

Per una koiné costituzionale



Omar Caramaschi

Il costituzionalismo globale: teorie e prospettive



G. Giappichelli Editore – Torino

Considerazioni introduttive

In periodi di radicali trasformazioni – come l’attuale – al giurista si chiede la disponibilità a rivedere taluni concetti fondamentali riguardanti tanto lo Stato, quanto, più in generale, gli ordinamenti giuridici, anche accantonando all’occorrenza i classici strumenti teorici e concettuali: operazione, questa, forse ineludibile quando ci si proponga di analizzare gli effetti della globalizzazione sul costituzionalismo (cfr. Capitolo 1).

Il rischio è infatti che le inedite modalità di interrelazione tra Stati e istituzioni tanto sovranazionali che internazionali, l’affermarsi di strutture di potere reticolari ed orizzontali, nonché le sempre più dense interdipendenze economiche¹ colgano impreparati i giuristi (e non solo), costretti ad indagare «un territorio sconosciuto con l’aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti»².

Non potrebbe però dirsi che la dottrina giuridica non abbia ancora percepito, se non pienamente metabolizzato, simili novità, ed anzi sempre più spesso l’attenzione è focalizzata sulle interrelazioni tra i sistemi istituzionali e i mutamenti ordinamentali della globalizzazione, così da poter dare «un’impronta in senso costituzionale al nuovo “ordinamento” globale»³. Ma forse non ancora abbastanza, se non vuole che «gli spazi globali [cadano] in dominio di altre potenze, di interessi selvaggi, di nomadi avidi e crudeli»⁴.

¹ Cfr. G. D’IGNAZIO, *Ordine e disordine: le sliding doors dei sistemi complessi nel costituzionalismo transnazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2013, 423-431, spec. 423.

² Così vengono descritti i giuristi ancorati alle classiche categorie del diritto da S. BEN-HABIB, *The Rights of the Other. Aliens, Residents and Citizens* (2000), trad. it., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006, 5. L’A. prosegue sostenendo che, mentre il terreno nel quale ci troviamo ora – ossia la società mondiale degli Stati – è cambiato e sta continuando a farlo, le mappe normative dei giuristi sono rimaste invariate.

³ G. D’IGNAZIO, *Ordine e disordine*, cit., 423.

⁴ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 80.

Comunque sia, nessuno ormai dubita della necessità di riflettere sulle sfide poste da nuovi attori, i quali tendono a muoversi in un quadro giuridico transnazionale, caratterizzato dalla mancanza di riferimenti territoriali, di confini o limiti⁵.

Certo, si tratta «di un fenomeno in gran parte inesplorato e, probabilmente, ancora indecifrabile»⁶, ma che, tuttavia, non esime il giurista dall'assumere nuove coordinate⁷, che siano in grado – in una prospettiva transnazionale o globale – di ricucire la distanza tra il costituzionalismo (ancora) orientato verso gli Stati-nazionali e i processi di globalizzazione al fine di evitare, in modo particolare, l'adozione di soluzioni legate ad una logica strettamente statalista, ma anche a quella internazionalista che ne rappresenta il *pendant*, per far fronte ad un mutevole scenario globale⁸, rimanendo ancorati ad un costituzionalismo circoscritto ed inadeguato rispetto a quest'ultimo⁹.

Dopo una prima parte di preliminare e indispensabile disamina delle ricadute della globalizzazione sul costituzionalismo, sulla scorta dei rilievi testé brevemente enucleati (cfr. Capitolo 1), lo studio si propone un'analisi critico-teorica, in particolare attraverso le categorie e gli strumenti propri del diritto costituzionale, del c.d. costituzionalismo globale, vale a dire di quell'insieme – come si vedrà articolato ed eterogeneo – di studi ed elaborazioni dottrinarie che variamente cercano di riadattare il concetto di costituzionalismo ai cambiamenti derivanti dalla globalizzazione, ampliandone la portata, rispetto alla classica concezione legata allo Stato, a livello globale.

Ora la questione della praticabilità di un costituzionalismo che vada al di là dello Stato non è, come vedremo, certamente nuova, sebbene mostri almeno due ragioni di interesse più attuale¹⁰.

⁵Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 8 ss.

⁶Così A. MORRONE, *Sovranità e diritto transnazionale*, in L. MEZZETTI, C. PIZZOLO (a cura di), *Diritto costituzionale transnazionale*, Bologna, Filodiritto, 2013, 463-485, spec. 469.

⁷Cfr. T. MAZZARESE, *Interpretazione e traduzione del diritto nello spazio giuridico globale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 8/2008, 88-101, spec. 99.

⁸Cfr. P. KIIVER, *Constitutions in the Age of Internationalisation: Toward Transnational Constitutional Standards*, Hiil Concept Paper, 2008, spec. 4.

⁹Cfr. G.D'IGNAZIO, *Ordine e disordine*, cit., 428.

¹⁰Sul punto cfr. le considerazioni di M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion?*, in *Jus Politicum. Revue de droit politique*, vol. 19, 2018, 7-18, spec. 8 ss.

La prima risiederebbe nella dimensione contestuale del discorso sul costituzionalismo globale: esso è apparso negli anni tra le due guerre mondiali – quando presero forma le prime organizzazioni internazionali – per raggiungere il proprio apice durante gli anni '90, alla fine della guerra fredda¹¹.

Negli ultimi vent'anni il tema ha avuto una certa diffusione, la letteratura è cresciuta in maniera piuttosto abbondante, si sono sviluppati alcuni centri di ricerca (come, ad esempio, il *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*), nonché riviste scientifiche, anche appositamente dedicate; ciò nonostante, come ricordato da un editoriale della rivista *Global Constitutionalism*, tale dimensione globale del costituzionalismo starebbe vivendo una “crisi” dovuta ai nuovi nazionalismi, a forme logore di unilateralismo internazionale, nonché a minacce ideologiche¹² che rendono non superfluo interrogarsi nuovamente sulle possibilità di un tale discorso¹³.

La seconda, invece, atterrebbe alla natura più propriamente dottrinale della questione, proprio laddove questa avrebbe determinato l'emergere di una vasta serie di riflessioni filosofiche e teoriche: dal cosmopolitismo kantiano riadattato da Habermas¹⁴, al monismo kelseniano in nome di una teoria pura del diritto¹⁵ o alla lettura sociologico-istituzionalista di Scelle¹⁶.

