

Vedi alla voce «costituzione». Semantiche costituzionali nell'epoca globale

LUCA SCUCCIMARRA

1. *Una nuova Sattelzeit?*

È forse superfluo richiamare il dilemmatico contesto intellettuale che fa da sfondo alle più recenti vicende del costituzionalismo come consolidata modalità di approccio agli assetti normativi e organizzativi delle società contemporanee. Nel corso degli ultimi tre decenni, si è fatta strada, infatti, con sempre maggiore vigore anche nel campo degli studi giuridici l'idea che con la fine dell'«epoca bipolare» un secolare ordine della politica sia entrato in una crisi profonda e senza ritorno, che ancora attende di essere adeguatamente elaborata dal punto di vista concettuale¹. Da questo punto di vista, è come se ci trovassimo a vivere una impreveduta e spiazzante replica di quella *Sattelzeit*, l'*epoca-crinale*, che, secondo le celebri analisi di Reinhart Koselleck, quasi tre secoli fa ha aperto la strada al nuovo contesto di esperienza e riflessione della modernità dispiegata: così come i nostri predecessori, camminiamo, infatti,

su un pendio che sale verso un valico di montagna mai attraversato prima e non abbiamo alcuna idea della veduta che ci si schiuderà davanti una volta arrivati alla cima. Non sappiamo dove ci porterà la gola tortuosa che stiamo percorrendo, ma di certo non possiamo fermarci a riposare qui, su un sentiero in ripida salita. Perciò continuiamo ad avanzare 'per un motivo': perché non possiamo restare in piedi a lungo. Soltanto quando (se) raggiungeremo la sommità del valico e osserveremo il paesaggio sull'altro versante sarà tempo di muoversi 'verso un fine': non più sospinti da ciò che abbiamo alle spalle, ma attratti in avanti dalle visioni, dalle finalità e dalle destinazioni che avremo scelto².

Secondo un'opinione ampiamente condivisa, a mettere radicalmente in questione la consolidata intelaiatura epistemica e categoriale con cui per secoli si è dato forma al mutevole contesto dei rapporti giuridici e politici è stata quella «vera e propria trasformazione nella scala di organizzazione della società umana» comunemente approssimata attraverso la nozione *passe-partout* di «globalizzazione»³. Come è stato da più parti sottolineato, si tratta,

infatti, di un passaggio che, lungi dall'esaurirsi in pur vistosi fenomeni di carattere economico e sociale, come il vertiginoso incremento dei flussi di persone, capitali, beni, servizi e informazioni attraverso i confini nazionali, chiama direttamente in causa profonde trasformazioni nelle concrete modalità di produzione e implementazione del diritto, che sembrano sancire il tramonto delle rigide coppie oppostive *nazionale/internazionale* e *pubblico/privato* tradizionalmente poste alla base della lineare logica costruttiva della modernità politica e giuridica⁴. Ciò che vediamo delinarsi a questo livello è, dunque, un nuovo spazio *post-statuale* di esperienza giuridica, caratterizzato dalla compresenza di processi di giuridificazione «vari e plurali, con diversi soggetti e protagonisti, con diverse finalità e “misure”, che, coesistendo spesso negli stessi territori, oltre a toccare l'esistenza concreta delle persone, richiedono continui aggiustamenti e nuovi schemi interpretativi non solo da parte degli accademici, ma anche dei giuristi pratici»⁵. Un contesto, questo, reso viepiù complesso dall'elevato tasso di specializzazione funzionale raggiunto da «processi altamente decentrati» di creazione normativa, se è vero – come è stato scritto – che,

in ogni particolare ambito, la produzione giuridica, la creazione di istituzioni e la risoluzione di dispute tendono ad essere relativamente isolate dagli sviluppi nei campi adiacenti, con il rischio di dare vita a giudizi contraddittori, giurisprudenze in conflitto ed esiti che mancano di dare conto a sufficienza dell'intero arco di valori in gioco⁶.

È appunto in risposta all'inedito scenario normativo e procedurale prodotto da questo spiazzante «tempo di passaggi»⁷ che nel corso degli ultimi anni mol-

ti esponenti di primo piano del dibattito giusinternazionalistico hanno ritenuto opportuno aggiornare e integrare il proprio vocabolario concettuale al fine di dare piena evidenza ai principali mutamenti strutturali e funzionali in atto nello spazio giuridico della nascente «società globale». Secondo il giurista olandese Jan Klabbers, uno dei principali esperti di diritto delle organizzazioni internazionali, tre sono in particolare le parole-chiave che in questo torno di tempo hanno scandito il progressivo rinnovamento del lessico del diritto internazionale in chiave post-statuale: la chiaroscurale nozione di «frammentazione», utilizzata «persino nei circuiti istituzionali dell'*International Court of Justice* e dell'*International Law Commission*»⁸ per dare conto del processo di specializzazione e autonomizzazione che ha portato i diversi ambiti del regime giuridico internazionale a guadagnare «una qualche forma di semi-indipendenza, spesso erroneamente etichettata come “auto-sufficienza (*self-containment*)”»⁹; il termine «pluralizzazione», sotto il quale troviamo rubricati fenomeni anche molto diversi di trasformazione dello scenario globale, come l'emergere di nuove entità non statuali in grado di competere con gli Stati «per la risorsa scarsa dell'autorità giuridico-politica» o il superamento del tradizionale modello legicentrico (e legislativo-centrico), in favore di strumenti decisamente più fluidi di esercizio dell'autorità di cui il *soft law* – «un diritto “gentile” che tende a convincere, più che a costringere»¹⁰ – costituisce forse l'esempio più noto¹¹. E infine la nozione di «verticalizzazione», utilizzata da diversi autori per indicare le trasformazioni strutturali di un «sistema non costituito più, come un tempo, esclusivamente da

Stati indipendenti e sovrani notoriamente interagenti tra loro come palle sul tappeto verde di un tavolo da biliardo»:

l'enfasi di un tempo sulla sovranità statale, che sfocia nell'immagine del diritto internazionale come ordine giuridico orizzontale fatto di uguali – così procede l'argomentazione – sta lentamente lasciando spazio ad una concezione più verticale del diritto internazionale. In questa concezione, i sottosistemi che alimentano i timori (o le speranze) di frammentazione sono, infatti, regimi funzionanti in modo indipendente dove si compiono scelte sostanziali, o che addirittura compiono essi stessi quelle scelte, oltrepassando il tradizionale paradigma della sovranità statale¹².

