

17 novembre 2009

## Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali\*

di Mario Dogliani

1.- In tempi di preoccupazione per l'erosione della costituzione e della stessa democrazia – preoccupazione che riguarda in primo luogo il nostro paese, ma in realtà l'assetto oligarchico che si è affermato a livello globale - torna il discorso della contrapposizione tra costituzione materiale e costituzione formale. E torna in termini schmittiani, vedendosi nella costituzione materiale (globale, con le sue ramificazioni locali) il “sovrano politico”, e in quella formale (siano gli atti fondativi dell'ordinamento internazionale pattizio o degli ordinamenti sovranazionali, siano le costituzioni statuali) un insieme normativo esposto alla forza, in ultima istanza non costituzionalizzabile (non limitabile), di quel sovrano, cioè di quei poteri oligarchici. E' vero che questa tesi non domina, solitaria, il campo del discorso costituzionalistico, dal momento che la contrapposizione materiale/formale viene proposta in termini del tutto diversi da quelle correnti che vengono raggruppate sotto il nome di “neocostituzionalismo”, secondo le quali il lato materiale della costituzione (ma, più ampiamente, del diritto) viene identificato non con principi che esprimono una situazione determinata dalla forza, ma con la morale sociale, intesa come un insieme diffuso e condiviso di principi di giustizia. In quest'ottica la costituzione formale – le interpretazioni dei cui enunciati sono ovviamente orientate (come ogni giurista avveduto riconosce) anche (accanto agli interessi, idiosincrasie ...) dalle interpretazioni che, sulla base della propria morale individuale, l'interprete assume della morale sociale stessa – sarebbe una sorta di contenitore, sempre aperto alle innovazioni socialmente prodotte. L'una tesi e l'altra – quella schmittiana e quella neocostituzionalista – possono essere presentate in termini più o meno descrittivi o più o meno valutativi. Il che in riferimento alla tesi schmittiana è ovvio, come è dimostrato da un risalente dibattito; ma è ovvio anche per la tesi neocostituzionalista, giacché si può constatare che la morale sociale può avere i più diversi contenuti, anche i più perversi; oppure si può affermare che essa raccoglie delle invarianti di lungo periodo: le antiche promesse di una redenzione da sempre attesa nel nome della giustizia. E' certo, in ogni caso, che la tesi neocostituzionalista sottolinea il nesso che lega il modello dello “stato costituzionale” all'esperienza morale della resistenza ai totalitarismi e dell'attraversamento della guerra: un'esperienza che è stata tradotta in principi giuridici dalle costituzioni del secondo Novecento, sia internazionale che europeo che anticolonialista; e che è stata

sostenuta dalla morale sociale che – grazie anche alla successiva cultura giuridica che l’ha coltivata richiamandola nell’applicazione delle costituzioni - si è stabilizzata. E’ una tesi, dunque, presentata (anche) in termini apertamente assiologici.

Qualche ulteriore precisazione - su un tema tanto antico – potrà non essere inutile, per smussare tesi che non possono essere unilateralmente assolutizzate. In particolare, potrà portare un contributo di chiarificazione avvicinare alla dicotomia formale/materiale quella strutturale/funzionale; il che servirà a dimostrare che una concezione propriamente normativa della costituzione non può essere formulata che in senso funzionale.

2.- In via preliminare occorre ribadire che costituzione materiale e costituzione formale non sono concetti necessariamente contrari, perché possono essere visti, anche, come concetti contraddittori. La differenza è grande. Fra i contraddittori *tertium non datur*; non così fra i contrari: fra il dolce e l’amaro ci sono gradi intermedi.

Costituzione formale e costituzione materiale vengono viste come contraddittorie nella versione estrema, che considera la costituzione materiale come l’organizzazione effettiva delle forze dominanti, e dunque dell’intera società (nelle sue componenti dominanti e dominate), e la costituzione formale solo come o la trascrizione fedele, in linguaggio apparentemente normativo, delle regolarità in cui si esprime quel sistema di dominio, o (nelle parti che si discostano da quella descrizione) come una menzogna.