¹¹ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione di una tale tesi costituzionale v., tra gli altri, A.-C. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

¹² Cfr. M. KUMM, J. HAVERCROFT, J.L. DUNOFF, A. WIENER, *Editorial: The End of 'the West' and the Future of Global Constitutionalism*, in *Global Constitutionalism*, vol. 6, 1/2017, 1-11, spec. 4, secondo cui «[t]here is no richly-conceptualised alternative ideology with potential global appeal contesting the global constitutionalist grammar. The alternatives that exist take the form of a motley configuration of ideologies and power structures that are unlikely to form the basis of stable new coalitions or significantly expand their appeal, as the following brief analysis of anti-constitutionalist ideologies and the power structures that embrace them seeks to make clear».

¹³ Cfr. D. KENNEDY, *The Mystery of Global Governance*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 37-68, spec. 39 ss.

¹⁴ J. HABERMAS, *Kants Idee des Ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren* (1995), in ID., *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie* (1996), trad. it., *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Saggi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998, 177-215, spec. 185-186.

¹⁵ V., tra gli altri, T. HOCHMANN, *Hans Kelsen et le constitutionnalisme global: théorie pure du droit et projet politique*, in *Jus Politicum. Revue de droit politique*, vol. 19, 2018, 25-40.

¹⁶ G. SCELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948.

Così anche la riflessione degli autori contemporanei è costellata di “sistemi di pensiero” o, come vedremo nel prosieguo, di “teorie” che portano tali autori a distinguersi non tanto per un disaccordo, per così dire, “empirico”¹⁷, ma per la scelta dello schema teorico attraverso cui interpretare i cambiamenti cui assistiamo.

Ebbene, tornando al presente studio, esso si pone l’obiettivo di esaminare, come si diceva, alcune delle principali teorie del costituzionalismo globale, suddividendole in due principali insiemi al fine di farne emergere gli essenziali snodi di interesse e i relativi elementi problematici, ma pur sempre nell’ottica più generale di cogliere – nell’ambito di un unico lavoro monografico – una doppia prospettiva di analisi che il costituzionalismo globale offre, contestualmente superandosi la parzialità degli studi che invece hanno approfondito alternativamente l’uno o l’altro versante¹⁸. Più in particolare si individua, in questa sede, una doppia ripartizione, così strutturata.

Da un lato, viene in rilievo una dimensione pienamente globale e “orizzontale”, laddove il costituzionalismo globale risulta inquadrabile come un fenomeno di globalizzazione del diritto costituzionale e delle costituzioni statali (cfr. Capitolo 2, paragrafo 3) che avrebbe luogo sia attraverso una tendenziale “convergenza costituzionale” di portata globale verso “standard comuni” – se non nella direzione di un vero e proprio “diritto costituzionale generale”¹⁹ – con particolare riguardo al tema di diritti umani fondamentali²⁰ (cfr. Capitolo 2, paragrafo 4), sia per il

¹⁷M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, 2/2013, 605-628; ID., *Constitutionalism and the Cosmopolitan State*, NYU School of Law, Public Law Research Paper 13-68, 2013, spec. 3.

¹⁸Si pensi, ad esempio, a quegli studi sul costituzionalismo globale che adottano una prospettiva esclusivamente internazionalistica (v. in particolare, almeno tra le monografie, C.E. SCHWÖBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Nijhoff, 2011; A. O’DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; A. ATILGAN, *Global constitutionalism: a socio-legal perspective*, Berlin, Springer, 2018), ovvero a quelli che, di converso, ne seguono una di matrice limitatamente costituzional-comparatistica (v. *ex multis* S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006; D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 99, 5/2011, 1163-1257).

¹⁹Cfr. D.S. LAW, *Generic Constitutional Law*, in *Minnesota Law Review*, vol. 89, 2005, 652-742.

²⁰Con riguardo alla “convergenza costituzionale” v. almeno, in linea generale, D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, cit.; M. TUSHNET, *The*

tramite di un articolato processo legato alla comparazione, alla reciproca “contaminazione” tra diversi ordinamenti giuridici, nonché alla “migrazione” di idee e principi costituzionali²¹ (cfr. Capitolo 2, paragrafo 4), anche in riferimento all’attività in tal senso svolta dai giudici e, in particolare, dalle Corti costituzionali²² (cfr. Capitolo 2, paragrafo 5).

Dall’altro lato, si configura un versante identificabile con il c.d. costituzionalismo internazionale²³ o, come vedremo, con la c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale (cfr. Capitolo 3, paragrafo 1)²⁴. Sotto questo profilo il costituzionalismo globale assume la veste di un pro-

Inevitable Globalization of Constitutional Law, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, 4/2009, 985-1006; R. DIXON, E.A. POSNER, *The Limits of Constitutional Convergence*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 11, 2/2011, 399-423, spec. 401 ss.; A. SHINAR, *The ideologies of global constitutionalism*, in *Global Constitutionalism*, vol. 8, 1/2019, 12-28, spec. 13 ss.; V.C. JACKSON, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, 1/2005, 109-128.

²¹ Su tale prospettiva v. per tutti S. CHOUDHRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, cit.

²² In questo senso v. tra gli altri A.-M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1/1994, 99-137, spec. 118 ss.; ID., *Judicial Globalization*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, 1103-1124; J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, 1/2005, 129-147; R. BADER GINSBURG, *Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, in *Idaho Law Review*, vol. 40, 2003, 1-10; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 125-165; T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in E. PACIOTTI (a cura di), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, Roma, Carocci, 2011, 221-229; T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013.

²³ V. almeno A. O'DONOGHUE, *International constitutionalism and the state*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 4/2013, 1021-1045; J. D'ASPROMONT, *International legal constitutionalism, legal forms and the need for villains*, in A. LANG, A. WEINER (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Elgar, 2017, 155-169; C. FOCARELLI, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalismo della global governance: alla ricerca del diritto globale*, in *Pol. dir.*, 2/2011, 207-237.

