



**I CONFINI DEL DIRITTO
ISTITUZIONI E ANTAGONISMI**

**LABORATORIO
IL RUOLO DELLE COSTITUZIONI TRA STORIA E DIRITTO
16 APRILE 2015
ISTITUTO SVIZZERO DI ROMA**

COSTITUZIONALISMO E UNIVERSALISMO

Il modo più semplice per introdurre questa giornata di dibattito è partire direttamente dai testi di due dei relatori: Maria Rosaria Ferrarese e Gunter Teubner.

Innanzitutto, va precisato che con il termine “costituzione” ci si riferisce alle costituzioni moderne, prodotte all’interno di quella forma istituzionale che è lo Stato. Già da questa semplice precisazione, consegue una serie di problemi: in primo luogo, il problema relativo alla dimensione statale – qui il riferimento è a *Diritto sconfinato*¹ di Ferrarese e al testo sui diritti di Teubner –, dimensione la cui criticità si era già presentata, sotto altre forme, nell’incontro dedicato al tema della cittadinanza. L’universalismo delle origini, che il costituzionalismo porta con sé, non si armonizza con la dimensione statale. Infatti, la dimensione statale, la quale caratterizza il costituzionalismo moderno, tende a confinare tale universalismo all’interno di un perimetro istituzionale, territoriale e politico preciso. Ci riferiamo alla tradizionale tensione tra la dimensione universalistica dei diritti – umani ma non solo – e la dimensione statualistica. L’elemento di novità rispetto a questo schema, che emerge dalla lettura di Ferrarese e Teubner, è rappresentato dal ruolo delle corti, il quale non sembra poter essere relegato all’interno dei recinti nazionali.

Nel caso di Teubner, poi, emerge in particolare un altro aspetto, ossia la funzione degli arbitrati nella refigurazione delle ipotesi di costituzionalizzazione della società. Questa frammentazione giuridica non è solo subita, in quanto dà origine a un processo spontaneo di autocostituzione dei settori parziali. Si tratta di un processo che non può essere perimetrato all’interno dei confini statali.

LA FRAMMENTAZIONE DELLA DIMENSIONE GIURIDICA

Maria Rosaria Ferrarese, in *Diritto sconfinato*, si confronta con il problema, posto da Teubner, della **frammentazione della dimensione giuridica**.

Alcuni studiosi sono inclini a ricondurre questa frammentazione all’interno delle costituzioni nazionali, le quali avrebbero il compito di contenerla. Si consideri, a questo proposito, il caso delle corporation o dei flussi del capitale finanziario. Altri tentano di dare risposta a questa dinamica proponendo la costituzionalizzazione dell’ordine mondiale. In entrambi le ipotesi, ci si muove all’interno di una sfera in cui la sovranità viene concepita in termini unitari: tanto nella dimensione nazionale quanto nell’auspicato ordine cosmopolita mondiale, a essere deputato al governo della frammentazione è una forma di controllo politico concepita in termini unitari.

Tuttavia, in Teubner è rinvenibile una terza ipotesi: la costituzionalizzazione di frammenti che si presentano in quanto tali. Resta da capire in che modo possa darsi un processo come quello descritto da Teubner, un processo che, apparentemente, non risponde alle regole, ai criteri e alla logica giuridica delle costituzioni nazionali. D’altro canto, in Teubner si registra una distanza, rispetto a Luhmann, in merito al tema della **collisione** tra ambiente e sistema. Tradotto in un linguaggio non teubneriano, il tema della collisione viene a coincidere con il tema dei **conflitti**. Di qui la necessità di identificare le soggettività che producono le collisioni, altro aspetto decisivo del problema delle costituzioni.

SOGGETTIVITÀ E OTTICA SISTEMICA

Per quanto riguarda il problema dei soggetti in Teubner, l’ottica sistemica dà rilievo alle comunicazioni più che ai soggetti. Queste forme di produzione frammentaria costituiscono altrettanti tentativi di interferire su alcuni picchi di comunicazione, i quali avvengono nei sistemi e tra i sistemi. Dunque, sembra che Teubner, più che escludere la funzione del soggetto, definisca lo stesso come soggetto multiplo. Il soggetto si dissolve nelle comunicazioni all’interno di vari sottosistemi. Questa prospettiva consegue dall’idea che le comunicazioni siano falsate a causa dell’interferenza, dei tentativi di **occupazione**