È lo stesso Klabbers, peraltro, a rimarcare l'incerto statuto epistemico ad oggi proprio di queste nuove strategie di inquadramento categoriale. Come altri protagonisti del più recente dibattito sul tema, egli appare convinto, infatti, che gran parte del contenuto semantico che nel corso degli ultimi anni è stato veicolato attraverso le nozioni di «frammentazione», «pluralizzazione» o «verticalizzazione» possa essere ricondotto allo specifico punto di vista di volta in volta assunto dal singolo interprete¹³. Nell'affrontare il complesso scenario delineato dalle più recenti teorie della globalizzazione giuridica occorre, dunque, sforzarsi di distinguere il livello della «pratica internazionale», dove contano i comportamenti degli Stati e degli altri attori internazionali, da quello dell'«indagine scientifica (*scholarship*)», dove ad entrare in gioco sono ben altri fattori: se è vero, infatti,

che questi livelli si influenzano reciprocamente, occorre fare attenzione a tenerli separati e a non mescolarli completamente: il fatto che molti accademici scrivano sulla frammentazione significa solo che molti accademici scrivono

sulla frammentazione, interpretando determinati eventi e tendenze come indici di frammentazione. Anche se di solito non c'è fumo senza arrosto, ciò non significa che la frammentazione divenga perciò un fatto o una tendenza irreversibile, e, per dirla tutta, nemmeno che essa «realmente» esista¹⁴.

Questo rinnovato impianto di analisi dà conto, peraltro, solo in parte del potenziato sforzo di elaborazione concettuale con il quale i più importanti teorici del diritto internazionale hanno tentato di rispondere alla sfida di un contesto di esperienza giuridica ormai svincolato dalla presa stabilizzante della tradizionale «cornice nazional-statale» e per ciò stesso esposto al rischio del disordine e del vuoto di senso¹⁵. Nel dibattito degli ultimi anni, non sono mancati, infatti, tentativi di mappare uno spazio di relazioni politiche e giuridiche divenuto improvvisamente *sconfinato*, servendosi proprio di concetti e modelli fino a quel momento strettamente legati alla vicenda storica e filosofica del moderno Stato territoriale sovrano¹⁶. Un'impostazione, questa, alla cui base si pone evidentemente la convinzione – in qualche modo propria anche dei padri della modernità politica¹⁷ – che di fronte alla complessità di un contesto di azione sfuggente e labirintico sia preferibile «lavorare con le analogie», estendendo ed adattando gli strumenti concettuali ereditati dalla tradizione, più che proporsi di costruire da zero nuove idee e strutture di pensiero, «non solo a causa dei rischi impliciti in queste ultime, ma anche in considerazione dei limiti della nostra immaginazione»¹⁸.

2. *Semantiche costituzionali nell'epoca globale*

È appunto a questa generale strategia di revisione e risemantizzazione del consolidato vocabolario della «politica nazional-statuale» che, secondo alcuni interpreti, possono essere ricondotte anche le imprevedute – e per molti versi sorprendenti – trasformazioni sperimentate dal tradizionale «linguaggio costituzionalistico» nell'ambito dell'intenso dibattito sul nuovo ordine giuridico e politico della società globale¹⁹. A ben vedere, infatti, nel corso degli ultimi anni questa fondamentale componente del discorso politico otto-novecentesco ha rappresentato un punto di riferimento decisivo non solo per i più combattivi sostenitori di una strategia di «contenimento (*containment*)» dell'onda lunga della globalizzazione politica e giuridica, ma anche per coloro che – con modalità e obiettivi di volta in volta variamente definiti – si sono proposti come privilegiati interpreti del cambiamento in atto²⁰. Al *costituzionalismo difensivo* di autori come Dieter Grimm²¹ e Ernst-Wolfgang Böckenförde²² – convinti che anche nel mondo globalizzato del XXI secolo la sola speranza di dare vita ad un'autorità legittima «sia dal punto di vista normativo che pratico» si fondi sulla «cornice costituzionale» interna ai singoli Stati²³ –, è venuto, così, progressivamente affiancandosi (e contrapponendosi) un *costituzionalismo espansivo* centrato sulla sistematica trasposizione a livello transnazionale di principi e metodi caratteristici dell'«immaginario costituzionale» nazional-statuale²⁴ e persino un *costituzionalismo evolutivo*, animato al contrario dalla volontà di rispondere ai dilemmi della *governance* post-nazionale attraverso la messa a punto sul campo di nuovi e più comprensivi paradigmi di costi-

tuzionalità, apertamente contrastanti con la visione monistica e gerarchizzata dell'ordine giuridico coltivata dal discorso filosofico della modernità²⁵.

È proprio in virtù di questi intensi e contrastanti sviluppi, che, a più di due secoli di distanza dalla sua formale consacrazione nel laboratorio delle rivoluzioni democratiche, il moderno «linguaggio costituzionalistico» ha potuto entrare di recente in una stagione di profondi e accelerati cambiamenti, imponendosi nel dibattito pubblico come una via di accesso privilegiata alle complesse dinamiche politiche e giuridiche della società globale²⁶. Che si tratti di un passaggio ad oggi tutt'altro che compiuto lo dimostra, peraltro, con una certa evidenza il confuso e polarizzato campo semantico prodotto dall'intreccio di linee di analisi ed elaborazione riflessiva decisamente divergenti nel modo stesso di interpretare il basilare riferimento alla *dimensione costituzionale*. A dispetto di ogni apparenza di continuità, la costellazione terminologico-concettuale messa in campo dai teorici del *global* – o *transnational* o *international* – *constitutionalism*²⁷ sembra, infatti, nel complesso avere ben poco in comune con la rigida e selettiva nozione di «costituzione» tradizionalmente associata alla vicenda del moderno costituzionalismo, almeno nelle sue varianti post-rivoluzionarie: quella, cioè, di una cornice formalizzata e sovraordinata di principi fondamentali, espressione del potere sovrano di auto-governo di una collettività politicamente organizzata²⁸. Come dimostra la crescente centralità assunta dalla fluida e metamorfica nozione di «costituzionalizzazione» nelle più avanzate linee di elaborazione teorica sul tema²⁹, a questo livello di discorso prevale, piuttosto,

la convinzione che momenti di rilievo *costituzionale* «possano emergere in maniera frammentaria attraverso pratiche statuali e sociali, assumere forme inaspettate ed evolvere attraverso cambiamenti asimmetrici»³⁰. Una prospettiva, questa, che trova, con ogni probabilità, la sua più compiuta articolazione concettuale nella teoria del *costituzionalismo societario* proposta in anni recenti da Günther Teubner e Andreas Fischer-Lescano³¹, nella misura in cui qui lo sforzo di ripensare la tradizionale teoria costituzionale in una forma davvero all'altezza delle nuove sfide della globalizzazione giuridica sfocia in un vero e proprio processo di rifondazione semantica che chiama in causa la base stessa di articolazione di questo linguaggio egemone della politica moderna – vale a dire l'originario nesso di coappartenenza tra Stato e dinamiche costituzionali: se rinunciamo a considerare lo Stato come punto focale della costituzione – scrive, al proposito, Teubner –

possono emergere le reali possibilità di una costituzionalizzazione senza Stato. Per i teorici della costituzione questo equivale a rompere un tabù. Dal loro punto di vista, una costituzione senza Stato è, nel migliore dei casi, un'utopia, e comunque un'utopia piuttosto debole. Questa formula non equivale a un'astratta richiesta normativa, relativa a futuri incerti e remoti, ma la messa in luce di una tendenza concreta che oggi possiamo osservare a livello mondiale. La tesi è: siamo di fronte all'emergere di una molteplicità di costituzioni civili (*Zivilverfassungen*). La costituzione della società-mondo (*Verfassung der Weltgesellschaft*) sta emergendo non solo all'interno delle istituzioni rappresentative della politica internazionale, né come costituzione globale unitaria (*Globalverfassung*) capace di ricomprendere tutte le aree della società; essa emerge invece sempre più dalla costituzionalizzazione (*Konstitutionalisierung*) di una molteplicità di sottosistemi autonomi della società-mondo³².

