

Il laboratorio europeo e le sfide del costituzionalismo globale

RICCARDO CAVALLO

1. *Il costituzionalismo tra malinconia e rinascita*

Da anni, se non addirittura decenni, si parla così tanto della crisi del costituzionalismo¹ da costringere in maniera ciclica il ceto dei giuristi ad interrogarsi, per un verso, sulla tenuta dei concetti e, per l'altro, a misurarsi con le inedite sfide del presente. Ma se inizialmente la crisi si colloca solo sul fronte *interno* essa inizia a mutare pelle quando comincia a porsi all'*esterno* minando le fondamenta stesse del costituzionalismo. Se prima ad erodere le vecchie certezze dei sistemi costituzionali contribuivano soprattutto le trasformazioni interne degli ordinamenti giuridici e politici a livello nazionale adesso sono i processi posti al di fuori dei confini statali, ovvero la tendenza sempre più pressante alla trasformazione dei sistemi giuridici in maniera funzionale ad un ordine sovranazionale e internazionale cui si accompagna la mondializzazione delle economie e degli stessi sistemi poli-

tici². Dopo aver raggiunto faticosamente l'unità del suo statuto disciplinare anche il costituzionalista incomincia ad avere enormi difficoltà nell'orientarsi, privo della necessaria bussola, nei mari tempestosi della globalizzazione, la cui forza d'urto sembra aver travolto le solide fondamenta della terraferma giuridica dove rischiava di rimanere sepolto sotto le polverose macerie dell'edificio concettuale moderno, al cui vertice era collocata la costituzione che, grazie alla sua forza prescrittiva, era diventata il simbolo di un'epoca aurea della tutela dei diritti e della limitazione dei poteri³.

Nell'epoca globale, l'oggetto (il diritto costituzionale) ed i soggetti (i costituzionalisti) si sono trovati entrambi in un momento di crisi e di debolezza data sia dalla profonda mutazione e dalla proliferazione subita dalle categorie dello *jus publicum europaeum*, sia dalla difficoltà dei secondi a misurarsi con le pericolose tentazioni della *Globale Zeit*, essendo sempre in bilico tra il *non più* dei vecchi concetti e il *non ancora* dei nuovi. Le possibili vie d'uscita da

tale situazione di incertezza e mutamento sono state le più disparate (dalle prospettive di un costituzionalismo *multilevel* alla proposizione di una forma di *costituzione tecnocratica* incentrata sul potere delle corti e dei giudici) ma, ancora oggi, nessuna realmente risolutiva specie perché accomunate dall'ansia di disfarsi del vecchio fardello della sovranità e del potere costituente con qualcosa di nuovo, molto più suggestivo ed accattivante ma effimero ed evanescente. In altri termini, tutte soluzioni che in ossequio ad un'irrinunciabile *ragionevolezza* rischiano di sincopare, fino a soffocare del tutto, la dimensione *reale* della politica. Mentre si assiste al tramonto (auspicato o temuto) del Leviatano⁴ incomincia ad affermarsi la centralità di rapporti giuridici e politici ruotanti non più intorno alla costituzione, nel senso classico del termine, ma al mercato tanto da potersi parlare di "costituzioni civili", vale a dire quei sistemi giuridici morfologicamente passati dall'essere ordinamenti non più costituzionali quanto *mercatori*, regolati ormai da un tipo di diritto privato e, comunque, non statale. Abbagliati dalla prospettiva di poter finalmente costruire un diritto costituzionale cosmopolita in tanti hanno intravisto questa possibilità come una luce in fondo al tunnel della crisi del costituzionalismo moderno, senza accorgersi che, così facendo, si stavano abbandonando corpo e anima ad una miriade di *microcostituzioni* che come minuscoli, luccicanti frammenti di un vaso di cristallo ormai infranto, nascono e muoiono per autoregolazione applicandosi in maniera settoriale a diverse realtà (dalla *lex digitalis* alla *lex labori internationalis*)⁵. Si tratta di un processo di «autocostituzionalizzazione di ordinamenti globali senza stato»⁶ dall'esito ambivalente che ha pro-

vocato, da un lato, indipendenza (dalla politica statale) e, dall'altro, ha generato nuove forme di dipendenza (dalla moltitudine di poteri e interessi operanti spontaneamente a livello planetario). In tale contesto i 'vecchi sovrani' vengono sostituiti da una nuova mappa di poteri, frammentati, eterogenei e, per forza di cose, sfuggenti e autonomi l'uno dall'altro (dalle diverse Corti internazionali alle *corporations*). Ma vista la natura per così dire *liquida* di tali poteri diffusi e molecolari sorti quasi spontaneamente sia a livello interno, ma soprattutto a livello esterno, più che parlare di supplenza o successione tra poteri è forse più calzante parlare di una contrapposizione più netta in cui è il *vecchio sovrano* a dissolversi nell'*antisovrano*⁷ che, com'è facile arguire, non è un soggetto ma una pluralità di soggetti che, difficilmente possono dunque concorrere ad avere lo stesso monopolio del potere *sovrano*. Tutto ciò rientra in quella graduale «*deformalizzazione* delle categorie giuridiche, del linguaggio e della sintassi propria dei giuristi»⁸, che non si sostanzia in una mera svalorizzazione delle categorie e del linguaggio giuridico quanto in una loro proliferazione incontrollata, da cui deriva una sorta di incomunicabilità tra i cultori della stessa disciplina che sembra popolarsi di orizzonti di senso paralleli e impermeabili tra loro che frantuma ulteriormente una disciplina già a pezzi.

