

Preistoria costituzionale e svolta cosmopolitica

RONALD CAR

I rapporti di produzione borghese sono l'ultima forma antagonista del processo di produzione sociale; antagonista non nel senso di un antagonismo individuale, ma di un antagonismo che sorge dalle condizioni di vita sociali degli individui. [...] Con questa formazione sociale si chiude dunque la preistoria della società umana.

K. Marx, *Per la critica dell'Economia Politica*, 1859, prefazione.

Introduzione

Nel 2016, mi presentai al direttore del "Center for Global Constitutionalism" di Berlino Matthias Kumm come uno studioso di storia costituzionale. Dissi che mi interessavo al costituzionalismo globale poiché vedo in esso la pagina più recente della sua storia. Kumm mi ribatté – con grande convinzione – che ciò che abbiamo visto finora non era che la preistoria costituzionale: spetterà al costituzionalismo globale, disse, scrivere la prima pagina della vera storia. Gli feci notare che le sue parole ricordano

le speranze di Marx nel socialismo quale vero inizio della storia dell'umanità, al che concordammo che il parallelo non era dei più beneauguranti.

Riflettendo sul ventennale del nostro giornale dedicato alla storia costituzionale, una catena di associazioni mi ha riportato a mente questo breve scambio di battute con l'autore della "svolta cosmopolitica" nella teoria costituzionale¹. A dire di Kumm, solo una nuova prospettiva cosmopolitica potrà chiudere la preistoria del costituzionalismo – un'epoca in cui, per definizione, gli esseri umani faticano ad improntare i rapporti reciproci alla ragione.

La storia etimologica del termine "preistoria" inizia nel 1836 con un articolo della «Foreign Quarterly Review» dedicato agli antenati illetterati degli antichi romani². Quando nel 1859 il termine appare nell'introduzione alla *Critica dell'Economia Politica* di Marx, il significato di "preistoria" e "mente preistorica" si è oramai ampiamente consolidato. Non è un caso se Marx vi ricorra per stigmatizzare la società bor-

ghese quale impedimento per il pieno sviluppo delle potenzialità umane: estrapolato dal linguaggio dell'archeologia vittoriana, il termine rispecchia l'impostazione progressivista dell'epoca riassumendo in sé le dicotomie preistorico/moderno o selvaggio/civilizzato che denotano l'avanzamento o la regressione di una società.

Nel discorso di Marx la regressione preistorica si manifesta nell'antagonismo della società borghese che impedisce la socializzazione degli individui. L'antagonismo è causato dalla contraddizione interna alla società borghese, che contrappone il carattere sempre più sociale della produzione alla concentrazione della proprietà sui mezzi di produzione in mani private. Tale contraddizione, sosteneva il padre del socialismo scientifico, non è una condanna per l'eternità: la "mente preistorica" può essere superata, poiché è l'uomo che fa la sua storia. Come asserì nei *Grundrisse*, «nell'atto della riproduzione stessa non si modificano solo le condizioni oggettive [...] ma si modificano anche i produttori in quanto estrinsecano nuove qualità, sviluppano e trasformano sé stessi attraverso la produzione, creano nuove forze e nuove concezioni, nuovi tipi di relazioni, nuovi bisogni ed un nuovo linguaggio»³.

Parimenti per Kumm, la storia dei costituzionalismi nazionali andrebbe stigmatizzata come mera preistoria. Ricalcando la similitudine con le riflessioni di Marx, si potrebbe dire che per Kumm l'antagonismo da superare derivi dalla insoluta contraddizione tra il carattere universale dei principi costituzionali (democrazia, stato di diritto, diritti fondamentali) e la loro declinazione nazionale. Ahinoi, si tratta proprio di quelle storie nazionali che il nostro «Giornale di Storia costituzionale» indaga da due

decenni, con l'ambizione di ricostruirne il mutare delle concezioni, delle interrelazioni e dei linguaggi.

La forza dell'argomento cosmopolitico è fuori discussione: è innegabile che, con buona pace delle dichiarazioni che riconoscono l'uguaglianza e l'inalienabilità dei diritti di tutti gli esseri umani, le costituzioni si rivolgono solo ai propri cittadini, dando alla cittadinanza il significato di una «discriminazione legalizzata»⁴ soggetta alla «lotteria della nascita»⁵. Le conseguenze effettivamente ricordano le parole di Marx: i principi costituzionali devono piegarsi agli antagonismi che sorgono dai rapporti di forza tra e all'interno degli stati sovrani; lo stesso termine 'sovranità' evoca una legittimità di tipo auto-referenziale che poco si cura della necessità di integrarsi con il mondo esterno. Al carattere sempre più trans-nazionale della vita sociale si contrappone la concentrazione dei diritti costituzionalmente sanciti nelle mani dei sovrani nazionali. Se non ci impegniamo a sviluppare concezioni nuove che rispondano a tali obiezioni non ci sarà possibile superare gli antagonismi che crea questo costituzionalismo "preistorico"; antagonismi che Kumm definisce come «justice-sensitive externalities»⁶.

Bisogna riconoscere che i padri nobili del costituzionalismo moderno non si preoccupavano particolarmente di distinguere le *justice-sensitive externalities* da altri abusi di potere. Per il liberale James Madison il punto è semplicemente che «se gli uomini fossero angeli nessun governo sarebbe necessario...». Parimenti per il più democratico Thomas Paine: «i governi sono il segno della perdita dell'innocenza... Se gli impulsi della coscienza fossero chiari, uniformi e obbediti senza resistenza, l'uomo

non avrebbe bisogno di alcun altro legislatore; ma non essendo questo il caso...»⁷. La vacillante coscienza umana va quindi irretita da un sistema di regole costituzionali. Ma allora, sostiene Kumm, il medesimo argomento che a livello statale impone ai cittadini il dovere di rinunciare alla propria libertà in favore di «un'autorità costituzionale in grado di fornire procedure adeguatamente imparziali e partecipative per risolvere i disaccordi», dovrebbe essere riconosciuto anche nelle relazioni tra gli stati⁸. Eppure così non è, e ciò a causa di «una interpretazione fuorviante della tradizione costituzionale»⁹.