Molto ci sarebbe da dire, evidentemente, sul complessivo impianto di un'ambiziosa forma di teoria sociale che si propone dichiaratamente di sollevare la questione costituzionale «in rapporto non solo alla politica e al diritto, ma anche a tutti gli ambiti della società»³³: qui, infatti, troviamo in qualche modo messa in questione la stessa peculiare prospettiva *normativa* che è all'origine del «paradigma del costituzionalismo moderno, inteso come scienza di *fondazione* e di *limitazione* del potere legittimo»³⁴, se è vero – come sottolinea lo stesso Teubner – che a guidare le analisi empiriche del «costituzionalismo societario» c'è la convinzione «che le società contemporanee abbiano una costituzionalità informale non incentrata normativamente o direttivamente sugli Stati e comprendente strutture giuridiche multivalenti e a più strati»³⁵. Ai fini del nostro discorso può essere sufficiente, però, richiamare l'evidente elemento di complicazione semantica introdotto da un modello che rideclina il concetto stesso di «costituzione» proprio a partire da quel processo di *frammentazione/pluralizzazione degli ordinamenti* che secondo molti interpreti segna il punto più avanzato – e scabroso – di trasformazione dell'ordine politico e giuridico della società globale. Come è stato sottolineato, in tale contesto il ruolo di una «costituzione» diviene, infatti, in primo luogo quello di tenere unito il sotto-sistema sociale che l'ha prodotta, regolando al contempo – come vero e proprio *Kollisionsrecht*³⁶ – le «modalità di risoluzione dei conflitti tra i diversi regimi»³⁷, un'opzione, questa, che traslata a livello globale implica la rinuncia ad ogni istanza verticale di unificazione normativa, in favore di un modello «pragmatico» di negoziazione giuridica orizzontale³⁸, ani-

mato dalla consapevolezza di un irriducibile «politeismo» di razionalità sociali:

In una società mondiale senza vertice e senza centro resta un solo modo per gestire i conflitti inter-costituzionali – una risoluzione del conflitto strettamente eterarchica. Ciò accade non solo a causa della mancanza di un potere centralizzato, cui si può ovviare con un rafforzamento dell'azione politica, bensì dipende da strutture profonde della società, che già Max Weber aveva colto e caratterizzato come politeismo della modernità. Persino gli accaniti sostenitori dell'“unità della costituzione” sono costretti ad ammettere che l'unità della costituzione nazional-statuale si sta dissolvendo in un contrasto permanente tra costituzioni civili con razionalità estranee l'una all'altra, in un «clash of civil constitutions» che viene allentato da un nuovo diritto delle collisioni. E nella situazione odierna si potrebbe al massimo puntare su una conflittuale «interazione di 'cerchi di diritto costituzionale' che in parte si sovrappongono: sull'avvento di una rete “inter-legale” di diritto costituzionale statale, di diritto sub-costituzionale locale, di diritto costituzionale europeo e di costituzionalismo transnazionale». L'unità della costituzione può essere concepita allora solo come una “produzione immaginaria” su un piano simbolico, che sta “dietro” la molteplicità di costituzioni realmente esistente e che appare al massimo come la «necessità di una fede collettivamente condivisa nell'“unità” della costituzione». Il resto è collisione³⁹.

3. Thick and thin

È sufficiente una conoscenza anche non approfondita della più recente letteratura sul tema per rendersi conto della confusa costellazione di senso prodotta da questo disordinato processo di trasformazione concettuale nel dibattito sulle «nuove sfide costituzionali» dell'epoca globale⁴⁰. L'*effetto-Babele*, infatti, è sotto gli occhi di tutti e al momento attuale appare difficile

anche solo immaginare di poter restituire una base di significazione comune a linee di elaborazione teorica caratterizzate da divergenti interpretazioni della dimensione stessa della «costituzionalità» come insieme delle «strutture» e dei «meccanismi attraverso i quali le costituzioni 'effettivamente esistenti' sono formate e identificate»⁴¹. Come è stato da più parti sottolineato, questo rinnovato processo di differenziazione semantica ha finito, così, per coinvolgere la nozione stessa di «costituzionalismo» come «termine prescrittivo»⁴² – se non vero e proprio «concetto di movimento»⁴³ – orientato alla realizzazione di un compiuto progetto di fondazione e limitazione del potere⁴⁴. Smarrito il suo originario, immediato, riferimento normativo, tale lemma è venuto, infatti, trasformandosi in una «nozione altamente proteiforme», caratterizzata da un «campo di possibile significazione sempre più ampio e diversificato», nel quale «molte delle differenze e dei contrasti tratteggiati sulla tela della diversità sono di carattere sostanziale» e le stesse soluzioni proposte per superarli confermano la profondità dei problemi sul tappeto⁴⁵. Non può sorprendere perciò che nel corso degli ultimi anni molti autori abbiano scelto di declinare al plurale il lemma «costituzionalismo»⁴⁶, mettendo tra parentesi proprio quella pretesa di universalità che in passato era stata parte integrante e sostanziale della sua storia concettuale e – almeno secondo alcuni interpreti – uno dei fattori del suo successo planetario⁴⁷. Né può sorprendere che l'«oscillogramma» della lessicografia abbia registrato anche su questo fronte un ossessivo ricorso all'*aggettivazione* come strategia di consolidamento semantico di un contesto terminologico-concettuale di per

sé sostanzialmente privo di stabili punti di riferimento: come se il confronto critico-riflessivo con le «sfide costituzionali» del nostro tempo passasse oggi soprattutto per uno sforzo di auto-posizionamento programmatico che nella «lotta per la denominazione (*Kampf um Benennung*)» – in questo caso la auto-denominazione – trova un momento preliminare e discriminante⁴⁸.