Nello scenario descritto, a prima vista così desolante, il costituzionalista stesso sembra infatti quasi bloccato in una situazione di angosciosa attesa di qualcosa di irrimediabile, ma che, al tempo stesso, possa quasi miracolosamente salvarlo dalla fine che incombe. Un po' come Justine, la protagonista dell'evocativo film di Lars Von Trier, *Melancholia* (2011), il costituziona-

lismo oggi sembra vivere quest'atmosfera gravida di apocalittica apprensione: vuole correre per mettersi in salvo ma è anche preda del fascino emanato dal pericolo della novità. Perciò la crisi del costituzionalismo potrebbe, paradossalmente, determinarne la rinascita, nel senso che essa va vista non solo come il necessario superamento delle categorie del passato contenute nella cassetta degli attrezzi del giurista novecentesco, ma anche come foriera di nuovi istituti giuridici che, in molti casi, assumono forme assolutamente insolite e altre volte sono il frutto di una sintesi tra vecchie e nuove categorie. Se così stanno le cose ci si può chiedere quale futuro può profilarsi per il costituzionalismo: si salverà dalle minacce della nuova epoca globale e multiculturale rifugiandosi nella 'grotta magica' della propria tradizione giuridica oppure nel cercare di fuggire le proprie splendide vesti, proprio come l'infelice sposa di Von Trier, finirà per rimanervi imbrigliata?

2. Il laboratorio 'costituzionale' europeo: a) la centralità dei diritti

Per rispondere a questo pressante interrogativo cercheremo di ripercorrere, sia pur sinteticamente, il fecondo e problematico dibattito⁹ sul processo di costruzione dell'Europa, che, come del resto ogni dibattito 'costituzionale', è stata un'occasione proficua per illustri giuristi e filosofi, dopo decenni di silenzio, per confrontarsi non solo sul problema della forma politica dell'Unione Europea ma sul significato stesso di "costituzione" e il senso di "sfida" che tale termine sembra evocare¹⁰. Tale dibattito si è incentrato soprattutto sulla na-

tura della Carta dei diritti (il nucleo di una futura e compiuta Costituzione europea) definita, non a caso, un ambizioso modello politico, istituzionale e culturale che doveva operare una rottura, nel processo di costruzione europea fungendo quasi da strumento di riequilibrio nel mondo globale plasmato esclusivamente dalla logica economico-monetaria¹¹. In breve, la Carta doveva essere alla base di un vero e proprio processo costituente e la sua proclamazione doveva determinare l'affermazione dei diritti appunto come soggetto costituente superando l'anacronistica concezione naturalistica di popolo e cercando di cogliere l'elemento assolutamente inedito di tale percorso: i cittadini dell'Unione potevano finalmente diventare i protagonisti indiscussi della Costituzione europea. Anzi, la Carta dei diritti avrebbe dovuto costituire la premessa per la nascita del futuro *demos*, o meglio, per la costruzione del soggetto in grado di darle piena legittimazione. Non dovendo rappresentare un approdo ma la visibile apertura di un processo costituente, era quantomeno opportuna per la sua stesura la co-partecipazione di diversi soggetti, *in primis*, i giuristi i quali non dovevano rinchiudersi orgogliosamente nella cittadella del diritto opponendo «un *non possum* fondato sulle loro antiche certezze e rassicuranti categorie, che la Carta [tendeva a mettere] in discussione soprattutto per la definizione dei nuovi equilibri istituzionali»¹².

Esemplificativa di tale atteggiamento è soprattutto la riflessione di Luigi Ferrajoli che ha sottolineato, più di ogni altro, come il *processo costituente europeo*¹³ fosse un percorso del tutto innovativo, senza precedenti nella storia e sicuramente diverso da quello seguito dalla formazione degli Stati nazionali. Nello specifico, egli intendeva rove-

