituzionali nel contesto della globalizzazione non può non cogliere il loro legame costitutivo con la tradizione euro-atlantica. A tale proposito, è opportuno valorizzare gli studi postcoloniali, che hanno evidenziato parzialità e contraddizioni del modello occidentale di modernizzazione e costruzione dello stato, in seguito alla sua estensione al resto del mondo senza che venissero considerate le molte specificità locali²⁰⁶, nonché i filoni della *global history of ideas* che hanno messo in luce una parzialità nei concetti di globale, universale o cosmopolitico, i quali sono stati a loro volta pluralizzati a partire da prospettive differenti da

²⁰⁴ Cfr. L. Lacché, *Rethinking Constitutionalism Between History and Global World: Realities and Challenges / Ripensare il costituzionalismo tra storia e mondo globale: realtà e sfide*, in *Giorn. st. cost.*, II/2016, 5 ss.; L. Scuccimarra, *Vedi alla voce “costituzione”. Semantiche costituzionali nell’epoca globale*, ivi, 33 ss. v. anche P. Dobner, M. Loughlin, *Introduction*, in Ead., Id. (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, xi.

²⁰⁵ C. Geulen, *Plädoyer für eine Geschichte der Grundbegriffe des 20. Jahrhunderts*, cit., 91, 93.

²⁰⁶ S. Chignola, *La storia dei concetti alla prova del mondo globale*, cit., 524-525; S. Mezzadra, *Tempo storico e semantica politica nella critica postcoloniale*, in *Storica*, 1995, 143 ss. Tra gli autori della critica postcoloniale v. almeno D. Chakrabarty, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton, 2000; H.K. Bhabha, *I luoghi della cultura*, ed. orig. *Location of Culture* (1994) Roma, 2001; G.C. Spivak, *Critica della ragione postcoloniale. Verso una storia del presente in dissolvenza*, ed. orig. *A Critique of Postcolonial Reason. Toward a History of the Vanishing Present* (1999), Roma, 2004. Per una valorizzazione alla luce della storia dei concetti v. anche, se si vuole, A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato nazione alla globalizzazione*, cit., 24 ss.

quella occidentale²⁰⁷.

È stato in effetti proposto di tracciare una storia del diritto globale partendo dall'esperienza coloniale²⁰⁸. Qui, del resto, nascono le prime riflessioni sul pluralismo giuridico, con riferimento alla coesistenza e all'interazione tra diritto della madrepatria, diritti locali, diritti dei nativi e/o diritti religiosi. Com'è noto, i paesi europei hanno strutturato questo pluralismo secondo modelli diversi, lasciando maggiore o minore autonomia ai diritti locali, nella loro varia conformazione, con strumenti di chiusura più o meno rigidi che assicuravano la prevalenza del diritto del paese colonizzatore²⁰⁹. La sovrapposizione di strati giuridici è poi rimasta – si pensi al rilievo di consuetudini e leggi personali –, e la sfida risiede oggi nell'affrancare tali ordinamenti dall'eredità dei dispositivi coloniali²¹⁰. Questi hanno invero agito in profondità, nella misura in cui la giuridicizzazione secondo i canoni occidentali ha imposto a molti degli abitanti dei territori coloniali l'oblio delle proprie coordinate mentali e culturali, costruendo soggettività subalterne e costringendo i colonizzati a pensarsi attraverso le lenti dei colonizzatori, senza venire inclusi in un progetto universalizzante. Di qui la formula, coniata dagli esponenti indiani dei *subaltern studies*, del “dominio senza egemonia”²¹¹. L'esistenza di queste realtà implica già, di per sé, uno scarto rispetto alla temporalità unica degli occidentali.

Tali rilievi, insieme a un senso di maggiore frammentarietà e progressività interrotta nell'incedere del tempo storico, hanno indotto a proporre, sulla scia di Michel Foucault lettore di Nietzsche, una interpretazione “genealogica” del diritto e delle istituzioni globali, volta non tanto a indagarne in maniera approfondita l'origine e a tracciarne l'evoluzione, quanto piuttosto a intercettare, muovendosi più sulla

²⁰⁷ Sulle mappe problematiche della *global history of ideas* v. S. Moyn, A. Sartori, *Approaches to Global Intellectual History*, in Id., Id. (eds), *Global Intellectual History*, New York, ebook, 2013, cap. I.1. V. altresì R. López, *The Quest for the Global: Remapping Intellectual History*, in *History of European Ideas*, 2016, 155 ss., ma anche in una prospettiva contestualistica, le precisazioni di J.G.A. Pocock, *On the Unglobality of Contexts: Cambridge Methods and the History of Political Thought*, in *Global Intellectual History*, 2019, 1 ss.

²⁰⁸ M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. II.B.

²⁰⁹ Cfr. tra i molti M.B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, 1975; L. Benton (ed.), *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History. 1400-1900*, Cambridge, 2002; G. Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, 2012.

²¹⁰ V. tra gli altri W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2. ed., Cambridge, 2006.

²¹¹ M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. II.B. Ampiamente sul punto U. Baxi, *The Colonialist Heritage*, in P. Legrand, R. Munday (eds), *Comparative Legal Studies*, cit., 46 ss. La locuzione del “dominio senza egemonia” risale a R. Guha, *Dominance without Hegemony: History and Power in Colonial India*, in Id. (ed.), *Subaltern Studies*, v. VI, *Writings on South Asian History and Society*, Delhi, 1989, 210 ss., al quale si rifà anche Baxi. È chiara l'ispirazione gramsciana di questo filone di studi.

superficie, le discontinuità, le divaricazioni e le contingenze. Del resto, anche la genealogia foucaultiana ha un approccio ambivalente con la storia e articola le questioni della verità, della politica e dell'etica intorno a «un pensiero del presente», diversamente dalla storia che colloca invece quelle questioni all'interno del rapporto tra presente e passato²¹². In tale prospettiva, è stato detto che le «teorie generali del diritto globale» marcano «una rivalsa della geografia sulla storia»²¹³. Singole vicende e casi giurisprudenziali vanno compresi non tanto tramite un inquadramento sistematico, cogliendone i nessi con le altre componenti dell'ordinamento nel quale si trovano e del quale sono note le coordinate. Piuttosto, a ciascuno di tali eventi è possibile associare – secondo un'altra mossa tipica della cultura contemporanea – più narrazioni, ciascuna delle quali offre una spiegazione parziale ma rilevante del singolo fenomeno²¹⁴. La sfida concettuale principale consisterebbe nel pensare forme di pluralismo giuridico (o «pluralità giuridica», senza connotazioni immediatamente positive) capaci di smarcarsi dalla originaria impostazione eurocentrica²¹⁵.

Per quanto riguarda la rappresentazione delle coordinate spaziali, ricostruzioni siffatte cercano di evitare di pensare lo spazio globale come una sfera omogenea, resa uniforme dal mercato e dal linguaggio dei diritti individuali, evidenziandone piuttosto le fratture e le divisioni²¹⁶. Un'analoga visione frastagliata dello spazio, il cui senso interno è determinato dalle dinamiche e dai conflitti sociali che attraversano e mettono in relazione la dimensione globale con quelle nazionali e locali, si trova negli scritti dei geografi politici critici, particolarmente attenti alle implicazioni in termini di distribuzione della ricchezza e delle diseguaglianze. Da un diverso punto di vista, una rappresentazione disomogenea e dialettica degli spazi è fatta valere da chi studia le dinamiche culturali, dagli antropologi agli studiosi del multiculturalismo²¹⁷. A questo tipo di rappresentazioni, che mettono a

²¹² Cfr. M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. III, e F. Hulak, *Michel Foucault, la philosophie et le sciences humaines: jusqu'ou l'histoire peut être foucauldienne?*, in *Tracés. Rev. de sciences humaines*, 13/2013, spec. par. 32. L'ambivalenza riguarda il rapporto tra storia empirica e riflessione filosofica sulla storicità, nonché tra la storia effettiva e genealogica (ma instabile) e la storia che postula un punto di vista sovrastorico. La genealogia, pur riguardando strati di saperi, implica tecniche di documentazione, ricerca e verifica applicati su conclusioni che in realtà sono raggiunte dalla filosofia. L'approccio genealogico ha fatto ingresso anche nella comparazione: cfr. tra gli altri G. Marini, *Diritto e politica*, cit., 65 ss.; A. Somma, *La geografia dei corpi politici*, cit., 1221, 1244 ss.

²¹³ M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., *passim*. (cit. al par. III).

²¹⁴ Ivi, par. III.

²¹⁵ In questo senso v. B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization. And Emancipation*, 2. ed., London, 2002, 89 ss. e *passim*.

²¹⁶ Cfr. ancora M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., parr. III-IV. Cfr. anche C. Galli, *Spazi politici*, cit.

²¹⁷ V. per tutti S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, ed. orig. *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages* (2006), Milano, 2008; D.

fuoco le interazioni tra spazi globali dei flussi e spazi locali dei luoghi, risponde il concetto di *glocalizzazione*²¹⁸.

Tanto la concezione temporale della genealogia quanto quella spaziale della glocalizzazione sono a loro volta in sintonia con l'idea secondo cui uno dei tratti peculiari del diritto della globalizzazione sarebbero le ibridazioni: non una circolazione a senso unico di un solo modello ma una commistione e un sincretismo di idee e prassi giuridiche, con soluzioni diverse maturate a partire dalla interazione tra elementi con proiezioni universalistiche e risposte plasmate dalle culture locali, comunque all'interno di una rete complessa di rapporti di potere tra centro, periferia e semi-periferia²¹⁹. È un tipo di riflessione critica le cui radici vanno rinvenute nel filone postcoloniale e in quello subalterno²²⁰, legato, quest'ultimo, a una recezione e rielaborazione in vari paesi e contesti dell'opera di Gramsci²²¹. Tutto ciò suggerisce di fare un passo ulteriore e ridislocare il punto di vista: c'è, infatti, non solo una globalizzazione occidentale, ma ce ne sono anche – almeno – una islamica e una asiatico-cinese, le cui tradizioni giuridiche richiedono di essere conosciute più da vicino, al pari della tradizione ctonia, che custodisce una relazione con la natura alternativa alle tendenze distruttive di una globalizzazione fondata sulla massimizzazione dell'efficienza economica e sullo sfruttamento del pianeta²²².

Non sono pochi gli autori e le autrici che hanno accompagnato riflessioni siffatte – sullo spazio, sul tempo e sulle ibridazioni giuridiche – con la convinzione che fosse necessaria una nuova epistemologia. Ciò vale anzitutto nei paesi del sud e delle periferie del mondo (in un'accezione al contempo geografica e imperiale), nella misura in cui si valorizzano forme

Harvey, *Cosmopolitanism and the Geographies of Freedom*, New York, 2009; A. Appadurai, *Modernità in polvere. Dimensioni culturali della globalizzazione*, ed. orig. *Modernity at Large. Cultural Dimensions of Globalization* (1996), Roma, 2001.

²¹⁸ Cfr. R. Robertson, *Globalization. Social Theory and Global Culture*, London, 1992; Id., *Glocalization. Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity*, in Id., M. Featherstone, S. Lash (eds), *Global Modernities*, London, Sage, 1995, 25 ss. Cfr. anche, tra gli altri, M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., 147 ss.

²¹⁹ È un'osservazione piuttosto ricorrente: tra i molti v. M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., par. V; M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, cit., 150 ss.; G. Frankenberg, *Constitutional Transfer*, cit., 576; G. Marini, *Diritto e politica*, cit., 54 ss.; M.C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, cit., 24-25.

²²⁰ Cfr. B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, cit., 443-444 e, anche sul *mestizaje*, Id., *Epistemologies of the South. Justice Against Epistemicide*, London, 2014, 26, 59 ss.; Id., *The End of the Cognitive Empire. The Coming of Age of Epistemologies of the South*, Durham, 2018, 8 ss., 147, 242 ss., 261; A. Geslin, C.M. Herrera, M.C. Ponthoreau, *Épistemologies et méthodologies [juridiques] en perspectives postcoloniales*, in Ead., Id., Ead. (dir.), *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques*, Paris, 2020, 7 ss. Per alcuni testi classici degli studi postcoloniali v. *supra*, n. 206.

²²¹ Cfr. *supra*, n. 211 e *infra*, n. 429, e par. 3.3.

²²² P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 103 ss. Cfr. altresì R. Scarciglia, *Costituzioni globali, tradizioni legali e diritto comparato*, in *DPCE II/2013*, 441 ss.

di conoscenza non teoriche, che in passato sono state marginalizzate o represses dal canone scientifico moderno e occidentale. Si tratta di forme di conoscenza in cui la ragione è più a contatto con sensi e sentimenti, meno legate alla “monumentalizzazione”, frutto della scrittura e del discorso accademico, nate collettivamente attraverso la condivisione di esperienze, pratiche sociali e lotte politiche contro il colonialismo, il capitalismo e il patriarcato. A contatto con tali forme di conoscenza e di sviluppo, la ragione giuridico-costituzionale occidentale diviene meno normativa e meno teleologica²²³. Una riflessione in parte diversa – non così radicale e se si vuole in maggiore contiguità con il paradigma scientifico occidentale – è stata sviluppata nei paesi del nord del mondo. Con un’influenza delle correnti postmoderne, si è suggerito di guardare con favore a una logica non identitaria o binaria, aprendosi alla coesistenza di una pluralità di possibilità e soluzioni²²⁴. Ci si può chiedere se, con queste elaborazioni teoriche, si entri nel terreno di una logica totalmente nuova, o se invece non si recuperi un tipo di ragionamento diverso e più antico di quello prevalente nella modernità, e cioè probabilistico, dialettico e controversiale²²⁵, oppure non si valorizzi quel “pensiero delle possibilità” già sviluppato nel contesto delle democrazie pluralistiche novecentesche²²⁶. Ad ogni modo, alla luce di questa impostazione, alcuni dei conflitti giuridici del mondo globale sono stati affrontati con formule flessibili: margine di apprezzamento, principio di sussidiarietà, principio di proporzionalità, clausole di adeguatezza etc., formule che appaiono caratterizzare il costituzionalismo contemporaneo così come si è diffuso su scala planetaria (v. *infra*, par. 3.3).

Infine, una riflessione su spazi e tempi della globalizzazione deve fare i conti con altre manifestazioni di resistenza di questi anni, che hanno fatto diagnosticare, ad autori di discipline diverse, vuoi una de-globalizzazione – caratterizzata da una contrazione delle catene del valore, da un maggior

²²³ Cfr. ancora, rielaborando temi della letteratura post- o de-coloniale e degli studi subalterni B. de Sousa Santos, *Epistemologies of the South. Justice Against Epistemicide*, cit., *passim*; Id., *The End of the Cognitive Empire*, cit., *passim*; U. Baxi, *The Colonialist Heritage*, cit., 50, 53 e *passim*; C.M. Herrera, *Ce que le postcolonialisme ferait au constitutionnalisme. Pour une critique de la raison constitutionnelle*, in Id., A. Geslin, M.C. Ponthoreau, *Postcolonialisme et droit*, cit., 133 ss.

²²⁴ Cfr., da prospettive diverse, P. Legrand, *Le droit comparé*, cit., *passim*; P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., par. IV.14; M. Delmas Marty, *Le relatif et l’universel*, cit., 20, 54-55. È frequente anche il ricorso alla logica *fuzzy*, su cui v. S. Baldin, *Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Riv. gen. der. públ. comp.*, 2012, 11 ss.

²²⁵ Cfr. A. Giuliani, *Logica (teoria dell’argomentazione)*, in *Enc. Dir.*, v. XXV, Milano, 1974, 13 ss., su cui v. F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l’esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012.

²²⁶ Sul *Möglichkeitsdenken* quale superamento del *Trennungsdenken* nelle costituzioni del pluralismo aveva invero insistito P. Häberle, *Zeit und Verfassungskultur* (1983), in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, 638 ss.; Id., *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens* (1977), in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, 19 ss.

rilievo delle aree economiche regionali e dal declino dell'egemonia statunitense –, vuoi il consolidamento di altri modelli cognitivi e politico-costituzionali, segnatamente lo «statualismo spaziale» e la *identity turn*, che tendono a contrastare i processi di una più pervasiva internazionalizzazione del diritto²²⁷. Tornerò più avanti su questi aspetti; qui basti rilevare come tali fenomeni, pur opponendosi variamente al globalismo, vengano rappresentati da concetti, come quello di identità, che condividono i tratti della spazializzazione e della fluidificazione.

3.3 Costituzionalismo globale? La dimensione (prevalentemente) verticale

Nei prossimi paragrafi concentrerò l'attenzione sull'idea di costituzionalismo, in particolare di “costituzionalismo globale”, come esempio di circolazione intrecciata di formanti: dottrinale, giurisprudenziale, legislativo, costituzionale e relativo a fonti sovra- e internazionali. Al contempo, alla luce dell'impostazione indicata più in alto, si vedrà come alla migrazione del concetto di costituzionalismo corrisponda una sua spazializzazione e fluidificazione²²⁸. Ragionando in termini spaziali, si può notare come le dottrine sul cd. costituzionalismo globale presentino una doppia dimensione, verticale e orizzontale, che qui distinguo per ragioni espositive ma che nella pratica sono connesse.

Nella prospettiva verticale, le dottrine sul costituzionalismo globale sono state elaborate inizialmente da autori di lingua tedesca operanti nell'ambito del diritto internazionale²²⁹, per poi diffondersi nel dibattito condotto in lingua inglese, al quale hanno partecipato studiosi di varia

²²⁷ V. rispettivamente W. Streeck, *Zwischen Globalismus und Demokratie*, cit., 408 ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici, soprattutto a economisti e sociologi; R. Hirschl, A. Shachar, *Spatial Statism*, in *JCon*, 2019, 387 ss.; D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 315 ss.

²²⁸ Sul carattere globale sia delle teorie sul diritto globale sia di quelle che le criticano v. M. Xifaras, *Après les Théories générales de l'État: le Droit Global?*, cit., parr. II.C e IV.

²²⁹ Anche qui l'influenza della dottrina tedesca è dunque cospicua: cfr. B.O. Bryde, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in *Der Staat*, 2003, 61 ss.; A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2006, 223 ss.; in seguito soprattutto A. Peters, *The Globalization of State Constitutions*, in A. Nijman, A. Nollkaemper (eds), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, New York, 2007, 251 ss.; Ead., *Le constitutionnalisme globale: crise ou consolidation?*, in *Jus Politicum*, 2018, 59 ss.; M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. Dunoff, J. Trachtman (eds), *Ruling the World? International Law, Global Governance, Constitutionalism*, Cambridge, 2009, 258 ss.; Id., *On the History and Theory of Global Constitutionalism*, in Id., T. Suami, A. Peters, D. Vanoverbeke (eds), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge, 2018, 168 ss.; Id., A. Peters, T. Suami, D. Vanoverbeke, *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives. An Introduction*, ivi, 1 ss.; A. Wiener, A.F. Lang jr., J. Tully, M. Poireres Maduro, M. Kumm, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, in *Global Constitutionalism*, 2012, 1 ss.; A.F. Lang, A. Wiener, *A Constitutionalising Global Order: an Introduction*, in Id., Ead. (eds), *Handbook on Global Constitutionalism*, London, 2017, 1 ss.

provenienza²³⁰. Esse hanno messo a fuoco un'evoluzione del diritto internazionale contemporaneo, che si sarebbe mossa verso una costituzionalizzazione, assorbendo e rielaborando principi cresciuti a livello interno grazie alla graduale formazione di una comunità internazionale che ha riconosciuto valori condivisi e si è data strutture organizzative comuni. Il rafforzamento del multilateralismo nell'ambito delle relazioni internazionali avrebbe spinto il diritto internazionale a muoversi, nonostante alcune resistenze, dal paradigma della coesistenza degli stati a quello della cooperazione. Ciò sarebbe stato in sintonia con la contestuale apertura delle costituzioni nazionali al diritto internazionale e sovranazionale, e con la crescente tendenza a interpretare il diritto interno, anche costituzionale, alla luce di entrambi, specie con riguardo ai trattati sui diritti umani e alla relativa giurisprudenza²³¹. Si tratta di un filone di studi che si interseca con quello sul pluralismo costituzionale, nato nel contesto del processo di integrazione europea alla luce della difficoltà di inquadrare quest'ultimo in una chiave esclusivamente monistica o dualistica²³². Com'è noto, le teorie sul pluralismo costituzionale si sono articolate con diverse sfumature: sia perché la variante scozzese-anglosassone ha messo l'accento più sui profili normativi e quella tedesca più su quelli culturali e sul principio di sussidiarietà²³³, sia perché lo spettro delle soluzioni proposte in ordine al grado di armonizzazione del pluralismo è molto ampio: da quelle incentrate sulla mediazione politica di Nico Krisch a quelle volte a individuare percorsi di integrazione interpretativa di Miguel Poiares Maduro²³⁴. Non stupisce quindi che una buona parte degli studi sul *global constitutionalism* abbia preso a modello quelli sul pluralismo costituzionale europeo, specie a partire dalla sentenza *Kadi* della Corte di giustizia, che ha riadattato alcuni motivi della

²³⁰ Per alcuni contributi recenti cfr. A.F. Lang, A. Wiener (eds), *Handbook on Global Constitutionalism*, cit.; T. Suami, A. Peters, D. Vanoverbeke, M. Kumm (eds), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives* cit., nonché quelli contenuti nella rivista *Global Constitutionalism*, pubblicata dal 2012; v. altresì S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020.

²³¹ Cfr. ampiamente A. Peters, *The Globalization of State Constitutions*, cit.

²³² Sul superamento di quest'alternativa v. A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio: modelli teorici ed esperienze costituzionali*, Napoli, 2012.

²³³ Cfr. rispettivamente N. McCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern L. Rev.*, 2006, 317 ss.; I. Pernice, *Europäisches und Nationales Verfassungsrecht*, in *VVDStRL* 60, Berlin, 2001; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *E.L. Rev.*, 2002, 511 ss.; P. Häberle, M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2016.

²³⁴ Cfr. rispettivamente N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010; M.P. Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, 502 ss. Per alcune riflessioni sulla varietà di queste posizioni v. A. Wiener, A.F. Lang jr., J. Tully, M. Poiares Maduro, M. Kumm, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cit., 6 ss.; M. Avbelj, J. Komárek (eds), *Introduction*, in Id., Id. (eds), *Constitutional Pluralism in the EU and Beyond*, Oxford, 2012, 1 ss.

giurisprudenza *Solange* del Tribunale costituzionale tedesco sull'adeguatezza del livello di protezione dei diritti fondamentali, traslandoli dai rapporti tra gli ordinamenti costituzionali e l'Unione europea a quello tra quest'ultima e l'ordinamento internazionale²³⁵.

Ma il genere del *global constitutionalism* è ulteriormente diversificato. Alcuni autori hanno messo in rilievo, accanto a una dimensione descrittiva, una dimensione normativa piuttosto pronunciata, che rimanda ai tre principi cardine di stato di diritto/*rule of law*, democrazia e diritti umani²³⁶. Essi non sosterebbero, cioè, che i rapporti in ambito internazionale, relativi tanto agli stati quanto agli individui, siano oggi tutti effettivamente retti da quei principi, quanto piuttosto che i medesimi principi siano in grado di far emergere una critica all'interno delle relazioni internazionali, per orientarle diversamente²³⁷. Altri autori hanno invece adottato una prospettiva funzionalistica: se, già con riferimento alla tipologia precedente, il concetto di costituzionalizzazione viene usato in senso piuttosto lato e tende a enfatizzare il profilo della giuridificazione²³⁸, qui tende a perdersi il riferimento a principi costituzionali sostanziali, per rapportarsi soprattutto – su un piano più descrittivo – alle dinamiche di produzione normativa. Salva la costellazione relativa alla “compensazione” su scala globale di elementi di costituzionalismo perduti a livello nazionale²³⁹, l'attenzione è rivolta alla crescita in densità e portata dei processi di *Verrechtlichung* / *legalization* a livello internazionale, eventualmente con la precisazione dei relativi limiti. Poiché ciò è accaduto soprattutto settorialmente nell'ambito

²³⁵ Si trattava in particolare di alcune misure del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: cfr. CGUE, sent. 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakat International Foundation c. Consiglio*, C-402/05 P e C-415/05, su cui v. tra i molti G. de Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi*, in *Harv. Int'l. L. J.*, 2010, 1 ss.; A. Schillaci, *Tutela dei diritti e cooperazione tra ordinamenti in due recenti pronunce del giudice comunitario*, in *Giur. cost.*, 2009, 1255 ss. Sul carattere emblematico e decisivo di questa pronuncia per il *global constitutionalism* v. A. Wiener, A.F. Lang jr., J. Tully, M. Poirares Maduro, M. Kumm, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cit., 1-2, ed ivi anche sulla forte influenza del dibattito europeo. Un effetto per certi versi analogo lo aveva avuto la sentenza *Bosphorus* della Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. Ct. EDU, sent. 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, n. 45036/98, su cui v. M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., 280 ss.

²³⁶ V. soprattutto M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., 274 ss.; Id., A.F. Lang, J. Tully, A. Wiener, *How Large is the World of Global Constitutionalism?*, in *Global Constitutionalism*, 2014, 3-4 (ed ivi un riferimento a questi principi come la «trinità»).

²³⁷ M. Kumm, *On the History and Theory of Global Constitutionalism*, cit., 180 ss.; A. Wiener, A.F. Lang jr., J. Tully, M. Poirares Maduro, M. Kumm, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cit., 7.

²³⁸ M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in Id., P. Dobner (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, cit., 59 ss.

²³⁹ Tra gli altri A. Peters, *The Globalization of State Constitutions*, cit., 307-308; Ead., *Compensatory Constitutionalism: the Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden J. Int'l L.*, 2006, 579 ss.; J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in Id., Id. (eds), *Ruling the World?*, cit., 14 ss.

di regimi specifici, a cominciare da quello del commercio internazionale, un approccio costituzionale è invocato per portare ordine e coerenza in un contesto fortemente frammentato²⁴⁰.

Una versione più radicale dell'approccio funzionalista è quella proveniente dalla teoria dei sistemi, a proposito della quale, a ben vedere, parlare di una dimensione verticale del costituzionalismo globale non è del tutto appropriato, nella misura in cui tale approccio scardina il nesso tra costituzione e stato (sul quale si reggono in buona parte anche le relazioni internazionali), declinando il concetto di costituzionalismo a partire dai processi di differenziazione dei sistemi sociali. Per le stesse ragioni, però, non sarebbe adeguato nemmeno un inserimento nell'ambito della dimensione orizzontale (*infra*, par. 3.4). I fautori di questa teoria parlano di un "costituzionalismo societario", riferendosi a norme di collegamento tra sistemi altrimenti irrelati, che riguardano la produzione normativa e l'individuazione di istanze di composizione, senza però che la politica vi giochi un ruolo centrale²⁴¹. Si tratta di un'impostazione intellettualmente sofisticata ma tendenzialmente neoliberale, nella misura in cui privilegia le libertà negative e minimizza, se non rimuove, in nome di una complessità ingovernabile – o meglio, governabile soltanto attraverso l'autonomia privata e un limitato coordinamento tra le sfere sociali –, il ruolo di mediazione e di intervento dello stato e delle istituzioni. Privilegia inoltre piuttosto nettamente una concezione descrittiva rispetto a una concezione prescrittiva della costituzione²⁴².

Per completezza del quadro, è opportuno ricordare che gli approcci al *global constitutionalism* fin qui ricordati (pluralismo costituzionale, normativismo, funzionalismo) non vanno considerati come reciprocamente incompatibili, essendo spesso compresenti, negli esponenti di questo filone, variazioni di ciascuno²⁴³.

Le reazioni critiche nei confronti del concetto e delle teorie del *global constitutionalism* non sono mancate e sono giunte da direzioni diverse. Va anzitutto menzionata quella, mossa da numerosi internazionalisti tra cui gli italiani vicini alla scuola realistica, secondo cui il *global constitutionalism* praticerebbe una confusa commistione metodologica tra il piano descrittivo e quello prescrittivo, volto all'individuazione di valori comuni,

²⁴⁰ Ivi, 9 ss.

²⁴¹ Cfr. G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012.

²⁴² Si tratta di un approccio visto con una certa diffidenza dai costituzionalisti italiani, per ragioni che emergeranno più avanti (*infra*, par. 5.1); tra gli altri cfr. F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Dir. Pubbl.*, 2012, 357 ss.; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 43 ss.; C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale*, cit., 152 ss., che rileva un riconoscimento del ruolo dello stato nel contesto di crisi gravi.

²⁴³ Lo ricordano opportunamente A. Wiener, A.F. Lang jr., J. Tully, M. Paoares Maduro, M. Kumm, *Global Constitutionalism. Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, cit., 9.

prevalentemente tratti dalla tradizione liberale. Esso rimuoverebbe altresì gli stati quali soggetti protagonisti del diritto internazionale, che operano secondo una logica volontaristica e contrattualistica. Al contempo, però, alcuni critici non rinunciano all'idea, già sviluppata da Rolando Quadri e influenzata dal pensiero mortatiano, di una costituzione materiale del diritto internazionale, costruita cioè sulla base delle forze sociali "prevalenti". Tra queste, gli stati sarebbero oggi gli attori principali ma non esclusivi, mentre tale costituzione ammetterebbe una qualche forma di verticalizzazione, soprattutto attraverso gli obblighi *erga omnes*, esigibili nell'interesse della comunità internazionale²⁴⁴. In secondo luogo va ricordata l'obiezione speculare, sviluppata da alcuni costituzionalisti, già mossa nei confronti del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea e ribadita *a fortiori* per il livello globale, relativa al nesso originario e costitutivo tra stato e costituzione. L'argomento è noto e mi limito qui a riprenderne gli aspetti salienti: elaborato, tra gli altri, da Ernst-Wolfgang Böckenförde e Dieter Grimm in Germania e da Martin Loughlin in Inghilterra, esso fa leva sul carattere imprescindibile del popolo come soggetto della legittimazione democratica, sia attraverso l'esercizio del potere costituente, sia attraverso i canali della democrazia rappresentativa. Grazie a determinate condizioni culturali e sociali che rendono praticabile e significativo il conflitto politico, nel popolo si attivano processi, anche simbolici, di comunicazione e deliberazione dai quali ha origine il diritto costituzionale, e questo a sua volta, conferisce autorità alle istituzioni democratiche²⁴⁵. Negli scorsi decenni, a livello europeo, tali rilievi erano stati fronteggiati dal parziale rafforzamento della parlamentarizzazione, dalla declinazione di una *Bürgerdemokratie* caratterizzata dalla partecipazione di cittadini di differenti nazionalità, e dalla consapevolezza che, a livello sovranazionale, la democrazia ha una conformazione necessariamente diversa rispetto a quella interna, pur non cessando di appoggiarsi alle tradizioni costituzionali comuni²⁴⁶. Con riferimento al contesto globale, si sono inoltre sottolineate le controindicazioni di decisioni ristrette ai confini statali, se si deve far fronte a esternalità

²⁴⁴ Cfr. A. Ligustro, *Il dibattito sul costituzionalismo globale e quello sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale: prospettive a confronto*, in DPCE, II/2013, XVII ss.; C. Focarelli, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della global governance: alla ricerca del diritto globale*, in *Pol. Dir.*, 2011, 207 ss. In tema v. altresì R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. AIC*, 4/2014.

²⁴⁵ V. rispettivamente E.W. Böckenförde, *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung* (1997), in Id., *Staat Nation Europa*, Frankfurt a.M., 1999, 103 ss.; D. Grimm, *Wer ist souverän in der Europäischen Union?* (2011), in Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, Frankfurt a.M., 2012; M. Loughlin, *Constitutional Pluralism: An Oxymoron?*, in *Global Constitutionalism*, 2014, 9 ss.

²⁴⁶ Cfr. tra gli altri I. Pernice, *Europäisches und Nationales Verfassungsrecht*, cit.; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *E.L. Rev.*, 2002, 511 ss.; P. Häberle, M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, cit.; P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 325 ss., 343 ss.

negative di singole politiche nazionali o deliberare su beni pubblici globali²⁴⁷. Nel contesto attuale, però, aggravato da molteplici crisi, le vecchie obiezioni non sono venute meno ma si sono ripresentate con forza rinnovata: esse si intrecciano, in alcuni autori, a quelle relative alle ripercussioni della globalizzazione e dei suoi meccanismi regolativi – tra cui un principio di anti-discriminazione di portata sistemica – in termini di diseguaglianze, perdita di solidarietà e impoverimento delle relazioni sociali²⁴⁸.

Su questo profilo si concentra la terza critica al *global constitutionalism*, che denuncia la mancata considerazione della politica economica. In particolare, si è contestato un processo di giuridicizzazione a livello internazionale che ha avuto come sua spinta prevalente la globalizzazione nel settore economico, senza tenere conto dei pesanti contraccolpi che si sono prodotti proprio in questo ambito. La globalizzazione dei mercati, avviata negli anni ottanta del secolo scorso e cresciuta nei decenni successivi, avrebbe provocato conseguenze negative: la fine dell'*embedded liberalism* e dell'equilibrio tra capitale e lavoro che avevano caratterizzato i cd. trenta gloriosi; il superamento dello stato sociale e delle politiche keynesiane a vantaggio di uno stato incline ad assecondare politiche di liberalizzazioni e privatizzazioni; la finanziarizzazione dell'economia; la mobilità del capitale e la conseguente competizione tra ordinamenti per accaparrarsi gli investimenti delle imprese, attratte da un abbassamento delle imposte e del costo del lavoro; la compressione generale della fiscalità, il ricorso all'indebitamento e i tagli alla spesa sociale; l'aggravamento delle asimmetrie territoriali; la tendenza a reintrodurre – in maniera differente nei vari contesti – una separazione tra economia e politica, con progressiva prevalenza e spolicizzazione della prima; la creazione di forme di azione pubblico-privato attratte nell'ambito opaco e tecnocratico della *governance*²⁴⁹. Un simile difetto di prospettiva è stato rimproverato anche alle tesi sul costituzionalismo nell'ambito dell'Unione europea²⁵⁰.

Le voci più critiche, riferibili ad alcuni esponenti del filone neo-

²⁴⁷ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., 297 ss.