Al di là della battuta estemporanea sulla preistoria, questo argomento di Kumm sul modo di intendere la storia costituzionale va vagliato con attenzione. Proviamo ad interrogarci se – o fino a che punto – l'oggetto a cui da vent'anni la nostra rivista sta cercando di contribuire rischia di essere declassato a livello di una scompaginata preistoria del costituzionalismo. In altre parole, se veramente la "mente preistorica", con il suo carico di mistificazioni e prevaricazioni, mantiene nella storia e storiografia costituzionale un ruolo ben più centrale di quanto ci piaccia pensare?

1. *Uscire dalla caverna dello "statalismo democratico"*

Siamo dunque noi storici del costituzionalismo moderno e contemporaneo paragonabili a degli ostaggi della "mente preistorica"? A detta di Kumm evidentemente sì: non siamo consci dell'incongruenza del costituzionalismo nazionale, in primo luogo perché confidiamo nelle narrazioni

mistificatorie sul "momento costituente". Nell'opera collettanea del 2010 *The twilight of constitutionalism?* Kumm descrisse l'atteggiamento generale nei confronti della tradizione del costituzionalismo moderno come un oscillare tra il «trionfalismo» e la «nostalgia»¹⁰. Trionfalismo, per il presunto raggiungimento di una serie di traguardi: in primo luogo la diffusione globale degli ideali del costituzionalismo liberaldemocratico con la fine della Guerra Fredda, in secondo luogo la loro affermazione anche a livello sovra-nazionale, come nel caso dell'Unione Europea. Nostalgia, che invece si sostituisce ai toni trionfalistici man-mano che prendiamo atto come la globalizzazione stia progressivamente erodendo l'efficacia e svuotando di significato le gloriose costituzioni nazionali e come il costituzionalismo sovra-nazionale dell'UE sia cedevole di fronte alle incursioni della democrazia populista.

In realtà, ammonisce Kumm, ambedue atteggiamenti sono fuori luogo: è piuttosto inutile nutrire rimpianti nostalgici per il tramonto del «migliore dei tempi» nella storia del costituzionalismo democratico, né tantomeno dobbiamo temere l'avanzare del «peggiore dei tempi». Invece di narrare la storia del costituzionalismo moderno come di un'epoca d'oro, gli ultimi due secoli vanno intesi come i tempi dell'esclusivismo nazionale e dell'antagonismo tra ordinamenti sovrani. Finché obbediranno ad un paradigma che Kumm definisce «statalismo democratico»¹¹, gli ordinamenti nazionali saranno d'ostacolo al vero dispiegarsi dei principi costituzionali.

Dalle parole di Kumm si potrebbe dedurre che oggi il paradigma dello statalismo democratico costituisce un eclatante esempio di 'dipendenza dal percorso' – *path*

dependence – cara alla scuola di neo-istituzionalismo storico. Non è fuori luogo sostenere che lo statalismo democratico fu indispensabile al momento della nascita del costituzionalismo moderno, poiché svolgeva la funzione essenziale di connettere – da un lato – gli ideali di libertà e uguaglianza delle rivoluzioni americana e francese e – dall’altro lato – le preesistenti concezioni sullo stato e sulla sovranità. Passato il momento critico, questa congiunzione si era radicata così solidamente nelle fondamenta teoriche del costituzionalismo moderno da assumere un significato deterministico; detto altrimenti, faticiamo ad immaginare un costituzionalismo privo di limiti nazionali.

Lo statalismo democratico, precisa Kumm, si è andato strutturando attorno a tre pilastri che si sostengono a vicenda: una costituzione scritta in cui sono codificate le leggi supreme dello stato sovrano; l’idea del potere costituente che a tale costituzione scritta attribuisce la necessaria *auctoritas*; ed infine una comunità politica che, in virtù della propria vitalità democratica, può evocare in maniera plausibile l’immagine del potere costituente. Si costituisce così un nesso tra il dato sociologico (la vita democratica) e il dato giuridico (la gerarchia delle fonti del diritto e quindi l’esistenza di una *higher law*).

Tale nesso, sostiene la dottrina del costituzionalismo nazionale, non può oltrepassare i confini dello stato nazionale, pena la perdita di verosimiglianza della vita democratica e quindi dell’immagine del potere costituente. Essendo le frontiere nazionali intrinseche al paradigma dello statalismo democratico, oggi temiamo che indebolendole, stiamo dilapidando il lascito ideale sia delle rivoluzioni democratiche

sia della legge e dell’ordine dello stato sovrano.

Con l’avanzare della globalizzazione stiamo verificando nella prassi quotidiana come il nostro cieco aderire al paradigma dello statalismo democratico ci stia spingendo verso un *cul-de-sac*. L’estensione dei rapporti economico-sociali oltre le frontiere nazionali sta rivelando la crescente inefficacia (e quindi inutilità) del sovrano nazionale nel garantire una pur residuale forma di controllo sociale. Pressati dall’evidenza, siamo diventati più disposti a prendere in considerazione l’argomento-shock avanzato da Kumm: che il fondamento ideale dello statalismo democratico – il famoso *We the People* – ci è sempre apparso «oscuro e non plausibile»¹².

A livello logico, il paradosso insito nell’atto performativo *We the People* è piuttosto palese: come può il popolo dare vita alla costituzione dichiarando la propria volontà, e con lo stesso atto diventare popolo in virtù di tale costituzione?¹³ La forma che assume il *demos* – quindi la questione essenziale su chi è dentro e chi è fuori di un ordinamento costituzionale democratico – dipende da una decisione originaria che però non può essere democratica, per l’impossibilità logica di decidere democraticamente chi è legittimato a decidere. Come è stato giustamente affermato, «è semplicemente incoerente costituire l’elettorato tramite il voto di elettori che saranno legittimati a decidere proprio in virtù di quello stesso voto»¹⁴. Il momento costituente, va ammesso, assomiglia ai mitici racconti di genesi che per mantenere l’efficacia narrativa devono essere schermati da ogni vaglio critico.