sciare le ragioni degli euro-scettici, accusati di voler rimanere ancorati alla vetusta forma statual-nazionale e all'altrettanto desueta categoria metafisica di *Volk* dietro la quale si intravedeva il pauroso spettro schmittiano, ricorrendo a due argomentazioni: la prima di carattere empirico o fattuale, relativa alla questione fenomenologica dell'esistenza di un 'popolo' dotato di qualche omogeneità sociale e la seconda di carattere filosofico-politico, riguardante il fondamento assiologico delle Costituzioni¹⁴. Sotto il primo profilo, nonostante l'esistenza di affinità linguistico-culturali, Ferrajoli evidenziava, come le moderne Carte Costituzionali, non fossero state approvate sempre con il consenso, o almeno, l'adesione di "popoli", "nazioni", o società civili contrassegnate da un certo grado di omogeneità socio-culturale e «la comune appartenenza, il consenso intorno a valori politici condivisi riscontrabile nei nostri Paesi [sembrava essere] più un effetto che una preconditione della formazione dei nostri Stati e delle loro Costituzioni»¹⁵. Ferrajoli non negava infatti la mancanza di un certo grado di omogeneità politico-sociale o di una qualche identità collettiva, quali fattori di legittimazione di ogni Costituzione, ma al contempo rimaneva fermamente convinto che tale lacuna potesse in qualche modo essere colmata da altri elementi, quali la consapevolezza dell'eguaglianza dei diritti e la garanzia dei diritti fondamentali come diritti uguali tra i consociati¹⁶. Sotto il secondo profilo, il rispetto dei diritti fondamentali, in maniera uguale e universale e non la volontà comune di un popolo, dunque avrebbe dovuto dare legittimità alla Carta Costituzionale poiché solo dall'esigenza di garantire i diritti di tutti – persino contro la maggioranza politica – matura il

senso di appartenenza e l'identità collettiva di una comunità. Per Ferrajoli, il modello di riferimento rimane, pur sempre, la democrazia costituzionale, quel sistema complesso di regole, di vincoli e di equilibri, che nasce all'indomani della traumatica esperienza del secondo conflitto mondiale¹⁷, in cui si ritorna alla concezione *rivoluzionaria* della Costituzione come limite e vincolo ai pubblici poteri *ex art.* 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ove si afferma: «ogni società nella quale non sono assicurate le garanzie dei diritti né la separazione dei poteri non ha costituzione». Infatti, in tale frangente si assiste ad una seconda rivoluzione nella natura del diritto, la quale ha comportato il passaggio dal *principio di legalità formale* o di *mera legalità* (la validità e l'esistenza di una norma giuridica, indipendentemente dal suo contenuto, deriva necessariamente dalle forme della sua produzione) proprio del giuspositivismo classico, al *principio di legalità formale* o di *legalità stricto sensu* (una norma giuridica esiste ed è valida non solo in ragione delle forme della sua produzione ma anche e soprattutto quando i suoi contenuti sostanziali rispettino i principi ed i diritti fondamentali stabiliti della costituzione). Alla luce di tale paradigma, la Costituzione viene vista alla stregua di un *diritto sul diritto* in grado di organizzare sia gli aspetti formali del diritto che quelli sostanziali ed i diritti fondamentali, elaborati dalla tradizione giusnaturalistica, prima in qualche modo 'innati' e poi *positivizzati*, grazie al loro inserimento nelle moderne costituzioni, assurgono addirittura alla sfera dell'indecidibile: del *non decidibile che* (divieti corrispondenti ai diritti di libertà) e del *non decidibile che non* (obblighi politici corrispondenti ai diritti sociali).

Questo è in estrema sintesi il percorso di Ferrajoli¹⁸, la cui logica prosecuzione non poteva che essere un ulteriore ampliamento della sfera pubblica dei diritti anche a livello europeo. Tale proposta dunque sembra muoversi così in perfetta continuità con la cultura giuridica europea dominante tesa ad operare la *reductio* dell'Europa al solo aspetto giuridico-formale sostanzandosi altresì in una totale giuridicizzazione del politico e, al contempo, in un'eccessiva enfasi sui diritti¹⁹. Ciò si è tradotto in un sistema che sembra autolegittimarsi in una sorta di perversa tautologia poiché negando la sovranità si presenta l'esigenza di

sostenere spostamenti, a seconda dei casi, sempre più in alto, verso istituzioni sempre più universali, sempre più 'rarefatte', sempre meno 'sovrane' e sempre più (solo) 'costituzionali', dei luoghi politici della decisione. Le istanze internazionali di giustizia, le convenzioni mondiali, gli organi sovranazionali di garanzia, le stesse Carte dei diritti, appaiono come costituzioni, custodi di verità del diritto raggiunte a caro prezzo, verità che traggono la loro forza non dal *consenso* (di una o più parti) ma direttamente dalla loro intrinseca razionalità e dalla loro universalità, e che vengono poste definitivamente al di sopra di un più o meno contingente consenso politico²⁰.

3. Il laboratorio 'costituzionale' europeo: b) alla ricerca del *demos*

Il tentativo di *costituzionalizzare* l'Europa attraverso i diritti è, come si può intuire, strettamente collegato alla scottante questione della soppressione del *demos* nel processo di integrazione europea che, proprio per tale ragione, ha assunto sin dall'inizio un cammino incerto e altalenante. Prima i dubbi insinuati dalla storica sentenza del-

