

SCIENZA & POLITICA

per una storia delle dottrine



La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato

The Achievement of Constitutionalism
and its Prospects in a Changed World

Dieter Grimm

Traduzione di Matteo Bozzon – Università di Padova – matteo.bozzon@gmail.com

Questo saggio descrive il progetto ambizioso del costituzionalismo moderno e lo distingue dalla mera giuridicizzazione del potere pubblico. Esso mostra le sfide del costituzionalismo derivanti dalla perdita di identità del potere statale e del potere pubblico. Il saggio afferma la persistenza della necessità di regolare il potere pubblico, indipendentemente dal fatto che sia esercitato dalle autorità statali o da organizzazioni internazionali. Tuttavia, esso solleva dubbi sul fatto che il potere pubblico frammentato a livello internazionale possa essere regolato in modo tale da soddisfare le richieste del costituzionalismo. È in corso una giuridicizzazione che manca delle caratteristiche fondamentali del costituzionalismo. Come realizzare una compensazione in questo senso resta una domanda aperta.

PAROLE CHIAVE: Costituzionalismo; Democrazia; Costituzione societaria; Giuridicizzazione; Diritto internazionale.

This essay describes the ambitious claim of modern constitutionalism and distinguishes it from mere juridification of public power. It shows the challenges of constitutionalism that follow from the loss of identity between state power and public power. The essay asserts that the necessity to regulate public power persists, regardless of whether it is exercised by state authorities or international organizations. However, it raises doubts that the fragmented public power on the international level can be regulated in a way that would satisfy the demands of constitutionalism. What can be observed is an ongoing juridification which, however, lacks basic features of constitutionalism. How a full compensation could look like is an open question.

KEYWORDS: Constitutionalism; Democracy; Societal Constitution; Juridification; International Law.

Questo saggio è apparso originariamente in lingua inglese con il titolo *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER – M. LOUGHLIN (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-22. La presente traduzione è stata condotta sulla versione tedesca pubblicata in D. GRIMM, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012, pp. 315-344. Tra parentesi quadra sono stati indicati i numeri di pagina dell'edizione tedesca.

SCIENZA & POLITICA, vol. XXX, no. 59, 2018, pp. 131-156

DOI: <https://doi.org/10.6092/issn.1825-9618/8404>

ISSN: 1825-9618



1. *Culminazione esterna – erosione interna*

Il costituzionalismo è un fenomeno relativamente recente nella storia delle istituzioni politiche. Esso emerge nell'ultimo quarto del XVIII secolo in seguito a due rivoluzioni vittoriose contro il potere ereditario, prima nelle colonie britanniche del Nord America, poi in Francia. Ritenuto immediatamente una conquista di grande rilevanza, dispiegò rapidamente la sua forza d'attrazione anche al di fuori dei paesi d'origine. Tentativi orientati all'adozione di costituzioni moderne furono intrapresi in tutt'Europa e, ben presto, anche in altre parti del mondo. Il secolo XIX nella sua interezza fu attraversato da lotte per la costituzione; il XX secolo fu un tempo di dolorosi contraccolpi, prima che il costituzionalismo trovasse da ultimo, alle soglie del XXI secolo, universale riconoscimento. Oggi, dei quasi duecento Stati presenti nel mondo, solo una manciata sono sprovvisti di una costituzione.

Con ciò non s'intende dire che, oramai, la costituzione venga presa sul serio ovunque, o che s'imponga sempre nella lotta con gli interessi politici. L'universale riconoscimento del costituzionalismo come modello per l'organizzazione e la legittimazione del potere politico si rivela nel fatto che anche quei sovrani che non sono disposti ad assoggettarsi ai vincoli giuridici, vorrebbero perlomeno destare l'impressione di esercitare il loro potere all'interno di una cornice costituzionale. Nel complesso è aumentata sensibilmente di recente la disponibilità di chi detiene il potere a governare in accordo con le prescrizioni costituzionali, come testimoniano il numero considerevole di corti costituzionali o di corti aventi giurisdizione costituzionale, che sono state istituite nell'ultimo quarto del XX secolo. 225 anni dopo la sua nascita, il costituzionalismo appare essere giunto all'apice del proprio sviluppo.

Ciò nondimeno, occorre non lasciarsi ingannare da questo trionfo esteriore. Esso è accompagnato da un'erosione interna che, in modo inosservato, cominciò con la trasformazione della statualità e [315] che, alla fine, è costata allo Stato il monopolio del potere pubblico sul proprio territorio¹. Lo Stato condivide oggi il suo potere con una serie di attori non statali, la maggior parte dei quali sono organizzazioni internazionali alle quali gli Stati stessi hanno trasferito diritti sovrani esclusivi, il cui uso sfugge ora alla regolazione delle costituzioni nazionali. Si tratta di qualcosa di diverso dalla violazione o dall'elusione delle norme costituzionali. Differenze tra norma e realtà sono esistite da sempre, senza che per questo il potenziale del costituzionalismo

¹ Sulle cause e le conseguenze interne che non si situano al centro di questo contributo, vedi D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2002³; D. GRIMM, *Ursprung und Wandel der Verfassung*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012, pp. 11-65.



fosse minato. Al contrario, l'erosione interna della costituzione mette a rischio la sua capacità di regolare integralmente il potere pubblico nell'ambito della sua giurisdizione. Essa tocca, perciò, non solo questa o quella costituzione particolare, quanto piuttosto la conquista del costituzionalismo nel suo complesso.

Una reazione a questo sviluppo consiste nel tentativo di compensare sul piano internazionale la perdita di significato delle costituzioni nazionali. Il boom della parola "costituzionalizzazione" testimonia di tale tendenza. A differenza del tradizionale momento costituente, la costituzionalizzazione non descrive un atto attraverso il quale una costituzione è sancita, quanto piuttosto un processo culminante in una costituzione. Processi di questo tipo si lasciano osservare anzitutto in Europa, dove la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto primario dell'Unione Europea sono descritti in termini di diritto costituzionale. Ma essi investono anche il piano globale. Secondo molti autori, il diritto internazionale assume sembianze costituzionali. La Carta delle Nazioni Unite, così come gli statuti di altre organizzazioni internazionali, sono interpretati come se fossero le costituzioni di queste organizzazioni. Anche le "reti politiche globali", così come i processi di autoorganizzazione di attori privati agenti sul piano globale, sono trattati in una prospettiva costituzionalistica – tutti oggetti che, senza alcuna eccezione, fino a pochi anni or sono, non sarebbero stati affatto posti in rapporto col concetto di costituzione². [316]

² La letteratura si accresce rapidamente. Cfr. in generale R.S.J. MACDONALD – D.M. JOHNSTON (eds), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leida, Martinus Nijhoff, 2005; A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, «Leiden Journal of International Law», 19/2006, p. 579; E. DE WET, *The International Constitutional Order*, «International & Comparative Law Quarterly», 55/2006, p. 51; R. UERPMMANN, *Internationales Verfassungsrecht*, «JuristenZeitung», 56/2001, p. 565; M. KNAUFF, *Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht*, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 68/2008, p. 453; AA. VV., *Symposium »Constitutionalism in an Era of Globalization and Privatization«*, «International Journal of Constitutional Law», 6/2008; C. WALTER, *Constitutionalizing International Governance*, «German Yearbook of International Law», 44/2001, p. 170; R. KREIDE – A. NIEDERBERGER (eds), *Transnationale Verrechtlichung. Nationalen Demokratien im Kontext globaler Politik*, Frankfurt a. M., Campus, 2008, p. 200. Sul diritto internazionale, cfr. J.A. FROWEIN, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, «Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht», 39/1999, p. 427. Sull'ONU, cfr. B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, «Columbia Journal of Transnational Law», 19/1998, p. 529. Sull'OMC, cfr. D.Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2005; J.P. TRACHTMANN, *The Constitution of the WTO*, «European Journal of International Law», 17/2006, p. 623. Sulla CEDU, cfr. C. WALTER, *Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozess*, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 59/1999, p. 961. Sull'UE, la letteratura è a malapena discernibile, cfr. J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* (2003), Bologna, Mulino, 2005; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, «Common Market Law Review», 36/1999, p. 703; A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001. Sul costituzionalismo societario, cfr. G. TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 63/2003, p. 1; A.-F. LESCANO – G. TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2006; H. SCHEPEL, *The Constitution of Private*

Per poter stabilire in che misura la costituzione nazionale soffra per questa evoluzione e quanto grandi siano le prospettive di compensarne le perdite sul piano internazionale, è indubbiamente necessario un concetto che chiarisca cosa sia il costituzionalismo. Una tale definizione è spesso assente nella discussione sul futuro del costituzionalismo. Molti autori tendono a equiparare costituzionalizzazione e giuridicizzazione della politica. La giuridicizzazione della politica non è affatto qualcosa di nuovo. Essa esisteva molto prima che il costituzionalismo moderno nascesse. Un concetto chiaro di costituzionalismo può essere pertanto conseguito, più efficacemente, [317] attraverso l'indagine di ciò che di nuovo vi fu nella costituzione nel momento in cui essa sorse nel corso di entrambe le rivoluzioni di fine Settecento, e di quali condizioni si dovettero dare prima che si potesse giungere ad una costituzione³. In questo modo diventa possibile una comparazione del costituzionalismo, inteso in senso tradizionale, con la costituzionalizzazione al di là dello Stato, così come un giudizio delle sue prospettive future.