Mettere ordine in questo intrico semantico è un'impresa di non poco conto, tanto più se si aspira ad un principio di classificazione in grado di tagliare trasversalmente i diversi segmenti del dibattito, dentro e fuori la tradizionale «cornice nazional-statuale». Coloro che si sono cimentati con questo difficile compito hanno spesso fatto ricorso, perciò, alla più classica delle strategie tassonomiche lasciateci in eredità dall'epoca della modernità trionfante, l'*approccio dicotomico* caratteristico del «nazionalismo metodologico»⁴⁹. È il caso, questo, del cosiddetto «thick-thin approach»⁵⁰, un modello interpretativo ben noto alla teoria politica e giuridica statunitense sin dagli anni Novanta del Novecento⁵¹ e oggi variamente utilizzato per classificare i diversi modelli di «costituzionalità» in campo nella politica mondiale, sulla base dell'estensione e della forza degli assetti regolativi – e istituzionali – da essi di volta in volta delineati⁵². Secondo questa lettura, possono essere considerate espressione di un «thin constitutionalism» tutte le linee di discorso e di azione dominate dal riferimento alle generali «funzioni costitutive» poste alla base di ogni stabile sistema di *governance* e produzione giuridica, anche settoriale: quelle, cioè, attinenti alla creazione di una struttura organizzativa e regolativa in grado di garantire all'entità di riferimento un funzionamento ordinato e

continuativo⁵³. Si tratta di un modello che, almeno nella sua declinazione più specificamente giuridica, presenta evidenti collegamenti con la distinzione tra regole «primarie» e «secondarie» proposta all'inizio degli anni Sessanta dal filosofo del diritto H.L.A. Hart⁵⁴ e oggi tornata nuovamente al centro dell'attenzione attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali come «meta-rules»⁵⁵: come ha scritto Samantha Besson, nella sua declinazione «sottile» la nozione di «costituzione» indica, infatti, «un insieme di regole secondarie che organizzano le istituzioni e i processi di produzione giuridica di un certo ordinamento giuridico». Da tale punto di vista, dunque, «qualsiasi autonomo ordinamento giuridico implica una costituzione»⁵⁶.

Da questa interpretazione «debole» del punto di vista costituzionale andrebbero invece tenute distinte le posizioni di coloro che – anche nell'epoca della globalizzazione giuridica – continuano a farsi sostenitori di una visione *normativamente qualificata* – e dunque più «spessa» – dell'ordine costituzionale. Sulla scia della ormai classica messa a punto teorica di Joseph Raz⁵⁷, ad entrare in gioco in questa forma di «thick constitutionalism» non sono solo decisive istanze di carattere sostanziale, come la protezione dei diritti fondamentali o il rispetto dei principi democratici, ma anche particolari elementi di rafforzamento procedurale, come restrittive clausole di revisione in grado di attribuire alle norme costituzionali una «rigidità» sconosciuta a quelle di livello inferiore⁵⁸. In tale contesto costruttivo, c'è spazio, però, soprattutto per una lettura *politico-ideologica* della «costituzione» come strumento di autogoverno collettivo e/o privilegiata via di accesso a nuove e più compiute forme di integrazione

socio-culturale⁵⁹. Tra gli aspetti caratterizzanti del «costituzionalismo» nel senso più forte del termine può essere annoverata, così, la capacità di offrire «(di solito per il tramite di una costituzione codificata) uno strumentario giuridico del più alto livello possibile per dimostrare i valori condivisi e i principi guida di un ordine sociale a cui la maggior parte delle persone hanno dato il proprio consenso»⁶⁰.

In questa sede, non è possibile ovviamente entrare nel merito di una linea interpretativa che attraversa variamente – e con esiti ampiamente diversificati – il più recente dibattito sul ruolo del costituzionalismo nell’epoca globale. Può essere opportuno, però, sottolineare i risultati tutt’altro che scontati che essa ha saputo in alcuni casi produrre grazie alla feconda intersezione con alcuni dei più rilevanti snodi costruttivi della riflessione politica e giuridica contemporanea. Si pensi, al proposito, all’originale declinazione del modello proposta da Antje Wiener nella sua riflessione «prasseologica» – programmaticamente posta all’intersezione tra teoria politica, giuridica e analisi sociale – sull’accidentato processo di costituzionalizzazione dell’Unione Europea⁶¹. Qui, infatti, il «thick/thin approach» diviene parte integrante di un modello analitico di tipo neo-giddensiano che si propone di indagare la «duplice qualità» delle norme costituzionali come fattori al tempo stesso «costruiti» e «strutturanti», a partire dalle vitali relazioni che esse intrattengono con «le pratiche sociali in contesti particolari»⁶². Il tutto nella convinzione che le difficoltà di implementazione e stabilizzazione dei nuovi «assetti proto-costituzionali» prodotti dall’epoca globale – con particolare riferimento all’ordinamento dell’Unione

Europea – siano una eclatante conseguenza dello sganciamento tra i processi di negoziazione giuridico-istituzionale di livello transnazionale e i diversi contesti socio-culturali in cui concretamente ha luogo l’«interpretazione dei significati che sono implicati nelle norme costituzionali»⁶³. Secondo Wiener, in assenza di un autentico «compromesso costituzionale a livello sovranazionale», e cioè di «un accordo su norme costituzionali “spesse” che includano una validazione normativa e significati condivisi», cresce, infatti, il rischio che il potenziale di significati proiettati dalle norme incrinò la «risonanza normativa», e perciò il successo politico, dello stesso processo costituzionale. Perché, come dimostra l’esempio della Unione Europea, la mancata conoscenza di ciò che la «sostanza costituzionale» concretamente significa nei diversi contesti socio-culturali chiamati in causa dai processi di costituzionalizzazione trans-nazionale, «apre il campo ad una proiezione normativa che a sua volta tende a generare malcontento politico, obiezioni e reazioni negative»⁶⁴.

È anche grazie al potenziato sforzo di rinnovamento metodologico e concettuale proprio di queste “eccentriche” linee di teorizzazione costituzionale, che la coppia categoriale «thick/thin constitutionalism» ha potuto giocare un ruolo di un qualche rilievo nel dibattito sulla crisi dell’integrazione europea e i problemi di un’identità sovranazionale⁶⁵. Analizzata nel suo ampio – e segmentato – arco di sviluppo, questa linea di analisi appare, tuttavia, ad oggi ben lontana dall’aver prodotto una nuova, comprensiva, concezione della «costituzionalità», in grado di confrontarsi efficacemente con il fluido e complesso orizzonte di esperienza politica e giuridica caratteri-

stico dell'epoca globale. A prescindere dai persistenti elementi di indeterminazione e variabilità semantica che ne inficiano l'operatività, il «thick-thin approach» resta, infatti, dominato, nella sua stessa logica costruttiva, da un impianto dualistico che lo rende nel complesso poco adatto ad affrontare le nuove sfide prodotte dal superamento del tradizionale «domestic/international divide»⁶⁶. Perché, al di là di poche lodevoli eccezioni⁶⁷, «thin» e «thick constitutionalism» restano in tale contesto di dibattito due modalità radicalmente alternative di pensare – e praticare – l'ordine costituzionale, divise proprio dall'aderenza ad un'idealtipica cornice di riferimento, in sé «carica di valore», in cui tornano ancora una volta in gioco i principi costitutivi del paradigma costituzionale post-rivoluzionario: *autonomia*, *coerenza*, *effettività*⁶⁸.