²⁴ V. almeno J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; E. DE WET, *The Constitutionalization of Public International Law*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1209-1230; J.M. SOREL, *La constitutionnalisation du droit international: conflits et concurrence des sources du droit? Fausse querelle, mais vraies questions*, in H. RUIZ-FABRI, M. ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de Législation Comparée, 2011, 23-44.

cesso di progressiva applicazione al diritto internazionale delle categorie dottrinarie e degli schemi teorici propri del diritto costituzionale, i quali non solo possono essere validi strumenti per una lettura critica dell'attuale contesto ordinamentale e giuridico internazionale, ma soprattutto assumono una portata "normativa" laddove essi vengono impiegati al fine di configurare l'ordinamento giuridico internazionale in una direzione più "costituzionale"; da ciò deriva un dibattito dottrinario – analizzato in questo studio da un punto di vista critico-ricostruttivo (cfr. Capitolo 3, paragrafi 2, 3 e 4) – che oscilla, ad esempio, dalla prospettiva di un "governo mondiale"²⁵ ovvero di una "costituzione globale"²⁶, a quella, meno impegnativa, di una progressiva costituzionalizzazione del diritto e delle organizzazioni internazionali²⁷.

L'ultima parte di questo studio è infine dedicata a saggiare la praticabilità del costituzionalismo globale, come delineato dal corposo dibattito esaminato in precedenza, nonché in particolare di quelle soluzioni che emergono dalle ripercorse elaborazioni dottrinarie.

Dopo aver affrontato la questione più strettamente connessa alla diffusione nel contesto internazionale e globale del "linguaggio costituzionalistico", specialmente in relazione alla possibilità tanto di estendere il concetto di costituzione a livello globale, ossia oltre il tradizionale legame con la forma statale, quanto di trasferire sul piano globale i principi propri del costituzionalismo nazionale (cfr. Capitolo 4, paragrafi 1, 2 e 3), si procede verso una riconsiderazione della sovranità la quale – persistente nella sua dimensione statale di fronte al costituzionalismo globale, ma contestualmente incisa dai processi limitativi e trasformativi che essa subisce – potrebbe beneficiare, al fine di mantenere una certa aderenza agli elementi fondativi del costituzionalismo (ossia alla garanzia dei drit-

²⁵ Cfr. *ex multis* M. WALZER, *Il governo mondiale è un sogno?*, in *Quad. cost.*, 1/2011, 187-198; D. ZOLO, *Cosmopolis. Le prospettive del governo mondiale*, Milano, Feltrinelli, 1995.

²⁶ V. almeno B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 3/1998, 529-619; M.W. DOYLE, *The UN Charter – A Global Constitution?*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World?*, cit., 113-132.

²⁷ In una prospettiva generale v. T. COTTIER, M. HERTIG, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, 261-328; J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in IID. (eds.), *Ruling the World?*, cit., 3-36, spec. 10 ss.; J. KLABBERS, *Constitutionalism Lite*, in *International Organizations Law Review*, vol. 1, 1/2004, 31-58.

ti e alla limitazione del potere), di un processo di desoggettivizzazione che determini una trasformazione dalla “sovrani  come potere” alla “sovrani  come valori”, ossia come sovranit  presidio dei valori fondamentali anche nello spazio globale, seppur in una logica di collaborazione tra i diversi livelli ordinamentali (cfr. Capitolo 4, paragrafi 4 e 5)²⁸.

Infine, in special modo nella sua parte conclusiva, si cerca di rispondere all’interrogativo iniziale – che attraversa l’intero studio – circa la possibilit  che il costituzionalismo sia ancora in grado di svolgere, anche nell’epoca globale, la sua “missione” storica, vale a dire quella di “catturare” il potere e garantire la tutela dei diritti fondamentali²⁹, ovvero se invece prevalga la rassegnazione rispetto ad un ordine globale anarchico e incontrollato che potrebbe mettere in pericolo la tenuta di istanze costituzionali e democratiche³⁰ (cfr. Osservazioni conclusive).

²⁸ V. per tutti G. SILVESTRI, *La parabola della sovranit . Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3-74; ID., *Lo Stato senza principe. La sovranit  dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005; ID., *Dal potere ai principi. Libert  ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

²⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2/2006, 1643-1668, spec. 1668.

³⁰ Cfr. G. AZZARITI, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneit *, in *Giornale di storia costituzionale*, vol. 32, 2/2016, 231-239, spec. 232.

Capitolo Primo

Il costituzionalismo alla prova della globalizzazione

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo dalle origini storiche alle elaborazioni contemporanee: un concetto teorico aperto e in evoluzione. – 2. La globalizzazione sotto la lente del giurista: aspetti definitivi e notazioni iniziali. – 3. La globalizzazione tra erosione della sovranità statale e mercato. – 4. Gli effetti dei fenomeni globali sulle discipline giuridiche con particolare riguardo allo Stato e al diritto interno. – 5. Il “diritto globale” come risposta all’apertura dell’ordinamento statale verso l’esterno. – 6. Il territorio e la sovranità dello Stato di fronte alle sfide dei nuovi soggetti globali: verso un nuovo sovrano globale? – 7. La crisi del costituzionalismo moderno tra deterritorializzazione del potere e mondializzazione giuridica. – 8. Verso un “nuovo” costituzionalismo nei grandi spazi globali della contemporaneità, recuperandone l’utopia storica?

1. Il costituzionalismo dalle origini storiche alle elaborazioni contemporanee: un concetto teorico aperto e in evoluzione

In via preliminare non sembra inopportuna una ricognizione di talune nozioni impiegate quali, in primo luogo, quelle di costituzionalismo e globalizzazione.

In termini generali, nel suo significato classico – ossia più ristretto e garantista – con il concetto di costituzionalismo si è intesa la «teoria giuridica dei limiti del potere politico»¹, definizione da cui emerge come la

¹ A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Diritto pubblico*, 3/2003, 887-906, spec. 890. Analogamente, cfr. S. GORDON, *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, *passim*, spec. 236 ss., il

sua vera essenza sia la «limitazione legale del governo, [...] l'antitesi del governo arbitrario»².

