

MITI E LEGGENDE DEL COSTITUZIONALISMO GLOBALE

Paolo Bianchi

Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Camerino

Abstract

Il saggio descrive i limiti delle teorizzazioni dello stato globale, dell'adozione di carte universali dei diritti e dell'integrazione internazionale per via giurisdizionale, evidenziando alcune incongruenze e richiamando ad un approccio metodologico di tipo realista.

The essay describes the limits of theorizations of the global state, of the adoption of universal charters of rights and of international integration by jurisdiction, highlighting some inconsistencies and calling for a realist methodological approach.

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Il mito dello stato globale. 2.a da Saint-Pierre a Ferrajoli. 2.b elementi critici: la creazione dell'ordinamento unico. 2.c. elementi critici: i soggetti privati come attori globali. 2.d. elementi critici: universalizzare la nostra esperienza. 2e. elementi critici: il ruolo dei trattati. 2f. elementi critici: la società globale. 3. Il mito dell'universalizzazione dei diritti. 3.a Il catalogo. 3.b L'imperialismo dei diritti. 3.c Un patrimonio comune? 3.d Globalizzazione come privatizzazione? 4. Il mito della tutela dei diritti attraverso le corti.

1. Premessa

Negli scorsi decenni il tema della globalizzazione ha conosciuto un'impetuosa crescita di interesse e di partecipazione tra gli studiosi di diritto; se inizialmente ha coinvolto soprattutto chi si occupa di regolamentazione degli scambi, sono ormai oltre vent'anni che i costituzionalisti¹ si interrogano intorno alle potenzialità e ai rischi di un fenomeno giunto a investire ogni aspetto della produzione e applicazione delle norme, oltre a condizionare aspetti tradizionalmente "interni" del diritto, quali i rapporti tra i poteri dello stato, le loro attribuzioni, sollecitando a riesaminare i fondamenti, a partire dalla nozione stessa di costituzione. Nella vasta messe di studi prodotta da allora², emerge una questione di

¹ Cfr., a mero titolo di esempio, B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, vol. 83, n. 4, 1997, 771ss.; B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of International Law*, vol. 36, n. 3 (1998), 529ss.; I. Pernice, *Multi-Level Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n.4 (1999), 703ss.; E.-U. Petersmann, *The WTO Constitution and Human Rights*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n. 1 (2000), 19ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.

² Tra i numerosi studi a carattere generale ci limitiamo a segnalare D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 12 (4), (2005) 447ss.; E. DeWet, *The International Constitutional Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 55 (1), (2006) 51ss.; L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007; M. Tushnet, *The Inevitable Globalization of Constitutional Law*, in *Virginia Journal of International Law* 49 (2008-2009), 986ss.; J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global*

collocazione e di prospettive del costituzionalismo globale. Per semplificare, potremmo dire che è ritenuto insufficiente un lavoro di ricerca che si limiti ad analizzare gli sviluppi del processo in atto, ma si è diffusa una serie di interrogativi sul suo esito: è possibile, oggi, parlare di costituzionalismo globale³? Quali sono le analogie e le differenze rispetto all'esperienza maturata all'interno degli ordinamenti statali? È auspicabile l'obiettivo di un ordinamento globale? Quali caratteristiche avrebbe? Le organizzazioni internazionali, le carte dei diritti, la giurisprudenza che fa appello ai principi universali, sono tappe di un percorso di integrazione o sono istituzioni che delineano già adesso una nuova struttura "aperta" dei rapporti internazionali?

Nelle risposte a queste e a simili domande accade di incontrare disegni di un futuro, possibile assetto costituzionale globale. L'intenzione di superare le difficoltà dell'assetto presente e prefigurare soluzioni che molti, forse tutti, auspichiamo, conduce talvolta a costruire impalcature teoriche fondate non sugli elementi giuridici e fattuali a disposizione, ma sulle aspettative.

Per questo il dibattito odierno sul costituzionalismo globale – in divenire, ma secondo alcuni già in essere – è intriso di miti e leggende. Senza pretesa di esaustività, in questa sede ne esamineremo tre.

2. Il mito dello stato globale.

2.a da Saint-Pierre a Ferrajoli.

La proposta di superare le resistenze alla diffusione globale del patrimonio dei diritti individuali, ottenendo al contempo l'eliminazione delle contese internazionali e dei conflitti, ha radici profonde nel pensiero occidentale, a partire quanto meno dall'ambizioso progetto dell'abate de Saint-Pierre, il quale – partecipando alla redazione dei Trattati di Utrecht – sviluppò un progetto di associazione tra le principali monarchie d'Europa, allo scopo dichiarato di ridurre le occasioni di contrapposizione destinate a sfociare in guerra.

De Saint-Pierre proponeva che gli stati, accettando di far parte della Società, avrebbero istituito un *Corps européen*, conferenza permanente con sede a Utrecht, incaricata di mantenere la pace e promuovere nel lungo termine la formazione di una Unione degli stati europei. Nell'immediato, il *Corps* avrebbe dovuto garantire l'abbandono dei conflitti armati tra i membri dell'associazione; le controversie sarebbero state devolute a una struttura arbitrale permanente, le cui decisioni avrebbero avuto efficacia vincolante⁴.

È probabilmente da tale idea che muove la riflessione di Kant sulla necessità di limitazioni alla sovranità statale in vista dell'instaurazione di una sola istituzione che assumesse i pieni

Governance, Cambridge, 2009; C.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden – Boston, 2011; A. O'Donoghue, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, 2014; J.-B. Auby, *Globalisation, Law and the State*, Oxford-Portland, 2017; A. Atilgan, *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*, Berlin, 2018; M. Goldoni, *Introduction to the material study of global constitutional law*, in *Global Constitutionalism*, 2019, vol. 8, n.1, 71ss.; J.G. Oates, *Constituent Power and the Legitimacy of International Organizations. The Constitution of Supranationalism*, London-New York, 2020.

³ Per una sintesi delle principali posizioni dottrinali v. C.E.J. Schwöbel, *Situating the debate on global constitutionalism*, in *I•CON* (2010), Vol. 8 No. 3, 611ss.

⁴ C. Castel de Saint-Pierre, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Utrecht, 1713. Per una dettagliata analisi del progetto e della sua influenza sui pensatori del XVIII secolo v. C. Spector, *Le Projet de paix perpétuelle : de Saint-Pierre à Rousseau*, in J.J. Rousseau, *Principes du droit de la guerre. Ecrits sur la Paix Perpétuelle*, B. Bachofen et C. Spector dir., B. Bernardi et G. Silvestrini eds., Paris, 2008, 229ss.

poteri sulla base di una costituzione mondiale⁵. La prospettiva del cosmopolitismo giuridico era individuata come l'unica possibile soluzione al problema della guerra.

Il filosofo di Königsberg, dovendo prendere atto dell'impossibilità di assoggettare gli stati a un ordinamento globale, giungeva a prospettare quale soluzione intermedia una federazione degli stati nel quadro del diritto internazionale pattizio⁶.

Sulla stessa linea si collocano le riflessioni di Kelsen, che prospettava l'evoluzione verso uno «Stato mondiale federale», risultante dall'estensione a livello globale della dottrina costituzionale elaborata con riferimento al piano dei singoli ordinamenti⁷.

Persino più ottimista è la posizione di Bobbio, che individua nella «istituzione del superstato o stato mondiale» la soluzione al problema della guerra. Il «pluralismo dei centri di potere» cristallizzatosi durante il secondo dopoguerra sarebbe responsabile dell'«equilibrio del terrore», al quale si dovrebbe reagire dando luogo ad un'unica istituzione globale, detentrica del monopolio dell'uso della forza. L'analogia tra l'instaurazione dello stato quale argine alla violenza tra gli individui e la creazione dello stato unico come garante della pace mondiale è palese e dichiarata⁸.