2. *La conquista e i suoi presupposti*

La nascita della costituzione moderna dalla rivoluzione non è casuale. Le rivoluzioni Francese e Americana si differenziano dalle innumerevoli rivolte e sovvertimenti nel corso della storia per il fatto che esse non si limitarono a sostituire un sovrano abietto con uno nuovo. Esse mirarono piuttosto all'istituzione di un nuovo *sistema* politico, che evitasse quelle insufficienze che i rivoluzionari attribuivano all'antico ordine. Per conseguire tale obiettivo, essi progettaronò un modello di potere legittimo prima che, proprio sulla base di questo modello, venissero nominate delle persone al potere e lo esercitassero in base alle condizioni ivi stabilite. La novità storica rappresentata da questo passaggio è spesso oscurata dalla circostanza per cui la giuridicizzazione della politica non ha avuto inizio con le prime costituzioni. Nemmeno il concetto di "costituzione" era nuovo, visto che esso era in uso ben prima dell'epoca del costituzionalismo. Tuttavia, i precedenti vincoli giuridici del po-

Governance. Products Standards in The Regulation of Integrating Markets, Oxford, Hart Publishing, 2005. Voci critiche in R. WAHL, *Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in C.-E. EBERLE – M. IBLER – D. LORENZ (eds), *Der Wandel des Staates vor Herausforderung der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München, Verlag C.H. Beck, 2002, p. 191; U. HALTERN, *Internationales Verfassungsrecht?*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 128/2003, p. 511; P. DOBNER, *Konstitutionalismus als Politikform*, Baden-Baden, Nomos, 2002; D. GRIMM, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, pp. 67-91.

³ Cfr. D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Aufklärung des Deutschen Bundes*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995³, p. 10 e ss.



tere erano di tipo diverso rispetto alla costituzione, e il concetto di “costituzione” assunse, prima e dopo la rottura rivoluzionaria, differenti significati⁴.

Nel suo significato tradizionale, il concetto di “costituzione” si riferiva alla condizione di fatto di un paese, in base a come esso era plasmato da molteplici fattori quali le caratteristiche geografiche, la peculiarità della popolazione, i rapporti di potere. Di questi fattori facevano parte anche le regole giuridiche fondamentali, che ne determinavano la struttura sociale e politica. Al volgere del secolo XVIII, il concetto assunse un significato più ristretto e [318] si riferì alla condizione di un paese, per come essa era definita dalle sue leggi fondamentali. Ma le leggi fondamentali non formavano ancora la “costituzione”. Il concetto era di natura empirica e non normativa. Inteso nel suo senso descrittivo, ogni paese aveva una costituzione o, più precisamente: esso si trovava in una certa costituzione. Utilizzato in senso normativo invece, la costituzione si riferiva a un determinato tipo di leggi come, per esempio, quelle che erano state emanate dall'imperatore medesimo (*Constitutio Criminalis Carolina*). D'altra parte, c'erano prescrizioni giuridiche che regolavano l'esercizio del potere, ma che non erano ancora chiamate “costituzione”, quanto piuttosto forma di governo o *leges fundamentales* etc.

Nel Medioevo, il diritto era considerato come una componente dell'ordine della creazione divina. Il diritto divino precedeva tutte le altre norme nel rango e non poteva essere modificato da parte del potere mondano. Il suo compito consisteva piuttosto nell'affermare la volontà di Dio. Per quanto delle leggi venissero emanate, ciò non aveva a che fare con la loro “creazione”, ma piuttosto con la concretizzazione e l'adeguamento dell'eterno diritto (delle leggi divine) alle esigenze contingenti. La Riforma protestante degli inizi del XVI secolo sottrasse il terreno a questo tipo di comprensione. Le guerre civili di religione, che succedettero la Riforma, fecero sì che la restaurazione della pace diventasse l'obiettivo primario del potere. Questo non era realizzabile sulla base dell'ordinamento medievale, nel quale i diritti di signoria erano ripartiti tra più detentori indipendenti, che li esercitavano, inoltre, non come funzione propria, ma in virtù di un certo *status*, per lo più quello di proprietario terriero, e non su di un territorio, bensì nei confronti di persone, in modo tale che poteva capitare che su uno stesso territorio si trovassero, l'uno accanto all'altro, diversi detentori di diritti di signoria.

La restaurazione della pace interna apparve possibile solamente a condizione che un unico sovrano fosse riuscito ad assumere su di sé i diritti di si-

⁴ H. MOHNHAUPT – D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi* (1995), Roma, Carocci, 2008; C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, Cornell University Press, 1940.

gnoria disseminati tra i diversi signori e di concentrarli nelle proprie mani in favore di un potere pubblico che li declinasse al singolare. Storicamente, solamente i principi territoriali furono messi in questione per questa ragione. Il loro potere non poteva più essere a lungo limitato all'attuazione della legge. Esso doveva ricomprendere il diritto alla creazione di un ordine giuridico, che fosse indipendente da verità religiose incerte. Il diritto divino perse con ciò la sua validità e continuò ad avere effetto solo come [319] vincolo morale. Al fine di imporre il diritto secolare, i principi rivendicarono un monopolio della forza sul loro territorio, che implicò la completa privatizzazione dal lato della società. Per questo nuovo tipo di potere, emerse ben presto sul continente europeo un nuovo concetto: quello di Stato. Il suo attributo fondamentale era la sovranità, intesa, a partire da Bodin, come il diritto di un sovrano di fare le leggi per tutti, senza che egli stesso fosse a sua volta vincolato giuridicamente⁵. Lo Stato nasce come Stato assolutistico.

L'assolutismo rimase tuttavia una pretesa che, prima della Rivoluzione Francese, non fu realizzata completamente da nessuna parte. La sovranità, sebbene definita come il potere più alto e indivisibile nei riguardi di tutti i sudditi, era in realtà solo relativa. Antichi vincoli giuridici risalenti al Medioevo sopravvissero e nuovi furono sanciti. Certamente essi non costituivano alcuna unità sistematica. La gran parte di questi vincoli giuridici erano il risultato di patti che i ceti privilegiati poterono ottenere dal sovrano, poiché egli era dipendente dalle loro prestazioni e dal loro consenso. Essi erano considerati come reciprocamente vincolanti e, talvolta, potevano essere persino rivendicati legalmente. Nessuno di questi legami giuridici metteva in questione, tuttavia, il diritto del sovrano di comandare. Basato su di una legittimazione trascendente o tradizionale, tale diritto precedeva gli altri vincoli giuridici. Essi limitavano questo diritto solo a tale o talaltro riguardo e solo a favore delle parti contraenti, non in generale.

L'esistenza di questi vincoli giuridici, di origine divina o secolare, conferma che non è sufficiente descrivere il costituzionalismo come giuridicizzazione del potere. La giuridicizzazione del potere è sempre esistita. La particolarità della nuova costituzione consistette nel fatto che essa non modificava soltanto un potere ad essa preesistente. Essa al contrario precedeva il potere e, in prima istanza, lo fondava. Nello stesso tempo, essa fissava le condizioni in base alle quali il potere doveva essere esercitato. Diversamente dagli antichi vincoli giuridici del potere, le nuove costituzioni regolavano sistematicamente e integralmente il potere pubblico. Ciò non significa che il potere pubblico fosse limitato di nuovo all'attuazione del diritto, [320] come nel Medioevo. Ciò significa piuttosto che il costituzionalismo non tollerava né rappresentanti ex-

⁵ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, Du Puys, 1576, I 8 e I 10.



tracostituzionali della pubblica autorità, né mezzi o vie extracostituzionali del suo esercizio. Infine, i vincoli costituzionali non favorivano solo dei gruppi privilegiati della società, che disponevano di un sufficiente potere contrattuale, ma di tutti gli abitanti del territorio.

Queste differenze ebbero una serie di conseguenze che caratterizzano ulteriormente la costituzione. In quanto decisione fondante il potere legittimo esclusivamente, la costituzione non poteva provenire da colui che comanda. Essa necessitava di una fonte indipendente da esso. Questa fu trovata nel popolo, che si costituiva come unità politica. Il principio di legittimazione dello Stato costituzionale non era la sovranità del monarca, bensì la sovranità del popolo. In questo caso, non si trattò in alcun modo di una idea originale dei rivoluzionari americani o francesi. L'idea aveva radici antiche e pervenne ad un riconoscimento diffuso quando, dopo lo scisma religioso, la rivelazione divina non fu più in grado di fungere da fondamento dell'ordine sociale. In assenza di una legittimazione divina, la filosofia dell'epoca si rivolse alla ragione come ad una qualità di tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro confessione religiosa. Per riuscire a trovare il modo in cui il potere politico potesse essere giustificato, essa si immaginò uno stato di natura fittizio, nel quale tutti erano *per definizione* liberi e uguali. La questione era, quindi, la seguente: perché e a quali condizioni degli enti dotati di ragione sarebbero pronti a scambiare lo stato di natura con uno stato di dominio?