Inoltre, questa inconsistenza logica ci ricorda come il paradigma dello statalismo



Thomas Paine costringe la costituzione britannica al rispetto dei diritti dell'uomo nella caricatura di James Gillray, Fashion before Ease; —or.— A good Constitution sacrificed for a Fantastick Form, 1793

democratico ci induca ad associare fino a confonderli il potere costituente e la sovranità. Invece è di fondamentale importanza mantenere i due attentamente distinti per non ridurre la costituzione alla "decisione sovrana" di Schmitt. Come è stato recentemente sostenuto, la sovranità indica la capacità di trasformare ogni atto di volontà in legge, indifferentemente dal contenuto; il potere costituente invece, può produrre solo una costituzione, cioè solo un ordinamento rispettoso dei criteri del costituzionalismo¹⁵.

A livello storico poi, in molti casi i momenti costituenti hanno avuto delle credenziali democratiche assai dubbie (come anche la nostra rivista ha contribuito a dimostrare). Possiamo forse affermare che la Federazione degli Stati Uniti d'America si era costituita seguendo una procedura che corrisponde a quanto oggi intendiamo per volontà popolare, nonostante circa quattro quinti della sua popolazione furono esclusi dal *demos* (donne, nativi americani, neri – indifferentemente se schiavi o liberi, e maschi bianchi privi di proprietà o che non parlavano inglese¹⁶)?

Inoltre, il "momento costituente" degli Stati Uniti è avvenuto più di due secoli fa. Oggi il significato delle decisioni adottate non si può certo dire chiaro e indubbio. Il contenuto della *higher law* piuttosto dipende dalle alterne fortune nella lotta secolare tra le contrapposte dottrine interpretative, al punto che la storia costituzionale statunitense sembra in buona parte una cronaca delle dispute alla Corte Suprema tra i fautori dell'"originalismo" e quelli della "costituzione vivente"¹⁷. Nell'efficace sintesi di Bruce Ackerman, l'autorità della costituzione statunitense appare scissa tra due «mezze verità»: quella originalista, iden-

tificata con il giudice «Hugo Black, che celebra il principio della sovranità popolare, ma trivializza le conquiste recenti del popolo americano», e quella del giudice «Oliver Wendell Holmes, che riconosce che la costituzione vivente è andata ben oltre il momento fondativo, ma trivializza il principio di sovranità popolare»¹⁸.

La centralità del conflitto sul metodo interpretativo nel costituzionalismo statunitense evidenzia una questione più generale: il perdurare della lotta politico-ideologica tra i sostenitori del *demos* e i custodi della tradizione – lotta esplosa con le rivoluzioni democratiche di fine Settecento e da allora mai sopita. La *Great debate* tra Thomas Paine ed Edmund Burke del 1791 verteva proprio sul valore legittimatorio della "sanzione dei tempi immemori"¹⁹.

La tradizione – affermò Paine nei *Diritti dell'uomo* – non fu creata da secoli di giudizioso e prudente governo come assicurava Burke, bensì da secoli di pregiudizi e sopraffazioni, incertezze e confusioni. Ma poiché la volontà dei morti non ha alcun titolo da esibire per vincolare il consenso dei vivi, siamo liberi di disfarcene: «Da cosa o da dove il signor Burke deriva il diritto di qualsiasi potere umano di vincolare i posteri per sempre?»²⁰. Possiamo sostenere – come recita la *Dichiarazione di indipendenza* – che «tutti gli uomini nascono uguali» solo se accettiamo l'idea che alla nascita non siamo segnati da alcun vincolo né privilegio ereditato dalle precedenti generazioni; nelle parole di Paine, «ogni bambino che viene al mondo deve essere considerato come se derivasse la propria esistenza da Dio. Il mondo gli è nuovo come lo era per il primo uomo che mai ci fu ed egli ha gli stessi diritti naturali che questi aveva allora»²¹. Tuttavia, i diritti di chi oggi nasce

sul suolo degli Stati Uniti sembrerebbero determinati dalle decisioni prese nel 1787 in nome del *We the People*. Eppure i custodi della costituzione non riescono a trovare un modo indubbio di intendere il significato odierno di tale *higher law*, ma sono scissi tra due "mezze verità".

L'altro sistema costituzionale che oggi, al pari di quello statunitense, annoveriamo tra i più prestigiosi è la Legge Fondamentale tedesca. Sia la procedura con cui fu adottata nel 1949 sia il fatto che non fu ridiscussa al momento della riunificazione nel 1990, indicano – afferma giustamente Kumm – che sarebbe «altamente artificioso localizzare l'autorità della costituzione tedesca in un atto costitutivo originario»²². Ciò è riconosciuto esplicitamente nella carta, che si chiude affermando all'articolo 146 che «La presente Legge fondamentale cesserà di aver vigore il giorno in cui subentrerà una Costituzione approvata con libera deliberazione dal popolo tedesco». Il nesso tra l'autorevolezza della Legge Fondamentale e il *We the People* è qui reciso in modo esplicito.

Ma l'aspetto dello statalismo democratico che più di ogni altro costituisce agli occhi di Kumm un peccato capitale è il suo ancoraggio nel nazionalismo ottocentesco. In modo del tutto aprioristico (come usava l'Ottocento europeo ai tempi delle "primavere delle nazioni") il paradigma statalista sostiene che non vi può essere alcun tipo di comunità capace di un genuino auto-governo democratico all'infuori della nazione²³. Per di più, questo ancoramento del potere costituente nella volontà della nazione si confonde, come già detto, con la questione della sovranità, intesa come capacità illimitata di tradurre volontà in legge. Il risultato è la convinzione che la nazione ha il diritto di decidere da sola (e di codificare tale de-

cisione nella propria costituzione) in che modo intende concepire i rapporti con il mondo oltre le proprie frontiere, ossia con le altre nazioni e con la comunità internazionale. Ciò dimostra, afferma Kumm, che «a livello della sua struttura profonda, lo statalismo democratico non è solo volontaristico/positivistico, ma anche nazionalistico»²⁴.

