

LA GARANZIA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE NELL'EPOCA DELL'INTERDIPENDENZA DEI BENI COSTITUZIONALI

Gustavo ZAGREBELSKY

SUMARIO: I. *Le norme costituzionali indeterminate e lo "spostamento di potere"*. II. *Sostanza e forma nel giudizio di costituzionalità delle leggi*. III. *Impotenza del diritto Costituzionale chiuso*. IV. *Costituzionalismo universale?* V. *Comparazione e cooperazione costituzionale*. VI. *L'ultima parola*.

Procederò “classicamente”, prendendo in considerazione anzitutto due aspetti particolari di quella che, indubbiamente, è una delle dottrine fondative del controllo di costituzionalità delle leggi, la dottrina di Hans Kelsen: due aspetti che potevano sembrare addirittura ovvi, in quel tempo, e che oggi, viceversa, ci appaiono superati dall’esperienza. Interrogarci su questo distacco può servire per inoltrarci nell’esame del tema che mi è stato proposto. Si tratta (a) della critica delle norme costituzionali indeterminate e (b) della riduzione del vizio d’incostituzionalità materiale a vizio formale.

I. LE NORME COSTITUZIONALI INDETERMINATE E LO “SPOSTAMENTO DI POTERE”

La preoccupazione di Kelsen era di formalizzare il giudizio costituzionale e liberarlo dalle temute interferenze di natura politico-ideologica, per poterlo costruire come “giudizio”, cioè come applicazione di norme, e sottrarsi così alla critica di Schmitt che vi vedeva il mascheramento di decisioni politico-legislative, anzi politico-costituzionali, sotto l’aspetto solo esteriore della giurisdizione. La “politicizzazione” non è semplicemente esorcizzata da Kelsen con l’accusa di astratto ideologismo mossa

alla concezione schmittiana del giudizio come mera “sussunzione” del fatto nel diritto. È invece affrontata *ex professo* nei termini di un rischio temuto, lo “spostamento di potere”. Le corti costituzionali —dice— non devono essere chiamate a decidere in base a qualcosa come i principi di diritto naturale, un diritto nel quale ciascuno è libero di vedere i contenuti che vuole. Ma

...la situazione è diversa solo in apparenza quando, come spesso accade, la stessa costituzione si riferisce a questi principi richiamando gli ideali di equità, di giustizia, di libertà, di eguaglianza, di moralità, ecc., senza minimamente precisare di che si tratti. Se queste formule servono solo a coprire l’ideologia politica corrente con la quale ogni ordinamento cerca di rivestirsi, il rinvio all’equità, alla libertà ecc., in mancanza di precisazione significa solo che tanto il legislatore quanto gli organi preposti all’esecuzione della legge sono autorizzati a riempire discrezionalmente lo spazio loro lasciato dalla costituzione.

Le concezioni di tali valori «differiscono infatti talmente, a seconda dei punti di vista degli interessati, che, se il diritto positivo non consacra l’uno o l’altro di essi, qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni». Se così avvenisse, però,

...la concezione della giustizia della maggioranza dei giudici del tribunale costituzionale potrebbe essere considerata semplicemente intollerabile. La loro concezione della giustizia potrebbe contrastare del tutto con quella della maggioranza della popolazione e contrasterebbe evidentemente con quella del parlamento che ha voluto la legge... Per evitare un simile *spostamento di potere* —certamente non voluto e politicamente del tutto controindicato— dal parlamento a un organo estraneo, il quale può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile.¹

Se si vuole tenere a freno il potere dei tribunali e quindi il carattere *politico* della loro funzione... dev’essere il più possibile limitato l’ambito della discrezionalità che le leggi attribuiscono per la loro applicazione. Le

¹ Kelsen, H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione [La giustizia costituzionale]* [1928], in *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 189 ss.

norme costituzionali che un tribunale è chiamato ad applicare e, in particolare, quelle che stabiliscono il contenuto delle leggi future —come le disposizioni sui diritti fondamentali e simili— non devono essere formulate in termini troppo generici. In definitiva, il pericolo dello “spostamento di potere” indica l’eventualità che il controllo di costituzionalità, introducendo contenuti giuridici costituzionali che non sono ascrivibili alla costituzione, si estenda discrezionalmente, attentando alle prerogative del legislatore e insidiando la democrazia.²

L’auspicio di norme costituzionali determinate, cioè di norme aventi la struttura di regole, era tuttavia destinato a rimanere inascoltato. Le costituzioni del costituzionalismo odierno non sono testi normativi nel senso del positivismo giuridico. Esse sono infatti ricche, precisamente, di quelle proposizioni che Kelsen invitava a evitare, e lo sono non per capriccio o insipienza degli autori delle costituzioni stesse, ma per necessità costituzionali materiali. Le norme costituzionali aperte sono infatti caratteristiche inevitabili delle Costituzioni, in quanto documenti normativi “comprensivi”, adatti a situazioni costituzionali pluraliste, destinati valere nel tempo e inserite in un movimento ideale che travalica i limiti degli stati nazionali. Queste norme sono tali da richiedere necessariamente un’opera di concretizzazione storico-concreta, non interamente predeterminata nei suoi contenuti. Dobbiamo allora, da questa constatazione, trarre la conseguenza che i caratteri inevitabili della “giurisdizione costituzionale” del tempo attuale danno ragione piuttosto a Schmitt che a Kelsen, poiché essa rappresenta proprio ciò che il primo denunciava come irresistibile travisamento giudiziario di una funzione politica e che il secondo improduttivamente invitava a evitare? Dobbiamo dunque concludere che la giustizia costituzionale è una contraddizione in termini, perché la “applicazione” della costituzione —della costituzione quale essa è e non può non essere nel nostro tempo— è necessariamente politica costituzionale, non giurisdizione costituzionale? La domanda è capitale e, al tempo stesso, paradossale, di fronte alla quasi universale sua accettazione, come elemento del costituzionalismo attuale. Possibile che ciò sia avvenuto al costo di un indebito “spostamento di potere”?

Per quanto Kelsen critichi l’idea della giurisdizione come attività di mera “sussunzione” del fatto nel diritto e assegni alla giurisdizione il

² Kelsen, H., “Chi deve essere il custode della costituzione?” [1930-1931], *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 253 y 254).

compito di risolvere, oltre alle questioni di fatto, anche i “dubbi interpretativi” circa il diritto, egli, se avesse considerato gli sviluppi effettivamente presi dal diritto costituzionale odierno, avrebbe finito, volente o nolente, per essere condotto alle stesse conclusioni del suo critico. Per l’uno, si trattava di ragioni teoriche (la definizione di giurisdizione), per l’altro pratiche (la discrezionalità come dato di fatto), ma la conclusione avrebbe dovuto coincidere.

Il postulato comune di questo contrasto è la concezione positivista del diritto, come prodotto integralmente legislativo (ordinario o costituzionale), oltre il quale c’è solo il campo del “non giuridico”, cioè dell’arbitrarietà (o “discrezionalità”) e, in definitiva, delle scelte politiche che non competono ai giudici. È in base a questo postulato che può parlarsi di spostamento di potere politico, o di appropriazione indebita di potere del legislatore da parte del giudice.