Tale giustificazione fu trovata nella fondamentale insicurezza fisica e della vita nello stato di natura. L'abbandono dello stato di natura era perciò un precetto della ragione. Poiché, tuttavia, tale stato era definito dall'uguale libertà di tutti gli individui, il passaggio al potere poteva avvenire solo per mezzo di un accordo di tutti con tutti. Solamente un potere che si basava sul consenso dei governati poteva valere come legittimo. In ogni caso, era compito dei governati determinare le condizioni in base alle quali il potere poteva essere esercitato. Tali condizioni si trasformarono nel corso del tempo. Secondo alcuni filosofi, che idearono le loro teorie in reazione alle guerre civili di religione del XVI [321] e XVII secolo, avevano come priorità assoluta la risoluzione dei conflitti e la restaurazione della pace interna. Tale scopo parve loro raggiungibile unicamente a condizione che gli individui cedessero integralmente i loro diritti naturali e li scambiassero con il bene primario della sicurezza. Date queste circostanze, le teorie del contratto sociale giustificavano il potere assoluto.

Tanto più tuttavia il sovrano assoluto adempiva la sua funzione storica di pacificare la società, tanto meno appariva plausibile che la pace interna richiedesse la rinuncia a tutti i diritti individuali. Quale compito proprio del so-

vano assoluto appariva ora, invece, la cura della libertà individuale, per la quale era necessaria solamente la rinuncia del diritto a farsi giustizia da sé. Dalla metà del XVIII secolo, i trattati di diritto naturale si riempirono perciò di cataloghi con un numero sempre crescente di diritti naturali che lo Stato doveva rispettare e garantire. Al contempo, in economia, si affermava l'opinione che il benessere e la giustizia sarebbero state conseguite, con maggiore certezza, in un ordinamento che riposasse sulle libertà di proprietà e di contratto, piuttosto che alle condizioni del feudalesimo e del governo della società da parte dello Stato. Inoltre, guadagnò terreno la convinzione che un potere concentrato costituisse in ogni caso un pericolo per la libertà individuale. In vista della sicurezza della libertà, apparve indispensabile, di conseguenza, un sistema di divisione dei poteri e di *checks and balances*.

Sebbene queste teorie contenessero già tutti quegli elementi che successivamente confluirono nelle costituzioni, esse non furono spinte dai filosofi fino alla rivendicazione di una costituzione giuridica avente forza di legge. Costoro le intesero piuttosto come un test per valutare la legittimità dei sistemi politici: un sistema politico era ritenuto legittimo, se esso poteva essere pensato come derivante dal consenso da parte di coloro che erano sottomessi al potere. Come lo stato di natura, anche il contratto sociale era una finzione. Ad eccezione di Emer de Vattel⁶, nessuno dei filosofi prerivoluzionari rivendicava l'esigenza di un documento scritto o una scelta (esplicita) del popolo. Il contratto sociale fungeva da idea regolativa. Esso non era il risultato di un effettivo processo di unificazione. La sua autorità riposava sull'argomentazione e non sulla validità giuridica. Nessun sovrano prerivoluzionario era [322] ancora pronto a seguire queste teorie. I più anzi le rigettarono apertamente. Diritto naturale e diritto positivo sorsero l'uno in contraddizione con l'altro.

Solo attraverso la rottura rivoluzionaria con il potere ereditario, queste idee poterono diventare direttive dell'azione per la costruzione di un nuovo ordine che colmasse il vuoto di legittimità del potere. Tutto ciò condusse ad una costituzione. La sovranità popolare era il principio di legittimazione del nuovo ordine. A differenza della monarchia assoluta, tuttavia, al popolo mancava la capacità di governare se stesso. Tale compito fu affidato a rappresentanti che governavano in suo nome. Il potere democratico è potere rappresentativo e necessita perciò di organizzazione. Inoltre, l'incarico (il mandato) non sarebbe stato dato ai rappresentanti incondizionatamente. Al contrario del potere illimitato del parlamento inglese e del re di Francia, i rivoluzionari volevano fondare un potere limitato. I limiti temporali e di finalità, come anche la suddivisione del potere in diversi poteri, ne rendevano indispensabile la de-

⁶ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra/Leida, 1758, I, 3 § 27.



finizione sotto forma di legge. Condizionati dal nuovo inizio dopo una rottura rivoluzionaria, essi assunsero la forma della costituzione.

La prestazione delle rivoluzioni americana e francese consistette nel trasformare i modelli giusnaturalistici della filosofia in un codice giuridico specializzato nella legittimazione e nella limitazione del potere. Solo il diritto possedeva la capacità di separare il consenso circa lo scopo e la forma del potere politico dal momento storico e di porre in essere norme vincolanti per il futuro, affinché esse non si basassero più sulla forza di convinzione, ma sulla forza della validità. Ne derivò il problema che, in seguito alla rottura dell'ordine giuridico medievale concepito come posto da Dio, il diritto era diventato un prodotto della decisione politica. Il diritto era ineluttabilmente positivizzato. Ciò valeva anche per quel diritto che aveva come compito quello di regolare l'istituzione e l'esercizio del potere. La questione che sorgeva era pertanto la seguente: come poteva un diritto, che era il prodotto del processo politico, vincolare nuovamente tale processo?

La soluzione consistette nel ricorso all'antica gerarchia delle norme del diritto divino e secolare e nella sua reintroduzione [323] nel diritto positivo. Questo fu diviso in due parti: una, che procedeva dal popolo (o che era attribuita ad esso in quanto sua fonte) e che vincolava i governanti, ed un'altra, che procedeva dai governanti e vincolava il popolo. La prima regolava la produzione e l'uso della seconda. Il diritto divenne riflessivo. Questo poteva riuscire solamente se la prima parte precedeva la seconda nel rango. I teorici della rivoluzione avevano una chiara rappresentazione di tale necessità. Gli americani la espressero attraverso il concetto di "*paramount law*" e per descriverla usavano la differenza tra padrone e servitore, titolare e rappresentante, mentre Sieyès tentò di coglierla con la dicotomia di *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*⁷. Senza tale distinzione e quella tra diritto costituzionale e diritto ordinario conseguente da questa, così come la subordinazione del secondo al primo, il costituzionalismo non avrebbe potuto assolvere la propria funzione.

Il costituzionalismo non è perciò la stessa cosa della giuridicizzazione del potere pubblico. Nel caso del costituzionalismo, si ha a che fare, piuttosto, con una forma specifica e particolarmente ambiziosa di giuridicizzazione. Le sue caratteristiche essenziali possono essere riassunte nel modo seguente:

La costituzione moderna è un complesso di norme giuridiche, non una teoria politica. A fondamento di tali norme si pone una decisione politica, non una verità preesistente.

⁷ J. MADISON - A. HAMILTON - J. JAY, *The Federalist Papers*, 1788, n. 78; E. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato?* (1789), in E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, Tomo I, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 207-298.

Lo scopo di tali norme è di regolare l'istituzione e l'esercizio del potere pubblico. Esso non si limita soltanto a modificare un potere pubblico esistente.

La regolazione è completa, nel senso che essa esclude detentori extracostituzionali del potere pubblico, così come mezzi e vie extracostituzionali del suo esercizio.

La costituzione ha la sua origine nel popolo quale unica fonte legittima del potere pubblico. La distinzione tra *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué* è essenziale per la costituzione.

Il diritto costituzionale è diritto di rango superiore. Esso ha precedenza rispetto alle leggi e agli atti giuridici che procedono dal potere pubblico. [324] Quegli atti che non sono in accordo con la costituzione non dispiegano alcun effetto giuridico.

Queste cinque caratteristiche si riferiscono alla *funzione* della costituzione. In questo, esse si differenziano dai numerosi tentativi di caratterizzare contentutisticamente le costituzioni moderne: democrazia, stato di diritto, divisione dei poteri, diritti fondamentali ecc. La ragione sta nel fatto che il costituzionalismo è aperto a molti tipi differenti di organizzazione del potere pubblico: monarchico o repubblicano, unitario o federale, parlamentare o presidenziale, uni- o bicamerale, con o senza un catalogo dei diritti fondamentali, con o senza giurisdizione costituzionale ecc. Tutto ciò è affidato alla decisione del *pouvoir constituant*. Ciò non significa però che la costituzione moderna sia in accordo con ogni possibile contenuto. La ragione di questo sta proprio nella sua funzione di fondare il potere legittimo e di regolarne completamente l'esercizio. Un ordinamento costituzionale che non riconosce l'origine democratica dell'autorità pubblica e non costituisce una limitazione dell'esercizio del potere, non incontra gli *standard* del costituzionalismo.