Una volta appurata la inconsistenza normativa, storica e ideologica dello statalismo democratico, Kumm ci fa voltare lo sguardo verso l'uscita dalla caverna della preistoria. Apprendiamo abbagliati che «non vi è alcuna procedura che in sé e per sé sia necessaria o sufficiente per fondare l'autorità legittima della costituzione»²⁵. Il passo successivo per uscire alla luce consiste nel cessare di pensare alla legittimità costituzionale in termini volontaristici. Concretamente, non possiamo più nasconderci dietro l'immagine di un soggetto unitario etico-politico (la nazione o il popolo) insignito del potere costituente, che si dà una costituzione esprimendo la propria volontà in un momento storico di particolare significato, secondo una determinata procedura.

Fintanto che ci affidiamo a tale immagine, i valori fondanti del costituzionalismo – la democrazia, lo stato di diritto e i diritti umani – avranno nel processo costituente un ruolo puramente contingente. L'unico elemento veramente necessario sarà invece rappresentato da questa fittizia espressione di volontà del *pouvoir constituant*. «Il profondo coinvolgimento strutturale» del paradigma dello statalismo democratico è incentrato sull'esistenza di «una genuina comunità politica, non sulla democrazia»²⁶. Pertanto, ciò a cui mira ogni legislatore costituzionale è di affermare in modo plausibile il proprio legame con tale "genuina"

comunità politica. Ottenuto lo scopo, il legislatore costituzionale diventa sovranamente libero di scegliere quale livello di democrazia intende dare alla nascente forma di governo, se e quali diritti umani vuole rispettare e come desidera rapportarsi con la comunità internazionale²⁷.

Per inaugurare invece l'era della vera storia costituzionale dobbiamo, secondo Kumm, in primo luogo rivedere cosa vada inteso come contenuto della *higher law*. Questa deve contenere solo «ciò che può essere concepito da coloro a cui essa si rivolge come il risultato di una deliberazione collettiva di individui liberi e uguali»²⁸. In altre parole, non importa né con quale procedura legale o politica né in nome di chi viene istituita una costituzione. La sua legittimità dipende dal fatto che il *demos* possa riconoscere nel suo contenuto una *higher law*, ossia quel tipo di norme a cui potrebbero acconsentire degli individui liberi ed uguali. Un testo costituzionale non acquista autorevolezza invocando formule magiche o entità metafisiche, ma solo dalla prassi in cui si realizzano i principi costituzionali²⁹.

Quanto poi alla domanda centrale cosa vada inteso per *higher law*, ossia a quali principi costituzionali dovrebbero acconsentire degli individui liberi ed uguali, le risposte di Kumm rivelano un'impostazione fortemente kantiana. La *cosmopolitan turn* di Kumm trae dal diritto cosmopolitico di Kant l'ideale di un ordine globale costituito da stati liberal-democratici soggetti collettivamente all'autorità del diritto internazionale. In nome di un'autorità costituzionale cosmopolitica, il diritto internazionale «definisce le condizioni in base alle quali i sovrani possono governarsi, coordinarsi tra loro e cooperare»³⁰, risolvendo ad un tempo il problema dell'ordine giusto sia

all'interno dello stato sia tra stati.

Riepilogando, il passaggio dalla preistoria alla storia richiede l'abbandono dei miti fondativi incentrati su un soggetto unitario e un momento storico decisivo in cui si compie una espressione di volontà che vincola i posteri. A loro posto dovrebbe subentrare un costituzionalismo concepito come prassi, i cui principi cardine evolvono continuamente con il mutare delle circostanze e delle sensibilità, alla ricerca di una condizione individuale di eguaglianza e libertà, senza limitazioni spaziali (frontiere nazionali) o temporali (momenti costituenti o sanzioni di tempi immemori).

2. La cosmopolitan turn alla prova della storia costituzionale

A questo punto va detto che, sfogliando i volumi del «Giornale di Storia costituzionale» dalla sua nascita nel 2001 ad oggi, si nota con piacere che la sfida lanciata da Kumm non ci trova del tutto impreparati. Il nesso da lui identificato tra la (de)legittimazione dei costituzionalismi nazionali e le prassi politiche ed amministrative transnazionali era centrale già nelle riflessioni con cui Lorenzo Ornaghi apriva il numero inaugurale della nostra rivista:

È l'orizzonte futuro degli odierni sistemi politici, del sistema globale, delle loro istituzioni, a far stringere tra Scienza politica e Storia costituzionale un sodalizio libero dalle mitologie e dai riti accademici delle più vetuste retoriche dell'interdisciplinarietà. E a far invece procedere l'una e l'altra disciplina verso l'analisi congiunta [...] di quei nuovi "ordini politico-costituzionali", che prendono sempre maggior vigore proprio dal punto in cui l'ampliarsi e l'accelerarsi delle trasformazioni in atto ancor più strettamente

vengono a legare la necessaria vitalità di una costituzione al funzionamento (e all'indispensabile plusvalore di legittimazione) di uno "Stato al plurale"³¹.

Anche la *Great Debate* tra Edmund Burke e Thomas Paine è stata oggetto di riflessioni nel primo numero della nostra rivista. Marco Meriggi la evocava quale esempio di «confronto/scontro» tra «due moduli di declinazione del rapporto tra pubblico potere e società» identificati come «costituzione antica e costituzione moderna», separati dall'esperienza decisiva della Rivoluzione Francese³². Dalla parte della costituzione antica un Burke che «irrideva "quella cosa mostruosa che i francesi, con delicato eufemismo, chiamano costituzione"», mantenendosi fedele alle rappresentanze del potere tipiche dell'Antico Regime; dalla parte della costituzione moderna un Paine «apologeta delle costituzioni scritte – le sole da lui considerate tali – che le rivoluzioni americana e francese avevano formalizzato in seguito all'insediamento delle rispettive assemblee costituenti»³³. Per Paine testualmente nei *Diritti dell'uomo*, «Una costituzione non è l'atto di un governo, ma l'atto di un popolo che crea un governo: un governo senza costituzione è un potere senza diritto»³⁴.