Non è mancato, tuttavia, chi ha messo in luce come anche tra i giuristi, accanto alla tradizionale concezione di costituzionalismo³, si siano affermate tanto nuove nozioni da questo derivate⁴, quanto alcune elabo-

quale propone una definizione di costituzionalismo come teoria volta ad imporre «*constraints upon the exercise of political power*».

² C.H. MCILLWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern* (1940), trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, 30-31. V., inoltre, C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy* (1941), trad. it., *Governo costituzionale e democrazia*, Venezia, Neri Pozza, 1963. L'idea di un'opposizione del costituzionalismo all'arbitrio è presente nel pensiero di Benjamin Constant, di cui v., *ex multis*, B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Guillaumin, 1872, spec. tomo I, 146 ss., 374 ss., 403 e 433 ss.; tomo II, 116 ss. e 222 ss. La stessa concezione è presente anche in altri autori, tra cui, G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, *passim*, spec. 169 ss., il quale sottolinea che, nelle varie formulazioni del costituzionalismo (inteso come concezione della Costituzione) da lui esaminate, si rinviene sempre un elemento comune che risiederebbe nell'idea per cui «l'attività dei soggetti pubblici debba essere sottoposta a vincoli giuridici»; v. anche M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, *passim*, il quale evidenzia, a più riprese, lo strettissimo legame che intercorre tra costituzionalismo moderno e le idee di limite, di equilibrio, di garanzia e di moderazione.

³ In generale, sulle ragioni del costituzionalismo, v., tra gli altri, F. LANCHESTER, *Il profumo del costituzionalismo*, in *Nomos*, 2/2018, 1-10; S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invariante e specificità storiche*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2015, 2615-2643; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2008; T.E. FROSINI, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; M. ROSENFELD, *Modern Constitutionalism as Interplay between Difference and Identity*, in ID. (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, Duke University Press, 1994, 3-36, spec. 3 ss. Per una disamina "enciclopedica" puntuale dei significati di questo v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Costituzionalismo*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 130 ss.; C. MARGIOTTA, *Costituzionalismo*, in R. ESPOSITO, C. GALLI (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico. Autori, concetti, dottrine*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 154 ss.; N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 1983, 270 ss.; A. SPADARO, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Milano, Bompiani, 2006, 2369 ss.

⁴ Basti pensare alla diffusione in dottrina, in questi ultimi anni, di due espressioni derivate dal termine costituzionalismo, ossia "nuovo costituzionalismo" (o "*new constitutionalism*") e "neocostituzionalismo", non solo limitatamente al contesto statale nazionale, ma anche a proposito degli ambiti giuridici sovranazionali e globali, termini con cui si vorrebbero mettere in evidenza «gli sviluppi recenti del costituzionalismo, rispettivamente istituzionali e dottrinali». Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012, spec. 8 e 13.

Secondo l'A., 18 ss., con "nuovo costituzionalismo" si farebbe riferimento agli sviluppi europei e globali del costituzionalismo nordamericano (v. R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University

razioni onnicomprensive di tale concetto, come quelle di “tendenze costituzionali”⁵ o di “concezione della Costituzione”⁶.

Press, 2003; ID., *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2/2006, 721-754; S. ROESLER, *Permutations of Judicial Power: the New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority*, in *Law and Social Inquiry*, vol. 32, 2/2007, 545-575). In particolare tre sono gli aspetti centrali del “nuovo costituzionalismo”: in primo luogo, vi sarebbe un costante riferimento ai diritti sia delle costituzioni statali sia dei documenti internazionali e sovranazionali; secondariamente si avrebbe una particolare attenzione al fenomeno della “giudizializzazione”, ossia il passaggio, attraverso delegazione intenzionale ovvero dislocazione, dei poteri normativi degli organi politici o quelli giurisdizionali; infine un ultimo elemento legato alla sua diffusione sovranazionale globale laddove gli Stati avrebbero delegato proprie competenze a organizzazioni e giudici sovranazionali, ovvero, in altri casi, sarebbero stati questi ultimi ad appropriarsene. Pertanto, spec. 23, «[1]e maggiori novità del nuovo costituzionalismo, così, stanno meno nella giudizializzazione che nella costituzionalizzazione del diritto e nell’incrinarsi della teoria giuspositivista delle fonti».

Il “neocostituzionalismo”, invece, sempre secondo M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, cit., 24 ss., sarebbe un’espressione coniata da alcuni teorici del diritto della scuola genovese con la quale si indica una filosofia del diritto ulteriore rispetto al giusnaturalismo e al giuspositivismo, e che avrebbe come proprio oggetto principale di studio il diritto costituzionalizzato, intendendosi, in questo caso, con “costituzionalizzazione” «l’adeguamento del diritto infracostituzionale ai principi costituzionali: adeguamento perseguito, come ideale regolativo mai completamente realizzato, dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dallo stesso legislatore ordinario». In particolare, tre sono le tesi principali che possono essere ricondotte al neocostituzionalismo, ossia quelle che riguardano principalmente i rapporti tra diritto e morale, la teoria della norma giuridica, nonché la teoria del ragionamento giuridico; v., tra gli altri, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; M. BARBERIS, *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 147-162; P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 71-94; G. MESSINA, *Il neocostituzionalismo*, in *Democrazia e Diritto*, 1-2/2011, 384-425; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, spec. 117-146; con particolare riferimento alla giurisprudenza ordinaria e costituzionale v. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 195-223.

⁵ G. ROLLA, *La prospettiva dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 3/1997, 417-460.

⁶ G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, cit., *passim*; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 199 ss. Secondo A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, spec. 3, il costituzionalismo indicherebbe, appunto, «un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici»; così, questo verrebbe a connotarsi non come un concetto neutro, ma come un’ideologia che – portatrice dei valori della liberaldemocrazia – è strettamente connessa ad una costituzione formale (cfr. F. VIOLA, *Costituzione e Costituzionalismi*, in F. D’AGOSTINO (a cura di), *Valori Costituzionali. Per i sessant’anni della Costituzione Italiana*, Milano, Giuffrè, 2010, 111 ss.).

Una di queste riflessioni – in cui il costituzionalismo farebbe riferimento principalmente alle funzioni essenziali delle costituzioni negli ordinamenti contemporanei – è quella di Dieter Grimm, il quale ha elencato gli elementi costitutivi essenziali del costituzionalismo legati al concetto di costituzione⁷.