5 Cfr. I. Kant, *Sul detto comune: «questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, 1793, III, trad. di M.C. Pievatolo, in http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s08.xhtml#idm1822 : «Come la violenza multilaterale e la necessità che ne scaturisce dovette condurre alla fine un popolo alla decisione di sottomettersi alla coercizione che la ragione stessa gli prescrive come mezzo, cioè alla legge pubblica e di entrare in una costituzione civile statale [*staatsbürgerlich*], così anche la necessità derivante dalle guerre continue, nelle quali gli stati a loro volta cercano di sminuirsi o di soggiogarsi a vicenda, deve da ultimo portarli, anche contro voglia, o a entrare in una costituzione civile mondiale [*weltbürgerliche*], o, se una tale condizione [*Zustand*] di una pace universale (come è avvenuto anche più volte con stati troppo grandi) è, da un altro lato, ancora più pericolosa per la libertà, perché provoca il più terribile dispotismo, allora, però, questa necessità deve costringere a una condizione [*Zustand*], la quale, è vero, non è una cosa comune civile mondiale sotto un capo, ma uno stato [*Zustand*] giuridico di confederazione [*Föderation*] secondo un diritto internazionale [*Völkerrecht*] concertato in comune.

6 I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico* (1795), trad. it., Milano, 1991, 30s.: «Per gli Stati, nel rapporto tra loro, è impossibile secondo la ragione pensare di uscire dalla condizione della mancanza di legge, che non contiene altro che la guerra, se non rinunciando, esattamente come fanno i singoli individui, alla loro libertà selvaggia (senza legge), sottomettendosi a pubbliche leggi costrittive e formando così uno Stato dei popoli (*civitas gentium*), che dovrà sempre crescere, per arrivare a comprendere finalmente tutti i popoli della Terra.

Ma poiché essi, secondo la loro idea di diritto internazionale, non vogliono assolutamente una cosa del genere, rifiutando quindi *in ipotesi* ciò che è giusto *in thesi*, allora al posto dell'idea positiva di una repubblica universale (se non si vuole che tutto vada perduto) c'è solo il surrogato negativo di un'alleanza contro la guerra, permanente e sempre più estesa, che può trattenere il torrente delle tendenze ostili e irrispettose di ogni diritto, ma nel costante pericolo che questo torrente dilaghi».

7 H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino, 1990, 43: «Non può esservi dubbio che la soluzione ideale del problema di un'organizzazione mondiale finalizzata alla pace mondiale è l'istituzione di uno Stato mondiale federale, composto da tutte le nazioni o di quante più possibile [...] La proposta di assicurare la pace internazionale attraverso uno Stato mondiale è basata sull'analogia che si presume sussista tra uno Stato mondiale e lo Stato nazionale attraverso il quale la pace nazionale risulta effettivamente assicurata».

Nello stesso senso v. già H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), trad. it., Milano 1989, 355ss.

8 N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace* [1966], in Id., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1974, 80s.: «Per il pacifismo giuridico il rimedio per eccellenza è la istituzione del superstato o stato mondiale [...] Il ragionamento che sta alla base di questa teoria è di una semplicità e anche di un'efficacia esemplari: allo stesso modo che agli uomini nello stato di natura sono state necessarie prima la rinuncia da parte di tutti all'uso individuale della forza e poi l'attribuzione della forza di tutti a un potere unico destinato a diventare il detentore del monopolio della forza, così agli stati, ripiombati nello stato di natura attraverso quel sistema di rapporti minacciosi e precari che è stato chiamato l'equilibrio del terrore, occorre compiere analogo passaggio dalla situazione attuale di pluralismo di centri di potere [...] alla fase di concentrazione del potere in

Luigi Ferrajoli ha dedicato numerosi lavori all'approfondimento della teoria dello stato globale, integrando la prospettiva pacifista con un approccio universalista alla tutela dei diritti individuali⁹.

L'idea di fondo, sul punto che stiamo analizzando, è analoga a quella degli illustri predecessori, potendosi ricondurre alla necessità di dar luogo a una unica struttura statale mondiale. Rispetto agli autori richiamati, la prospettazione di Ferrajoli è notevolmente più articolata, poiché non si limita ad auspicare forme di integrazione quali strumenti di limitazione della conflittualità, ma si spinge a delineare i caratteri di fondo e le funzioni dell'istituendo stato globale, che ricalcano *in toto* quelle del contemporaneo stato costituzionale di diritto. Così, il primo passo sarebbe l'evoluzione delle forme embrionali di costituzione globale, quali sarebbero le carte dei diritti adottate dalle organizzazioni internazionali¹⁰, verso una vera e propria carta fondativa, comprensiva sia di un elenco dei diritti fondamentali che di un quadro istituzionale, ricalcato non su un generico modello di stato democratico, bensì sullo stato sociale edificato nell'Europa occidentale del secondo Novecento.

Da ciò consegue che lo stato globale eserciterà tutti i poteri e svolgerà ciascuna delle funzioni che oggi riconosciamo allo stato nazionale, quanto meno nel contesto europeo: non solo la tutela dell'ordine pubblico (non la difesa, poiché si postula che il venir meno del pluralismo degli stati estinguerà le guerre), l'amministrazione della giustizia, la gestione delle opere pubbliche, ma anche la formazione di sistemi di istruzione pubblica, di assistenza sociale, di tutela della salute. Il finanziamento di tali imponenti attività dovrà essere garantito attraverso un sistema tributario progressivo, che avrà anche l'ulteriore funzione di combattere le disuguaglianze, garantendo un'adeguata redistribuzione delle risorse tra tutti gli individui¹¹.

Ad avviso dell'A. la soluzione dello stato globale non è soltanto opportuna, ma «per un verso giuridicamente dovuta e, per altro verso, realisticamente e razionalmente necessaria ed urgente»¹²: dovuta in quanto giuridicamente imposta dalle costituzioni nazionali e dalle carte internazionali dei diritti, la cui attuazione richiede la costruzione di una «sfera pubblica globale»; necessaria per la soluzione delle molteplici problematiche derivanti dalla globalizzazione delle attività economiche e dallo sviluppo delle relazioni internazionali: l'emergere di «poteri selvaggi»¹³ che sfruttano le opportunità su scala mondiale per moltiplicare i profitti ed eludere le responsabilità impone che le risposte si collochino sulla stessa scala; i danni all'ecosistema che non rispettano le frontiere e non possono essere

un organo nuovo e supremo che abbia nei confronti dei singoli stati lo stesso monopolio della forza che ha lo stato nei riguardi dei singoli individui».

9 Si possono richiamare almeno L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013; Id., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016; Id., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021; Id., *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022.

10 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia* cit., 120, 123, 234, 237. Sostiene che il trattato istitutivo delle Nazioni Unite abbia la natura di una costituzione mondiale B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n. 3 (1998), 533ss. Per una ricostruzione ancorata alle categorie classiche v. J.G. Oates, *Constituent Power* cit.

11 L. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra* cit., 102ss.

12 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia* cit., 129.

13 Secondo l'efficace definizione che ne dà, con riferimento alla situazione italiana, lo stesso L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011. Ma se i «poteri selvaggi» prosperano nelle aree non coperte dal diritto, a maggior ragione saranno liberi di prosperare nelle lacune dell'ordinamento internazionale, ed infatti l'A. richiama la nozione in *La costruzione della democrazia* cit., 129.

contrastati a livello statale; le disuguaglianze che, forti e in crescita all'interno di ciascuno stato, si ripropongono tra gli stati e soprattutto tra i cittadini dei diversi stati.

2.b elementi critici: la creazione dell'ordinamento unico.

A questa prospettazione possono essere opposti alcuni rilievi, a partire dalla necessità del consenso degli stati ai fini della propria estinzione che, oltre a sollevare un problema apparentemente insormontabile sul piano fattuale, ne pone un altro, di natura strettamente giuridica, in ordine alla creazione dell'ordinamento: se si postula, sulla scia di Kelsen, la preminenza dell'ordinamento globale su quelli statali, diviene arduo ammettere che siano questi ultimi a generare, per via pattizia, il primo. Questo sarebbe un ordinamento derivato, con attribuzioni delimitate dal trattato istitutivo. Il modello di riferimento sarebbe dunque quello federale, dovendosi ipotizzare la rinuncia degli stati alla sovranità attraverso un patto costituente¹⁴.