²⁴⁸ Oltre agli autori citati in questo paragrafo v. A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, 244 ss.; G. Preterossi, *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza & Politica*, vol. XXIX, n. 57, 2017, 105 ss.

²⁴⁹ C. Schwöbel-Patel, *The Political Economy of Global Constitutionalism*, in A.F. Lang, A. Wiener (eds), *Handbook on Global Constitutionalism*, cit., 407; G.W. Anderson, *Critical Theory*, ivi, 140 ss.; S. Gill, A.C. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, 2014.

²⁵⁰ Cfr. recentemente J. Komárek, *Political Economy in the European Constitutional Imaginary – Moving Beyond Fiesole. Contribution to the Online Symposium on Poul F. Kjaer (ed.), The Law of Political Economy: Transformations of the Functions of Law*, in *verfassungsblog.de* (4-9-2020); M. Dani, E. Chiti, J. Mendes, A.J. Menéndez, H. Schepel, M.A. Wilkinson, "It's the Political Economy .. !" *A Moment of Truth for the Eurozone and the EU*, in *ICoN*, 2021, 309 ss.

gramsciano, hanno rovesciato il discorso sul *global constitutionalism*, parlando in maniera provocatoria di un *new constitutionalism* (da non confondere con il neo-costituzionalismo o con il *nuevo constitucionismo*²⁵¹). In quest'accezione, il *new constitutionalism* riguarda assetti politici e normativi ultrastatali di rilievo semi- o para-costituzionale che sostengono l'ampliamento del mercato globale e il neoliberalismo economico²⁵². Muta, ad esempio, il significato tradizionale del *rule of law*, non più legato alla tutela dei diritti individuali, all'egualitarismo e alla limitazione degli arbitri del potere, ma volto piuttosto ad assicurare la prevedibilità e la certezza del quadro normativo ai fini della produttività degli investimenti privati. Una schiera di professionisti del diritto agisce dentro questo orizzonte pratico e ideale, senza che tali fini possano essere contestati da un'adeguata discussione pubblica e democratica²⁵³. La provocazione del *new constitutionalism* risulta dall'accezione prevalentemente negativa con cui è inteso l'aggettivo "nuovo": diversamente da quanto asserito dal *global constitutionalism*, il *new constitutionalism* nega che sia possibile una estensione su scala sovra- e inter-nazionale dei principi che hanno caratterizzato il costituzionalismo novecentesco a livello statale, perché ne è invece la negazione²⁵⁴. Si tratterebbe di un ritorno ad alcuni pilastri del costituzionalismo liberale ottocentesco.

Le posizioni da ultimo richiamate fanno evidentemente capo a teorie critiche radicali, nel senso che non adottano un approccio *problem-solving* ponendosi all'interno del sistema esistente, ma ne indagano storicamente i presupposti, gli attori e i fini, contemplando la possibilità di una trasformazione²⁵⁵. Come ho accennato, alcuni degli autori di questo gruppo

²⁵¹ Segnala la differenza anche R. Hirschl, *The Origins of the New Constitutionalism: Lessons from the "Old" Constitutionalism*, in S. Gill, A.C. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order*, cit., 95-96, ascrivendo ai trattati e alle organizzazioni internazionali che presidiano il mercato globale un rilievo «quasi-costituzionale» e rilevando come al *new constitutionalism* proposto da Gill manchino alcuni elementi del costituzionalismo classico, come ad es. la separazione dei poteri, un ordine gerarchico, un preambolo con contenuti ideali, pur contenendone altri, come il *judicial review*, ulteriori forme di controllo sul diritto interno e principi direttivi.

²⁵² S. Gill, A.C. Cutler, *New Constitutionalism and World Order: General Introduction*, in Id., Ead. (eds), *New Constitutionalism and World Order*, cit., 1 ss., spec. 4-6; S. Gill, *Market Civilization, New Constitutionalism and World Order*, ivi, 34 ss. Per un'estensione della logica neoliberale agli altri ambiti sociali v. P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, cit., *passim*.

²⁵³ C. May, *The Rule of Law as the Grundnorm of the New Constitutionalism*, in S. Gill, A.C. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order*, cit., 63 ss. V. anche U. Mattei, L. Nader, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Malden, 2008. Sulla concezione originaria del *rule of law* v. da ultimo A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021, 21 ss.

²⁵⁴ Sul punto v. anche M. Goldoni, *Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law*, in *Global Constitutionalism*, 2019, 89.

²⁵⁵ Le prospettive *problem solving* cercano di trovare soluzioni pragmatiche in una prospettiva graduale, senza porsi l'interrogativo né tantomeno l'obiettivo di un mutamento

appartengono a una corrente neo-gramsciana delle relazioni internazionali, che ha messo a fuoco la dialettica tra le forze sociali che strutturano le relazioni di produzione (e riproduzione), la forma di stato e l'ordine internazionale, evidenziando altresì come all'indifferenza geografica del mercato corrispondano le geografie di potere dell'egemonia²⁵⁶. Nel secondo dopoguerra, fino agli anni settanta, si sarebbe affermata una *pax americana*, caratterizzata dall'esportazione del modo fordista di produzione e consumo di massa, ma anche di alcuni meccanismi di riequilibrio economico-sociale e di un certo modello culturale. L'egemonia statunitense è stata tale anche per la capacità di coniugare gli interessi nazionali con una legittimazione attraverso l'affermazione di valori universali e il perseguimento di un benessere altrettanto universale. A partire dagli anni ottanta questo assetto sarebbe venuto gradualmente meno, a favore di un'egemonia transnazionale del capitale, veicolata da alcuni soggetti sociali (società multinazionali, imprese appaltanti e appaltatrici nelle catene mondiali del valore, intermediari finanziari, lavoratori facilmente mobili o comunque privilegiati). Si tratta, in sintesi, di ceti economici e di una classe manageriale transnazionale rispetto alla quale – questa la critica di fondo – molti esponenti delle istituzioni hanno sviluppato relazioni di «uniformità emulativa» e di «osmosi ideologica»²⁵⁷.

Nel corso degli anni settanta, l'egemonia degli Stati Uniti si è invero fatta più controversa: se alcuni hanno evidenziato il progressivo declino della sovranità americana e del connesso imperialismo in favore di un

dei rapporti sociali e di potere. Se esse sono più diffuse nei periodi di stabilità, quelle critiche riguadagnano terreno nella fasi di incertezza e fluidità, nell'ambito delle relazioni internazionali e non solo. Sulle specificità delle teorie critiche v. G.W. Anderson, *Critical Theory*, cit.; Id., *Constitutionalism as Critical Project: the Epistemological Challenge to Politics*, in S. Gill, A.C. Cutler (eds), *New Constitutionalism and World Order*, cit., 281 ss. Sulla differenza con gli approcci *problem solving* v. R. Cox, *Social Forces, States, and World Orders: Beyond International Relations Theory* (1981), in Id., T. Sinclair, *Approaches to World Order*, Cambridge, 1996, 88-91; A.D. Morton, *Unravelling Gramsci. Hegemony and Passive Revolution in the Global Economy*, London Ann Arbor, 2007, 111; S. Gill, A.C. Cutler, *New Constitutionalism and World Order: General Introduction*, cit., 2.

²⁵⁶ Cfr. F. Dini, *Mercati ed egemonie fra indifferenza geografica e geografie del potere*, in F. Frosini, F. Giasi (a cura di), *Egemonia e modernità. Gramsci in Italia e nella cultura internazionale*, Roma, 2019, 283 ss.

²⁵⁷ Cfr., con vari accenti, R. Cox, *Social Forces, States, and World Orders*, cit.; Id., *Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method*, in *Millennium. J. Intl'l. Stud.*, 1983, 169 ss.; Id., *Il pensiero di Gramsci e la questione della società civile alla fine del XX secolo*, in G. Vacca (a cura di), *Gramsci e il Novecento*, v. I, Roma, 1999, 233 ss.; S. Gill, *Gramsci, modernità e globalizzazione*, ivi, 197 ss.; A.D. Morton, *Unravelling Gramsci. Hegemony and Passive Revolution in the Global Economy*, cit., 111 ss. (ed ivi, pp. 124 e 125 per le citazioni). Su questo filone v. le ricostruzioni di M. Telò, *Note sul futuro dell'Occidente e la teoria delle relazioni internazionali*, in G. Vacca (a cura di), *Gramsci e il Novecento*, cit., 51 ss.; M. McNally, *Egemonia e relazioni internazionali: il recupero del "nazionale-popolare"*, in F. Frosini, F. Giasi (a cura di), *Egemonia e modernità*, cit., 633 ss.; G. Vacca et al. (a cura di), *Studi gramsciani nel mondo. Le relazioni internazionali*, Bologna, 2010, e i rilievi di G. Cospito, *Egemonia*, cit., 157-158.

impero senza un vero e proprio centro²⁵⁸, altri hanno parlato di una transizione dall'egemonia, contraddistinta da una compresenza di forza e consenso, al puro dominio, caratterizzato dall'uso della forza militare verso l'esterno (soprattutto in occasione dell'occupazione dell'Iraq e dell'Afghanistan e della lotta al terrorismo)²⁵⁹. Altri ancora hanno sostituito il concetto di egemonia con quello di supremazia perché, nell'accezione gramsciana, l'egemonia implica la capacità di una classe sociale di adottare una visione del mondo generale e universalizzante, tale da attrarre nel suo progetto politico altri ceti, anche subalterni, mentre ciò non sarebbe avvenuto nell'ultimo periodo con la *leadership* americana²⁶⁰. Altri infine hanno usato l'espressione egemonia in senso più generico, come sinonimo di stato forte o influente nei rapporti internazionali²⁶¹. Un punto sul quale gli esponenti del filone neo-gramsciano appaiono tuttavia divisi è quello relativo ai soggetti e allo spazio di una possibile contro-egemonia: alcuni puntano sui movimenti subalterni e sulla società civile transnazionale, altri cercano di tenere saldo il nesso tra organizzazione politica del conflitto all'interno dello stato e connessioni internazionali, adottando una prospettiva scalare in cui la dimensione nazionale non è soccombente né dominante, ma «nodale» rispetto a quella internazionale²⁶².

A questa prospettiva può essere in parte avvicinata quella di Wolfgang Streeck²⁶³. C'è sintonia con la visione imperiale e con l'egemonia statunitense, considerate come compatibili: se nel 1945 era stato avviato un imperialismo orientato allo sviluppo dei paesi periferici, a partire dagli anni settanta sarebbero prevalsi la variante neoliberale e il sostegno alla *governance* globale. Quest'ultima, per Streeck, è solo formalmente retta dai principi di multilateralismo, libero consenso e parità degli stati, mentre in realtà è guidata da un meccanismo di gerarchizzazione a favore della potenza egemone americana²⁶⁴. Da un punto di vista politico e culturale, l'egemonia è stata sostenuta sia attraverso il consolidamento di alleanze

²⁵⁸ M. Hardt, A. Negri, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, ed. orig. *Empire* (2000), Milano, 2001.

²⁵⁹ A.D. Morton, *Unravelling Gramsci. Hegemony and Passive Revolution in the Global Economy*, cit., 127, 136.

²⁶⁰ S. Gill, A.C. Cutler, *New Constitutionalism and World Order: General Introduction*, cit., 14-15.

²⁶¹ Tra gli altri v. R. Hirschl, *The Origins of the New Constitutionalism*, cit., 105-107.

²⁶² A.D. Morton, *Unravelling Gramsci. Hegemony and Passive Revolution in the Global Economy*, cit., 136. Per una ricostruzione articolata cfr. M. McNally, *Egemonia e relazioni internazionali: il recupero del "nazionale-popolare"*, in F. Frosini, F. Giasi (a cura di), *Egemonia e modernità*, cit., 633 ss.

²⁶³ Cfr. W. Streeck, *Zwischen Globalismus und Demokratie*, cit., *passim*. In linea con il pensiero neo-gramsciano sono le sue riflessioni in tema di imperialismo ed egemonia, ma anche il legame tra aspetti economici, politici e culturali dell'egemonia stessa. L'autore valorizza inoltre gli scritti di P. Anderson, uno tra i più noti (anche se non incontrovertiti) interpreti anglosassoni di Gramsci.

²⁶⁴ Ivi, 304 ss., 427.

asimmetriche tra le *élites* del centro statunitense e quelle della periferia²⁶⁵, sia tramite una narrazione del globalismo economico che ha spezzato un'altra alleanza, quella tra ceti medio e classe lavoratrice, che aveva assicurato in molti paesi la stabilità del compromesso del dopoguerra. In particolare, una parte del ceti medio di sinistra ha elaborato positivamente l'idea della globalizzazione come opportunità, cogliendo professionalmente i vantaggi dell'apertura dei mercati. Ha poi assecondato la progressiva sovrapposizione tra capitalismo e cosmopolitismo, nella misura in cui tale sovrapposizione esprime una valutazione moralmente negativa di ogni particolarismo, compresa la solidarietà richiesta all'interno di una comunità nazionale. Si è così creato l'effetto perverso per cui il rifiuto, da parte della classe lavoratrice di un vecchio paese industrializzato, di esporre il proprio salario e le proprie prospettive di occupazione alla concorrenza con lavoratori di paesi con un livello di salari più basso, viene rappresentato come «un tradimento rispetto alla tradizione socialista [della] solidarietà internazionale»²⁶⁶. Un'altra contraddizione innescata dal governo globale e giuridificato dell'economia riguarda la concezione della democrazia, che tende a essere sganciata dai conflitti reali tra i gruppi che concretamente compongono la società e dalla rappresentanza del popolo nelle istituzioni, per venire identificata con un valore morale al quale i ceti subalterni devono essere educati, con il risultato di aprire tra l'una e l'altra prospettiva un *Kulturkampf*²⁶⁷. Tali rilievi possono essere estesi, se si assume l'ottica di Streeck, anche ai principi del *rule of law* e dei diritti umani, i quali, insieme alla democrazia, formano la cd. trinità del *global constitutionalism*²⁶⁸.

Per quanto riguarda la dimensione preferenziale dell'attività politica, Streeck punta decisamente su quella statale e nazionale. Riprendendo il trilemma di Rodrick – secondo cui sono tra loro compatibili solo due ma non tre dei seguenti fattori: iperglobalizzazione, democrazia e autodeterminazione nazionale²⁶⁹ –, l'autore concorda con le tesi secondo cui la *governance* globale sfugge alla trasparenza e alla responsabilità, oltre a essere instabile e incapace di gestire le complessità. Sviluppa quindi l'idea di

²⁶⁵ Ivi, 309-310.

²⁶⁶ Ivi, 31 ss. (citazione a p. 33).

²⁶⁷ Ivi, 35 ss.

²⁶⁸ Ivi, 38-40. Per un confronto con i fautori del *global constitutionalism* v. M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., 316-317; Id., *On the History and Theory of Global Constitutionalism*, cit., 174; Id., A.F. Lang, J. Tully, A. Wiener, *How Large is the World of Global Constitutionalism?*, cit., 4, 6. Qui si parla di egemonia con prevalente riferimento al piano culturale e ideologico, ma non materiale, con qualche analogia con il primato culturale che Gramsci aveva ascrivito ai giacobini nella modernità post-rivoluzionaria. Non è un caso che questo approccio normativo richiami spesso, come *Menschenbild* di riferimento, gli individui liberi e uguali in nome dei quali si sono compiute le rivoluzioni americana e francese di fine Settecento. La dimensione giuridico-costituzionale viene isolata rispetto a quella economico-sociale e rafforzata nella sua autonomia, come peraltro in alcune interpretazioni della circolazione dei modelli.

²⁶⁹ Cfr. D. Rodrick, *La globalizzazione intelligente*, cit., XI ss., 263 ss.

uno «stato keynesiano-polanyiano», dalle dimensioni relativamente piccole (*Kleinstaaterei*), inserito all'interno di un ordine ormai non più imperiale ma multipolare e di un sistema economico regionale, in cui possa strutturarsi una confederazione omogenea retta da rapporti cooperativi. Ciò garantirebbe la partecipazione politica dei cittadini alle scelte economiche che hanno ricadute sociali e redistributive, e consentirebbe di salvaguardare le diversità delle economie e dei percorsi di costruzione delle società, nonché dei compromessi che in ciascun contesto si realizzano tra il capitale, il lavoro e altri interessi non economici²⁷⁰. Non posso dilungarmi sul lavoro di Streeck, mi limito a rilevare come anch'egli non si affranchi del tutto dal pensiero utopico – a fronte di un'opera che si professa profondamente realistica – nella misura in cui, per la risoluzione dei problemi che riguardano i cd. beni comuni globali come l'ambiente, contesta bensì i modelli di *rational choice*, ma fa poi affidamento per la loro risoluzione sulla nascita spontanea, all'interno delle singole società e a partire dalla sfera morale, di sentimenti doverosi nell'animo dei cittadini. Questi innescherebbero movimenti che trasmettono più facilmente le loro istanze alle istituzioni democratiche nazionali²⁷¹. Si tratta – mi sembra – di un orizzonte utopico rovesciato rispetto a quello fatto proprio dai fautori di una cooperazione interstatale in una prospettiva universalistica²⁷².

Ancora, seguendo questo percorso intellettuale, occorre richiamare una lettura critica del costituzionalismo globale che radica quest'ultimo nei rapporti materiali: recuperando alcune suggestioni di Gramsci, di Mortati, di Nicos Poulantzas e di altri teorici dell'istituzionalismo, sono state messe in rilievo le debolezze di un normativismo astratto e di un funzionalismo autoreferenziale, evidenziando al contempo come il nucleo del *global constitutionalism* non si risolva nelle carte dei diritti e nella giurisprudenza delle corti ma comprenda l'attività di istituzioni politiche ed economico-finanziarie che, tra il livello statale e quello inter- e sovranazionale, specie nel periodo successivo alla crisi del 2007/2008, hanno contribuito a far circolare un modello monetario e fiscale corrispondente alla forma dello stato consolidato²⁷³. Semmai, a tale proposito, si ripropone il problema del rapporto tra diritto ed economia, dell'eventuale prevalenza della seconda sul primo e della capacità di quest'ultimo di conservare una relativa autonomia.

Dinanzi a critiche così incisive, va riconosciuto ai fautori del *global constitutionalism* il merito di averle prese in considerazione e discusse, anche

²⁷⁰ W. Streeck, *Zwischen Globalismus und Demokratie*, cit., 41 ss., 414 ss., 498-500, 498 ss. Tra gli altri autori valorizzati da Streeck, oltre ad alcuni economisti e sociologi, può essere interessante ricordare Amitai Etzioni e Danilo Zolo: ivi, 500 ss. Da una prospettiva gramsciana di geografia economica cfr. F. Dini, *Mercati ed egemonie*, cit., 293 ss.

²⁷¹ W. Streeck, *Zwischen Globalismus und Demokratie*, cit., 479 ss.

²⁷² V. in particolare i lavori di P. Häberle *infra*, n. 278.

²⁷³ M. Goldoni, *Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law*, cit., 71 ss. V. anche *infra*, par. 5.1.

se la tesi di fondo è stata infine riaffermata. In particolare, con riguardo alle posizioni del *new constitutionalism*, è stata ammessa l'inclinazione neoliberale di un processo di giuridificazione internazionale guidato dai mercati globali, mentre come antidoto è stata suggerita l'immissione di più elementi sociali nel costituzionalismo globale. Si è fatto riferimento, a tale proposito, ai programmi delle Nazioni Unite contro la povertà e le diseguaglianze, incentrati sui diritti umani e sulle attività di monitoraggio, nonché all'inclusione di clausole sociali nei trattati di commercio e di investimento e all'adozione di forme di responsabilità sociale delle imprese transnazionali²⁷⁴. Rispetto a tali, pur significativi, passi in avanti, colpiscono alcuni fattori: da una parte, la codificazione in termini di diritti individuali (*righting* o *rightsification*) di questioni economico-sociali di natura macro-economica, insieme al potenziamento delle valutazioni di tipo quantitativo, sulla base di parametri che per definizione non sono neutrali²⁷⁵. Ciò non può non avere la ricaduta negativa di restringere ulteriormente gli ambiti di deliberazione collettiva intorno ad alternative nella sfera politica. Le soluzioni vengono ricercate sul piano della responsabilità giuridica (delle organizzazioni internazionali, degli stati, delle imprese), non essendovi spazi e istituzioni per far valere una responsabilità politica. Inoltre, le misure sociali, a livello transnazionale, vengono adottate soprattutto tramite strumenti di *soft law*, che hanno bensì il vantaggio di una maggiore duttilità, ma che nella pratica tendono a recedere rispetto a misure di *hard law* che proteggono più intensamente i diritti di proprietà e le libertà di contratto e impresa (eventualmente in sinergia con il diritto *soft* dei privati)²⁷⁶.

3.4. Costituzionalismo globale? La dimensione (prevalentemente) orizzontale

Questioni in parte simili si ripresentano se si osserva il costituzionalismo globale nella sua dimensione orizzontale, con riguardo, cioè, alla crescente e massiccia adozione di costituzioni e carte dei diritti, e all'istituzione di corti costituzionali, in seguito a una transizione democratica (come nei paesi dell'Europa dell'Est, in Sud Africa, in America Latina e in misura minore nel Nord Africa) o a un'evoluzione interna ad alcune specifiche aree (come nel caso del cd. *commonwealth model* in Canada, Nuova Zelanda, Israele e Regno Unito)²⁷⁷. Il fenomeno è stato descritto anche come un tratto del

²⁷⁴ A. Peters, *Global Constitutionalism. The Social Dimension*, in Ead., T. Suami, D. Venoverbeke, M. Kumm (eds), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, cit., 277 ss.

²⁷⁵ Come ammette anche la stessa Peters ivi, 291 ss. (299)

²⁷⁶ Tra gli altri v. S. Gill, A.C. Cutler, *New Constitutionalism and World Order: General Introduction*, cit., 16.

²⁷⁷ Tra i molti v. B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia L. Rev.*, 1997, 771 ss.; D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *Cal. L. Rev.*, 2011, 1163 ss.; M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia J. Int'l L.*, 2009, 987 ss. Il tema intreccia quello delle transizioni costituzionali, su

percorso potenzialmente universale di espansione dello stato costituzionale²⁷⁸. In una prima fase, dalla fine degli anni ottanta alla prima decade degli anni duemila, sembrava che la diffusione del costituzionalismo, inteso in un'accezione piuttosto robusta, fosse destinata ad avere successo, complice un contesto da fine della storia in cui era venuto meno lo stato socialista e, accanto al costituzionalismo liberaldemocratico, i meccanismi del mercato si stavano allargando sempre di più²⁷⁹. Nel corso del tempo gli approcci sono diventati tuttavia più prudenti, cambiando a tratti di segno.

Non si può negare che l'ampia diffusione di nuovi testi costituzionali sia stata una delle principali ragioni per cui, almeno a partire dalla fine degli anni novanta, negli Stati Uniti il diritto costituzionale comparato si è affermato come disciplina a sé stante²⁸⁰. L'interesse per lo svolgimento di esperienze di *constitution-making* in praticamente tutti i continenti – a partire da quella che veniva percepita come una nuova fase geopolitica – è stato manifestato da molti autori, pensando forse, alla luce del prestigio e dell'accessibilità goduti globalmente della dottrina nordamericana, di poterne influenzare il seguito. Il metodo utilizzato è stato spesso pragmatico e realistico, quando non empirico e quantitativo. Alcuni autori – adoperando un approccio che comprensibilmente incontra molte resistenze in Europa²⁸¹ – hanno “misurato” il tasso di completezza e di ideologia di tutte (!) le costituzioni scritte del mondo, mostrando la reale diffusione delle previsioni sui diritti e di quelle sugli strumenti giudiziari di tutela, ma anche la relativa “genericità”. Per una parte significativa di tali norme, cioè, non è possibile individuare una qualche specificità tra un testo costituzionale e un altro, essendo le formulazioni sostanzialmente analoghe: questo vale per molti dei diritti di cd. prima generazione (libertà religiosa, di pensiero, diritto di proprietà, principio di eguaglianza formale, accesso a un giudice, etc.), ma meno per quelli di seconda (diritti sociali) e terza

cui v. G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, 1998; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003. Suggerisce cautela nel ricorso al lessico della transizione M. Luciani, *Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento*, cit., 16-17.

²⁷⁸ P. Häberle, *Stato costituzionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2000; Id., *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*, Berlin, 2013, e più recentemente Id., *Ein afrikanisches Verfassungs- und Lesebuch – mit vergleichender Kommentierung*, Berlin, 2019; Id., *Ein lateinamerikaisches Verfassungs-, Lese-, und Lebensbuch – im Kontext einer universalen Verfassungslehre*, Berlin, 2021.

²⁷⁹ Il riferimento è ovviamente a F. Fukuyama, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, ed. orig. *The End of History and the Last Man* (1992), Torino, ebook, 2020.

²⁸⁰ Fra gli altri cfr. R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, oltre a una serie di manuali e *case books* che sono apparsi a partire dalla fine degli anni novanta, curati tra gli altri da V. Jackson e M. Tushnet, T. Ginsburg e R. Dixon, N. Dorsen, M. Rosenfeld, A. Sajo, S. Baer e S. Mancini, con partecipazione variabile di autori provenienti da altri continenti.

²⁸¹ M.C. Ponthoreau, “Global Constitutionalism”, *un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique*, in *Jus Politicum*, 2018, 122 ss.

(diritto all'ambiente, diritti speciali per determinati soggetti etc.)²⁸². Ancora, tali studi hanno mostrato come, in molti contesti, la lunghezza dei cataloghi e la presenza di organi di giustizia costituzionale o di controllo siano inversamente proporzionali al grado di effettività della tutela²⁸³. Ancora, essi hanno messo in evidenza una tendenza che, in media, procede verso l'adozione di formule e assetti ispirati a un'ideologia liberale (diritti negativi e pretesa di non interferenza verso lo stato, tutela assicurata in maniera reattiva dai giudici secondo la tradizione di *common law*), ma che è composta in realtà da due movimenti distinti: uno, quello più corposo, è appunto di matrice liberale, l'altro, che coinvolge un numero inferiore di stati ma è parimenti rilevante, sarebbe caratterizzato da una matrice "statualista": diritti di prestazione, maggiori poteri e responsabilità dello stato, obblighi reciproci degli individui, mercato organizzato più attivamente dai poteri statali. All'interno di questo secondo gruppo sono tuttavia compresenti sia paesi ritenuti più o meno autoritari (come la Corea del Nord e la Cina), sia paesi europei in cui si è sviluppato lo stato sociale (vengono menzionati la Germania, l'Italia, la Francia)²⁸⁴. I limiti di questo accostamento, invero contestato da più parti²⁸⁵, sono peraltro riconosciuti dagli stessi autori della ricerca, i quali sostengono che una più adeguata differenziazione è opportuna e può avvenire solo attraverso la considerazione di fattori extratestuali²⁸⁶. In ogni caso, mentre all'interno di ciascun insieme (paesi *libertarian* e paesi *statist*) l'omogeneità sarebbe crescente, tra i due blocchi sarebbe salita la polarizzazione²⁸⁷.

Quanto ai motivi della convergenza, sono stati individuati l'apprendimento e l'imitazione di testi riconosciuti come prestigiosi, la credibilità acquisita in ambito internazionale, gli effetti positivi derivanti dalla partecipazione a reti con altri stati, la competizione all'interno del mercato globale²⁸⁸. Diversi studiosi hanno accolto il presupposto secondo

²⁸² D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *Cal. L. Rev.*, 2011, 1194 ss. Sulla generalità v. anche D. Law, *Generic Constitutional Law*, in *Minn. L. Rev.*, 2005, 652 ss. La classificazione utilizzata da Law e Versteeg non coincide con quelle più celebri di T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, in Id., *Citizenship and Social Class and other Essays*, Cambridge, 1950, I ss. e di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, ma per i fini limitati di questo lavoro considero le differenze non rilevanti. Nel testo utilizzo il discorso sulle generazioni dei diritti: esso, tuttavia, non è privo di aspetti problematici, come ha evidenziato la relazione di Silvia Nicolai al seminario "Generazioni dei diritti fondamentali e soggettività femminile", tenutosi il 2 luglio 2021 presso l'Università Sapienza di Roma.

²⁸³ D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, cit., 1220.

²⁸⁴ Ivi, 1228.

²⁸⁵ Cfr. tra gli altri M.C. Ponthoreau, "Global Constitutionalism", *un discours doctrinal homogénéisant*, cit., 124.

²⁸⁶ D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, cit., 1229, 1246.

²⁸⁷ Ivi, 1221 ss., 1233 ss.

²⁸⁸ Ivi, 1171 ss. V. anche D. Law, *Globalization and the Future of Constitutional Rights*, in *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1277 ss.

cui gli stati competono nel mercato globale per accaparrarsi capitale e lavoratori qualificati, cercando quindi di assicurare agli investitori e ai lavoratori più istruiti e professionalizzati le condizioni migliori: da un lato garanzie per il diritto di proprietà, per la sicurezza degli investimenti e per i relativi profitti, dall'altro tutela dei diritti civili e dei diritti umani. Si tratta di un presupposto generale, che tuttavia ha delle eccezioni: non varrebbe, cioè, per quei paesi, spesso con governi autoritari, che vivono di risorse naturali o estrattive, o che per altri motivi non cercano lavoratori qualificati²⁸⁹. In questa prospettiva, e con queste eccezioni, la globalizzazione del diritto costituzionale è apparsa «inevitabile»²⁹⁰.

Non sono mancati tuttavia rilievi critici a tale impostazione, sia, a monte, nella misura in cui si sono evidenziati i limiti di indagini circoscritte al dato testuale, senza considerare il significato attribuito alla prassi²⁹¹, sia nella misura in cui si è sottolineato come quegli stessi fattori di apprendimento, competizione e credibilità internazionale possano generare una divergenza anziché una convergenza di risultati. Mentre l'imitazione per apprendimento non può dipendere solo dal "successo" (inteso in termini di efficienza) di una certa soluzione, ma è legata anche alle condizioni sociali dei paesi interessati, alla condivisione di alcuni valori di fondo e alla omogeneità e numerosità dei paesi che la hanno già adottata, la competizione può dar luogo a scelte divergenti, sia perché migranti e investitori hanno al loro interno preferenze diverse, sia perché queste possono confliggere con concezioni del bene comune da parte della comunità nazionale, sia perché a volte vengono ritagliate *enclaves*, all'interno di stati non propriamente democratici, di maggior tutela per investitori e lavoratori qualificati, innescando discriminazioni rispetto ai cittadini residenti²⁹². Per quanto concerne gli adeguamenti costituzionali approvati in funzione di una maggiore accettazione nell'ambito delle reti internazionali, essi sono stati a volte volontari, altre volte hanno rappresentato la conseguenza di coercizioni indirette esercitate da paesi politicamente ed economicamente più potenti (che ad esempio vi hanno subordinato la concessione di aiuti finanziari). Anche in questo caso, però, le convergenze appaiono più sfumate: se all'epoca della guerra fredda queste seguivano due linee principali (quella della democrazia, almeno formale, per per i paesi rientranti nella sfera di influenza americana, e quella dello stato socialista, per i paesi vicini all'URSS), nel periodo successivo al crollo comunista non può davvero dirsi che si sia affermata un'armonizzazione

²⁸⁹ Ivi, 1340 ss.; D.S. Law, M. Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, cit., 1175 ss.; M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia J. Int'l L.*, 2009, 991 ss.

²⁹⁰ Ivi, 1004, 1006.

²⁹¹ Cfr. rispettivamente V. Perju, *Cosmopolitanism in Constitutional Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 2013, 737-738; R. Dixon, E.A. Posner, *The Limits of Constitutional Convergence*, 2011, 422-423.

²⁹² Ivi, 411 ss., 418 ss.

secondo modelli occidentali. Piuttosto, si è osservata la comparsa di altri modelli politico-economici, come quello cinese, che hanno offerto protezione a paesi che altrimenti sarebbero rimasti isolati, oppure l'ascesa di altri modelli giuridico-culturali, come quelli dei paesi islamici²⁹³. Quanto poi a misure coercitive più dirette – come ad esempio l'intervento militare – sono stati evidenziati non solo gli elevati costi in termini economici e le difficoltà di monitorare l'effettiva attuazione di norme o protocolli di condizionalità, ma soprattutto la resistenza da parte delle popolazioni locali, che rende difficile una interiorizzazione di principi e istituti nell'ordinamento di destinazione²⁹⁴.

Tra le prospettive statunitensi va infine ricordata quella di Bruce Ackerman, uno tra i primi a cogliere, nella seconda metà degli anni novanta, la diffusione di un *world constitutionalism* e gli insegnamenti che ne sarebbero potuti derivare (anche) per un'interpretazione della costituzione statunitense²⁹⁵. Nel 2019 è stato pubblicato il volume che prosegue quella riflessione, dedicato alle "Costituzioni rivoluzionarie", il primo di una trilogia da completare²⁹⁶. Il suo approccio si distingue da quelli appena richiamati, per un rifiuto tanto della comparazione e delle ricostruzioni della globalizzazione sulla scorta dei *trends* giurisprudenziali, ritenute troppo anguste, quanto delle interpretazioni dei processi di *constitution-making* secondo gli schemi utilitaristici incentrati sull'attore razionale e sulla negoziazione di interessi. Questi ultimi, in particolare, non terrebbero conto delle esperienze idealmente motivate degli attivisti, dei partiti e di quella parte di popolazione che ha lottato per la costituzione e sostenuto storicamente il compromesso che ne è alla base²⁹⁷. Ackerman mantiene però l'attenzione sulle dinamiche di *constitution-making* – quindi sul potere costituente, anche se questo concetto non appartiene al suo vocabolario abituale – rileggendole alla luce degli idealtipi weberiani, attraverso tre *pathways* (*revolutionary*, *establishmentarian* ed *élite*), nei quali rientrerebbero le diverse costituzioni del mondo. Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente il senso del progetto ackermaniano, che è stato oggetto di apprezzamenti ma anche di perplessità, relative a una separazione troppo rigida tra le tre tipologie, a una ricostruzione forzata di alcuni passaggi storici, e al modo in cui l'autore adopera i concetti di costituzionalismo e di *rule of law*²⁹⁸. È però importante sottolineare come la sua classificazione spari gli quelle più tradizionali, poiché si focalizza sui regimi e crea un nesso

²⁹³ Ivi, 416. Su questi aspetti v. anche *infra*, parr. 5.3 e 5.4.