Si tratterebbe, però, di accezioni che sollevano delle perplessità per quanto riguarda la loro conformità agli obiettivi storici del costituzionalismo, il quale «ha sempre aspirato a porre una legge come limite a chi detiene di fatto il monopolio della forza, a rendere sovrane le leggi e non gli uomini»⁸.

In modo particolare, possono avanzarsi due principali rilievi critici con riferimento a tali nozioni di costituzionalismo, dalle quali non emergerebbe chiaramente come esso sia fundamentalmente orientato a limitare gli arbitri del potere.

In base al primo, una concezione di costituzionalismo che si limiti ad indicare, in maniera piuttosto vaga, la supremazia della Costituzione, una concezione della Costituzione, ovvero una più indefinita tendenza costituzionale, finirebbe per farvi rientrare finanche elaborazioni costituzionali dove, ad esempio, verrebbero conferiti all'esecutivo poteri discrezionali oltremodo ampi, nonché ridotti ai minimi termini i controlli su esso⁹.

⁷In numero di 6: «1) La costituzione, nel significato moderno del termine, è un insieme di norme, non una costruzione filosofica. Tali norme emanano da una decisione politica e non da qualche verità prestabilita. 2) Lo scopo delle norme costituzionali è quello di regolare *ex novo* l'assetto e l'esercizio del potere politico; esse non si limitano a modificare una struttura preesistente. 3) La regolazione costituzionale è omnicomprensiva, nel senso che non sono riconosciuti né titolari extra-istituzionali del potere politico, né modi e mezzi di esercizio extra-costituzionale del medesimo potere. 4) La costituzione trova la sua origine nel popolo, unica fonte di legittimazione del potere. 5) La costituzione è fondata sulla distinzione tra potere costituente e potere costituito. 6) La costituzione è legge superiore; essa ha quindi maggiore forza su ogni altra legge e su ogni atto giuridico emanato dai pubblici poteri; gli atti incompatibili con la costituzione non acquistano validità giuridica». Cfr. D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 3-22, spec. 9. La traduzione in italiano qui riportata è quella presente in G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Salerno 22-24 novembre 2012, Napoli, Jovene, 2014, 143-159, spec. 144.

⁸In questi termini si esprime N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 983 ss., spec. 1041 (poi anche ID., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1996).

⁹Cfr. A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, cit., spec. 892.

Sulla base del secondo, invece, sarebbe improprio identificare il costituzionalismo con le modalità di risoluzione di qualsiasi questione, caratterizzata da una rilevanza politica, sia nazionale sia ultranazionale: tale tesi finirebbe per caratterizzare la nozione di costituzionalismo in senso unicamente descrittivo, con il pericolo di farvi rientrare di tutto, allo stesso tempo rischiando di fornire una lettura inadeguata del «rapporto tra costituzione (come prodotto del costituzionalismo) e l'attività legislativa *come se* la seconda costituisse il mero "svolgimento" della prima»¹⁰.

Così, mentre il concetto di costituzione risulta, secondo alcuni, unicamente descrittivo – nel senso che le costituzioni, variamente, potrebbero non prevedere elementi quali la tutela dei diritti fondamentali o la separazione dei poteri – similmente non potrebbe dirsi a proposito del costituzionalismo¹¹, la cui natura assiologica e prescrittiva sarebbe innegabile¹², così come sarebbe innegabile questa stessa natura per la nozio-

¹⁰ Ivi, 893-894. Analogamente v., tra gli altri, L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1996, spec. 139 ss. e 174 ss. *Contra*, invece, v. in modo particolare F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1000-1040, spec. 1036 ss.; ID., *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. I, 148 ss., vol. II, 3 ss.

¹¹ Cfr. A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, cit., spec. 894, il quale nota che aderendo alla tesi contraria si arriverebbe a «negare, contro la storia, la qualifica di Costituzione a documenti solenni che, pur non conformandosi al modello ideologico dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, sono stati, ciò non di meno, formalmente denominati "Costituzioni", e come leggi superiori hanno concretamente operato». L'A. ritiene così, ad esempio, che non sia corretto non qualificare come costituzioni quelle napoleoniche o dei Paesi del socialismo reale: benché queste non siano considerate "garantiste" alla maniera dei regimi liberal-democratici, esse «furono "effettive" – e cioè efficaci in fatto – e ciò non solo perché la loro vigenza era assicurata con la forza, ma anche perché milioni di persone, bene o male, in esse hanno creduto». In senso adesivo, cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1914), trad. it., *La dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, spec. 108. Invece, *contra*, v., tra gli altri, perlomeno nella dottrina italiana, G. FERRARA, *Costituzione e revisione costituzionale nell'era della mondializzazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. II, Padova, Cedam, 1998, 211-297, spec. 245; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1994, 72 ss.

¹² Cfr. A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, cit., spec. 895. Per quanto riguarda l'accezione assiologica del costituzionalismo v. G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Bari, Laterza, 1959, 167 ss., nonché N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., spec. 1039 ss. e 1059; ID., *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992, 521 ss. e 534 ss., dove si sottolinea che il costituzionalismo «non è, oggi, un termine neutro per un uso meramente descrittivo, dato che nel suo significato ingloba il valore che era un tempo implicito nelle parole "costituzione" e "costituzionale" (un complesso di concezioni politiche e di valori morali), cercando di sceverare quelle che furono le soluzioni contingenti [...] da quelli che

ne di “Stato costituzionale”, ossia di quello Stato che mira alla realizzazione, tra gli altri, dei principi del costituzionalismo liberale e garantista¹³.

A tal proposito si potrebbe pensare ad una doppia visione del costituzionalismo – particolare e generale – legata al modo di intendere la relazione tra questo e le costituzioni, nel primo caso focalizzandosi sulla rilevanza dei principi di una certa costituzione, mentre nel secondo enfatizzando una visione generale per cui tutte le costituzioni, in quanto tali, sarebbero di notevole importanza¹⁴.

Così, se nella prima accezione il costituzionalismo coglierebbe le singole peculiarità di un certo ordinamento giuridico¹⁵, il secondo approccio tenderebbe alla ricerca di un comune denominatore tra le varie forme di costituzionalismo, il che riporta alla sua definizione “classica” di difesa del “governo costituzionale”, ossia di un «*government channeled through and limited by a constitution*»¹⁶.