Da ciò sorge un'ulteriore criticità, consistente nell'impiego della c.d. *domestic analogy*¹⁵, ossia la pretesa di veder riprodotte sul piano internazionale i processi e le strutture normative adottate a livello statale. Invero, la proposta in esame consiste nell'assumere un idealtipo di stato, del quale si estende la dimensione territoriale fino a ricomprendere tutta la Terra. In sostanza, si individua un modello di ordinamento statale e lo si investe della sovranità mondiale.

2c. elementi critici: i soggetti privati come attori globali.

Si finisce così per rivelare un limite che va ben oltre l'analogia domestica: il modello è proponibile, almeno sul piano teorico, in presenza di attori statali sulla scena globale.

Oggi le grandi aziende, i gruppi finanziari, le associazioni e persino singoli individui hanno un ruolo attivo nella definizione delle politiche, sia a livello statale che, con sempre maggior frequenza e intensità, a quello globale¹⁶.

La presenza e il ruolo dei soggetti privati sul versante della produzione normativa sono da tempo oggetto di studi¹⁷. Il fenomeno ha avuto origine in relazione agli aspetti tecnici della regolazione, prendendo spunto dalle esigenze di uniformità della disciplina della produzione di beni e servizi, per giungere ad influenzare la sfera del commercio internazionale, nella quale oggi ha assunto carattere pervasivo, ma tende ad espandersi verso gli snodi nevralgici della politica, spostando i luoghi della decisione dalle sedi della rappresentanza elettiva a quelle della competenza scientifica, in nome della complessità e peculiarità delle materie di volta in volta affrontate. Alla dichiarata neutralizzazione dell'oggetto della normazione consegue la marginalizzazione dei processi decisionali fondati sulla legittimazione democratica, dei quali si postula l'inidoneità a compiere valutazioni consapevoli. Il decisore politico assume pertanto una funzione di mera ratifica, collocandosi al termine di un procedimento nel quale non ha partecipato.

La dinamica in esame non riguarda esclusivamente la sfera delle attività imprenditoriali, dato che la stessa logica di azione globale è seguita dalle principali organizzazioni non governative, che non hanno quali punti di riferimento specifiche *constituencies* geograficamente, politicamente e giuridicamente definite, ma pretendono di rappresentare,

¹⁴ Per un'ampia e documentata analisi delle teorie dello stato globale v., di recente, A. Atilgan, *Global Constitutionalism. A Socio-legal Perspective*, Berlin, 2018, 75ss.

¹⁵ Per la formulazione della quale v. H. Bull, *The Anarchical Society*, Macmillan, London 1977; H. Suganami, *The Domestic Analogy and World Order Proposals*, Cambridge, 1989. Sulla fallacia in questione nel pensiero di Kelsen e in quello di Bobbio v. D. Zolo, *I signori della pace. Una critica del globalismo*, Roma, 1998, 15, 41ss.

¹⁶ V. ora M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi*, Bologna, 2022.

¹⁷ Cfr. F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313ss.

nei rispettivi campi di intervento, l'intera umanità, di volta in volta interagendo con i governi statali, gli organismi internazionali o le imprese.

Questi soggetti, indipendentemente dalla natura imprenditoriale o meno, perseguono i propri fini attraversando le frontiere e si pongono obiettivi che trascendono i confini statali, sia che si tratti di creare un mercato mondiale per una *app* o un dispositivo, sia che si tratti di pretendere la tutela di diritti di cui si afferma, appunto, l'universalità. La dimensione statale, dal loro punto di vista, può essere un ostacolo da evitare, così come un'opportunità da sfruttare¹⁸.

Tali strutture si collocano nell'arena globale su un piano di sostanziale parità nei confronti degli stati e delle organizzazioni internazionali, rivendicando una legittimazione politica indimostrabile, fondata sull'opinione pubblica internazionale, oppure un potere desunto dalla collocazione strategica dei loro prodotti. In alcuni casi, è semplicemente la loro dimensione, sul piano finanziario, produttivo, occupazionale, a renderli comparabili e talvolta superiori, sotto certi profili, a realtà di natura statale.

È dunque insoddisfacente, nella realtà attuale, immaginare che il processo di decostruzione degli ordinamenti statuali, finalizzato all'istituzione di un unico superstato, possa semplicemente ignorare la pluralità di soggetti che già adesso partecipano alla costruzione dell'ordinamento globale, che agli stati talvolta si contrappongono ma che, come è stato autorevolmente osservato, degli stati hanno bisogno¹⁹.

Il ruolo degli attori privati sulla scena globale impone una rilettura del pluralismo giuridico, non più da intendersi solo come rete di relazioni tra i soggetti dotati di poteri pubblici e tra i rispettivi sistemi normativi, ma anche come relazioni tra questi e i soggetti privati in grado di modificare l'assetto dei poteri e la produzione normativa²⁰.

Il pluralismo non può dunque essere né predicato né praticato sulla scorta di quanto si è affermato tradizionalmente: non vi è un contesto unitario al quale fare riferimento, nel quale esercitare forme di condivisione o partecipazione, non vi è né un unico corpo sociale – per quanto frammentato e conflittuale – né un ordinamento che possa disciplinare in piena autonomia le forme e gli esiti del confronto.

La stessa dialettica stato/individuo, per quanto improntata al liberalismo garantista, risulta insufficiente a descrivere le dinamiche in atto, poiché l'impresa globale non può essere in alcun modo equiparata, nel rapporto con i poteri pubblici, all'individuo, né all'impresa radicata sul territorio in cui opera. Le critiche e le proposte che si soffermano soltanto sul versante tradizionalmente esplorato, quello dei limiti – appunto, costituzionali – del potere pubblico a fronte delle garanzie inderogabili del privato, trascurano la circostanza che alcuni soggetti privati dispongono già oggi di poteri pienamente assimilabili a quelli statuali.

18 Gli esempi potrebbero essere numerosi: si pensi all'impresa che sposta le sue attività nello stato che adotti regolazioni disomogenee rispetto a *standard* globali, oppure laddove la legislazione sul lavoro sia ritenuta particolarmente vantaggiosa. Si pensi inoltre alla concorrenza fiscale persino tra gli stati membri della UE, oppure alle pretese di vigenza globale delle regole interne dei *social networks*.

19 Cfr. Z. Bauman, *Globalization: The Human Consequences*, New York, 1998, tr. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, 62, secondo il quale «Quasi-stati deboli possono facilmente venire ridotti all'(utile) ruolo di commissariati locali di polizia, che assicurano quel minimo di ordine necessario a mandare avanti gli affari, ma che non vanno temuti come freni efficaci per la libertà delle imprese globali».

20 Cfr. B. Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 *Virginia Law Review* 771 (1997); M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; A.-M. Slaughter, *The New World Order*, Princeton, 2004; G.F. Ferrari, *Globalizzazione e internazionalizzazione dell'economia. Implicazioni istituzionali*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Scritti in onore di Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, 135ss; C. Pinelli, *Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari*, in M.A. Presno Linera (ed.), *La metamorfosis del estado y del derecho*, Oviedo, 2014, 141ss.; M. Goldoni, *The Politics of Global Legal Pluralism*, in *Jura Gentium*, 2014, 104ss.

La produzione normativa di soggetti privati in condizioni di oligopolio o di monopolio non può nemmeno essere affrontata con gli strumenti classici della regolamentazione *antitrust* (come pure si è fatto sinora, sia negli USA che nell'Unione europea) per l'assenza di alcune delle condizioni essenziali, prima tra tutte il rapporto tra territorio e impresa. Solo laddove si è riusciti a far valere l'"obsoleto" canone della territorialità nell'applicazione delle disposizioni, è rientrato in funzione il circuito delle garanzie dei diritti fondamentali.

Pretendere di estromettere tali soggetti dalla formazione del futuro stato globale sarebbe almeno altrettanto irrealistico quanto presumere che gli stati accettino di buon grado di perdere i propri poteri.

2d. elementi critici: universalizzare la nostra esperienza.