²⁹⁴ Ivi, 414 ss.

²⁹⁵ B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, cit.

²⁹⁶ Id., *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge Mass., 2019.

²⁹⁷ Ivi, 37 ss.

²⁹⁸ Cfr. per tutti, anche con riferimento ai lavori precedenti di Ackerman, R. Albert (ed.), *Revolutionary Constitutionalism. Law, Legitimacy, Power*, Oxford, 2020 e i contributi pubblicati su *Italian Journal of Public Law*, 1/2020.

interno tra la fase di elaborazione della costituzione e quelle, successive, dove più o meno gradualmente le istituzioni si consolidano. Si tratta di una prospettiva attenta alle culture costituzionali e soprattutto politiche²⁹⁹. Al contempo, però, le costituzioni ascrivibili a uno dei tre gruppi possono offrire insegnamenti alle altre appartenenti al medesimo gruppo. Uno degli argomenti chiave di Ackerman è che la costituzione statunitense avrebbe molto da imparare dalle *revolutionary constitutions* europee, indiana e sudafricana, per quanto riguarda l'inserimento nel *Bill of Rights* dei diritti sociali. Il fallimento, da parte di Franklin D. Roosevelt e di una forte maggioranza democratica, di costituzionalizzare i diritti sociali, preferendo la strategia del *court-packing* (poi superata dall'inversione dell'orientamento giurisprudenziale della Corte Suprema), spiega a suo avviso molti aspetti dell'eccezionalismo americano, a cominciare dal consolidamento di un indirizzo interpretativo originalista contrapposto al *living constitutionalism*³⁰⁰. Le migrazioni delle idee costituzionali – questo un assunto implicito delle tesi ackermaniane – avrebbero quindi un senso tra costituzioni nate attraverso un *pathway* simile, ereditando da esso analoghi problemi di legittimazione, indipendentemente dal potere o dall'egemonia esercitata da uno o più paesi sugli altri, almeno in astratto.

Una prospettiva in parte diversa da quelle statunitensi si è sviluppata in Europa, focalizzata maggiormente sugli aspetti culturali in senso ampio: qui è stata più marcata l'attenzione per la tensione intrinseca tra il polo dell'unità e quello del pluralità, una tensione che affonda le sue radici nella storia e che è riflessa nelle elaborazioni del pensiero politico, dove si sono avvicendate e sovrapposte le tradizioni del razionalismo illuministico e cosmopolitico, da un lato, e quella dello storicismo romantico e nazionalista, dall'altro³⁰¹. All'interno di questa tensione, alcuni autori, pur valorizzando la presenza di culture costituzionali diverse, hanno sottolineato maggiormente l'aspirazione universalistica dello stato costituzionale, definito "cooperativo" in quanto aperto alla cooperazione con altri stati e fondato sulla pace come premessa e obiettivo della sua azione. Hanno quindi ravvisato la presenza di un insieme di costituzioni parziali che si integrano reciprocamente, a livello nazionale, sovra- e inter-nazionale. Con riferimento ad alcune aree, segnatamente quella europea e quella latinoamericana, hanno altresì messo in risalto la formazione di un diritto comune costituito da principi³⁰². Altri autori, da una prospettiva in parte

²⁹⁹ Sul filone statunitense della *constitutional culture* rimando, se si vuole, ad A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia, comparazione*, cit., 92 ss.

³⁰⁰ B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions*, cit., 361 ss.

³⁰¹ V. *supra*, n. 278 e P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 51 ss.

³⁰² È soprattutto la posizione di P. Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*, cit.; Id., *Ein afrikanisches Verfassungs- und Lesebuch*, cit.; Id., *Ein lateinamerikainsches Verfassungs-, Lese-, und Lebensbuch*, cit.; Id., *Die "Kultur des Friedens" – Thema der universalen Verfassungslehre. Oder: das Prinzip Frieden*, Berlin, 2017. Per ulteriori riferimenti cfr., se si vuole, A. Di Martino, *Il territorio. Dallo stato-nazione alla globalizzazione*, cit., 295 ss. Sulla

diversa, hanno sottolineato il valore della comparazione differenziale rispetto a quella unificante, contestando le dottrine del costituzionalismo globale, che tendono ad adagiarsi su generiche affermazioni di uniformità, invece di mettere in luce variazioni e resistenze legate alle culture costituzionali, alle tradizioni economiche locali o regionali e agli assetti geopolitici³⁰³. Tali dottrine sono state viste altresì come un veicolo per l'espansione del modello americano³⁰⁴.

Se, a ogni modo, si accoglie la tesi di una diffusione (relativamente) maggiore di testi e contenuti costituzionali sui diritti individuali e sulla loro tutela, ci si può interrogare su quale sia la loro ispirazione ideologica. Mentre inizialmente questa è apparsa più incerta³⁰⁵, nel corso del tempo si è delineata una sintonia tra costituzionalismo globale e ideologia neoliberale: non una vera e propria sovrapposizione, ma una complementarità e una «affinità elettiva» tra l'uno e l'altra. In particolare, si è sottolineato come, se è vero che il costituzionalismo globale non è *a priori* ostile ai diritti di seconda generazione, è altresì vero che esso tende a privilegiare quelli di prima generazione, in particolare il diritto di proprietà, sia nel momento iniziale della codificazione, sia in quello successivo di un eventuale conflitto con i diritti di seconda e terza generazione, più legati ai bisogni delle popolazioni del sud del mondo. Naturalmente il giudizio può essere sfumato, anche alla luce della giurisprudenza che in nome di alcuni diritti sociali o diritti acquisiti ha cercato di contrastare gli indirizzi economici dominanti: in questo caso, però, si tratterebbe di un rallentamento e non di una inversione di rotta³⁰⁶. Sempre da una prospettiva realistica, con un taglio più politologico, va ricordata la posizione secondo cui la centralità di corti e carte, tipica del costituzionalismo globale, avrebbe avuto la funzione prioritaria di assicurare le *élites* politiche ed economiche, deboli o in declino,

delimitazione di uno *ius commune* in America Latina v. anche, da un'altra angolatura, A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, 2017.

³⁰³ M.C. Ponthoreau, "Global Constitutionalism", *un discours doctrinal homogénéisant*, cit., 105 ss. V. altresì G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, cit.; L. Pegoraro, *Constitución del derecho y cultura constitucional*, cit., 34 ss.

³⁰⁴ Cfr. M.C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., 353.

³⁰⁵ M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, cit., 999, parlava della potenziale convergenza verso un «liberalismo social-democratico», alla luce di una sorta di movimento *top-down* dovuto al riconoscimento, da parte di alcune organizzazioni economiche internazionali, degli effetti benefici, a lungo termine, degli investimenti in educazione e sanità. E, tuttavia, altri studiosi avevano già evidenziato un nesso tra la liberalizzazione dei mercati, tipica della globalizzazione, e la transnazionalizzazione dei diritti, nella misura in cui la prima si è servita strumentalmente della seconda: cfr. C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, in *Oxf. J. L. St.*, 2000, 531.

³⁰⁶ M. Tushnet, *The Globalisation of Constitutional Law as a Weakly Neo-Liberal Project*, in *Global Constitutionalism*, 2019, 29 ss., 38 (30); A. Shinar, *The Ideologies of Global Constitutionalism*, in *Glob. Const.*, 2019, 18 ss. Il riferimento è, tra l'altro, alle misure anticrisi europee, su cui v. *infra*, par. 5.1.

dinanzi al rischio di evoluzioni costituzionali indesiderate, quali esito di processi democratici non prevedibili³⁰⁷.

Occorre rilevare infine come, negli anni più recenti, si siano sviluppate forme di resistenza verso la globalizzazione economica e, di riflesso, verso alcuni aspetti del costituzionalismo globale, segnatamente con riguardo a una retorica universalistica dei diritti, prevalentemente astratta, individualistica e liberale, indifferente ai legami e alle esigenze delle comunità territoriali. In particolare, Doreen Lustig e Joseph H.H. Weiler hanno formulato, rielaborando gli studi di Mauro Cappelletti, l'ipotesi di una «terza ondata di *judicial review*». Essa avrebbe fatto seguito a una prima ondata – avviatasi più timidamente nel primo dopoguerra e dispiegatasi nel secondo, con ulteriori crescite nelle successive transizioni –, volta a rafforzare i diritti fondamentali e la protezione delle minoranze (ma non mancano, anche a tale riguardo, spiegazioni in chiave egemonica, funzionalistica, e/o strategica). Parallelamente alla prima si sarebbe innalzata una seconda ondata, consolidatasi negli anni novanta e caratterizzata da una marcata apertura verso il diritto sovranazionale e internazionale, spesso prevalenti rispetto a quello interno. La terza ondata avrebbe invece preso corpo nell'ultimo decennio, anche se alcuni elementi sarebbero affiorati più sporadicamente in precedenza. Andrebbe interpretata come una reazione (un *backlash*, per usare un termine oggi in voga) alle prime due, la cui giurisprudenza avrebbe contribuito a ridimensionare altre aspirazioni e componenti culturali del costituzionalismo³⁰⁸. In particolare, l'enfasi sui diritti individuali – o meglio, sulla dimensione individuale dei diritti fondamentali – avrebbe trascurato alcune matrici ideali e pratiche del costituzionalismo legate a un'immagine dell'essere umano plasmata attraverso legami e interazioni sociali, a loro volta più inclini a valorizzare la dimensione istituzionale dei diritti, che innesta su di essi anche posizioni obbliganti e vincoli di responsabilità³⁰⁹. Si tratta, in particolare, del repubblicanesimo, che valorizza le virtù civiche e partecipative dei cittadini, del comunitarismo, che rileva l'importanza dei fattori di appartenenza culturale, e del solidarismo redistributivo, che invoca la garanzia, effettiva e trasversale, di presupposti materiali per poter condurre un'esistenza degna, esercitare le libertà e partecipare alla vita democratica della comunità³¹⁰. La conseguenza, per gli sviluppi più recenti

³⁰⁷ R. Hirschl, *The Origins of the New Constitutionalism*, cit., 95 ss.; Id., *Towards Juristocracy*, cit.

³⁰⁸ D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 318 ss.

³⁰⁹ Inserisco, nell'ambito della riflessione di Lustig e Weiler, un'integrazione relativa alle dimensioni dei diritti fondamentali (assiologica, di partecipazione, prestazione, organizzativo-procedurale, relativa agli obblighi di protezione e all'efficacia nei rapporti verso privati): un aspetto importante nella dogmatica tedesca dei *Grundrechte*, recepito con alcune variazioni anche in Italia. Sul tema sia consentito il rinvio ad A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016.

³¹⁰ D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 339 ss.

della giustizia costituzionale e dei diritti, è appunto l'avanzare di una terza ondata, in cui le corti costituzionali si mostrano più sensibili verso queste ultime esigenze. A ben vedere, si tratta di spinte non sempre convergenti, che potrebbero dar luogo a qualche tensione interna, e che tuttavia sono state lette come manifestazione di una «svolta identitaria» (*identity turn*): senza pretesa di completezza, sono emblematiche di questo nuovo corso le decisioni di alcune corti supreme e costituzionali che hanno affermato la non incostituzionalità di norme culturalmente controverse, sulla base di valori ritenuti conformi alla cultura tradizionale, nonché le sentenze di corti che hanno limitato o rifiutato l'esecuzione di sentenze di tribunali internazionali o sovranazionali, in nome del rispetto del principio democratico o di altri principi costituzionali interni³¹¹. Come si vedrà (*infra*, par. 4.1), anche la serie giurisprudenziale di diverse corti europee in tema di identità costituzionale può essere inserita in questo gruppo, mentre ulteriori episodi significativi si sono avuti in altre aree, in tempi e modi diversi, con il coinvolgimento più o meno ampio del processo politico: gli scontri tra le corti interne e le corti internazionali hanno riguardato molti paesi, collocati in tutti i continenti e retti da regimi politico-costituzionali diversi; in alcuni (pochi) di essi, come il Venezuela o lo Zimbabwe, si è arrivati al ritiro dai paesi dalla Convenzioni regionali e dalle rispettive giurisdizioni; in altri, come il Sud Africa e il Burundi, è stato minacciato il ritiro dalla Convenzione istitutiva del Tribunale penale internazionale; in altri, infine, come la Russia, si è passati da un aspro conflitto giurisprudenziale ad alcune riforme costituzionali (la ultima, più comprensiva, è del 2020) che hanno vietato l'esecuzione nell'ordinamento russo di decisioni di tribunali internazionali contrastanti con la costituzione (artt. 79 e 125 Cost. Fed. russa)³¹².

³¹¹ Ivi, 345 ss. Anche la saga giurisprudenziale *Kadi* viene letta in questa prospettiva (ivi, 346 ss.). Nel contesto italiano, può considerarsi parte di questa tendenza il parziale riaccostamento del giudizio di costituzionalità, su cui v. D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accostamento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.

³¹² Cfr. D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 351 ss., v. inoltre R.S. Madsen, P. Cebulak, M. Wiebush, *Backlash against International Courts. Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, in *iCourts WP Series* n. 118/2018; R. Hirschl, *Opting Out from "Global Constitutionalism"*, cit, 13 ss.; Id., A. Shachar, *Spatial Statism*, cit., 433 ss. Per un ampio quadro comparativo di decisioni di corti interne che hanno contestato, con diversi gradi di selettività e articolazione argomentativa, la prevalenza del diritto internazionale, cfr., muovendo da una prospettiva internazionalistica, F.M. Palombino (ed.), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, 2019. Quanto agli altri paesi, è significativa la sentenza della Corte Suprema argentina del 14-2-2017, sui limiti di ottemperanza a un giudizio della Corte interamericana: cfr. J. Contesse, *Judicial Backlash in Inter-American Human Rights Law?*, in *IConnectblog.com* (2-3-2017). Il Venezuela ha denunciato la Convenzione interamericana e si è sottratto alla giurisdizione della Corte interamericana nel 2012; l'uscita dello Zimbabwe dalla sfera giurisdizionale del Tribunale dell'Africa meridionale è del 2008, dopo una sentenza di quel Tribunale che aveva censurato, sulla base del *due process* e del principio di antidiscriminazione, norme interne sull'espropriazione di alcune terre ai coltivatori bianchi;

Questa ricostruzione è in sintonia con il modello di uno «statualismo spaziale» (*spatial statism*), relativo alla riemersione della cornice territoriale statale come ambito prioritario di alcuni fenomeni politici, giuridici e costituzionali, non limitati a un singolo paese ma diffusi in varie parti del globo. Anche il rafforzamento della spazialità dello stato territoriale sarebbe da interpretare come reazione alle ricadute negative della globalizzazione economica e di una *governance* transnazionale poco rispondente ai canoni democratici, nonché alle elementari esigenze di cittadini e lavoratori la cui vita si svolge in luoghi determinati³¹³. La dialettica tra globale e locale privilegia qui la dimensione nazionale e statale: si può cogliere, ad esempio, nelle politiche migratorie restrittive che hanno ridotto l'accesso al territorio dello stato o hanno dislocato i confini statali in paesi terzi o nelle aree internazionali degli aeroporti; nella regolamentazione degli spazi pubblici nel senso di escludere l'esercizio della libertà religiosa per gli individui appartenenti a confessioni minoritarie o nell'imposizione di simboli o pratiche considerate maggioritarie; nell'ascesa di forze populiste di vario segno, sostenute dai cittadini che hanno maggiormente sofferto l'esposizione alla competizione del mercato globale, ritrovandosi impoveriti e/o disoccupati³¹⁴. Per quanto concerne i primi due fenomeni, essi si sono sostanziati nell'adozione di misure simili tra diversi paesi, assunte per lo più attraverso la fonte legislativa, non censurate (o poco censurate) dalle corti sovranazionali³¹⁵. Uno sviluppo analogo si era osservato, all'inizio degli anni duemila, con riguardo all'approvazione di misure antiterrorismo dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, adottate sia con atti internazionali, sia, a livello interno, con leggi formali o fonti dell'esecutivo, o ancora appoggiate su risoluzioni parlamentari spesso formulate in termini generici, seguite da ordinanze o regolamenti più dettagliati dei governi. Allora, tuttavia, diverse corti supreme e costituzionali erano intervenute a correggere, attraverso il principio di proporzionalità, i risvolti più restrittivi di tali misure³¹⁶. Per quanto

il ritiro delle Filippine dal Tribunale penale internazionale è del 2019. Sul caso russo v. da ultimo e ampiamente S. Gianello, *La complessa relazione tra la Federazione russa e la CEDU alla luce della riforma costituzionale del 2020*, in *DPCEonline*, II/2021, 1635 ss.

³¹³ Il tema richiederebbe un approfondimento del significato della statualità nelle diverse culture costituzionali, che rimando ad altra sede.

³¹⁴ R. Hirschl, A. Shachar, *Spatial Statism*, cit., *passim*.

³¹⁵ Questo vale anche per le leggi sull'uso dei simboli religiosi ispirate al principio della *laïcité*, come in Francia e in Belgio e, in anni meno recenti, in Turchia: cfr., tra le altre, Corte EDU, *Sahin c. Turchia*, sent. 10 novembre 2005, n. 44774/98; *Lautsi c. Italia*, sent. 18 marzo 2011, n. 30814/06; *S.A.S. c. Francia*, sent. 1 luglio 2014, n. 43835/11; *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, sent. 11 luglio 2017, n. 37798/13; *Dakir c. Belgio*, sent. 11 luglio 2017, n. 4619/12. Ma v., per l'ordinamento dell'Unione europea, CGUE, sentt. 14 marzo 2017, *Achbita c. GAS*, C-157/15 e *Bouganoui, ADHH v. Micropole SA*, C-188/15, nei cui bilanciamenti una posizione di rilievo è occupata dalla libertà di impresa.

³¹⁶ Cfr. K.L. Scheppele, *The Migration of Anti-Constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency*, in S. Choudhry (ed.), *The Migration of*

concerne il successo delle forze populiste, esso non può essere spiegato solo come un fenomeno di circolazione giuridica, avendo radici negli ambienti sociali, economici e culturali dei vari paesi. Ma può essere visto anche come una reazione trasversale agli eccessi del neoliberalismo, al quale si risponde con una critica feroce contro l'*establishment*, con una concezione monolitica del popolo di cui si rimuovono i tratti pluralistici, e con il rifiuto delle istituzioni rappresentative. Si è fatta altresì la distinzione tra un populismo di destra e uno di sinistra, anche se occorrerebbe essere cauti con le generalizzazioni e tenere presenti i condizionamenti provenienti dalla storia e dalla cultura politica di ciascun contesto. All'interno dell'uno o dell'altro si possono attivare meccanismi di imitazione di idee e soluzioni giuridiche. Sul populismo di sinistra – ma la definizione non mi sembra del tutto calzante – rimando ai cenni che si faranno a proposito del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano, dove esso è intrecciato a forti spinte per la valorizzazione della plurinazionalità e dell'interculturalità e per l'ampliamento della partecipazione attiva dei cittadini (*infra*, par. 5.2). Quanto al populismo di destra, la diffusione di idee autoritarie e di concezioni assorbenti e compatte del popolo e della comunità nazionale è stata il collante per l'approvazione di misure che hanno indebolito il principio di separazione dei poteri e ristretto le libertà fondamentali, soprattutto di potenziali oppositori, minoranze, donne e migranti. La vicenda che in Europa ha riguardato l'Ungheria e la Polonia – la prima un'ispirazione per la seconda – è notoriamente un caso emblematico³¹⁷.

Constitutional Ideas, cit., 347 ss.; K. Roach, *The Post-11 Migration of Britain's Terrorism Act 2000*, ivi, 374 ss.; Id., *Comparative Constitutional Law and the Challenges of Terrorism Law*, in T. Ginsburg, R. Dixon (ed.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 532 ss.; T. Groppi, *Il dialogo tra Corti in materia di antiterrorismo: strategia giurisprudenziale o convergenza culturale?* (2011), in Ead., *Menopoggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2020, 293 ss. Per una panoramica generale v. A. Torre (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello stato*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

³¹⁷ La letteratura sui populismi si interseca in parte con quella sul regresso democratico e sui regimi autoritari (o costituzionali-autoritari): v. almeno M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018; T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How To Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018; e il fascicolo monografico III/2020 di *DPCE online* e *infra*, nn. 375, 380. Sul populismo cfr. almeno, in una bibliografia ormai sterminata, N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020; J.W. Müller, *Cos'è il populismo?*, ed. orig. *What is Populism?*, Milano, 2017, e in prospettiva storico-comparativa P. Rosanvallon, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, 2020. Sulla circolazione in Ungheria, Polonia e Turchia del modello della democrazia illiberale, con riferimento particolare agli aspetti della giurisdizione, v. E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale*, cit., 85 ss., 219 ss. Su Ungheria e Polonia v. altresì, tra i molti, J. Sawicki, *L'erosione democratica del costituzionalismo liberale: esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020; A. Di Gregorio (con la collaborazione di A. Angeli e J. Sawicki), *Il costituzionalismo "malato" di Ungheria e Polonia*, in Ead. (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale baltica e balcanica*, Milano, 2019, pp. 365 ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE online*, 3/2020, pp. 3999 ss.; G. Halmai, *A Coup Against Constitutional Democracy: The Case of Hungary*, in M.A. Graber, S. Levinson, M.

4. Quanto è “globale” la circolazione del formante giurisprudenziale? Argomento comparativo e comunicazione tra le corti

Molta letteratura sulla circolazione di modelli nel contesto della globalizzazione ha riguardato l'uso dell'argomento comparativo da parte dei giudici, mettendo in rilievo una interazione più frequente tra le giurisdizioni, con percorsi apparentemente svincolati dai canali di influenza tipici della colonizzazione o della guerra fredda³¹⁸. Si è così parlato di una «comunicazione trans-giudiziale»³¹⁹, laddove le prime tesi in proposito facevano leva sulla formazione di una rete transnazionale di giudici, costituzionali e non solo, tenuta in vita da incontri periodici e confronti costanti. L'appartenenza a questa comunità giudiziale avrebbe favorito l'adozione di soluzioni omogenee a livello applicativo³²⁰. Molti lavori dottrinali sono stati alimentati da contributi di autori statunitensi (o comunque intervenuti su riviste americane), a loro volta accresciutisi in seguito al dibattito che si è aperto all'interno della Corte Suprema, tra la fine degli anni novanta e l'inizio degli anni duemila, sull'uso dei precedenti stranieri da parte della Corte stessa, dopo alcuni celebri casi che erano sembrati segnare una parziale inversione di tendenza rispetto all'atteggiamento autoreferenziale fino ad allora prevalente³²¹. Ma il tema

Tushnet (eds), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford, 2018, 243 ss.; W. Sadurski, *Constitutional Crisis in Poland*, ivi, 257 ss.

³¹⁸ Cfr., criticamente, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, 19.

³¹⁹ A.M. Slaughter, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *U. Rich. L. Rev.*, 1994, 99 ss. ma le formule impiegate sono molte, tra queste anche la *cross-fertilization*.

³²⁰ Ivi; Ead., *A Global Community of Courts*, in *Harv. Int'l L. J.* 2003, 191 aa. (v. anche *supra*, n. 162).

³²¹ Cfr. almeno U.S. S.Ct., *Printz v. United States*, 521 U.S. 898(1997) ed ivi, 976 ss., Breyer dissenting; *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002) ed ivi, 337 ss., Scalia dissenting; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), ed ivi, 586 ss., Scalia dissenting; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), ed ivi, Scalia dissenting; [S. Breyer, A. Scalia], *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: a Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *ICon*, 2005, 519 ss. Nella vastissima letteratura v. almeno S. Choudhry, *Globalization in Search of Justification*, cit., 819 ss.; Id., *Migration as a New Methaphor in Comparative Constitutional Law*, cit., 1 ss.; R. Hirschl, *Comparative Matters*, cit., 20 ss.; M. Tushnet, *Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: an Episode in the Culture Wars*, in *Balt. L. R.*, 2006, 299 ss.; J. Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harv. L. Rev.*, 2005, 129 ss.; V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010; V. Perju, *Cosmopolitanism in Constitutional Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 2013, 711 ss.; G.F. Ferrari, *Legal Comparison Within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, in Id., *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019, 94 ss.; Id., *La comparazione giuridica nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in Id., A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, 307 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 125 ss.; Ead., *United States of America: First Cautious Attempts of Judicial Use of Foreign Precedents in the Supreme Court's Jurisprudence*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign*

ha destato grande interesse anche fuori dagli Stati Uniti, per un ricorso frequente a questo tipo di argomentazione da parte di altri tribunali di recente istituzione o chiamati a interpretare nuove carte dei diritti, come nel caso della Corte costituzionale sudafricana e della Corte Suprema canadese³²².

Se si assume uno spettro ampio di analisi, nel tempo e nello spazio, nei molti lavori sul tema emergono i seguenti interrogativi: qual è la legittimazione di tale prassi? A quali fini si citano i precedenti stranieri? C'è differenza tra richiamare semplicemente un precedente straniero e svolgere un'analisi comparativa articolata? È rilevante anche la comparazione implicita? Da quali ordinamenti provengono i precedenti richiamati, e come si scelgono? Qual è il verso della circolazione?³²³

Anche a tale proposito, un'attenzione alle culture costituzionali consente di avere un quadro più articolato della questione. Alcuni autori provenienti dalla tradizione di *civil law*, alla luce di un'analisi empirica, hanno evidenziato dati importanti, relativi a una delimitazione territoriale del fenomeno in questione, che per questo non si potrebbe definire davvero "globale" o "cosmopolitico". In primo luogo, le aree del mondo che non condividono il costituzionalismo liberale di impronta occidentale sono

Precedents by Constitutional Judges, Oxford Portland, 2013, 393 ss.

³²² Su cui cfr. rispettivamente A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DPCE*, I/2007, 479 ss.; A. Rinella, V. Cardinale, *The Comparative Legal Tool-Kit of the Constitutional Court of South Africa*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 217 ss.; A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., 379 ss.; C. Rautenbach, *South Africa: Teaching an "Old Dog" New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010)*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., 185 ss., e S. Volterra, *La giurisprudenza statunitense nelle pronunce della Corte Suprema federale del Canada*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, v. I, Milano, 1984, 485 ss.; N. Olivetti Rason, S. Pennicino, *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 140 ss.; N. Olivetti Rason, *La comparazione nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., 345 ss.; G. Gentili, *Canada: Protecting Rights in a "Worldwide Rights Culture". An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010)*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., 39 ss.; A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali*, cit., 137 ss.

³²³ Tra i lavori comparativi ad ampio spettro che si pongono questi interrogativi v. almeno G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit.; Id., A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit.; T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit.; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., nonché A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001; B. Markesinis, J. Fedtke, *Engaging with Foreign Law*, Oxford, 2009; M. Andenas, D. Fairgrieve (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015. È chiaro che l'uso della comparazione da parte del giudice è più frequente in ambito civilistico, anche in ragione della rilevanza applicativa del diritto internazionale privato.

escluse: se alcuni paesi, come quelli di tradizione islamica e la Cina, non compaiono normalmente nelle ricognizioni, altri paesi, come la Russia, mantengono comunque un atteggiamento di maggiore chiusura. Lo stesso può dirsi per il Giappone, influenzato dal costituzionalismo occidentale ma ben radicato in una tradizione asiatica e con forti spinte nazionali³²⁴. Esistono poi circolazioni all'interno di aree regionali ampie, come quella dell'Africa australe, con il Sud Africa in posizione di guida, dove sul formante giurisprudenziale (che ha recepito tecniche di *common law*) si è innestato quello dottrinale (espressione soprattutto del diritto romano-olandese), e quello consuetudinario locale ha interagito con la costituzione, consolidando una tradizione giuridica relativamente autonoma³²⁵.

In secondo luogo, un “dialogo” giurisprudenziale, ossia un effettivo scambio e confronto tra corti di ordinamenti diversi, attraverso il richiamo dei rispettivi precedenti, può essere provato solo con riferimento all'area di *common law* e agli ordinamenti cd. misti, per ragioni legate alla condivisione di una tradizione giuridica e/o del passato coloniale. I paesi appartenenti al *Commonwealth* britannico, infatti, hanno in comune una storia e un ambiente culturale in cui il *Privy Council* inglese era il giudice comune di ultima istanza e faceva riferimento a precedenti provenienti da tutte le parti dell'Impero, spingendo i giudici inferiori a fare altrettanto. Con l'indipendenza dall'Inghilterra, sono diminuiti i riferimenti ai precedenti inglesi e sono aumentati quelli ad altri paesi del *Commonwealth*, nonché agli Stati Uniti. I precedenti americani vengono citati per ragioni linguistiche, perché sono integrati nel *common law* e per l'influenza politica e culturale che questo paese esercita anche sul piano dell'educazione giuridica. Diverso è il quadro nei paesi a tradizione di *civil law*, sia perché l'organizzazione dei rapporti con le ex-colonie ha seguito altri modelli, sia perché il sistema delle fonti è più chiuso rispetto a quello di *common law*, sia perché lo stile delle sentenze è più assertivo e deduttivo, meno incline ad accogliere elementi esterni³²⁶. In questi ultimi contesti, inoltre, non ci sarebbe tanto un dialogo bi-direzionale, quanto piuttosto dei richiami unilaterali ad alcuni precedenti, o ancora un uso implicito della comparazione³²⁷. Quanto alla

³²⁴ Per la constatazione generale v. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 11-12; C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?*, cit., 517-518. Sulla Russia cfr. M. Mazza, *The Russian Constitutional Court and the Judicial Use of Comparative Law: A Problematic Relationship*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 531 ss.; sul Giappone v. A. Ejima, *Use of Foreign and Comparative Law by the Supreme Court of Japan*, ivi, 800 ss. ed ivi, 808 ss., alcune aperture a partire dal 2008.

³²⁵ Cfr. M. Nicolini, *L'altra law of the land*, cit., *passim*.

³²⁶ Per alcune considerazioni d'insieme v. T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future*, in Ead., Ead., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., 411 ss., spec. 428-429; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 17 ss., 97 ss. Cfr. anche V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in A Transnational Era*, cit., 96.

³²⁷ G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 97-104.

comparazione implicita, talora esclusa dalle indagini perché più difficile da decifrare, se da un lato può condividersi la critica a operazioni che avverrebbero in maniera poco trasparente e potenzialmente manipolatoria³²⁸, dall'altro occorre ricordare che attraverso di esse passano itinerari comparativi e culturali importanti³²⁹, dei quali ci si può rendere conto confrontando le strutture argomentative e dogmatiche di alcune decisioni e conoscendo i percorsi di formativi dei giudici costituzionali. Tra gli esempi più noti, mi limito a richiamare la giurisprudenza sulla dignità della corte ungherese nella sua fase iniziale, ispirata a quella tedesca, e quella italiana sul diritto alla riservatezza, con molte assonanze rispetto al concetto statunitense di *privacy*³³⁰. Ma anche il riferimento unilaterale al diritto straniero può essere significativo, perché indice di un'apertura alla comunicazione di un'esperienza giuridica verso un'altra³³¹.

Ancora, un'attenzione per la specificità delle culture costituzionali consente di spiegare come mai alcune questioni siano risultate più problematiche in certi contesti piuttosto che in altri. Negli Stati Uniti, ad esempio, la legittimazione democratica del ricorso al precedente straniero si è rivelata di nuovo la domanda più spinosa, ponendosi al crocevia di varie *culture wars*³³². Posta con varie formulazioni da Scalia nei suoi *dissents*, e

³²⁸ Cfr. T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *Conclusion*, cit., 423, 426 ss.; G.F. Ferrari, *Introduction: Judicial Constitutional Comparison and Its Varieties*, in Id. (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 22-23; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 143 ss.

³²⁹ Cfr. P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 299-300. Sulla specificità della circolazione di modelli stranieri attraverso la giurisprudenza, nelle cui motivazioni non sempre si palesano le fonti e i passaggi intellettuali v. G.F. Ferrari, A. Gambaro, *Le Corti nazionali ed il diritto comparato*, in Id., Id. (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., VIII-IX.

³³⁰ V. rispettivamente C. Dupré, *Importing Law in Post-Communist Transitions*, Oxford, 2003; A. Baldassarre, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *DPCE*, II/2006, 983 ss. Per una ricostruzione del quadro italiano v. altresì L. Pegoraro, *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; P. Passaglia, *Corte costituzionale e comparazione giuridica: una analisi (molto) sineddotta, una conclusione (quasi) sinestesica*, in P. Perlingieri, S. Giova (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2017, 63 ss.; V. Zeno Zencovich, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in *DPCE*, 2005, 1993 ss.; Id., *The Italian Constitutional Court*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 449 ss. Un paese dove l'uso della comparazione da parte del giudice costituzionale è quasi esclusivamente implicito è la Francia, su cui v. P. Passaglia, *Comparative Law and French Constitutional Council*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 275 ss. Molte corti che fanno un uso implicito della comparazione hanno inoltre servizi studi con aree di diritto comparato, che predispongono appositi materiali preparatori.

³³¹ P. Ridola, *Il "dialogo tra le corti": comunicazione o interazione? (2012)*, in Id., *Esperienza costituzionali storia*, cit., 65 ss. V. anche F. Alicino, F. Del Conte, N. Fasciano, P. Martino, M.D. Poli, P. Silverstri, A. Torre, L. Volpe, C.J. Williams, *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*, cit., 12 ss.

³³² Quelle sull'interpretazione costituzionale, quelle sul rapporto tra tradizione costituzionale americana e cosmopolitismo e quelle sulla tensione tra universalismo e relativismo: così M. Tushnet, *Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation*, cit., 309

legata a teorie interpretative originaliste e testualiste, la questione è stata tuttavia presa molto seriamente anche da altri autori, di diverso orientamento, che ritengono la fedeltà alla sovranità popolare, per quanto intesa in maniera pluralistica e saldata al principio del *rule of law*, come il carattere qualificante della cultura costituzionale statunitense³³³. Altri autori non hanno considerato del tutto esaustive le spiegazioni di giudici, come Breyer e Ginsburg, i quali hanno per lo più fatto leva su argomenti funzionalisti (si guarda a ordinamenti stranieri per cercare soluzioni migliori o praticabili), cognitivi (si insiste sui vantaggi di un apprendimento reciproco) o valoriali (si sottolinea l'appartenenza a una comunità più ampia che condivide una certa idea della libertà e della giustizia)³³⁴. Di qui la proposta di considerare l'apertura alle esperienze straniere come un meccanismo correttivo delle costituzioni (kantianamente) repubblicane, volto ad accrescere la responsabilità di un ordinamento rispetto alle domande di libertà, eguaglianza e autogoverno provenienti dai propri cittadini³³⁵. Sebbene il diritto e i precedenti stranieri non siano formalmente validi nell'ordinamento americano, essi costituiscono fonti persuasive e, in uno spazio costituzionale integrato, «aspirano a conquistare uno *status* giuridico»³³⁶.