Da questo punto di vista, sarebbe improprio tanto limitare il costituzionalismo ad una difesa fideistica di una particolare costituzione, quanto vedere in esso una generale esaltazione di tutte le costituzioni nel loro genere, laddove, invece, sarebbe più opportuno mantenere tale concetto

sono i suoi caratteri permanenti». In senso contrario, G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, spec. x, il quale ritiene non più indiscutibile il carattere prescrittivo del costituzionalismo.

¹³Sullo “Stato costituzionale” v., *ex multis*, P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2005, nonché G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 39 ss.

¹⁴Cfr. J. WALDRON, *Constitutionalism: A Skeptical View*, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, NYU School of Law, Working Paper no. 10-87, 2012, spec. 4 ss. Inoltre, sempre secondo l’A., il costituzionalismo non sarebbe un “-ismo”, ma nemmeno un’ideologia sostenuta da una «*inherent hostility to democracy*», quanto piuttosto sarebbe da concepire come derivato di un certo scetticismo razionale che, sulla base di valori e principi come il pluralismo dei poteri e dei diritti, non nasconde gli elementi critici e relativizza, sulla base di quelli, tutti gli “-ismi”. In questo senso cfr. J. LUTHER, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, in *Diritto e questioni pubbliche*, vol. 16, 2/2016, 225-248, spec. 227 ss.

¹⁵Ad esempio la forte sovranità parlamentare presente nel costituzionalismo britannico o la limitazione del potere legislativo da parte dell’autorità giudiziaria del costituzionalismo statunitense, elementi cui fa riferimento A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915), trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2003, laddove evidenzia come «[l]o scopo degli statisti australiani è stato la riunione nella costituzione [...] di idee prese in prestito dal costituzionalismo federativo e repubblicano degli Stati Uniti [...] e di idee derivanti dal costituzionalismo unitario e monarchico d’Inghilterra».

¹⁶R. SCRUTON, *A Dictionary of Political Thought*, London, Macmillan, 1982, 94.

aperto ad una molteplicità di interpretazioni, abbandonando l'idea di una «nozione universale ed uniforme» così da non limitare il pluralismo delle diverse culture costituzionali¹⁷.

Ma, per altro verso, ci si dovrebbe orientare nella direzione di un costituzionalismo che, pur affondando le radici nell'idea di limitazione del potere politico¹⁸, non si limiti ad essere né puramente idealistico, né ricondotto, in maniera esclusiva, ad un preciso momento storico quale quello dei primi processi costituenti¹⁹.

Pertanto, esso dovrebbe essere un concetto teorico aperto che, pur partendo da quei presupposti teorici comuni, possa evolversi tenendo conto delle peculiarità dei vari ordinamenti giuridici (nonché dei diversi contesti politico-culturali), come storicamente risulta evidente dalle varie declinazioni assunte dal costituzionalismo²⁰, con un superamento della piuttosto nota ripartizione tra costituzionalismo “moderno” e “antico”, la quale viene integrata e ampliata da forme “premoderne” e “postmoderne”²¹.

¹⁷ Cfr. J. LUTHER, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, cit., spec. 227.

¹⁸ Tuttavia si condivide la posizione di chi ritiene che il costituzionalismo non sia soltanto una teoria della limitazione del potere ma anche della sua legittimazione; sul punto cfr. L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, Jovene, 2007, spec. xiii ss.; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124-188, spec. 131 ss.; P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, Giappichelli, 2005, 293 ss., spec. 295-296 secondo cui «limitazione e legittimazione del potere risultano, nell'ideologia del costituzionalismo, aspetti complementari e strettamente collegati piuttosto che in un antagonismo dialettico», tanto che, specialmente in alcuni contesti, «la tematica del *Konstitutionalismus* evoca essenzialmente questioni relative alla legittimazione e all'allocazione del potere sovrano». Più di recente v. anche G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

¹⁹ Cfr. J. LUTHER, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, cit., spec. 227, il quale inoltre richiama, tra gli altri, M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, 40 ss.; P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, cit., 293 ss.

²⁰ Per una panoramica sulle tipologie di costituzionalismi che si possono individuare v., in modo particolare, M. TUSHNET, *Varieties of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, 1/2016, 1-5. L'A., riprendendo l'idea dell'«*adjectival constitutionalism*», propone una tassonomia dei costituzionalismi volta a ricomprendere non solo quello liberale classico, ma anche le varianti di questo (come il costituzionalismo politico o quello giudiziario), ovvero le sue evoluzioni territoriali e regionali (per esempio il costituzionalismo latino-americano o quello dell'estremo oriente).

²¹ Cfr. J. LUTHER, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, cit., spec. 229. Sulla distin-

Da ciò, però, non deriva inevitabilmente che le diverse concezioni di costituzionalismo non abbiano una matrice condivisa, la quale potrebbe individuarsi, in una versione più classica, nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²², ovvero, in una variante più accademicamente congegnata, nella triplice caratterizzazione di questo, avanzata dalla rivista *Global Constitutionalism*, che vede al centro i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto²³.

Pertanto, essendosi l'identità del costituzionalismo definita nel corso della storia dell'età moderna come «scienza della fondazione e scienza della limitazione del potere legittimo», lo sguardo non può che essere rivolto in questa direzione²⁴, ossia al recupero del modello dell'art. 16 della Dichiarazione francese del 1789, fundamentalmente orientato alla limitazione funzionale e strutturale del potere politico e alla garanzia dei diritti fondamentali – altrimenti si corre il rischio di perdere di vista la vera natura del costituzionalismo²⁵ – al quale andrebbero aggiunti, in

zione tra “antico” e “moderno” v. il noto, e già citato, studio di C.H. McILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit. Inoltre v. il rimando a M. HEINS, M.H. REDISH, *Premodern Constitutionalism*, in *William & Mary Law Review*, vol. 57, 5/2015, 1825-1912 sulle forme “premoderne”, nonché a J.M. BALKIN, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, in *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992, 1966-1990 per quelle “postmoderne”. Tra queste ultime vi rientrerebbero quelle di costituzionalismo “autoritario” individuate da M. TUSHNET, *Authoritarian Constitutionalism*, in *Cornell Law Review*, vol. 100, 2/2015, 391-462 (tra cui “absolutist”, “mere rule-of law” e “authoritarian”), nonché quelle più genericamente illiberali (“communitarian”, “societal” e finanche “theocratic constitutionalism”) riconosciute da L.-A. THIO, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., 133-153.