In Ferrajoli è trasparente l'intento di replicare a livello mondiale il percorso europeo ed italiano in particolare, assumendo che la tendenza, registrata nello scorso secolo, alla approvazione di carte costituzionali idonee a fondare stati democratici che garantiscano sia i diritti di prima generazione sia i diritti sociali, trovi adeguati riscontri nella comunità internazionale, potendo in ultima istanza replicarsi nel futuro ordinamento unico mondiale.

Entrambi i postulati sono però assai fragili. In primo luogo, la diffusione delle garanzie democratiche, per quanto significativa, non appare inarrestabile. Sono anzi ormai numerosi gli studi che affrontano un tema, quello della crisi delle democrazie consolidate e delle c.d. democrazie illiberali, fino a pochi anni fa del tutto trascurato²¹.

Il "patrimonio costituzionale comune" degli stati democratici non è un dato giuridico acquisito, ma un obiettivo di convergenza tra gli ordinamenti perseguito, non senza incertezze e ripensamenti, in dottrina, in giurisprudenza e, in modo episodico, per mezzo di trattati internazionali. I riferimenti ad esso nei trattati e nelle sentenze hanno efficacia come argomenti a sostegno delle decisioni assunte, ma non possono essere indicati come fondamento giuridico delle stesse²².

Non va inoltre trascurato che, nel passaggio dalle enunciazioni generali al dettaglio degli istituti, l'omogeneità di tale patrimonio si disperde. A titolo di esempio ricordiamo che, nel novero degli stati democratici, non è affatto pacifico che la garanzia dei diritti sociali sia una parte necessaria del patrimonio costituzionale, potendosi al contrario rinvenire numerosi esempi di esclusione degli stessi sia dalla copertura costituzionale, sia dal quadro stesso dei diritti. La circostanza che alcuni stati all'avanguardia nella realizzazione di istituti di *welfare* abbiano ritenuto di svilupparli come *policies*, anziché come strumenti di tutela di diritti fondamentali, non può essere degradata a mero accidente, ma al contrario segnala un'importante distinzione il cui rilievo sarà ripreso più avanti. Per ora ci limitiamo a ricordare che la definizione degli istituti fondamentali della democrazia contemporanea non è univocamente accettata, ma è essa stessa parte di una discussione i cui sviluppi sono ad oggi incerti.

2e. elementi critici: il ruolo dei trattati.

In secondo luogo, è arduo postulare che le carte internazionali siano embrioni di una costituzione mondiale²³. Esse sono state redatte conformemente alla volontà espressa dagli

²¹ Cfr., per approfondimenti e richiami bibliografici, la sezione monografica di *DPCEOnline*, 2020, n. 3, 3863ss., dedicata alle democrazie illiberali.

²² M. Tushnet, *Constitution*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. by M. Rosenfeld and A. Sajo, Oxford, 2012, 217ss., ricorda che la migrazione delle idee costituzionali necessita di una fase di recezione (ancor più importante nel contesto del quale parliamo), la quale risente della necessaria coerenza con il «local spirit of laws» (220).

²³ Sulle prospettive e i limiti di tale idea v. A. Atilgan, *Global Constitutionalism cit.*, 111ss.

stati – con la netta preminenza delle principali potenze – e sono applicate nel rispetto delle prerogative statali. L'architettura istituzionale dei trattati rispecchia fedelmente il rapporto di forza tra le potenze, come illustra plasticamente la configurazione, ad es., del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Considerazioni analoghe valgono per le enunciazioni di valore di tali atti: ancora a titolo di esempio, la CEDU elenca un insieme di diritti sui quali le parti contraenti hanno convenuto di concordare, ma laddove il consenso non si è formato, la Convenzione tace. Le frizioni tra la posizione degli stati contraenti e le statuizioni dei trattati danno luogo ad aggiustamenti sul versante dell'interpretazione e applicazione di questi ultimi. A tal proposito ci si limita a richiamare la corposa giurisprudenza della Corte EDU sul margine di apprezzamento, mediante il quale le limitazioni di sovranità, accettate dalle parti contraenti in linea generale e di principio, sono attenuate e ridotte per questioni o materie di particolare sensibilità.

Ancor più in generale, possiamo osservare che né le carte dei diritti né, tanto meno, i trattati istitutivi della complessa architettura delle organizzazioni internazionali sono frutto della volontà di procedere in direzione del superamento della dimensione statale: questa semmai è il fattore che legittima i soggetti a stare nell'arena internazionale e giustifica, in nome della sovranità, il potere di derogare ad essa.

Diviene così difficile sostenere la tesi per la quale l'estensione delle aree coperte dagli accordi internazionali sarebbe indicativa della evoluzione verso un ordinamento globale destinato ad assorbire le attribuzioni statali. Al contrario, i trattati hanno natura espressamente settoriale e volutamente limitata agli oggetti dagli stessi definiti.

2f. elementi critici: la società globale.

Perché si concretizzasse l'auspicata svolta in senso costituzionale (ove si accolga della stessa la nozione invalsa per gli stati democratici degli ultimi decenni) dovrebbe innanzitutto consolidarsi una società globale, che a sua volta dovrebbe esprimere una politica e una classe politica. Anche laddove si postulasse l'esistenza di tali prerequisiti, indefettibili per la realizzazione di una democrazia globale che voglia assumere a modello le vicende del costituzionalismo novecentesco, resterebbero da risolvere problemi di portata enorme: come strutturare la rappresentanza, come articolare i poteri pubblici, come garantire l'esercizio di diritti politici che larga parte dell'umanità, ad oggi, non ha fino ad oggi conosciuto né, tanto meno, esercitato.

La costruzione di una società globale passerebbe necessariamente attraverso la ridefinizione delle necessità e delle priorità, non limitate né filtrate dagli stati. Il nuovo decisore globale, procedendo al fine di tutelare in modo equo tutti i cittadini della terra, dovrebbe redistribuire le ricchezze, dando luogo a una vera e propria rivoluzione che andrebbe a riscrivere i rapporti di forza tra le aree della terra e gli individui.

Come è noto, il tema delle diseguaglianze si presenta già oggi di difficile soluzione all'interno degli ordinamenti statali. L'ipotesi che, contemporaneamente a un rivolgimento mondiale destinato a travolgere le strutture statali, sia possibile azzerare – almeno sul piano giuridico – le differenze tra i cittadini della Terra, per attribuire a ciascuno di essi la medesima legittimazione ad accedere, ad es., ai servizi propri dello stato sociale, parte da un ulteriore postulato, che trova puntuali smentite nell'esperienza: che tale omogeneizzazione del quadro dei diritti attenui i conflitti, anziché accentuarli.

Eppure, le società contemporanee sono attraversate da una diffusa conflittualità che verte intorno al tema della (carente o avversata) redistribuzione delle risorse. Si tratta di un fenomeno in rapida ascesa, che vede nella riduzione complessiva dei posti di lavoro e

nell'aumento dei costi dell'assistenza sanitaria e sociale soltanto alcuni dei fattori di aggravamento. D'altronde, la reazione ad esso oggi prevalente nei contesti di maggiore benessere, non è l'invocazione di soluzioni globali, ma al contrario la fuga verso il localismo estremo e la rivendicazione di spazi (geografici e sociali) esclusivi.

Analoga riflessione possiamo condurre in relazione al tema dei conflitti armati. La prospettiva dell'ordinamento unico mondiale ha tratto la sua giustificazione principale dall'idea secondo la quale l'abolizione del pluralismo statale avrebbe inevitabilmente condotto alla pace universale. I progetti di Saint Pierre e di Kant nascono in un'epoca nella quale le guerre sono altamente regolamentate, condotte da eserciti professionali senza coinvolgere la popolazione civile; le riflessioni di Bobbio si collocano in un contesto internazionale, quello della guerra fredda, in cui il monopolio della guerra è riconducibile a due stati in particolare.

Il XXI secolo ci ha dolorosamente insegnato che la guerra può essere condotta tramite organizzazioni non riconducibili agli stati; può essere asimmetrica, localizzata, può svilupparsi tramite azioni terroristiche. La fluidità dei conflitti, se vogliamo, è uno dei modi in cui la globalizzazione si manifesta, ed anche in questo ambito produce la marginalizzazione degli stati. Da ciò dobbiamo desumere che neppure l'eliminazione del pluralismo statale avrebbe effetti significativi sull'intensità dei conflitti, potendo al più degradarli al rango di guerra civile o di terrorismo.