In altri ordinamenti, la preoccupazione legata alla *counter-majoritarian difficulty* non è così forte, e comunque la risposta è di altro tipo. Se si considera ad esempio il Sud Africa, dove il ricorso alla comparazione è costituzionalmente previsto (art. 39 comma 1 lett. c) Cost. 1996, ma già art. 35 comma 1 Cost. provvisoria 1993) e avviene molto frequentemente, esso va inquadrato nell'ambito del processo di transizione all'inizio degli anni novanta. La Corte costituzionale, già operativa con la costituzione provvisoria, ha fatto riferimento a precedenti di paesi appartenenti alla

ss.

³³³ Su questo tratto della cultura costituzionale statunitense v. P.W. Kahn, *The Constitution and United States' Culture*, in M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York, 2015, 103 ss. Per una lettura in questa chiave dell'uso dell'argomento comparativo v. Id., *Comparative Constitutionalism in a New Key*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, 2677 ss. Sulla portata più generale degli interrogativi sulla legittimazione democratica e dell'elitismo giudiziale v. C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?*, cit., 530 ss.

³³⁴ Oltre alle *opinions* di cui sono stati autori cfr. S. Breyer, in *A Conversation between U.S. Supreme Court Justices*, cit.; R.B. Ginsburg, "A Decent Respect of the Opinions of [Human]Kind": *The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 2011, 927 ss.

³³⁵ V. Perju, *Cosmopolitanism in Constitutional Law*, cit., 734.

³³⁶ Ivi, 758, che a sua volta riprende uno scritto di J. Waldron su Kant. Per una rielaborazione e integrazione della posizione di Ginsburg v. J. Waldron, *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, cit.; Id., "The Experience and Good Thinking Foreign Sources May Convey": *Justice Ginsburg and the Use of Foreign Law*, in *Hastings L.J.*, 2012, 1242 ss, dove afferma che il giudice procede in alcuni momenti come uno scienziato, nel senso che non può escludere la considerazione di esperienze elaborate altrove (sempre con l'idea di poterle confutare), se sono indicative di un minimo senso comune di giustizia e di riduzione dell'arbitrio.

tradizione liberal-democratica per legittimare l'ingresso, in questo circolo di nazioni, della nuova democrazia sudafricana e suggellare l'abbandono delle politiche e delle violenze che avevano caratterizzato l'*apartheid*. Non a caso la costituzione sudafricana fa riferimento all'orizzonte delle «società aperte e democratiche» (preambolo, artt. 36, 39 comma 1 lett. a), 59 comma 2, 72 comma 2, 118 comma 2 Cost. 1996), che dunque appaiono come uno *standard* di riferimento per le operazioni comparative. In assenza di un corpo di decisioni proprie, il confronto con precedenti di altre liberal-democrazie consente di orientare e stabilizzare alcune linee giurisprudenziali³³⁷. Un discorso in parte simile può farsi per il Canada, dove l'elemento decisivo non è la transizione da un regime autoritario e segregazionista, ma la cd. *patriation* della costituzione del 1982, non più considerata formalmente un atto del Parlamento inglese e integrata dalla *Charter of Rights and Freedoms*. Anche per la Corte Suprema canadese, il ricorso all'argomento comparativo non è percepito come un ostacolo alla propria legittimazione, ma piuttosto come un fattore che potenzialmente la favorisce (è del resto presente pure qui una clausola sulla «società libera e democratica»: art. 1). Tale pratica è inserita all'interno del «paradigma costituzionale del dopoguerra», incentrato sui principi di una cittadinanza egualitaria, della dignità umana, e dell'uso, da parte delle corti, della proporzionalità per risolvere conflitti tra beni contrapposti³³⁸. È, questo, un argomento condiviso da diversi autori in Europa continentale, che hanno fatto leva sulla proiezione universalistica dei principi dello stato costituzionale oltre le strettoie di un rigido giuspositivismo statualistico³³⁹. Con riguardo al contesto europeo, peraltro, occorre precisare che, da un lato, la cd. tutela multilivello dei diritti, con l'intermediazione delle corti sovranazionali, ha agevolato la comunicazione giudiziaria, specie dove sono stati adoperati canoni argomentativi flessibili, che hanno facilitato la coesistenza di unità e pluralità (come il margine di apprezzamento o le tradizioni costituzionali comuni)³⁴⁰, benché i processi di convergenza siano

³³⁷ A. Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., 487 ss.; A. Rinella, V. Cardinale, *The Comparative Legal Tool-Kit of the Constitutional Court of South Africa*, cit., 218 ss.; A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica*, cit., 381 ss.; C. Rautenbach, *South Africa*, cit., 190, 191 ss.

³³⁸ L'espressione è di L.E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., 84, 86 e *passim*. Sulla corte canadese v. ancora S. Volterra, *La giurisprudenza statunitense nelle pronunce della Corte Suprema federale del Canada*, cit., 484 ss.; N. Olivetti Rason, S. Pennicino, *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, cit., 144 ss.; N. Olivetti Rason, *La comparazione nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, cit., 349 ss.; G. Gentili, *Canada*, cit., 43 ss.

³³⁹ P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation*, in *JZ*, 1989, 913 ss.; P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, cit., 293 ss.; G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. tr. dir. pubbl.*, 2006, 297 ss. Sulla condivisione di principi e valori costituzionali v. anche A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali*, cit., 128.

³⁴⁰ Cfr. G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, cit., 302 ss.

spesso nella realtà più difficili di quanto appaia a prima vista³⁴¹. Dall'altro lato, è stata elaborata la distinzione tra interazione «necessitata» e interazione «facoltativa», laddove la prima riguarda i rapporti tra corti nazionali e sovranazionali, inquadrati all'interno di meccanismi procedurali ben precisi, a cominciare dal rinvio pregiudiziale, mentre la seconda attiene alle relazioni orizzontali tra le corti, e dovrebbe essere la sede esclusiva di un discorso sull'uso della comparazione da parte dei giudici³⁴².

Con il punto appena sviluppato si intreccia quello relativo al significato dell'uso del precedente straniero in relazione agli orientamenti interpretativi e argomentativi delle corti. Anche a tale proposito, le culture costituzionali giocano un ruolo importante. Si è accennato al dibattito statunitense: è chiaro che, nell'ambito di un'interpretazione originalista o testualista, che dichiara di rifarsi al significato originario della costituzione o al suo testo letterale, il ricorso alla giurisprudenza straniera appare più problematico, prevalendo un vincolo ai materiali giuridici interni. Ciò vale in parte anche per il contesto australiano, dove, non essendo stato adottato il *commonwealth model of constitutionalism*, mancano sia un catalogo di diritti sia una corte costituzionale. La tradizione della sovranità parlamentare è lì molto forte e si guarda con un certo scetticismo ai giudici che, tramite le loro sentenze ed eventualmente appoggiandosi al diritto straniero, apportano modifiche sostanziali al testo costituzionale: viene intaccata la lealtà verso la costituzione e vengono compromessi gli spazi pubblici di conflitto e deliberazione ai quali le democrazie mature, che confidano nella capacità di comprensione e articolazione dei problemi da parte dei cittadini, affidano la risoluzione delle questioni più controverse³⁴³. Diversamente, l'interpretazione teleologica o evolutiva, associata al *living constitutionalism* americano o al *living tree* canadese, fa leva sull'indeterminatezza e sulla capacità di integrazione delle clausole costituzionali (specie quelle sui diritti), prevalentemente formulate come principi, nonché sul gradualismo del *common law* e su un certo adeguamento al mutamento sociale. Questo approccio è considerato più in sintonia con il ricorso al precedente straniero ai fini di chiarificazione ermeneutica e a partire dall'individuazione di valori condivisi³⁴⁴. Ma il nesso tra ricorso al precedente straniero e interpretazione evolutiva o teleologica, nell'ambito dell'orizzonte universalistico

³⁴¹ S. Bartole, *Il ricorso al diritto comparato in tema di diritti umani, fra vincoli giuridici e mediazioni culturali*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2007, 242.

³⁴² Cfr. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 45 ss., 97 ss.

³⁴³ J. Goldsworthy, *Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence*, in S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., 115 ss. Per una diversa lettura, con riguardo all'elaborazione giurisprudenziale della *freedom of political communication*, v. V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, cit., 73 ss.

³⁴⁴ Cfr. *supra*, nn. 321-323, per quanto nel caso di comparazione *aversive* bisognerebbe distinguere ulteriormente, nonché C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?*, cit., 525-525, con una differenza tra costituzionalismo *conservative* e *transformative*.

proprio dello stato costituzionale cooperativo e alla luce di un'idea di costituzione in cui la validità si intreccia con i processi interpretativi, è stato valorizzato anche da autori continentali³⁴⁵.

Sotto il profilo più stretto dell'argomentazione mi sembra sia condivisa, anche dalle impostazioni tassonomiche, la posizione secondo cui il richiamo alla giurisprudenza straniera sia un elemento di persuasione dialettica, che attinge alle risorse di altre esperienze giuridiche nell'ambito di una deliberazione articolata, dove il giudice si rivolge agli altri membri della corte e al pubblico (dei giuristi e laico). A tale proposito, la cultura giuridica e lo stile delle sentenze offrono di nuovo modelli diversi. Nelle esperienze dove il ricorso all'argomento comparativo si è rivelato meno problematico sotto il profilo della legittimazione, i giudici hanno sviluppato una dialettica interna in cui i precedenti stranieri sono stati discussi, contestualizzati e – se considerati non compatibili con il contesto di destinazione – accantonati. È il caso della Corte costituzionale sudafricana e della Corte Suprema canadese, che in molte occasioni hanno rigettato, dopo averli attentamente esaminati, precedenti statunitensi: perché è stata sottolineata una diversità dei testi delle carte dei diritti (il *Bill of Rights* americano non prevede, al contrario degli altri due, clausole di limitazione), e perché i contesti culturali e socio-economici sono eterogenei. Quello americano è percepito come più liberale, volto prevalentemente ad arginare l'interferenza dei poteri pubblici nella sfera individuale (quindi meno attento alla dimensione istituzionale dei diritti), quelli sudafricano e canadese sono più sensibili ai valori della dignità e dell'eguaglianza, e alle dinamiche della convivenza tra gruppi culturali e sociali differenti, nonché – soprattutto nel caso sudafricano – ai temi della violenza e delle fratture socio-economiche, al ruolo dei privati e alla responsabilità indiretta delle istituzioni pubbliche³⁴⁶. Quanto alle altre esperienze, anche europee, si è detto delle ragioni che giustificano un'argomentazione meno serrata

³⁴⁵ V. *supra*, n. 339.

³⁴⁶ Cfr. gli autori richiamati *supra*, n. 322. Per alcuni casi decisi in difformità da precedenti statunitensi cfr., per la Corte Suprema Canadese, SCC, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, sulla mancata protezione costituzionale dell'*hate speech*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, sul mancato riconoscimento di valore espressivo al materiale osceno; *R. v. Sinclair* [2010] 2 S.C.R. 310, sui diritti processuali degli imputati (rifiutando i cd. *Miranda rights*). Per la Corte costituzionale africana v. CCSA, *Makwanyane*, CCT 3/94, sulla illegittimità costituzionale della pena di morte; *City Council of Pretoria v. Walker*, CCT 8/97, sul modo di inquadrare le discriminazioni razziali; *KwaZulu-Natal et al. v. Pillay*, CCT 51/06, sull'*accommodation* di pratiche religiose e sul connesso divieto di discriminazione; *Fraser v. Children's Court et al.*, CCT 31/96, sulla non necessità del consenso paterno all'adozione del minore (ma qui il quadro complessivo, sia statunitense che canadese, è più articolato). Su alcuni caratteri differenziali della cultura costituzionale canadese v. B.L. Berjer, *Children of Two Logics: A Way into Canadian Constitutional Culture*, in *ICoN*, 2013, 319 ss. Per un confronto tra la cultura costituzionale statunitense e quella sudafricana con riguardo alla discriminazione razziale e alle azioni positive v. F.I. Michelman, *Reasonable Umbrage: Race and Constitutional Antidiscrimination Law in the United States and South Africa*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, 1378 ss.

intorno alla giurisprudenza straniera – ma considerazioni analoghe valgono per il diritto non giurisprudenziale e per la dottrina – o che ne facilitano un uso implicito, ragioni che toccano la tradizione giuridica di *civil law*.

Valorizzando in particolare un filone di studi comparativi vicino alla topica, il riferimento al diritto straniero è stato visto come fattore di emersione e/o connessione con un principio generale, che a sua volta è considerato un *topos*, un luogo selettivo della valutazione giuridica e un punto di partenza dell'argomentazione. Si tratta di un tipo di ragionamento basato sulla similitudine, che trova spazio nell'ambito di una logica giudiziaria di tipo dialettico, controversiale e valutativo³⁴⁷. In questo senso, mi sembra si possano rimodulare le tesi secondo cui il ricorso al precedente straniero – quando non reso oggetto di una serrata discussione nella motivazione – ha un fine soprattutto rafforzativo di una decisione già altrimenti raggiunta, se non addirittura esornativo, oppure secondo cui c'è una netta distinzione tra il profilo conoscitivo, al quale l'argomento comparativo contribuisce, e quello decisionale, al quale invece sarebbe estraneo³⁴⁸. Chi ci dice, in altre parole, che il giudice che ha redatto la sentenza, o l'opinione di maggioranza, o un'opinione particolare, non sia stato mosso da una pre-comprensione legata a una o più esperienze straniere, e che questa – pur passando il vaglio di canoni ermeneutici più oggettivi e nel rispetto del principio di legalità costituzionale³⁴⁹ – non abbia influenzato il percorso intellettuale dell'interprete?

Per quanto concerne i motivi che spingono i giudici a citare precedenti stranieri, alcuni di essi sono affiorati nelle riflessioni precedenti, e riguardano la comunanza di una lingua e di una tradizione giuridica: questo è palese nel contesto di *common law*, ma si riscontra anche tra le pieghe dell'uso della comparazione negli ordinamenti europei. Occorre poi aggiungere motivi legati alla formazione dei singoli giudici, che tendono a citare precedenti o istituti di paesi dove hanno studiato (quelli maggiormente attrattivi sul piano internazionale, a cominciare dagli Stati Uniti e dalla Germania). Ma sono numerosi anche i riferimenti alla giurisprudenza canadese, a quella inglese (seppure decrescenti) e a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Bisogna naturalmente distinguere a seconda dei contesti, ma si può dire, in via generale, che queste sono le corti con cui maggiormente ci si confronta, precisando altresì che i richiami all'ordinamento statunitense sono oggi meno intensi di quelli di alcuni decenni fa, e sono spesso formulati in termini negativi. Ancora, tribunali

³⁴⁷ G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., spec. XIII, 59 ss., 85 ss. Cfr. anche C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights?*, cit., 502, 512 ss.

³⁴⁸ Tra gli altri v. G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 160 ss.; in parte anche T. Groppi, M.C. Ponthoreau, *Conclusion*, cit., 423 ss.

³⁴⁹ Su questi dilemmi interpretativi v. da ultimo, con particolare riguardo alle figure di E. Betti e H. Gadamer, L. Vinx, *Some Untidy Reflections on the Betti-Gadamer Debate*, in E. Betti, *Hermeneutics as a General Methodology of the Sciences of the Spirit*, Oxon New York, 2021, xi ss.

giovani, nati da una recente transizione, citano i precedenti stranieri per legittimarsi agli occhi delle istituzioni interne e della comunità internazionale, puntando sulla condivisione di un assetto di valori liberal-democratico³⁵⁰.

Ma colpiscono anche, soprattutto da parte di corti di paesi ex-coloniali (come quella indiana o pachistana) o di quelle immerse in ambienti che ospitano elementi sia occidentali sia orientali (come la corte israeliana e quella turca), le citazioni mancate: quelle verso il diritto di paesi con un contesto sociale e culturale apparentemente più simile al proprio, per divisioni religiose o etniche, e/o per un percorso di modernizzazione diverso rispetto a quello occidentale. Addirittura, la Corte suprema israeliana, cioè di un paese che si professa “ebraico e democratico” (art. 1A Basic Law 1992), fa un ricorso piuttosto ridotto alla tradizione giuridica ebraica. Se, in generale, l’obiettivo può essere quello di ridimensionare l’influenza dei principi religiosi nell’ordinamento complessivo (ma sui paesi islamici v. *infra*, par. 5.3), ci sono anche pronunce inquadrabili in un atteggiamento di resistenza rispetto a *trends* del costituzionalismo globale che non si condividono. A tale proposito si può richiamare la sentenza della Corte Suprema indiana sulla sodomia, dove la maggioranza, salvando il reato e rovesciando il precedente giudizio della *High Court*, rimprovera a quest’ultima un uso disinvolto dell’argomento comparativo, ritenuto incompatibile con alcuni valori della comunità indiana racchiusi nella costituzione³⁵¹.

4.1. Due esempi: il principio di proporzionalità e l’identità costituzionale

Dagli studi comparativi sul tema è emersa una prevalenza dell’impiego dell’argomento comparativo con riferimento ai diritti fondamentali, generalmente racchiusi in norme aperte di principio espressive di valori potenzialmente comuni (o intorno ai quali si attiva una dialettica), mentre gli ambiti dell’organizzazione costituzionale e territoriale tendono a essere maggiormente legati alle dinamiche storiche e istituzionali tipiche dei singoli paesi. Ma l’argomento comparativo può riscontrarsi anche in questi settori, in relazione alle forme di governo e al federalismo, in presenza di norme elastiche e principi di struttura³⁵².

³⁵⁰ Oltre agli autori richiamati *supra*, nn. 321-323 v. R. Hirschl, *In Search of an Identity: Voluntary Foreign Citations in Discordant Constitutional Settings*, in *Am. J. Comp. L.*, 2014, 548 ss.

³⁵¹ Ivi, 577 ss. e *passim*. Le due sentenze indiane sono High Court Delhi, *Naz Foundation v. Govt. of NCT of Delhi*, del 2 luglio 2009 e S.Ct. India, *Koushal v. Naz Foundation*, dell’11 dicembre 2013.

³⁵² Tra gli altri, con riferimento agli assetti della forma di governo in Germania, cfr. S. Martini, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., 229 ss.; sul principio di sussidiarietà in Italia cfr. Corte cost., sent., n. 303/2003, su cui v. P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, cit., 300.

Un altro dato che emerge costantemente è l'elevata diffusione tra le varie giurisdizioni del principio di proporzionalità³⁵³. Nato nell'ordinamento tedesco già nell'Ottocento, il principio si è consolidato e diffuso nel corso del Novecento, e ancora di più nel nuovo secolo: dapprima nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e poi in altre esperienze nazionali, in Europa e non solo: il caso forse più eclatante è quello canadese, che a sua volta ha influenzato altri ordinamenti³⁵⁴. Il principio di proporzionalità non riguarda direttamente la sostanza dei diritti, ma il metodo della loro reciproca interazione, anche se, a seconda del modo in cui viene strutturato, se gli interessi e i valori sottostanti sono valutati in maniera simile esso può provocare una convergenza anche nelle conseguenze materiali³⁵⁵. Il successo di questa circolazione si deve ad alcune caratteristiche del principio, che lo rendono congeniale alle esigenze di uno stato costituzionale pluralista: esso infatti assicura la ponderazione tra diritti, principi e altri beni costituzionali, ai quali sono sottesi determinati valori, e lo fa adottando uno schema al contempo formale e flessibile. Si tratta di un giudizio articolato in diverse fasi (prevalentemente tre o due, a seconda dei contesti), che da un lato assicura una considerazione di tutti i valori in gioco, conservando una veste di neutralità attraverso un protocollo operativo prevedibile nei suoi passaggi, dall'altro lega le soluzioni alle specifiche condizioni giuridiche e fattuali del caso concreto, cercando la migliore «concordanza pratica»³⁵⁶.

Al contempo, se è vero che tale principio ha avuto un'amplissima diffusione a livello globale, è altresì vero che le sue manifestazioni concrete sono state differenti. Ho accennato alla diversità del numero di fasi in cui si articola concretamente il principio, che rispondono a diversi tipi di ragionamento giuridico e di stile delle sentenze. Ad esempio, il *Bundesverfassungsgericht* ha elaborato uno scrutinio serrato e stringente a tre (a volte anche quattro) fasi: legittimità del fine perseguito dalla norma, idoneità a raggiungere lo scopo, necessità, ovvero assenza di una misura meno pregiudizievole, proporzionalità in senso stretto. La Corte Suprema canadese e la Corte di Giustizia dell'Unione europea tendono invece ad adottare uno scrutinio bifasico, o meglio, almeno con riferimento alla Corte

³⁵³ Cfr., oltre agli studi richiamati nel par. precedente, V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, cit., 60 ss.; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Col. J. Trans'l L.*, 2008, 74 ss.

³⁵⁴ Per un quadro d'insieme v. A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, 181 ss.; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., 98 ss.

³⁵⁵ V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, cit., 64.

³⁵⁶ Cfr. tra gli altri D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, 170 ss.; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., 87 ss.; M. Hailbronner, *Traditions and Transformations. The Rise of German Constitutionalism*, Oxford, 2015, 118 ss. La formula sulla *praktische Konkordanz* è notoriamente di K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, 28.

Suprema canadese, il controllo sulla minima invasività dei mezzi prescelti tende ad essere più espansivo. Altre corti, come quella sudafricana, rinunciano a volte alla strutturazione formale, altre, come quella italiana, usano il canone di ragionevolezza³⁵⁷. Ma sono soprattutto le diverse culture costituzionali, e il relativo modo di concepire i diritti, a condizionare le variazioni, laddove la differenza più marcata tocca l'esperienza statunitense e quella tedesca. In Germania, il principio di proporzionalità va osservato sullo sfondo delle ponderazioni (*Abwägungen*), che acquistano un senso più specifico – oltre che attraverso un iniziale legame con la giurisprudenza degli interessi – nella cornice della filosofia idealistica e dell'etica materiale dei valori. Tali matrici culturali hanno consentito lo sviluppo, accanto alla dimensione individuale, di una corposa dimensione istituzionale dei diritti fondamentali. Questa affonda nell'idea dei *Grundrechte* come sistema oggettivo di valori (*objektive Wertordnung*) che pervade la costituzione e la società: qui le ponderazioni implicano un'armonizzazione interpretativa dei diritti e dei principi in conflitto, insieme a una tendenza verso l'integrazione della società nello stato, seppur mantenendo la reciproca distinzione. Diversamente, negli Stati Uniti, il principio di proporzionalità ha trovato un ingresso solo marginale, prevalentemente nelle opinioni separate dei giudici vicini alla cultura giuridica europea, anche se lo *strict scrutiny* presenta profili simili. Piuttosto, nel contesto statunitense si è sviluppato da un lato il bilanciamento *ad hoc*, una valutazione costi/benefici molto incentrata sulle circostanze del caso concreto, che riflette un retroterra culturale maggiormente permeato del pragmatismo e dall'utilitarismo. Dall'altro, prevalgono un modello di tendenziale separazione tra stato e società e la dimensione individuale dei diritti: ne risulta un'idea di questi ultimi come barriere difensive rispetto a interferenze dei poteri pubblici, coerentemente con alcune formulazioni testuali che hanno dato il via alle

³⁵⁷ Sul principio di proporzionalità in Germania v. almeno P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit*, 2. erw. Aufl., Goldbach, 1999 [prima ed. 1961; la ristampa contiene una nuova prefazione]; D. Merten, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Id., H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. III, Heidelberg, 2009, 518 ss. e, nell'ottica dei diritti fondamentali come principi, che entrano in relazione reciproca attraverso principi di ottimizzazione, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt a.M., 1994. Sul principio di proporzionalità in Canada è decisiva SCC, *R. v. Oakes* [1986], 1 S.C.R. 103; per un confronto con l'esperienza tedesca v. D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *Un. Toronto L. J.*, 2007, 383 ss. Sul carattere bifasico del giudizio di proporzionalità presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea v., con un confronto con la giurisprudenza tedesca e in relazione alla vicenda PSPP, T. Marzal, *Is the BVerfGG PSPP Decision "Simply Not Comprehensible?"*. *A Critique on the Judgment's Reasoning on Proportionality*, in verfassungsblog.de (9-5-2020); D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in federalismi.it 14/2020. Sul principio di ragionevolezza in Italia v. almeno G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

prime interpretazioni “assolute” dei diritti. La cultura costituzionale americana è quindi più incline a un’impostazione oppositiva dei rapporti tra beni confliggenti, soprattutto tra diritti individuali e fini perseguiti dallo stato, più estranea rispetto alle esigenze armonizzatrici delle ponderazioni, e più in sintonia con tecniche decisionali come il *categorical balancing*, diffuso nell’ambito della libertà di manifestazione del pensiero, che risolve il bilanciamento a monte sul piano definitorio³⁵⁸. Occorre peraltro rilevare che, se la proporzionalità in Germania tende a essere associata, soprattutto dagli autori angloamericani, a una società dalle venature comunitarie e organicistiche, questa tesi riflette un’immagine della cultura costituzionale tedesca corrispondente ai primi decenni dopo la seconda guerra mondiale, ma meno al periodo seguente, caratterizzato da una maggiore individualizzazione, pluralizzazione e democratizzazione della società dovuta anche all’influenza della cultura statunitense. Non stupisce, quindi, che anche presso il *Bundesverfassungsgericht* faccia capolino l’uso di un *balancing test* più concreto³⁵⁹.

Un altro dato interessante riguarda un fenomeno più recente e relativo al contesto europeo: la circolazione, tra corti costituzionali e corti supreme e nella loro interazione con la Corte di Giustizia, di argomenti sulla protezione dell’identità costituzionale, relativa al nucleo di principi o valori fondamentali nei quali trova espressione l’individualità di un ordinamento. La medesima tendenza, evidente espressione della summenzionata *identity turn*, può valere per formule dalla funzione analoga: atti *ultra vires*, conservazione di condizioni minime di esercizio della sovranità e, in misura minore, adeguatezza della tutela dei diritti fondamentali. Talora vengono fatti brevi richiami ai precedenti di casi omologhi, talaltra si aprono discussioni più articolate³⁶⁰. Si tratta

³⁵⁸ Su queste differenze mi limito a richiamare M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, cit., 110 ss., anche con riferimento al principio italiano di ragionevolezza, che si pone per certi versi a metà strada tra le prime e il secondo: geneticamente legato al principio di eguaglianza, si sviluppa poi dinamicamente in un giudizio sulla coerenza interna ed esterna delle leggi. Tali questioni toccano naturalmente problemi centrali di interpretazione della costituzione e dei diritti, che sono oggetto di intenso dibattito anche nell’ordinamento tedesco. Per una ricostruzione comparativa delle questioni legate alle dimensioni dei diritti fondamentali rinvio ad A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., con ulteriori rimandi bibliografici anche sui diversi filoni intellettuali e culturali.

³⁵⁹ Tracce di questo approccio si rinvencono nella giurisprudenza più recente in tema di dignità umana, su cui v. M. Herdegen, *Art. 1 Abs. 1*, in T. Maunz, G. Dürig (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, 27 ss.; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, cit., 267 ss.

³⁶⁰ Sul punto v. M. Wendel, *Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-Related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective*, in *Icon*, 2013, 981 ss. Sulle manifestazioni della *identity turn* nella giurisprudenza delle corti costituzionali quale reazione al diritto sovranazionale europeo v. D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 354 ss. La letteratura sul tema dell’identità

dell'ultimo stadio di una dialettica giurisprudenziale che ha coinvolto le corti apicali interne e la Corte di Lussemburgo fin dagli inizi del processo di integrazione, e che è stata il cuore degli studi sul pluralismo costituzionale europeo, cercando di tenere insieme le esigenze di unità e quella della diversità³⁶¹. Ma questo fenomeno può essere considerato anche il sintomo di una fase diversa di questo processo, che interseca il movimento verso il recupero della dimensione spaziale statale, segnatamente le risorse della legittimazione democratica e alcuni principi costituzionali, inseriti in clausole di eternità o ricavati in via interpretativa, che più intimamente caratterizzano un ordinamento. Non per tutte le esperienze quest'operazione ermeneutica può dirsi agevole: in Francia, dove per la prima volta i giudici costituzionali hanno utilizzato la formula dell'identità costituzionale, questa è collegata ai principi sostanziali di eguaglianza repubblicana, laicità, indivisibilità, separazione dei poteri (compresa l'autonomia regolamentare del governo) e, in termini più incerti, diritti sociali e ambientali. Per l'Italia, la giurisprudenza costituzionale – caratterizzata da un'elaborazione più esplicita delle interazioni tra identità costituzionale e tradizioni costituzionali comuni – indica almeno il principio di legalità in materia penale, associato al principio democratico, e il diritto di difesa, mentre ci si domanda, anche alla luce dell'estensione della giurisdizione della Consulta al rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, se possano rientrarvi i diritti sociali³⁶². A volte le

costituzionale è cresciuta molto negli ultimi anni. In prospettiva comparativa cfr. almeno C. Calliess, G. van der Schyff (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019, e in particolare G. van der Schyff, *Member States of the European Union, Constitutions, and Identity. A Comparative Perspective*, ivi, 305 ss.; A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Livina (eds), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, 2013; M. Claes, M. de Visser, P. Popelier, C. Van de Heyning (eds), *Constitutional Conversations in Europe*, Antwerp, 2012.

³⁶¹ V. *supra*, par. 3.3.

³⁶² Sulla Francia cfr. CC, 2006-540 DC, nonché F. Millet, *Constitutional Identity in France. Vices and – Above All – Virtues*, in C. Calliess, G. van der Schyff (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., 134 ss.; Id., *L'Union européenne et l'identité constitutionnel des états membres*, Paris, 2013. V. ora CC, 2021-940 QPC, in cui si ascrive all'identità costituzionale della Francia il divieto di delegare a soggetti privati poteri di polizia amministrativa relativi all'esercizio della forza pubblica. Sull'Italia cfr. Corte cost., ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018, nonché C. Cost., sent. n. 238/2014, su cui v., da angolature differenti, M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016; B. Guastaferrò, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2018, 441 ss.; F. Fabbrini, O. Pollicino, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in C. Calliess, G. van der Schyff (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., 201 ss.; La discussione sulla doppia pregiudizialità, com'è noto, è stata avviata da Corte cost., sent. n. 269/2017; per una considerazione in chiave comparativa e una problematizzazione in relazione ai diritti sociali sia consentito il rinvio ad A. Di Martino, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *DPCE*, III/2019, 759 ss., e le considerazioni di M. Dani, *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea*:

citazioni ai precedenti stranieri sono dirette, e riguardano la gran parte dei paesi europei: questa è ad esempio la strategia argomentativa del *Bundesverfassungsgericht* nelle ultime sentenze, che tuttavia non discute né contestualizza le decisioni richiamate. Più spesso i riferimenti sono impliciti, come nei casi italiano e ungherese³⁶³. Si tratta, tuttavia, di un argomento non privo di ambivalenze: in Germania, il Tribunale costituzionale cita precedenti stranieri della gran parte dei paesi europei per rafforzare una propria concezione dell'identità costituzionale, incentrata sulla protezione di un nucleo forte della dignità umana e su una robusta statualità come cornice prioritaria dei processi di deliberazione democratica e della cd. responsabilità di integrazione (*Integrationsverantwortung*), posta in capo agli organi politici e soprattutto al *Bundestag*³⁶⁴. E, tuttavia, nelle questioni principali rispetto alle quali il Tribunale ha sviluppato questo argomento (dagli aiuti finanziari ai programmi della Banca centrale europea), il rafforzamento dei poteri decisionali del Parlamento tedesco implica – alla luce degli equilibri e della distribuzione delle competenze nelle politiche economiche e monetarie dell'Unione – un'asimmetria con riguardo al ruolo dei parlamenti degli altri stati membri, specie di quelli maggiormente investiti, negli anni scorsi, dalla crisi finanziaria e dalle politiche di *austerity*³⁶⁵. A una circolazione orizzontale e apparentemente

un'introduzione, ivi, 715 ss. e C. Fasone, *Corti costituzionali e funziona metabolica delle costituzioni. L'emersione dell'identità costituzionale nella giurisprudenza sulla nuova governance europea*, ivi, 839 ss. Nell'ampia bibliografia recente v. C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

³⁶³ Cfr. *supra*, n. 330. Sull'Ungheria cfr. altresì, da ultimo C. Erdos, F. Tanács-Mandák, *Use of Foreign Law in the Practice of the Hungarian Constitutional Court – With Special Regard to the Period between 2012 and 2016*, in G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism*, cit., 618 ss.

³⁶⁴ Cfr., tra le altre, BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009 (*Lissabon*), pt. 312, 338; 2 BvR 1390/12 (*ESM*), del 12 settembre 2012, pt. 311, 315; 2 BvR 2735/2014 (*Identitätskontrolle/EU Haftbefehl II*), pt. 44 ss. (sulla dignità); 2 BvR 13, del 21 giugno 2016 (*OMT II*), pt. 140, 142; 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP II*), pt. 124-125. In quest'ultima sentenza, in realtà, l'argomento comparativo è utilizzato con riferimento non all'identità costituzionale o all'*ultra vires* ma al principio di proporzionalità, a mio avviso per depotenziare il conflitto e a ulteriore testimonianza del successo circolatorio del principio: cfr. se si vuole, A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2020, 8 ss. Sul principio di identità costituzionale in Germania v., tra gli altri, A. Wischmeyer, *Nationale Identität und Verfassungsidentität. Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, in *AöR*, 2015, 415 ss.; C. Calliess, *Constitutional Identity in Germany: One for Three or Three in One?*, in Id., G. van der Schyff (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., 153 ss.