Entrambi gli elementi del costituzionalismo, quello democratico e quello liberale (dello stato di diritto), non possono venir separati l'uno dall'altro, senza che la conquista del costituzionalismo non venga intaccata. È comunemente riconosciuto che un documento, al cui fondamento non si trova l'intento di sottoporre il potere politico al diritto, non meriti il nome di costituzione. Questo è tuttavia meno chiaro per quanto concerne la democrazia come principio di legittimazione del potere pubblico. Nondimeno qualsiasi altro principio di legittimazione, diverso dalla democrazia, indebolirebbe la funzione della costituzione. Se il potere pubblico viene fondato su di una verità assoluta, sia essa religiosa o secolare, questa verità si affermerà sempre conflittualmente col diritto positivo. Lo stesso ci si deve attendere se una *élite* rivendica per sé una comprensione superiore del bene comune e da essa derivi il diritto a governare, senza curarsi del consenso di coloro che sono sottomessi al governo. Sa-



rebbe perciò sbagliato riconoscere due tipi di costituzione aventi pari dignità e rappresentanti entrambi la conquista del costituzionalismo: il tipo democratico e quello liberale dello stato di diritto⁸. [325] Quando si tratta non semplicemente di una tipologia delle costituzioni storiche, ma della *conquista* del costituzionalismo, solamente una costituzione che riassume in sé entrambi questi elementi, può soddisfare pienamente questa pretesa.

Il costituzionalismo, inteso in questo senso, merita l'appellativo di "conquista"⁹, perché esso esclude ogni forma di potere assoluto o arbitrario dell'uomo sull'uomo. Obbligando tutti gli atti di governo alle disposizioni giuridiche, esso rende prevedibile l'esercizio del potere pubblico e permette a coloro che sono sottomessi al potere di adattarsi agli atti del governo e farsi incontro ai titolari del potere pubblico senza timore. Esso mette a disposizione delle persone e dei gruppi con idee e interessi differenti, una base di consenso a partire da cui essi possono risolvere i loro conflitti in forma civile. Esso rende possibile la pacifica transizione di potere. In condizioni favorevoli, la costituzione può perfino contribuire all'integrazione di una società¹⁰. Sebbene non vi sia alcuna conquista senza debolezze o mancanze, il costituzionalismo, così come esso è definito dalle cinque caratteristiche soprelencate, non è un tipo ideale in senso weberiano, che consente solamente delle approssimazioni, ma che non può mai essere conseguito pienamente. Costituzioni nel senso della conquista sono una realtà storica e presente, che si realizzò già nelle prime costituzioni in Nord America e Francia e che mantiene le sue promesse in numerosi altri paesi.

Pertanto, le cinque caratteristiche che definiscono la conquista del costituzionalismo non possono essere trattate come la descrizione di tutti i documenti che comparvero a partire dalle due rivoluzioni e a cui fu affibbiato il nome di "costituzione". Ci sono molti più documenti che sono nominati o sono intesi come costituzioni, che costituzioni nel senso pregnante della conquista del costituzionalismo. Dopo che la costituzione entrò in vigore nella storia, diventava anche possibile usarne la forma senza assumere tutte le caratteristiche che contraddistinguono la conquista. Ci furono costituzioni che lasciavano intatto il diritto precostituzionale del sovrano [326] di governare. Ce ne furono altre prive della seria intenzione di porre vincoli alla politica. Ce ne furono altre ancora in cui le norme non godevano di alcuna precedenza rispetto

⁸ Vedi a riguardo C. MÖLLERS, *Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in A. VON BOGDANDY – J. BAST (eds), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2009², p. 227.

⁹ N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY – P.P. PORTINARO – J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 83-128.

¹⁰ Cfr. D. GRIMM, *Integration durch Verfassung*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, pp. 241-261.

agli atti del potere pubblico, e che, piuttosto, potevano essere tralasciate legalmente dalle decisioni politiche. Ma nella stessa misura in cui a queste costituzioni erano prive delle caratteristiche essenziali del costituzionalismo, esse rimanevano a ridosso di tale conquista e venivano ritenute imperfette dagli stessi contemporanei.

Il fatto che la conquista abbia fatto la sua comparsa relativamente tardi nella storia, dà credito però all'ipotesi che dovevano essere presenti altri presupposti, affinché si potesse giungere alla costituzione come qualcosa d'altro dalla mera giuridicizzazione del potere pubblico. Sebbene le prime costituzioni furono il prodotto della rivoluzione, una rottura rivoluzionaria non rappresenta un presupposto essenziale della costituzione. Infatti, la rottura con il potere ereditario, connessa ad una nuova rappresentazione del potere legittimo, era costitutiva per l'invenzione della costituzione. Ma una volta inventata, la costituzione non dipendeva più da un'origine rivoluzionaria. Essa poteva attuarsi in modo evolutivo. È sufficiente che, sul problema della legittimazione e della corrispondente organizzazione del potere, si possa decidere politicamente. Se l'ordine politico e sociale è stabilito in modo immutabile indipendentemente dal consenso del popolo, non vi è spazio alcuno per una costituzione. Un documento avente questo nome, non godrà di alcuna sovraordinazione, ma sarà piuttosto subordinato a una verità assoluta.

Intesa nel senso di una regolamentazione sistematica e completa del fondamento e dell'esercizio del potere pubblico, la costituzione non poteva nascere, tuttavia, prima che altri due presupposti fossero soddisfatti. Innanzitutto, doveva darsi un oggetto che fosse regolabile, in genere, secondo le modalità di una costituzione. Un oggetto di questo tipo non esisteva prima della nascita dello Stato moderno nel XVI e XVII secolo. Lo Stato si differenzia dall'ordinamento medievale per la concentrazione in un'unica mano di tutti i diritti di comando su un dato territorio. Solo dopo che il potere pubblico si identificò col potere dello Stato, esso poté essere regolato integralmente in una legge specializzata nella regolamentazione di questo potere. Il mondo medievale con i suoi diritti di signoria dispersi non solo non aveva ancora alcuna [327] costituzione. Esso non avrebbe nemmeno potuto averne una¹¹. Tutte le asserzioni riguardanti la costituzione dell'Impero Romano, la costituzione dei regni medievali o la costituzione inglese si riferiscono ad un altro oggetto.

La nascita dello Stato era così una condizione necessaria per la possibilità della costituzione. Essa non era tuttavia una condizione sufficiente. Contrast-

¹¹ Cfr. H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt a. M., Athenäum Verlag, 1970, p. 184; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Sviluppo storico e mutamento di significato della costituzione*, in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale* (1976), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 29-60; D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 37 e ss.



segnato dalla missione storica che esso doveva adempiere, lo Stato emerse sul continente europeo come Stato assoluto. Non si basava sul consenso di coloro i quali erano sottomessi al potere. Al contrario, esso rivendicava un potere illimitato sopra di essi. Diversamente del potere, che viene esercitato su mandato, il potere che il sovrano detiene ed esercita per proprio diritto, non richiede alcuna regolazione dei rapporti mandante-mandatario. La pienezza di potere è, in queste circostanze, la sola norma costituzionale. Certamente anche quando il sovrano ha un mandato, ma questo è stato ceduto incondizionatamente, le regole dell'esercizio (del potere) sono superflue. Un potere illimitato è il contrario del costituzionalismo. Solo nel momento in cui ha preso piede l'idea che il potere dello Stato deve essere limitato nell'interesse della libertà individuale e dell'autonomia dei diversi ambiti funzionali della società, la costituzione si pone a tema.

La concentrazione di tutta la forza pubblica nella mano dello Stato ha un *pendant*: la privatizzazione della società. In questo la costituzione non modificava nulla. Essa invertiva solamente la gerarchia tra Stato e società. La libertà individuale diventava ora prioritaria, mentre lo Stato derivava da essa il suo diritto a esistere e doveva accontentarsi del ruolo di garante della libertà individuale contro gli aggressori e i criminali. Per poter assolvere questo compito limitato, esso necessitava inoltre di un potere indiviso e del monopolio della forza. Solo gli scopi per cui esso poteva conseguire ciò e le condizioni che per questo motivo esso doveva osservare, variarono. Perciò il confine tra pubblico e privato è costitutivo per la costituzione¹². Un sistema nel quale [328] lo Stato "sfrutta" la libertà degli individui possiederebbe tanto poco una costituzione, intesa come conquista, che uno nel quale gli individui privati dispongono del potere pubblico. Se dei privati riescono a prendere parte al potere pubblico, la costituzione non può più rivendicare il proprio diritto a regolare pienamente l'istituzione e l'esercizio di esso, a meno che gli individui privati non si sottomettano a dei vincoli costituzionali, con i quali essi certamente rinuncerebbero al loro *status* di liberi membri della società.

Il fatto che un oggetto capace di costituzione emerse nella forma dello Stato territoriale, aveva come conseguenza che esistessero una molteplicità di Stati l'uno accanto all'altro. Una seconda condizione di possibilità delle costituzioni in quanto regolazione completa del potere pubblico entro un determinato ambito di validità consisteva pertanto nel fatto che il potere non aveva all'interno di un certo territorio nessun concorrente. Come tale, la validità della costituzione finiva in corrispondenza dei confini dello Stato. Nessuna costi-

¹² Cfr. D. GRIMM, *Ursprung und Wandel der Verfassung*, p. 30; S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale* (2006), Milano, Mondadori, 2008.

tuzione rivendicava la validità per un potere pubblico estero o ammetteva la validità al proprio interno agli atti di un potere estero. Esattamente come il confine tra pubblico e privato è costitutivo per la costituzione, anche quello tra interno ed esterno è un presupposto per il soddisfacimento della pretesa della costituzione di una regolazione completa¹³. Uno Stato che non è nella condizione di proteggere i suoi confini contro gli atti di un potere estero, non può nemmeno garantire la completa vigenza della costituzione sul proprio territorio.