La prospettiva dello stato globale si colloca, in definitiva, oltre l'orizzonte degli eventi visibili e prevedibili sul piano della politica e del diritto, configurandosi come mito di salvezza. È un utile e interessante manifesto degli obiettivi e delle finalità ultime che il costituzionalismo dovrebbe perseguire, ma non è dato rinvenire, nelle formulazioni che abbiamo esaminato, il percorso che potrebbe essere seguito per giungere all'esito auspicato. Né, d'altronde, vi è ragionevole certezza intorno all'efficacia di alcune delle soluzioni indicate al fine di superare gli scenari di crisi per i quali è invocato.

3. Mito dell'universalizzazione dei diritti.

3.a Il catalogo.

Un altro versante del discorso sulla globalizzazione giuridica si svolge intorno alla convergenza, da più parti osservata, degli ordinamenti intorno a principi comuni; l'epoca presente sarebbe caratterizzata dall'affermarsi del costituzionalismo democratico, grazie al quale sarebbe possibile consolidare un patrimonio condiviso di principi e diritti il cui riconoscimento e la cui garanzia diverrebbero ineludibili²⁴.

Abbiamo usato espressioni vaghe al fine di accomunare in una categoria unitaria formulazioni che muovono da presupposti diversi e si sviluppano secondo linee solo in parte sovrapposte.

Il presupposto dal quale le analisi partono di solito non è dichiarato e probabilmente talvolta non è nemmeno oggetto di riflessione: si postula che l'auspicata convergenza si realizzi su un modello di ordinamento giuridico che potremmo genericamente definire occidentale. Questa premessa condiziona l'intero sviluppo del ragionamento, ancorandolo a una tendenza tutt'altro che inevitabile ma che, come tale, viene presentata.

²⁴ Cfr. G. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford, 2005; N. Walker, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, in *Political Studies*, 2008 Vol. 56, 519ss.; A. Atilgan, *Global Constitutionalism* cit. 185ss.; M.-C. Ponthoreau, *Global constitutionalism. Un discours doctrinal homogénéisant l'apport du comparatisme critique*, in *Jus Politicum*, n. 19, 2018, 105ss.; S. Gardbaum, *Human Rights and International Constitutionalism*, in *Ruling theWorld? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, ed. by J.L. Dunoff and J.P. Trachtman, Cambridge (Ms), 2009, 233ss.

Anche in questo caso, come nelle teorizzazioni dello stato globale, il particolare si dilata fino a divenire universale: il costituzionalismo democratico, nato dalle rivoluzioni settecentesche e consolidato, in una parte minoritaria seppur ricca e potente del mondo, nel secolo scorso, assurge a modello unico, al quale conformare (e rispetto al quale confrontare) necessariamente le traiettorie evolutive di quelle che saranno di volta in volta denominate “democrazie in formazione”, “fragili”, “in via di consolidamento”, “illiberali”²⁵. Analogamente, i cataloghi dei diritti adottati a livello statale o internazionale saranno scrutinati assumendo come *benchmark* quelli occidentali.

Tale concezione si fonda su un complesso di valori dei quali si postula la inevitabile condivisione da parte della comunità internazionale; condivisione che sarebbe destinata a realizzarsi spontaneamente attraverso la circolazione del modello per via dottrinale e giurisprudenziale.

Le carte internazionali dei diritti, così come le corti chiamate a renderle effettive, sarebbero al tempo stesso sintomi e motori del processo in corso.

3.b *L'imperialismo dei diritti.*

Gli aspetti problematici sono numerosi. In primo luogo è difficile attribuire un valore non esclusivamente politico alla costruzione di un catalogo coincidente con quello euroatlantico²⁶. È, al contrario, semplice ravvisare in esso la riproposizione dell'abusato schema dell'occidente civilizzatore, contrapposto a popoli non più “selvaggi”, ma non ancora sufficientemente evoluti da abbracciare l'ideale democratico e le sue realizzazioni. Da più parti si è osservato che spesso per “diritti umani” si intende “diritti degli occidentali”, con l'implicita considerazione che non sia possibile instaurare un dialogo tra culture diverse sul punto, ma che sia ammessa solo l'estensione dei “nostri” diritti agli “altri”. È pertanto comprensibile che un tema apparentemente destinato a conciliare le opposte posizioni divenga terreno di scontro e induca posizioni di rigetto o adesioni meramente formali²⁷.

Da questo punto di vista, la lotta per i diritti umani e per la democratizzazione degli ordinamenti sarebbe la prosecuzione dell'imperialismo degli scorsi secoli senza l'ausilio delle armi²⁸. Abbiamo però visto, nei decenni passati, che in nome della tutela dei diritti umani si è fatto ricorso alla forza militare, recuperando una connessione con l'idea già

25 La letteratura in materia è molto ampia. Si v. L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Torino, 2003; M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018; *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro, Napoli, 2020.

26 Cfr. S. Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, Paris 1989. V. anche T.W. Pogge, *The Influence of the Global Order on the Prospects for Genuine Democracy in the Developing Countries*, in *Ratio Juris*, vol. 14, n. 3, 2001, 326ss.

27 Così già S.P. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1996), trad. it. *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 2000, secondo il quale, «nel mondo che sta nascendo, i rapporti tra stati e gruppi appartenenti a civiltà diverse non saranno stretti e avranno spesso carattere antagonista», soprattutto quelli «tra le società musulmane e asiatiche da un lato e quella occidentale dall'altro» (p. 265). Ad avviso dell'A. i diritti umani saranno oggetto di conflitto a causa dell'intento occidentale di convertire il resto dei popoli alla propria visione, senza ammettere che «quello che per l'Occidente è universalismo, per gli altri è imperialismo» (p. 266).

28 Così, espressamente, J. Tully, *The Imperialism of Modern Constitutional Democracy*, in M. Loughlin and N. Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 315ss.

Una esauriente analisi delle politiche della UE in materia può leggersi in R. Kleinfeld and K. Nicolaidis, *Can a Post-colonial Power Export the Rule of Law? Elements of a General Framework*, in *Relocating the Rule of Law*, ed. by G. Palombella and N. Walker, Oxford-Portland, 2009, 139ss.

formulata da Kelsen che potesse esservi guerra giusta, purché fosse votata all'instaurazione dell'ordine mondiale²⁹.

3.c *Un patrimonio comune?*

Un secondo elemento critico attiene alla definizione del *corpus* del quale si propone l'espansione globale. È infatti pacifico che un consenso, dottrinale e giurisprudenziale, si è formato intorno ad alcuni principi e valori generali, la cui traduzione in istituti giuridici nei singoli ordinamenti dà luogo a divisioni destinate ad approfondirsi a mano a mano che si scende nel dettaglio. La garanzia dell'effettiva attuazione dei principi genera ulteriori motivi di contrapposizione. Così, all'enunciazione di un vasto catalogo di diritti può far seguito l'inerzia legislativa, o la carente tutela giurisdizionale; alla legislazione garantista può seguire un'applicazione di segno contrario, oppure la semplice inefficienza dell'apparato amministrativo³⁰.

È agevole qui riproporre la distinzione tra costituzionalismo e diritto costituzionale, ove con il primo termine si fa riferimento al complesso delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali maturate a partire dal secondo, che costituirebbe la base e il limite inderogabile alla creatività interpretativa³¹. Potrebbe essere allettante l'idea di adottare un catalogo dei diritti scarno, rinviando la sua attuazione all'evoluzione giurisprudenziale. Dobbiamo però ricordare che tale articolazione è problematica già all'interno di uno specifico ordinamento; allorché si intenda introdurla – e non si vede come sia possibile evitarlo – nel contesto di un diritto sovranazionale non ordinato da una fonte suprema scritta e rigida, l'esito prevedibile è il particolarismo delle interpretazioni locali e della casistica³².

29 H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41, Cambridge (Mass.) 1952, 36ss.

30 Una analisi comparata delle enunciazioni di valore e della relativa attuazione in alcuni ordinamenti può leggersi in *An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*, ed. by D. Davis, A. Richter and C. Saunders, Oxford-Portland, 2015.