la Corte Costituzionale Tedesca (1993) sul Trattato di Maastricht; poi le appassionate polemiche suscitate dall'approvazione della *Carta dei diritti fondamentali* (2000) anche per la sua formulazione ad opera di un organismo («tecnocratico») creato *ad hoc*, quale la Convenzione; infine, la solenne decisione di voler dare una *Costituzione* all'Europa (2004), il cui progetto era stato affidato ad una «seconda Convenzione»²¹, ed a cui spettava l'arduo compito di delineare il futuro dell'Europa. La situazione non è mutata neanche dopo la firma Trattato di Lisbona²² – da parte dei capi di Stato e di governo dei ventisette paesi membri avvenuta il 13 dicembre 2007 – che aveva il precipuo scopo di porre fine alla lunga «pausa di riflessione» seguita ai *no* francese ed olandese alla Costituzione europea. A distanza di quasi dieci anni non è più un mistero che tale Trattato non sia riuscito veramente a «sciogliere» i nodi problematici che da sempre hanno investito il *processo costituyente europeo* non essendo stato forse nient'altro che «una pantomima per liberarsi degli elettori francesi ed olandesi»²³. Se la reale *intentio* sottesa all'approvazione del Trattato di Lisbona era quella di uscire dalla crisi si può dire che l'effetto sia stato ottenuto solo parzialmente, non essendo stata certamente risolutiva la decisione, presa in tale sede di ratificarlo (anche in paesi come la Francia) per via parlamentare. Il tentativo, neppure troppo dissimulato, di voler porre un *katéchon* alla deriva «euro-scettica» si è tradotto, pertanto, in una serie di espedienti giuridici creati *ad hoc* per aggirare il reale ostacolo, cioè il persistere del deficit democratico. Sembra quasi che a livello europeo l'idea di sovranità popolare sia «divenuta del tutto oscena, utilizzabile unicamente, *horresco referens*, dai populisti»²⁴.



Robert Schuman a Roma promuove il progetto europeo, 1950

Proprio per scongiurare il «pericolo» di una nuova consultazione popolare che aveva già bloccato l'entrata in vigore del Trattato-Costituzione, le *élites* europee hanno cercato di neutralizzare, ancora una volta, il *terribile potere* riducendo il popolo a un mero soggetto passivo che debba solo ratificare decisioni imposte dall'alto, oppure il cui parere acquista autorità solo se *in sintonia* con quanto stabilito dalle *élites*. La storia sembra essersi ripetuta con il *no* referendario irlandese del 13 giugno 2008, alla ratifica del Trattato di Lisbona: come successo in Francia e in Olanda, il popolo ha nuovamente messo in scacco il *processo costituente europeo*.

Ciò che è accaduto di fronte al reiterarsi di un siffatto scenario, ancora una volta, è stata la scelta da parte delle *élites* di accelerare, in spregio alle più elementari regole democratiche, la ratifica del Trattato da parte degli altri Paesi, ignorando del tutto la volontà popolare. A tal proposito, risuonano quasi profetiche le parole di Jean Baudrillard, pro-

nunciate subito dopo i referendum di Francia e Olanda: «l'Europa si sta costruendo [...] su questa grande esibizione di disprezzo totale per la voce dei popoli [...] Tutto ciò [...] significa il fallimento del principio stesso della rappresentanza»²⁵. In questo senso, dunque anche il risultato irlandese, va letto come l'ennesimo segnale di cedimento della struttura smaccatamente elitaria²⁶ del progetto europeo, in quanto si assiste ad un vero e proprio scollamento tra le *élites* (favorevoli alla costruzione di un'Europa come un grande spazio economico-monetario) e il *popolo* (favorevole all'edificazione di un'Europa intesa come grande spazio politico-sociale). I risultati referendari, del resto, hanno dato concretezza ad una *querelle* che sembrava inizialmente solo teorica e che ha raggiunto il suo punto più alto con il confronto tra l'euroscettico Dieter Grimm²⁷ e l'euro-ottimista Jürgen Habermas²⁸ che racchiude il *punctum dolens* del *processo costituente europeo*: se sia possibile concepire una Costituzione euro-

pea senza popolo o, ancora, se sia ipotizzabile un popolo europeo. In sintesi, mentre per Grimm alla Costituzione deve *preesistere* un popolo, il cui potere costituente ne rappresenta la *condicio sine qua non*, per Habermas, invece, l'identità collettiva non è mai un «a priori storico-culturale» della Costituzione ma una sua *conseguenza*. Entrambe le posizioni, nonostante il notevole spessore teoretico e la lucida diagnosi politica, non sono però esenti da critiche²⁹. Tuttavia alla «no demos thesis», al di là del fatto che sia condivisibile o meno, va riconosciuto almeno l'indubbio merito di aver posto all'attenzione degli studiosi l'eccessiva debolezza della legittimazione politica della Costituzione europea³⁰; invece, la riflessione habermasiana non è riuscita a sciogliere il nodo problematico del deficit democratico, in quanto essa «risulta aprioristicamente circoscritta dai diritti»³¹. In effetti, considerare la tutela dei diritti fondamentali come il principio fondatore dell'Unione europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità, vuol dire esautorare di fatto il tradizionale principio della sovranità popolare³², andando a rafforzare ulteriormente la paradossale idea di una Costituzione senza popolo³³ innalzata come possibile modello delle future costituzioni post-statuali e post-moderne, lasciando così presagire in quale direzione potrebbe svilupparsi il costituzionalismo nell'epoca globale.