²² «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution», ossia «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione», trad. it. presente in C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo: idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 212.

²³ Cfr. J. LUTHER, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, cit., spec. 227. Inoltre, nel primo editoriale “programmatico” della rivista *Global Constitutionalism* sono stati richiamati questi caratteri per identificare il costituzionalismo come «academic artefact» (v. M. KUMM, A.F. LANG, M. POIARES MADURO, J. TULLY, A. WIENER, *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, in *Global Constitutionalism*, vol. 1, 1/2012, 1-15).

²⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., spec. xi; sui caratteri posti a fondamento del moderno costituzionalismo v. ID., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 303 ss.

²⁵ Cfr. R.M. VAN MALE, *Constitutionalism in the Netherlands*, in AA.VV., *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, The Hague, T.M.C. Asser

termini sostanziali (quindi più ampi) la democrazia e il principio di legalità²⁶.

2. La globalizzazione sotto la lente del giurista: aspetti definitivi e notazioni iniziali

Procedendo oltre, si tratta ora di chiarire l'altro termine oggetto della nostra indagine. Benché generalmente si tenda a concordare sull'individuazione delle principali cause della globalizzazione²⁷ contemporanea – ravvisabili nel mercato globale, nell'emigrazione e immigrazione, nonché nel multiculturalismo²⁸ – sulla definizione del fenomeno non vi sono posizioni “univoche”²⁹.

Institut, 1990, 349-361, spec. 349, dove l'A. sostiene che «*the broad and perhaps somewhat vague concept of constitutionalism presents one essential feature: limitation on government by law*».

In generale sulla globalizzazione esiste una letteratura sconfinata e multidisciplinare, di cui v., tra gli altri, S. LATOUCHE, *L'Occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire* (1989), trad. it., *L'occidentalizzazione del mondo: saggio sul significato, la portata e i limiti dell'uniformazione planetaria*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992; G. LAFAY, *Comprendre la mondialisation* (1996), trad. it., *Capire la globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 1998; S. STRANGE, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy* (1996), trad. it., *Chi governa l'economia mondiale? Crisi dello stato e dispersione del potere*, Bologna, Il Mulino, 1998; U. BECK, *Was ist Globalisierung?* (1997), trad. it., *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999; M. HARDT, A. NEGRI, *Impero: il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, Rizzoli, 2002; A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, trad. it., Milano, Mondadori, 2002; J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents*, trad. it., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2003; Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences* (1998), trad. it., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, 2010, spec. 3 ss.

²⁶ Cfr. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., 4 ss., il quale indica come rilevanti la laicità dello Stato, lo status di cittadinanza uguale per tutti, la tutela delle minoranze all'interno del principio di maggioranza. V., inoltre, H. DIPPEL, *Modern Constitutionalism. An Introduction to a History in the Need of Writing*, in *The Legal History Review*, vol. 73, 1-2/2005, 153-170, il quale individua dieci principi fondamentali del costituzionalismo, tra cui spiccano la sovranità popolare, il riconoscimento di principi universali e diritti umani fondamentali, il governo limitato, la separazione dei poteri e l'indipendenza del giudice.

²⁷ Il lemma è da molti attribuito a T. LEVITT, *The Globalization of Markets*, in *Harvard Business Review*, 1983, 92-102.

²⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, cit., spec. 146.

²⁹ Cfr. P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 11-42, spec. 11-13. Per una disamina su problemi e temi della globaliz-

Tale incertezza definitoria sarebbe ben presente³⁰ nelle pagine iniziali di un notissimo saggio di Maria Rosaria Ferrarese³¹, in cui l'Autrice sintetizza le principali proposte definitorie di globalizzazione, ponendosi, fin da subito, in maniera critica rispetto ad un'interpretazione principalmente "evolutiva" del fenomeno – riferibile, tra gli altri, in modo particolare a Giddens³² – e, invece, favorevole ad un'interpretazione "rivoluzionaria".

Così vi sarebbe, da un lato, l'idea secondo la quale l'essenza stessa del fenomeno globalizzazione risiede nel superamento di quelle barriere spazio-temporali che impedivano una conoscibilità immediata dei vari accadimenti (in particolare politici ed economici) che avevano luogo in ogni parte del mondo, sebbene ciò avvenga in un contesto generale in cui l'assetto della struttura e del ruolo degli Stati e delle altre istituzioni pubbliche conserva – in maniera sostanzialmente immutata – il proprio ruolo fondamentale. Dall'altro lato, invece, si troverebbe l'idea che la globalizzazione abbia determinato una sostanziale discontinuità con il passato³³, ridefinendo i rapporti tra il potere pubblico dello Stato e quel-

zazione v. almeno, *ex multis*, O. OLSTEIN, *Le molteplici origini della globalizzazione. Un dibattito storiografico*, in *Contemporanea*, 3/2006, 403-422.

³⁰ Lo osserva P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, cit., spec. 11-12.

³¹ Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000, spec. 11 ss., là dove l'A. presenta una doppia interpretazione della globalizzazione come evoluzione o come rivoluzione, sintetizzando i contributi dottrinali sull'uno e sull'altro versante. Il tema è ripreso, poi, dall'A. anche nel successivo saggio *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

³² Cfr. A. GIDDENS, *The Consequences of Modernity* (1991), trad. it., *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, Il Mulino, 1994, spec. 91 ss., il quale, sebbene colga elementi di novità nei fenomeni presi in considerazione, tende tuttavia ad interpretarli come un portato della modernità che avanza, senza mettere in luce nessuna particolare alterazione del ruolo degli Stati-nazione. La critica di M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., spec. 11 ss., di conseguenza, è netta: sulla base, tra gli altri, del lavoro di S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, cit., si giunge a sostenere che i riflessi della globalizzazione sarebbero più rilevanti sia in campo economico, che soprattutto su quello delle istituzioni politiche, quest'ultime in via di profondi mutamenti specialmente a causa dei processi che si determinano nell'ambito dell'economia globalizzata.