31 Sul punto il dibattito è ampio negli Stati Uniti, quanto meno a partire dall'affermazione di E. Meese III, *The Law of the Constitution, speech in New Orleans, October 10, 1986*, 61 *Tulane L. Rev.* 979 (1987), 981, secondo il quale bisogna operare una «necessary distinction between the Constitution and constitutional law»; da ciò consegue che le decisioni della Corte Suprema «do not establish a supreme law of the land that is binding on all persons and parts of government henceforth and forevermore». Negli stessi termini R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York, 1990, 351: «Once adherence to the original understanding is weakened or abandoned, a judge, perhaps instructed by a revisionist theorist, can reach any result, because the human mind and will, freed of the constraints of history and “the sediment of history which is law,” can reach any result». Per approfondimenti v., volendo, P. Bianchi, *Il lungo addio. Declino e caduta delle costituzioni novecentesche*, Napoli, 2022, 73ss.

Gli argomenti impiegati si prestano ad una generalizzazione. Nello stesso senso si v. infatti J.H.H. Weiler, M. Wind, *Introduction*, in *European Constitutionalism beyond the State*, J.H.H. Weiler, M. Wind, eds., Cambridge, 2003, 3: «The underlying rationale of this volume is that there is a difference between constitution and constitutionalism. Constitutionalism, for example, embodies the values, often non-stated, which underlie the material and institutional provisions in a specific constitution. At this level, separating constitution from constitutionalism would allow us to claim, rightly or wrongly, for example, that the Italian and German Constitutions, whilst very different in their material and institutional provisions, share a similar constitutionalism, vindicating certain neo-Kantian humanistic values, combined with some notion of the *Rechtstaat*».

32 Sul conflitto tra sistemi normativi quale elemento imprescindibile dell'attuale assetto dei rapporti internazionali v. K.J. Alter, *Comprehending global governance: International regime complexity vs. global constitutionalism*, in *Global Constitutionalism* (2020), 9:2, 413ss. V. anche N. Walker, *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 6, 373ss. Esprimono una visione molto pessimistica sulla possibilità di unificare in sistema gli ordinamenti esistenti A. Fischer-Lescano and G. Teubner, *Regime-collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, n. 4 (2004), 1000ss.

Del resto, lo stesso proliferare di carte regionali dei diritti pone un problema: salutate in dottrina come manifestazioni della tendenza a convergere su un nucleo inviolabile di diritti umani, la loro stessa pluralità dimostra che si ritiene necessario tornare a ridefinire, ampliare, o anche solo confermarne l'esistenza, contemporaneamente (e contraddittoriamente) adottando più atti normativi che predicano l'unicità, universalità e inviolabilità dell'oggetto della tutela³³.

Il processo di riconoscimento di un contesto di tradizioni costituzionali condivise e di formazione di un patrimonio costituzionale comune è molto avanzato nell'Unione Europea e, su altri versanti e con altro catalogo, tra gli stati aderenti alla CEDU³⁴; è peraltro noto che i processi di integrazione, in corso da decenni, hanno prodotto risultati significativi ma hanno vissuto momenti di difficoltà estrema. A ciò vanno aggiunte le travagliate vicende della prospettiva – ma finora non realizzata – integrazione tra i due ambiti, quello eurounitario e quello della Convenzione³⁵, che paiono indicare un percorso senz'altro possibile, ma tutt'altro che agevole.

Ben più arduo è ipotizzare un simile sviluppo in relazione - non ad un'area culturalmente omogenea e politicamente convergente ma - all'intero pianeta. È inoltre tutt'altro che pacifico l'ambito di estensione dei diritti rispetto ai quali si discute. L'elaborazione più ricca e – per certi aspetti – più consolidata concerne i diritti di prima generazione, rispetto ai quali i problemi di definizione paiono in gran parte risolti, dovendosi semmai affrontare quelli relativi all'attuazione e all'effettiva tutela.

Sul versante dei diritti politici, invece, le resistenze sono ancora molto forti e la contrapposizione è acuta, non solo per l'inevitabile indisponibilità dei regimi autoritari, ma anche per l'accennata posizione delle democrazie mature, tendenzialmente favorevoli ad esportare le proprie acquisizioni, molto meno a vederle porre in discussione.

Altrettanto critico è, come già accennato, il quadro relativo ai diritti sociali. Qui la spaccatura non è solo tra regimi democratici e autoritari, Nord e Sud del mondo, ma anche all'interno degli stessi paesi occidentali, tra ordinamenti che si qualificano come stati sociali di diritto e altri che relegano le prestazioni sociali alla sfera delle politiche pubbliche. Ipotizzare che si giunga ad una omogeneizzazione in questo ambito conduce ad una scomoda alternativa: l'imposizione della categoria anche agli ordinamenti che non la riconoscono, oppure la conservazione dello *status quo*, che implica una decisiva differenza di trattamento, come del resto oggi avviene, a seconda dell'ordinamento di appartenenza dell'individuo. Il punto ci pare tutt'altro che secondario, perché mette in discussione l'intero impianto della discussione sulla convergenza intorno ai diritti. Ipotizzare che i diritti sociali restino fuori dalla progettata convergenza³⁶ significa relegarli ad una dimensione secondaria, estranea alla sfera dei "veri" diritti umani, meritevoli di piena garanzia, con ripercussioni

33 Per una ricostruzione del processo che ha condotto alla proliferazione delle carte internazionali dei diritti v. A. Algostino, *L'«universalismo situato»*. *Per una via non imperialista ai diritti della persona umana*, in *Dem. Dir.*, 2003, 103ss., spec. 109ss. e ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

34 Tra gli studi, ormai innumerevoli, v. A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, 2006.

35 In proposito v. la ricostruzione di O. Pollicino, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei rispettivi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012, e gli aggiornamenti di M. Parodi, *Fonti dell'Unione Europea e internazionali. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un "nuovo" inizio?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020.

36 Come del resto è già accaduto in occasione dell'approvazione della Dichiarazione universale del 1948 e della Convenzione Europea del 1950.

sulla loro collocazione sul piano del diritto interno, che necessariamente rifletterebbe la gerarchizzazione operata dalle fonti internazionali.

L'alternativa, cioè l'inquadramento dei diritti sociali a pieno titolo nei diritti tutelati a livello globale, pare impraticabile sia perché avversata a vario titolo da gran parte degli stati, sia perché comporterebbe, com'è noto, un radicale rivolgimento della forma di stato: prospettiva che avvicinerrebbe l'ipotesi della convergenza sui diritti a quella dello stato unico globale e richiederebbe una vera e propria rivoluzione mondiale.

Sembra di poter affermare, al contrario, che il paradigma della globalizzazione dei diritti segua oggi una traiettoria incompatibile con quella indicata. Non è forse possibile affermare con decisione che la globalizzazione implichi necessariamente la privatizzazione e la distruzione della sfera sociale, politica e collettiva³⁷, né che essa corrisponda a un progetto neoliberista orientato esclusivamente alla dimensione del profitto³⁸, ma è indubbia la prevalenza della dimensione individuale nella rivendicazione dell'universalismo dei diritti, alla quale consegue l'irrilevanza della collocazione di ogni individuo in un contesto.

Se i diritti richiedono effettiva e piena tutela sempre e dovunque, la nozione di cittadinanza, intesa come collegamento tra la appartenenza dell'individuo alla comunità e il godimento dei diritti in essa e da essa riconosciuti, è perduta; non si tratta di una perdita indolore, perché l'individuo non-cittadino è estromesso dalla sfera della decisione pubblica³⁹. È così possibile costruire l'umanità non come pluralità di corpi sociali che interagiscono, ma come sommatoria di individui⁴⁰. La perdita di contesto rifluisce sul catalogo dei diritti, dal quale saranno estromessi quelli che postulano la dimensione sociale: i diritti politici e sociali⁴¹.

3.d Globalizzazione come privatizzazione?

