



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015

FASCICOLO 2

(ESTRATTO)

IVAN VALIA

**ALEXANDER SOMEK, *The Cosmopolitan
Constitution*, Oxford University Press,
Oxford 2014, 291 pp.**

23 dicembre 2015

IVAN VALIA*

Alexander SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2014, 291 pp.

Negli ultimi sessant'anni, soprattutto per ciò che interessa la realtà europea, col termine costituzionalismo si è designato non solo un processo di trasformazione storica, giuridica e culturale ma, in un senso molto più ampio, anche l'esigenza di rendere effettiva la tutela dei diritti umani. Di conseguenza, prendere sul serio il tema del costituzionalismo, vuol dire effettuare uno studio sulla relazione tra diritto e potere, indagare sui diversi sistemi di giustizia costituzionale e, in ultima analisi, tendere ad un modello giuridico che abbia come obiettivo primario una definitiva svolta verso la centralità della dignità umana, condizione indispensabile per una effettiva realizzazione dei diritti fondamentali. Non è perciò soddisfacente uno studio costituzionalistico di tipo storico-ricostruttivo, poiché si pone la necessità di inquadrare i temi i più rilevanti, come la crisi della sovranità e la limitazione del potere pubblico, all'interno di uno scenario più ampio e attraverso un metodo capace di rapportarsi con le sfide globali contemporanee, ormai sempre più orbitanti intorno alla sfera economica.

È proprio questo l'approccio seguito da Alexander Somek nel suo ultimo libro, *The Cosmopolitan Constitution*, in cui l'autore affronta con particolare chiarezza espositiva tematiche

* Dottore di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico europeo" presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

apparentemente distanti tra loro, comprese in un unico e coerente piano argomentativo.

A dispetto di quello che il titolo potrebbe suggerire l'autore viennese non intende trattare di una reale costituzione globale, ossia di una legge fondamentale sovraordinata alle singole costituzioni nazionali, ma, in maniera molto più realistica ed aderente alle sfide contemporanee, vuole evidenziare la naturale tendenza delle singole carte fondamentali ad essere il presidio per la difesa dei valori fondamentali degli stati. In altre parole, l'aggettivo *cosmopolitan* è riferito all'indiscussa capacità del modello costituzionale post-bellico europeo¹, al di là dei particolarismi nazionali, di tutelare, in una logica *globale*, quei valori su cui l'Europa si è edificata. Una costituzione cosmopolita appare, allora, più che un reale progetto politico, un'idea, una tensione, l'attitudine delle costituzioni nazionali a rispettare i principi fondamentali di chiunque si trovi all'interno di uno Stato costituzionale: costituisce cioè, nell'idea di Somek, uno spazio politico ideale in cui individui di diversa provenienza, nazionalità e cultura, possono godere della medesima protezione. Secondo questa prospettiva, la vera sfida globale è la pretesa di non discriminazione all'interno di un territorio straniero.

Somek identifica nella "costituzione cosmopolita" il mezzo ideale per la difesa dei valori dell'uguaglianza, della libertà e, soprattutto, della dignità umana, idoneo a trascendere i particolarismi delle singole comunità politiche ed i confini nazionali, che costituiscono un evidente limite per la comprensione del complesso scenario economico.

¹ La Costituzione cosmopolita è infatti, per Somek, quella emersa, anche se non in via esclusiva, nel continente europeo a partire dalla seconda metà del secolo scorso, grazie alla quale i principi fondamentali continuano ad essere i pilastri dei moderni stati costituzionali.

The Cosmopolitan Constitution si può ritenere, quindi, prima di ogni altra cosa, un testo sulla dignità umana. Nel senso che al cosmopolitismo economico, ovvero alla globalizzazione capitalista, Somek contrappone l'esigenza di un cosmopolitismo politico, fatto di diritti fondamentali attribuiti all'uomo in quanto tale, considerato non solo quale *homo oeconomicus*, ma anche in quanto soggetto politico.

Tale richiesta di protezione globale stride evidentemente con la realtà giuridica, politica e soprattutto economica attuale poiché non esiste, in verità, un ordinamento politico comune condiviso. Non esistendo una costituzione globale, la forma di protezione pensata da Somek è quella di una rappresentanza virtuale. La prospettiva della costituzione cosmopolita, proiettata verso questa particolare forma di rappresentanza, è dunque principalmente quella del non-cittadino. Il cosmopolitismo, allora, acquista di significato solamente quando i soggetti riescono a percepire se stessi, contemporaneamente, come cittadini e come stranieri².