4. *L'utopia del costituzionalismo globale*

La breve ma significativa parabola costituzionale europea così come il tentativo, ancora più arduo, di costruire una sorta di costituzionalismo globale, si sono rilevati,

come abbiamo visto, impraticabili come sentieri di cui si smarrisce la via prima ancora di intraprenderli. Il primato dei diritti ha comportato la spoliticizzazione della società europea, e più precisamente, l'annullamento della sua dimensione storico-sociale, ovvero «la riduzione di ogni ipotesi di conflittualità alla dimensione individualistica del singolo che protesta e si rivolge ad un tribunale, neutralizzando il momento dell'agire politico collettivo»³⁴. Assegnando un ruolo preminente alla giustizia nella vita collettiva (*giuridificazione della politica*) si realizza un vero e proprio trasferimento di sovranità dal popolo ai diritti intesi sia come fattore identitario che di legittimazione politico-giuridico³⁵. Questa non è altro che la dimostrazione del fallimento dell'*ideologia europea*, efficacemente riassunta nella formula *massimalismo giuridico/minimalismo politico*³⁶, che sembrava vincente nello scenario europeo fino all'approvazione solenne del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, avvenuta a Roma nel 2004. Ma i risultati referendari in Francia e Olanda, al di là delle diverse e contraddittorie interpretazioni, hanno smentito tale illusorio successo, riaprendo ancora una volta il dibattito e mettendo ulteriormente a nudo le debolezze intrinseche ad un'idea di Europa strettamente correlata al formalismo dei diritti e delle procedure. Una costituzione non può allora ridursi a un mero accordo formale tra i governanti senza instaurare un vero e proprio *momento costituente*, in quanto non può sussistere un potere costituito in assenza di un potere costituente che tutt'al più potrebbe essere *legale* ma mai *legittimo*.

Ma qual è stata dunque la vera causa del fallimento dell'ambizioso progetto costituente europeo? Nonostante gli innumere-

voli sforzi teoretici, la scienza giuridica non è riuscita a trovare almeno un precario punto di equilibrio tra diritto e politica, avendo spostato l'ago della bilancia più verso la valorizzazione del tema dei diritti, riconoscendo addirittura a essi una forza costituente. Si è cercato invece, a quanto pare, erroneamente di rigettare ogni residuo di sovranità, additando quest'ultima come possibile fonte di arbitrio politico, retaggio di un passato da dimenticare e da rinnegare a tutti i costi³⁷ per costruire un costituzionalismo del tutto nuovo, più vicino a quello della tradizione di *common law* che di *civil law*. La sovranità, anche quando ha assunto le sembianze a prima vista più rassicuranti del potere costituente, è stata sempre considerata come un male oscuro da estirpare. Al suo posto è stato glorificato un cosmopolitismo dei diritti che avrebbe dovuto aprire la via ad un rassicurante *costituzionalismo garantista* che abilmente separato – dallo stesso Ferrajoli – dal *costituzionalismo principialista* (troppo integralista e troppo poco laico per essere assunto come modello), riuscendo così finalmente a sgombrare il campo da ogni possibile arbitrio legato alla decisione politica come del resto sottende il titolo di uno tra i più recenti testi ferrajoliani, *la democrazia attraverso i diritti*. Poche parole che racchiudono un programma ben preciso: ancorare l'intero sistema ad una costellazione di diritti, superare il contrasto tra diritto naturale e diritto positivo grazie alla «positivizzazione della legge della ragione»³⁸ per giungere ad una completa laicizzazione della storia.

Per arrivare ad una tale conclusione si deve per forza di cose abbracciare un cieco ottimismo («una vera e propria conversione etica degli uomini all'altruismo e alla benevolenza universale»)³⁹, visto che Ferrajoli legge in maniera storico-evolutiva tutta

la recente storia del costituzionalismo non-curante dei venti di tempesta che spirano sia nel cuore dell'Occidente, sia al di fuori dei suoi confini⁴⁰. Ne emerge un quadro a prima vista rassicurante, ma sicuramente poco realistico che tende a dimenticare non solo che le istituzioni internazionali (*in primis* l'ONU) nel corso della loro travagliata storia non si sono dimostrate per niente pervase da un afflato democratico ma sono state alla mercé delle potenze egemoni che, a dispetto della cancellazione formale della sovranità statale disposta dalla Carta delle Nazioni Unite, si sono appropriate di fatto del suo esercizio illimitato per imporre la loro forza in modo autoritario e gerarchico⁴¹. A ciò bisogna aggiungere l'apparente senso di giustizia che promana dai tribunali internazionali poco *universalistico* e molto *particolaristico*, in quanto anch'esso finalizzato all'affermazione della superiorità non solo giuridica ma anche etica dei vincitori nei confronti dei vinti, all'insegna di una vera e propria «forzatura normativa, sovravalutazione delle capacità regolative del diritto, generosa utopia politica o, nei casi peggiori, imperialismo culturale»⁴².