Al di sopra degli Stati non c'erano zone non regolate dal diritto. Qui valeva piuttosto il diritto internazionale. Ma il diritto internazionale riposava sulle premesse della sovranità e dell'integrità degli Stati. Esso ne regolava le relazioni sulla base del divieto d'intervento negli affari interni. Vincoli giuridici degli Stati potevano risultare perciò solo dal libero e volontario accordo. Soltanto il presupposto del funzionamento di questo ordine, la regola per cui *pacta sunt servanda*, valeva indipendentemente dal consenso. Istituzioni le quali imponevano gli obblighi contrattuali, al contrario, non esistevano sul piano internazionale. [329] Perciò la guerra, come mezzo di imposizione del diritto, non poteva essere esclusa e tutt'al più poteva essere limitata internazionalmente. Rispetto all'ordinamento interno degli Stati, il diritto internazionale non aveva alcun influsso. Esso era valido tra Stati, non al loro interno. Entrambi gli ambiti del diritto – diritto costituzionale come diritto interno e diritto internazionale come diritto estero – esistevano indipendentemente l'uno dall'altro.

3. *Prospettive in condizioni mutate*

Se è vero che la nascita della costituzione moderna è dipesa dall'emergere di determinati presupposti senza i quali essa non sarebbe stata possibile, allora può anche verificarsi il caso che questi presupposti vengano meno nuovamente. La costituzione non giunge con ciò necessariamente alla sua fine. È improbabile che una tale caduta avvenga improvvisamente. Se essa dovesse accadere, si tratterebbe prevedibilmente di un lungo processo con conseguenze lontane piuttosto che improvvise. Nel caso la costituzione sopravviva, è comunque altamente probabile che essa acquisisca un nuovo senso e provochi degli altri effetti. Per il futuro della costituzione è quindi di considerevole importanza chiedersi, se le condizioni della sua origine si siano modificate e come ciò incida sulla conquista del costituzionalismo. La domanda sulle pro-

¹³ Cfr. D. GRIMM, *Ursprung und Wandel der Verfassung*, p. 30 e ss.; R.B.J. WALKER, *Inside/Outside. International Relations as Political Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.



spettive future della costituzione è una domanda sulla permanenza delle condizioni della sua nascita.

Per due di queste precondizioni, la risposta appare tuttavia chiara. Esse non sollevano alcun problema, comunque, nella maggior parte del mondo. Questioni di ordine politico possono essere decise politicamente anche in futuro. Esse non risultano predeterminate e sottratte alla volontà umana. Allo stesso modo l'idea di un potere limitato è valida anche in futuro negli Stati di tradizione occidentale. Rispetto a questo si pongono problemi in rapporto allo Stato e ad entrambi i suoi confini costitutivi: quello tra interno ed esterno e quello tra pubblico e privato. È ormai indubbio che noi stiamo facendo esperienza di un'erosione della statualità tradizionale¹⁴, anche se non sempre [330] è analizzato in che cosa questa consista. Se la peculiarità che distingueva lo Stato da precedenti unità politiche era la concentrazione del potere pubblico in un determinato territorio e la libertà da condizionamenti esterni, allora si tratta di cercare in prossimità di esse l'origine dell'erosione.

In effetti, i confini si dissolvono. Quello tra pubblico e privato è diventato permeabile già in seguito all'accrescimento dei compiti statali. Le attività dello Stato non si limitano più da tempo alla protezione della libertà individuale e dei meccanismi del mercato. Lo Stato, piuttosto, è tornato a regolare la società, promuove lo sviluppo sociale, garantisce la sicurezza sociale e cerca di assicurare la società contro tutti i tipi di rischio. Molti di questi compiti non si lasciano soddisfare con i tradizionali mezzi statali del comando e della costrizione. In un numero crescente di casi, piuttosto, lo Stato rinuncia a dare ordini in modo unilaterale e si decide in favore di una collaborazione con attori privati. Accordi privati sostituiscono le leggi. Gli attori privati prendono parte in questo modo al potere pubblico, senza essere coinvolti, ciononostante, nel rapporto di legittimazione e responsabilità a cui la costituzione sottopone i detentori di tale potere. Al contempo, questo sviluppo non può, a causa delle ragioni strutturali che lo hanno prodotto, né essere semplicemente proibito, né essere costituzionalizzato in modo diretto¹⁵.

Qualcosa di analogo si lascia osservare per il confine tra interno ed esterno. Dopo avere resistito per quasi trecento anni, esso divenne trasparente nel

¹⁴ Cfr. ad esempio S. LEIBFRIED – M. ZÜRN (eds), *Transformationen des Staates*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2006; M. BEISHEIM – S. DREHER – G. WALTER – B. ZANGL – M. ZÜRN, *Im Zeitalter der Globalisierung? Thesen und Daten zur gesellschaftlichen und politischen Denationalisierung*, Baden-Baden, Nomos, 1999; D. HELD – A. MCGREW – D. GOLDBLATT – J. PERRATON, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999; S. SASSEN, *Fuori controllo* (1996), Milano, Il Saggiatore, 1998; S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*.

¹⁵ Cfr. D. GRIMM, *Lässt sich die Verhandlungsdemokratie konstitutionalisieren?*, in C. OFFE, *Demokratisierung der Demokratie. Diagnosen und Reformvorschläge*, Frankfurt a. M., Campus, 2003, p. 193.

momento in cui gli Stati, per aumentare la loro capacità di *problem-solving*, incominciarono a fondare organizzazioni internazionali, a cui trasferirono diritti sovrani (*Hoheitsrechte*), che d'ora in poi queste esercitarono concretamente all'interno degli Stati, senza che gli Stati potessero rivendicare la loro sovranità rispetto ad esse. Il primo passo in questa direzione fu la creazione delle Nazioni Unite (1945), tra i cui compiti non rientrava solo quello di coordinare le attività degli Stati, [331] bensì di conseguire la sua peculiare missione di garantire la pace. A questo scopo, gli Stati membri non rinunciarono solo al diritto di risolvere con la violenza i loro conflitti, tranne in caso di autodifesa. Questo – essendo una forma di autolimitazione – non avrebbe fatto saltare il quadro internazionale tradizionale e avrebbe lasciato intatta la loro sovranità. Essi piuttosto autorizzarono l'ONU a imporre militarmente la rinuncia all'uso della forza in caso di necessità. Di conseguenza, il diritto di autodeterminazione è valido ancora solamente nelle relazioni interstatuali, ma non può essere chiamato in causa contro il potere pubblico dell'organizzazione internazionale.

Nel frattempo, lo sviluppo è proceduto ulteriormente. Oggi è fondamentalmente riconosciuto che l'ONU possiede il diritto all'intervento umanitario in caso di grave violazione dei diritti umani di intere parti di popolazione, specialmente delle minoranze. Inoltre, sono state istituite corti di giustizia internazionali che possono punire crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Alcuni di questi tribunali, le corti penali per l'ex-Jugoslavia e per il Ruanda, non si basano su accordi internazionali, ma su sentenze del consiglio di sicurezza mondiale e possono essere attivi sul territorio nazionale, senza necessitare del consenso degli Stati. Inoltre, sotto l'egida dell'ONU, si è formato uno *ius cogens* internazionale, il quale, in ogni caso, non deriva la sua validità da un trattato, pur vincolando gli Stati nella stipulazione del trattato. Effetti simili erano connessi con l'Organizzazione mondiale del commercio, che sostanzialmente mette a disposizione degli Stati un *forum* per i negoziati e gli accordi, emancipato, tuttavia, dalla volontà degli Stati attraverso meccanismi di risoluzione dei conflitti giudiziari.

Conseguentemente, oggi nessuno Stato è più sovrano nel senso in cui potevano ancora esserlo gli Stati prima del 1945. Da nessuna parte, tuttavia, tale sviluppo si è spinto tanto in là quanto in Europa. Certamente gli interventi dell'ONU, quando hanno luogo, possono essere essenzialmente più imponenti degli atti delle istituzioni europee. Ma essi non hanno spesso luogo, da un lato, perché la maggior parte degli Stati non fornisce alcuna ragione di intervento, dall'altro, perché i membri permanenti del consiglio di sicurezza mondiale dispongono del diritto di veto che impedisce tali interventi. A differenza della forza dello Stato, la forza dell'ONU si attua [332] solo raramente e solo



di fronte agli Stati che violano i loro obblighi contrattuali e provocano le azioni dell'ONU. La maggior parte degli Stati non è mai stata oggetto di sanzioni da parte dell'ONU. Per essi il cambiamento che si verificò con la fondazione dell'ONU è meno percepibile e la perdita di sovranità non è così manifesta.