³⁶⁵ V. tra gli altri O. Höing, *Differentiation of Parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (eds), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National Parliaments, Regions and Civil Society in the Decision-Making Process*, Bologna, ebook, 2013, cap. III.2; C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014; F. Bilancia, *Effetti asimmetrici della trasmissione della politica monetaria in area UEM e diseguaglianze territoriali*, in P. Marsocci (a cura di),

simmetrica degli argomenti tra le giurisdizioni, quindi, fa da contraltare un'asimmetria negli effettivi poteri decisionali degli organi parlamentari, nonché nella garanzia dei diritti sociali³⁶⁶.

Un'altra ambivalenza riguarda il ricorso all'identità costituzionale da parte di paesi dell'Europa centro-orientale, segnatamente l'Ungheria e la Polonia, dove negli ultimi anni si sono insediate le cd. democrazie illiberali. Dopo la decisione della Corte costituzionale ungherese, contraria al ricollocamento dei migranti stabilito in sede europea, si è parlato di un "abuso" dell'argomento dell'identità costituzionale, nel senso di una manipolazione a fini strategici della giurisprudenza straniera, tedesca e non solo. I membri della Corte costituzionale, che dopo le riforme volte a colpire l'autonomia e l'indipendenza della corte e del potere giudiziario, sono di fatto controllati dai governi della destra populista, giustificano, in nome di una concezione escludente della sovranità e dell'identità costituzionale e di una controversa interpretazione della costituzione storica, decisioni fondate su politiche nazionaliste e restrittive delle libertà³⁶⁷. Va peraltro rilevato che, nel periodo più recente e quale ulteriore modalità di interazione con le esperienze straniere, alcuni giudici della Corte costituzionale ungherese hanno apertamente messo in discussione la legittimità del ricorso all'argomento comparativo ai fini dell'interpretazione della costituzione nazionale³⁶⁸.

Questa ricostruzione coglie senza dubbio una parte importante del problema, che tuttavia non può essere del tutto risolto invocando la responsabilità, all'interno del circuito giurisprudenziale europeo, di corti

Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo, Napoli, 2016, 269 ss. e, se si vuole, A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires*, cit., 47 ss. Significativa anche la reazione negativa di molti commentatori tedeschi a Corte cost., sent. n. 238/2014, dove si contesta la norma internazionale sull'immunità giurisdizionale della Germania ma viene invero articolata un'argomentazione sull'identità costituzionale, nella sostanza simile a quella sviluppata da 2 BvR 2735/2014 (*Identitätskontrolle/EU Haftbefehl II*): sul punto v. criticamente D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., 362.

³⁶⁶ Su questi ultimi v. *infra*, n. 409.

³⁶⁷ Cfr., Corte cost. ungherese, dec. 22/2016 (XII.5.), pt. 32 ss., 49, sulla potenziale incostituzionalità della decisione del Consiglio europeo 2015/1601 relativa al ricollocamento dei migranti. V. altresì la revisione costituzionale del 2018, che ha introdotto l'art. R.4: «La protezione dell'identità costituzionale e della cultura cristiana dell'Ungheria è un obbligo di ogni organo dello stato». Sul punto v. G. Halmai, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in *Rev. Centr. East Europ. L.*, 2018, pp. 23 ss.; G. Martinico, O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept: What has Happened to National Constitutional Identity?*, in *Ybk Eur. L.*, 2020, 228 ss. Pochi giorni prima di consegnare questo lavoro è stata emessa dal Tribunale cost. polacco, dec. K3/21 del 7-10-2021, in cui contesta il primato del diritto dell'Unione in alcuni ambiti dell'ordinamento giudiziario.

³⁶⁸ C. Erdos, F. Tanács-Mandák, *Use of Foreign Law in the Practice of the Hungarian Constitutional Court*, cit., 629 ss. Cfr. altresì Corte cost. ungherese, dec. 22/2016 (XII.5.), opinione concorrente del giudice I. Stumpf, pt. 106-107.

più prestigiose, come quella tedesca, le quali dovrebbero astenersi dall'usare il concetto di identità costituzionale, perché questo si presterebbe ad abusi³⁶⁹. A mio avviso, se bene impiegato, esso può infatti rappresentare uno stimolo positivo nelle complesse dinamiche interordinamentali³⁷⁰. Il discorso sul prestigio si intreccia a quello su una presunta egemonia "giuridica" all'interno dell'Unione³⁷¹: ma è un discorso che può rivelarsi scivoloso, perché pretende di isolare troppo nettamente il piano giuridico da altre dimensioni, a cominciare da quella economico-sociale e da quella politica. Come ho provato a dimostrare altrove, il pensiero dei due autori che hanno maggiormente riflettuto sul concetto di egemonia, Antonio Gramsci e Heinrich Triepel, ci invita a considerare questi aspetti (giuridici, socio-economici, politici) nel loro insieme³⁷². Ci si potrà allora interrogare sulla responsabilità specifica della Germania, ma all'interno di un discorso più complesso sul senso di un'egemonia di questo paese nel contesto europeo – rispetto alla quale si è mostrata in passato riluttante³⁷³ – mentre l'impianto egualitario e pluralistico dei Trattati da un lato contrasta astrattamente con l'idea di egemonia, dall'altro la tollera o la sostiene in pratica³⁷⁴. In questa prospettiva occorre chiedersi, più in profondità, quali sono le ragioni che hanno portato alla nascita delle democrazie illiberali in Europa orientale, ragioni che non si esauriscono nel successo su vasta scala che il populismo ha incontrato negli ultimi anni, ma risalgono ad alcuni contraccolpi della transizione democratica e dell'adesione all'Unione

³⁶⁹ Cfr. G. Martinico, O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept*, cit., 248-249, che indirizzano il medesimo invito anche alla Corte costituzionale italiana, ritenuta parimenti prestigiosa. V. altresì O. Pollicino, *Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da Occidente a Oriente. La bussola e una metafora*, in *Consulta online*, 2019, 447 ss., a partire dalla metafora del *marketplace of ideas* e sui rischi di abuso di posizione dominante da parte delle due corti, ma rimarcando la differenza dello stile argomentativo della Corte costituzionale italiana.

³⁷⁰ Specie se visto alla luce del principio di leale cooperazione ex. art. 4 comma 3 TUE. In questo senso F. Millet, *Constitutional Identity in France. Vices and – Above All – Virtues*, cit., 151-152.

³⁷¹ Cfr. A. von Bogdandy, B. Cali, S. Cassese, P.C. Villalón, D. Halberstam, B. Iancu, A. Jakab, A. Quiralt Jiménez, H. Keller, S. Bates, K. Lenaerts, R.A. Miller, O. Pollicino, D. Sarmiento, A. Sledzinska-Simon, P. Sonnevend, M. Steinbeis, A. Vauchez, J.H.H. Weiler, M. Wyrzyłowski, *German Legal Hegemony?*, MPIL Research Paper Series n. 2020-43. In precedenza, i singoli contributi sono stati pubblicati su *verfassungsblog.de*, dove sono ancora reperibili.

³⁷² Cfr. se si vuole, A. Di Martino, *Sulle premesse di un recente dibattito in tema di egemonia "giuridica": Antonio Gramsci e Heinrich Triepel*, cit., 89 ss.

³⁷³ Tra gli altri v. C. Schönberger, *Hegemon Wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union*, in *Merkur*, 2012, 1 ss.; W. Streeck, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, 2015, 601 ss.

³⁷⁴ Cfr. H.A. Winkler, *Von der deutschen zur europäischen Frage*, in *VfZ*, 2015, 484. Sul principio di parità cfr. A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016. Sul carattere pluralistico della costruzione europea e sulle interazioni di diverse tradizioni giuridiche nazionali insistono diversi contributi in A. von Bogdandy *et al.*, *German Legal Hegemony?*, cit.

europea dell'inizio degli anni novanta (o meglio, la crescita del populismo in questi paesi ha la propria origine anche, seppur non solo, in questi processi). Sembra ora più chiaro che le transizioni e l'adesione all'UE siano state permeate non soltanto da una genuina spinta verso società più liberali e democratiche – sebbene senza un adeguato investimento in partiti strutturati e istituzioni robuste e in un ambiente politico fortemente polarizzato –, ma anche da orientamenti neoliberali che hanno accompagnato l'importazione di modelli giuridici occidentali, permeando in profondità l'economia, la società e la cultura, con effetti disgreganti e tali da alimentare un «liberalismo autoritario»³⁷⁵. La transizione, secondo letture più recenti, è avvenuta all'insegna di un'imitazione dei modelli occidentali, e questi hanno riguardato non solo le istituzioni ma anche la società e i fini di questa. Parallelamente, una parte significativa della popolazione è emigrata negli stati membri dell'ovest, per godere più rapidamente delle libertà promesse, ingenerando però notevoli problemi demografici interni. È significativo che, anche rispetto alla Germania, considerata l'esempio per eccellenza, il processo di imitazione sia stato solo parziale. Da un lato, i paesi dell'Europa centro-orientale non hanno ripreso l'atteggiamento tedesco del secondo dopoguerra avverso al nazionalismo: sono stati infatti fieri di una sovranità nazionale appena riconquistata, dopo essere stati satelliti dell'URSS e ancor prima (salvo una breve parentesi) membri di imperi multinazionali. Dall'altro lato, la Germania ha esportato un modello economico privo di quegli elementi di equilibrio tipici del capitalismo renano, tra cui la *Mitbestimmung* e il coinvolgimento di sindacati forti, poiché questi avrebbero innalzato eccessivamente il costo del lavoro³⁷⁶. Si spiegano anche in tale luce le reazioni a un processo vissuto come occidentalizzazione imperfetta, reazioni che hanno fatto leva sul recupero artificioso di una omogeneità nazionale etnica e religiosa, costruita intorno

³⁷⁵ Per questa lettura v., da prospettive diverse, I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed. Why the West is Losing the Fight for Democracy*, New York and London, 2019; M.A. Wilkinson, *Second Time as a Farce? Authoritarian Liberalism in Historical Perspective*, in J. Rayner et. al. (eds), *Back to the '30s? Recurring Crisis of Capitalism, Liberalism, and Democracy*, Palgrave, ebook, 2020, cap. 7 (conclusion); Id., *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford, 2021; J. Komárek, *Waiting for the Existential Revolution in Europe*, in *ICON*, 2014, 190 ss.; Id., *Political Economy in the European Constitutional Imaginary – Moving Beyond Fiesole. Contribution to the online symposium on Poul F. Kjaer (ed.), The Law of Political Economy: Transformations of the Functions of Law*, in *verfassungsblog.de* (4-9-2020). L'espressione "liberalismo autoritario" è ripresa da H. Heller, *Autoritärer Liberalismus?* (1933), in Id., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, Tübingen, 1971, 643 ss.; il riferimento è esplicito nei contributi di Wilkinson. La locuzione "liberismo autoritario" va letta in controluce rispetto a quella delle "democrazie illiberali", su cui v. *supra*, n. 317. Sul carattere ossimorico di queste ultime e sulla mancata emersione di una nuova forma di stato v. R. Tarchi, *Le "democrazie illiberali" nella prospettiva comparata: verso una nuova forma di stato? Alcune riflessioni di sintesi*, in *DPCE online*, 3/2020.

³⁷⁶ I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed*, cit., 53 ss., 93 ss.

a una narrazione vittimistica della maggioranza³⁷⁷. Con un gesto provocatorio, sono ora i governanti di questi paesi a proporre le proprie idee sul rapporto tra società e stato, e gli atti normativi in cui tali idee si incarnano, come modelli da esportare dall'Europa dell'est verso l'occidente³⁷⁸.

5. Globalizzazione e varietà di costituzionalismi. Ancora sull'importanza delle culture costituzionali

Il costituzionalismo esemplifica bene il mutamento di orizzonte dei concetti storici fondamentali nel corso del Novecento e, in misura ancora più marcata, nel contesto della globalizzazione (*supra*, par. 3.2). Spazializzazione e fluidificazione sono ravvisabili nella tendenza più recente, relativa alla pluralizzazione del suo contenuto semantico, percepibile attraverso una più ricorrente aggettivazione. Tale aggettivazione può assumere un carattere istituzionale (il costituzionalismo giuridico e quello politico), spaziale (il costituzionalismo sovranazionale, quello globale, quello del *global south*, quello europeo, quello latinoamericano, quello asiatico, etc.), ideologico (il costituzionalismo liberale, quello democratico e sociale, quello socialista, quello trasformativo, etc.), religioso e tradizionale (il costituzionalismo islamico, quello autoctono, etc.)³⁷⁹. Si è addirittura parlato di un “costituzionalismo autoritario”³⁸⁰, in costellazioni in parte sovrapponibili a quelli che per i

³⁷⁷ Cfr. R. Uitz, *Christian Victimhood. The Revolutionary Force of Illiberal Constitutional Normalization*, relazione presentata al seminario organizzato dall'Università di Trento, 27-31 maggio 2021, *The Legitimacy of Constitutional Orders. Questioning the Revolutionary, Establishment and Elite Pathways*, atti in corso di pubblicazione.

³⁷⁸ I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed*, cit., 69 ss., 123 ss.

³⁷⁹ Cfr., da diverse angolature, L. Scuccimarra, *Vedi alla voce “costituzione”*, cit.; M. Tushnet, *Varieties of Constitutionalism*, in *ICoN*, 2016, 1 ss.; M.W. Dowdle, M.A. Wilkinson, *On the Limits of Constitutional Liberalism: in Search of Constitutional Reflexivity*, in Id., Id. (eds), *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge, 2018, 17 ss.; P. Dann, M. Riegner, M. Bönneman (eds), *The Southern Turn in Comparative Constitutional Law: An Introduction*, in Id., Id. (eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, ebook, 2020, cap. 1; M. Hailbronner, *Transformative Constitutionalism: not only in the Global South*, in *Am. J. Comp. L.*, 2017, 527 ss.; A. von Bogdandy, et. al. (eds), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, cit.; P. Viola, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bologna, 2020; A. Harding, *Asian Law, Public Law, Comparative Law Stir-Fry: Theory and Method Considered*, in T. Groppi, V. Piergigli, A. Rinella (eds), *Asian Constitutionalism in Transition. A Comparative Perspective*, Milano, 2008, 28 ss.; T.E. Frosini, *Laddove il costituzionalismo non ha aggettivi*, in *Percorsi cost.*, 1-3/2020, 3 ss.; J.O. Frosini, C. Pistan, *Hybrid Regimes and Constitutionalism with Adjectives*, ivi, 13 ss.; M.C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., 349 ss.; A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *DCPE online*, 3/2020, 3923 ss.

³⁸⁰ Cfr. tra gli altri M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in *Cornell L. Rev.*, 2015, 393 ss.; G. Frankenberg, *Authoritarian Constitutionalism – Coming to Terms with Modernity Dreams and Demons*, Faculty of Law Research Paper n. 3/2018, Goethe Universität Frankfurt a.M.;

politologi sono i regimi ibridi e in un’ottica che si differenzia da quella delle “costituzioni senza costituzionalismo”³⁸¹. Il “costituzionalismo autoritario” rimanda ad assetti con governi autoritari, che tuttavia consentono un limitato esercizio delle libertà politiche e riconoscono almeno parzialmente la normatività della costituzione, vuoi per fini strumentali, vuoi per consolidare intorno a essa un senso di coesione nazionale e una legittimazione. Alcuni riferiscono tale locuzione anche alle involuzioni autoritarie dei paesi occidentali abitualmente ritenuti democratici³⁸².

È chiaro che, più si allarga il raggio semantico, più il significato del concetto di costituzionalismo si diluisce. Non è un caso che negli ultimi tempi sia riapparsa la distinzione, già nota al dibattito statunitense degli anni novanta, tra un costituzionalismo *thick* e uno *thin*³⁸³. Oggi i termini sono più slabbrati, e si teme che un’accezione troppo *thin* rischi di perdere i legami con il nucleo storico del costituzionalismo, che però è radicato nella tradizione occidentale e sembra non riuscire a tenere conto di culture filosofiche e giuridiche diverse³⁸⁴. Tale nucleo riguarda tanto la limitazione quanto la legittimazione del potere: se tali elementi possono essere rinvenuti già nell’età classica e in forma diversa nel medioevo, è con l’età moderna e le rivoluzioni borghesi che il costituzionalismo, come dottrina e ideologia, acquista una sua più specifica conformazione. È infatti legato ai processi di secolarizzazione e alla pensabilità della libertà individuale, alle correnti del giusnaturalismo e del contrattualismo. Le tappe successive – dal costituzionalismo liberale a quello democratico e sociale, fino ai più recenti sviluppi dello stato costituzionale – vengono normalmente pensate come un’evoluzione, seppur conflittuale e ricca di tensioni interne, a partire

Id. (ed.), *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*, Cheltenham, 2019, anche con riferimento a involuzioni autoritarie nei paesi occidentali.

³⁸¹ Cfr. H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox*, in D. Greenberg et al. (eds), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York Oxford, 1993, 65 ss.; A.H.Y. Chen, *The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond “Constitutions without Constitutionalism”*, in Id. (ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, 1 ss. Si differenzia altresì dalle democrazie “imperfette” o “incerte” su cui v. *infra*, n. 415. Sul punto cfr. A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, cit., 3925 ss.

³⁸² Cfr. in particolare G. Frankenberg, *Authoritarian Constitutionalism*, cit.

³⁸³ Cfr., nell’ambito della filosofia politica e morale, M. Walzer, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo*, ed. orig. *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad* (1994), Bari, 1999, 14 ss. e, nell’ambito della comparazione costituzionale, D. Robertson, *Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions are Irrelevant*, in *Ga. Int’l & Comp. L.*, 2007, 289 ss.: qui la distinzione riguarda una costituzione fondata su determinati valori, che aspira a orientare l’intera società, investendo anche i rapporti tra privati e i diritti di prestazione, e una costituzione concepita prevalentemente come limite al potere statale, con i diritti intesi come barriera difensiva rispetto a quest’ultimo (i termini della questione ci riportano anche alla distinzione tedesca tra *Grundordnung* e *Rahmenordnung*). V. anche P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 102.

³⁸⁴ Cfr. L. Pegoraro, *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, cit., *passim*.

da questa base³⁸⁵.

Già alle origini del dibattito, il carattere “sottile” o minimale del costituzionalismo non descriveva qualcosa di sostanzialmente povero ma, invece, qualcosa di importante, anche se formulato in termini astratti perché su di esso si aspirava a raggiungere un consenso universale³⁸⁶. Recentemente, dinanzi alla massiccia approvazione di nuove costituzioni, si è parlato di un «fenomeno costituzionale globale» (*world constitutional phenomenon*), con riferimento a uno «spazio costituzionale globale» all'interno del quale muoversi con atteggiamento relativista³⁸⁷. Da un'altra angolatura, la prospettiva delle culture costituzionali invita ad adottare uno sguardo critico sull'estensione dei modelli occidentali oltre i loro confini, mettendo a fuoco le specificità dei contesti e rifuggendo da facili universalismi. Esperienze molto diverse non possono essere valutate alla luce della «monocultura costituzionale» occidentale, soprattutto statunitense. Quest'ultima è stata infatti prevalente negli studi contemporanei su scala globale, anche a scapito di altre varianti (inglese e francese) cresciute sul territorio europeo³⁸⁸.

Alla luce di tali premesse, “elementi di costituzionalismo” potrebbero essere colti, considerando anche la dottrina e il pensiero politico, in alcune tradizioni giuridiche non occidentali o potrebbero emergere dalla ibridazione tra queste e i modelli occidentali. La riflessione teorica, anche se sviluppata attraverso un tipo di ragionamento diverso da quello al quale siamo più abituati, è del resto una parte importante dell'esperienza giuridica e occorre tenerne conto. Un'altra eventualità è che all'interno di una certa tradizione giuridica prevalga una corrente in cui quegli elementi di costituzionalismo (“informazioni”, secondo il lessico di Glenn³⁸⁹) non sono apprezzati o sono rifiutati³⁹⁰. Penso si possa immaginare per le aree non occidentali – ma si tratta di una pista di ricerca da approfondire e da distinguere a seconda dei contesti – un'idea di costituzionalismo debole, che conservi come qualificanti gli elementi di limitazione e legittimazione del potere. Essa si potrebbe accostare a quella tratteggiata per l'Europa premoderna, nell'età classica e nel medioevo, e prescinderebbe dai presupposti storici e filosofici del costituzionalismo moderno. Ricorderebbe

³⁸⁵ Seguo la ricostruzione di P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, cit. Per altre indicazioni bibliografiche sul costituzionalismo v. *supra*, n. 112.

³⁸⁶ M. Walzer, *Geografia della morale*, cit., 15, 18, 68 ss., 71 ss., con riferimento all'esperienza cinese e ai principi del consenso e di autodeterminazione.

³⁸⁷ R. Toniatti, *Comparing Constitutions in the Global Era. Opportunities, Purposes, Challenges* [2019 Casad Comparative Law Lecture], in *Kans. L. Rev.*, 2019, 697 ss.

³⁸⁸ La locuzione è di M.W. Dowdle, *Of Comparative Constitutional Monocropping: a Reply to Qianfan Zhang*, in *ICoN*, 2010, 977 ss. Cfr. anche Id., M.A. Wilkinson, *On the Limits of Constitutional Liberalism*, cit.

³⁸⁹ Cfr. P. Glenn, *Le tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 43 ss.

³⁹⁰ Per una considerazione critica di esportazioni che appaiono impermeabili alle culture locali v. L. Pegoraro, *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, cit., 46 ss.

certi aspetti del costituzionalismo antico e inviterebbe forse a ripensare alcuni temi del giusnaturalismo in contesti politici, socio-economici e culturali fortemente differenziati³⁹¹. Sarebbe inoltre collocata in una temporalità diversa, anche postcoloniale, nel senso che non verrebbe misurata sulla base di un prima e di un dopo rispetto alla modernità europea.

Nelle pagine che seguono darò conto di alcune evoluzioni intorno a questo tema, cercando di valorizzare esperienze che normalmente vengono tagliate fuori dai discorsi sul costituzionalismo globale, nonostante questo professi di avere una proiezione spaziale che copre tutto il mondo. Si tratta di aree geografiche vaste e significative, da un punto di vista culturale, sociale, economico e geopolitico, alcune delle quali contendono all'occidente la guida di una globalizzazione diversa: quella andina, quella dei paesi islamici (soprattutto mediterranei) e quella cinese³⁹². Considererò come alcuni attori locali adoperino effettivamente il concetto di costituzionalismo, agganciandosi ai profili della limitazione e/o della legittimazione del potere, ma senza condividere le coordinate intellettuali delle culture occidentali, o condividendole solo in parte. Per quanto riguarda i paesi islamici e la Cina, farò riferimento a dottrine presenti nella tradizione giuridica, o a quelle che altri hanno definito «possibilità di sviluppo» del costituzionalismo o «costituzionalismo potenziale»³⁹³, nella consapevolezza dell'eventualità di una divaricazione tra teoria e prassi politica. I comportamenti concreti in parte accompagnano il pensiero, in parte possono in futuro tradurlo in azione. Ma potrebbero anche non farlo, o potrebbero farlo in maniera ambivalente. In questi contesti, l'uso del concetto di costituzionalismo testimonia l'avvenuta migrazione, seppure ristretta e parziale, di un'idea costituzionale, che perde densità e si colora di sfumature semantiche diverse. Di questi cambiamenti di significato sono spie le fonti coinvolte nel processo: nel vocabolario di Sacco, si tratta dell'interazione di formanti eterogenei – compreso il cd. diritto muto –, che appaiono ancora relativamente differenziati l'uno dall'altro. Nella

³⁹¹ Sul costituzionalismo antico v. C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, ed. orig. *Constitutionalism. Ancient and Modern* (1947), Bologna, 1990, 47 ss.; per un recupero di tratti giusnaturalistici nella tradizione del costituzionalismo v. N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), in Id., N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Brescia, 2021, 29 ss. Naturalmente si porrebbe anche in queste aree la questione dell'interazione con l'eredità del costituzionalismo moderno e democratico.

³⁹² Cfr., con riferimento all'Islam e alla Cina quali potenziali concorrenti dell'Occidente per una globalizzazione diversa, P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 103-104; R. Scarciglia, *Costituzioni globali, tradizioni legali e diritto comparato*, cit., 441 ss. Cfr. altresì V. Kumar, *Towards a Constitutionalism of the Wretched – Global Constitutionalism, International Law and the Global South*, in *blog-iacl-aicd-org* (10-8-2017).

³⁹³ Cfr. S. Balme, M.W. Dowdle, *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, in Ead., Id., (eds), *Building Constitutionalism in China*, New York, 2009, 1 ss. (1, 10); N.J. Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*, Albany, 2002, xiii ss. (xiii).

terminologia di Glenn, si tratta dell'interazione di *common law*s in uno "stato cosmopolitico", laddove le prime sono concepite in maniera aperta e porosa, come un insieme di informazioni suscettibili di essere scambiate verso l'esterno e di proiettarsi insieme su vari tipi di fonti, mentre il concetto di stato ha un'accezione molto lata, non coincidente con la statualità secolare e territoriale moderna, ed è invece inteso come organizzazione politica caratterizzata dalla convivenza di popolazioni di varia provenienza, nella quale operano molteplici meccanismi per assicurare la pluralità e lo scambio di esperienze giuridiche³⁹⁴.

5.1. Circolazione di un modello economico e costituzionalismo socialdemocratico europeo

Si è ricordato più in alto come le relazioni tra gli spazi territoriali, nel contesto della globalizzazione, non debbano essere pensate soltanto in termini contrappositivi (globale *vs.* nazionale o locale), innescandosi un processo di interazione tra livelli di diversi, vuoi diretti dal comune imperativo del rafforzamento dei mercati, specie finanziari, vuoi caratterizzato da resistenze politico-culturali trasversali. In queste costellazioni è soprattutto il rapporto tra mercato globale e spazio territoriale a entrare in tensione, privando il discorso del costituzionalismo globale di un significato progressivo. Questo è evidente soprattutto in contesti, come quello europeo-continentale, in cui il secondo dopoguerra è stato caratterizzato dalla formazione di stati sociali robusti, quali strutture che avevano assicurato il riequilibrio delle diseguaglianze e il compromesso tra capitale e lavoro nell'ambito di una cornice democratica³⁹⁵. Non sorprende, pertanto, che alcune delle voci più critiche nei confronti dei processi di globalizzazione e del loro impatto sul costituzionalismo democratico e sociale siano state sollevate da esponenti della dottrina dei paesi in cui tale impronta sociale è maggiormente presente nella costituzione, come quella italiana. Si tratta di orientamenti delineatisi fin dalla metà degli anni novanta, anche se con sfumature diverse³⁹⁶, che hanno sottolineato le ricadute negative della globalizzazione sull'effettività dei diritti sociali e sulla capacità, per i singoli stati, di conservare margini di deliberazione democratica tali da conferire alle decisioni pubbliche un grado

³⁹⁴ Cfr. rispettivamente R. Sacco, *Antropologia giuridica*, cit.; P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., *passim*; Id., *Common Law*s, cit. *passim*; Id., *Le tradizioni giuridiche del mondo*, cit.

³⁹⁵ La bibliografia è amplissima, mi limito a richiamare F. Rimoli, *Stato sociale (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004 e M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. V, Torino, 2012, 220 ss. In una prospettiva economica v. F. Farina, *Lo stato sociale. Storia, politica, economia*, Roma, 2021.

³⁹⁶ M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.; C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di L. Elia*, Milano, 1999, 1257 ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, cit.; F. Rimoli, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, v. III, Torino, 2005, 321 ss.

sufficiente di legittimazione³⁹⁷. Il momento di inversione di rotta va peraltro anticipato almeno all'inizio degli anni ottanta³⁹⁸.

Nel corso del tempo, il quadro si è ulteriormente complicato alla luce del modo in cui, a livello sovranazionale, è stata disegnata la politica monetaria, con l'assegnazione alla Banca centrale europea dell'obiettivo prioritario di assicurare la stabilità dei prezzi e di contenere l'inflazione, a scapito della piena occupazione, con un'asimmetria rispetto alla politica fiscale, rimasta nominalmente in capo agli stati. Si tratta della variante con cui, nell'Unione europea, ha preso forma il neoliberalismo economico, con un'influenza delle correnti ordoliberali tedesche prevalente rispetto ad altre tradizioni economiche³⁹⁹, come quella francese e quella renana, che contemplavano finalità diverse della politica monetaria, un ruolo più attivo dello stato in economia, un finanziamento delle attività economiche che non puntava in maniera preponderante sul mercato di capitali⁴⁰⁰. Negli anni della crisi finanziaria, questi orientamenti si sono ulteriormente accentuati, con politiche di riduzione della spesa pubblica volte ad assicurare la sostenibilità del debito, promosse dagli organi europei e assistite da

³⁹⁷ Tra gli altri v. M. Dani, A.J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, 1/2020, 259 ss.; O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Napoli, 2016. Non è dunque un caso che, con una certa frequenza, convegni di costituzionalisti e costituzional-comparatisti italiani siano stati dedicati più o meno direttamente a tali questioni: cfr., con contributi che muovono da prospettive diverse, Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2012, Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, 2014; Ead., *Annuario 2013, Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli, 2015; Ead., *Annuario 2016, Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità, rappresentanza, territorio*, Napoli, 2017; Ead., *Annuario 2017, Democrazia, oggi*, Napoli, 2018; Ead., *Annuario 2018, La geografia del potere*, Napoli, 2019; R. Orrù, L. Sciannella (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004; G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello stato: modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012; C. Bassu, G.G. Carboni (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, 2016; G.F. Ferrari (a cura di), *Banca, finanza, moneta: il governo dell'economia nel prisma della comparazione*, Torino, 2021.

³⁹⁸ Cfr. tra i molti A. Doering-Manteuffel, L. Raphael, *Nach dem Boom*, cit.; W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, ed. orig. *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krisis des demokratischen Kapitalismus* (2013), Milano, 2013, 40 ss., 73 ss.

³⁹⁹ Sull'ordoliberalismo come variante del neoliberalismo v. per tutti, con argomenti a mio avviso convincenti, T. Biebricher, *The Political Theory of Neoliberalism*, cit., 2-3; Id., *Ordoliberalism as a Variety of Neoliberalism*, in J. Hien, C. Joerges (eds), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford Portland, kindle ed., 2017, cap. 6.

⁴⁰⁰ K. Dyson, K. Featherstone, *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, 1999; M. Brunnermeier, H. James, J.P. Landau, *The Euro and the Battle of Ideas*, ebook, Princeton, 2016; A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, 174 ss.; C. Strassel, *La France, l'Europe et le modèle allemand*, in *Hérodote*, 2013, 60 ss. Parzialmente diversa la lettura di C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, Oxford, 2016, che distingue da un lato il testo dei trattati, ai quali sarebbe sotteso un «potenziale pluralistico», dall'altra la prassi neoliberale. Qui il rischio è quello di enfatizzare troppo l'autonomia del testo giuridico e un'interpretazione teleologica con la quale non concordano attori importanti come il *Bundesverfassungsgericht*.

penetranti strumenti di controllo, politiche che hanno richiesto in diversi paesi l'introduzione in costituzione del principio dell'equilibrio di bilancio⁴⁰¹. Come ricordavo, sono emersi in questo contesto i limiti delle ricostruzioni secondo le quali il diritto della globalizzazione sarebbe prevalentemente (o addirittura esclusivamente) il frutto dell'attività delle corti, costruito intorno al formante giudiziario, quando invece hanno agito gli organi dell'indirizzo politico – soprattutto i vertici dell'esecutivo e i ministri dell'economia –, producendo norme mediante atti più o meno tipici, in sede sia nazionale che europea, ai quali si sono affiancati organi formalmente indipendenti⁴⁰².

La «doppia lealtà» degli stati, rispetto ai cittadini e rispetto a i mercati finanziari, è stata da più parti stigmatizzata: il bene comune, pensato con riferimento ai primi, presuppone misure diverse da quelle richieste dai secondi, il cui principale motore è il soddisfacimento delle aspettative di credibilità⁴⁰³. Al contempo, si è richiamata l'esigenza di iniziative in materia fiscale volte a evitare l'elusione da parte delle società multinazionali, che si avvantaggiano della mobilità di capitali, servizi e merci, e ad assicurare il principio di progressività della tassazione⁴⁰⁴. Per sintetizzare questi mutamenti, si è parlato della formazione di un nuovo tipo di stato (lo stato debitore o consolidato⁴⁰⁵), o anche di una «involuzione» o di una «de-costituzionalizza[zione]» all'interno dei paesi europeo-continentali che nel dopoguerra avevano conosciuto stati sociali forti⁴⁰⁶. Non posso soffermarmi in questa sede sui tentativi, che pure sono stati fatti, con esiti finora fragili, di edificare politiche sociali condivise⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ Cfr. tra i molti K[a.] Tuori, K[l.] Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2015; A. Hinarejos, *Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford, 2015; M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, 2016, 123 ss.; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; O. Chessa, *La costituzione della moneta*, cit., 369 ss.

⁴⁰² Cfr. *supra*, par. 3.3. Sul punto v. M. Goldoni, *Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law*, cit., 90.

⁴⁰³ W. Streeck, *Tempo guadagnato*, cit., 100 ss.

⁴⁰⁴ L. Antonini, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 319 ss.; C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari*, in M.A. Presno Linera (coord.), *La metamorfosis del estado y del derecho*, Oviedo, 2014, 153 ss.

⁴⁰⁵ W. Streeck, *Tempo guadagnato*, cit.

⁴⁰⁶ Id., *Zwischen Globalismus und Demokratie*, cit., 40; M. Goldoni, *Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law*, cit., 89; M. Dani, A.J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit., 310 ss., 322; O. Chessa, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico-sociale?*, in E. Mostacci, A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, kindle ed., 2021, 33 ss. V. altresì, su alcune questioni più generali, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.

⁴⁰⁷ Cfr., da diverse angolature, S. Giubboni, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quad. fior. st. pen. giur. mod.*, 2017, 553 ss.; F. Saitto, *«Risocializzare l'Europa». La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in

Mi limito a richiamare le innovazioni più recenti per reagire alla crisi pandemica, in tema di rafforzamento del bilancio, emissione di titoli comuni, sospensione provvisoria del patto di stabilità e adozione di programmi dalle finalità ecologiche e sociali. Se, secondo alcuni, esse sarebbero indice di un cambiamento di rotta sul versante delle politiche economiche, rimangono significative posizioni critiche⁴⁰⁸. E anche se non si può disconoscere il rilievo politico dell'accordo raggiunto, conviene essere prudenti sulla portata dei relativi effetti nel lungo termine.