In un siffatto contesto è chiaro che nessuno spazio residua alla vecchia e temibile sovranità, brillando il diritto di luce propria e imperitura. Ma non ci si accorge che tale 'encomiabile' intento è viziato *ab origine*, poiché uno spazio in cui la forma politica è debole rende anche il diritto non più certo. Ciò che Ferrajoli (e chi allo stesso modo esulta di fronte alla scomparsa della sovranità o all'*esaurimento* del potere costituente)⁴³ non riesce probabilmente a percepire è l'esistenza di «un nesso profondo tra l'innegabile crisi che attraversa l'ordine del mondo e la crisi della sovranità politica»⁴⁴. Se si accetta comunque passivamente la

tendenza in atto, i diritti diventano *insaziabili* dissolvendo il principio democratico e rendendo la Costituzione in qualche modo eterna e immodificabile⁴⁵.

5. *Una indivisibile minorata*

Il richiamo, anzi quasi una sorta di *invocatio Dei*, del *rule of law* come elemento da solo in grado di traghettarci verso un diritto globale evidentemente non basta essendo più opportuno tenere insieme, in una continua dialettica, principio di legalità e principio democratico. Il *pancostituzionalismo* (per usare un'espressione di Barile) oggi dominante, abolendo ogni riferimento alla sovranità ha, di conseguenza, estromesso anche ogni richiamo al popolo a vantaggio di una concezione individualistica e depolitizzata, in cui il diritto rischia di diventare nient'altro che arbitro. La tendenza in corso, del resto, difficilmente lascia spazio ad ipotesi alternative, essendo caratterizzata dall'affermarsi di un pervicace *neoindividualismo giuridico*⁴⁶, la cui manifestazione più tangibile è proprio la proliferazione dei diritti che, da un lato, assegna un ruolo di primo piano alle Corti europee lasciate libere di decidere erodendo lo spazio tradizionalmente riservato al potere legislativo e, dall'altro, si basa su un sistema di valori non corrispondente, se non in contrasto con quelli nazionali, dando luogo ad un arretramento rispetto alla dimensione costituzionale statale⁴⁷. A ciò si aggiunge una limitazione ulteriore determinata dall'introduzione dell'obbligo 'costituzionale' del pareggio di bilancio e dei conseguenti vincoli imposti dalla normativa europea che, a sua volta, si può tradurre addirittura

in un'autonegazione 'legale' degli stessi diritti. Se ciò è evidente già nel dibattito costituzionale europeo *a fortiori* tutti i nodi problematici emersi risultano amplificati se proiettiamo tale modello su scala mondiale. In primo luogo, nel vuoto di potere sovranazionale che si determina nel mondo globale non si affermano i diritti fondamentali e la democrazia cosmopolita, ma per l'appunto la *lex mercatoria*⁴⁸ e il modello giuridico-politico nordamericano, nel senso che il grande spazio globale diviene il luogo per eccellenza in cui, grazie al *divide et impera*, si è sviluppata l'egemonia degli Stati Uniti che, in molti casi, ha usato la strategia dei diritti come arma giuridico-politica per consolidare ancor di più il suo dominio planetario. In secondo luogo, nelle solide ed impenetrabili mura che sovrastano lo *spazio sacro* dei diritti universali sono custodite le vestigia di un costituzionalismo che, grazie all'estromissione di ogni brandello di sovranità, tende ad imporsi sempre di più soffocando gli spazi di democrazia. A dispetto di ogni a-storico entusiasmo, il concetto di sovranità (di origini medievali ma sviluppatosi pienamente nel mondo moderno) viene considerato quasi alla stregua di un'anticaglia da mandare in soffitta, per abbracciare la ben più 'nuova' idea wolffiana e kelseniana di *civitas maxima*, dimenticando che la stessa appartiene alla cultura politica premoderna e le cui radici affondano addirittura nell'imperialismo romano⁴⁹. Infine, il superamento della dimensione chiusa ed omogenea dello Stato nazionale, nelle cui pieghe la garanzia concreta dei diritti era diventata una sorta di imperativo categorico, e l'estendersi della loro tutela a livello sovranazionale, o addirittura globale, implica un loro innegabile processo di astrazione che li rende, eterei,

sfuggenti, inafferrabili: diritti senza storia e senza sovrano⁵⁰.

Se tale quadro a tinte fosche è più che reale sembrerebbe allora che il costituzionalismo non abbia più alcun futuro trovandosi in una situazione come quella ben rappresentata dalla provocatoria opera d'arte realizzata, qualche anno addietro, da Emilio Isgrò ed inserita nella mostra intitolata, non a caso, *Cancellazione della Costituzione. Rappresentazione di un crimine* tenutasi a Verona nel 2010. Il pezzo forte di tale mostra è proprio l'opera dell'artista siciliano *Una indivisibile minorata* consistente in un libro aperto, in cui i primi otto articoli della costituzione risultano cancellati con un deciso tratto nero per lasciare leggibili solo le tre parole che danno il titolo all'opera. A rendere il tutto ancora più inquietante, la presenza sulla pagina sinistra del testo, di uno sciame d'api che sembrano quasi erodere quanto rimane della carta. Per quanto la cancellazione degli articoli del testo della carta costituzionale possa risultare inquietante e sinistra, tuttavia, per ammissione dello stesso artista, ciò non si esaurisce in una provocazione fine a se stessa, tramutandosi anzi nel suo contrario: cancellare per riaffermare, anche grazie al simbolo dell'operosità rappresentata dalle api. La loro presenza, come quella del popolo, risulta vitale per la sopravvivenza, o meglio dire, la rinascita, della costituzione perché, come enfaticamente affermato da uno dei più significativi esponenti della scienza giuridica weimariana⁵¹ come Gerhard Leibholz: «ogni democrazia presuppone che il popolo sia sovrano, vale a dire che tutto il potere derivi dal popolo, e che il popolo sia soggetto e portatore del potere costituente»⁵².