Ma tutto ciò sta e cade con la premessa monista, cioè con la pretesa della legge di essere, essa sola, diritto. Il dualismo giuridico, il diritto a due lati, formale e materiale, distinti ma interdipendenti, apre a un diverso modo di vedere. Questa concezione duale del diritto può essere solo accennata. A essa ha dedicato un lavoro, di prossima pubblicazione, dal titolo *La legge e la sua giustizia*, in cui cerco di mostrare come la nostra epoca vede la rinascita dell’antica e mai spenta tensione tra *ius* e *lex* e che lo *ius* si manifesta, per l’appunto, attraverso le norme costituzionali indeterminate, alle quali non si addice la struttura del “se... allora”, che è quella in base alla quale si può parlare di “applicazione” come “sussunzione”, né si addice il vincolo esclusivo a una volontà legislatrice, rispetto al quale si può parlare di spostamento di potere. Se oltre la legge vi è altro diritto, la convinzione positivista, secondo la quale dove non c’è legge (o dove la legge è vaga, imprecisa, indeterminata) c’è solo politica, cade necessariamente. Dove manca la legge ci può essere politica, la politica che, fisiologicamente, è destinata a elaborarsi in legge, ma ci può anche essere diritto non legislativo, cioè diritto materiale. Questo diritto materiale trova oggi espressione nella costituzione la quale, a sua volta, è un insieme di principi che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale pre-positivo. A questo ci porta il dualismo del diritto, il doppio suo lato. Se si conviene sul fatto che il legislatore padroneggia solo il lato legislativo e non quello non legislativo, la difficoltà denunciata con l’espressione “spostamento di potere” perde di consistenza. Le norme costituzionali indeterminate non “spostano” nulla, non aprono impropriamente alla politica, all’ispira-

zione soggettiva, all'arbitrio dell'interprete, ma chiedono al giudice di confrontarsi col diritto, non amputato della sua dimensione materiale. Che, poi, il modo di trattare il diritto materiale sia diverso da quello di trattare il diritto legislativo; che il primo sia formalizzabile in procedimenti logici (la "tecnica giuridica" sviluppata dal positivismo) e il secondo si debba avvalere di strumenti culturali non formalizzabili; che il diritto legislativo possa essere oggetto di una "scienza" mentre il diritto non legislativo richieda piuttosto "prudenza", come consapevolezza del senso del proprio compito che si riflette nell'interpretazione: tutto ciò è semplicemente la conseguenza della doppia natura del diritto, il diritto come forma della forza (*lex*) e il diritto come sostanza (*ius*), tenuti insieme da un rapporto di ragionevole compatibilità.

II. SOSTANZA E FORMA NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI

Il riduzionismo legalista kelseniano si traduce, nella sua nomodinamica e nella sua teoria della giustizia costituzionale, nell'esigenza di rispetto delle forme, cioè delle procedure. Un aspetto di questa impostazione è la riduzione dei vizi delle leggi "materiali" (cioè per ragioni di contenuto) a vizi "formali" (cioè per ragioni di procedimento). I vizi materiali si risolverebbero nei secondi, poiché solo questi ultimi avrebbero consistenza, nella teoria dell'incostituzionalità della legge.

Gettando uno sguardo sui presupposti di questa concezione, possiamo mettere in luce la distanza dai nostri, in base ai quali la riduzione della sostanza alla forma ci appare una alquanto stravagante forzatura. Eppure, essa è argomentata impeccabilmente. Gli ordinamenti a costituzione rigida, basati cioè su un rapporto di gerarchia tra costituzione e legge, risultano da questi due elementi: (a) ogni "grado normativo", si caratterizza per una forma corrispondente: così, al "grado costituzionale" corrisponde una "forma" o procedura costituzionale, e analogamente al "grado legislativo" corrisponde una "forma" legislativa; (b) le norme poste in basso devono rispettare i contenuti di quelle poste in alto; (c) una norma legislativa avente un contenuto in contrasto con una norma Costituzionale è invalida se adottata in forma legislativa, ma sarebbe valida (in quanto abrogatrice o derogatoria) se adottata in forma costituzionale. L'incostituzionalità deriverebbe, quindi, non dal contrasto di contenuti ma dall'erronea scelta della forma di normazione. Con le parole di Kelsen:

...spesso si distingue tra incostituzionalità formale e incostituzionalità materiale delle leggi. Tale distinzione è però ammissibile solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale. Si tratta quindi, in definitiva, di sapere se dev'essere osservata la forma ordinaria o quella costituzionale.³

Il compito della Corte costituzionale sarebbe quindi quello di garantire la giusta scelta delle forme, sarebbe quello di un “manovratore di scambii” (L. Favoreu).

Noi comprendiamo il significato di questa riduzione della sostanza alla forma. Si trattava di salvaguardare l'integrità della democrazia, intesa come onnipotenza della legge prodotta secondo le giuste procedure; si trattava cioè di mantenere intatto il “diritto all'ultima parola”, a favore del legislatore democratico. Tuttavia, la riduzione della sostanza a forma corrisponde a una comprensione della giustizia costituzionale intimamente formalistica e antistorica che paradossalmente ignora, o nasconde, il fatto che le costituzioni nascono con l'intento opposto, un intento sostanziale: l'intento di circondare determinati contenuti normativi di particolari protezioni rispetto ai tentativi di cambiamento. Non è per nulla la stessa cosa, dal punto di vista della comprensione, dire la costituzione è sempre e in ogni sua parte modificabile, purché con la procedura adatta, oppure che la costituzione è imm modificabile, a meno che si attivi la procedura eccezionale della revisione costituzionale. Sembrano speculari ed equivalenti affermazioni ma, dal punto di vista culturale, non lo sono. Le procedure aggravate previste per la revisione costituzionale possono sì essere concepite come una variante di procedura legislativa, ma possono essere intese anche e soprattutto come *garanzia materiale attraverso mezzi procedurali* dei contenuti della costituzione. La Costituzione italiana, ad esempio, colloca il suo art. 138 sulla revisione costituzionale non nella “sezione” dedicata alla *Formazione delle leggi* (artt. 70 ss.), ma nel “titolo” che prevede le *Garanzie costituzionali*, tra le quali è compreso anche il controllo di costituzionalità delle leggi (artt. 134-137). Si può esprimere il medesimo concetto anche in altro modo, che mette in luce un aspetto molto rilevante di questa riduzione della sostanza alla forma. La forma, nelle concezioni positivistiche del diritto è “forma della forza”

³ *La garanzia giurisdizionale della costituzione, cit.*, p. 155.

o “forza messa in forma”. Ridurre la costituzionalità a rispetto della forma significa ridurre l’esperienza costituzionale a una questione di “modo d’esercizio” della forza, contro la convinzione che il costituzionalismo è una dottrina che contiene aspirazioni di forma, certamente, ma anche di sostanza: è essenzialmente una dottrina di contenimento della forza in vista di valori sostanziali della convivenza civile.