effettuati dagli altri sottosistemi. Dunque non è possibile intervenire, dall’interno e a un livello classicamente giuridico, su questi meccanismi per creare ulteriori meccanismi in grado di controllare le comunicazioni falsate o porre in relazione alle stesse la dimensione dei diritti fondamentali. Da questa impossibilità discende una serie di **patologie sistemiche** che tende a creare un vortice incontrollato di comunicazioni. In questo aspetto della riflessione di Teubner, sembra registrarsi un forte elemento di contrapposizione rispetto all’analisi di Ferrarese, incentrata sulla dimensione storica. Ciò che non è molto chiaro è se Teubner ritenga che il modello da lui descritto valga come **modello della globalizzazione**, e se egli intenda trasporre la tradizione storica e giuridica di stampo occidentale a livello globale, oppure se, come Ferrarese, voglia dare rilievo al tema delle corti. Nel caso di Ferrarese, queste ultime vengono poste in stretta connessione con il vecchio sistema giuridico, in cui il diritto aveva il compito di intervenire a favore del consolidamento della giustizializzazione internazionale.

Si rileva inoltre, nei due autori, una forte differenza di approccio tra una ricerca di unitarietà e una ricerca di molteplicità. Affermare la necessità di maggiori poteri alle corti equivale ad affermare che, a livello globale, debba mutare il rapporto tra i poteri, mentre, a livello europeo, le corti svolgano la funzione di motore di riflessione costituzionale in rapporto a un legislativo debole e a un esecutivo molto forte.

IL COSTITUZIONALISMO TRANSNAZIONALE

Tornando al tema della frammentazione del campo giuridico (lo abbiamo accennato), Teubner sembra concepirlo come frammentazione attiva, in riferimento al ruolo dei movimenti e della difesa dei diritti fondamentali come opzione collettiva. Da quanto egli scrive, si ha l’impressione che la sua concezione di costituzionalismo transnazionale rimandi a un generico concetto di società. Il problema è quindi stabilire quali siano i soggetti e le soggettività in grado di attuare il *transnational constitutionalism*.

Dal modo in cui Teubner delinea questa prospettiva del costituzionalismo, emerge spesso che gli attori del nuovo costituzionalismo siano soggetti appartenenti alla società civile. Tuttavia, il caso della UE dimostra come il richiamo insistente alla società civile finisca per volgersi in un richiamo alle élite dominanti, alla tecnocrazia. Viene da chiedersi, ad esempio, quale posizione, nella visione teubneriana del costituzionalismo transnazionale, ricopra il TTIP, il patto transatlantico per il commercio negoziato in segreto da USA ed Europa.

In Teubner, si riscontra una lettura della dimensione costituzionale di tipo sociologico, una rivalutazione dell’impostazione sociologica che reca con sé un **sottosistema politico** non posto gerarchicamente al di sopra degli altri sistemi nella produzione di diritto. Non si riscontra, infatti, nella produzione di diritto, una primogenitura del sistema politico rispetto agli altri sottosistemi. Emerge poi un problema di carattere storico-fondativo relativo ai processi (e alle soggettività promuoventi tali processi) che generano gli ordinamenti costituzionali. Luigi Lacchè definisce tale problema con il concetto di potere costituente.

IL POTERE COSTITUENTE

Il potere costituente, in quanto fondativo e legittimante un ordinamento, rientra a tutti gli effetti all’interno del campo giuridico. Come sappiamo, il dibattito relativo al modo in cui questo **potere terribile** possa essere qualificato all’interno della concreta macchina costituzionale, è aperto. Si tratta solo un potere di revisione? Di un fatto storico originario che ha legittimato l’azione di un ordinamento politico e giuridico? Esso può essere chiamato in causa al di là delle procedure? Da tale prospettiva, le questioni qui poste rientrano a pieno titolo nel discorso del costituzionalismo moderno. Rimanendo nel presente, anche rispetto al tema del potere costituente, rimangono insoluti vari problemi: è possibile continuare a ragionare in termini **diacronici**? È possibile concepire il rapporto

tra potere costituente e costituzione in termini **dialettici**? Il potere costituente lega le sue sorti a quelle della sovranità, e in qualche modo ne è un corrispettivo, oppure può essere rivalutato in un contesto nel quale la sovranità è in via di frammentazione?