Si tratta, a ben vedere, di elementi che proiettati in modo consequenziale sul livello transnazionale tendono inevitabilmente a spingere il discorso sul «costituzionalismo globale» verso un idealistico orizzonte di *macro-costituzionalizzazione*, in sé decisamente contrastante con la realtà di un «pluriverso» politico e giuridico sempre più composito e frammentato⁶⁹. Non è questa, tuttavia, la strada più praticata dai sostenitori del «thick-thin approach», nelle sue diverse caratterizzazioni. Al contrario, molti di essi paiono ormai aver fatto del tutto propria la netta separazione di piani tra un «costituzionalismo con la maiuscola (*big-C constitutionalism*)» e un «costituzionalismo con la minuscola (*small-C constitutionalism*)», diffusasi nel dibattito politico-costituzionale degli ultimi anni anche a seguito del problematico processo di costituzionalizzazione della UE⁷⁰: il

primo, interno, «legato all'istituzione di un'autorità giuridica ultimativa nella forma di una costituzione scritta, al servizio di un popolo che si governa democraticamente e sostenuto dai poteri coercitivi dello Stato»; il secondo applicabile anche a livello internazionale e fatto di «pratiche giuridiche che hanno qualche carattere strutturale del costituzionalismo con la maiuscola, ma meno centralizzato, più frammentato, immaginato senza alcun riferimento all'autodeterminazione del popolo o ad uno Stato sovrano»⁷¹.

Cosa resta della tanto celebrata potenza destrutturante e trasformativa del «nuovo» ordine globale, in un contesto di discorso che sembra ancora una volta riproporre l'alternativa tra *apologia* e *utopia* ben nota agli storici del diritto internazionale grazie ai lavori di Martti Koskeniemi?⁷² A prima vista si direbbe ben poco, considerato che la discussione teorica, ancora una volta, sembra attestarsi su schemi fondativi e interpretativi palesemente legati alla vicenda storica e filosofica del costituzionalismo nazional-statuale, rinunciando al più profondo contributo costruttivo che il punto di vista costituzionale potrebbe offrire, se adeguatamente ripensato alla luce dei grandi mutamenti di scenario prodotti dall'avvento dell'epoca globale. È anche per questo motivo che per alcuni dei più lucidi protagonisti del recente dibattito sul tema, il costituzionalismo del futuro sarà un *costituzionalismo riflessivo* o non sarà. Come tre secoli fa, l'obiettivo oggi torna ad essere, infatti, quello di restituire ai concetti della politica la capacità di presa produttiva sul presente che da troppo tempo sembrano aver perso. E per capire quale ruolo potrà giocare in questa cruciale partita il nobile vocabolario della costituzionalità occorre

sforzarsi di pensare il costituzionalismo come una strategia aperta di «concettualizzazione e immaginazione»⁷³, attraverso la quale «ogni unità politica (*polity*) concepisce e perciò costituisce se stessa in quanto tale»⁷⁴. Una prospettiva, questa, in cui torna a riproporsi con grande evidenza la necessità di un potenziato scambio intellettuale tra storia e teoria costituzionale, se è vero – come ha scritto Neil Walker – che essere riflessivi significa sforzarsi di guardare dietro di sé non alla ricerca di «uno

specchio inerte» o del «modello fedele di un'essenza data a priori», ma impegnandosi in una sperimentazione attiva della «qualità della ipseità – della capacità di *auto*-riflessione e della possibilità di *auto*-trasformazione inerente a quella capacità»⁷⁵.

¹ Per un'interessante messa a punto sul tema si veda *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola e G. Duso, Milano, Franco Angeli, 2005.

² Z. Bauman, *Europe. An Unfinished Adventure*, Cambridge, Polity Press, 2004 (tr. it. *L'Europa è un'avventura*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 140 s.): «Di un tempo così fastidiosamente distante possiamo dire, al momento, solo che arriverà (si spera), sempre che esistano ancora scalatori disposti a verificare che sia arrivato e a darne l'annuncio. L'ho fatto notare a Koselleck, sottolineando che i talenti profetici sono rari e la previsione scientifica notoriamente carente. Eppure nella sua risposta Koselleck ha aggiunto un argomento ancor più risolutivo, ossia che ci mancano persino i concetti con cui esprimere le nostre previsioni. Tali concetti si formano solo inerpandosi concretamente, e non un momento prima. Gli scalatori avveduti farebbero bene a tacere su ciò che si trova dall'altra parte del valico».

³ *Globalization/Anti-Globalization*, a cura di D. Held e A. McGraw, Cambridge, Polity Press, 2002 (tr. it. *Globalismo e antiglobalismo*,

Bologna, Il Mulino, 2003, p. 9).

⁴ R. Michaels, *Globalization and Law: Law beyond the State*, in *Law and Society Theory*, a cura di R. Banakar e M. Travers, 2013, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2013², pp. 287-303.

⁵ M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2014, Cap. 1.

⁶ J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff e J.P. Trachtman, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

⁷ J. Habermas, *Zeit der Übergänge. Kleine politische Schriften IX*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001 (tr. it. *Tempo di passaggi*, Milano, Feltrinelli, 2004).

⁸ D. Pulkowski, *Narratives of Fragmentation. International Law between Unity and Multiplicity*, ESIL Paper, 2005, disponibile in rete all'indirizzo <<http://www.esilsedi.eu>>, a cui rimando anche per una tentativo di classificazione delle diverse modalità di utilizzo del termine. Per una testimonianza della diffusione della nozione nel linguaggio ufficiale del

diritto internazionale si vedano, rispettivamente, l'Address of Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the United Nations General Assembly, 26 October 2000, disponibile in rete all'indirizzo <<http://www.icj-cij.org>> e il Report dello Study Group on Fragmentation of International Law istituito dalla International Law Commission sotto la presidenza di Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.628 (2002).

⁹ J. Klabbers, *Setting the Scene, in The Constitutionalization of International Law*, a cura di J. Klabbers, A. Peters e G. Ulfstein, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, pp. 1-44, in part. p. 11. Sulla nozione di «self-contained regimes», si veda B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in «European Journal of International Law», 17, 2006, pp. 483-529 e, in prospettiva decisamente critica, M. Koskenniemi, *Studium on the Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of 'Self-Contained Regimes'*, UN Doc. ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add.1 (2004).

¹⁰ M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*.

Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari, Laterza, 2006, Cap. 1, par. 11. Ma sul punto si veda anche Ead., *Prima lezione di diritto*, cit., Cap. 6: «Questa forma particolarmente "mite" di impegni giuridici rinuncia [...] proprio a quel messaggio coercitivo e sanzionatorio che era al cuore delle "norme", e non sorprende che alcuni osservatori assumano l'equivalenza *soft law no law*. [...] Proprio in Europa dove il concetto di "norme" imperative era stato inventato, sono gli stessi organismi dell'Unione che hanno fatto e fanno ampio ricorso a regole di *soft law*. Più in generale, in ambito internazionale, il ricorso alla *soft law* è molto praticato dagli Stati stessi, che così vengono indotti più facilmente ad entrare in una rete di impegni giuridici, senza vedere sminuito il proprio status di soggetti "sovrani"».