Il formalismo dei diritti comporta, in definitiva, l'occultamento dell'attività cre-

ativa e istitutiva del popolo e si pone in continuità con la tradizione liberale⁵³ continuamente segnata dalla preoccupazione che il soggetto-popolo possa riappropriarsi del potere costituente, chiudendo di fatto il problematico rapporto tra Europa e sovranità popolare. Al contrario, la riapertura di tale rapporto – in cui il *demos* va inteso nella sua dimensione storico-sociale e non come un'entità omogenea sia sotto il profilo etnico che culturale – costituisce pertanto la condizione per concepire un'altra idea di Europa, la quale sia capace di andare ben al di là del primato dei diritti e delle logiche del mercato:

l'economia di mercato come veicolo e motore dell'integrazione non rende l'Europa ancora più unità, bensì la disunisce e la porta in un vicolo cieco. [...] Se l'Europa non vuole arenarsi, non deve più apparire come un costrutto tecnico-pragmatico di razionalità economica: deve comunicarsi come idea di ordinamento e venire ancorata in una chiara volontà politica dei popoli non meno che dei singoli⁵⁴.

Forse solo evitando i pericoli insiti in un *costituzionalismo irenico*⁵⁵ che si limiti a celebrare i fasti dei diritti fondamentali sacrificando sull'altare della scienza giuridica la sovranità e il potere costituente e valorizzando al contempo la dimensione conflittuale del politico⁵⁶, è possibile neutralizzare l'impatto dirompente della globalizzazione che pensava di aver determinato un esaurimento della spinta propulsiva dei concetti e delle categorie del costituzionalismo. Il suo volto, infatti, pur presentando evidenti segni di vecchiaia che segnano l'inesorabile scorrere degli anni, permette di scorgere dietro le rughe del tempo, sia pur in controluce, ancora il suo antico splendore.

- ¹ Cfr. da ultimo *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014 che contiene due interessanti contributi di G. Azzariti e S. Dellavalle, in cui vengono evidenziate le principali questioni sul tappeto: nello specifico, Azzariti sottolinea la debolezza del diritto costituzionale inteso come garanzia dei diritti e limitazione dei poteri nella tempeste globale, mentre Dellavalle, cerca di ridefinire i requisiti minimi affinché il costituzionalismo possa riuscire a riemergere nell'epoca post-nazionale.
- ² Essendo la bibliografia sulla globalizzazione ormai sterminata ci limitiamo in questa sede a segnalare solamente i contributi più significativi ai fini dello sviluppo del nostro discorso: A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002; U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002; M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- ³ Su questi aspetti si rimanda ai volumi di G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010; Id., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- ⁴ Cfr. G. Marramao, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.
- ⁵ Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005.
- ⁶ G. Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2012; tr. it. *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012, p. 38.
- ⁷ Cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», n. 1, 1996, pp. 124-188.
- ⁸ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 161.
- ⁹ V. per tutti G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003 e S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.
- ¹⁰ E. Balibar, *Europa paese di frontiera*, Lecce, Pensa MultiMedia, 2008, p. 62.
- ¹¹ S. Rodotà, *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 451.
- ¹² Ivi, pp. 475-476.
- ¹³ «Un esplicito e formale 'processo costituente europeo' ha una data di nascita: il Consiglio europeo di Köln nel giugno del 1999, dove si stabilì che l'Unione Europea aveva bisogno di una Carta dei diritti fondamentali e che la preparazione di questa Carta doveva essere affidata ad un nuovo organismo istituzionale — la Convenzione» (S. Rodotà, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in «Rassegna del diritto privato», n. 1, 2005, p. 21).
- ¹⁴ L. Ferrajoli, *Dalla Carta dei diritti fondamentali alla formazione di una sfera pubblica europea*, in *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, Carocci, 2002, pp. 81 ss.
- ¹⁵ Ivi, p. 84.
- ¹⁶ Cfr. da ultimo L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editrice Scientifica, 2015.
- ¹⁷ Ferrajoli si riferisce alla Carta dell'Onu (1945), alla Dichiarazione universale dei diritti (1948), alla Costituzione italiana (1948) e alla Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) della Repubblica Federale tedesca (1949).
- ¹⁸ Si tratta di un laborioso percorso di ricerca teso all'elaborazione di una teoria giuridica della democrazia che, anche sulla scorta delle critiche ricevute, ha trovato una compiuta sistematizzazione nel monumentale L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Roma-Bari, Laterza, 2007.
- ¹⁹ Si vedano, al riguardo, i contributi raccolti nel volume curato da D. La Rocca, *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ²⁰ G. Palombella, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, p. 110.
- ²¹ In realtà, il «metodo Convenzione» è stato oggetto di numerose critiche perché «ha adottato un profilo classicamente tecnocratico [...] se si considera che nessuno dei sessantadue membri della "Convenzione" è stato eletto; sono stati tutti designati dai presidenti delle Assemblee e dai capi degli Esecutivi, nazionali e comunitari. [...] In definitiva, a nessun membro poteva ascrivere una responsabilità politica» (G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente europeo"*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», nn. 1-2, 2002, p. 20).
- ²² Cfr. J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- ²³ G. Amato, *Prefazione*, in Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 7.
- ²⁴ A. Caillé, A. Insel, *Per una Repubblica europea*, in «Democrazia e diritto», n. 2, 2003, p. 210.
- ²⁵ J. Baudrillard, *Riflesso automatico*, in «Internazionale», n. 592, 2005, pp. 32-33.
- ²⁶ Come osserva, tra gli altri, J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999; tr. it. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 10, «le decisioni davvero fondamentali [...] sono state adottate in conclavi ristretti, quali il Consiglio europeo, con la partecipazione di pochi selezionati euro-mandarini, con delibere limitate e in pratica senza alcun dibattito pubblico e responsabilità».
- ²⁷ D. Grimm, *Braucht Europa eine*