Vi è però un altro elemento nelle riflessioni di Meriggi che ci riporta al discrimine di Kumm tra preistoria e storia costituzionale. Ragionando sul modo in cui i fondatori teorici del liberalismo di primo Ottocento, Karl Rotteck e Karl Welcker, distinguevano tra *Constitution* e *Verfassung*, Meriggi nota come

sono soprattutto il tempo presente e quello futuro a presentarsi come l'epoca di auspicabile invecchiamento dello Stato di diritto. Essa coincide con un processo guidato dalla ragione, al quale fa da

riflesso lo slittamento dalla nozione di *Verfassung* — buona per tutti tempi e per tutte le latitudini — a quella di *Constitution*. In questa ultima fase al predominio del «sentimento e della fantasia» subentra l'egemonia spirituale della «ponderata riflessione» e dell'esercizio squisitamente logico del «pensare sperimentare». A tal fine, si serve della ragione, ossia della «libera convinzione individuale derivante dall'esperienza», facendone il pilastro connettivo della convivenza associata. Il soggetto portatore della ragione è per l'appunto l'individuo, che si unisce ai propri simili nel nesso statale sulla base di rapporti squisitamente *vertragsmäßige*, cioè contrattuali³⁵.

Seguendo la ricostruzione della cultura costituzionale ottocentesca offerta da Meriggi, scopriamo quanto sia radicata (in particolare, sembrerebbe, nella formazione intellettuale tedesca) la tendenza a ragionare per contrapposizioni tra tempi storici antitetici. Dai volumi dello *Staats-lexicon* redatto da Rotteck e Welcker tra il 1834 e 1848³⁶ (in particolare dalla voce *Staatsverfassung* redatta dal solo Welcker a ridosso della rivoluzione del 1848 per il tomo XV) emerge un appello a riconoscere l'avvento di una nuova era nella storia dell'uomo. Come nota Meriggi, si tratta anzi di un obbligo politico-morale ad accelerare la maturazione dei tempi nuovi:

i tempi moderni non sono più suscettibili di tollerare *Verfassungen* esemplate sui modelli della tradizione storica. Le costituzioni teocratiche o dispotiche risultano infatti, al termine della disamina di Welcker, forme istituzionali pertinenti sostanzialmente al passato, o, per altri versi, anacronisticamente sopravvissute nel tempo presente come tardivi riverberi di un diverso tempo storico. Si tratta, per altro, di un presente geograficamente assai prossimo all'autore e ai possibili lettori della voce che stiamo analizzando. Il *Rechtsstaat* è infatti sì edificio ormai realizzato «negli odierni stati liberi tedeschi»; ma questi non rappresentano che una esigua minoranza. L'auspicio di Welcker è, dunque, che anche in Germania cominci a germogliare quella «atten-

zione per la libertà» che altrove, nell'Occidente, si configura già come pianta dalle solide radici, e che «i nostri uomini di governo e i nostri giuristi e scienziati della politica» si sforzino di intonare la legislazione al «principio filosofico soggettivo individuale» che alberga nell'anima degli «uomini liberi»³⁷.

Inoltre, sempre nel primo numero del «Giornale» del 2001, troviamo affrontato il problema dello «statalismo democratico». Il nesso tra il ruolo fondante del potere costituente (creato a sua volta dalla forza mitopoietica della Rivoluzione Francese) e i principi democratici veniva scandagliato a fondo da Bronislaw Baczko:

Nel 1789 nessuno poteva prevedere gli esiti futuri di discorsi, rappresentazioni e pratiche appena messi in campo. In questo momento fondativo lo spazio democratico viene instaurato rivoluzionalmente. Simultaneamente, con un solo, identico movimento si avvia la dinamica rivoluzionaria e vengono fondate le istituzioni democratiche, in particolare le libertà e i diritti individuali. Ai loro autori l'azione rivoluzionaria e l'invenzione della democrazia si presentano come altrettanti aspetti complementari di un medesimo processo politico e sociale, se non addirittura come due facce della stessa medaglia. La distruzione di un regime subito designato come antico è la condizione prima della fondazione democratica. La rivoluzione si dà finalità democratiche mentre le istituzioni democratiche si fanno forti delle loro origini rivoluzionarie³⁸.

Quanto allo «statalismo democratico» quale esito del connubio tra le rivoluzioni democratiche di fine Settecento e la precedente tradizione statale, la ricostruzione storica offerta da Baczko ne offre un ritratto di rara nitidezza ed eloquenza:

Dalla monarchia assoluta la nuova democrazia eredita uno Stato centralizzato che dispone di una efficace burocrazia. La monarchia assoluta le lascia in eredità anche un vero e proprio culto dello Stato; trasferito sullo Stato-Nazione, questo culto finisce per confluire nell'entusiasmo

patriottico e in un nazionalismo bellicista. [...] In ragione delle carenze del potere regio e della crescente anarchia della vita pubblica, già l'Assemblea Costituente s'impadronisce di fatto di gran parte del potere esecutivo, calzando gli stivali dello Stato centralizzatore. Successivamente, la guerra richiederà un forte intervento statale in tutti i settori³⁹.