Deve infine essere ricordata anche in questa sede l'influenza esercitata dai soggetti privati sia sulla definizione che, soprattutto, sulle modalità di tutela dei diritti: la loro azione ne fa da un lato dei vettori inarrestabili di destrutturazione delle costituzioni e delle istituzioni statali, perché rivendicano vere e proprie sfere di esenzione dal diritto pubblico (sia statale che internazionale); dall'altro perché, facendo uso dei poteri fondati sulla posizione che rivestono nel sistema economico, costruiscono sistemi normativi alternativi e direttamente concorrenziali con quelli pubblici, spingendosi a prevedere (e limitare) diritti (non più dei cittadini, ma) dei consumatori, oltre a proporre sedi paragiurisdizionali alternative a quelle pubbliche⁴².

37 Così P. Barcellona, *Ipotesi interpretativa del processo di globalizzazione*, in *Dem. Dir.* 2003, 15ss.

38 M. Tushnet, *The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project*, in *Global Constitutionalism* (2019), 8:1, 29ss.

39 In tal senso cfr. S. Žižek, *Against Human Rights*, in *New Left Review* 34, July-Aug 2005, 115 ss., spec. 128.

40 Sulla distruzione della sfera politica e gli effetti dell'atomizzazione della condizione umana v. Z. Bauman, *In search of politics*, Cambridge, 1999, tr. it. *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, 194: «al liberalismo non resta che un aggregato di individui liberi ma isolati, liberi di agire ma senza voce in capitolo nell'ambito in cui agiscono, senza una vaga idea dell'uso che potrebbe essere fatto della loro libertà di agire, e soprattutto per nulla interessati ad assicurarsi che anche gli altri siano liberi di agire e a parlare con loro dei modi in cui viene usata la libertà di ognuno. In un simile aggregato di individui isolati, completamente liberi ma del tutto impotenti e indifferenti, affiora immediatamente una serie di contraddizioni tra libertà e uguaglianza, tra individuo e società, tra benessere pubblico e privato».

41 Sull'idea che sia la cittadinanza a conferire fondamento ai diritti umani, e non viceversa, v. É. Balibar, *'Rights of Man' and 'Rights of the Citizen'*, in Id., *Masses, Classes, Ideas: Studies on Politics and Philosophy before and after Marx*, New York, 1994, 39ss.

42 Cfr. G.M. Ruotolo, *Le fonti dell'ordinamento internazionale e la disciplina della Rete*, in *DPCE Online*, Vol. 50, N. Sp., 2022, 701ss.; G. DE Gregorio, *Il diritto delle piattaforme digitali: un'analisi comparata dell'approccio statunitense ed europeo al governo della libertà di espressione*, ivi, 1456ss.

Per un periodo relativamente lungo questo nuovo assetto, nato come articolazione della *lex mercatoria* negli interstizi tra la produzione normativa degli stati e il complesso dei trattati internazionali, si è modellato secondo i canoni della fluidità o liquidità contemporanea, prediligendo modelli di *governance* da affiancare alla rigidità delle strutture di governo statali e internazionali, alla ricerca di moduli decisionali fondati sulla produzione di *soft law*, sul consenso delle parti e sul loro coinvolgimento⁴³.

La fase attuale vede un nuovo passaggio: nei settori in cui si è consolidata la preminenza degli attori privati globali, la funzione normativa pubblicistica – e con essa l'apparato di controlli e sanzioni – sono apertamente messi in discussione, quando non rimpiazzata da atti di (auto)regolazione, prodotti dalle imprese o da consorzi di imprese, che rivendicano la piena titolarità del potere regolatorio di natura privatistica⁴⁴.

Si prefigura così la piena autonomia, rispetto alla sfera pubblica – sia essa interna o internazionale – di alcune realtà imprenditoriali, sociali, economiche, in nome (ironicamente) della realizzazione delle aspirazioni individuali del cittadino/consumatore⁴⁵. La libertà individuale, che il cittadino globale custodisce gelosamente contro le ingerenze dei poteri pubblici, è (più o meno) spontaneamente ceduta a soggetti privati in cambio di beni e servizi: la servitù volontaria, ideale di ogni tiranno, può essere raggiunta grazie al potere delle offerte commerciali.

Resta da chiedersi se la mera estensione delle carte dei diritti sia funzionale alla difesa del singolo contro le lesioni che alla sua sfera derivano dall'esercizio di quelli che apparentemente sono i suoi diritti; se sia ancora sufficiente strutturare il rapporto individuo/potere continuando a presumere che le insidie giungano dalla sfera pubblica e ignorando il ruolo assunto dalla gestione privata di settori di rilievo pubblico.

In conclusione, possiamo osservare che la prospettiva della globalizzazione dei diritti presenta alcuni elementi che la rendono più seducente del mito dello stato globale, a partire dalla possibilità di accantonare la tematica della sovranità e le sue ambigue connessioni con l'idea di nazione⁴⁶. Concepire il diritto globale come rete⁴⁷, come struttura leggera, all'interno della quale contenere anche le realtà statali e substatali oggi esistenti, evoca il superamento della forma stato e permette di aggirare i limiti e le contraddizioni che questa porta con sé.

Sul versante delle criticità è però inevitabile rilevare che la costruzione si poggia su una forma di spontaneismo difficilmente comprensibile: perché si realizzasse una copertura ad ampio spettro, non sarebbe sufficiente l'adozione di carte dei diritti tali da sovrapporsi ed eventualmente integrare quelle statali, ma si porrebbe in maniera ancor più pressante di oggi

43 V. in proposito F. Galgano, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. Dir.*, 2009, 177 ss.

44 Sulla reciproca permeabilità della sfera pubblica e di quella privata, come elemento che dovrebbe indurre a particolare cautela e proposte di globalizzazione costituzionale, v. N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010, spec. 67ss. sulla distinzione ormai sfumata fra poteri pubblici e privati, e sulla conseguente ricaduta sul piano delle fonti, v. J.-B. Auby, *Globalisation, Law and the State* cit., 164ss.

Per una accurata descrizione del passaggio dall'autoregolazione dei privati alla appropriazione della funzione normativa in senso proprio v. P. Delimatsis, *Transnational economic activism and private regulatory power*, in *Journal of International Economic Law*, 2023.

45 E. Mostacci, *Tra kosmos e spoliticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, in *DPCE Online*, Vol. 50, N. Sp., 2022, 594ss., 606ss. Cfr. anche P.G. Cerny and R. Belmonte, *Between Public and Private. Heterarchy in an Age of Intangibles and Financialization*, in *The Evolution of Transnational Rule-Makers through Crises*, ed. by P. Delimatsis, S. Bijlmakers, M.K. Borowicz, Cambridge, 2023, 46ss.

46 Un esempio in tal senso può vedersi in M. Neves, *Transconstitutionalism*, Oxford-Portland, 2013.

47 K.-H. Ladeur, *Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of Network Concept*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 1, 1997, 44ss.

il tema della loro applicazione, in sostanza dell'effettività. La questione della sovranità, uscita dalla porta, rientrerebbe dalla finestra.

4. Il mito della tutela dei diritti attraverso le corti

Il problema della garanzia dei diritti enunciati dalle carte internazionali ci conduce ad un altro dei miti della globalizzazione giuridica, in qualche misura dipendente e subordinato rispetto a quello appena esposto: il globalismo per via giudiziaria.

Il principale motore della convergenza tra gli ordinamenti potrebbe trovarsi nella elaborazione di uno *ius commune* frutto di elaborazione giurisprudenziale, a sua volta fondata sul patrimonio comune di principi e di diritti di cui abbiamo parlato in precedenza⁴⁸. Rispetto ai modelli riportati in precedenza, qui possiamo rilevare che la convergenza giudiziaria non è un progetto elaborato a tavolino né l'idealizzazione di alcuni frammenti del diritto internazionale. Sono ormai numerosi gli studi che segnalano il crescente dialogo tra le corti in tema di diritti⁴⁹ ed è indubbio che le corti statali di ultima istanza, le corti costituzionali e le corti internazionali siano da decenni coinvolte in un processo di circolazione delle tecniche di decisione, dei moduli argomentativi e infine di contenuti delle pronunce, con particolare anche se non esclusiva evidenza per quanto concerne la (ri)costruzione di un quadro di principi generali e di diritti, ai quali è attribuito un carattere di universalità, desunto proprio dal mutuo riconoscimento per via giudiziaria.