³³ Benché l'attuale globalizzazione abbia dei precedenti, ciò che risulta inedito è la straordinaria combinazione di globalizzazioni diverse, come quelle della finanza, del commercio o della comunicazione, ciascuna delle quali ha vissuto, fino ad un certo punto, una propria storia. Sul punto cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 43-82, spec. 44, il quale inoltre ricostruisce brevemente le principali tappe della storia della globalizzazione. Esclu-

lo economico dei mercati, con conseguenze piuttosto significative circa un (ormai) «necessario ripensamento delle categorie giuridiche che una lunga tradizione ha associato allo Stato-nazione»³⁴.

Si è poc'anzi affermato che della globalizzazione sono state formulate molteplici definizioni, tuttavia, tra questa ampia varietà, ve ne sono alcune che, da un punto di vista giuridico, risultano particolarmente significative ai fini della nostra trattazione; benché come giuristi si preferisca «lavorare con concetti chiari, piuttosto che andare a tentoni nella nebbia»³⁵, non ci si può sottrarre al compito di adeguare i nostri strumenti alle nuove condizioni in cui il diritto è chiamato a operare.

dendo la globalizzazione indotta dalle scoperte geografiche del XV secolo, la cronologia delle globalizzazioni prende normalmente le mosse tra il 1870 e il 1914; il principale riferimento teorico può essere individuato nello studio di D. RICARDO, *On the Principles of Political Economy and Taxation* (1917), trad. it., *Sui principi dell'economia politica e della tassazione*, Milano, Isedi, 1976, nel quale venne enunciata la teoria dei «vantaggi comparati» in tema di libero scambio. Questa prima stagione di liberalizzazione commerciale si interruppe con la Prima Guerra mondiale e in seguito non si ritrovò la precedente apertura internazionale (v. J.M. KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace* (1919), trad. it., *Le conseguenze economiche della pace*, Milano, Adelphi, 2007, il quale anticipò gli effetti devastanti che sarebbero occorsi a seguito del rigore adottato dai vincitori a Versailles nei riguardi della Germania); dopo la Seconda Guerra mondiale l'atteggiamento dei vincitori fu diverso, dal momento che a Bretton Woods fu definito un nuovo ordine mondiale legato al dollaro e propizio ad una seconda grande liberalizzazione economica. Successivamente, a partire dagli anni '70 si assistette ad un'apertura crescente alla circolazione delle merci e dei capitali (terza grande globalizzazione) che finirà per esautorare il ruolo degli Stati, come concepito dalla teoria economica keynesiana. Infine il nuovo millennio, il quale si apre con la crisi borsistica negli Stati Uniti del 2001, mentre a partire dal 2008 la globalizzazione economica comporterà anche la diffusione globale della seconda grande crisi di inizio secolo caratterizzata da recessione e decadenza del debito sovrano. Per una storia del pensiero giuridico attraverso le «tre globalizzazioni» v. D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. TRUBEK, A. SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 19-73.

³⁴ Cfr. P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, cit., 12, secondo cui non mancherebbero, poi, anche posizioni intermedie – come, ad esempio, quella di Gunther Teubner – che colgono nel fenomeno della globalizzazione sia i profili di continuità, che i profili di rottura rispetto all'esperienza costituzionale del secondo dopoguerra. Sul punto v. G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni negli spazi sociali transnazionali*, in G. BARCELLONA, R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna, Kore University Press, 2012, 65-84.

³⁵ E. DENNINGER, *L'impatto della globalizzazione sulle democrazie contemporanee*, in AA.VV., *Libertà e sicurezza nelle democrazie contemporanee*, Atti del XVIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Bari 17-18 ottobre 2003, Padova, Cedam, 2008, 5-21, spec. 7.

Per quanto riguarda la scienza costituzionale la globalizzazione può essere in certo modo definita come la condizione in base alla quale eventi lontani determinano conseguenze sulla tutela locale dei “beni costituzionali”, dove per “lontani” si intendono oltre il confine di validità ed efficacia della Costituzione, e quindi esclusi dal raggio d’azione dei poteri regolatori a disposizione delle società che subiscono tali eventi, con ciò determinandosi un’importante conseguenza, ossia che la sovranità è cambiata in dipendenza o interdipendenza (*v. infra*)³⁶.

Un’altra definizione, invece, è quella che identifica la globalizzazione con un effettivo «vuoto di diritto pubblico internazionale» e in base alla quale essa verrebbe a coincidere con l’assenza di istituzioni e di norme adatte alle nuove – e sempre più crescenti – interdipendenze globali, nonché idonee a disciplinare tanto il potere politico degli Stati, quanto i grandi poteri economici transnazionali che, sottrattisi al ruolo regolativo statale, si sono tramutati «in poteri sregolati e selvaggi, all’insegna della legge del più forte»³⁷.

Pertanto la globalizzazione avrebbe determinato il venir meno di taluni rilevanti aspetti della sovranità statale senza che questo sia stato (almeno per ora ovvero in maniera adeguata) bilanciato in modo tale da potersi giungere a dominare dinamiche che, ponendosi in una posizione mediana tra diritto nazionale e diritto internazionale, risultano governate da regole non tanto determinate da un’autorità politica superiore, quanto direttamente riconducibili alle condotte dei nuovi soggetti globali³⁸.

³⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, spec. 392, secondo il quale, appunto, «atti e accadimenti di natura politica, culturale, economica e tecnologica, ambientate in altre parti del mondo risuonano direttamente nel patrimonio dei beni costituzionali locali». Analogamente anche A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, cit., spec. 71.

³⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, in E. PACIOTTI (a cura di), *Diritti umani e costituzionalismo globale*, cit., 211-220, spec. 213; nonché ID., *Effettività primaria e effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell’effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, 129-158, spec. 141 ss.

³⁸ Cfr. P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, cit., spec. 13, il quale menziona, tra gli altri, le agenzie di rating, le società multinazionali, i grandi investitori finanziari o le organizzazioni non governative.