ORDINAMENTI FEDERALI E POTERI COSTITUENTI

Nel primo appuntamento di questo ciclo di incontri, si è parlato diffusamente degli **ordinamenti federali**, ambito in cui si trattava di immaginare una pluralità di poteri costituenti in cerca di equilibrio. Inizialmente, il meccanismo costituzionale degli Stati Uniti si fondava su una pluralità di deleghe. Nel caso della UE, invece, malgrado la costituzione europea sia stata rifiutata, si è affermata una corrente, per così dire, del costituzionalismo europeo che ha sostenuto e tuttora sostiene che la UE sia già dotata di una costituzione di carattere processuale, aperta, plurale; una costituzione che difficilmente riesce a identificare un soggetto unitario, un popolo posto alla sua base. Altri sostengono, tuttavia, che istituti come il Fiscal Compact e il Patto di stabilità abbiano sovvertito un ordine costituzionale europeo preesistente (per quanto frammentato e frastagliato), oppure che il Fiscal Compact e il Patto di stabilità siano il prodotto dell'assenza di un ordine costituzionale.

Sempre con riferimento all'Europa, è evidente che occorre porsi il problema dell'efficacia e della validità di ciò che del costituzionalismo moderno è stato elemento cardinale: la divisione dei poteri. Lo schema della divisione dei poteri, sul piano europeo, ha efficacia o deve essere ripensato? Qual è il ruolo delle costituzioni nazionali nello scenario europeo? In che modo le costituzioni nazionali riescono oggi a fungere da argine?

Il testo di Ferrarese colpisce per la sua capacità di individuare i punti critici connessi alla frammentazione giuridica, per esempi quei fenomeni di deterritorializzazione in base ai quali, nei territori, non sono più applicate le norme costituzionali, ma le norme decise dalle istituzioni della globalizzazione, secondo modalità che fuoriescono dalle categorie classiche del diritto. Un'altra parte del libro di Ferrarese, che non è stata distribuita in questa occasione, pone l'accento sulla caduta della distinzione tra pubblico e privato giocata a favore della privatizzazione della sfera pubblica, e quindi della sua **depoliticizzazione**. In questo contesto, notevole rilevanza assume il rapporto, già richiamato, tra potere costituente e costituzione. In realtà, gran parte della dottrina ritiene che il potere costituente cada al di fuori del momento giuridico dato, che è un momento **rifondativo**. Tuttavia, la globalizzazione ci pone di fronte a una sorta di **instaurazione di fatto** (quindi senza la partecipazione della società civile) di un nuovo ordine giuridico globalizzato e non derivante dall'esercizio di un potere costituente. In questa ottica, si registra l'assenza di un processo storico di elaborazione collettiva in grado di assumere, con modalità più o meno democratiche, decisioni sistemiche.

DIRITTI COSTITUZIONALI E LEX MERCATORIA

Nell'attuale ordine giuridico globale, i diritti costituzionali rappresentano una eccezione alle regole imposte dalla globalizzazione. L'ordinamento giuridico globale non è funzionale all'attuazione dei diritti fondamentali, dal momento che esso un rapporto in cui la *lex mercatoria* incontra ipoteticamente un limite nell'intervento di corti e arbitrati privati. Nonostante le critiche di cui possono essere fatte oggetto le costituzioni, esse si presentano comunque come uno strumento di limitazione del potere globale, quali espressioni di pluralismo. Infatti, per quanto ci si possa già sentire parte di un federalismo mondiale, quest'ultimo non può attuarsi a discapito della pluralità politica sociale e culturale, nell'ottica di un costituzionalismo transnazionale. Da questo punto di vista, le costituzioni nazionali mantengono, per il momento, l'unica forza normativa, in quanto esistono proprio per fondare il potere sulla limitazione dello stesso e perseguire i diritti di tutti.

KONSTITUTION E VERFASSUNG

L'impressione è che, quando Teubner pone il problema della costituzionalizzazione dei settori parziali, guardi in primo luogo alla dimensione della privatistica. Per questo si diceva sopra che la sua posizione rappresenta un *tertium datur* rispetto al costituzionalismo cosmopolitico o alle costituzioni nazionali. Si considerino gli esempi che egli riporta, da Google alle case farmaceutiche, i quali testimoniano di altrettanti problemi di costituzionalizzazione.