² Una costituzione, dunque, non potrà mai avere una tendenza "cosmopolita" nel momento in cui allo straniero è riservato un trattamento differente da quello del cittadino. D'altro canto, secondo Somek «*we are cosmopolitans inasmuch as we are at home in the world. If we conceive of ourselves as beings inhabiting the world while also recognizing that the world is composed of a plurality of political communities, our social existence is no longer mediated by our membership in our own polity. Being at home in the world, and not in one's political community, means to inhabit the world as foreigner*». È chiaro che l'individuo, potrà sentirsi a casa in qualunque parte del mondo e, dunque, non discriminato, solo se «*these conditions are satisfied by, first, a system of human rights protection that meets the mark of international peer review and, second, a strong protection against discrimination on the grounds of nationality. If these requirements are met, non-citizens can endorse any system as thier own*» A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford 2014, 26.

Il costituzionalismo europeo e la sua storia rappresentano, per Somek, l'*habitat* naturale per un cosmopolitismo di questo tipo ed il suo esame, nonché il confronto con il costituzionalismo americano³, consentono all'autore di meglio chiarire l'idea di fondo del testo. Inoltre, tale confronto, offre a Somek la possibilità di porre in rilievo il diverso sviluppo dei due modelli costituzionali, nonché di enucleare le caratteristiche salienti delle due differenti esperienze costituzionali, identificate attraverso le locuzioni *costituzionalismo 1.0* (l'esperienza nord-americana) e *costituzionalismo 2.0* (l'esperienza europea).

Nel *costituzionalismo 1.0* la costituzione è essenzialmente un insieme di poteri. Il problema principale di questo primo modello attiene alla limitazione del potere pubblico, la cui eccessiva portata contrasta con una delle ragioni fondative della costituzione stessa, ossia quella di garantire il popolo da forme di ingerenza esterne.

Questo costituzionalismo "vecchio" è meglio rappresentato dall'esperienza americana post-rivoluzionaria, nella quale, almeno a livello ipotetico, la costituzione risulta essere la diretta espressione del volere del popolo sovrano, che diventa una sorta di *higher*

³ Com'è noto, negli Stati Uniti è sempre stato più fervido il dibattito sulla carenza di legittimità democratica degli organi a presidio dei valori fondativi del sistema. Di contro, in Europa, i problemi della limitazione della sovranità, il rapporto tra diritto e potere, pare abbiano suscitato un interesse minore, o comunque non hanno generato una discussione altrettanto vivace, probabilmente perché i "custodi" delle carte fondamentali sono periodicamente rinnovati e scelti da diversi organi maggiormente rappresentativi della sovranità popolare. Almeno a livello teorico, ciò costituirebbe una garanzia più solida per la legittimità democratica degli organi che devono difendere i valori preminenti dell'ordinamento giuridico.

*lawmaker*⁴: la legge fondamentale comincia ad essere guardata come un atto che promana direttamente dalla volontà del popolo, un atto dal contenuto chiaro, specifico, verificabile nei diversi *Bills of Rights*. Lo stretto collegamento col popolo che si ha nella realtà americana è confermato, tra gli altri, dal fatto che, nel caso in cui non si dovesse giungere ad una ricomposizione dell'eterno conflitto tra potere legislativo e giudiziario, la risoluzione, attraverso nuove elezioni, spetterebbe al popolo, centro nevralgico del progetto costituzionale.

Per il *costituzionalismo 2.0*, invece, la legge fondamentale diventa il principale mezzo per portare a compimento i fini ultimi di una comunità politica, consistenti nella protezione e nell'effettiva realizzazione dei diritti umani: questo modello corrisponde, per grandi linee, all'esperienza costituzionale maturata in Europa a seguito della seconda guerra mondiale. Così stando le cose, la protezione dei valori fondamentali del popolo non è più un problema di connessione diretta tra la comunità e la costituzione, bensì di efficacia e di intensità con cui i rappresentanti riescono a tutelare i diritti fondamentali.

Il concetto di libertà, riferimento costante anche nel *costituzionalismo 1.0*, qui comincia ad assumere una connotazione più specifica, passando da una prospettiva formale ad una più sostanziale e dal contenuto particolareggiato, in virtù del collegamento diretto con l'idea di dignità.

E così, se il *costituzionalismo 1.0* fonda le proprie radici sulla realizzazione dei valori di una particolare nazione, la versione *2.0* si caratterizza per un evidente cambio di paradigma e per la presenza di un progetto costituzionale che, ponendo l'accento sulla libertà e sul suo contenuto, ricerca una effettiva protezione della dignità umana.

⁴ L'espressione è usata da Bruce Ackerman nell'opera in tre volumi *We, The people*, Cambridge, Massachussets, 1993.