Soprattutto, però, la tesi: ogni contenuto è lecito, purché deliberato nella debita forma, è smentita dall’esistenza di norme costituzionali che le Costituzioni stesse dichiarano irriducibili, per la modifica delle quali non è dunque prevista alcuna “debita forma”. Si tratta di principi fondamentali, essenziali, irrinunciabili o supremi: indicati dalle stesse costituzioni o elaborati dalle giurisprudenze costituzionali, ad esempio in occasione dell’adesione a organizzazioni internazionali dotate di potere normativo, come l’Unione Europea, per stabilire limiti alla “ingerenza” negli ordinamenti nazionali e preservarne un nucleo di principi intangibili. L’esistenza di norme costituzionali di questa categoria è altamente significativa: esse, impedendo interferenze esterne, confermano l’esistenza di una sostanza forte di sovranità statale, che resiste pur in presenza della formazione di istanze politiche sovrastatali. Ma questa difesa di sovranità non si traduce affatto nell’esaltazione della sovranità politica dei legislatori statali, cui tutto, secondo Kelsen, sarebbe concesso, purché nel rispetto delle forme. Quella difesa si traduce, per così dire, nella sovranità della costituzione, il cui nucleo essenziale, come è sottratto agli attacchi esterni, così è protetto dagli attacchi interni: è, in breve, contenuto costituzionale immodificabile per definizione. “L’ultima parola”, quando si tratti di queste norme, appartiene al diritto e ai giudici, non alla legge e ai legislatori.

Qui si richiede un approfondimento. L’esistenza di principi contenuti nella costituzione non modificabili attraverso i procedimenti legislativi previsti per la sua modificazione presuppone che tale immodificabilità abbia un fondamento autonomo, in una “norma” (non nel senso del positivismo) “sulla costituzione” che vale “prima” di essa, che sia cioè “pre-costituzionale”, nel senso della costituzione positiva. Se questa norma appartenesse alla costituzione positiva, si dovrebbe infatti ammettere che, cambiandola o sopprimendola, si possa rendere modificabile ciò che essa stessa ha previsto come immodificabile. Per poter affermare l’immodificabilità assoluta della costituzione o di sue singole parti occorre fare riferimento a una dimensione materiale di diritto costituzionale che non

dipende dalla volontà di alcuna autorità costituzionale fondata sulla costituzione stessa, cioè non derivante da alcuna statuizione autorizzata da norme costituzionali positive. Siamo qui in una dimensione di diritto costituzionale pre-positiva che —essendo la costituzione la più alta norma positiva— appartiene alla sfera non della forma, cioè della forza messa in forma di *lex*, ma della sostanza, cioè dello *ius*, cioè di un diritto materiale indipendente da una sua forma definita positivamente.

III. IMPOTENZA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE CHIUSO

Il diritto posto, e quindi anche la costituzione come atto positivo, non controlla i condizionamenti del suo valere come diritto, condizioni che mutano sotto la pressione di fattori storici indipendenti, ai quali anche la giurisprudenza, cioè la teoria e la pratica del diritto, finisce per adeguarsi, prendendone atto. Questo spiega perché le tesi discusse nei due paragrafi precedenti —circa lo “spostamento di potere” come conseguenza delle norme costituzionali indeterminate e la riduzione della sostanza alla forma— possano non convincere oggi, mentre potevano convincere ieri. Sono cambiati i presupposti entro i quali quelle tesi furono avanzate, tesi che possono essere espressi in sintesi, prendendo a prestito l’espressione fichtiana, con la formula “diritto costituzionale chiuso”. Oggi, il diritto costituzionale è soggetto a fenomeni storici di ampia portata, che lo spingono a trasformarsi in “diritto costituzionale aperto”.

In che senso possiamo parlare di concezione chiusa del diritto costituzionale? La critica alle norme costituzionali indeterminate e la riduzione dell’incostituzionalità sostanziale a formale possono sembrare due aspetti marginali di una concezione del giudizio sulle leggi. Non è così. Ne viene illuminato il concetto di diritto costituzionale chiuso e, per converso, aperto. (a) La critica alle norme costituzionali indeterminate protegge l’integrità del diritto, in quanto diritto esclusivamente positivo, da “ingressi” di sostanza eterogenea e indesiderata. (b) La riduzione dell’incostituzionalità materiale a quella formale, a sua volta, garantisce il monopolio legislativo del diritto. Dunque: chiusura del diritto sul solo “positivo” e chiusura del positivo sul solo “legislativo”. Considerati congiuntamente, questi due elementi della dottrina kelseniana convergono in un unico significato: la garanzia dell’assolutezza del diritto legislativo attraverso la coerenza delle sue manifestazioni. Con una specie di apparen-

te gioco di prestigio concettuale, il controllo di costituzionalità della legge viene così a rappresentarsi non come garanzia dell'esistenza di un limite alla forza in nome di qualche cosa d'altro, che forza non è, ma come garanzia di onnipotenza (delle diverse manifestazioni) della forza stessa, cioè come garanzia di sovranità.

Che la sovranità sia concepita come prerogativa dello Stato, in quanto forma storica di soggetti politici concreti (un principe, una classe, un popolo, una nazione), oppure che sia identificata, attraverso una spersonalizzazione, nell'ordinamento giuridico, non cambia ciò che qui conta: la legge sovrana è tale nell'ambito personale e territoriale su cui l'ordinamento riesce a imporsi. Parallelamente, quanto accade di là di questo ambito è come inesistente, rientrando sotto il controllo di altre sovranità. *Riduzione di tutto il diritto alla legge sovrana; rilevanza per il diritto di tutto ciò che è interno all'ambito della sovranità e irrilevanza di tutto ciò che è esterno*: così possiamo tradurre ciò che intendiamo per particolarismo costituzionale o diritto costituzionale chiuso.

“Delle costituzioni si può parlare solo storicamente”, ha scritto Hegel, e questa espressione può accogliersi anche indipendentemente da ogni bardatura storicistica. Oggi, di costituzione deve parlarsi diversamente da come se ne poteva parlare al tempo in cui la giustizia costituzionale e il controllo di costituzionalità sulle leggi furono concepiti. I presupposti non sono più esattamente quelli di allora. La distanza che ci separa dal tempo della fondazione può essere misurata sui due punti cruciali (di cui le tesi kelseniane sono il rispecchiamento) della chiusura degli ordinamenti costituzionali su loro stessi, di cui è corollario la natura esclusivamente legislativo-positiva di tali ordinamenti. La crisi di questi due aspetti delle costituzioni moderne è ciò che ci spinge verso un diritto costituzionale aperto.

La costituzione definisce dunque, per prima cosa, l'ambito territoriale e personale della sua validità ed efficacia. Per ambito di validità ed efficacia possiamo intendere qui l'insieme degli accadimenti che, per così dire, *hanno risonanza* per la costituzione, l'interrogano e in essa cercano risposta. L'ambito costituzionale coincide a sua volta con quello dello Stato sovrano: le Costituzioni sono nate e sono operanti in questo ambito. Ma questa coincidenza è ormai rotta. La costituzione si sta affrancando. Non è più funzione dello Stato. I confini delle risonanze si sono allargate. La realtà costituzionale si prende una rivincita sulla rappresentazione che ne è fatta dalle costituzioni, intese come leggi messe in forma costituzionale.