Inoltre, Teubner pone il tema della costituzione non solo nei termini della *Konstitution* ma anche nei termini della *Verfassung*; egli cioè non si riferisce solo alla costituzione normativa, ma anche al modo di essere. Questi ordinamenti si sono già costituiti nei termini della *Verfassung*. Il problema è costituzionalizzarli e far sì che si autoregolino.

IL FISCAL COMPACT COME CULMINE DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

Paradossalmente, il Fiscal Compact ha agito, in una prospettiva teubneriana, come fattore di radicalizzazione del processo costituente posto alla base dell'integrazione europea, e questo esito può essere ascritto al mancato effetto di bilanciamento esercitato da una costituzione politica, quale contropotere.

A partire da tale premessa, sarebbe interessante confrontare le posizioni di Teubner e Ferrarese con un tema analizzato dal terzo relatore Luigi Lacchè in uno dei saggi che abbiamo distribuito, laddove egli lega il potere costituente al momento costituente, al *kairos* del suo esercizio.

Sempre leggendo Lacchè, risalta un passaggio in cui si dimostra come le costituzioni del dopoguerra, nella loro valenza di prospettiva e direzione normativa, abbiano agito da freno per l'indubbia vocazione costituzionale del diritto privato. Le costituzioni, come atto politico, agiscono, ovviamente, sotto questo profilo; ma è sempre sotto tale profilo che sembra avvenire la rideterminazione tra i poteri, la riesplorazione di quei poteri privati che, in qualche modo, attraverso l'eccedenza programmatica, venivano in precedenza posti sotto una serie di obiettivi delimitati. Primo fra tutti, per intenderci, l'articolo costituzionale sulla funzione sociale della proprietà.

I DIRITTI DI UNA PARTE

Qui riposa la funzione del costituzionalismo moderno, che è anche la funzione del diritto pubblico, ossia in un certo grado di direzione programmatica che si traduce in seguito nel linguaggio universale dei diritti di **una parte**. Fermi restando i diritti della tradizione liberale, sono i diritti di una parte a dover essere tutelati. L'azione dei diritti fondamentali è per tale ragione ambivalente. Per esempio, le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349/2007 nascono da un caso di esproprio in cui il diritto fondamentale giustificava l'indennizzo maggiore da parte del soggetto che veniva espropriato per ragioni di pubblica utilità.

RAZIONALITÀ ECONOMICA E SVILUPPO DELLA GOVERNAMENTALITÀ

Un altro aspetto critico del pensiero di Teubner sembra risiedere nel suo modo di concepire l'azione della personalità economica come azione esterna, laddove, a una lettura foucaultiana, emerge con evidenza come la razionalità economica non coincida con la razionalità di un sistema sociale esterno, bensì con una razionalità strategica che influenza i sistemi sociali. Per fare un esempio, l'**efficienza** e tutte le trasformazioni del diritto amministrativo riguardo al suo rapporto con gli obiettivi costituiscono un esempio di come la razionalità economica – o **bioeconomica** – non sia esterna ma interna. La razionalità economica è interna allo sviluppo della governamentalità, quale assunzione di una

prospettiva di cura dei soggetti. Il riferimento qui è a tutti gli studi dei soggetti svolti da Foucault a partire da *Sicurezza, territorio e popolazione*², dove la governamentalità assume una funzione di cura dei soggetti e quindi di produzione di vita, con il conseguente passaggio della storia economica – l'*oikos*, che era privato – alla regolazione dell'economia dell'affare pubblico. Si sviluppa così la statistica, e al concetto di popolo subentra quello di popolazione. La razionalità economica non è autonoma, in quanto è una **razionalità politica** in base alla quale il potere non si detiene semplicemente, ma si esercita come azione sull'azione degli uomini liberi.

La razionalità giuridica è di ascendenza teologico-politica. Ad esempio, nel concetto di sanzione, emergono le aporie dell'analisi economica del diritto: da un lato si afferma che la sanzione è connessa al concetto di colpa; poi, in base a una differente impostazione, la sanzione è definitiva come il prezzo di un comportamento. Quindi, la razionalità giuridica, come teoria, sembra scaturire da un processo di secolarizzazione teologico-politica, ma in realtà essa è ibridata al suo interno da un tipo di razionalità più governamentale. Il problema di questa impostazione è che, se la sanzione è un prezzo, esso può essere assunto o meno dagli individui in base alla loro capacità di farvi fronte. In questo senso, la razionalità giuridica si sta traducendo progressivamente in una razionalità di tipo economico.