¹¹ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., p. 13. Non l'unico, però, se è vero, come sostiene Klabbers, che in tale contesto «i comandi possono provenire da ogni sorta di direzione: dalle norme giuridiche, ma anche da norme morali, norme culturali o norme interne alle singole entità».

¹² Ivi, p. 14. Sulle concrete modalità di questo processo si veda H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International Institutional Law*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2011⁵, pp. 1220 s.: «La generale mancanza di coerenza del diritto internazionale è compensata, in qualche misura, dal funzionamento delle organizzazioni internazionali, che attribuisce al diritto internazionale un carattere più verticale. In tale contesto, un ruolo chiave è giocato dal concetto di ordine legale di un'organizzazione internazionale. L'esistenza di un certo grado di gerarchia è inerente a questo concetto. [...] Questo processo di "verticalizzazione" [...] può essere percepito in particolare in relazione ai compiti di supervisione delle organizzazioni internazionali, che sono

stati persino considerati come la loro *raison d'être*. Dopo tutto, la supervisione implica l'esistenza di una qualche autorità superiore. Ciò contrasta fundamentalmente con la nozione di sovranità, che nel suo tradizionale significato incarnava in sé la suprema autorità (*suprema potestas*)».

¹³ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., p. 14. Sul punto, in specifico riferimento alla prospettiva della «frammentazione» si veda M. Koskeniemi, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in «*Modern Law Review*», 70, n. 1, 2007, pp. 1-30, in part. pp. 24 s.

¹⁴ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., pp. 14 s.

¹⁵ N. Walker, *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in «*International Journal of Constitutional Law*», 6, 2008, pp. 373-396.

¹⁶ Per un esplicito utilizzo della metafora topografica si veda almeno S. Benhabib, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2004 (tr. it. *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Cortina, 2006, p. 5): «Siamo come viaggiatori che esplorano un territorio sconosciuto con l'aiuto di vecchie mappe, disegnate in tempi diversi e in risposta a bisogni differenti. Mentre il terreno sul quale stiamo procedendo, la società mondiale degli Stati, è cambiato, le nostre mappe normative non lo sono. Non pretendo di avere una nuova mappa da sostituire alla vecchia, ma spero di poter contribuire a una maggiore comprensione delle maggiori asperità del terreno sconosciuto che stiamo attraversando».

¹⁷ Cfr. *Political Innovation and Conceptual Change*, a cura di T. Ball, J. Farr e R.L. Hanson, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1989.

¹⁸ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of*

Postnational Law, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.

¹⁹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in *Ruling the World?*, cit., pp. 258-325, in part. p. 258.

²⁰ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 14 ss.

²¹ D. Grimm, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung* (2004), in Id., *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012, pp. 67-91.

²² E-W. Böckenförde, *Die Zukunft politischer Autonomie*, in Id., *Staat, Nation, Europa*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, pp. 103-126.

²³ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 14 s. Come ricorda Krisch, «questa istanza si basa di solito su argomentazioni democratiche che enfatizzano le precondizioni sociali e istituzionali dei processi democratici che è difficile replicare oltre lo Stato». Non sono mancate, tuttavia, linee di argomentazione centrate sulla realizzazione di altri «valori politici chiave». Per i sostenitori della strategia del «contenimento», l'ideale costituzionalistico di creare una cornice per il potere pubblico che adempia la promessa di *agency* e autogoverno resta sostanzialmente inapplicabile a livello trans-nazionale. Ne deriva, perciò, la necessità di «legare la cooperazione internazionale ai processi interni e ristabilire il controllo dei parlamenti e dei governi nazionali sulla produzione e implementazione delle norme internazionali – ritornare perciò più strettamente possibile al modello classico del diritto internazionale, anche se ciò implica seri limiti agli sforzi di cooperazione transfrontaliera».

²⁴ N. Walker, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in «*Political Studies*», 56, 2008, pp. 519-543; A. Peters, *Compensatory Constitu-*

tionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, in «Leiden Journal of International Law», 19, 2006, pp. 579-610.

²⁵ Krisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 17 s.

²⁶ Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., p. 258.

²⁷ Spesso utilizzati come sinonimi, questi termini presentano un contenuto semantico tutt'altro che coincidente, se è vero che il *costituzionalismo internazionale* concerne questioni attinenti ai rapporti tra gli Stati, il *costituzionalismo transnazionale* questioni che vanno al di là degli Stati, mentre con la formula *cosmopolitismo globale* si è soliti fare riferimento a «visioni concernenti il mondo intero». Cfr. C.E.J. Schwobel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2011, p. 2.

²⁸ Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 584 s.

²⁹ Cfr. R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in «RIFD Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», n. 2, 2014, pp. 239-280. Come ricorda Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., p. 582, «il concetto di costituzionalizzazione implica che una costituzione (o il diritto costituzionale) possa venire ad esistenza in un processo che si estende nel tempo. Esso implica anche che un testo giuridico (o vari testi giuridici) possa acquisire (o eventualmente perdere) proprietà costituzionali in un processo di feedback positivo. Un testo può perciò essere più (o meno) costituzionale. Esso può essere, in sintesi, una costituzione in divenire (*constitution-in-the-making*)».

³⁰ A. Skordas, *Self-determination of peoples and transnational regimes: a foundational principle of global governance*, in *Transnational Constitutionalism. International and European Models*, a cura di N. Tsagourias, Cambridge-New

York, Cambridge University Press, 2007, p. 268.

³¹ G. Teubner, A. Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in «Michigan Journal of International Law», 25, 2004, pp. 999-1046). Per una compiuta elaborazione di questo modello scontato il rinvio a G. Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012 (tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012).

³² G. Teubner, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 63, 2003, pp. 1-28, in part. p. 6. Il saggio compare in traduzione inglese con il titolo *Societal constitutionalism: Alternatives to State-centered Constitutional Theory?* nel volume *Constitutionalism and Transnational Governance*, a cura di C. Joerges, I.-J. Sand e G. Teubner, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 3-28 (tr. it. *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale statocentrica*, in G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005).

³³ Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., p. 7.

³⁴ C. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 26 ss.

³⁵ Teubner, *Constitutional Fragments*, cit., pp. 3 s. Su questa base si fonda anche la pretesa della sociologia sistemica di far saltare la distinzione, classicamente moderna, tra prospettiva descrittiva e prospettiva normativa, in nome di un approccio "post-ontologico" in grado di collegare «l'analisi storico-empirica del fenomeno costituzionale con prospettive normative». Sui pericoli insiti in

questo modello si veda però Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 26 ss., per il quale un discorso costituzionale che si limiti «ad assolvere una funzione descrittiva degli ordinamenti e delle organizzazioni sociali» mette in questione «l'identità stessa del costituzionalismo – il suo statuto teorico, ma anche la sua legittimazione politica – per come si è andata definendo nel corso della storia dell'età moderna sul presupposto di una capacità del diritto costituzionale di *fondare* (attraverso un *pactum unionis*) e poi *limitare* (per mezzo dei diritti) il potere politico».