I due concetti vengono visti invece solo come contrari se si pensa che la specificazione “materiale” non neghi il concetto stesso di costituzione quale specificato dall’aggettivo “formale”. Se i due concetti, specificati nell’uno o nell’altro senso, sono omogenei, è ovvio che si riferiranno entrambi a complessi normativi (sarebbe assurdo pensare che il concetto di costituzione, comunque specificato, si riferisca sempre e solo a un essere e mai a un dover essere). I due aggettivi non negheranno, conseguentemente, la possibilità di un loro uso contestuale, attraverso il quale materialità e formalità concorrano a specificare caratteri e presupposti della normatività. L’uno, in quest’ottica, indicherà il complesso dei principi che conformano effettivamente la società in quanto sono politicamente custoditi (non dunque rimessi al generico consenso sociale maggioritario, ma presidiati da forze riflessive, strategicamente attente, e in grado di difenderli attraverso la mobilitazione politica); l’altro indicherà il complesso degli enunciati che compongono il testo della costituzione scritta (o esprimono le norme consuetudinarie accettate come costituzionali) la cui applicazione è rimessa agli organi titolari della funzione normativa e alla libera comunità degli interpreti. La contrarietà dell’un concetto rispetto all’altro consisterà nel fatto che la costituzione in senso materiale è concepita come un insieme di volizioni soggettive che non possono essere spiegate, nella loro efficacia, se non contestualmente considerando il ruolo attivo e continuo giocato dai soggetti che le hanno poste e di quelli che continuano a portarle. La costituzione in senso formale è invece concepita solo come un insieme di norme obbiettive, nei confronti delle quali il problema della validità è chiuso una volta per tutte, e che chiedono di essere applicate utilizzando tutte le possibilità interpretative che il testo scritto in cui sono enunciate consente (e di essere, dagli interpreti stessi, specificate così da consentire, attraverso la produzione di una norma integratrice, anche ai principi - alle norme formulate come tetiche - di operare per sussunzione)<sup>[1]</sup>.

E’ evidente che ciò che consente di non considerare contraddittori i due aggettivi è l’introduzione di un elemento particolare: l’atteggiamento riflessivo e strategico sia delle forze politiche che degli interpreti. Per le une, la costituzione non si presenta come la piattaforma sulla quale il loro dominio dilaga, ma come un insieme di condizioni che consente un equilibrio reciprocamente vantaggioso, e che a tal fine va attivamente custodito; per gli altri, la costituzione non è un dato compiuto, ma un quadro da riempire di contenuti attraverso la forza dell’argomentazione, negli spazi garantiti, o “delegati”, o tralasciati, dall’equilibrio materiale stesso. In nessuno dei due casi la costituzione è un dato: un qualcosa di perfetto, fisso, certo, stabile, sicuro. Non è riducibile a una situazione, perché esiste solo attraverso comportamenti che la riconoscono come regola; non è riducibile a norma, perché esiste solo attraverso il

ricorso ad argomenti che ne definiscono i contenuti. I due aggettivi sono dunque, entrambi, ugualmente necessari per definire il concetto di costituzione: l'uno, coglie l'aspetto di un'effettività riflessivamente prodotta come presupposto della normatività che la contempla; l'altro, quello della relativa autonomia della normatività rispetto alle condizioni ultime della propria effettività.

E' la precisazione di questa questione, apparentemente solo definitoria, che può forse aiutare a chiarire il problema immane che ci sta davanti: la costituzionalizzazione (intesa come il riorientamento e la messa in sicurezza) di una condizione complessiva, nazionale e planetaria, che appare dominata da tendenze autodistruttive.

3.- Per mettere bene a fuoco l'utilità del concetto di costituzione in senso funzionale, è opportuno procedere a qualche ulteriore precisazione. Innanzi tutto, a costo di apparire pedanti, va ribadito che la definizione di costituzione formale come l'insieme delle norme riconosciute essenziali per l'esistenza dell'ordinamento, e come tali ritenute valide e mediamente rispettate dai loro destinatari, si applica tanto a insiemi di norme scritte che a insiemi di norme non scritte. E' dunque necessario che il concetto di costituzione formale sia sempre usato in modo distinto da quello di costituzione scritta: la costituzione scritta è una specie del genere "costituzione formale". Ed è parimenti necessario che non si confonda il concetto di costituzione non scritta con il concetto di costituzione in senso materiale: la materialità non attiene alla non scrittura, ma al carattere "politicamente custodito" delle norme di principio ad opera di soggetti capaci di azione strategica e di mobilitazione politica. Ed è appena il caso di ribadire che, per i motivi sopra richiamati, la costituzione materiale non va banalizzata con la descrizione del mero assetto di fatto in quanto più o meno divaricato rispetto alle prescrizioni della costituzione formale. Consuetudini e convenzioni fanno parte della costituzione in senso formale, in quanto ne esprimono una interpretazione: consolidata come doverosa o praticata sotto la condizione *rebus sic stantibus*.