All'interno degli stati costituzionali si sprigiona finalmente, in tutta la sua forza, la tendenza universale alla tutela dei diritti umani⁵.

La costituzione tipica del primo modello è caratterizzata, pertanto, da un insieme di poteri e da una distribuzione di competenze i cui confini non sono superabili dai soggetti legittimati a gestirli. Questi limiti diventano, nel *costituzionalismo 2.0*, più sfumati, perché la legge costituzionale, per avere piena legittimità, deve essere valutata dagli organi competenti alla luce dei criteri della ragionevolezza e della razionalità (che si suppone essere universale). Il potere, di conseguenza, acquisisce legittimità solo nel momento in cui è il frutto di un esercizio razionale.

Attraverso il mutamento di paradigma, dalla libertà alla dignità, Somek sottolinea come la prima, soprattutto a partire dal secolo scorso, si identifichi principalmente come libertà dalle costrizioni economiche⁶. Tale libertà, proclamata formalmente dalle costituzioni, subisce in realtà severe restrizioni dettate dalle condizioni economiche in cui in concreto versano gli individui. In questa situazione essi non godono di autentiche possibilità di scelta e se non si è liberi, allora l'essere umano non potrà mai essere trattato con dignità.

Accostarsi al tema del cosmopolitismo, nella declinazione che Somek fornisce, non sfocia di certo in una visione idealistica. Lo si percepisce nello sforzo che l'autore pone in essere quando mette l'accento sugli ostacoli, più o meno evidenti, che impediscono un'effettiva realizzazione proprio della dignità umana.

⁵ Tale tendenza è perfettamente espressa proprio dal passaggio dalla richiesta di libertà alla pretesa di dignità e troverà una più compiuta formalizzazione all'interno della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

⁶ Una concezione, questa, che è propria dell'emergente liberalismo autoritario.

Tra l'altro, già la stessa locuzione "dignità umana" crea una serie di problemi, innanzitutto in senso definitorio, perché è riferibile ad una pluralità di sensi, come si evince dalla variegata giurisprudenza prodotta dalle corti sul punto.

Al riguardo, le diverse posizioni sul concetto di dignità – osserva Somek – possono essere sostanzialmente riassunte in tre differenti dottrine costituzionali.

La prima enfatizza il valore intrinseco di ogni individuo, che merita protezione da qualsiasi forma di ingerenza esterna. Rientra in questa prima specificazione, ad esempio, la libertà di manifestare il proprio orientamento sessuale.

La seconda pone invece l'accento sulla dimensione sociale della dignità e si estrinseca nell'interesse degli individui ad essere trattati dignitosamente e con rispetto. Questa prospettiva si concilia con l'idea di una comunità ben organizzata, rispettosa dei diritti fondamentali dell'altro.

La terza, infine, dà rilievo agli obblighi che sono intrinseci ad un determinato *status*.

Vi è poi un ulteriore ostacolo alla realizzazione della dignità umana, che attiene alla sua funzione più intima ed il cui superamento può contribuire a meglio definire i contenuti del concetto: spesso è difficile comprendere se la dignità sia una causa o un effetto, se sia il fondamento del rispetto o la sua conseguenza.

Ciò che è certo nel discorso di Somek è l'idea per cui la dignità debba essere vista come il diritto fondamentale per eccellenza, che precede ed al contempo ingloba tutti gli altri diritti umani.

Le considerazioni sin qui svolte producono dirette conseguenze che investono molteplici ambiti del quadro costituzionale, primo fra tutti il delicato e fondamentale ruolo delle corti nel bilanciamento dei principi, nonché il problema, molto

discusso negli Stati Uniti, della presunta illegittimità dei giudici costituzionali ad andare contro le decisioni delle maggioranze politiche. Il controllo di costituzionalità delle leggi può essere concepito come «*an act of resistance by judges*». A tal proposito, l'autore austriaco affronta anche la dibattuta questione della c.d. “difficoltà contromaggioritaria”⁷, per evidenziare che al potere legislativo non può essere attribuita alcuna posizione di privilegio all'interno del sistema costituzionale, in ragione del fatto che è chiamato a rispondere all'esigenza di effettività dei diritti fondamentali insieme agli altri attori del panorama politico e giuridico.

In proposito, Somek evidenzia, inoltre, come il ruolo del potere giudiziario sia mutato in virtù del fatto che la costituzione non è più un semplice *set* di poteri, ma è il programma finale della politica, ossia un insieme di valori rispetto ai quali il potere legislativo non può avere più il ruolo privilegiato del passato.