- Verfassung?*, in «Juristen Zeitung», n. 12, 1995, pp. 581-591; tr. it. *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 339-367.
- ²⁸ J. Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996; tr. it. *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 369-375.
- ²⁹ Per una disamina più articolata di tali posizioni cfr. R. Cavallo, *Le categorie politiche del diritto. Carl Schmitt e le aporie del Moderno*, Acireale-Roma, Bonanno, 2007, pp. 40-47.
- ³⁰ M. Cartabia, *“Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati Uniti d'Europa”*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2005, pp. 17-18.
- ³¹ A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 98.
- ³² Cfr. R. Cavallo, *Il primato dei diritti e l'eclisse del potere costituente del popolo*, in P. Barcellona (a cura di), *La società europea. Identità, simboli, politiche*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 66-77.
- ³³ Per una sintesi di tale dibattito vedasi S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, Giuffrè, 2002, in cui l'Autore dopo aver proceduto alla rilettura critica del processo di integrazione europea utilizzando il classico paradigma individualismo/olismo, propone un approccio comunicativo, per molti versi, contiguo a quello habermasiano. Per una diversa prospettiva cfr. E. Scoditti, *Costituzione senza popolo*, Bari, Dedalo, 2001, la cui proposta teorica si muove in un'ottica sovranazionale – al posto del Leviatano di hobbesiana memoria – le mille sottilissime catene di Liliput, cioè un assetto policentrico e differenziato delle relazioni internazionali – alquanto critica nei confronti del cosmopolitismo giuridico di matrice illuministica elaborato da Habermas.
- ³⁴ P. Barcellona, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina, Città Aperta, 2001, p. 135.
- ³⁵ Cfr. A. Cantaro, *L'Europa sovranità. La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, Dedalo, 2003.
- ³⁶ Ibid.
- ³⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- ³⁸ L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 25.
- ³⁹ D. Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 70.
- ⁴⁰ Cfr. R. Cavallo, *Theatrum Europaeum. Guerra, politica e diritto*, in «Rivista di politica», n. 4, 2014, pp. 99-111; Id., *L'Europa all'ombra del Leviatano*, in «Rivista di politica», n. 4, 2015, pp. 55-65.
- ⁴¹ Zolo, *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei ‘diritti fondamentali’*, cit., p. 71.
- ⁴² Ivi, p. 73.
- ⁴³ Cfr. M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in Zagrebelsky, Portinaro, Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., pp. 253-289; contra P. Barcellona, *La costituzione politica della società*, in «Democrazia e diritto», n. 1, 1995, pp. 129-138 e A. Cantaro, *Costituzionalismo versus potere costituente*, ivi, pp. 139-164.
- ⁴⁴ Cfr. B. de Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 13.
- ⁴⁵ Cfr. A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 179-200.
- ⁴⁶ C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, Il Mulino, 2015.
- ⁴⁷ Cfr. G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 38.
- ⁴⁸ Cfr. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- ⁴⁹ Cfr. D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma, Carocci, pp. 107-132.
- ⁵⁰ Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., p. 64.
- ⁵¹ Cfr. R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, Giappichelli, 2009.
- ⁵² G. Leibholz, *Die Repräsentation in der Demokratie*, Berlin, De Gruyter, 1973³; tr. it. *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 314.
- ⁵³ Cfr. M. Fioravanti, *Potere costituente e diritto pubblico*, in Id., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, pp. 217-235.
- ⁵⁴ E.W. Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa?*, in Id., *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999; tr. it. *Dove sta andando l'Europa*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 199 e 201.
- ⁵⁵ Cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», n. 2, 2006, pp. 1643-1668.
- ⁵⁶ Cfr. A. Carrino, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014.