³⁶ Per una introduzione generale al tema si veda G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 123 ss.

³⁷ Klabbers, *Setting the Scene*, cit., p. 28. Cfr. Teubner, Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, cit.

³⁸ J.-W. Müller, *Three Constitutional Responses to Globalization*, in *The Limits of Constitutional Democracy. Festschrift für Walter Murphy*, a cura di J. Tulis e S. Macedo, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp. 239-255, in part. pp. 252 s.

³⁹ Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., pp. 178 s (traduzione parzialmente modificata).

⁴⁰ *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, a cura di J.-P. Robé, A. Lyon-Caen e S. Vernac, Abingdon-New York, Routledge, 2016.

⁴¹ N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in «Modern Law Review», 65, 2002, pp. 317-359, in part. p. 318.

⁴² Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 582 s.

⁴³ Il riferimento è, ovviamente, a R. Koselleck, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*, in Id., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979 (tr. it. *Storia dei concetti e storia sociale*, in R. Koselleck, *Futuro passato. Per una se-*

- mantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, 1986, pp. 101 s.).
- ⁴⁴ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 26 ss.
- ⁴⁵ Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, cit., p. 319, p. 333.
- ⁴⁶ Ming-Suo Kuo, *Between Law and Language: When Constitutionalism Goes Plural in a Globalising World*, in «The Modern Law Review», 73, n. 5, 2010, pp. 858-882. Questa tendenza trova, probabilmente, la sua più espressione più estrema nel richiamo ai «competing constitutionalisms» che costella la più recente letteratura giuridica sul tema. Per un'esemplificazione delle diverse declinazioni della formula si veda Kisch, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 38 ss.; K. Roach, *Comparative constitutional law and the challenges of terrorism law*, in *Comparative Constitutional Law*, a cura di T. Ginsburg e R. Dixon, Cheltenham-Northampton, Edwar Elgar, 2011, pp. 532 ss.; H.O. Yusuf, *Colonial and Post-Colonial Constitutionalism in the Commonwealth. Peace, Order and Good Government*, Abingdon-New York, Routledge, 2014.
- ⁴⁷ Sulla tendenza all'astrazione come tendenza caratterizzante dei moderni concetti della politica si veda R. Koselleck, *Einleitung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Vol. 1, Stuttgart, Klett-Cotta, 1972, pp. XIII ss. Per una critica di ispirazione post-coloniale della pretesa di universalità della moderna tradizione costituzionalistica, del tutto scontato è il rinvio a J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1995.
- ⁴⁸ A. Peters, *Politikverlust? Eine Fahndung mit Peirce und Žižek*, Bielefeld, Transcript Verlag, 2007. È difficile dare conto in poche battute dei sconcertanti esiti di questo processo. A titolo puramente esemplificativo mi limiterò a segnalare la distinzione tra costituzionalismo «politico», «giuridico» e «totale» fiorita nel dibattito contemporaneo sul «posto del diritto costituzionale nel sistema giuridico» (Gardbaum), le diverse sotto-classificazioni proposte dai fautori di una declinazione «pluralistica» del paradigma costituzionale e, infine, la contrapposizione tra un costituzionalismo dei limiti, dei fondamenti e dei valori che percorre la discussione contemporanea sul tema.
- ⁴⁹ M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in «Cornell Law Review», 100, n.2, 2015, pp. 391-462, in part. p. 394. Sul punto del tutto scontato il rinvio alle riflessioni di Ulrich Beck di cui si veda almeno *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2004 (tr. it. *Lo sguardo cosmopolita*, Roma, Carocci, 2005, pp. 38 ss.).
- ⁵⁰ L. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2016, p. 150.
- ⁵¹ Questo tipo di approccio è stato reso celebre nel campo della teoria politica e morale da Michael Walzer con l'ormai classico *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994 (tr. it. *Geografia della morale*, Bari, Dedalo, 1999). Per un'efficace esemplificazione dell'uso della coppia categoriale «thin/thick» nell'ambito del diritto costituzionale comparato si veda almeno D. Robertson, *Thick Constitutional Readings: When Classic Distinctions are Irrelevant*, in «Georgia Journal of International & Comparative Law», 35, 2007, pp. 277-331.
- ⁵² J-E. Lane, S. Ersson, *The New Institutional Politics. Outcomes and Consequences*, London-New York, Routledge, 2000, p. 287.
- ⁵³ Cfr. A. Peters, K. Armingeon, *Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 385-395, in part. p. 393. Si tratta di una sintesi delle posizioni espresse da Daniel Bodansky nel saggio *Is There an International Environmental Constitutionalism?*, ivi, pp. 565-585, a cui rinvio per una interessante esemplificazione del ruolo assunto dal tema anche in ambiti ultraspecialistici di dibattito come quello relativo al «costituzionalismo ambientale globale».
- ⁵⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Oxford, Oxford University Press, 1994², pp. 79 ss. Hart distingue le regole primarie di obbligazione, concernenti «le azioni che gli individui devono o non devono fare», dalle regole secondarie – le cosiddette regole sulle regole – «che specificano il modo in cui le regole primarie possono essere conclusivamente accertate, introdotte, eliminate, variate e si può determinare il fatto della loro violazione».
- ⁵⁵ B. Fassbender, *The Meaning of International Constitutional Law*, in *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, a cura di R. St. John Macdonald e D.M. Johnston, The Hague et al., Martinus Nijhoff, 2005, pp. 837-852, in part. pp. 842 s.; C.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, cit., pp. 43 ss. Entrambi gli autori si richiamano alla seminale messa a punto concettuale proposta dal giusinternazionalista Christian Tomuschat nelle sue lezioni all'Académie de Droit International de La Haye (*Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1993, IV, p. 26 s.): «Le regole sulla produzione giuridica formano, assieme a quelle sul licenziamento dell'esecutivo e a quelle sulla funzione giurisdizionale, la costituzione di qualsiasi sistema di *governance*. Tutti questi insiemi di prescrizioni possono essere caratterizzati logicamente come meta-regole, regole su come la maggior parte

delle altre regole sono prodotte, su come entrano in vigore, su come sono applicate e su chi, in caso di differenze sulla loro interpretazione e applicazione ha il potere di porre fine alla conseguente disputa».