Il mondo giuridico odierno, in molti campi, va affrancandosi vistosamente dal territorio, lo spazio circondato da confini cui il diritto pubblico ha per secoli assegnato il compito di specificare le collettività umane, il loro governi e i loro sistemi giuridici. Questo elemento dello Stato ha rappresentato per secoli la dimensione in cui i fatti sociali assumevano senso e valore e, di conseguenza, la dimensione delle loro ripercussioni giuridiche. Ciò che accadeva fuori o era indifferente o, se non lo era, poteva diventare oggetto di diritto internazionale, un diritto che superava bensì i confini ma, essendo la sua matrice pur sempre statale-territoriale, nel superarli, li ribadiva come presupposti. Il diritto costituzionale chiuso à la Kelsen non era incompatibile con la creazione di un diritto internazionale, ma come proiezione del diritto tra stati (il diritto dei trattati) o come dimensione giuridica indipendente dal diritto degli stati (il diritto internazionale generale, nell'ambito del quale Kelsen stesso ha elaborato la sua dottrina monista dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti statali). Oggi non è più solo così. Le dimensioni del diritto costituzionale si sono allargate e, per indicare questo allargamento, si parla, con quello che un tempo sarebbe apparso un ossimoro, di "diritto costituzionale internazionale". "La terra appartiene ai viventi" o, forse, i viventi appartengono alla terra: terra, in ogni caso, non più territori.

La sovranità di un tempo è cambiata in dipendenza o interdipendenza. Il controllo di molti fattori condizionanti le singole esistenze costituzionali sfugge alle costituzioni chiuse. Atti ed accadimenti di natura politica, culturale, economica e tecnologica, ambientale in altre parti del mondo risuonano direttamente nel patrimonio dei beni costituzionali locali, che sono quelli di cui si occupano le costituzioni nazionali. D'altro lato, i principi costituzionali, per quanto scritti in costituzioni particolari, nell'essenziale hanno portata universale ed esprimono aspirazioni non certo circoscritte nei confini che la storia ha dato agli stati: la vita, la dignità, l'uguaglianza, i diritti umani e le libertà collettive e individuale, la pace, la giustizia ecc. La loro violazione rileva in qualunque luogo della terra essa avvenga. In breve: le distanze e le separazioni su cui potevano poggiare costituzioni particolari si stanno accorciando o superando. Aumentano le implicazioni costituzionali che prescindono dalla divisione della terra in territori, dalla divisione dei popoli della terra in popolazioni soggette a sovranità distinte.

Con queste considerazioni, ci affacciamo su quella nebulosa di confuse realtà e intricati problemi che denominiamo "globalizzazione", di cui

avvertiamo la presenza minacciosa nelle nostre esistenze, senza riuscire per ora a intenderne l'essenziale, a comprenderne la morfologia e a dominarne le forze. Per quanto, come giuristi, "preferiamo lavorare con concetti chiari, piuttosto che andare a tentoni nella nebbia" (E. Denninger), non possiamo sottrarci al compito di adeguare i nostri strumenti alle nuove condizioni in cui il diritto è chiamato a operare.

In generale, ciò che denominiamo con quella pluricomprensiva parola è un fenomeno di *connessione causale*, tale che situazioni di un luogo sono influenzate da accadimenti in altri luoghi, dove la distanza supera, anzi ignora, i confini degli Stati, delle società, delle nazioni, e delle loro organizzazioni politiche, sociali e giuridiche. Altri parleranno, ciascuno dal punto di vista della loro disciplina, di mercati; di circolazione di capitali, tecnologie, informazioni; di mescolamento di etnie, culture, o anche, passando ad altro, di diffusione di malattie, di epidemie, di pandemie, ecc. Per quel che riguarda la costituzione, la globalizzazione può essere definita come la *condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali* e viceversa: come la condizione per la quale la disciplina locale (o l'assenza di disciplina) di beni costituzionali in un luogo produce conseguenze in altri luoghi lontani. "Lontani" significa di là del confine di validità e di efficacia della costituzione e fuori della portata dei poteri regolatori di cui dispongono le società che li subiscono. Dal punto di vista dell'ordinamento che subisce, quegli eventi lontani sono meri fatti, non fatti giuridici, perché sottoposti a regole dettate in ordinamenti diversi. Cause ed effetti sono così dislocati diversamente e coloro che subiscono gli effetti sono impotenti rispetto alle cause, essendo collocati in un luogo privo di potere negli ambiti in cui si determinano le cause. Questo dislivello di cause ed effetti può avere un effetto di vanificazione del diritto che, come quello costituzionale, è originariamente legato ai confini che definiscono le dimensioni delle sovranità statali. Il compito attuale di chi opera per il diritto costituzionale attuale è di tentare di riavvicinare gli ambiti e ricostruire un ambiente di principi fondamentali in cui gli effetti e le loro cause siano ugualmente sottoposti al diritto. In mancanza, si ha un bel regolare diritti e situazioni nel proprio ambito costituzionale, se le condizioni di efficacia di tale regolazione si determinano altrove.

La globalizzazione non è dunque soltanto un fatto di ampliamento delle dimensioni dei fenomeni sociali, che tendono a superare ogni confine

territoriale e ad abbracciare in un'unica dinamica di interdipendenze i popoli della terra. È soprattutto, per ora, una dislocazione di cause ed effetti che crea frustrazione e impotenza. Anthony Giddens è ricorso all'immagine del carro di Dschagannath che, secondo una tradizione hindu, una volta all'anno trasporta l'immagine del dio Krishna, muovendosi da sé senza meta apparente e travolgendo inevitabilmente la gente che, in preda all'accecamento dell'estasi religiosa, cerca di guidarlo, rallentarlo, arrestarlo.

Non c'è bisogno di molti esempi. Sappiamo tutti ciò che accade in conseguenza della circolazione dei capitali nella dimensione mondiale, del libero mercato delle merci prodotte in condizioni non comparabili di costo del lavoro e di protezione dei diritti dei lavoratori; in conseguenza degli sviluppi delle tecnologie applicate a sempre nuovi ambiti della vita; in conseguenza della carenza di protezione di beni indispensabili alla vita su tutta la terra e dell'insufficiente precauzione nei confronti di esiti catastrofici di disastri ambientali; in conseguenza della tolleranza nei confronti della criminalità organizzata, terroristica e comune. Ciascuno di noi saprebbe allungare la lista di situazioni di questo genere, i cui effetti si ripercuotono pesantemente su beni costituzionali, come i diritti fondamentali, disciplinati in ordinamenti costituzionali diversi da quelli nei quali si sono prodotte. Ma va formandosi, sia pure lentamente, faticosamente e parzialmente, anche una dimensione costituzionale morale. Fatti lontani ci concernono e ci colpiscono, pur senza che sia concreta questione di *nostri* diritti, quando avvertiamo che standard morali essenziali sono violati nei confronti di *altri*, diversi da noi. La "indivisibilità dei diritti" che, in generale, è solo un'espressione retorica, lo è meno con riguardo a beni essenziali, come per esempio la vita, la pace, il rispetto delle identità culturali collettive, la libertà e l'autodeterminazione dei popoli, violati dall'esecuzione di sentenze capitali, da interventi bellici, guerre e "pulizie etniche", repressioni di movimenti di liberazione. Nello spazio che si apre tra i fatti specifici e la loro riprovazione morale generale possono inserirsi speculazioni ideologiche e strumentalizzazioni politiche, perfino l'uso della forza in guerre dall'ambiguo significato. È un pericolo. Ma non è questo un motivo per negare, anche in questi casi, l'esistenza di uno scarto che deve essere colmato, di un vuoto di diritto costituzionale, una volta che di questo diritto si abbia una concezione chiusa.