Al termine di tutte queste precisazioni potremmo presumere di aver delucidato il concetto "puro" di costituzione materiale: l'insieme dei principi riconosciuti dalle forze che, con la loro azione politica, a) hanno reso possibile (uscendo parzialmente dalla loro "comprensività" ideologica) il formarsi di un consenso costituente – di natura convenzionale – su quei principi medesimi in quanto idonei ad instaurare un duraturo armistizio capace di scongiurare la guerra civile e di instaurare una competizione politica regolata in funzione di un modello di società definito nei suoi lineamenti di fondo; e che b) hanno tradotto e reso esplicito tale consenso in un atto avente forma di costituzione, reso effettivo da quello stesso consenso/convenzione, e conseguentemente reso valido. In riferimento al periodo post-costituente la definizione di costituzione materiale è più articolata perché riguarda le forze politico-sociali che hanno trasformato qualitativamente i contenuti di quel consenso/convenzione rendendosi protagonisti della politica costituzionale. Il cuore della definizione non sono più le forze politiche che si dimostrarono effettivamente capaci della decisione costituente e della instaurazione dell'ordinamento ad essa corrispondente, ma le più diffuse forze culturali che, nel distendersi della vita costituzionale, hanno rielaborato – ed ampliato - i contenuti della costituzione rendendoli non più proiezioni della complessiva egemonia dei soggetti che l'hanno prodotta, ma oggetto di riconoscimento pratico diffuso. Con il che la convenzione, fondamento dell'effettività iniziale della costituzione, si trasforma in consuetudine, fondamento del suo permanere (ove l'uso del termine consuetudine, qui, sottolinea solo la percezione di una doverosità, al di fuori di ogni quantificazione del riferimento temporale, che può essere, come messo in chiaro da Santi Romano, anche brevissimo o addirittura istantaneo: è il problema, tanto frainteso, della norma fondamentale).

E' dunque inutile pretendere di semplificare il linguaggio costituzionalistico eliminando uno dei due termini: la costituzione formale è un insieme di norme; la costituzione materiale anche, ma non solo. E' un concetto che richiama direttamente, il ruolo degli autori della costituzione e degli attori della politica costituzionale (gli uni hanno prodotto l'atto costituzionale – la volizione soggettiva - e l'hanno oggettivato producendo la consuetudine di riconoscimento; gli altri hanno tenuto in vita la consuetudine di riconoscimento producendo interpretazioni e revisioni rispettose). In quest'ottica la preoccupazione

mortatiana di giuridicizzare il concetto di costituzione in senso materiale identificandolo con i principi effettivamente “portati” dalle forze politiche costituenti appare facile da comprendere: le norme politicamente custodite, o presidiate, meritano una definizione propria ed esplicita, che, da un lato, ne confermi la piena giuridicità, e dall’altro, ne chiarisca la specificità, distinguendole sia da quelle la cui effettività è garantita dagli apparati sanzionatori che si fondano sulla costituzione formale e sulle fonti da essa istituite, sia da quelle che gli interpreti vogliano trarre – come possibili significati di enunciati indeterminati o sottodeterminati - dalla (loro visione della) morale sociale. Considerando i termini materiale e formale come contrari ma non contraddittori, risulta dunque chiaro che i principi della costituzione formale sono validi in quanto materialmente effettivi come oggetti culturali, e cioè come orientamenti adeguatamente sostenuti dalla artificialità e soggettività della politica costituente e della politica costituzionale.

Accanto a questa definizione di costituzione in senso materiale, derivata dall’esperienza del costituzionalismo pluralistico del secondo dopoguerra, se ne sta oggi diffondendo – come sopra si è già detto – un’altra, che riprende il tema schmittiano della permanente latenza dello stato d’eccezione, e cioè della insuperabile fragilità delle costituzioni a fronte del potere: un potere che oggi non è più etno-politico, ma oligarchico-economico[2]. Il potere irresistibile che appare oggi conformare le società, piegando le forme della democrazia, è il potere esercitato da potentati che operano senza limiti e controlli su scala mondiale, da oligarchie economiche senza confini, che sovrastano i poteri degli stati costituzionali instaurando quella che viene chiamata “post-democrazia”[3].