A proposito della subalternità dei principi democratici al culto del popolo sovrano denunciata da Kumm, come anche della ingannevole immagine del popolo «in piedi» quale raffigurazione del mitico momento costituente in cui *We the People* dichiara la propria volontà, Baczko ci fa notare che:

Tanto l'azione rivoluzionaria quanto le istituzioni democratiche si richiamano al «popolo sovrano», vale a dire ad un regime di sovranità secondo cui non vi potrebbe essere altra autorità legittima salvo quella che proviene dal popolo, espressa dall'universalità dei cittadini. Non di meno, molto rapidamente, si approfondisce una distanza tra una folla rivoluzionaria — che, richiamandosi al popolo «in piedi», rivendica a sé stessa il pieno esercizio dei suoi diritti — e un'assemblea rappresentativa che si richiama allo Stato di diritto e alla volontà generale espressa legalmente tramite suffragio. L'esperienza politica del decennio rivoluzionario porta alla luce le ambiguità e le contraddizioni di cui soffrono le istituzioni democratiche. Se, da un lato, la loro funzione essenziale è quella di garantire la sicurezza e proteggere le libertà e i diritti individuali contro ogni abuso da parte del potere, qualunque sia la sua origine; dall'altro, si ritiene che queste stesse istituzioni assicurino alla Nazione, cioè al popolo, il pieno esercizio del suo potere sovrano che di per sé non ammette alcuna forma di limitazione. Ora, libertà politiche e sovranità illimitata non sono necessariamente destinate a convivere in pace⁴⁰.

Il quadro tracciato da Baczko poggia su solidi argomenti; eppure, è doveroso confrontarlo con un altro punto di vista, che rende più problematico il rapporto tra il soggetto unitario «popolo» e il discorso

rivoluzionario. Mi riferisco alle considerazioni sviluppate dal compianto Nicolao Merker sul numero 18 del «Giornale» dedicato alle *Politiche del popolo* e uscito nel 2009. Considerata da una prospettiva più programmatica, la Rivoluzione Francese rivela un rapporto meno lineare tra gli ideali rivoluzionari e la preesistente idea di sovranità statale. Mentre dal paradigma dello statualismo democratico elaborato da Kumm risulterebbe essenziale l'idea di un *demos* che – anche nel momento rivoluzionario – mantiene la propria particolare identità nazionale, Merker ci ricorda che l'aspetto chiave del concetto di popolo nell'epoca moderna è «l'identità ideologica. Una massa di gente diventa "popolo" quando acquista una macroidentità, cioè si riferisce a sé stessa come a un'entità di cui si possono elencare connotati unitari e stabili, percepiti come valori diffusi e condivisi»⁴¹.

Fin qui la descrizione del popolo quale fondamento appare conforme alle esigenze di uno statalismo democratico racchiuso entro rigidi confini nazionali. Ma, spiega Merker più avanti, «la collettività del 1789, in virtù di come funziona, è predisposta ad *accogliere* cittadini in numero teoricamente indefinito, a un'amplissima loro *inclusione*»⁴². È vero che l'impeto universalistico del 1789 è stato ricondotto entro gli argini dello stato nazione, fino a ridursi nella fase napoleonica alla mera strumentalizzazione del messaggio rivoluzionario per fini espansionistici e predatori. Ciò non di meno, l'afflato trans-nazionale permise la circolazione dell'idea-forza del repubblicanesimo democratico prima nello spazio atlantico, poi anche nell'Europa centrale e meridionale. La valenza sopra-nazionale rimane un elemento imprescindibile per la

piena comprensione delle rivoluzioni e degli esperimenti costituzionali di fine Settecento, aspetto questo a cui la nostra rivista aveva dedicato il numero 17 del 2009.

Come aveva affermato Luca Scuccimarra nell'articolo introduttivo a tale numero, intitolato *Il laboratorio atlantico. Storia e storiografia costituzionale*, «non c'è dubbio che quello che con una efficace etichetta storiografica siamo soliti chiamare il *laboratorio atlantico* costituisca uno spazio di riflessione e sperimentazione politico-costituzionale ben più ampio e articolato di quanto certa modellistica costituzionale possa far pensare»⁴³. Dalla dettagliata ricostruzione storica offerta da Roberto Martucci nel medesimo numero, emerge l'immagine di una Parigi prerivoluzionaria in cui

caffè e salotti nel corso degli anni Settanta sarebbero immediatamente diventati gli ambiti palcoscenici dove calibrare e incentivare la circolazione delle nuove idee, attraverso i mille strumenti messi a fuoco dalla sociabilità urbana, nel secolo di cui l'*opinion éclairée* era ormai una regina che aveva deciso di mettere il diritto pubblico comparato al centro della scena. [...] *Bills*, costituzioni e scritti di circostanza èditi oltreoceano non si limitano a formalizzare un sistema di diritti e un assetto di poteri pubblici statali, confederali e poi, dopo il 1787, federali. Questi documenti usano un linguaggio tecnico (quello del nascente diritto pubblico moderno), mettono a fuoco categorie interpretative, disciplinano istituti tipici di un sistema rappresentativo: la delega basata su elezioni periodiche, la rotazione delle cariche, Legislativi bicamerali, garanzie procedurali per i cittadini processati. *L'opinion éclairée* è chiamata a confrontarsi con tutto questo⁴⁴.

Non è dunque nell'ancoramento alla sovranità nazionale che la Rivoluzione Francese elabora lo sviluppo dei principi costituzionali, bensì nella prassi plurienale di un dibattito comparato sul contenuto concreto della *higher law*. Un dibattito

ampio, articolato e come emerge dal brano di Martucci, aperto alla prospettiva transnazionale, che risponde ai criteri normativi riassunti nella già citata formula di Kumm: «ciò che può essere concepito da coloro a cui essa si rivolge come il risultato di una deliberazione collettiva di individui liberi e uguali»⁴⁵.