IV. COSTITUZIONALISMO UNIVERSALE?

Filosofi, teologi, politologi, sociologi, economisti, ciascuno per la sua parte, si sono esercitati a mettere in luce pericoli e ineluttabilità di questo Moloch, la globalizzazione, che pervade e condiziona ogni ambito della vita, proponendo analisi, concettualizzazioni, linee di riflessione critica e prospettive di azione pratica. E la scienza giuridica? In particolare, la scienza costituzionale? La scienza costituzionale ha da sempre avuto il compito di organizzare giuridicamente la dimensione dei fatti e dei poteri costituzionali. E anche oggi il compito, nell'essenziale, non è diverso, pur non potendosi più riferire e appoggiare integralmente sull'unità di un soggetto sovrano, nella forma dello Stato costituzionale chiuso. Non si devono sottovalutare, anzi si devono sostenere, i tentativi di ricomporre quella discrasia tra condizioni e conseguenze di diritto costituzionale tramite strumenti politici, cioè attraverso l'azione degli Stati che, con i mezzi del diritto internazionale, creano organizzazioni sopranazionali dotate di poteri normativi, amministrativi e giudiziari sovranazionali. C'è però un compito che riguarda non la politica internazionale ma il diritto costituzionale, cioè i costituzionalisti e i tribunali che hanno a che fare con materia costituzionale e norme costituzionali.

A questo riguardo è rilevante il superamento dell'originaria concezione costituzionale chiusa, di cui s'è detto. La concezione materiale dell'incostituzionalità affranca il cuore della costituzione dalla supremazia legislativa dello Stato; la struttura indeterminata delle norme costituzionali di principio, sulle quali si esercita con più profitto la comparazione, permette connessioni orizzontali. Esiste ormai un patrimonio di contenuti fondamentali che si riscontrano con notevole ricorrenza nelle Costituzioni statali oggi vigenti: per esempio, l'uguaglianza e la non discriminazione degli esseri umani, la loro dignità e il divieto di trattamenti degradanti, la protezione delle minoranze, i diritti di libertà classici e i diritti sociali, la democrazia e il diritto all'autogoverno delle comunità locali, la protezione delle identità culturali, ecc., principi che operano nel quadro dei meta-principi della ragionevolezza e della proporzionalità della legge. Dall'interpretazione di questi principi, quando la giurisprudenza si ispiri a comuni orientamenti, può progressivamente andar formandosi un minimo comune denominatore costituzionale ultrastatale, "amministrato" da giurisdizioni costituzionali locali, dove si possano trovare risposte comuni a questioni aventi ripercussioni generali.

La costruzione di questo patrimonio di diritto costituzionale comune sembra essere il compito attuale della scienza e della giurisprudenza costituzionali. Consapevoli o no, mosse da comuni esigenze, esse operano nell'alveo di ciò che possiamo definire il "costituzionalismo attuale", una nozione presente ormai nell'*ethos* del nostro tempo, che nessun legislatore (nemmeno un legislatore costituzionale), nessuna giurisprudenza, nessuna dottrina può permettersi di contraddire, senza essere per ciò stesso cadere nell'illegittimità e scontare una condanna non solo morale ma anche densa di potenziali conseguenze sul piano pratico: esclusione da consessi internazionali, sanzioni dirette e indirette, stasi (nel senso greco-classico) della vita politica interna. Si dirà: ma, le costituzioni positive, facendo valere la sovranità su cui ancora si fondano, non possono forse andare per conto loro? Il costituzionalismo del nostro tempo non è forse una fragile ideologia o una vaga aspirazione? La risposta sta in quest'altra domanda che rinvia alla "formula di Radbruch" (di recente riportata in onore da R. Alexy): è anche solo lontanamente immaginabile una costituzione che esordisca dicendo la dignità umana non è rispettata, la discriminazione tra gli esseri umani è ammessa, la libertà è proscritta, l'ingiustizia è elevata a valore?

Con riguardo a questo strato di diritto costituzionale posto di là della sovranità statale, si è parlato di *supra-costituzionalità*, una nozione controversa, eterogenea, risultante da principi di *ius gentium* (il diritto internazionale non patrio), da convenzioni internazionali patrizie multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto diritto umanitario, da motivi di giustizia iscritti nel diritto naturale, eccetera.

Questa nozione di supra-costituzionalità è divenuta oggetto di dibattito negli ultimi due decenni, in concomitanza con l'apertura degli ordinamenti giuridici nazionali a dimensioni costituzionali più vaste. Il fatto stesso che sia stata proposta e abbia trovato un fertile terreno di discussione, è, per ora, più significativo di quel tanto di consenso che ha riscosso. L'idea stessa di un livello di norme che valgono più della costituzione è considerata una contraddizione in termini, una volta che si ritenga che il diritto costituzionale coincide con la costituzione positiva e che questa costituzione è norma suprema. Questo "positivismo della costituzione" rifiuta come contraddittoria l'idea che la costituzione possa essere

vincolata a qualche cosa di diverso da sé e di superiore; nega conseguentemente che possano esistere limiti materiali alla revisione costituzionale; afferma che anche i limiti che la costituzione stessa eventualmente pone alla propria modifica possono essere rimossi attraverso la revisione delle norme costituzionali che li prevedono; concepisce le obbligazioni derivanti dal diritto internazionale come auto-obbligazioni, fondate sulla costituzione e pertanto revocabili con la modifica delle norme che ne sono a fondamento. Al contrario, l'idea di una dimensione del diritto costituzionale non formale, che affianca, entrando in rapporto con quella formale (un rapporto per sua natura non formalizzabile) è coerente con la visione complessa del diritto a due lati, cui si è fatto cenno in precedenza. Se si ammette che il diritto non è solo volontà formalizzata in legge e che la legge è parte e non tutto, non vi sono difficoltà per le giurisprudenze costituzionali ad aprirsi alla considerazione agli elementi costituzionali materiali del costituzionalismo attuale, non contro, ma attraverso le norme costituzionali di principio ch'esse devono interpretare e applicare. Questo tipo di norme, formulate con il ricorso a concetti che, per valere, devono essere concettualizzati per mezzo di concezioni, sono il lasciapassare per la circolazione delle esperienze costituzionali tra ordinamenti distinti e per la loro ricezione in giudicati costituzionali.