In Europa accade il contrario. Sebbene finora nessuna istituzione europea abbia conseguito il diritto all'uso della forza, gli Stati membri sono esposti permanentemente agli atti giuridici delle istituzioni europee, atti che essi devono rispettare e adempiere. È soltanto la misura a variare. Il Consiglio europeo esercita un potere pubblico solo per mezzo della Corte di giustizia europea per i diritti umani. Le sentenze di quest'ultima sono vincolanti in particolare per i 46 Stati membri, benché non dispieghino alcun effetto diretto all'interno degli Stati. La Corte di giustizia europea per i diritti umani non è una corte d'appello con la competenza di abrogare le sentenze dei tribunali nazionali. Essa può solo riscontrare una violazione della convenzione europea dei diritti umani, ma deve affidare agli Stati i rimedi necessari. Ciò nondimeno le conseguenze per gli Stati membri sono di più ampia portata. Esse possono perfino includere l'obbligo di modificare la costituzione nazionale ai sensi del diritto internazionale.

Comparete con ciò, le competenze dell'Unione Europea hanno un campo di applicazione più ampio e intervengono in modo più profondo nella sovranità degli Stati membri. Esse comprendono misure di tipo legislativo, amministrativo e giudiziario. Indubbiamente l'Unione Europea dispone solo di quelle competenze che le sono state cedute dagli Stati membri. In rapporto a tale trasferimento di diritti sovrani, gli Stati restano in possesso del diritto di autodeterminazione. Essi rimangono "signori dei trattati". Una volta trasferite, tuttavia, le competenze sono esercitate dagli organi dell'Unione. Gli atti di questa non solo rivendicano l'immediata validità all'interno degli Stati membri, ma addirittura la precedenza rispetto al diritto nazionale, inclusa la costituzione. Sebbene non vi sia alcuna esplicita motivazione per questa modalità d'azione (*Wirkung*) del diritto dell'Unione nella lettera dei trattati europei, essa è stata accettata dagli Stati membri come presupposto necessario per il funzionamento dell'Unione, specialmente per quello del mercato comune. Soltanto i confini esterni di questi effetti sono controversi, perché sia la Corte di giustizia europea sia le diverse corti costituzionali nazionali rivendicano l'ultima parola [333] sul fatto se l'Unione Europea ha valicato le sue competenze¹⁶.

¹⁶ Cfr. F.C. MAYER, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München, Verlag C.H. Beck, 2000; M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2006; A.M.

Conseguentemente, lo Stato non è più l'unica fonte del diritto sul suo territorio. Leggi e atti giuridici da parte di fonti non statali, rivendicano validità nello Stato e non tengono conto del diritto nazionale. L'identità di potere pubblico e potere statale, che originariamente apparteneva al concetto di sovranità ed era il fondamento sia dell'ordine statale che di quello internazionale, in questo modo si frantuma. La costituzione non può restare intoccata da questi sviluppi¹⁷. Poiché la costituzione presuppone lo Stato e si riferisce alla sua forza, la frammentazione del potere pubblico trascina dietro di sé necessariamente una perdita di significato della costituzione statale. Certamente tale perdita non è avvenuta contro la volontà degli Stati. Essi hanno rinunciato volontariamente ai loro diritti sovrani, perché si aspettavano un contraccambio da ciò: l'incremento della loro capacità di risolvere problemi in circostanze che non possono più essere risolte sul piano nazionale in modo soddisfacente. Inoltre, gli Stati prendono parte abitualmente ai processi decisionali delle organizzazioni internazionali che ora esercitano proprio i diritti di sovranità loro affidati. Certamente in questo non vi è alcuna compensazione per la perdita di legittimazione e di limitazione del potere pubblico che la costituzione assicurava.

Per quanto concerne i cinque criteri che sono stati posti in evidenza come caratteristici per le costituzioni moderne, derivano perciò le seguenti conseguenze:

La costituzione rimane un insieme di norme giuridiche che devono la loro validità ad una decisione politica.

Il suo oggetto di regolazione è ancora la fondazione e la regolazione del potere pubblico, ma solo nella misura in cui esso è il potere statale.

Poiché il potere pubblico e il potere statale non sono più identici, [334] la costituzione cessa di regolare completamente il potere pubblico vigente nel suo ambito di validità.

In conseguenza di ciò, anche il rango superiore della costituzione non è più totalmente garantito. Essa ha la precedenza solo rispetto alle leggi statali e alla loro applicazione, non più rispetto alle azioni del potere in genere.

La costituzione deriva ancora dal popolo e ad esso è attribuita. Essa, tuttavia, non può più garantire che ogni atto del potere pubblico con validità all'interno dello Stato abbia la propria origine nel popolo e sia legittimato democraticamente per mezzo di questo.

SLAUGHTER – A.S. SWEET – J.H.H. WEILER (eds), *The European Court and National Courts. Doctrine & Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, Oxford University Press, 1998
¹⁷ Cfr. D. GRIMM, *Zur Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, pp. 92-127; M. RUFFERT, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, Stuttgart, Boorberg, 2004; R. WAHL, *Herausforderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter, 2006



La costituzione non è diventata così né obsoleta, né priva di efficacia con la nascita di un potere pubblico internazionale. Tuttavia, nella misura in cui si erode la statualità, essa riduce anche il suo valore. Esso diminuisce perché la costituzione non è più nella condizione di tenere fede alla sua pretesa di legittimazione e di regolazione di tutto il potere pubblico, vigente all'interno del suo ambito di validità. Atti del potere pubblico che non derivano dallo Stato non sono sottoposti alle prescrizioni delle costituzioni nazionali e la loro validità all'interno dello Stato non dipende dall'accordo con la costituzione. La costituzione si riduce ad un ordinamento parziale. Solo a partire da uno sguardo d'insieme del diritto costituzionale nazionale e del diritto internazionale si riesce a ricomporre un quadro completo delle condizioni giuridiche per il potere politico all'interno di un paese. Il fatto che molte costituzioni permettano espressamente il trasferimento di diritti di sovranità evita l'incostituzionalità di questa situazione. Essa, tuttavia, non può colmare il vuoto creatosi tra il campo d'influenza del potere pubblico, da un lato, e quello delle norme costituzionali, dall'altro.

Ciò conduce alla domanda se la perdita di significato che subisce la costituzione sul piano nazionale, possa essere compensata su quello internazionale. Il bisogno di legittimazione e di delimitazione non rimane certamente aganciato al potere statale, ma piuttosto segue il potere pubblico, così come chi lo esercita. La costituzione ha risolto efficacemente il problema nei confronti dello Stato. Si tratta di verificare se tale risultato sia ripetibile sul piano internazionale¹⁸. Questa è la ragione della grande popolarità del [335] concetto di "costituzionalizzazione" nei trattati scientifici, come nella discussione pubblica. Con "costituzionalizzazione" ci si riferisce a un processo di formazione di costituzioni al di là dello Stato¹⁹. Il concetto è utilizzato per le istituzioni politiche internazionali e per i documenti giuridici internazionali ed è applicato perfino per i processi legislativi (di normazione) nelle *partnership* pubblico-private e tra attori privati attivi sul piano globale.

Considerati i presupposti che dovevano esserci prima che le costituzioni nazionali diventassero possibili, si impone però la domanda, se sul piano internazionale vi sia fondamentalmente un oggetto capace di costituzione. La risposta non può essere la stessa per tutte le organizzazioni internazionali. Le differenze tra di esse sono troppo grandi. Questo vale tanto più se sono prese in considerazione le stesse istituzioni sociali. Il caso più semplice è quello dell'Unione Europea che, da un lato, non è uno Stato e, dall'altro, non è

¹⁸ Cfr. i rimandi alla nota n. 3.

¹⁹ Cfr. M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalism?*, in P. DOBNER – M. LOUGHLIN (eds), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 47.

nemmeno un'organizzazione internazionale nel senso tradizionale. Essa si differenzia dalle altre organizzazioni internazionali sia per le finalità, che non sono circoscritte ad un unico campo problematico, sia per la densità della sua organizzazione, che presenta tutti quei poteri che gli Stati possiedono. Infine, essa si differenzia anche nell'intensità degli effetti che i suoi atti possiedono nei confronti sia degli Stati sia dei loro cittadini. Tenuto conto di tutto questo, l'Unione Europea si avvicina, in ogni caso, allo Stato centrale di uno Stato federale (*Zentralstaat eines Bundesstaats*).

Il potere dell'Unione Europea non è naturalmente privo di vincoli giuridici. Esso è al contrario inserito in una rete di norme a maglie fitte. Sebbene queste norme non siano contenute in una costituzione, bensì in trattati internazionali che sono stati stipulati dagli Stati membri, esse assolvono certamente la maggior parte delle funzioni che nello Stato riveste la costituzione. Attraverso i trattati è stata istituita la comunità oggi detta "Unione Europea". I trattati hanno creato i suoi organi e stabilito le sue competenze e le sue procedure, regolato il rapporto tra l'Unione e gli Stati membri come anche i rapporti dell'Unione con i loro cittadini – un insieme di regole che nello Stato si troverebbero nella costituzione. I trattati sono anche il diritto di rango più elevato: tutti gli atti dell'Unione devono prodursi in accordo con essi. Su questa base, molti autori non indugiano [336] nel definire i trattati come la costituzione dell'Unione Europea e anche la Corte di giustizia europea li ha definiti in questi termini.