4.- Con ciò siamo finalmente arrivati al punto che ci preme discutere. Nello scenario da ultimo descritto, chi assume i concetti di costituzione materiale e formale come contraddittori, e cioè disomogenei - rappresentando l’uno una mera situazione di forza, e l’altro un mero insieme di proposizioni in forma normativa - dirà che i titolari di questa forza sono, essi stessi, immediatamente, la costituzione materiale (non solo del contesto globale, ma anche di quel che resta degli stati nazione), e che la costituzione formale è la menzogna di cui hanno bisogno. E’ qui che balza subito agli occhi la differenza fondamentale tra i due modi di intendere la “materialità” della costituzione: come forma spontanea del potere irresistibile, o come sua forma già disciplinata. Ma che cosa significa esattamente questa differenza? E’ ovvio che anche il più radicale pensiero realista non intende sostenere che la forma spontanea di un potere irresistibile è una non forma: una condizione di anomia. E’ ovvio che la gorgone del potere cercherà sempre una forma, anche estremamente complessa, per razionalizzare il proprio operare e legittimarsi disciplinandosi.... In che cosa consiste dunque la differenza?

Nel linguaggio della teoria dei sistemi il problema potrebbe essere così formulato (e avviato a soluzione): altro è la costituzione intesa come l’insieme delle regole costitutive che liberano le diverse razionalità di sistema; altro sono le regole limitative che impediscono l’autodistruzione del sistema ed arginano i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali. Pertanto: un insieme di regole del primo tipo non è propriamente una costituzione, se per costituzione intendiamo una legge la cui fundamentalità sta nell’aver come compito primario quello di preservare il gruppo politico, attualmente e nel suo futuro (si potrebbe dire: preservare il futuro del gruppo politico); e dunque il tratto distintivo della costituzione sta nelle regole del secondo tipo.

Da ciò deriva che la considerazione del profilo funzionale della costituzione è irrinunciabile. Anche la teoria pura del diritto non ha potuto espellere la connessione tra diritto e mantenimento della pace, ma la questione costituzionale che abbiamo innanzi – il riemergere, nel quadro globale, di un sovrano finora refrattario alla costituzionalizzazione – costringe a porre la questione in termini più precisi. Certo, si può sempre dire *nihil sub sole novi*, perché, per lo meno da Hobbes in poi, il nesso tra costituzione artificiale e pace è indissolubile. Il problema però si raffina perché i soggetti che agiscono nello stato di natura non sono, oggi, soggetti che non conoscono il diritto, ma soggetti prodotti da raffinate costruzioni giuridiche e da attente e consapevoli politiche.

Tutto ciò induce a valorizzare, accanto alla definizione strutturale kelseniana (l'insieme delle norme sulla produzione del diritto), quella funzionale. Qualcuno potrebbe dire che tale definizione è tipica del costituzionalismo moderno, che lega il concetto di costituzione a contenuti (fini) specifici: diritti, limitazione del potere.... In realtà la definizione di costituzione tipica del costituzionalismo moderno è "una" definizione funzionale, ma non è una definizione pura. Anche la definizione di costituzione materiale, si potrebbe dire, è una definizione funzionale, perché ruota attorno all'idea di "fine" politico: la costituzione materiale esiste in funzione di fini determinati. L'osservazione è esatta, ma la definizione di costituzione in senso materiale è, rispetto alla qualità dei fini, del tutto (e non è un bisticcio di parole) formale: qualunque insieme di fini può coagulare una costituzione in senso materiale. In ogni caso occorre ricordare che il punto di vista funzionale è stato introdotto nella teoria del diritto non per illustrare la funzione sistemica della costituzione nel suo complesso, ma quella dei diversi rami della legislazione, dell'ordinamento sviluppato nei suoi fini concreti, così da ampliare la comprensione dell'ordinamento stesso come ordinamento non solo coercitivo. Ed è pacifico che tale punto di vista – fondato sulla distinzione tra sanzioni come *malum* e sanzioni come *bonum* - si affianca a quello strutturale, ma non lo sostituisce[4]. La novità della prospettiva che qui si sta discutendo (che fa riferimento, si ripete, alla funzione sistemica della costituzione e non a quella di segmenti della legislazione; e che non fa riferimento alla distinzione tra sanzioni negative e sanzioni positive) consiste dunque in ciò: che la distinzione tra regole costitutive – liberatrici delle razionalità connotanti il sistema - e regole limitative – arginatrici dei danni esterni e delle interne tendenze autodistruttive – fonda la possibilità di affiancare alla definizione strutturale pura del concetto di costituzione (che prende in considerazione solo le regole costitutive, tali essendo ovviamente le regole sugli organi e sui procedimenti di produzione degli atti normativi), anche una definizione funzionale pura. Definizione che potrebbe suonare così: la costituzione è l'insieme dei divieti posti nei confronti di sviluppi possibili e attuali dell'ordinamento, percepiti come distruttivi e soprattutto come autodistruttivi.