In questo quadro si colloca la propensione attuale, sempre più accentuata, della pratica e della scienza del diritto costituzionale a "guardare al di là". Oggi, a differenza del passato, un costituzionalismo esclusivamente nazionale si condannerebbe progressivamente all'impotenza e all'emarginazione di una scienza che perde progressivamente il controllo della propria materia. L'atteggiamento aperto non è un lusso, un accessorio; è una necessità vitale. Gli organi della giustizia costituzionale sono venuti costruendo una cerchia di relazioni consolidate e talora a istituzionalizzate in associazioni, conferenze, scambi di esperienze tra Tribunali costituzionali, Corti supreme, Alte Autorità di garanzia costituzionale. Da tempo è all'opera una generazione di costituzionalisti dallo stile di vita cosmopolitico, che fanno della comparazione l'essenza delle loro ricerche. Centri accademici di ricerca in tutto il mondo contribuiscono efficacemente a un dialogo che, fra tutti quelli che si svolgono sui grandi temi del diritto pubblico, è certamente tra i più fruttuosi. Tutto ciò è un dato di fatto pieno di significato, per la facilità della reciproca comprensione, la spontaneità delle discussioni e la molto frequente concordanza d'intenti. Eppure, in origine, vi sono rilevanti distanze tra i sistemi di garanzia giurisdizionale

della costituzione: *judicial review* o giustizia costituzionale; tradizioni di *common* o *civil law*; controllo astratto o concreto, preventivo o successivo; tutela dei diritti costituzionali o controllo delle leggi, ecc. Lo *Stato di diritto* non è sempre la stessa cosa in quanto *État de droit*, *Rechtsstaat* o *Rule of law*. La nozione di *Stato costituzionale*, di conseguenza, non coincide dappertutto. La stessa costituzione non è norma suprema nell'identica misura, onde mutano i rapporti tra Corti e poteri legislativi. Sono differenze rilevanti. Ma proprio per ciò risaltano le tendenze comuni che si riscontrano nel "giudicare in diritto costituzionale". Lo Stato costituzionale, che deriva dalle diverse nozioni di Stato di diritto, sembra diventare una prospettiva comune.

V. COMPARAZIONE E COOPERAZIONE COSTITUZIONALE

I compiti della comparazione giuridica odierna si sono arricchiti. Nello Stato costituzionale chiuso, ci si domandava che significato pratico, di là della conoscenza dell'esperienza umana nella sua ricchezza, potesse avere la comparazione, dato l'assioma che le istituzioni costituzionali erano riserva naturale della sovranità statale. La risposta poteva essere varia. Poteva trattarsi della *propria* identità costituzionale, da definire per differenza o per analogia rispetto ad *altre*, diverse; oppure, di confronti in vista di eventuali trasferimenti o imitazioni di istituzioni o prassi dall'una all'altra costituzione. Ora, si tratta d'altro e, precisamente, del confronto cooperativo delle esperienze *particolari* in vista di un orizzonte costituzionale *comune* nel quale convivano e interagiscano unità e pluralità.

Tra queste esperienze costituzionali comuni, posto rilevante occupa quella giurisprudenziale. Essa, salvi i casi di organizzazioni internazionali l'adesione alle quali implica l'assunzione di un'obbligazione, ha valore non cogente ma persuasiva. Le altrui giurisprudenze non sono fonti del diritto costituzionale per le altre. Ma nemmeno richiedono, per essere adottate, atti di sovranità costituzionale statale, come ricezioni attraverso revisioni costituzionali. Possono essere elementi ostensivi del costituzionalismo odierno che si diffondono non a partire da un centro di produzione giuridica formalmente abilitato, ma dall'interno delle costituzionali nazionali, attraverso l'apertura che è implicita nelle loro disposizioni di principio. Le giurisprudenze costituzionali cooperative, che attirano sempre di più l'at-

tenzione degli studiosi e alimentano accanite discussioni, sono un segno dei tempi.

Negli ultimi tempi, questo interscambio di esperienze tra ordinamenti è stato focalizzato come problema di diritto costituzionale generale, nella forma di controversia circa l'utilizzazione e la citazione da parte delle Corti di materiali normativi e giurisprudenziali "esterni". I due poli nella discussione possono rappresentarsi così: da un lato, l'art. 39 (del *Bill of Rights*) della costituzione della Repubblica del Sud-Africa del 1996, secondo il quale, nell'interpretare il catalogo dei diritti, le Corti "devono prendere in considerazione il diritto internazionale e possono prendere in considerazione il diritto straniero"; all'opposto, la radicale contestazione di questa pratica, nel segno della difesa dei caratteri originari della costituzione, contro gli "incroci bastardi" con esperienze non indigene e contro l'appannamento del diritto costituzionale in un generico "costituzionalismo senza confini e senza carattere" (R. Posner). Il rifiuto di "guardare oltre" significa il rifiuto della prospettiva universalistica del costituzionalismo, in nome della dell'identità costituzionale nazionale. I critici della tendenza a una "giustizia costituzionale cosmopolitica" —una *meretriciosus practice* (ancora Posner) che corrisponderebbe a un *concetto di natura arrogante* (sen. J. Sessions nella *Confirm Hearing* sulla nomina di J.G. Roberts a *Chief Justice* degli S.U.)— la sovraccaricano di ideologia, quando la collegano all'idea di un diritto naturale universale o con l'idea di una "incombente legge morale", e parlano di "avanguardismo morale". Esso si nutrirebbe dell'idea di progresso giuridico che, a partire dalle divisioni, tenderebbe all'unificazione delle società nel nome dei diritti umani. In effetti, il terreno sul quale più naturalmente si è sviluppata questa discussione è quello dei diritti fondamentali; anzi, sugli aspetti fondamentali dei diritti fondamentali: la pena di morte, l'età e le condizioni psichiche dei condannati, le modalità anche temporali delle esecuzioni capitali; i diritti degli omosessuali; le "azioni positive" a favore della partecipazione politica delle donne o contro storiche discriminazioni razziali nell'accesso al lavoro e all'istruzione; la limitazione dei diritti per motivi di sicurezza nazionale; la regolamentazione dell'aborto e, in generale, i problemi posti dalle applicazioni tecniche delle scienze biologiche a numerosi aspetti dell'esistenza umana; la libertà di coscienza rispetto alle religioni dominanti e alle politiche pubbliche nei confronti di scuole e confessioni religiose; i diritti degli individui entro le relazioni familiari e similari. E' a partire da problemi come questi che la discussione ha preso avvio ed è

a questo livello che la comparazione e la cooperazione delle esperienze giurisprudenziali sono auspicate od osteggiate.