L'EGEMONIA DELLA RAZIONALITÀ ECONOMICA

Non è forse questo il fenomeno analizzato da Teubner, cioè il fatto che la razionalità economica tende a egemonizzare le altre razionalità? È chiaro che, se si parte dalla premessa che nella società moderna l'economia è diventata un sistema autonomo dotato di una logica monodimensionale, che è quella del rapporto guadagno-perdita, questo codice dell'economia, una volta imposto ad altri sistemi, provoca delle **patologie**; altera la posizione degli altri sistemi, affermandosi come super-codice.

Se la costituzione impone agli altri sistemi la sua logica, allora il problema della politica viene a coincidere con il problema del potere. Tuttavia, la costituzione è pensata come meccanismo di autolimitazione di quella logica "pura", che si realizza in procedure e nella dialettica fra maggioranza e minoranza.

Risulta incomprensibile il fatto che Teubner venga considerato un negatore di questa tendenza volta a monopolizzare tutti i codici tranne quello economico. Al contrario, egli riconosce perfettamente tale tendenza, tanto da affermare l'impossibilità, attraverso la mitizzata idea della costituzione, di esercitare un controllo sulla stessa. D'altronde, le costituzioni non sono altro che compromessi tra forze. Nella prospettiva di Teubner occorre invece individuare la logica propria di ogni sistema per impedire che quella economica imponga le sue regole ad ogni altro subsistema.

1 - Maria Rosaria Ferrarese, Diritti sconfinati e Costituzioni infinite tra singolare e plurale, in *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cap. IV, pp. 103-138,

Laterza, Roma-Bari, 2006.

2 - M. Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978), *Apogeo Editore*, 2005.

Mettiamo a disposizione un riassunto in forma di appunti di lavoro dei nodi tematici affrontati, delle prospettive emerse, e dei problemi incontrati durante le discussioni del Laboratorio che ha preparato la relativa conferenza del ciclo "I Confini del Diritto". Ogni pretesa di completezza lascia il posto all'intento di offrire dei materiali ausiliari per la fruizione del video integrale della conferenza, nonché per un potenziale e auspicabile prolungamento delle ricerche che l'hanno preparata.

Ai Laboratori hanno preso parte:

Giuseppe Allegri, Giso Amendola, Marco Anastasi, Gaetano Azzariti, Luca Basso, Felice Besostri, Raffaele Bifulco, Vanessa Bilancetti, Andrea Bixio, Gabriella Bonacchi, Francesco Brancaccio, Ilaria Bussoni, Olivier Butzbach, Giuseppe Caccia, Luca Cafagna, Guelfo Carbone, Alioscia Castronovo, M.V. Catanzariti, Marcello Cecchetti, Roberto Ciccarelli, Antonello Ciervo, Lorenzo Coccoli, Filippo Contarini, Alberto De Nicola, Achille De Nitto, Daniele Di Mitri, Paolo Do, Alessia Dro, Guido Farinelli, Maria Rosaria Ferrarese, Carlo Ferrari, Marco Fioravanti, Matteo Gargani, Dario Gentili, Fabio Gianfrancesco, Francesca Giannini, Elisa Giglielli, Chiara Giorgi, Massimiliano Guareschi, Marco Iasci, Augusto Illuminati, Dario Ippolito, Michele Luminati, Alberto Manconi, Antonio Manconi, Maria Rosaria Marella, Emiliano Marini, Giacomo Marramao, Nicolas Martino, Bianca Maria Mennini, Sandro Mezzadra, Paola Milli, Marina Montanelli, Anna Montebugnoli, Paolo Napoli, Elisa Olivito, Rocco Palma, Eugenio Pizzorno, Federico Rabola, Francesco Raparelli, Tania Rispoli, Laura Ronchetti, Giacomo Maria Salerno, Luca Scuccimarra, Pietro Sebastianelli, Anna Simone, Philippe Sormani, Michele Surdi, Gunther Teubner, Walter Tocci, Alessandro Torti

www.confinideldiritto.istitutovizzero.it

 Istituto Svizzero