Nel contesto europeo-continentale, dunque, si registrano da un lato un affievolimento dello stato sociale e del principio democratico, debolmente compensati a livello sovranazionale, dall'altro lato la crescita di un sistema di protezione integrato dei diritti tra i più sofisticati, che ha agevolato l'elaborazione di principi comuni e ha consentito alle tecniche di limitazione del potere di articolarsi su piani ultra-statali e sulla base del quale sono state elaborate le summenzionate teorie sul pluralismo giuridico (*supra*, par 3.3). Tra questi diritti, però, quelli sociali continuano a essere tendenzialmente recessivi: la differenza si nota soprattutto se l'osservazione proviene dall'Italia e da altri paesi mediterranei (penso soprattutto al Portogallo), dove i diritti sociali godono di una tutela costituzionale forte, tanto da poter essere considerati, ancorché in maniera puntiforme, come dei presidi a difesa dell'identità costituzionale a fronte delle misure di austerità⁴⁰⁹.

Quanto detto comporta almeno tre conseguenze per un discorso sulle circolazioni: in primo luogo, mostra la sinergia tra formanti giuridici nazionali, sovranazionali e internazionali, i cui soggetti principali sono gli esecutivi, anche quando gli atti interni rivestono la forma della legge, finanche costituzionale. Tale considerazione può peraltro essere differenziata, dato che in Germania il *Bundestag* esercita, non ultimo grazie all'intervento del Tribunale costituzionale, un ruolo più incisivo. In secondo luogo, mette in luce una tensione interna all'idea del costituzionalismo

Riv. Dir. Comparati, 3/2017.

⁴⁰⁸ Sulle recenti misure di contrasto alla pandemia v., tra i molti e da diverse prospettive, E. Mostacci, A. Somma (a cura di) *Dopo le crisi*, cit.; C. Marchese, *Il ruolo dello stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti e il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *Riv. AIC*, 1/2021; F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica*, in *Riv. AIC* 3/2021; G. De Mónico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021; F. Salmoni, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021.

⁴⁰⁹ Cfr., anche alla luce della giurisprudenza, B. Brancati, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa, 2018; R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1015 ss.; C. Marchese, *I diritti sociali nell'epoca dell'austerità: prospettive comparate*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 157 ss.; C. Fasone, *Corti costituzionali e funzione metabolica delle costituzioni*, cit., 848 ss. V. altresì S. Gambino, *I diritti fondamentali fra Unione europea e costituzioni nazionali*, in *DPCE*, f. spec. 2019, 276 ss., 296 ss.

globale, evidenziando una involuzione del costituzionalismo sociale e democratico in Europa continentale. Infine, induce a formulare l'ipotesi di una circolazione del modello economico neoliberale, dovuta retoricamente a una sua maggiore efficienza ma sostanzialmente imposta dalle forze economiche e politiche dominanti, che comprime di fatto tradizioni economiche e modelli di capitalismo alternativi, come quello renano o quello francese, sviluppatasi nei diversi contesti europei alla luce di specifiche condizioni storiche e istituzionali⁴¹⁰. Ancora una volta, torna la questione della relativa autonomia del diritto e dei margini che residuano all'interpretazione giuridica dinanzi a un'incisiva influenza dell'economia. Ad esempio, si è assunta la permanenza di tali margini quando, con riguardo alla frettolosa introduzione nella costituzione italiana del vincolo al cd. pareggio di bilancio (artt. 81, 97, 119 Cost.), in seguito a irrituali pressioni sovranazionali, si è sottolineata la flessibilità della locuzione "equilibrio di bilancio" utilizzata dal legislatore di revisione costituzionale. Così interpretata, infatti, la formula lascerebbe, almeno astrattamente, uno spazio di manovra per l'adozione di misure anticicliche⁴¹¹.

5.2. Il *nuevo constitucionalismo* latinoamericano

In una prospettiva critica rispetto alle dinamiche del costituzionalismo globale, è significativo lo sviluppo del *nuevo constitucionalismo* in America Latina, segnatamente in Ecuador e in Bolivia⁴¹², mentre si è in attesa dell'esito del processo costituente cileno⁴¹³. In generale, l'esperienza dell'America Latina, invero variegata al suo interno⁴¹⁴, appare

⁴¹⁰ Su quest'ultimo aspetto v. in particolare, anche per il ricorso al lessico dell'imposizione, A. Somma, *Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*, in *DPCE*, II/2013, 451 ss., spec. 462. V. altresì C. Strassel, *La France, l'Europe et le modèle allemand*, cit.

⁴¹¹ In questo senso v., per tutti, M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013*, Milano, 2014, 1 ss. Quanto allo strumento di pressione, faccio riferimento alla lettera del 5-8-2011 indirizzata al Governo italiano dal Governatore della BCE Jean-Claude Trichet e da quello della Banca d'Italia (nonché futuro successore di Trichet) Mario Draghi, pubblicata dal *Corriere della sera*, il 29-9-2011, su cui v. E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Riv. AIC*, 1/2014.

⁴¹² Cfr. tra i molti R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmáu, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 2011, 1 ss.; R. Gargarella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, 2009; M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *DPCE*, II/2012, 319 ss., ed ivi, la sezione monografica su *Il "nuevo constitucionalismo" andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista* da lui curata; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *DPCE*, II/2020, 317 ss.

⁴¹³ Su cui v. almeno la III sezione monografica in *DPCE online*, I/2021.

⁴¹⁴ Sull'estensione e sull'articolazione del concetto v. L. Pegoraro, *América Latina como*

particolarmente interessante perché quest'area è stata molto influenzata dal diritto occidentale – vuoi attraverso la codificazione francese, la dottrina tedesca e la tradizione romanistica, vuoi tramite modelli del costituzionalismo iberico e statunitense –, e soprattutto ne condivide tendenzialmente l'ideale democratico⁴¹⁵. Ciò ha posto da una parte problemi di emancipazione da un discorso che rappresenta il diritto latino-americano come una perpetua ma incompiuta imitazione dei modelli europei e nordamericani, dall'altra ha agevolato l'individuazione di promettenti ibridazioni, se non di potenziali movimenti circolatori in direzione inversa⁴¹⁶. Il carattere per lo più derivato del diritto latinoamericano è stato contestato con vari argomenti: si è sottolineato come l'appropriazione e la rielaborazione di istanze sociali sia stata in questi territori particolarmente articolata, nonché in sintonia con una parte della tradizione e del diritto indigeno; si è osservata la relativa esperienza economica, politica e istituzionale come il frutto di una modernizzazione diversa (ma non arretrata o inferiore) rispetto a quella occidentale; si è messa a fuoco la duttilità, dinanzi agli assetti istituzionali di molti paesi dell'area, dei modelli relativi alle forme di governo, alla giustizia costituzionale e al federalismo; si è evidenziata l'antiorità – nel senso di una presenza in America Latina prima che in Europa o altrove –, di principi e istituti come i diritti sociali e l'*amparo*⁴¹⁷.

L'originalità è proprio uno dei caratteri che, insieme alla lunghezza, alla complessità e alla particolare rigidità dei testi, caratterizza il *constitucionalismo* andino come "*nuevo*": la novità consiste soprattutto nella forte impronta de-colonizzatrice, nel senso di un rifiuto netto del passato coloniale e nel recupero delle tradizioni indigene autoctone⁴¹⁸. Ciò ha dato vita a una rifondazione dello stato su basi plurinazionali e interculturali,

categoría y objeto de comparación, cit., I/2018, 82 ss.

⁴¹⁵ Le ricostruzioni prevalenti utilizzano un'aggettivazione che indica incompletezza: cfr. A. Di Giovine, S. Sicardi (a cura di), *Democrazie imperfette*, Torino, 2005; L. Mezzetti, *Le democrazie incerte: transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁴¹⁶ G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, in *Riv. cr. dir. pr.*, 2011, 164 ss.; A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in M.R. Polotto, T. Keiser, T. Duve (eds), *América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt a.M., 2015, 11 ss.; L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, cit., 86 ss.; Id., E. Álvarez Conde, *Alcune riflessioni sulle recezioni e l'esportazione di modelli nel costituzionalismo latino-americano*, in *Rev. gen. der. publ. comp.*, 2011.

⁴¹⁷ V. rispettivamente G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, cit., 173 ss.; A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana*, cit., 28, 31 ss.; L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, cit., 92 ss.

⁴¹⁸ Sull'originalità come elemento del *nuevo constitucionalismo* v. R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmáu, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 16; M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, cit., 319-323; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 53 ss.; A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 339 ss.

laddove la comunicazione fra tradizioni culturali diverse è considerata il presupposto di uno stato che rigetta paradigmi assimilazionisti, ma anche integrazionisti o multiculturali (i quali assumerebbero cioè la predominanza di un determinato gruppo, rispetto al quale gli altri sono qualificati come minoranze). Viene invero riconosciuta la equiordinazione di tutti i gruppi etnici e sociali, tra cui appunto le comunità indigene. Queste godono di autonomia normativa e giurisdizionale, nonché del diritto di esprimere una quota di rappresentanti nel corpo legislativo e in magistratura (cfr. spec. artt. 1, 57, 60, 157, 171 Cost. Ecuador; 1-5, 30, 190-191, 269, 291, 410 Cost. Bolivia)⁴¹⁹. L'altro aspetto particolarmente qualificante è l'incorporazione dei valori della cosmovisione andina, sintetizzata nei concetti di *buen vivir* o *vivir bien* (ai quali corrispondono rispettivamente *sumak kawsay* in Ecuador e *suma qamaña* in Bolivia): una vita buona, degna e piena, che è tale non perché inseguie ideali di benessere materiale, ricchezza o produttività, ma perché è in grado di conservare un rapporto equilibrato e sostenibile con la natura e con il resto della comunità, nell'ambito di una concezione temporale circolare e non progressiva, e di un processo di trasmissione della memoria che avviene anche oralmente (cfr. spec. preambolo, artt. 3, 12-14, 74, 83, 97 Cost. Ecuador; preambolo, art. 8, 80, 306, 313 Cost. Bolivia)⁴²⁰.

Qui la curvatura polemica rispetto ai modelli occidentali è evidente, per quanto riguarda il rigetto sia di un tipo di sviluppo basato sullo sfruttamento del suolo, sulla tutela prioritaria degli investimenti e sul consumo di massa, sia di una concezione individualistica della società. Proprio alla luce di tale contrasto si è parlato, con riferimento al *buen vivir* e valorizzando la posizione di de Sousa Santos e la sua "Epistemologia del Sud", di una teoria contro-egemonica, nel senso di un antimodello tanto rispetto alle tendenze neoliberali contemporanee, quanto rispetto alle imposizioni coloniali (laddove, in America Latina, le une si collegano storicamente alle altre)⁴²¹. Al contempo, i costituzional-comparatisti hanno

⁴¹⁹ Cfr. B. de Sousa Santos, *La reinvenção del estado y el estado plurinacional*, Cochabamba, 2007; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 87 ss., 123 ss.

⁴²⁰ Ivi, 67 ss., 141 ss.; S. Bagni, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014, 73 ss. Sul diritto ctonio e sulla relativa temporalità v. P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 115 ss.

⁴²¹ Tra gli altri v. S. Lanni, *Diritto e "a-crescita": contributo contro-egemonico alla preservazione delle risorse naturali*, in DPCE, III/2021, 593 ss.; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 67 ss.; S. Bagni, *Il sumak kawsay*, cit., 74; A.M. Russo, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina: i pueblos indígenas e le sfide ambientali in tempi di emergenza*, in DPCE online, 3/2020, 4101, 4106. Riprende in questo contesto il concetto di egemonia anche G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, cit., 190 ss. Sul pensiero di B. de Sousa Santos v. *supra*, n. 220. Viene valorizzato, tra gli altri, da M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, cit., 323. Nell'ambito della lettura in lingua inglese critica del *new constitutionalism* v. G.W. Anderson, *Critical Theory*, cit., 146 ss.

sottolineato le virtualità positive di una migrazione del modello andino verso l'occidente, per quanto attiene a un maggiore equilibrio tra le istanze individualistiche e quelle comunitaristiche e solidaristiche, e alla sostenibilità ambientale, nella misura in cui si mette a fuoco la falsa oggettività di un approccio tecnicistico e la dimensione sociale dei relativi problemi, facendo salve le istanze della convivenza fra gruppi culturali diversi. Si tratta di una circolazione avente verso opposto rispetto a quelle fin qui prevalenti: dal sud al nord del mondo, dalla periferia verso il centro⁴²². Va peraltro ricordato come le popolazioni indigene – nella regione andina ma anche in altre aree dell'America Latina e del mondo, secondo un ulteriore interessante fenomeno circolatorio – abbiano messo in comunicazione in maniera fruttuosa la tradizione ctonia, il diritto dello stato e il diritto internazionale, ottenendo un riconoscimento di titoli giuridici sulla terra che occupano da secoli. Da una parte si sono avvalse, a fini processuali e promozionali, del linguaggio dei diritti (sia nella giurisdizione nazionale che in quella sovranazionale e internazionale), dall'altro sono riuscite a conservare le specificità della loro relazione con il territorio e con l'ambiente, un possesso collettivo irriducibile alla nozione di diritto soggettivo e alla distinzione tra proprietà privata e pubblica, da comprendere alla luce della loro particolare cosmovisione⁴²³.

Come molti concetti costituzionali ampi, anche quello di *buen vivir* presenta delle ambivalenze, dando luogo a interpretazioni differenti ed eventualmente confliggenti: la lettura ecologista e post-sviluppista e quella indigenista possono entrare in tensione con la visione socialista-statalista, per quanto concerne il modo di governare l'economia, soprattutto quando si ragiona di modelli di sviluppo e di reperimento delle risorse da distribuire. In effetti, negli ultimi anni sono aumentati i conflitti tra popolazioni indigene che rivendicano l'integrità dell'ambiente naturale, da un lato, e compagnie estrattiviste o imprese nazionali che competono nel mercato internazionale, dall'altro. Lo stato si trova al centro di tali tensioni: per un verso cerca di temperare le incertezze della globalizzazione, per l'altro verso assume quest'ultima come un dato di fatto, nel tentativo di imprimere una direzione alle attività economiche⁴²⁴.

⁴²² V. *supra*, parr. 3.1 e 3.2, e altresì D. Amirante, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in DPCE, f. spec. 2019, 6 ss., 22 ss.; L. Pegoraro, *Constitucionalización del derecho y cultura constitucional*, cit., 51 ss.; S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in Ead. (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, in Bologna, 2013, 19 ss., anche con riferimento all'*ubuntu* sudafricano; S. Baldin, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino*, cit., 195-196; v. anche A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 358 ss.

⁴²³ Cfr. per tutti P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, cit., pt. II.4, IV.12; S. Lanni (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011. Per alcuni riferimenti recenti cfr. A.M. Russo, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina*, cit., 4101 ss.

⁴²⁴ S. Bagni, *Il sumak kawsay*, cit., 79-80; A.M. Russo, *Democrazie illiberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina*, cit., 4083 ss. Cfr. anche S. Baldin, *Il buen vivir nel*

Una valutazione della resa complessiva di queste costituzioni richiede di affiancare la considerazione dei lunghi cataloghi dei diritti che concretizzano la concezione del *buen vivir* – talora anche prefigurando la natura come soggetto di diritto (artt. 10, 71 ss. Cost. Ecuador; art. 33 Cost. Bolivia e *Ley de derechos de la Madre Tierra*, n. 71/2010) – con le dinamiche istituzionali. È qui che l'originalità del *nuevo constitucionalismo* sembra affievolirsi: da una parte, infatti, gli assetti organizzativi riflettono ancora il compromesso raggiunto tra il XVIII e il XIX secolo tra conservatori e liberali, dall'altro cercano di accogliere istituti della democrazia partecipativa, come richiesto dalla corrente democratico-radicalista. Ma, nell'ambito di questa interazione, è il blocco più antico che sembra prevalere, tanto che l'impostazione olistica del *buen vivir* può finire col convergere con le istanze di un presidenzialismo forte, che risveglia il crittotipo del *caudillismo*, il quale tuttavia troppo spesso viene considerato come un elemento innato delle realtà latinoamericane, mentre a ben vedere ricalca anche alcune esperienze autoritarie, in Europa e non solo⁴²⁵.

Ancora, con l'attivazione permanente del potere costituente, l'indebolimento delle istanze rappresentative e la minore incisività di quelle partecipative, si rischia di attribuire al potere giudiziario, non sempre in linea con le istanze di rinnovamento fatte proprie dalle popolazioni indigene e dai gruppi socialmente marginali, il ruolo di interprete principale del testo costituzionale, in particolare di cataloghi dei diritti particolarmente lunghi e complessi⁴²⁶, tanto più che questi vengono letti alla luce di una giurisprudenza piuttosto invasiva della Corte interamericana dei diritti dell'uomo⁴²⁷. Qui, peraltro, si rileva un'altra continuità: quella tra il *nuevo constitucionalismo* e il neocostituzionalismo. Anche se il primo termine mostra una chiara connotazione politica rispetto al secondo, la cui matrice è più dottrinale, da questo esso riprende alcuni tratti qualificanti: l'investimento nella forza normativa della costituzione, la rinnovata centralità del nesso tra il contenuto della costituzione e la morale (in particolare in relazione alle norme sui diritti fondamentali), il ricorso a tali norme da parte dei giudici tramite applicazione diretta o interpretazione conforme⁴²⁸.

costituzionalismo andino, cit., 141 ss.

⁴²⁵ Tra gli altri v. A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana*, cit., 26, 39-40; L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, cit., 88.

⁴²⁶ R. Gargarella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 27 ss.; R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-210)*, Buenos Aires, 2014, 269 ss., 309 ss.; A. Mastromarino, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 342 ss.

⁴²⁷ Su questo aspetto rimando alla relazione di A. Mastromarino, *Processi di integrazione in America latina: il valore del formante giurisprudenziale*, in questo fascicolo.

⁴²⁸ Sul punto v. soprattutto M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in America Latina*, in *DPCE*, II/2012, 342 ss. Più in generale, sul neocostituzionalismo e sulle sue varianti v. M. Carbonell (ed.), *Neocostituzionalismo(s)*, Madrid, 2003; L. Prieto Sanchís, *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*, Napoli, 2017; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.

Quanto rilevato fin qui sollecita un'ultima riflessione, relativa al modo in cui viene usato l'aggettivo "contro-egemonico", di evidente ascendenza gramsciana, anche se non impiegato direttamente dal pensatore sardo. La sua diffusione nell'area latinoamericana è la conseguenza dell'ampia recezione che l'opera di Gramsci ha conosciuto in queste zone⁴²⁹. Nella letteratura prevalente – compresi gli scritti di de Sousa Santos – la contro-egemonia fa riferimento a una visione culturale, economica e politica opposta rispetto a quella neoliberale dominante, e diffusa tra i movimenti della società civile, laddove quest'ultima è osservata in una dimensione transnazionale, mentre lo stato tende a rimanere in secondo piano rispetto alla plurinazionalità e all'integrazione nelle organizzazioni regionali⁴³⁰. Ciò può spiegarsi col fatto che in questi paesi lo stato ha un radicamento diverso, più debole rispetto a quelli dell'Europa continentale. Cionondimeno, si può provare a estendere alcuni dei rilievi formulati più in alto, in ordine a una certa sottovalutazione della statualità da parte di alcuni studiosi e attivisti neo-gramsciani⁴³¹. Senza rinunciare alle connessioni internazionali, una cornice geograficamente più delimitata può consentire infatti di mettere a fuoco le tensioni reali immanenti al concetto di *buen vivir* – in particolare tra economia ed ecologia –, e quelle interne alla costituzione, tra la parte sui diritti e quella sull'organizzazione. Una simile presa d'atto è importante ai fini della conduzione di quella che Gramsci definiva "sfida per l'egemonia": la conquista dell'autonomia da parte delle classi subalterne e il coinvolgimento della società civile attraverso la leva culturale – qui, potremmo dire, mediante lo sforzo di attrarre al concetto di *buen vivir* anche altri ceti sociali –, nella consapevolezza dei rapporti di produzione (e ri-produzione), dei rapporti politici, e degli inevitabili conflitti che si aprono al loro interno⁴³². A tale proposito, anche attraverso l'influenza di Ernesto Laclau, sono state proposte da sinistra versioni conflittuali del populismo, le cui incarnazioni istituzionali non hanno tuttavia finora dato gli effetti sperati, in termini di riduzioni delle disegualtanze e umanizzazione del capitalismo⁴³³.

5.3. Costituzionalismo e tradizione islamica

Da diverso tempo si discute della compatibilità tra costituzionalismo e religione islamica, pur nella consapevolezza della divaricazione storica e

⁴²⁹ G. Cospito, *Egemonia*, cit., 158-160; D. Kanoussi, G. Schirru, G. Vacca (a cura di), *Studi gramsciani nel mondo. Gramsci in America Latina*, Bologna, 2011.

⁴³⁰ V. anche B. de Sousa Santos, C.A. Rodríguez Garavito (eds), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, 2005.

⁴³¹ V. *supra*, par. 3.3.

⁴³² V. *supra*, n. 169 e R. Ciavolella, *Gramsci, l'antropologia e la "politica del popolo"*, in F. Frosini, F. Giasi (a cura di), *Egemonia e modernità*, cit., 363 ss.

⁴³³ Tra gli altri v., da angolature in parte diverse, A. Somma, *Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali*, in *DPCE*, I/2018, 75 ss.; A.M. Russo, *Democrazie liberali ed eco-etnodesarrollo in America Latina*, cit., 4090 ss., 4107-4018.

ideologica tra le esperienze dei paesi del mondo islamico e dei paesi occidentali⁴³⁴. Giustamente si è sottolineata la distinzione tra pratiche costituzionali, sviluppatasi attraverso l'azione dell'uomo in un determinato contesto sociale e culturale, e pensiero speculativo, laddove nei paesi islamici le prime appaiono più carenti, mentre nella tradizione giuridica è possibile individuare alcuni aspetti normativi, frutto dell'elaborazione dottrinale e in parte della giurisprudenza, che mostrano assonanze con il concetto occidentale di costituzionalismo⁴³⁵. Si tratta di principi al contempo scarni e generali, alla luce dell'esiguità dei contenuti del diritto islamico in tema di organizzazione costituzionale dei poteri⁴³⁶. Questi profili dottrinali e giurisprudenziali, insieme a un qualche dinamismo del parlamento e della stampa in alcune aree, hanno convissuto a lungo con assetti istituzionali caratterizzati dall'intreccio tra le strutture controllanti dello stato burocratico-amministrativo e rapporti clientelari⁴³⁷. L'adozione di costituzioni formali ispirate alle democrazie liberali occidentali – prima e soprattutto dopo il crollo dei regimi comunisti, quando il modello di stato socialista è per lo più imploso anche nei paesi arabi – non ha impedito l'instaurazione di stati sostanzialmente autoritari, sia per lo scivolamento della forma di governo, inizialmente frutto della circolazione di schemi parlamentari o semi-presidenziali, verso forme presidenzialiste con deboli contropoteri, sia per il ruolo decisivo giocato dai militari⁴³⁸.

Per comprendere i problemi costituzionali dei paesi arabi occorre altresì tenere presente le specificità dei contesti di sviluppo – bisogna distinguere tra la tradizione sciita e quella sunnita, tra paesi mediterranei e quelli dell'estremo oriente, tra l'Iran e la Turchia, etc. – e i particolari

⁴³⁴ Mi limito a richiamare S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, in *Annual Rev. Law Soc. Sci.*, 2007, 115 ss.; R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*, Oxford, 2012; Id., Id., (eds), *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, Oxford, 2016; C. Sbailò, *Islamismo e costituzionalismo: la problematica compatibilità*, in *Perc. Cost.*, 2/3 2013, 89 ss.; Id., *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto*, Milano, 2015, 17 ss.; M. Oliviero, *Il costituzionalismo dei paesi arabi, I. Le costituzioni del Maghreb*, Milano, 2003; Id., *I paesi del mondo islamico*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, cit., ai quali rimando per ulteriori approfondimenti bibliografici. Più ancorato alla nozione occidentale di costituzionalismo mi sembra T. Virgili, *Islam, Constitutional Law and Human Rights. Sexual Minorities and Freethinkers in Egypt and Tunisia*, London, kindle ed., 2021.

⁴³⁵ K. Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 35 ss.; M.H. Kamali, *Constitutionalism in Islamic Countries. A Contemporary Perspective on Islamic Law*, ivi, 19-20.

⁴³⁶ Ibidem; S. Tellenbach, [Buchbesprechung zu] R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism in Islamic Countries. Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, 2012, in *Verfassung und Recht im Übersee*, 2015, 238.

⁴³⁷ Cfr. A.A. Arjomand, N.J. Brown, *Introduction*, in Id., Id. (eds), *The Rule of Law, Islam, and Constitutional Politics in Egypt and Iran*, New York, 2013, 2, 4, 10.

⁴³⁸ M. Oliviero, *Il costituzionalismo dei paesi arabi*, cit., 33 ss.; Id., *I paesi del mondo islamico*, cit., parr. 5 ss.

equilibri tra islamismo, nazionalismo e panarabismo che, in alterni periodi storici si sono susseguiti nelle diverse aree⁴³⁹. La forma politica dello stato è adottata in maniera generalizzata dai paesi che hanno conquistato l'indipendenza dopo la colonizzazione, anche se, per ragioni rispettivamente politiche e religiose, l'arabismo e l'islamismo si proiettano oltre i confini nazionali. Come è stato osservato, infatti, alla tradizione islamica è estranea l'idea di uno stato territoriale, nato nella modernità come esito dei processi di secolarizzazione, la cui popolazione risiede all'interno dei confini: la comunità (*umma*) è infatti delimitata sulla base di criteri religiosi (la professione della fede islamica) e si estende oltre i limiti territoriali. Un'ulteriore differenza rispetto al modello dello stato territoriale moderno e secolarizzato concerne la mancata separazione tra sfera privata e spazio pubblico con riguardo al fenomeno religioso, una distanza cresciuta negli ultimi decenni dello scorso secolo: la fede religiosa, e le relative ragioni, non sono solo un fatto privato che riguarda la spiritualità del singolo, ma appartengono anche alla vita pubblica, potendo influenzarla (si è parlato a tale proposito di una de-secolarizzazione dello spazio pubblico o di una de-privatizzazione del fattore religioso)⁴⁴⁰. Ciò suscita, in chi è abituato a pensare con le categorie occidentali, l'impressione che vi siano molte contraddizioni, poiché si incontrano partiti islamici relativamente moderati, come nell'Egitto più recente i Fratelli musulmani, fautori di una islamizzazione della società nell'ambito di istituzioni democratiche, e un ruolo ancora forte dei militari, che in nome del principio di laicità innescano reazioni autoritarie⁴⁴¹. Sulla base di elementi siffatti, alcuni intellettuali del mondo islamico stanno prospettando un modello di comunità politica alternativo rispetto a quello occidentale, suscettibile di diffondersi oltre le originarie aree di provenienza secondo un'idea di universalismo comunitaristico⁴⁴².

Certamente, della rilevanza della religione nella sfera pubblica è

⁴³⁹ Id., *Il costituzionalismo dei paesi arabi*, cit., 14 ss. ss.; Id., *I paesi del mondo islamico*, cit., parr. 4 ss.; S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, cit., 116; B. Dupret, *The Relationship between Constitutions, Politics and Islam. A Comparative Analysis of the North African Countries*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, cit., 233 ss.

⁴⁴⁰ C. Sbailò, *Islamismo e costituzionalismo*, cit., 94 ss.; Id., *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 28 ss. M.H. Kamali, *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 20-22. Su questi temi v. già, da una prospettiva diversa, P.J. Vatikiotis, *Islam and the State* (1987), London, kindle ed., 2017. Sulla de-privatizzazione del fenomeno religioso, che oggi interessa anche i paesi occidentali, e sugli attori religiosi transnazionali v. S. Mancini, *Global Religion in a post-Westphalia World*, in A.F. Lang, Jr., A. Wiener (eds), *Handbook on Global Constitutionalism*, cit., 421 ss.

⁴⁴¹ C. Sbailò, *Islamismo e costituzionalismo*, cit., 101 ss.; Id., *Diritto comparato e "primavera araba"*. *Spunti metodologici*, in *DPCE*, I/2015, 249 ss.; Id., *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 317 ss.

⁴⁴² Id., *Islamismo e costituzionalismo*, cit., 100-101; Id., *Diritto comparato e "primavera araba"*, cit., 249, 251.

parte l'idea che i concetti di sovranità e libertà siano giustificati attraverso i principi sciaraitici, e che questi ultimi si collochino tra le fonti del diritto, tendenzialmente in posizione apicale. Chi ha provato a individuare dei punti di contatto con la nozione occidentale di costituzionalismo, ha messo in luce un certo avvicinamento, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, attraverso l'introduzione di costituzioni in Tunisia, Turchia e Iran. Già allora si era sottolineato il significato della *shari'a* come limite al potere dello stato e della sua normazione. Una fase diversa si è aperta con l'uso ideologico dell'islam come base integrale delle costituzioni, a partire da una reinterpretazione in senso fondamentalista della costituzione pakistana e poi con la rivoluzione iraniana⁴⁴³. Con la fine della guerra fredda il tasso di ideologizzazione è sembrato in parte diminuire, è tornata più forte l'idea della *shari'a* come limite al potere ed è stata incentivata una lettura di essa non come parametro unico degli atti normativi statali, ma come uno tra gli altri valori costituzionali⁴⁴⁴. È quindi soprattutto la sottolineatura della funzione limitatrice dei principi sciaraitici che consente di affermare la compatibilità, almeno in astratto, tra islamismo e costituzionalismo. Il rinvenimento di tale funzione è peraltro agevolato dalla struttura plurale delle scuole e della dottrina islamica, che occupano una parte importante nel complesso delle fonti. Se si adotta un significato più pieno di costituzionalismo, inoltre, non basta evocare la conformità degli atti di governo a puntuali regole del diritto islamico, ma bisogna tenere conto di una tessitura più ampia, comprensiva dei principi giuridici e morali e dei metodi per l'interpretazione del diritto. Occorre altresì considerare il vincolo a rispettare i valori di fondo sottesi alla *shari'a*, a partire dalla giustizia e dal benessere della comunità, e il processo teso a salvaguardarli, altrimenti si incorre nel rischio di legittimare manipolazioni e strumentalizzazioni di singoli frammenti del diritto islamico. La tradizione giuridica islamica contiene invero un'elevata quantità di precetti etici, i quali tendono a prevalere rispetto a considerazioni inerenti alla sfera economica e a quella politica⁴⁴⁵.

Un altro accostamento con la tradizione occidentale è stato fatto a

⁴⁴³ S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, cit., 116 ss. Nelle fasi precedenti, all'interno dei paesi del cd. terzo mondo, l'ideologizzazione aveva riguardato soprattutto lo "sviluppatismo" e il nazionalismo, entrambi di sapore socialista: cfr. *ivi*, n. 1 p. 119.

⁴⁴⁴ *Ivi*, 129 ss.

⁴⁴⁵ K. Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, cit., 38 ss. Sul significato del costituzionalismo come limitazione del potere nella dottrina islamica v. anche, tra gli altri, C. Sbailò, *Islamismo e costituzionalismo*, cit.; S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, cit.; M.H. Kamali, *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit.; C. Lombardi, *Islamic Constitutionalism beyond Liberalism*, in M.W. Dowdle, M.A. Wilkinson (eds), *Constitutionalism beyond Liberalism*, cit., 195 ss. Sulle fonti della tradizione islamica v. per tutti F. Castro, *Diritto musulmano*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., v. VI, Torino, 1990, 284 ss. (e *ivi*, sulla prevalente eticità del *fiqh* rispetto alla economicità e alla politicità); P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 293 ss.

proposito del vincolo tra i governanti, in particolare il califfo (successore del profeta) o l'imam, e la comunità islamica: il tema ha sollevato interrogativi in relazione alla natura di tale rapporto, ritenuto per lo più contrattuale (si parla di un contratto di imamato), laddove il potere è conferito alla guida temporale tramite consenso, che è altresì espressione di fedeltà. Si è discusso però sulla composizione della cerchia degli abilitati a prestare tale consenso, tendenzialmente implicito: se tutti gli appartenenti alla comunità o un numero più ristretto, coinvolgente soprattutto i preminenti giuristi (*ulama*), benché quest'ultima sembra essere stata la tesi prevalente. Alcuni hanno inoltre ipotizzato analogie con le teorie del contratto sociale, del mandato e della rappresentanza politica: mentre un elemento comune può rinvenirsi nel fine dell'azione dei governanti, volta a promuovere il bene della comunità, le premesse politico-filosofiche sono chiaramente diverse. Il patto islamico non si regge infatti sulla logica individualistica del contratto sociale occidentale, ma su un immaginario in cui le unità di base sono le tribù o le corporazioni. Esso, inoltre, non è volto a soddisfare la volontà del popolo (tantomeno della sua maggioranza), quanto piuttosto la legge divina e, nella misura in cui questa lo prescrive, la giustizia terrena. Un altro profilo della filosofia politica islamica a essere stato valorizzato è la *shura*, il governo che si basa sulla consultazione: si tratta di una forma di condivisione e partecipazione alle decisioni politiche considerata antitetica rispetto all'autocrazia. I soggetti della consultazione tendono a coincidere con coloro che partecipano al contratto di imamato⁴⁴⁶.