Perché si abbia una costituzione in senso funzionale è dunque necessario non solo che le diverse componenti della costituzione materiale abbiano sottoposto ad armistizio i conflitti interni, ma che abbiano la consapevolezza che questi conflitti configurano sviluppi autodistruttivi attualmente (cioè non solo ipoteticamente) possibili; e che contro questi sviluppi pronuncino un divieto, un *nefas*.

Sia la definizione strutturale pura che quella funzionale pura sono definizioni materiali, perché entrambe considerano il contenuto necessario delle costituzioni: non c'è costituzione senza disciplina della produzione degli atti normativi; non c'è costituzione senza individuazione dei pericoli specifici che mettono a rischio il futuro dell'ordinamento.

In quest'ottica – per concludere il discorso definitorio – si può dire che: tutti gli ordinamenti hanno una costituzione in senso formale (scritta o no); tutti gli ordinamenti hanno una costituzione in senso materiale; tutti gli ordinamenti hanno una costituzione in senso strutturale; non tutti gli ordinamenti hanno una costituzione in senso funzionale.

Perché si abbia una costituzione in senso funzionale è necessaria una particolare qualità della costituzione in senso materiale: e cioè che le forze politicamente dominanti abbiano consapevolezza dei rischi autodistruttivi cui l'ordinamento è esposto ed abbiano la forza di garantire l'effettività delle norme tese a contrastarli. Si potrebbe dire che la costituzione in senso funzionale è quella che realizza pienamente il principio della rigidità.

5.- L'importanza del concetto di costituzione in senso funzionale emerge con chiarezza e vigore da una recente riflessione di Günther Teubner[5].

Teubner muove dalla constatazione che il verificarsi di una serie di "scandali politici" – violazioni di diritti umani da parte di imprese multinazionali; decisioni dell'organizzazione mondiale del commercio che hanno messo in pericolo la protezione dell'ambiente o della salute; minacce della libertà di opinione

attraverso intermediari privati su Internet; rischi catastrofici scatenati sui mercati mondiali dei capitali ... – solleva problemi costituzionali in senso stretto, che vanno oltre quelli politici e giuridici di regolamentazione. Sorge una «nuova questione costituzionale [...] determinata da problemi diversi, ma non meno seri, di quelli della questione costituzionale (*Verfassungsfrage*) del XVIII e XIX secolo. Se allora si trattava della liberazione delle energie politiche del potere dello stato nazionale e contemporaneamente della loro efficace limitazione attraverso lo stato di diritto così, nella nuova questione costituzionale, si tratta di liberare e limitare energie sociali molto diverse [...] che si scaricano - in senso costruttivo e distruttivo - in spazi sociali doppiamente esterni allo stato nazionale»[6]: esterni perché generano processi di potere transnazionali ed esterni perché tali processi si svolgono fuori del settore politico istituzionalizzato, nei settori "privati" della società mondiale.

Dopo aver criticato le diagnosi, e le terapie, proposte sia da Dieter Grimm (un nuovo rafforzamento delle istituzioni costituzionali nazionali e statali) che, sul fronte opposto, da Jürgen Habermas (la costituzionalizzazione della stessa società mondiale) Teubner propone «una terza posizione, di certo non ... di mediazione ma ... che ... formula in modo assolutamente diverso la nuova questione costituzionale»[7].

Non è qui possibile ripercorrere compiutamente questa tesi, e ci limiteremo pertanto ad indicarne alcuni tratti immediatamente rilevanti ai fini del discorso che qui interessa: il rilievo di una definizione funzionale del concetto di costituzione per adeguatamente fondare il realismo del concetto stesso.