- ⁵⁶ S. Besson, *Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy*, in *Ruling the World*, cit., pp. 381-407, in part. p. 385. Per una concreta esemplificazione di questo tipo di approccio si veda A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism and International Regimes*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 16, n. 2, 2009, pp. 621-645, in part. pp. 626 ss.: «Definisco una costituzione come un corpo di meta-norme, quell'insieme di regole e principi giuridici di livello superiore che specificano come tutte le altre norme giuridiche di livello inferiore debbano essere prodotte, applicate, imposte e interpretate. Le meta-norme costituiscono i sistemi politici in perpetuo». E ancora: «una costituzione è uno specifico grappolo di meta-norme, quell'insieme di regole e principi costitutivi del sistema che ci guidano su come le altre norme giuridiche di livello inferiore debbano essere prodotte, applicate e interpretate. Perciò, laddove vediamo meta-norme, noi osserviamo una costituzione».
- ⁵⁷ J. Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, a cura di L. Alexander, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 152-153.
- ⁵⁸ Besson, *Whose Constitution(s)?*, cit., p. 385. Nella più recente discussione sul tema non sono mancati, peraltro, tentativi di ricondurre le «amendment clauses» al contesto di regole secondarie che definisce l'ordine costituzionale nel senso più sottile del termine. Si veda, al proposito, Bodansky, *Is There an International Environmental Constitution?*, cit., p. 574.

- ⁵⁹ Besson, *Whose Constitution(s)?*, cit., p. 385. Sul punto si veda già, in una prospettiva palesemente orientata sulla dimensione nazionale-statale, Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions*, cit., p. 153, che tra gli elementi caratterizzanti di una concezione «spessa» della costituzione menziona esplicitamente la sua capacità di esprimere la «comune ideologia» di una collettività organizzata, o verosimilmente «le convinzioni comuni della popolazione sul modo in cui la propria società debba essere governata». Da questo punto di vista, conclude Raz, la si può considerare espressione non solo del «diritto dei giuristi», ma del «diritto del popolo (people's law)».
- ⁶⁰ L.J. Kotzé, *Arguing Global Environmental Constitutionalism*, in «Transnational Environmental Law», 1, n. 1, 2012, pp. 199-233, in part. p. 206.
- ⁶¹ A. Wiener, *Finality vs. enlargement: constitutive practices and opposing rationales in the reconstruction of Europe*, in *European Constitutionalism beyond the State*, a cura di J.H.H. Weiler e M. Wind, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 157-200.
- ⁶² Ivi, p. 168. Cfr. A. Wiener, *Evolving Norms of Constitutionalism in Europe: From 'Treaty Language' to 'Constitution'*, Jean Monnet Working Paper, 5/04, p. 18: «Le norme hanno una qualità costruita quanto una qualità strutturante e sono perciò soggette a cambiamenti nonostante periodi potenzialmente estesi di stabilità. Il focus aggiuntivo sulla qualità costruita delle norme fa capire che esse non possono essere assunte come unità analiticamente stabili o ontologicamente primarie, ma devono essere concettualizzate come fattori flessibili che mutano in riferimento al contesto e alle pratiche sociali. Empiricamente, questo aspetto consente di valutare le potenziali reazioni politiche negative dopo l'implementazione

della norma. In secondo luogo, come unità analitiche flessibili, le norme sono ri/prodotte attraverso le pratiche sociali, e cioè la loro qualità costitutiva cambia in relazione al contesto e all'azione. Empiricamente questo aspetto enfatizza la prospettiva dell'*institution-building*. Entrambi gli aspetti offrono un punto di vista sulle procedure e la qualità della *governance* in assetti protocostituzionali». Ma sul tema si veda anche Ead., *The Dual Quality of Norms and Governance beyond the State: Sociological and Normative Approaches to 'Interaction'*, in «Critical Review of International Social and Political Philosophy», 10, n. 1, 2007, pp. 47-69.

- ⁶³ Wiener, *Evolving Norms of Constitutionalism in Europe*, cit., p. 11.
- ⁶⁴ Ead., *Finality vs. enlargement*, cit., pp. 169 s.
- ⁶⁵ J.-W. Müller, *A 'thick' constitutional patriotism for the EU? On morality, memory and militancy*, in *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union. The unsettled political order of Europe*, a cura di E. Oddvar Eiksen, C. Joerges e Fl. Rödl, Abingdon-New York, Routledge, 2008, pp. 193-210.
- ⁶⁶ C.A. Whytock, *Thinking Beyond the Domestic-International Divide: Toward a Unified Concept of Public Law*, in «Georgetown Journal of International Law», 36, n. 1, 2004, pp. 155-193.
- ⁶⁷ Bodansky, *Is There an International Environmental Constitution?*, cit., p. 574: «Mi sembra sbagliato il tentativo di definire le condizioni necessarie e sufficienti di una costituzione e poi misurare i sistemi di *governance* che aspirano a questo status sulla base di questi caratteri definitivi. Dovremmo invece utilizzare un approccio meno categoriale. [...] Il carattere costituzionale della *governance* non è una questione di sì o no, ma di più o meno».
- ⁶⁸ S. Gardbaum, *The Place of Constitutional Law in the Legal System*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 169 ss.

⁶⁹ Il riferimento è, ovviamente, a quella direttrice del discorso costituzionalistico contemporaneo che «guarda all'ordine globale come un tutto, cercando di identificare e concepire strutture che possano adempiere più comprensive promesse costituzionali». Sulle diverse linee di sviluppo di questo segmento del dibattito si veda, in sintesi, Krish, *Beyond Constitutionalism*, cit., pp. 33 ss. La coppia oppositiva *micro-constitutionalization/macro-constitutionalization* è centrale nei lavori di Anne Peters, che non ha mancato di sottolineare i rischi di un approccio «micro-costituzionale» che sembra incrementare, invece che combattere, i rischi della frammentazione giuridica. Si veda, al proposito, Peters. *Compensatory Constitutionalism*, cit., pp. 593 ss.

⁷⁰ Cfr. N. Walker, *Big 'C' or small 'c'?*, in «European Law Journal», 12, n. 1, 2006, pp. 12-14; Id., *Opening or Closure? The Constitutional Intimations of the ECJ*, in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, a cura di M. Poiares Maduro e L. Azoulay, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 333-342.

⁷¹ M. Kumm, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism*, cit., p. 260.

⁷² M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2006.

⁷³ J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, p. 223.

⁷⁴ N. Walker, *EU Constitutionalism and New Governance*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 15-36, in part. p. 34. Ma sul punto si veda Weiler, *The Constitution of Europe*, cit., p. 223: «Il costituzionalismo [...]

non è che un prisma attraverso il quale si può osservare un panorama in un certo modo, un *artefatto accademico* con cui si possono organizzare le pietre miliari e i punti di riferimento all'interno del paesaggio, [...] un costruito intellettuale attraverso il quale si può attribuire un significato a, o persino costituire, ciò che è osservato».

⁷⁵ Ivi, pp. 33 s. Ma sul punto si vedano ora le stimolanti riflessioni di M.W. Dowdle e M.A. Wilkinson, in *On the limits of constitutional liberalism: in search of a constitutional reflexivity*, Working paper series, 2015/009, National University of Singapore, Faculty of Law, Singapore, 2015.