La discussione ha assunto toni accesi soprattutto negli Stati Uniti. Ha suscitato scalpore il riferimento da parte di un giudice della Corte Suprema (giudice Breyer, *dissenting opinion* in *Knight vs. Florida* [1999]), oltre che al *Privy Council* britannico e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, a una decisione della Corte Suprema dello Zimbabwe che, dopo avere a sua volta consultato decisioni straniere, aveva stabilito che l'esecuzione di una sentenza capitale a lunga distanza di tempo dalla condanna è da considerare una forma di tortura, o un trattamento inumano e degradante. La reazione al "nascente cosmopolitismo giudiziario" risultante da alcune basilari pronunce della Corte Suprema del 2003, a partire da *Lawrence v. Texas*, in tema di sodomia, è bene rappresentata dal titolo di una proposta di legge (peraltro non giunta all'approvazione) al Congresso degli Stati Uniti dell'anno dopo —*Constitution Restoration Act* (si noti il termine "restoration", restaurazione)— con la quale si sarebbe voluto inibire ai giudici di interpretare la costituzione prendendo in considerazione documenti giuridici diversi da quelli nazionali, comprese le decisioni di Corti costituzionali o Supreme di altri Stati o di Tribunali internazionali dei diritti umani. L'atmosfera di eccitazione che accompagna queste discussioni ha raggiunto l'apice con la minaccia di *impeachment*, oltre che con minacce all'incolumità fisica.

In realtà, non c'è alcun bisogno di arrivare a queste esagerazioni. Basta un atteggiamento di modestia nei confronti delle altrui esperienze, rispetto ai nostri medesimi problemi. Basta non credere di essere soli nel proprio cammino e non presumere, come invece fanno gli sciovinisti della costituzione, di essere i migliori. Il presupposto non è necessariamente il diritto naturale né l'illusione del progresso. Può essere la prudenza dell'empirista che vuole imparare, oltre che dai propri, anche dagli altrui successi ed errori. Basta riconoscere che molte norme fondamentali della costituzione aspirano all'universalità, e che la loro interpretazione, già a prima vista, non è l'interpretazione di un contratto, o di un provvedimento amministrativo, e nemmeno di una legge, scaturita da volontà politiche particolari e contingenti. L'interpretazione costituzionale è un atto di adesione o di rottura rispetto a tradizioni storico-culturali comprensive, di cui le singole Costituzioni sono parti.

Il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sopranazionali non presuppone dunque affatto l'umiliazione delle cos-

tizionali nazionali. Si sta parlando non di un cavallo di Troia per affermare una “dittatura universalistica dei diritti”, ma di uno strumento per intendere le nostre proprie costituzioni nazionali, dando loro un senso attraverso il quadro di sfondo nel quale esse possono assumere un preciso significato, in relazione a un determinato momento storico (giudici Breyer e Stevens in *Jay Printz vs. United States* [1977]). La controversia circa l’interpretazione della propria costituzione con l’ausilio di quelle altrui è dunque una controversia sul proprio senso storico. I cittadini di un ordinamento a diritto costituzionale aperto non sono dunque chiamati a subire “inclinazioni, entusiasmi o mode straniere” (giudice Scalia in *Lawrence vs. Texas* [2003]). Il fine è pur sempre quello di intendere il proprio diritto costituzionale. E’ come ricorrere, per risolvere un problema difficile, a “un amico ricco di esperienza”, che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati: “il diritto comparato mi serve come uno specchio, mi consente di osservarmi e comprendermi meglio” (A. Barak). La circolazione delle giurisprudenze non compromette l’identità della propria. La comunicazione di esperienze è sempre filtrata perché presuppone *standard* minimi di omogeneità e giudizi di congruità su testi e contesti giurisprudenziali. Questi giudizi sono delle Corti nazionali. Non si determina alcuna diminuzione della loro funzione.

Ripensiamo però all’immagine dello specchio. Essa ci parla di rifrazioni in uno spazio in cui ciascuno può guardare se stesso attraverso l’altro. Ci dice che la comunicabilità delle giurisprudenze coincide con la partecipazione a un rapporto paritario ed esclude pregiudiziali complessi costituzionali di superiorità (oggi, degli Stati Uniti d’America rispetto allo Zimbabwe; domani —chi può sapere— dello Zimbabwe rispetto agli Stati Uniti d’America). Ma ci dice anche —e questo è il punto decisivo per la comprensione dello Stato del diritto costituzionale odierno— che il guardare se stesso attraverso l’altro presuppone che entrambi si sentano parti di un medesimo movimento storico. Se non fosse così, se si fosse l’uno l’altro estranei o, peggio, avversari o, peggio ancora, nemici, sia pure potenziali, che senso avrebbe questo rispecchiarsi? Il presupposto della comparazione, non fine a se stessa, ma in vista dell’apprendere reciproco, rinvia necessariamente a una dimensione di meta-diritto costituzionale, quello che abbiamo denominato il costituzionalismo del nostro tempo.

Si sbaglia direzione, quando si criticano gli sviluppi cosmopolitici della giurisprudenza costituzionale, in nome di un preteso strapotere del diritto e dei giudici: la “giuristocrazia” (R. Hirschl). In genere, critiche di questo genere sono motivate con il rispetto dell’autonomia del “politico”, ciò che, ai nostri giorni, significa spazi liberi di decisione democratica. Questa esigenza, che ha le sue fondatissime buone ragioni, si risolve nella critica all’attivismo giudiziario, alla tendenza a usare estensivamente le norme costituzionali indeterminate, ecc. Ma qui nulla di tutto ciò è in questione. Si tratta solo del “senso” da dare all’attività giudiziaria. La prospettiva di un diritto costituzionale aperto non è affatto, in linea di principio, più pericolosa per la discrezionalità del legislatore democratico, della prospettiva contraria. Gli abusi sono ugualmente possibili nell’uno e nell’altro caso. La prospettiva del costituzionalismo cosmopolitico, cercando di incanalare il flusso delle interpretazioni in una prospettiva convergente, vorrebbe promuoverne, semmai, l’ancoraggio a tendenze obbiettive e sottrarla al soggettivismo decisionista del caso per caso.

VI. L’ULTIMA PAROLA

L’idea di un diritto costituzionale aperto presuppone, se non il superamento, almeno l’allentamento del suo *imprinting*: la sovranità statale. Sovranità dello Stato e diritto costituzionale sovrastatale o cosmopolitico sono in contraddizione. Il diritto internazionale soltanto è il diritto che può andare al di là dello Stato, compatibile con la sua sovranità. Questo punto è chiaro, ma non è chiaro quale sia il destino della sovranità e, soprattutto, se sia un *destino comune*. Fino a qualche tempo fa si facevano affermazioni come: “l’epoca della sovranità si è definitivamente conclusa. E con essa è uscita definitivamente di scena la versione ‘continentale’ della statualità: la storica formazione burocratica centralistica di esercizio del potere, fondata sul monopolio della potestà di comando e dotata del dominio esclusivo e indiscusso sulle competenze decisionali” (A. Bolaffi). Di questo Stato, Carl Schmitt ha recitato l’epitaffio con parole che volevano essere profetiche: “L’epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa viene meno l’intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto statale e internazionale eurocentrica, nel corso di un

lavoro concettuale durato quattro secoli. Lo Stato come modello dell'unità politica, lo Stato come titolare del più straordinario di tutti i monopoli, cioè del monopolio della decisione politica, questa fulgida creazione del formalismo europeo e del razionalismo occidentale, sta per essere detronizzato". Ma, queste certezze non sono forse precipitose? Queste affermazioni, forse troppo categoriche e generiche?