Vengono a tale proposito in mente le parole di Benjamin Constant: «Non sono le forme che conservano le costituzioni; una costituzione non dura senza opinione pubblica, e non c'è opinione pubblica senza libertà di stampa»⁴⁶. Questo era l'incipit che apriva il sesto numero del «Giornale» del 2003, dedicato appunto all'*Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo*. Più che all'opinione pubblica in sé, precisava Luigi Lacché nel saggio introduttivo, il volume era dedicato al tema della «rilevanza costituzionale (o storico-costituzionale)» dell'opinione pubblica⁴⁷. Tale rilevanza può emergere solo dalla prospettiva sul potere costituente incentrata sulla prassi deliberativa, mentre sarebbe difficilmente conciliabile con una visione "volontaristico/positivistica" del momento costituente. «Il fatto che i giuristi, nella loro generalità», prosegue Lacché,

si siano occupati sempre meno dell'opinione pubblica (come questione essenzialmente extra-costituzionale) rappresenta un impoverimento, perché denuncia la difficoltà di leggere il mondo delle norme giuridiche alla luce della complessità dei fenomeni sociali (Laquière). Il "ritorno" al problema dell'opinione pubblica nel contesto del costituzionalismo moderno evidenzia minacce ulteriori e pressanti che le "forme" – direbbe Constant – non riescono, da sole, a governare⁴⁸.

La prassi evocata da Kumm quale artefice vera della *higher law* dipende dunque da un soggetto ben diverso da quel unisono e

monolitico *We the People*; un soggetto dalla natura anzi «straordinariamente ambigua e polimorfica [...] per alcuni tratti addirittura inafferrabile»⁴⁹. Che la legittimazione di un sistema costituzionale potesse essere intesa come un processo davanti al tribunale dell'opinione pubblica, notava Lucien Jaume nel medesimo numero del «Giornale», fu sostenuto già agli albori delle rivoluzioni democratiche da Jacques Necker, il banchiere chiamato a salvare le sorti della monarchia francese⁵⁰.

Sempre nel numero 6 del 2003 Luca Scuccimarra approfondiva ulteriormente l'ipotesi della legittimazione dialogica dei principi costituzionali. Difatti, anche la via della prassi deliberativa indicata da Kumm come alternativa all'impostazione "volontaristico/positivistica" del momento fondativo non è priva di ambiguità. Proprio «a livello della *Öffentlichkeit* come spazio critico-razionale di legittimazione del potere», livello che a giudizio di Habermas, aveva rappresentato «il principio stesso di organizzazione dello Stato di diritto borghese a forma di governo parlamentare»⁵¹, rimarca Scuccimarra, «la dimensione pubblica critica è soppiantata da quella manipolativa»⁵². Più precisamente,

la costituzione della volontà comune della cittadinanza non avviene più attraverso «la mediazione dei privati impegnati nel dibattito politico», ma nelle forme non discorsive della negoziazione e del compromesso tra la pubblica amministrazione e istanze quasi-pubbliche portatrici di interessi privati (associazioni, partiti, gruppi di interesse). Un «ciclo del potere», questo, in cui il pubblico come tale è inserito sporadicamente e «soltanto per applaudire i risultati», secondo la logica perversa di un processo di massificazione delle coscienze che in campo culturale finisce per privare la pubblicità borghese dei suoi stessi presupposti psicologici di funzionamento⁵³.

Dove Kumm cerca una *higher law* costantemente rinnovata dalla prassi all'insegna di deliberazioni collettive di individui liberi e uguali, non vi sarebbe in realtà che una «massa di cittadinanza» «esclusa dalla discussione pubblica e dai processi decisionali»⁵⁴. Massa trasformata, grazie all'intrattenimento e alla «sollecitazione pubblicitaria», in «un mero serbatoio di legittimazione dal quale i politici, con l'ausilio dei media, possono trarre di volta in volta il livello di consenso sufficiente a legittimare i loro programmi»⁵⁵.

Il rimedio va ricercato in un connubio tra le procedure e la prassi discorsiva. Se per Kumm le procedure del potere costituente non costituiscono una condizione né necessaria né tantomeno sufficiente, Habermas individua nella sfera pubblica

una condizione necessaria, sebbene non sufficiente, per l'esistenza di una politica deliberativa come processo di costituzione discorsiva di una volontà comune razionale. Secondo i principi della teoria del discorso, il successo di quest'ultima dipende, infatti, non «dall'agire unanime della cittadinanza, ma dall'istituzionalizzazione di corrispondenti procedure e presupposti comunicativi, e dall'interazione delle consultazioni istituzionalizzate con le opinioni pubbliche informali»⁵⁶.

Non si può chiudere questa breve rassegna dei contributi che la nostra rivista ha fornito negli ultimi vent'anni alla causa della "svolta cosmopolitica" senza menzionarne il numero 32, edito nel 2016 e dedicato specificamente alla necessità di *Ripensare il costituzionalismo nell'era globale*. Tra i numerosi contributi di notevole pregnanza e complessità, vorrei incentrarmi in particolare sull'articolo di Gaetano Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*. Più degli altri esso sembra rispondere implicitamente alla critica lan-

ciata da Kumm nei confronti della storia e storiografia costituzionale.

Se Kumm sfidava la nostra percezione sul «migliore» e «peggiore dei tempi» nella storia del costituzionalismo democratico, Azzariti ci ricorda che «anche le "rivoluzioni" – democratiche – hanno i loro tempi storici»⁵⁷. Richiamandosi a Lellio Basso, Azzariti aggiunge un'ulteriore prospettiva alla nostra indagine, ossia «la concezione gramsciana, di una visione materialistica legata alla prassi, attenta alle condizioni reali dei soggetti non separabili dalle complessive vicende culturali»⁵⁸. In conclusione di questa veloce cronaca dei modi in cui la nostra rivista ha saputo affrontare i problemi scaturiti dalla contraddizione tra l'universalità programmatica e la realizzazione nazionale dell'idea costituzionale, mi sento pertanto di sostenere – seguendo il ragionamento offertoci da Azzariti – che, come il costituzionalismo democratico, anche un costituzionalismo cosmopolitico può

compirsi solo "a certe condizioni". Ciò che invece deve certamente abbandonarsi è l'idea che si possa affermare un nuovo ordinamento in mancanza di un contesto storico maturo [...] giacché ancora non è storicamente matura una prospettiva democratica che possa operare nei grandi spazi della contemporaneità, mentre lo è il capitalismo globale, liberale – anzi liberista – ma non democratico⁵⁹.