Nondimeno, in questo modo di esprimersi, è tralasciato uno degli elementi che contraddistinguono la costituzione nel senso pregnante del concetto²⁰. A differenza delle costituzioni, i trattati non sono il risultato dell'autodeterminazione del popolo o di una società, sui fini e la forma della loro unità politica. L'Unione Europea non dà a se stessa le proprie fondamenta giuridiche. Queste le sono assegnate dagli Stati membri, che li pattuiscono per mezzo di accordi internazionali. Di conseguenza, i trattati sono privi di un'origine democratica. Ciò non li rende illegittimi. Ma la loro legittimità non è democratica, come quella assicurata dalla costituzione all'interno dello Stato. I cittadini dell'Unione non prendono parte all'istituzione dei fondamenti giuridici dell'Unione. Essi non danno mandato ad una convenzione costituzionale, e nemmeno decidono sul testo attraverso un referendum. La ratificazione ha luogo negli Stati membri e anche quando si sono tenuti dei referendum al loro interno, non si tratta di un atto europeo, ma nazionale, col quale

²⁰ Cfr. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY – P.P. PORTINARO – J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 339-367; D. GRIMM, *Entwicklung und Funktion der Verfassungsbegriffs*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, pp. 203-211; D. GRIMM, *Verfassung – Verfassungsvertrag – Vertrag über eine Verfassung*, in O. BEAUD – A. LECHEVALIER – I. PERNICE – S. STRUDEL (eds), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 279.



viene deciso se uno Stato particolare approva la stipula del trattato. Il documento non è nemmeno attribuito al popolo come fonte di tutti i poteri pubblici.

Sono rinvenibili, nonostante ciò, esempi storici, in cui una costituzione nel senso pregante del concetto scaturisce da un trattato tra Stati che volevano riunirsi in un'unità più grande. In questo caso, il trattato istitutivo è tuttavia solo il modo di attuazione di una costituzione. Non appena il trattato, quale fondamento giuridico della nuova unità politica, viene approvato, gli Stati fondatori cedono il loro diritto, a determinare l'ulteriore destino del testo e lo trasferiscono alla nuova unità politica che ottiene con ciò l'autorizzazione a conservare, modificare e abrogare il testo stesso. In base all'origine, è un trattato, in base alla natura giuridica, una costituzione. Decisive per questo sono le disposizioni sulla modifica del testo. Se il diritto di modifica resta agli Stati membri ed è [337] esercitato in forma pattizia, allora non ha avuto luogo alcuna transizione dal trattato alla costituzione. Se il nuovo Stato fondato entra invece in possesso del diritto all'autodeterminazione (anche se gli Stati membri prendono ancora parte alle decisioni della nuova unità), allora le fondamenta giuridiche sono diventate costituzione.

A una simile transizione non si è giunti finora in Europa. Essa non era prevista nemmeno nel Trattato costituzionale non andato a buon fine. Anche se tutti gli Stati membri lo avessero ratificato, esso non sarebbe diventato una costituzione. Ciò non significa tuttavia, che l'Unione Europea non sia l'oggetto possibile di una costituzione. Con le sue numerose competenze e la sua densità organizzativa che la rendono prossima allo Stato centrale di uno Stato federale, essa potrebbe avere senza dubbio un fondamento giuridico sotto forma di costituzione. A tale scopo sarebbe necessario solamente che gli Stati membri trasferissero ad essa il loro diritto di decidere sui fondamenti giuridici dell'Unione. In discussione è messa così, in Europa, non la possibilità, ma la desiderabilità di una costituzione. La questione decisiva è allora, se la democratizzazione formale dell'Unione Europea sarebbe accompagnata da un corrispondente guadagno in termini di democrazia sostanziale oppure se sarebbe stato più utile al principio democratico che le decisioni sulle basi giuridiche dell'Unione rimanessero lì dove le esigenze democratiche trovano migliori condizioni di realizzazione che nell'Unione stessa. Parimenti si chiede, se non sia proprio il carattere innovativo dell'Unione Europea, quale unità politica a metà tra organizzazione internazionale e Stato federale, bisognoso di essere conservato.

Sul piano globale le cose stanno diversamente. Qui non vi è alcuna organizzazione con cui la quantità di competenze e la densità di organizzazione

siano comparabili, anche in modo approssimativo, con quelle dell'Unione. Ci sono istituzioni isolate con compiti limitati, per lo più con un'unica funzione e con, in confronto, competenze e mezzi limitati. Queste organizzazioni esistono non solo slegate l'una dall'altra; esse, talvolta, perseguono persino degli scopi che sono in contrasto reciproco, come, ad esempio, scopi economici, da un lato, e umanitari, dall'altro. Esse non si associano per formare un sistema di potere pubblico globale, ma appaiono piuttosto come isole in un mare fatto di relazioni internazionali tradizionali. A tale riguardo, l'ordine internazionale assomiglia attualmente di più all'ordinamento medievale pre-statuale con i suoi molteplici [338] titolari di diritti sovrani isolati²¹. Come quest'ordinamento, anche l'ordine internazionale non costituisce un soggetto possibile di un ordine giuridico coerente e completo, secondo il modo della costituzione.

L'Onu non fa eccezione. Essa si erge sul piano internazionale attraverso la sua visibilità, le sue missioni di pace e i poteri di cui dispone a tale scopo. Ma essa è ben lontana dall'essere la titolare dell'intera potenza pubblica dispiegata sul piano internazionale, e ancora più lontana dal detenere un potere statale concentrato e completo. Perciò anche la Carta dell'Onu non è affatto una "costituzione mondiale". La fondazione dell'Onu è un passo significativo per la giuridicizzazione delle relazioni internazionali, ma non va oltre tale giuridicizzazione. Questo vale a maggior ragione per istituzioni come l'Organizzazione mondiale del commercio, il Fondo monetario internazionale, l'Organizzazione mondiale del lavoro ecc. I loro statuti regolano le competenze di queste organizzazioni e stabiliscono il loro funzionamento. Ma le loro competenze limitate e la loro struttura non democratica non permettono di qualificarle attraverso quella speciale forma di giuridicizzazione che caratterizza la costituzione.

Tuttavia, è diventato usuale vedere all'opera anche su questo piano processi di costituzionalizzazione e di indicare come costituzione gli statuti delle organizzazioni internazionali o lo *ius cogens* all'interno del diritto internazionale. Il concetto non è però fissato in modo univoco. Come detto, esso ha raccolto in sé fenomeni differenti in passato²². Se esso è riferito al piano internazionale e ai suoi fondamenti giuridici, non si deve ignorare, tuttavia, che esso ha ben poco in comune con la *conquista* del costituzionalismo. Senza dubbi il diritto internazionale conosce attualmente una trasformazione significativa, si

²¹ Cfr. S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*. Sulle differenze rispetto al Medioevo cfr. D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, Berlin University Press, p. 105 e ss.

²² Cfr. H. MOHNHAUPT – D. GRIMM, *Costituzione*.



espande ed accresce la propria effettività²³. Contrassegnarlo come “costituzione” testimonia, tuttavia, di un uso del concetto di costituzione molto vago. Il costituzionalismo è qui equiparato alla giuridicizzazione, che [339] esisteva da molto prima della costituzionalizzazione e si differenzia significativamente da questa. Tale differenza è nuovamente appianata attraverso l’uso del concetto “costituzione”.

Ciò vale a maggior ragione per il cosiddetto costituzionalismo societario²⁴. Questo tipo di costituzionalismo non è solo separato dallo Stato, ma perfino dalle organizzazioni internazionali che gli Stati hanno posto in essere. I sostenitori di un costituzionalismo societario prendono le mosse, da un lato, dal fatto che gli Stati non sono in condizione di regolare le transazioni degli attori globali. Dall’altro lato, tuttavia, essi non ritengono che le organizzazioni internazionali dispongano di sufficiente capacità regolative per creare un sistema normativo per il settore privato che impedisca agli attori globali di abbandonarsi ai loro interessi in modo sfrenato. Le organizzazioni internazionali potrebbero tutt’al più costituzionalizzare se stesse, nel momento in cui sottomettersero le loro azioni private a determinati standard. La frattura tra la regolamentazione internazionale e il raggio d’azione degli attori privati agenti globalmente si lascerebbe colmare solo se l’idea di costituzionalismo fosse sciolta dal suo nesso tradizionale con la politica e fosse resa proficua anche per la sfera sociale. In questo modo potrebbe sorgere un diritto transnazionale, che si affiancherebbe al diritto nazionale e a quello internazionale come terza massa di norme (*Rechtssmasse*).