Teubner nega che la questione costituzionale di oggi consista nell'elaborare un costituzionalismo "compensatorio". E' errato – sostiene - supporre «che il palese deficit costituzionale delle istituzioni sociali transnazionali sia un problema causato dalla globalizzazione», e chiedere, per compensare tale debolezza, interventi di politica transnazionale. «In verità, abbiamo a che fare con un deficit fondamentale del costituzionalismo politico dell'età moderna che, già dai suoi inizi nello stato nazionale si trovava davanti alla irrisolta domanda se e come le aree sociali non statali siano da sottomettere alla costituzione politica. Le attività commerciali, scientifiche, pedagogiche e le altre attività sociali vanno sottomesse alle prescrizioni normative della costituzione statale? O le istituzioni sociali dovrebbero formare autonomamente le loro proprie costituzioni? Dal suo inizio, il pensiero costituzionale moderno ha oscillato tra questi due poli»: «già la frammentazione dell'insieme sociale e l'autonomizzazione di questi frammenti durante l'apogeo dello Stato nazionale ... ha prodotto la problematica di un costituzionalismo sociale», di fronte al quale le risposte istituzionali sono rimaste «in un strano stato di latenza, ... in una strana semioscurità». «Le costituzioni degli stati liberali potevano ancora nascondere la questione *in the shadow of rights*, nell'ombra delle libertà individuali protette quali diritti fondamentali. In totale contrasto con ciò, i sistemi politici totalitari del XX secolo sottomisero tutti gli ambiti sociali al monopolio costituzionale statale. Gli stati sociali del tardo XX secolo d'altronde stabilirono un particolare equilibrio tra un costituzionalismo statalistico "ufficiale", che dilata in modo crescente le direttive della costituzione politica agli ambiti sociali, ed un pluralismo costituzionale "non ufficiale", in cui lo stato non riconosce l'autonomia di costituzioni sociali proprie, ma di fatto le rispetta»[8]. La globalizzazione non ha dunque creato il problema di un costituzionalismo sociale, ma lo ha radicalmente cambiato: ne ha distrutto la latenza, così che «appaiono ora sotto una luce accecante i grandi problemi costituzionali» dei regimi transnazionali: su quale base di legittimazione essi «regolano tutti gli ambiti sociali della vita fino nei dettagli della vita quotidiana? Dove sono i confini dei mercati dei capitali nei loro effetti sull'economia reale e su altri ambiti della società? I diritti fondamentali e i diritti umani possono reclamare la propria efficacia anche in spazi della società mondiale liberi dallo Stato?» Secondo Teubner la questione normativa che questi interrogativi pongono non è quella formulata dalle tesi "compensatorie" (come costituzionalizzare una nuova costellazione di regimi globali privati), ma: «come ... realizzare le esperienze dello Stato nazionale con istituzioni di un costituzionalismo sociale reale nelle condizioni della globalità»[9].

Teubner polemizza con «il falso concetto di *tabula rasa*», secondo il quale, «mentre il costituzionalismo moderno ... si è potuto stabilire in quasi tutti gli stati nazionali, verrebbe, così si dice, indebolito dalle organizzazioni transnazionali, regimi e reti nuovi, in cui governerebbe un vuoto costituzionale»: «Basta dare uno sguardo alla realtà per mostrare che questo concetto, di uno spazio del transnazionale senza costituzione che vale assolutamente la pena costituzionalizzare, è un concetto errato. Analisi empiriche di un "nuovo costituzionalismo", ma anche la discussione in corso già da tempo sull'istituzione di una costituzione economica mondiale dimostrano l'esatto contrario. Già oggi si sono stabilite istituzioni costituzionali transnazionali di sorprendente spessore. Che l'Unione europea, nonostante il referendum costituzionale fallito, disponga di strutture costituzionali autonome, viene oggi negato solo da pochi. Anche le organizzazioni internazionali, i regimi transnazionali ed i loro collegamenti in rete non solo sono stati nel frattempo assai giuridicizzati, ma costituiscono parte di un ordine costituzionale mondiale, anche se fortemente frammentato, pur se essi certamente non raggiungono spontaneamente lo spessore di costituzioni nazionali. Le istituzioni globali, che hanno avuto origine da *Bretton Woods*, le istituzioni nuove create dal *Consensus* di Washington ed il nuovo dibattito pubblico che si è originato su una «costituzione del mercato finanziario globale» parlano realmente la lingua di un costituzionalismo mondiale esistente».