Osservazioni analoghe possono farsi per lo spinoso tema dei diritti umani: per come elaborati nella tradizione occidentale (ancorati al soggetto individuale e al diritto soggettivo), essi non appartengono alla tradizione islamica, che punta sulla dimensione comunitaria e su obblighi reciproci tra le persone e contempla ancora – nonostante alcune interpretazioni evolutive – trattamenti differenziati, segnatamente tra uomini e donne e tra musulmani e non-musulmani. E, tuttavia, il diritto islamico protegge in maniera oggettiva alcuni valori (la religione, la vita, l'intelletto, l'onore, la proprietà) che corrispondono – se ulteriormente articolati dalla dottrina – ai beni tutelati dai diritti fondamentali, rispetto ai quali quindi può scorgersi una parziale convergenza⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ S.A. Arjomand, *Islamic Constitutionalism*, cit., 124 ss.; K. Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, cit., 44 ss.; M.H. Kamali, *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 25 ss.; F. Castro, *Diritto musulmano*, cit., anche sulla differenza tra sunniti e sciiti. Sulla specificità di istituzioni di governo costruite su basi non individualistiche, che danno rappresentanza e protezione a comunità e tribù v. anche A. Pin, *Il rule of law come problema*, cit., 142 ss., 175 ss. Più diffidente sulla portata della *shura* T. Virgili, *Islam, Constitutional Law and Human Rights*, cit., 25 ss.

⁴⁴⁷ V. *supra*, e K. Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, cit., 50 ss. Evidenziano una maggiore distanza tra le tradizioni, tra gli altri, A. Ahmed An-na'im, *The Legitimacy of Constitution-Making Processes in the Arab World*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, cit.,

Visto tramite lenti contemporanee, con uno sguardo focalizzato ai rapporti istituzionali, un altro fattore che ha giocato nel senso della limitazione del potere è stato quello relativo alle corti giudiziarie statali, che si sono trovate a interpretare, soprattutto a partire dall'ultimo terzo del Novecento, norme costituzionali che prevedevano la *shari'a* come fonte del diritto (o come la fonte prioritaria). Tali corti, tra cui spicca quella costituzionale egiziana, sono riuscite a ritagliarsi un margine di intervento significativo, stemperando versioni rigide della *shari'a* attraverso alcune opzioni ermeneutiche, come la negazione di retroattività delle norme costituzionali che introducono nell'ordinamento statale i principi sciaraitici, l'armonizzazione di questi ultimi con altri principi costituzionali, o l'affermazione di una mediazione legislativa per la loro attuazione. Si tratta di uno sviluppo in cui sono prevalse linee interpretative moderniste, che hanno fatto leva su un'interpretazione della *shari'a* alla luce della giustizia e dell'utilità per la comunità, mentre sono rimasti marginalizzati orientamenti neotradizionalisti (legati alle dottrine delle scuole medievali) o salafiti (più ancorati alla lettera dei testi sacri)⁴⁴⁸. In una prospettiva politologica, tali processi sono alla base dell'elaborazione della categoria della *constitutional theocracy*⁴⁴⁹, rispetto alla quale occorre tuttavia ricordare che la tradizione islamica non conosce un'organizzazione ecclesiastica gerarchica né favorisce l'esercizio del potere temporale da parte delle guide spirituali (salvo il caso degli sciiti in Iran), quindi la scelta del termine teocrazia non sembra del tutto appropriata⁴⁵⁰.

Se, osservando la giurisprudenza, si è interessati prevalentemente al profilo della limitazione del potere, con le cd. primavere arabe si è ravvivato l'interesse per quello della legittimazione: di costituzionalismo si è parlato in questo contesto in una prospettiva «incrementale», tenuta cioè ad accettare battute di arresto e tempi lunghi, e subordinata al coinvolgimento

38; F. Alicino, M. Gradoli, *L'Islam del XXI secolo e gli international human rights*, in C. Decaro Bonella (a cura di), *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali*, Roma, 2013, 147 ss.

⁴⁴⁸ Oltre ai lavori già citati cfr. C. Lombardi, N.J. Brown, *Do Constitutions Requiring Adherence to Shari'a Threaten Human Rights? How Egypt's Constitutional Court Reconciles Islamic Law with the Liberal Rule of Law*, in *Am. Un. Int'l. L. Rev.*, 2006, 379 ss.; Id., Id., *Contesting Constitutionalism after the Arab Spring. Islam in Egypt's Post-Mubarak Constitutions*, in R. Grote, T. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights, and Islam after the Arab Spring*, cit., 249 ss. Interessante anche il ruolo delle corti e della dottrina in Pakistan, che hanno cercato di valorizzare i nessi tra valori religiosi e diritti di *common law* radicati in un senso naturale della giustizia, su cui v., con riferimento alla figura di A.R. Cornelius, C. Lombardi, *Islamic Constitutionalism beyond Liberalism*, cit., *passim*. Sull'inserimento di riferimenti alla *shari'a* nelle costituzioni v. altresì A. Predieri, *Shari'a e costituzione*, Roma-Bari, 2006, 171 ss.

⁴⁴⁹ R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge Mass., 2010.

⁴⁵⁰ Cfr., tra gli altri, M.H. Kamali, *Constitutionalism in Islamic Countries*, cit., 21-22; C. Decaro Bonella, *L'Islam e lo stato nella storia*, in Ead. (a cura di), *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali*, cit., 138 ss., che parla semmai di «teocentrismo»; M. Oliviero, *Il costituzionalismo dei paesi arabi*, cit., 14; F. Horchani, *Islam and the Constitutional State*, in R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, cit., 204.

della società civile, con la partecipazione al processo di *constitution-making* di una massa critica di cittadini⁴⁵¹. Con le primavere arabe, il processo politico nello spazio pubblico si è in effetti irrobustito, sospinto soprattutto dal dinamismo dei giovani della classe media. Si tratta dei soggetti più colpiti dalle conseguenze di un doppio ciclo costituzionale (post-guerra fredda e post-11 settembre), che aveva prodotto, anche in base a nuovi assetti geopolitici, un inasprimento delle diseguaglianze e una stretta autoritaria. Da una parte, dopo il crollo del socialismo reale, questi paesi hanno perso l'attenzione e il favore di cui godevano presso le organizzazioni internazionali e gli stati che elargivano loro prestiti, dall'altra, il bisogno degli stati occidentali di avere un appoggio dei paesi islamici cd. moderati, ai fini della lotta al terrorismo, ha finito per legittimare un eccesso di assetti emergenziali e leggi restrittive della libertà⁴⁵². Le vicende successive sono note: rovesciamento di regimi autoritari e scrittura di nuove costituzioni, ispirate in buona misura al modello dello stato costituzionale, attraverso processi costituenti con la partecipazione della società civile diffusi anche altrove⁴⁵³.

Esula dall'ambito del presente lavoro un esame più approfondito di questi aspetti⁴⁵⁴, che dopo gli entusiasmi iniziali hanno avuto tuttavia epiloghi spesso negativi, salvo (fino a pochi mesi fa) il caso della Tunisia, dove la costituzione è stata approvata grazie a un compromesso tra forze politiche e sociali diverse – musulmane e laiche, ma anche, nella fase più critica, sindacali, imprenditoriali, associazioni degli avvocati e per la tutela dei diritti umani – e dove i militari non hanno svolto un ruolo determinante. Al contempo, la recentissima sospensione delle attività dell'Assemblea legislativa da parte del Presidente non sembra un buon segnale, pur rappresentando una riedizione del conflitto tra forze dell'islam popolare e forze statualiste appoggiate dall'esercito, ritenute probabilmente più rassicuranti dai paesi occidentali per la stabilità dell'area⁴⁵⁵. Anche in Tunisia, la questione del riconoscimento costituzionale della *shari'a* come fonte dell'ordinamento è stata centrale, e aspramente dibattuta, nei lavori

⁴⁵¹ A. Ahmed An-na'im, *The Legitimacy of Constitution-Making Processes in the Arab World*, cit., 29 ss. (citazione a p. 29).

⁴⁵² C. Sbaïlò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 43 ss.; Id., *Diritto comparato e "primavera araba"*, cit., 247-249.

⁴⁵³ Cfr. T. Groppi, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del "costituzionalismo globale"*, in *DPCE* I/2015, 203 ss.; T. Abbiate, *La partecipazione popolare al processo costituente*, in T. Groppi, I. Spigno (a cura di), *Tunisia. La primavera della costituzione*, Roma, 2015, 66 ss.; C. Gaddes, *Il processo costituente (2011-14): fasi e protagonisti*, ivi, 50 ss.

⁴⁵⁴ Per i quali mi limito a ricordare, tra gli altri, R. Grote, T.J. Röder (eds), *Constitutionalism, Human Rights and Islam after the Arab Spring*, cit., *passim*; T. Groppi, I. Spigno (a cura di), *Tunisia*, cit.; C. Sbaïlò, *Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo*, cit., 56 ss.

⁴⁵⁵ Cfr. G. Spanò, *"Le Président qu'on aime": brevi riflessioni sulla congiuntura tunisina, tra acclamazioni popolari e implicazioni costituzionali*, in *diritticomparati.it* (1-10-2021); C. Sbaïlò, *Il fallimento dell'islam popolare, il conflitto intrasunita e i rischi per l'Europa*, in *huffingtonpost.it* (3-8-2021).

della costituente: si è infine addivenuti a un compromesso, nella misura in cui tale riconoscimento è stato negato e il testo costituzionale afferma che la Tunisia è uno “stato civile” (art. 2), confermando però l’islam come religione di stato (art. 1). Si tutela la libertà religiosa, ma si prevede una funzione attiva dello stato nella protezione della religione, oltre che nella diffusione dei valori della moderazione e della tolleranza (art. 6)⁴⁵⁶. Ciò non è stato visto del tutto negativamente dal partito islamico moderato *Ennahda* (che aveva la maggioranza dei seggi in Assemblea nazionale costituente ma successivamente ha perso consensi): sia perché, come si è visto, l’interpretazione della *shari’a* da parte dei tribunali statali ha adottato spesso soluzioni più equilibrate, sia perché alle forze politiche islamiche era comunque consentito svolgere un’attività di moralizzazione della società secondo i principi religiosi. Ma, come si è appena detto, queste ultime appaiono oggi più in difficoltà.

Anche la vicenda egiziana è significativa: la costituzione del 2012 era caratterizzata da una «riespansione del principio ordinatore islamico». Essa aveva per un verso ripreso le disposizioni sulla *shari’a* come apice delle fonti (art. 2), ma aveva altresì introdotto norme volte a contenere l’interpretazione modernizzatrice adottata in passato dalla Corte costituzionale, attraverso un riferimento esplicito ad alcune fonti della tradizione classica (art. 219) e l’obbligo di un coinvolgimento della scuola di Al-Azhar, della quale peraltro veniva rafforzata l’indipendenza rispetto al potere politico (art. 4). Se in una prima decisione la Corte era sembrata ribadire il vecchio orientamento, la nuova costituzione del 2014 si pone più chiaramente nel solco precedente, anche se è accompagnata da un rinnovato protagonismo della *élite* militare alla quale sono attribuiti, più o meno direttamente, poteri emergenziali⁴⁵⁷.

È indubbio quindi che oggi, negli stati con popolazione a maggioranza musulmana, un eventuale processo di *constitution-making* e l’esercizio del potere si giustifichino attraverso un richiamo all’islam, che nel discorso pubblico di quelle società diviene una sorta di «setaccio» attraverso il quale passano interpretazioni anche molto diverse fra loro. Ma il significato di tale richiamo non è univoco: mi sembrano convincenti, in proposito, gli argomenti di chi sostiene che i precetti sciaraitici non si trasformano automaticamente in legge dello stato, essendovi invece, tra la sfera etico-religiosa e quella politico-statale, un ambito di mediazione e

⁴⁵⁶ L’interpretazione sull’art. 2 Cost. non è pacifica, in quanto il riferimento allo “stato civile” può leggersi anche in opposizione al regime militare. Sulle tensioni tra queste norme v., tra i molti, T. Groppi, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del “costituzionalismo globale”*, cit., 215 ss.; P. Longo, *L’islam nella nuova costituzione: dallo stato neutrale allo stato “protettore”*, in T. Groppi, I. Spigno (a cura di), *Tunisia*, cit., 109 ss.; C. Sbailò, *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo*, cit., 84 ss.; A. Ahmed An-na’im, *The Legitimacy of Constitution-Making Processes in the Arab World*, cit., 38 ss.; F. Horchani, *Islam and the Constitutional State*, cit., 204 ss.

⁴⁵⁷ C. Lombardi, N.J. Brown, *Contesting Constitutionalism after the Arab Spring*, cit., 255 ss.; C. Sbailò, *Diritto pubblico dell’Islam mediterraneo*, cit., 111 ss. (citazioni a pp. 115, 112).

selezione delle interpretazioni in cui operano i giuristi e la dottrina. In ogni caso, per il popolo, i richiami all'islam hanno senso soprattutto perché questa religione ha influenzato il processo di formazione delle convinzioni etiche dei cittadini, le quali costituiscono un parametro di valutazione dell'azione politica⁴⁵⁸.

5.4. Trapianti e discussioni su *rule of law* e costituzionalismo in Cina

Per quanto concerne il quadro in estremo oriente – anch'esso molto diversificato al proprio interno – considero qui almeno l'esperienza cinese, alla luce del peso che il paese ha acquisito negli equilibri geopolitici più recenti. Anche in questo contesto troviamo una tradizione culturale che poggia su presupposti diversi da quelli occidentali: la filosofia confuciana, da comprendersi come un insieme di moralità sociale e costumi, caratterizzata da una visione armonizzatrice della collettività e dalla corrispondenza ideale tra virtù privata e bene pubblico (*li*). In caso di contrasti, tale tradizione preferisce il ricorso a strumenti conciliativi piuttosto che l'intervento del diritto positivo e sanzioni coercitive (*fa*). E tuttavia, nel corso della storia cinese, i rapporti tra *li* e *fa*, tra confuciani e legisti, sono stati non solo di contrapposizione, ma anche, a seconda dei periodi, di reciproca integrazione e riconoscimento⁴⁵⁹.

È possibile, quindi, imbattersi nella presenza di norme e istituzioni, stabili nel tempo, suscettibili di legittimare e limitare l'esercizio del potere da parte dei governanti e quindi di esercitare una funzione in parte assimilabile a quella del costituzionalismo⁴⁶⁰. Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, anche in Cina sono avvenuti contatti significativi con il costituzionalismo occidentale, ai quali hanno fatto seguito rielaborazioni locali. Come mostra il pensiero di Sun Yat-Sen, su cui si basa la costituzione del 1946 (poi diventata, con alcune modifiche, la costituzione di Taiwan), ai modelli del costituzionalismo occidentale si guardava prevalentemente ai fini di una modernizzazione dello stato, cercando al contempo di consolidare i valori della tradizione confuciana, che coltivava una visione elitista e non escludeva le diseguaglianze. Se il principio di separazione dei poteri era articolato non in tre ma in cinque elementi, recuperando alcuni istituti volti alla selezione e al controllo di funzionari meritevoli, anche

⁴⁵⁸ Cfr. B. Dupret, *The Relationship between Constitutions, Politics and Islam*, cit., 238 ss. (citazione a p. 244); A. Ahmed An-na'im, *The Legitimacy of Constitution-Making Processes in the Arab World*, cit., 35 ss. V. altresì K. Abou El Fadl, *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*, cit., 60 ss.

⁴⁵⁹ Cfr. per tutti P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., 501 ss.; R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 1999, 23 ss.

⁴⁶⁰ Xiaohong Xiao-Planes, *Of Constitutions and Constitutionalism: Trying to Build a New Political Order in China, 1908-1949*, in S. Balme, M.W. Dowdle (eds), *Building Constitutionalism in China*, cit., 38; Bin Li, *China's Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism*, in T. Suami, A. Peters, D. Vanoverbeke, M. Kumm (eds), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, cit., 68-69.

sotto il profilo morale, la costituzione non mirava tanto a salvaguardare spazi di libertà per i singoli cittadini, quanto a strutturare la nazione e a edificare uno stato robusto che avesse il compito di assicurare il benessere del popolo⁴⁶¹.

Con l'instaurazione del regime comunista e la cd. rivoluzione culturale di Mao, la Cina è diventata uno stato socialista, caratterizzato da un atteggiamento di ostilità nei confronti del diritto sfociato nel nichilismo giuridico, ma anche avverso al confucianesimo. Alla fine degli anni settanta, Deng Xiaoping ha avviato la stagione di «apertura e riforme», dirette soprattutto al mercato, fino ad allora caratterizzato da un regime pubblico della proprietà e da un'economia pianificata: passando per l'«economia pianificata delle merci» si è arrivati all'«economia socialista di mercato», con un più ampio riconoscimento dell'iniziativa economica individuale e della proprietà privata. Anche in Cina è dunque penetrato il capitalismo, nella sua variante di capitalismo di stato: si è parlato, a tale proposito, di un «tutt'uno organico» che unisce «la 'mano invisibile' del mercato e la 'mano visibile' del governo», o di una forma di stato «socialista-liberista». Questi cambiamenti hanno comportato, nell'arco di tre decenni, una forte crescita economica complessiva del paese, ma anche un aumento delle diseguaglianze, della disoccupazione e della povertà. La costituzione, approvata nel 1982, è stata più volte emendata, sia per codificare le modifiche relative alla sfera economica, sia per introdurre una variante cinese del *rule of law* e per riconoscere la protezione statale dei diritti umani (sugli ultimi due punti, cfr. gli art. 5 e 33 Cost., introdotti rispettivamente nel 1999 e nel 2004)⁴⁶². L'era di Xi Jinping appare connotata, per un verso, da un rafforzamento del diritto come strumento di governo e del legalismo. Ciò appare confermato dalla definitiva approvazione del codice civile, fortemente voluta dalla quarta sessione plenaria del XVIII Comitato centrale del Partito comunista nel 2014. Per l'altro verso, sembra esservi stata una riaffermazione dell'unità partito-stato, ribadita dalla riforma costituzionale del 2018 (art. 1 comma 2 Cost.), nonché dalla proiezione di un «socialismo con caratteri cinesi» (cfr. preambolo Cost.). Ma vi è stato altresì un recupero della tradizione confuciana, nell'ambito dell'edificazione di un modello che punta sulla meritocrazia politica, considerata come

⁴⁶¹ Xiaohong Xiao-Planes, *Of Constitutions and Constitutionalism*, cit., 48 ss.; Bui Nhoc Son, *Sun Yat-Sen's Constitutionalism*, in *Giorn. st. cost. / J. Const'l Hist.*, II/2016, 157 ss.

⁴⁶² Per tutti A. Rinella, *Costituzione economica e dialogo tra sistemi giuridici. Un caso di studio: la Cina*, in Id., I. Piccinini (a cura di), *La costituzione economica cinese*, Bologna, 2010, 24 ss.; Id., *Cina*, Bologna, il Mulino, 2006, 11 ss., 31 ss., 122 ss.; M. Mazza, *La Cina*, in Id. (a cura di), *I sistemi del lontano oriente*, Milano, 2019, 32 ss. Sul capitalismo di stato, inteso come capitalismo politico, v. recentemente A. Aresu, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, Milano, 2020, 59 ss. (da cui la citazione sulla compresenza della mano invisibile e della mano visibile, ripresa da un discorso di Xi Jinping). Sulla forma di stato «socialista-liberista» v. A. Rinella, L. Pegoraro, *Sistemi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2020, 60 ss.

alternativa alla democrazia elettorale occidentale⁴⁶³.

Si tratta di riforme che rilevano nell'ambito della discussione sul *rule of law* e di quella sul costituzionalismo, tra loro intrecciate. Nel contesto cinese, non diversamente da quanto accade altrove, si distingue una concezione formale o *thin* del *rule of law*, relativa all'aderenza dell'azione dei poteri pubblici alla legge, da una sostanziale o *thick*, che investe anche profili contenutistici, segnatamente i diritti fondamentali, gli assetti istituzionali e il governo dell'economia⁴⁶⁴. A prima vista può sembrare che a rilevare, in Cina, sia solo la prima nozione, quella formale, legata altresì a determinati requisiti di trasparenza, pubblicità, non retroattività e stabilità⁴⁶⁵. A ben vedere, però, il quadro si complica se si considera la varietà dei filoni dottrinali presenti nel paese, nei quali a tratti riaffiora l'antica contrapposizione tra governo degli uomini/*rule of men* (*renzhi*) e governo della legge/*rule of law* o mediante la legge/*rule by law* (*fazhi*), con le relative tensioni interne. Secondo alcuni sarebbe infatti possibile individuare, oltre al profilo formale e strumentale del *rule of law*, funzionale comunque a rafforzare la legittimazione dello stato, anche uno sostanziale, ma diverso rispetto a quello delle democrazie liberali occidentali: sarebbe infatti legato a un'idea comunitaria e collettiva dei diritti, con un ruolo prioritario per quello di sussistenza, nonché a una concezione statualista e socialista del partito e dello stato⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Sulla riforma costituzionale del 2018 v. R. Cavalieri, *La revisione della costituzione della Repubblica popolare cinese e l'istituzionalizzazione del "socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era"*, in *DPCE online*, 1/2018, 307 ss. V. anche L. Brang, *The Dilemmas of Self-Assertion: Chinese Political Constitutionalism in a Globalized World*, in *Modern China* forthcoming, 2021, 9; M. Mazza, *La Cina*, cit., 41, 45-46, 52-53. Sul modello cinese di meritocrazia politica come alternativo alla democrazia elettorale e procedurale v. D.A. Bell, *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia*, ed. orig. *The China Model. Political Meritocracy and the Limits of Democracy* (2015), Roma, 2019.

⁴⁶⁴ Tra i molti v. B. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004, 91 ss., 102 ss.; K. Hesse, *Lo stato di diritto nel sistema costituzionale della Legge fondamentale*, ed. orig. *Das Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes* (1962), in A. Di Martino, G. Repetto (a cura di), *L'unità della costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, 2014, 245 ss.; A. Pin, *Il rule of law come problema*, cit., 30 ss.

⁴⁶⁵ La bibliografia sul tema è molto ampia. Per questa ricostruzione v., tra gli altri, M. Burnay, *Chinese Perspectives on the Rule of Law. Prospects and Challenges for Global Constitutionalism*, in T. Suami, A. Peters, D. Vanoverbeke, M. Kumm (eds), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, cit., 225 ss.

⁴⁶⁶ S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China. Useful Paradoxes*, Cambridge, 2016; R. Peerenboom, *The X-Files: Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System"*, in *Wash. Un. Glob. St. L. R.*, 2003, 35 ss.; J.W. Head, *The Rule of Law in China: Fundamental Uncertainties about "Decoding" a Fundamental Concept*, in R. Toniatti, J. Woelk (eds), *Regional Autonomy and Differentiated Territorial Government. The Case of Tibet – Chinese and Comparative Perspectives*, Oxon, 2017, 47 ss.; E. Consiglio, *Chinese Legal Theory and Human Rights. Rearticulating Marxism, Liberalism, and the Classical Legal Tradition*, [London], 2019, cap. 3; G. Ajani, *Fa zhi, rule of law, stato di diritto*, in Id., J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, cit., 189 ss. Sulla contrapposizione tra *renzhi* e *fazhi* v. anche M. Mazza, *La Cina*, cit., 53-54.

Lo studio di Samuli Seppänen sul «conflitto ideologico» della giuspubblicistica cinese intorno al *rule of law* ha distinto, a tale proposito, una corrente socialista conservatrice, una socialista *mainstream*, una liberale e una cd. avanguardista⁴⁶⁷. La prima avrebbe un approccio prevalentemente strumentale al diritto, in quanto subordinato alle finalità politiche, e sarebbe caratterizzata da un rifiuto per la dogmatica giuridica e – al contempo, paradossalmente – da una stretta osservanza della legge. Essa si dividerebbe, non senza frizioni interne, tra i fautori di un *rule of law* in prospettiva socialista, giustificato da alcuni alla luce dell'ideologia marxista-leninista, il cui obiettivo resta quello dell'edificazione della società senza classi e della piena emancipazione dell'uomo, e quelli che lo sostengono in una prospettiva sviluppatista, per i quali la Cina è (era) un paese in via di sviluppo con l'obiettivo prioritario della crescita economica. Questi si attendono il consolidamento di un *rule of law* più simile a quello liberale. La seconda corrente riconoscerebbe al diritto una maggiore autonomia, considerandolo altresì espressione di un'idea di moralità politica. Avrebbe sposato, inoltre, almeno a partire dagli anni novanta del secolo scorso, un *rights-based approach*, che non implica un primato dei diritti individuali – poiché anzi è ben possibile che questi soccombano dinanzi all'interesse dello stato –, ma un'appropriazione del loro linguaggio, tanto che compito del diritto socialista cinese sarebbe quello di distribuire egualmente i diritti tra i cittadini e rendere manifesti i diritti del popolo. L'autonomia del diritto, e la sua osservanza tramite il *rule of law*, sarebbe garantita dalla dogmatica e dall'interpretazione giuridica. Si tratta di un approccio incrementale e tecnocratico, affermatosi dopo le reazioni alle proteste del 1989, parallelamente allo sviluppo delle riforme interne e all'ingresso della Cina nel WTO⁴⁶⁸. Esso promuove una certa idea di libertà

⁴⁶⁷ S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China*, cit., *passim*.

⁴⁶⁸ A tale proposito, è interessante rilevare che la prassi della Cina in ambito internazionalistico è stata definita strumentale, pragmatica, selettiva e funzionale. Negli ultimi due decenni si è invero assistito a un progressivo ma parziale ingresso della Cina nelle sedi internazionali: dal 2001 il paese è membro dell'OMC, si sottopone alle decisioni del *Dispute Settlement Body* e partecipa ad altre convenzioni in materia di economia, commerci e investimenti. Tuttavia, sebbene abbia concluso alcune convenzioni sui diritti umani, non ne ha sottoscritte o ratificate altre, in particolare sui diritti civili e politici. Nemmeno ha riconosciuto la giurisdizione di tribunali internazionali importanti, come la Corte penale internazionale o altri organismi che deliberano su dispute territoriali (ma, a tale riguardo, la sua prassi non è diversa da quella statunitense). Gli argomenti utilizzati per giustificare questo approccio fanno leva per lo più sulla sovranità e sull'indipendenza degli stati, sul principio del non-intervento e su quello di immunità, dei quali si afferma la centralità sia alla luce dell'esperienza dei cd. trattati ineguali, imposti alla Cina nella fase dell'imperialismo europeo, sia alla luce dell'interesse nazionale, considerato il criterio principale sulla base del quale valutare la convenienza ad aderire o meno a organizzazioni o a trattati internazionali. Tali principi sono volti ad assicurare la coesistenza tra stati ai quali corrispondono diversità di culture, percorsi di legittimazione e modelli di sviluppo. Una prospettiva, quindi, prevalentemente realistica e pragmatica, in cui il diritto internazionale è visto da un lato con sospetto, perché prodotto della civiltà occidentale, dall'altro come uno strumento per

ed eguaglianza attraverso i diritti nella sfera privata ma non in quella pubblica, esponendosi alle relative contraddizioni. La terza corrente, quella liberale, sarebbe molto più legata alla concezione occidentale dei diritti individuali e della democrazia procedurale, sviluppatasi anche grazie a un fitto lavoro di traduzione e rielaborazione di testi di filosofi e giuristi statunitensi ed europei. Ad essa appartengono le figure che hanno criticato il governo con più incisività – ad esempio in occasione dell’approvazione della Charta 08 –, esponendosi a duri contraccolpi. Alcuni membri di questo gruppo sostengono con enfasi l’economia di mercato, altri sottolineano l’importanza di misure sociali di riequilibrio; in ogni caso, sembra che una prospettiva siffatta non possa mirare alla realizzazione di ampi programmi di trasformazione sociale. Il quarto gruppo, composto da studiosi intellettualmente ambiziosi, assume orientamenti politici vicini a quelli dei socialisti conservatori, ma li giustifica teoricamente su altre basi. In particolare, se l’ideologia marxista-leninista trova ancora ampio spazio negli atti normativi e nelle pubblicazioni del partito⁴⁶⁹, essa è meno attraente a livello teorico. È stata infatti sostituita da indirizzi legati al mondo occidentale, dal quale proveniva invero lo stesso marxismo: non solo il neo-confucianesimo, quindi, ma anche il realismo giuridico statunitense, la sociologia, il postmodernismo, il poststrutturalismo, il postcolonialismo e le teorie sul concetto di politico. In ogni caso, il filone cd. avanguardista si pone in antagonismo polemico rispetto a quello liberale da un punto di vista politico, e rispetto a quello socialista da un punto di vista metodologico, ma non può evitare di utilizzare i concetti di entrambi⁴⁷⁰.

La complessità e le contraddizioni della discussione sul *rule of law* si ritrovano anche in quella sul costituzionalismo, ampliatasi tra la fine degli

realizzare gli interessi dello stato cinese. Su questi profili v. Bin Li, *China’s Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism*, cit., 79 ss.; Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law. History, Culture and International Law*, in *Academie de droit international, Recueil des Cours* (2011), Leiden Boston, 2012, 125 ss., 186 ss. Cfr. altresì T. Groppi, *Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese*, in Ead., *Menopaggio*, cit., 172-173.

⁴⁶⁹ La dottrina marxista-leninista del diritto e dello stato è richiamata nel preambolo della costituzione e fa parte dei principi ai quali, secondo la legge sulla legislazione del 2000, i contenuti di essa devono conformarsi (art. 3): cfr. E. Toti, *Le fonti del diritto della RPC*, in A. Rinella, I. Piccinini (a cura di), *La costituzione economica cinese*, cit., 44, al quale rimando anche per un quadro sulle fonti cinesi.

⁴⁷⁰ S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China*, cit., 1 ss., 27 ss. V. altresì, con diverse sfumature nella classificazione, E. Consiglio, *Chinese Legal Theory and Human Rights*, cit., capp. 3 e 4 (ed ivi, 119, 124, anche sull’ortodossia della Cina come *developing country*); Bin Li, *China’s Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism*, cit., 69 ss. Sulla crescita della corrente liberale alla luce della recezione di autori, tra loro molto diversi, come Dicey, Hayek, Dworkin, Constant e Tocqueville, v. Yu Xingzhong, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China, 1978-2005*, in S. Balme, M.W. Dowdle (eds), *Building Constitutionalism in China*, cit., 114 ss. Sull’ultimo filone cfr. anche L. Brang, *The Dilemmas of Self-Assertion: Chinese Political Constitutionalism in a Globalized World*, cit.

anni novanta e l'inizio degli anni duemila e poi vista con sospetto dal partito comunista cinese. Alcuni episodi erano sembrati aprire un varco all'impostazione liberale, come il caso *Qi Yuling* del 2001, in cui la Corte Suprema del Popolo aveva prospettato l'esercizio di un giudizio diffuso di costituzionalità: si trattava di un furto di identità nel contesto dell'ammissione agli studi universitari, che aveva sollecitato l'applicazione del diritto all'educazione, previsto dalla costituzione cinese. E, tuttavia, un'evoluzione nella direzione del *judicial review* di tipo statunitense, sebbene espressamente auspicata da alcuni giudici, è stata preclusa da un'istruzione della stessa corte del 2008⁴⁷¹. In ogni caso, l'introduzione del principio del *rule of law* e del lessico dei diritti umani ha incentivato il ricorso da parte di cittadini e gruppi alle corti giudiziarie, che sono diventate – indipendentemente dall'esito dei processi – spazi di discussione e di produzione di un significato sociale del costituzionalismo⁴⁷². Il potere pubblico si è inoltre mostrato più sensibile ad accogliere le richieste manifestate attraverso alcune rimozioni di accademici e forme di proteste popolari, soprattutto a livello locale, intorno a singole questioni, come il regime di detenzione ed espulsione per i migranti interni, la tutela ambientale e quella della salute⁴⁷³. La democrazia dal basso nei piccoli territori, del resto, è un elemento costitutivo del modello cinese ricostruito da Daniel Bell, insieme a una sperimentazione ai livelli intermedi e a una progressiva riduzione della democrazia elettorale a mano a mano che si sale sul piano verticale. A livello nazionale è infatti prevalente la meritocrazia politica assicurata dai meccanismi di selezione e valutazione interni predisposti dal PCC come partito sostanzialmente monopolistico⁴⁷⁴.

Viceversa, i profili più problematici di questo sistema sono legati a una compressione degli spazi deliberativi e di controllo dal basso: riguardano l'elevata corruzione, il rischio di sclerotizzazione nelle posizioni di potere, la tendenza a reprimere il dissenso politico e alcune libertà, specie nelle aree dove risiedono gruppi etnici diversi da quelli appartenenti alla nazionalità maggioritaria. In particolare, le restrizioni alla libertà religiosa

⁴⁷¹ Si tratta del caso *Qi Yuling*, del 2001, su cui v., tra i molti, Qianfan Zhang, *A Constitution without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, in *ICoN*, 2010, 951 ss.; Yu Xingzhong, *Western Constitutional Ideas and Constitutional Discourse in China*, cit., 119-120; M. Burnay, *Chinese Perspectives on the Rule of Law*, cit., 234; M. Mazza, *La Cina*, cit., 178-179.

⁴⁷² S. Balme, M.W. Dowdle, *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, cit., 6 ss.

⁴⁷³ Qianfan Zhang, *A Constitution without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China*, cit., 963 ss.; Wang Zhenmin, Tu Kai, *Chinese Constitutional Dynamics: a Decennial Review*, in A.H.Y. Chen (ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, 122 ss. Sulle riforme del sistema di registrazione (*hukou*) tese a far fronte ai notevoli problemi causati dalle migrazioni interne e, a monte, alle disegualianze tra zone rurali e zone urbane v. E. Consiglio, *Chinese Legal Theory and Human Rights*, cit., cap. 6.

⁴⁷⁴ D.A. Bell, *Il modello Cina*, cit., spec. 203 ss.

e di espressione, alla libertà di associazione e di riunione, alla libertà sindacale e al diritto di sciopero (con riguardo a questi ultimi: nonostante la prevalenza dei diritti cd. collettivi e di seconda generazione su quelli civili e politici⁴⁷⁵) non solo allontanano l'esperienza cinese da una concezione occidentale della democrazia costituzionale⁴⁷⁶, ma sono suscettibili, nel tempo, di minare la legittimazione del modello cinese anche alla luce di coordinate culturali prevalentemente autoctone, e cioè il confucianesimo e l'aspettativa di un governo che agisca per il benessere dei cittadini⁴⁷⁷. La chiusura sul fronte della democratizzazione può spiegare infine un investimento compensativo sul *rule of law* da parte di chi in Cina spinge per uno sviluppo del costituzionalismo, nella misura in cui è stato lo stesso apparato di governo a introdurre e a promuovere l'idea di un "governo secondo il diritto".