Il modello in esame riprende un *topos* ormai diffuso nella dottrina giuridica, quello della creatività giurisprudenziale come supplente dell'incapacità dei parlamenti di assumere decisioni politicamente impegnative. Il diritto elaborato dai giudici consentirebbe di superare le situazioni di stallo che si determinano sul versante politico in presenza di questioni altamente divisive⁵⁰. Per definizione, inoltre il formante giurisprudenziale è diritto dei tecnici, improntato alla razionalità anziché alla pressione del dato contingente.

La sua trasposizione in ambito sovranazionale consentirebbe di aggiungere ai pregi evidenziati nel contesto del diritto statale la naturale propensione a superare le differenze degli ordinamenti, preferendo, in nome appunto della superiore razionalità, la ricerca delle categorie generali⁵¹. In tal modo la via giurisprudenziale al diritto globale favorirebbe un'integrazione *soft*, centrata sull'individuazione dei principi comuni ma – a differenza del percorso avviato con le carte dei diritti – non soggetta ai modi e ai tempi delle relazioni internazionali.

Il fascino di questa ricostruzione risiede nella possibilità, che sembra suggerire, di rimuovere in una sede *altra*, imparziale per definizione, aliena alla dialettica politica, i fattori di conflitto, siano essi sociali, politici, economici, interni o internazionali.

48 A. Atilgan, *Global Constitutionalism cit.*, 250s.

49 Nella sterminata produzione in materia ci limitiamo a segnalare A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in 44 *Harv. Int'l L. J.* (2003), 191; G.F. Ferrari (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006; G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 297ss.; S. Cassese, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009; G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londn, 2013; T. Guarnier, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014; F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, n. 18/2019; W. Sandholtz, *Human Rights Courts and Global Constitutionalism: Coordination through Judicial Dialogue*, in *Global Constitutionalism*, 2020; D.S. Law, *The Politics of Judicial Dialogue*, University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Paper Series 2023-54.

50 Cfr. P. Pettit, *Depoliticizing Democracy*, in *Ratio Juris*, 17 (2004), 52ss.

51 V. ad es. A. Stone Sweet, E. Palmer, *A Kantian system of constitutional justice: Rights, trusteeship, balancing*, in *Global Constitutionalism*, 2017, vol. 6, n. 3, 377ss.

A sostegno di una simile traiettoria di sviluppo del costituzionalismo si sono evocate le ricostruzioni storiografiche dell'Europa dei giudici, sulla quale si è retto per secoli lo *ius commune*: un'età aurea nella quale il diritto ha seguito vie autonome rispetto alle lotte di potere, governato dai tecnici in nome di principi universali.

Delle tre ipotesi di sviluppo qui esaminate, la via giurisprudenziale appare come l'unica praticabile e almeno per alcuni elementi in via di concretizzazione, ma non possiamo esimerci dall'evidenziare almeno alcuni degli aspetti critici.

Il primo attiene all'acquisizione dell'Europa tardo medievale come modello. È stato da tempo chiarito che è possibile elaborare una analogia soltanto parziale. Il pluralismo giuridico medievale conosceva fattori culturali unificanti molto forti a livelli diversi (la religione, l'etica, i rapporti tra le classi sociali), oltre ad almeno due soggetti in grado di esercitare una notevole forza centripeta (l'Impero e la Chiesa). Il tessuto sociale e culturale relativamente omogeneo costituiva la base sulla quale si innestava la struttura concettuale destinata a sfociare nella produzione normativa giurisprudenziale, i cui principi generali riuscivano a contrapporsi al particolarismo dei sistemi locali, in nome di valori generalmente condivisi.

Il pluralismo e la frammentazione attuali sono il frutto da un lato di profonde divisioni culturali e politiche, di diverse condizioni economiche, non riconducibili ad un quadro di valori condivisi, neppure su un piano estremamente generico (è infatti questo il tema dal quale siamo partiti)⁵². C'è però un altro elemento che rende improponibile l'analogia: i soggetti con i quali la creatività giurisprudenziale deve confrontarsi, che possono essere definiti «*highly specialized, partial, and without much internal differentiation*».

Se il costituzionalismo europeo nasce da una lotta per il potere tra soggetti le cui attribuzioni si sovrappongono, il contesto attuale vede la coesistenza degli stati con enti di natura diversa: le rivendicazioni, così come le attribuzioni, non coincidono e non necessariamente si sovrappongono, potendo dar luogo a regimi derogatori⁵³.

Ancor più in generale, e su un altro piano: il giudice esercita un potere che non promana autonomamente dalla sua persona, ma è definito dalle norme dell'ordinamento di appartenenza. L'autorità del giudice è autorità dell'ordinamento che lo esprime, non mera autorevolezza della persona fisica. L'ipotesi di un giudice destinato ad operare nell'empireo dei principi, svincolato dal proprio sistema normativo di riferimento, ma anzi intento a crearne uno nuovo, destinato a prevalere su quelli esistenti in nome di una incontestabile e suprema razionalità, sarebbe ancora compatibile con i fondamenti del costituzionalismo moderno? Se non esiste costituzionalismo senza diritti, è anche vero che i diritti non possono essere riconosciuti e garantiti (per quanto ne sappiamo) al di fuori di un contesto idoneo, nel quale sono garantiti parimenti la sovranità popolare e la separazione tra i poteri.

Da queste considerazioni siamo costretti a tornare al problema della costruzione di un ordine costituzionale. Detto in altri termini: è davvero auspicabile, ammesso che sia possibile, un ordinamento globale creato al di fuori del – ma concorrente con il – circuito politico rappresentativo espresso dagli attuali stati?

52 N. Fraser, *Democratic Justice in a Globalizing Age: Thematizing the Problem of the Frame*, in *Varieties of World-Making. Beyond Globalization*, ed. by N. Karagiannis and P. Wagner, Liverpool, 2007, 193ss.; R. Forst, *Justice, Morality and Power in the Global Context*, in *Real World Justice. Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, ed. by A. Follesdal and T. Pogge, Dordrecht, 2005, 27ss.

53 Si riprendono qui le considerazioni svolte da S. Sassen, *Neither Global Nor National: Novel Assemblages of Territory, Authority and Rights*, in *Laws and Societies in Global Contexts: Contemporary Approaches*, ed. by E. Darian-Smith, Cambridge, 2013, 30ss., e più ampiamente in Ead., *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, 28ss.

È superfluo ricordare che il costituzionalismo moderno nasce con la rivendicazione della sovranità popolare e con la costruzione dei meccanismi della rappresentanza politica, oltre che con le carte dei diritti. Delegare alla giurisdizione l'elaborazione del catalogo dei diritti, in assenza di alcun coinvolgimento dei popoli e senza una chiara delimitazione dei poteri risolverebbe probabilmente una parte del problema accentuando l'altra, ovvero la creazione di un ulteriore, importante, frammento di costituzione globale attraverso l'elusione dei principi della democrazia ai quali, almeno formalmente, si fa continuamente riferimento.

Il secondo aspetto critico attiene alla accezione di "globale" che sembra trasparire dall'impostazione del dibattito sul punto, quasi che l'intera comunità internazionale fosse impegnata alla ricerca di una gestione comune dei problemi dell'umanità. È invece quotidiana la constatazione opposta, legata al risorgere dei nazionalismi e all'acuirsi dei conflitti. A ciò si aggiunga che l'instaurazione di regimi democratici è ancora lontana in gran parte del pianeta, e probabilmente ancor oggi la maggioranza degli esseri umani vive in sistemi autoritari.

Appare dunque avventato pensare che si possa giungere per via giudiziaria e sovranazionale alla garanzia di diritti che oggi non sono riconosciuti in quegli ordinamenti. Se ragioniamo in termini globali, dobbiamo tener conto della varietà degli ordinamenti e delle condizioni materiali, che possono condurre a conclusioni da quelle auspiccate. Il processo di maturazione richiesto, perché sia veramente globale e non circoscritto ad una piccola parte, è ancora molto lungo e l'esito tutt'altro che certo.