- ¹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», n. 20/2, 2013, pp. 605-628.
- ² M.D. Eddy, *The prehistoric mind as a historical artefact*, in «Notes and Records of the Royal Society», n. 65, 2011, pp. 1-8.
- ³ K. Marx, *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica: Grundrisse*, Roma, Manifestolibri, 2012, p. 340.
- ⁴ L'espressione è tratta da A. Wimmer, *Ethnic boundary making Institutions, Power, Networks*, New York, Oxford University Press, 2013, p. 74.
- ⁵ Nell'ampia letteratura sul tema si segnala A. Shachar, *The birth-right lottery: Citizenship and global inequality*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- ⁶ «... the presence of justice-sensitive externalities undermines claims to legitimate national constitutional authority», Kumm, *The Cosmopolitan Turn* cit., p. 613.
- ⁷ J. Madison, in «Federalist», n. 51, 1787; T. Paine, *Common Sense: With the Whole Appendix: the Address to the Quakers: Also, the Large Additions (1776)*, Cambridge, CUP, 2011, p. 2.
- ⁸ Kumm, *The Cosmopolitan Turn* cit., pp. 615-616.
- ⁹ Ivi, p. 626.
- ¹⁰ M. Kumm, *The best of times and the worst of times: Between constitutional triumphalism and nostalgia*, in P. Dobner, M. Loughlin, *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 201-219. Il medesimo argomento è affrontato da una prospettiva leggermente diversa anche in M. Kumm, *Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law*, in «International Journal of Constitutional Law», n. 14/3, 2016, pp. 697-711. Il tema è stato ripreso in forma di dibattito con Neil Walker in M. Kumm, *Constituent Power, Boundaries and Identity. On the Justificatory Depth of Constitution-*
- alism - A Rejoinder to Neil Walker*, in «International Journal of Constitutional Law», n. 14/4, 2016, pp. 914-924.
- ¹¹ Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 203.
- ¹² Ivi, p. 207.
- ¹³ Per una recente critica dei paradossi del potere costituente si veda M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism: Constituent power and constituent form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ¹⁴ R. Goodin, *Enfranchising all affected interest, and its alternatives*, in «Philosophy and Public Affairs», n. 35/1, 2007, p. 43.
- ¹⁵ J. Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 226.
- ¹⁶ Sul persistere dei limiti di voto nella Rivoluzione Americana cfr. A. Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States*, New York, Basic Books, 2009.
- ¹⁷ Si vedano a proposito opere come J. O'Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Baltimore-London, John Hopkins University Press, 2005; S.G. Calabresi, *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, Regnery, 2007.
- ¹⁸ B. Ackerman, *Oliver Wendell Holmes Lecture: The Living Constitution*, in «Harvard Law Review», n. 120/7, 2007, p. 1802.
- ¹⁹ Per una ricostruzione complessiva del dibattito tra Burke e Paine cfr. Y. Levin, *The Great Debate: Edmund Burke, Thomas Paine, and the Birth of Right and Left*, New York, Basic Books, 2013.
- ²⁰ Th. Paine, *Rights of man. Being an answer to Mr. Burke's attack on the French Revolution (1791)*, in *The writings of Thomas Paine*, Altemünster, Jazybee, 1967, p. 127.
- ²¹ Paine, *Rights of man*, cit., p. 163.
- ²² Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 208.
- ²³ Ivi, p. 211.
- ²⁴ Ivi, p. 212.
- ²⁵ Ivi, p. 208.
- ²⁶ Ivi, p. 211.
- ²⁷ Ivi, p. 212.
- ²⁸ Ivi, p. 213.
- ²⁹ Ivi, p. 214.
- ³⁰ Kumm, *The Cosmopolitan Turn*, cit., p. 625.
- ³¹ L. Ornaghi, *Scienza politica e Storia costituzionale. Osservazioni intorno a un sodalizio utile (e possibile)*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 1, 2001, p. 14.
- ³² M. Meriggi, *Verfassung/Constitution: la "confusione babilonese" del medio Ottocento*, in ivi, p. 61.
- ³³ *Ibidem*.
- ³⁴ *Ibidem*.
- ³⁵ Ivi, p. 66.
- ³⁶ K. Rotteck, K. Welcker (hrsg.), *Staats-lexicon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, 15 voll., Altona, Hammerich, 1834-1848.
- ³⁷ Meriggi, *Verfassung/Constitution*, cit., p. 66.
- ³⁸ B. Baczo, *Spazio democratico e scosse rivoluzionarie*, in ivi, p. 32.
- ³⁹ Ivi, p. 33.
- ⁴⁰ Ivi, pp. 35-36.
- ⁴¹ N. Merker, *Ma il popolo che cos'è? (per un'analisi dei concetti)*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 18, 2009, p. 17.
- ⁴² Ivi, p. 20.
- ⁴³ L. Scuccimarra, *Polifonie costituzionali*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 17, 2009, p. 6.
- ⁴⁴ R. Martucci, *Stati Uniti e Francia tra due Rivoluzioni costituzionali (1776-1792)*, in ivi, p. 46.
- ⁴⁵ Kumm, *The best of times and the worst of times*, cit., p. 213.
- ⁴⁶ Le parole di Constant sono citate in L. Lacché, *Introduzione*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, p. 5.
- ⁴⁷ Ivi, p. 6.
- ⁴⁸ *Ibidem*.
- ⁴⁹ *Ibidem*.
- ⁵⁰ L. Jaume, *Tra concetto e idea-forza: l'opinione pubblica secondo Necker*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, pp. 129-144.
- ⁵¹ L. Scuccimarra, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 6, 2003, p. 40.
- ⁵² Ivi, p. 41.
- ⁵³ Ivi, pp. 40-41.

Car

⁵⁴ Ivi, p. 41.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ P. 51.

⁵⁷ G. Azzariti, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 32, 2016, p. 231.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ivi, pp. 231-232.