Il giudizio secondo cui «non è in gioco la costruzione di una nuova costituzione *ex novo* in un mondo senza costituzione, ma la ricostruzione di un ordinamento costituzionale transnazionale già esistente» porta Teubner a formulare la seguente tesi (parte della quale abbiamo, all'inizio di questo scritto, parafrasato): «Il nuovo ordine costituzionale globale ha inventato finora solo le regole costitutive che hanno liberato le diverse razionalità di sistema all'interno del quadro globale. Ciò che manca però ampiamente a questo ordine costituzionale, sono delle regole limitative, che impediscano l'autodistruzione del sistema ed arginino i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali»<sup>[10]</sup>. La portata e il senso di queste affermazioni sono chiarite dalla recente crisi del mercato dei capitali: «La costituzione di un mercato globale dei capitali non è semplicemente il risultato di un processo evolutivo cieco in cui i mercati si sono automaticamente globalizzati. Piuttosto, ciò è successo con la partecipazione attiva della politica e del diritto, che attraverso la diminuzione dei confini hanno stabilito una costituzione del mercato finanziario globale giuridicamente stabilizzata, che ha fatto scatenare dinamiche imprevedute senza preoccuparsi contemporaneamente di fissare delle regole limitative. Ciò cambia, anche in questa relazione, l'agenda di un costituzionalismo transnazionale: non si tratta di una riorganizzazione ma di una ricostruzione, specialmente della limitazione di una dinamica scatenata (anche) attraverso regole costituzionali politico-giuridiche. Poi il compito è quello di ricavare le strutture reali di un tale costituzionalismo globale, di analizzare le sue particolarità in confronto ai suoi precursori nazionali, di criticare i suoi deficit, di identificare la sua resistenza ai cambiamenti, di localizzare potenziali attori di una ulteriore costituzionalizzazione e formulare proposte per un cambiamento realistico»<sup>[11]</sup>.

In quest'ottica, Teubner rappresenta la costituzionalizzazione dei «settori sociali transnazionali» come un processo del tutto diverso da quello della costituzionalizzazione della "governance globale" (inseguita dal "pregiudizio unitaristico" secondo il quale la costituzionalizzazione del diritto internazionale dovrebbe essere in grado di creare un ordine costituzionale unitario per il mondo intero<sup>[12]</sup>). La costituzionalizzazione di settori – o sottosistemi sociali - quali «l'economia, la scienza, la cultura e i mass media solleva la domanda ben più difficile: ci sono in questi settori delle analogie con la dinamica del potere costituente e del potere costituito, per la creazione autonoma di una collettività, per la separazione del potere politico, per il processo di decisione democratica, per l'organizzazione di una costituzione politica nel senso più stretto? ... Fino a che punto bisogna generalizzare i principi delle costituzioni politiche per sfuggire alla trappola del nazionalismo metodologico?»<sup>[13]</sup> E ancora: «quale concetto costituzionale è adeguato alla nuova situazione transnazionale? ... Come devono essere generalizzati e ridefiniti gli elementi di diritto costituzionale, se li si vuole "trasmettere" dalla politica nazionale a settori della società globale?» Come individuare «in un contesto di rapporti transnazionali le

condizioni sociali ed istituzionali delle costituzioni sociali parziali?»[14]

Questi interrogativi vengono da Teubner messi alla prova davanti all'attuale crisi finanziaria, che, egli ipotizza, ha aperto un "momento costituzionale"[15]. La premessa è che «il quasi collasso del sistema bancario transnazionale non è un caso tipico di avidità o di commerci irrazionali delle banche, ma una chiara conseguenza della modernizzazione sociale. ... Sia che si tratti di leggi che muovono il capitale o della razionalizzazione di sfere di valore e di ambiti che abbracciano tutti gli aspetti della vita o della differenziazione funzionale, tutte queste identificano una dinamica autodistruttiva, che nella (parziale) razionalità di un settore sociale è strutturale poiché l'autonomia di sistemi funzionali comporta sempre, contemporaneamente, una seria mancanza di limitazioni immanenti della loro dinamica espansiva. Tutte perseguono un proprio incremento di razionalità». Questo genera «tre contraddizioni principali: la contraddizione di quella specifica razionalità parziale con la razionalità totale della società, la contraddizione con le altre razionalità parziali e la contraddizione con se stessa, con la propria auto-riproduzione. ... La dinamica evolutiva di queste tre contraddizioni principali va verso una possibile totale catastrofe sociale» (anche se non necessariamente, aggiunge Teubner, verso il crollo, come predetto da Karl Marx; o verso il "ferreo involucro della nuova schiavitù", come profetizzava Max Weber. Piuttosto, conclude, «è plausibile quanto affermato da Niklas Luhmann: la contingenza della catastrofe»[16]).