Nel passaggio dal *costituzionalismo 1.0* al *costituzionalismo 2.0* cambia, dunque, anche il delicato equilibrio di poteri. All'interno degli ordinamenti contemporanei tutti gli organi istituzionali, compresi quelli legislativi, tendono ad un medesimo fine: far sì che la dignità umana diventi una realtà effettiva, il che comporta che tra i diversi poteri si instauri, in un'ottica dialogica, un continuo e proficuo scambio di accordi e compromessi. La dignità umana assume così il ruolo di architrave dell'intero assetto costituzionale.

Il *costituzionalismo 3.0*, che corrisponde alla costituzione cosmopolita, fin qui descritta nelle sue linee essenziali, non sembra venga individuato da Somek come un totale superamento dei due

⁷ In argomento cfr. O. CHESSA, *I giudici del diritto – Problemi teorici di giustizia costituzionale*, Milano 2014, in particolare si veda la *Parte Seconda*, 103-276.

modelli precedenti⁸: infatti la *Cosmopolitan Constitution* contiene in sé alcune caratteristiche delle passate forme di costituzionalismo e cerca di dare nuove risposte a dilemmi mai definitivamente risolti, come l'efficace tutela dei diritti umani. Dilemmi che oggi sono, per certi versi, ancora di più difficile soluzione a causa delle discriminazioni che gli ordinamenti democratici contemporanei perpetrano sulla base di logiche capitalistiche. Ed il capitalismo è sicuramente uno dei principali obiettivi polemici di Somek: la reale integrazione deve fare dunque i conti col capitalismo globale che appare incompatibile con l'essenza stessa delle regole democratiche.

Nelle trame del *costituzionalismo 3.0* si scopre, senza poi neanche troppa difficoltà, come oggi l'integrazione sia soprattutto di natura economica, per cui gli stati appaiono ormai degli inconsapevoli amministratori del capitale globale, all'interno di un complesso scenario dove la forza e l'autorità politica stanno cedendo sempre di più il passo alle logiche del mercato⁹. E se questo avviene, se il costituzionalismo diventa lo scenario in cui si realizza questo indebolimento della politica in favore di logiche economico-amministrative, ecco che la democrazia perde la sua reale essenza, ed il raggiungimento dei fini ultimi dei moderni stati costituzionali risulta sempre più difficilmente raggiungibile.

⁸ Scrive infatti Somek: «*[w]ithin the gestalt of the cosmopolitan constitution the three stages in the development of the constitutionalist project comprise a totality. Neither 3.0 or 2.0 render their predecessor version obsolete. Elements of each stage co-exist uneasily*». A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., 282.

⁹ L'autore si chiede se abbia ragione Streeck, e dunque se lo sviluppo delle economie occidentali si sia spostato dall'originale conflitto tra capitale e lavoro, ad un costante braccio di ferro tra paesi con un alto debito pubblico e mercati finanziari.

Gli stati perdono dunque la loro essenza democratica e gli individui restano impotenti, coinvolti in maniera del tutto inconsapevole nelle dinamiche del capitalismo globale.

Il lato oscuro del costituzionalismo rischia di diventare allora la parte preponderante, gettando ombre e dubbi sulla reale possibilità che la dignità umana, in questo ambizioso progetto, possa essere davvero raggiungibile. Perché se il popolo comincia a valere solo in quanto strumento funzionale alle logiche del mercato, allora il costituzionalismo perde definitivamente anche quelle che erano le premesse iniziali.

La vera sfida del moderno costituzionalismo consiste pertanto nella ricerca di una soluzione a questa deriva capitalistica e la risposta più democraticamente sostenibile potrebbe essere un ritorno all'originale spinta costituzionalistica.

Al riguardo, Somek, sottolinea che quella spinta ha consentito il passaggio da una costituzione di poteri definiti entro confini predeterminati, ad un'altra in cui non è più neanche immaginabile un *charter of powers*. Ed è proprio questo mutamento di paradigma a garantire alla costituzione la forza adeguata e proporzionata alle sfide contemporanee che, per la loro complessità, non sono inquadrabili in vincoli giuridici prefissati.

The cosmopolitan Constitution ha, pertanto, il merito di individuare la "verità" del costituzionalismo nel tentativo di riconciliare «*the particularity of political communities with the universal values of freedom and equality*»¹⁰.

E dunque, se la richiesta fondamentale è quella di tutelare i valori universali della libertà, dell'uguaglianza e della dignità, forse la risposta più semplice risiede nella democrazia, nel senso più classico

¹⁰ A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., 281.

n. 2/2015

del termine, perché costituisce l'unica strada percorribile per ridare legittimità e dignità agli stati costituzionali.