A tale diritto è attribuita la capacità di svolgere la funzione di una costituzione di fronte agli attori globali. Questo richiede soltanto un adeguamento del concetto “costituzione” al nuovo oggetto di regolazione, ovvero gli attori privati agenti globalmente. In questo modo, le costituzioni societali non sarebbero poste in essere attraverso l’atto autoritario di un soggetto costituente a differenza delle costituzioni statali. Esse deriverebbero, al contrario, da un lungo processo evolutivo, che potrebbe essere messo in moto o accelerato indubbiamente attraverso una pressione politica [340] o un obbligo giuridica. Le costituzioni societali non sarebbero né meri testi giuridici, né semplice-

²³ Cfr. B. ZANGL – M. ZÜRN (eds), *Verrechtlichung – Bausteine für Global Governance?*, Bonn, Dietz, 2004; B. ZANGL, *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit. Streitbeilegung in GATT und WTO*, Frankfurt a. M., Campus, 2006.

²⁴ Cfr. D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, pp. 57-78; inoltre, A.-F. LESCANO – G. TEUBNER, *Regime-Kollisionen*. Un’analisi critica si trova in D. GRIMM, *Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?*, in D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II*, pp. 293-313.

mente il rispecchiamento di una situazione di fatto. Esse regolerebbero il potere privato esercitato globalmente, anche in modo incompleto. Al contrario delle tradizionali costituzioni statali, le quali regolano il potere pubblico in oggetto in modo completo, ma territorialmente limitato, le costituzioni sociali rivendicherebbero validità globale, ma sarebbero limitate a determinati settori della società. La validità territoriale del diritto statale verrebbe relativizzata attraverso la limitazione settoriale del diritto globale.

Inoltre, il diritto societario dovrebbe presentare perlomeno alcune caratteristiche strutturali della costituzione statale per guadagnarsi il nome di “costituzione”. 1- Le costituzioni sociali dovrebbero essere diritto di rango superiore che regola la produzione del diritto di rango inferiore. 2- Il diritto sovraordinato dovrebbe contenere disposizioni sull’organizzazione e le procedure degli attori globali. 3- Esso dovrebbe delimitare la loro attività, nello stesso modo in cui i diritti fondamentali limitano l’attività dello Stato. 4- Esso dovrebbe, infine, contenere meccanismi di controllo simili a quello del controllo giudiziario di costituzionalità, che consentano una effettiva verifica, se gli attori osservano le leggi da essi fatte. I sostenitori di quest’idea ammettono che un tale diritto esiste fino ad ora tutt’al più in modo rudimentale. Essi confidano, tuttavia, nel potenziale del diritto societario di costruire, all’interno dei settori sociali da esso regolati, il rispetto per l’autonomia di altri settori sociali ed anche per l’esistenza di zone nelle quali le loro particolari attività possono essere osservate indipendentemente e criticamente.

Nel caso in cui esistesse questo potenziale, la sua realizzazione dipenderebbe tuttavia da una serie di condizioni che non possono essere date per scontate fin dall’inizio. Senza un legislatore globale, la limitazione per mezzo di costituzioni sociali sarà sempre un’autolimitazione degli attori privati, in quanto avviene nel loro proprio interesse, e non nell’interesse generale. Entrambi gli interessi possono a tratti concordare, ma mai integralmente. Perciò un’autolimitazione, che medi gli interessi degli attori con quelli di coloro che subiscono le loro azioni e con l’interesse generale, appare [341] non realistico finché essi non si basano su di un potere pubblico, la cui funzione consista proprio nel controbilanciamento degli interessi. Sul piano nazionale è lo Stato ad assolvere tale compito. Ma come si riesce a conseguire lo stesso effetto sul piano globale, senza un equivalente dello Stato o altre istituzioni dotate di sufficiente potere di legiferare? Anche se le organizzazioni internazionali possedessero tale potere, ci si chiede come lo eserciterebbero effettivamente, se manca loro l’elemento democratico e rappresentativo che assicuri la partecipazione agli interessati e consenta così una percezione del problema che eccede gli interessi istituzionali particolari. Nessuna delle cosiddette costituzioni



sul piano internazionale e transnazionale è attualmente nella condizione di soddisfare aspettative democratiche anche solo minimali.

4. *Quali conclusioni?*

La ricerca giunge così al risultato che il divario tra potere pubblico e legittimazione e limitazione costituzionali, che si è verificato a causa dell'erosione della statualità e del trasferimento del potere a organizzazioni internazionali, non è attualmente colmabile. Da un lato, non è né possibile, né desiderabile fare ritorno al sistema westfaliano. Dall'altro lato, la conquista del costituzionalismo non può essere ricostruita sul piano internazionale e transnazionale. Ma anche le costituzioni nazionali non recuperano la facoltà di regolare completamente il potere pubblico effettivo all'interno del loro ambito di validità. La regolazione del potere pubblico esercitato internazionalmente si allarga, ma rimane sul piano della giuridicizzazione, senza aprirsi agli standard della costituzione. Dove, sempre in questo nesso, è invocato il costituzionalismo, si tratta di un concetto sbiadito di costituzione, col quale si rinuncia tacitamente all'elemento democratico.

Se il costituzionalismo nel senso pregnante del concetto non è più a disposizione, la seconda soluzione migliore appare essere quella di conservare, per quanto possibile alle condizioni date, la conquista. Questo può avvenire in due modi: [342] attraverso l'incremento del potere pubblico sul piano internazionale²⁵ o attraverso la limitazione dell'erosione della statualità. La prima alternativa sarebbe in questione se ci fosse la possibilità che l'ordinamento internazionale si trasformasse gradualmente, nel senso della conquista del costituzionalismo, in un oggetto capace di costituzione. In una prospettiva di medio periodo, tale eventualità non è molto verosimile. Modelli convincenti di potere democratico non si delineano ancora sul piano internazionale²⁶. Una democrazia che non è privata del suo elemento partecipativo e include i presupposti sociali, segnatamente la possibilità di un dibattito pubblico vitale, è difficilmente realizzabile già all'interno dell'Unione Europea. Sul piano internazionale appare difficilmente ipotizzabile una democrazia intesa anche in termini puramente formali.

²⁵ Cfr. M. LUTZ-BACHMANN – J. BOHMAN (eds), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2002; M. ALBERT – R. STICHWEH (eds), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2007.

²⁶ Cfr. A. KUPER, *Democracy Beyond Borders. Justice and Representation in Global Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. NIEDERBERGER, *Wie demokratisch ist die transnationale Demokratie?*, in M. ALBERT – R. STICHWEH (eds), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, p. 109; G. DE BURCA, *Developing Democracy Beyond the State*, «Columbia Journal of Transnational Law», 46/2008, p. 221.

Perciò non dovrebbe essere esclusa a priori la seconda opzione, per la quale è data rilevanza allo Stato, dove il costituzionalismo incontra condizioni più favorevoli di legittimazione e responsabilità democratica, rispetto al piano internazionale. Questo non può essere inteso soltanto come un appello alla restaurazione del tradizionale Stato nazionale. Al contrario, l'internazionalizzazione della politica ha bisogno di essere portata avanti. L'avvicinamento del raggio d'azione della politica a quello degli attori privati agenti sul piano globale è un'esigenza urgente. Altrettanto importante appare, tuttavia, che gli Stati rimangano la fonte di legittimazione essenziale del potere pubblico, anche per le organizzazioni internazionali. Queste non dovrebbero essere sviluppate in unità autosufficienti che rimangono distanti dai cittadini, ampiamente prive di controllo nelle loro attività e non responsabili dei loro risultati.

In effetti, gli Stati non sono affatto usciti di scena dal teatro internazionale o transnazionale. Finora, [343] nessuna organizzazione internazionale dispone di mezzi coercitivi, per non parlare di un monopolio della forza. La frammentata società globale non possiede alcun potere esecutivo che le sia proprio. Tribunali internazionali e anche organi arbitrari internazionali dipendono dagli Stati, se le loro decisioni devono essere imposte nei confronti di parti che sono riluttanti. Inoltre, gli Stati si riservano una parte nella direzione delle organizzazioni internazionali, che sono state poste in essere da loro stessi. Questo è importante tanto all'interno dell'Unione Europea, quanto sul piano globale. Purché essi rimangano anche obbligati alle esigenze delle loro costituzioni nazionali. Questo legame non deve né essere sciolto in modo precipitoso, né essere indebolito in modo permanente.

Per quanto concerne il piano sopranazionale, è utile alla riflessione se ci si congeda dalle nozioni di costituzionalismo e di costituzionalizzazione. Entrambe sono equivoche, nella misura in cui ridestano la speranza che le perdite che le costituzioni nazionali patiscono a causa dell'internazionalizzazione e della globalizzazione, possano essere compensate sul piano internazionale. Questa sarebbe un'illusione. L'assoggettamento del potere pubblico esercitato sul piano internazionale resta indietro rispetto alla conquista del costituzionalismo sul piano nazionale. I presupposti, che sarebbero necessari al fine di ripristinarla sul piano internazionale, non sono presenti. L'internazionalizzazione del potere pubblico è un fenomeno nuovo che porta con sé delle nuove sfide. L'illusione che queste sfide possano essere affrontate adeguatamente con un modello che era fatto su misura per un altro oggetto ostacola la ricerca di soluzioni che siano all'altezza della nuova situazione e si adattino meglio ad essa. [344]