In ogni caso, va giustamente ribadito che non bisogna cadere nella trappola di osservare l'esperienza pubblicistica cinese con le lenti occidentali, in particolare di una certa matrice statunitense, focalizzate sulla rivendicazione dei diritti individuali e sul *judicial review*⁴⁷⁸. In tale invito si percepisce un'attenzione sia per l'eredità socialista sia per quella confuciana, anch'essa restia, come altre tradizioni giuridiche non occidentali, a porre al centro del ragionamento i diritti soggettivi e invece propensa a inserire le posizioni individuali in una visione olistica, ordinata e non conflittuale, all'interno di un quadro integrato, in cui esse sono considerate insieme ai doveri e all'interesse pubblico. Occorre, dunque, muovere dalla realtà e dalla complessità del contesto, e al contempo saper cogliere un certo dinamismo e possibili elementi di evoluzione⁴⁷⁹.

Con queste cautele si può provare a guardare al dibattito della

⁴⁷⁵ Cfr. per tutti E. Consiglio, *Sviluppo economico e diritti umani in Cina*, in A. Rinella, I. Piccinini (a cura di), *La costituzione economica cinese*, cit., 85 ss.

⁴⁷⁶ Cfr. A. Rinella, *Cina*, cit., 93 ss., 115 ss.; M. Mazza, *La Cina*, cit., 57, 166 ss.; T. Groppi, *Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo*, cit., 164 ss. Sulle restrizioni alle libertà degli uiguri musulmani nello Xinjiang v., a partire dalla questione della regolazione di *internet*, E. Bertolini, *Internet Governance and Terrorism in the Context of the Chinese Compression of Fundamental Rights and Freedoms*, in *Global Jurist*, 2018, 1 ss. Sui problemi che interessano il diritto del lavoro e sindacale v. I. Piccinini, *Il diritto al lavoro cinese: valori occidentali e novità legislative*, in Ead., A. Rinella (a cura di), *La costituzione economica cinese*, cit., 239 ss. che ricorda, tra le altre cose, come la ratifica del Patto sui diritti economici, sociali e culturali sia stata accompagnata da una riserva con riguardo al diritto di sciopero (ivi, 259).

⁴⁷⁷ Cfr. D.A. Bell, *Il modello Cina*, cit., 149 ss., 203 ss.

⁴⁷⁸ S. Balme, M.W. Dowdle, *Introduction: Exploring for Constitutionalism in 21st Century China*, cit., 6; M.W. Dowdle, *Of Comparative Constitutional Monocropping*, cit., 981 ss.

⁴⁷⁹ Ivi, 983-984; Id., *Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development: the Curious Case of China*, in *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, 2002, 1 ss. V. altresì J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, in Id., G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, cit., 141 ss. Sulla capacità di mediazione, da parte di molti esponenti della dottrina giuridica cinese, tra influenze occidentali, dottrina marxista/socialista e tradizione confuciana v., con riferimento particolare al tema dei diritti, E. Consiglio, *Chinese Legal Theory and Human Rights*, cit., capp. 7-8.

dottrina giuspubblicistica cinese sul costituzionalismo, consapevoli delle limitazioni che esso ha incontrato nel periodo successivo al 2008⁴⁸⁰. Anche in questo ambito sono stati individuati diversi filoni, in parte sovrapposti a quelli menzionati a proposito del *rule of law*. Vi sarebbe una corrente confuciana, tesa al recupero dell'antica tradizione, una liberale e normativa, più sensibile ad alcuni orientamenti del costituzionalismo occidentale, e un'altra – piuttosto articolata al suo interno – di un costituzionalismo socialista, che prende le mosse dalla constatazione della centralità del partito comunista nella cornice politico-istituzionale dello stato⁴⁸¹. Al suo interno, come dicevo, le posizioni sarebbero però molto variegate, corrispondenti in parte a quelle che, nella precedente classificazione, rientravano nei gruppi *mainstream* e di avanguardia, in parte con tratti originali. Alcuni autori evidenziano da un lato l'importanza di convenzioni e norme non scritte create attraverso l'azione di soggetti e organi che sono variamente espressione del partito, dall'altro cercano di sottolineare la funzione del *rule of law*, nel senso della conformità al diritto dell'azione degli organi dello stato e dei funzionari del partito, ma anche nel senso della promozione del benessere collettivo e della moralità pubblica e – in questo specifico contesto – dell'attuazione dei principi di dignità ed eguaglianza tramite un paternalismo benevolo⁴⁸². Altri cercano di sostenere, oltre all'autonomia del diritto e all'indipendenza dei giudici, una maggiore separazione tra organi dello stato e partito, forme di pluralismo e democrazia all'interno di quest'ultimo, nonché elementi di partecipazione del popolo e della società civile, da attivare soprattutto a livello locale, con il coinvolgimento dei rappresentanti delle istituzioni e dei cittadini⁴⁸³. In quest'ultimo senso, il costituzionalismo socialista si fonderebbe non tanto sulla limitazione del potere assicurata dalla protezione dei diritti individuali, ma su forme di controllo che operano dentro il partito, tra le istituzioni medesime e al loro interno, e attraverso la partecipazione dei cittadini, quindi su un ampliamento e su una diversificazione dello spazio politico⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Sulla stretta dell'ultimo decennio e sulle strategie argomentative elaborate in accademia v. ivi, cap. 5.

⁴⁸¹ Cfr. Baogang He, *Socialist Constitutionalism in Contemporary China*, in M.W. Dowdle, M.A. Wilkinson (eds), *Constitutionalism beyond Liberalism*, cit., 176 ss.; Fu Hualing, Zhai Xiaobo, *What Makes the Chinese Constitution Socialist?*, in *Icon*, 2018, 655 ss.

⁴⁸² Ivi, 658 ss. V. anche D.A. Bell, *Il modello Cina*, cit., 172 ss.

⁴⁸³ Baogang He, *Socialist Constitutionalism in Contemporary China*, cit., 181 ss.; Tong Zgiwei, *Developments of Chinese Constitutionalism in the Mid and Short Run*, in G. Ajani, J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, cit., 171 ss. Cfr. anche J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, cit., 139-140.

⁴⁸⁴ Baogang He, *Socialist Constitutionalism in Contemporary China*, cit., 181 ss. V. altresì Xiaohong Xiao-Planes, *Of Constitutions and Constitutionalism*, cit., 57; M.W. Dowdle, *Of Parliaments, Pragmatism, and the Dynamics of Constitutional Development*, cit., 143 ss. Senza ricorrere al lessico del costituzionalismo valorizza questi aspetti anche D.A. Bell, *Il modello Cina*, cit., 171, 184 ss., 213 ss.

Anche nel contesto cinese è stata colta l'ascesa, nello scorso quindicennio, di un "costituzionalismo politico": fortemente polemico nei confronti del costituzionalismo liberale e della *judicialization of constitution*, esso è stato difeso da molti esponenti del filone cd. avanguardista, che hanno sottolineato il ruolo preminente del partito e di una costituzione cinese non scritta, sviluppatasi sulla base di principi generali e consuetudini. Alla luce della classificazione precedente, si tratterebbe di un sotto-tipo del costituzionalismo socialista, che tuttavia evita di ricorrere, a fini di legittimazione teorica, alla dottrina marxista-leninista, preferendo alcune correnti critiche e "post-" già affermatesi in occidente, dai *critical legal studies* al postcolonialismo, ma anche filoni culturali più risalenti, come lo storicismo, il realismo politico e l'istituzionalismo. È un orientamento che, da un punto di vista metodologico, contesta il formalismo della dottrina maggioritaria, e che, da un punto di vista politico, è vicino a posizioni neo-conservatrici e neo-autoritarie, tendenzialmente, ma non sempre, in linea con il partito. Non sorprende che tra gli autori più studiati da questo gruppo vi sia Carl Schmitt, con particolare riguardo alle sue elaborazioni sui concetti di politico, sovranità e costituzione⁴⁸⁵.

Quanto rilevato fin qui, relativamente al significato controverso che assumono in Cina il *rule of law* e il costituzionalismo, consente di formulare qualche rilievo più specifico in tema di trapianti e migrazioni costituzionali. Una prima discussione sui trapianti si è sviluppata dopo l'avvio della stagione delle riforme legislative di apertura all'economia di mercato. Una delle interpretazioni più accreditate, soprattutto in occidente, è stata quella dell'adattamento selettivo dell'ordinamento cinese: una recezione per lo più esteriore di modelli occidentali, filtrata da comunità interpretative locali di tipo elitario (funzionari governativi e del partito, attori economici e gruppi di interesse con forte capacità di pressione). In tal modo, da un lato si è dato risalto alla intermediazione culturale avvenuta nel luogo della recezione, dall'altro si è sottolineato il carattere prevalentemente utilitaristico e pragmatico dell'operazione, funzionale alla partecipazione ai meccanismi del mercato e alla «necessità di appropriarsi di strumenti di comunicazione giuridica con i principali interlocutori economici e commerciali»⁴⁸⁶. Lo scenario dottrinale cinese era comunque già all'epoca articolato: il principale fautore della *local knowledge*, Zhu Suli, aveva contrapposto ai trapianti del diritto formale secondo modelli occidentali le «risorse autoctone» (*native resources*). Non si trattava di una concezione essenzialistica delle comunità locali, ma della interposizione di pratiche e reti interpretative – secondo le

⁴⁸⁵ L. Brang, *The Dilemmas of Self-Assertion: Chinese Political Constitutionalism in a Globalized World*, cit., *passim*; sulla recezione di Carl Schmitt v. in particolare Id., *Carl Schmitt and the Evolution of Chinese Constitutional Theory: Conceptual Transfer and the Unexpected Paths of Legal Globalization*, in *Glob. Const.*, 2020, 117 ss.

⁴⁸⁶ A. Rinella, *Costituzione economica e dialogo tra sistemi giuridici*, cit., 37-38 (citazione a p. 37); E. Consiglio, *Sviluppo economico e diritti umani in Cina*, cit., 64-66.

tesi di Clifford Geertz – che valorizzavano la conoscenza contestuale, specie dei quadri dei villaggi, e consentivano di risolvere alcune dispute in maniera informale. Anche un approccio siffatto appariva in fondo pragmatico: il fine ultimo era la modernizzazione del paese, e questa avrebbe potuto essere raggiunta sia dal diritto formale, importato secondo i modelli occidentali, sia da quello informale, elaborato localmente. La specificità di questo metodo consisteva in una messa in discussione della tesi sulla relazione biunivoca tra adozione delle istituzioni giuridiche di tipo occidentale e sviluppo economico e sociale, nella convinzione che quest'ultimo si potesse raggiungere anche valorizzando le istituzioni locali. Veniva inoltre caldeggiata una coesistenza del *rule of law* con il *rule of man*, che associava ecletticamente elementi della tradizione confuciana con l'idealtipo carismatico weberiano, recuperando la dimensione più propriamente politica⁴⁸⁷.

Le posizioni di Zhu Suli sono state variamente discusse dagli studiosi cinesi⁴⁸⁸. Qui interessa ricordare come, tra la fine degli anni novanta e le prime due decadi degli anni duemila, esse siano state riprese in ambito giuridico dai fautori del costituzionalismo politico. Il rigetto dei modelli occidentali si è però fatto più netto negli ultimi anni e il discorso ha assunto tratti più spiccatamente identitari. Se, nella prospettiva interna, questo segmento del dibattito va letto come una conseguenza delle riforme di apertura verso il mercato, visto in una prospettiva globale esso è stato altresì considerato come una manifestazione della più generale *identity turn*: una opposizione verso il modello liberale del *global constitutionalism* e gli eccessi del mercatismo, che hanno moltiplicato la corruzione e accresciuto anche in Cina il divario tra ricchi e poveri. Il costituzionalismo politico cinese si serve comunque di teorie e stilemi argomentativi già elaborati in occidente⁴⁸⁹. La polemica di questi autori è rivolta anche contro gli studiosi

⁴⁸⁷ S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China*, cit., 16, 20, 94 ss. Sul *filtering* della cultura giuridica locale rispetto all'influenza dei modelli occidentali v. anche J.W. Head, *Foreign Influences and Constitutionalism in the PRC: a Western Perspective on Change and Uncertainty in Contemporary Chinese Legal Culture*, in R. Toniatti, J. Woelk (eds), *Regional Autonomy and Differentiated Territorial Government*, cit., 32 ss. Per una considerazione critica delle tesi del *law and development* con riferimento alla Cina v., tra gli altri, E. Consiglio, *Sviluppo economico e diritti umani in Cina*, cit., alla quale rimando per ulteriore bibliografia. Per un ampio inquadramento del tema delle circolazioni dei modelli giuridici nel contesto cinese, anche con riferimento al profilo filosofico-culturale e traduttivo, v. P.C. Rossi, *Tra incorporazione e reinvenzione: riflessioni sistemologiche sulla recezione dei modelli giuridici nella Repubblica popolare cinese*, in G. Ajani, J. Luther (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, cit., 9 ss.

⁴⁸⁸ S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China*, cit., 96 ss.

⁴⁸⁹ L. Brang, *The Dilemmas of Self-Assertion: Chinese Political Constitutionalism in a Globalized World*, cit., 9-10 e *passim*. Sul significato della riflessione cinese nel prisma di un «pensiero giuridico globale» con riferimento a varie correnti novecentesche, v. anche S. Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China*, cit., 6, 136-137, 178; L. Brang, *Carl Schmitt and the Evolution of Chinese Constitutional Theory*, cit., ed ivi, 119, 131, 152, il riferimento alle «migrazioni» delle idee costituzionali. Sui diversi atteggiamenti di rifiuto e parziale apertura rispetto al costituzionalismo occidentale v. altresì J.W. Head, *Foreign*

interni, considerati colpevoli di essere stati complici nella “orientalizzazione” del paese e di una degradazione della morale, rafforzando più o meno consapevolmente l’egemonia culturale e politica occidentale e soprattutto statunitense. Ma nel contesto geopolitico attuale, caratterizzato da un declino degli Stati Uniti e da un’ascesa della Cina, la rivendicazione identitaria, sollevata dalla semi-periferia verso il centro, va assumendo toni meno difensivi e più assertivi: anche se non vengono direttamente avanzate pretese di espansione sul piano territoriale – mentre sono noti i problemi in alcune aree interne dove la questione delle nazionalità si intreccia con quella religiosa, dal Tibet allo Xinjiang –, quello cinese viene considerato un modello di civilizzazione alternativo alla democrazia procedurale, da proporre ad altri paesi non occidentali, rovesciando la narrazione globale prevalente⁴⁹⁰.

Va peraltro notato che, con riferimento al più importante frutto di un trapianto giuridico – il codice civile approvato nel maggio del 2020 – è stato sviluppato un discorso articolato, nel quale si colgono tracce del dibattito fin qui esposto. La dottrina che sostiene il codice cinese lo ha infatti presentato come l’esito di un «trapianto selettivo»: questo deriverebbe dall’aver fatto propri alcuni modelli stranieri – prevalentemente il sistema romanistico, ma anche il *common law* e alcune convenzioni internazionali – per «allineare il diritto civile cinese con le regole comunemente praticate a livello internazionale». Al contempo, si è cercato di rendere quei modelli organici rispetto alla realtà locale cinese e di preservarne le specificità, salvaguardando quindi anche i caratteri di una «codificazione indipendente». Tali peculiarità consistono in un sistema economico che conserverebbe i tratti principali del socialismo (la prevalenza della proprietà pubblica dei più importanti mezzi di produzione e delle risorse naturali) e la cultura giuridica tradizionale⁴⁹¹. È interessante notare, peraltro – a ulteriore riprova dell’appropriazione del linguaggio dei diritti da parte della dottrina – che diverse parti del codice sono dedicate non solo ai diritti della personalità ma anche ai «diritti civili», con elenchi e descrizioni del contenuto più abbondanti di quelli presenti nei codici occidentali. Tali elementi assolvono una funzione educativa e pedagogica⁴⁹². Si tratta di un’iniziativa importante,

Influences and Constitutionalism in the PRC, cit., 40 ss.

⁴⁹⁰ Il rischio è un’aspirazione di tratti essenzialistici che alimentano un rinnovato scontro tra culture: cfr. L. Brang, *The Dilemmas of Self-Assertion: Chinese Political Constitutionalism in a Globalized World*, cit., 11 ss., 24 ss.

⁴⁹¹ Diyu Xu, *Il modello cinese di codificazione civile*, in O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi (a cura di), *Codice civile della Repubblica popolare cinese*, tr. it. di Meiling Huang, Pisa, 2021, V ss. (citazioni alle pp. V, VII-VIII). Sui legami con la tradizione romanistica v. A. Saccoccio, S. Porcelli (a cura di), *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico*, Modena, 2021; C. Crea, O. Diliberto, *The Chinese Civil Code and ‘Fascination’ with Roman Law. A Conversation with Oliviero Diliberto*, in *It. L.J.*, 2021, 1 ss.

⁴⁹² Cfr. O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi (a cura di), *Codice civile della Repubblica popolare cinese*, cit., artt. 109 ss., 989 ss.

in cui il confronto culturale con altre tradizioni è stato proficuo. Resta aperta la questione di una sua riproducibilità sul terreno, ideologicamente e politicamente più spinoso, del diritto costituzionale.

6. Rilievi conclusivi

È difficile tracciare delle conclusioni al termine di questo lungo itinerario. Le questioni problematiche emerse nei paragrafi precedenti sono molte e non è possibile ordinarle secondo una concatenazione univoca. Questa è, del resto, una delle caratteristiche della riflessione sul diritto al tempo della globalizzazione: ricostruzioni non lineari, interazioni fra temporalità diverse, genealogie. Proverò, tuttavia, a riannodare le fila di alcuni temi che sono stati ricorrenti durante il percorso.

Cosa ci dice il dibattito sulle circolazioni, sviluppatosi prima nell'ambito della comparazione giusprivatistica e poi in quella pubblicistica, in merito alla concezione del diritto e al grado della sua autonomia rispetto alle altre sfere sociali? La posizione di Watson, relativa a un'autonomia netta, giustificata da una generale trasferibilità del diritto da un contesto all'altro e da un certo isolamento del ceto dei giuristi, è stata criticata ma anche temperata dagli autori successivi. L'autonomia di un diritto formale e razionale, nel senso weberiano, è peraltro ancora considerata da molti come una delle caratteristiche principali della tradizione giuridica occidentale. Al contempo, però, si è accresciuta la consapevolezza delle interdipendenze tra il diritto e le altre sfere sociali, culturali, economiche, politiche, etc. Cambia semmai l'attenzione per l'una o l'altra di queste, con gli autori concentrati su profili di tipo diverso (ad esempio, alcuni su quelli antropologici, altri su quelli economici). Lo stesso Sacco per un verso ha presupposto l'autonomia del diritto nel teorizzare la circolazione dei formanti, per l'altro ha evidenziato i molti nessi tra la dimensione giuridica e quella antropologica. Il "formante culturale" riunisce da un punto di vista lessicale queste due angolature. Diversamente dagli altri formanti, però, e come il crittotipo, esso è più legato alle condizioni di luoghi determinati e dunque è meno mobile.

Bisogna peraltro tenere presente che, al di là dell'approccio weberiano, altre prospettive hanno mostrato una maggiore attenzione per i risvolti concreti e la dimensione sociale del diritto, come quelle legate all'esperienza giuridica. Non a caso queste sono state valorizzate da alcuni comparatisti anche giuspubblicisti. Il legame del diritto con l'ambiente politico e sociale è stato invero più evidente in ambito costituzionalistico, dove la tensione tra diritto costituzionale e realtà costituzionale è stata colta almeno a partire dal dibattito weimariano, seppure con accenti diversi fra gli studiosi. Di questa tensione, i lavori sulle culture costituzionali rappresentano una rielaborazione ulteriore, comprensiva di una serie più articolata di fattori. Le culture costituzionali costituiscono un elemento di potenziale frizione rispetto a una circolazione uniforme di soluzioni

giuridiche; conviene quindi osservarle come il terreno con il quale un determinato modello interagisce e scambia informazioni, venendo a sua volta da esso riplasmato. Questo processo di interazione e ibridazione spiega come le metafore di tipo organico (innesti, contaminazioni, fertilizzazioni incrociate, etc.) o, ancora di più, quelle di tipo comunicativo (interazioni, comunicazioni, dialoghi anche conflittuali, etc.) possano apparire più pertinenti rispetto a quelle di tipo meccanico (trapianti, esportazioni/importazioni, prestiti, etc.). Ma è possibile che alcune metafore presentino aspetti complementari: la metafora della migrazione contiene una componente comunicativa e una organica, quella della circolazione una meccanica e una comunicativa.

Il contesto della globalizzazione ha operato come moltiplicatore dei processi circolatori, dei quali sono state date prevalentemente tre letture. La prima, che si può far risalire a Glenn, è relativa alla interazione tra tradizioni giuridiche diverse, complesse e trasversali, in cui nessuna prevale sulle altre ed eventuali manifestazioni di dominio sono dovute all'appropriazione, da parte di una certa organizzazione politica, di elementi solo parziali di una tradizione. Il diritto, in questa prospettiva, è in parte autonomo, in parte frutto dello scambio con le culture locali, viste soprattutto alla luce di profili antropologici, filosofici e religiosi. In ogni caso, le comunicazioni non gerarchiche tra tradizioni sono considerate un presupposto per la convivenza dei popoli che le animano. La seconda ricostruzione, proposta inizialmente da Mattei e poi da altri studiosi come de Sousa Santos, usa come chiave di lettura la categoria dell'egemonia, riprendendo almeno parzialmente il pensiero di Gramsci. Qui si apre un discorso complesso, relativo all'interpretazione dell'opera gramsciana e alla sua recezione in diverse parti del mondo, mentre in altri paesi (soprattutto in Germania), il discorso sull'egemonia è più legato al pensiero di Triepel. Per entrambi i pensatori esiste un nesso, ancorché di tipo non deterministico, tra diritto, politica, economia e cultura, ma mentre Triepel prende atto dei rapporti di forza esistenti, Gramsci mette in rilievo l'aspetto culturale e la proiezione universalistica dell'egemonia quali basi per porre in essere un loro rovesciamento. Il terzo tipo di analisi, riferibile a diversi autori, critici verso la nuova economia comparata, evidenzia un progressivo sbilanciamento tra l'economia e le altre sfere sociali, nel senso che il diritto della globalizzazione – con le relative circolazioni interne – verrebbe usato strumentalmente, in maniera più o meno consapevole, per soddisfare i fini delle teorie e delle prassi economiche dominanti. Si tratta di modelli interpretativi che, per motivi anche opposti, mettono in discussione la bipartizione, individuata da Sacco, tra imposizione e prestigio come ragioni della circolazione, vuoi perché l'egemonia si pone a cavallo di entrambe, vuoi perché gli scambi tra le tradizioni presuppongono la loro equiordinazione, vuoi perché il prestigio viene letto come una forma di imposizione. Ma sul punto tornerò alla fine.

Mi sono dunque chiesta quale significato queste riflessioni potessero assumere in ambito costituzionalistico, prendendo come banco di prova la categoria del costituzionalismo globale. A tale riguardo, ho considerato la dimensione della globalità non solo come un dato spaziale, ma come un insieme di coordinate spaziali e temporali, tenendo quindi conto dell'intreccio tra livelli territoriali diversi e di una forte dilatazione della dimensione del presente a scapito della progettualità tipica del futuro. Da un punto di vista teorico, ho valorizzato i contributi sulla *Begriffsgeschichte*, dai quali è emersa una tendenza dei concetti storici fondamentali, tra cui quello di costituzionalismo, a spazializzarsi e a fluidificarsi. Ho quindi riletto in questa chiave il dibattito sulla migrazione delle idee costituzionali, e in particolare di quella che le racchiude: il costituzionalismo.

La categoria del costituzionalismo globale, come quella del diritto globale, si propone come sintesi di fenomeni circolatori molto fitti e al contempo presenta una connotazione costruttivista e astratta. Ciò vale, pur considerando le rispettive differenze, sia per la sua proiezione verticale che per quella orizzontale. Inoltre, l'accento sulla globalità tende a ridimensionare la dimensione locale e quindi le diversità costituzionali. Questo rischio si avverte maggiormente quando la dimensione globale è il frutto dell'estensione generalizzata dei meccanismi del mercato. Da più parti è stata infatti osservata un'affinità tra il costituzionalismo globale e il neoliberismo. Più sottile è la valutazione quando il termine globale è considerato sinonimo della proiezione universalistica di principi e diritti del costituzionalismo liberal-democratico. In quest'ottica, la forza generalizzante è di altro tipo, si fonda sull'aspirazione alla più ampia realizzazione della convivenza di individui e gruppi in condizioni di libertà, anche se tale approccio può condividere con il primo un'enfasi sulla dimensione individuale dei diritti. Una variante di queste letture può essere considerata l'opera di Ackerman, dove si tenta di universalizzare il costituzionalismo democratico e sociale del secondo dopoguerra e di stabilire migrazioni costituzionali significative tra paesi appartenenti ad analoghi *pathways*, anche se con qualche forzatura e senza considerare le specificità dell'evoluzione economica degli ultimi decenni. Di qui le critiche di alcuni studiosi, che hanno rimarcato l'importanza delle specifiche culture costituzionali. A tali critiche si sono affiancate ricostruzioni dell'ultimo periodo che mettono in discussione la portata espansiva dei processi di globalizzazione, i quali si aprono a dialettiche nuove, con un rinnovato rilievo della statualità e delle identità costituzionali.

Ho provato così a far interagire le migrazioni dell'idea di costituzionalismo, intesa nel modo spazializzato e fluidificato che si è detto, con alcune culture costituzionali. Nel fare ciò, dovendo riferirmi a uno spazio di portata globale, non ho potuto non considerare anche culture e tradizioni diverse da quelle occidentali, come da tempo suggerito non solo da esponenti degli studi postcoloniali e subalterni, ma anche da

comparatisti sensibili per queste realtà. Consapevole dei limiti di un tentativo siffatto – che rendono questo lavoro soltanto una prima tappa di ricerche da approfondire – ho dunque osservato più da vicino alcune aree che mi sono sembrate particolarmente significative. In primo luogo quella europeo-continentale, dove è risultata una parziale sovrapposizione tra i discorsi sul costituzionalismo globale, quelli sul pluralismo giuridico, e una involuzione, o quantomeno un arresto della fase progressiva del costituzionalismo democratico e sociale, tanto che la sfida attuale sembra essere quella di conservare le conquiste del passato ed evitare ulteriori scivolamenti verso il basso. In questa prospettiva, dove l'influenza della logica economica appare prevalente, i movimenti circolatori riguardano per lo più formanti legislativi, sovranzionali, internazionali e fonti dell'esecutivo. Parallelamente si è sviluppata un'articolata interazione fra le corti, che riguarda la tutela dei diritti fondamentali (per lo più diversi da quelli sociali), ampiamente indagata dagli studi sul pluralismo giuridico. In secondo luogo ho esaminato l'area andina, dove si è affermato il *nuevo constitucionalismo* latinoamericano: questo è caratterizzato da una versione del costituzionalismo permeata dalla tradizione ctonia, con una prospettiva biocentrica che rimarca il carattere costitutivo delle relazioni tra la natura, l'essere umano e la comunità. Se, per un verso, tale tradizione giuridica interagisce con la costituzione e le fonti internazionali, per l'altro verso la presenza di questi innesti sul tronco di un costituzionalismo conservatore ne mina la portata trasformatrice. In terzo luogo ho indagato i rapporti tra il concetto di costituzionalismo e la tradizione islamica. Qui sono emersi elementi di limitazione e legittimazione del potere, inclusi nel significato del costituzionalismo, che vanno tuttavia inquadrati in un orizzonte filosofico-politico molto diverso da quello euro-atlantico, non incentrato né sullo stato nazione secolarizzato né sulle libertà individuali. La circolazione dei modelli costituzionali avviene dunque sul sostrato di ciascuna tradizione giuridica, specie se si tiene presente la forte pluralità degli indirizzi dottrinali che la compongono. La maggiore peculiarità riguarda la previsione della *shari'a* come fonte dell'ordinamento normativo, generalmente a livello apicale. Questa può essere interpretata in maniera compatibile con il costituzionalismo o rinforzare prassi autoritarie, a seconda dei rapporti di forza prevalenti. In quarto luogo ho analizzato l'esperienza cinese, per quanto concerne i trapianti giuridici successivi all'apertura all'economia di mercato, e le migrazioni delle idee di *rule of law* e costituzionalismo. Ne è risultato un quadro dottrinale molto variegato, con posizioni diverse in relazione al primato attribuito alla dottrina marxista-leninista, allo sviluppismo, al grado di formalizzazione del diritto, all'uso del lessico dei diritti umani, al recupero della tradizione confuciana e al rapporto con i vari filoni della filosofia giuridica occidentale (dal liberalismo al realismo, dall'istituzionalismo alle correnti "post"). L'idea di un costituzionalismo cinese ha per un verso assorbito il linguaggio dei

diritti, dei quali si tende a rimarcare la dimensione comunitaria e collettiva, ma con scarse prospettive per il *judicial review*. Per l'altro verso, muove dal presupposto della predominanza del partito comunista nello spazio politico, cercando di attenuarla attraverso forme di pluralismo interno e istituzionale, e tramite una più estesa partecipazione a livello locale. Tale idea coesiste con l'assenza della democrazia elettorale ai livelli di governo più elevati e con restrizioni dei diritti soprattutto nelle zone popolate da minoranze etniche.

È chiaro che, in questi ultimi tre esempi, il tasso di autonomia del diritto rispetto alle altre sfere sociali è minore. Ma, a ben vedere, è proprio la nozione di diritto come frutto e fattore di razionalizzazione che viene meno, non potendo essere pensato indipendentemente dalla tradizione ctonia, dalla religione islamica, dalla tradizione confuciana, e da una certa visione sviluppatista o coesiva della comunità. L'idea di costituzionalismo assume dunque nei vari contesti un significato diverso. Si possono a tale riguardo distinguere logicamente (più che temporalmente) due fasi: nella prima si assottiglia il senso forte che legava il concetto di costituzionalismo alla tradizione politico-filosofica occidentale, nella seconda esso si mescola e si ibrida con le diverse tradizioni giuridiche del mondo. In alcuni casi, il suo impiego sul piano dottrinale e la sua traduzione in alcune prassi partecipative locali o nell'interpretazione giudiziale contrasta con altre pratiche dei governi, effettivamente autoritarie. Esso può tuttavia indicare percorsi gradualisti per contrastarle. Nel primo esempio, quello europeo-continentale, le teorie sul pluralismo giuridico, nell'ambito delle quali l'autonomia del diritto appare variabile e spesso è implicitamente presupposta, sono state progressivamente affiancate da ricostruzioni basate sulla prevalenza della circolazione del modello economico ordoliberal. Relativamente a quest'ultimo, ci si può interrogare su quanti margini di autonomia residuino al diritto: rimanendo all'interno del sistema politico-economico dato, si cercherà di salvaguardarli e ampliarli, laddove ponendosi dall'esterno si cercherà di costruire alternative economiche attraverso l'azione politica. Uno spazio di autonomia del diritto è auspicato anche da quelle posizioni che, a proposito di un rinnovato protagonismo dei giudici nel diritto della globalizzazione, lo fondano non tanto su uno spostamento degli equilibri complessivi di potere (a danno dei legislatori), ma su un investimento nella logica tipicamente giurisdizionalistica: controversiale e dialettica, non calcolante e non strumentale. Tale prospettiva consente di attribuire un significato ermeneutico specifico anche all'uso dell'argomento comparativo da parte delle corti.

È ancora possibile, infine, considerare prestigio e imposizione come le cause principali della circolazione? Se l'imposizione sembrerebbe riguardare solo i casi derivanti dall'uso della coercizione, margini più ampi potrebbero residuare per il prestigio. Ad esempio, esso potrebbe valere per l'imitazione di costruzioni tecnico-giuridiche e dottrinali ritenute particolarmente

sofisticate, come il principio di proporzionalità. Per molto tempo al prestigio si è inoltre fatto riferimento, implicitamente o esplicitamente, in relazione a modelli costituzionali considerati come la traduzione di orientamenti politico-filosofici di libertà e democrazia. E, tuttavia, questo secondo aspetto può risultare problematico, se si pensa ai corto-circuiti che esso genera in ambito coloniale, nonché post- o neocoloniale. Il prestigio basato sull'efficienza economica è problematico per l'apparente neutralità di tale criterio, che produce costi e benefici a carico di determinati soggetti piuttosto che di altri, a seconda di come viene orientato. Alcuni autori preferiscono dunque parlare di imposizione, per svelare l'uso mistificatorio che del prestigio può essere fatto. Altri discutono di egemonia, anche per sollecitare una reazione contro-egemonica rispetto ai modelli dominanti (statunitensi, occidentali o neoliberali): questo è evidente in America Latina, dove la recezione di Gramsci è stata ampia e la contro-egemonia dei subalterni si carica di un significato emancipativo. Con un significato in parte diverso, più legato al pensiero di Triepel, se ne parla a proposito del ruolo della Germania in Europa. Certo, dove si vuole resistere all'influenza occidentale è improbabile che si insista sul prestigio di quest'ultima: è ad esempio quello che accade in Cina, anche se le recezioni autoctone di modelli provenienti dalla tradizione euro-atlantica sono state comunque molte, filtrate da comunità interpretative locali. Modelli sociali, politici e costituzionali alternativi vengono nel frattempo proposti in aree tanto diverse come i paesi islamici e l'Europa centro-orientale.

In questi processi di interazione, ibridazione, rielaborazione, a volte rifiuto, quello che può variare è il grado di apertura reciproca delle tradizioni, per cui la comunicabilità sembra più compatibile con istanze di convivenza e giustizia in senso lato, mentre la chiusura propria di interpretazioni essenzialiste può favorire pratiche autoritarie. In ogni caso, mi sembra che oggi un discorso sulle circolazioni e sulla globalizzazione giuridica, comprensivo delle tensioni che questa innesca con le altre dimensioni spaziali, non possa fare a meno di considerare le interazioni tra le tradizioni giuridiche del mondo e il percorso con cui queste ultime si legano ai cambiamenti dei concetti costituzionali.

Alessandra Di Martino
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università Sapienza di Roma
alessandra.dimartino@uniroma1.it