Sotto certi aspetti, la sovranità statale, innanzitutto nei suoi aspetti esterni, ci appare addirittura ribadita e in termini così scoperti e aggressivi da non lasciare dubbi. La discussione sulla possibilità di apertura alle influenze esterne ha come posta in gioco la sovranità della costituzione. Altrettanto significativo, questa volta sotto l'aspetto della forza nelle relazioni internazionali, il rifiuto di alcune tra le principali potenze della terra (Stati Uniti d'America, Federazione russa, Repubblica cinese, oltre che Stato d'Israele e diversi Stati arabi) di aderire alla Convenzione del 1998 che istituisce il Tribunale penale internazionale permanente, competente in caso di crimini di guerra e di "atti di aggressione", oltre che di crimini contro l'umanità e di genocidio. Infine, ancor più significativo, infine, è l'atteggiamento ostile a ogni proposta di riforma nel senso della "democratizzazione" (cioè della uguaglianza del peso decisionale) relativamente a istituzioni, organismi internazionali e organizzazioni interstatali regionali, aventi poteri politici, economici, ecologici e militari.

Ciò che abbiamo di fronte, più probabilmente, non è la fine della sovranità ma la sua concentrazione in capo ad alcuni Stati, a danno degli altri, come è sempre stato, ma oggi si manifesta addirittura con maggior forza e maggiore evidenza. Dunque, una disuguaglianza delle sovranità, un'asimmetria nei rapporti tra gli Stati, non solo di fatto ma rispecchiata anche giuridicamente, una concentrazione della statualità di fronte alla quale le interpretazioni nel senso "post-moderno" o, addirittura "neo-medievale" dell'ordine (o disordine) tra i popoli appaiono "visioni", più che interpretazioni.

Se è vero che il diritto costituzionale chiuso e sovranità degli stati si tengono insieme, come due lati della medesima medaglia, si comprende come il costituzionalismo globale rappresenti una sfida agli stati forti, cioè agli oligopolisti della sovranità, e sia nell'interesse di un riequilibrio a favore degli stati deboli. Si comprende così anche che a questa prospettiva sia destinata a essere patrocinata particolarmente dalla scienza costituzionale consapevole di questi ultimi. Tra costituzionalismo globale e sov-

ranità il confronto è aperto e l'ultima parola non è detta. Per gli Stati-guida del mondo vale semmai la propensione a farsi esportatori di diritto costituzionale, a porsi come modelli da imitare, a influenzare ma a non farsi influenzare. Il molto citato monito che Guido Calabresi rivolge alla giurisprudenza degli Stati Uniti d'America —“Altri paesi sono nostri ‘discendenti costituzionali’ e il modo in cui essi hanno affrontato problemi analoghi ai nostri potrebbe essere molto di aiuto per noi, quando siamo di fronte a questioni costituzionali difficili. Genitori saggi non hanno esitazione a imparare dai loro figli”— esprime un'insoddisfazione e un'aspirazione, e quindi una critica verso una tendenza imperialistica nel diritto costituzionale, in corrispondenza a una sostanza politica.

L'utilizzazione transnazionale delle giurisprudenze costituzionali —ha scritto recentemente Alessandro Pizzorusso— non appare esente da pericoli anche gravi, ma non si può negare che il fenomeno costituisca motivo d'impegno per i giuristi del nostro tempo, in vista del ritorno all'unità del diritto. Noi non sappiamo, perché nessuno ha titoli di profeta, che ne sarà di questa tendenza e delle resistenze ch'essa incontra. Ma, in una tale situazione dilemmatica, affinché il lavoro della scienza e della giurisprudenza costituzionali non proceda alla cieca e nell'incoscienza dei suoi fini, è necessario prendere una decisione e operare conseguentemente. In quanto movimento di natura culturale, il costituzionalismo del nostro tempo mira a un “ordinamento degli ordinamenti”. Il suo orizzonte non è una costituzione mondiale politica, quale che ne sia la causa efficiente: la forza che si impone o l'accordo secondo il diritto internazionale, cioè una costituzione che sia fonte di validità delle Costituzioni statali. In questo senso non ha a che vedere con il monismo internazionalistico nel senso kelseniano. È la formazione di un patrimonio comune di principi costituzionali materiali, prodotti nel concorso delle molteplici sedi dove si elabora diritto costituzionale. Si potrebbe parlare, a questo proposito, di “federalismo delle costituzioni”, una variante del progetto cosmopolitico kantiano, i cui elementi formativi sono non gli Stati né i popoli rappresentati dagli Stati, ma gli ordinamenti costituzionali che si esprimono attraverso gli organi che li interpretano. La prospettiva è, più che un'unità che incombe, una convergenza da cercare.

Nelle parole di Pizzorusso, troviamo l'allusione a pericoli. Si può e temere un governo mondiale dei giudici? Questo timore è un'esagerazione, considerando che si tratta pur sempre di convergenze interpretative e non creative di diritto. In altre parole, i giudici che esercitano funzioni costi-

tuzionali hanno come punto di riferimento i testi normativi per la cui interpretazione e applicazione sono istituiti. Non si tratta di svincolarsi da questi testi, ma di orientarne l'interpretazione in un senso piuttosto che in un altro, secondo i margini che l'interpretazione comunque consente. Si può temere, poi, un pericolo di imperialismo giuridico, attraverso la preponderanza di giurisprudenze forti su giurisprudenze deboli che finisce per omologare le seconde alle prime? A questo dubbio può contrapporsi l'osservazione che proprio la matrice culturale, e non politica, della convergenza interpretativa mischia le carte, aprendo la possibilità ai "piccoli" politicamente di essere "grandi" culturalmente e viceversa. Se, infine, le riserve riguardano l'esigenza di proteggere da inopportune assimilazioni e allineamenti, vale ancora l'osservazione che, alla base, c'è pur sempre l'interpretazione, da parte delle Corti, del *proprio* testo costituzionale. La difesa del pluralismo culturale, in cui rientrano le diverse esperienze costituzionali, è, del resto, parte integrante della stessa idea odierna del costituzionalismo.

Se la decisione, di cui si è detto poco sopra, è per un diritto costituzionale aperto al costituzionalismo cosmopolitico, il compito dei giudici costituzionali è di essere contemporaneamente organi della loro costituzione e del "federalismo delle costituzioni", essendo tenuti a una doppia fedeltà, verso l'una e verso l'altro. La loro responsabilità è nel promuovere uno sviluppo che, senza tradire la loro natura di giudici, non di legislatori, concili le differenze degli elementi nella convergenza del movimento. Questa è, in sintesi, la difficile vocazione che i giudici costituzionali degnamente possono assumono come la loro, nel tempo presente.