Per chiarire il nucleo della questione costituzionale Teubner distingue tra reazioni a breve e a lungo termine: «A breve termine lo Stato è la "impresa di riparazione del capitalismo" ... che entra in gioco solo come ultima via di scampo. Questa è la situazione eccezionale in cui "tutto è permesso": il salvataggio di singole imprese davanti alla bancarotta, l'assunzione dei debiti avvelenati di impresa da parte dello Stato, la statalizzazione. Ma questa è solo una riparazione, non la continuazione dell'impresa». A lungo termine, sono invece «i processi di apprendimento collettivi che, sulla base dell'esperienza quasi catastrofica, mutano le strutture del futuro». Ma non sono – questo è un dato che deve essere sottolineato - processi spontanei: vanno sostenuti con mezzi politici: «E' stato il grande errore dei rivoluzionari reaganiani-thatcheriani negli ultimi 30 anni di spegnere (quasi del tutto) sistematicamente e con mezzi politici coercitivi questo secondo meccanismo di correzione dell'evoluzione (e poi avere la sfacciataggine di dichiarare responsabili della crisi il fallimento dello Stato ed il fallimento di regolamentazione). Si proibisce al medico di trattare il malato e poi si dice che la sua terapia abbia fallito». La conseguenza di un diverso atteggiamento sarebbe stata non tanto «una semplice regolamentazione statale rafforzata, ma il rafforzamento delle possibilità di apprendimento in questo processo di apprendimento evolutivo. ... Abbiamo bisogno di una costituzione per questo eterno gioco al gatto e al topo»[17].

A fronte di questa situazione, l'unica prospettiva praticabile che si presenta – esclusa la statalizzazione permanente – è la costituzionalizzazione dell'economia, che può essere intesa in due modi: come regolamentazione politica del settore finanziario, e cioè come governo statale del mercato globale dei capitali; oppure come «auto-limitazione strappata dall'esterno delle opzioni del sistema»[18]. A fronte dei due pericoli – l'autodistruzione del sistema e il danno ambientale nel senso più lato (la messa in pericolo dell'integrità dell'ambiente sociale, umano e naturale) – la seconda opzione, dice Teubner, è da preferire: «Questo è il messaggio del costituzionalismo sociale. Una costituzione dei mercati finanziari globali è necessaria. Come si può esercitare sufficientemente una pressione esterna, cosicché le autolimitazioni delle opzioni sistemiche del settore finanziario diventino efficaci?»[19].

La questione da chiarire è dunque il rapporto – che potrebbe apparire contraddittorio – tra il concetto di autolimitazione e quello di "pressione esterna". Teubner identifica la prima con la costituzionalizzazione, e intende la seconda come un "ibrido", derivante dall'azione del potere statale, ma anche del «contro-potere sociale proveniente da altri ambienti (media, discussione pubblica, protesta spontanea, intellettuali, movimenti di protesta, ONG, sindacati)». Potere statale e contro-potere sociale possono esercitare una pressione esterna così massiccia sull'economia finanziaria da generare in essa



«impulsi di autocontrollo» capaci di produrre effettive ed efficaci autolimitazioni. «Questo però – ribadisce Teubner - può funzionare solo nella logica economica, non al fuori di essa. La regolamentazione politica e l’influenza sociale possono riuscire solo se trasformate in una autoregolamentazione della dinamica economica»[20]. Questo processo non è dunque da confondere né con l’intervento delle «forze autoriparatrici del mercato» perché «ha bisogno di interventi esterni da parte della politica, del diritto e della società civile». Né con l’intervento del potere politico che agisce come «impresa di riparazione del capitalismo», perché risulta dalla combinazione di potere statale e di contropotere sociale e riesce solo nella misura in cui le pressioni che produce si traducano in impulsi di autocontrollo dell’economia[21].

Che questa prospettiva possa essere indicata come realistica ed attuale è sostenuto da Teubner sottolineando come la crisi che stiamo attraversando possa essere intesa come un “momento costituzionale”: «il momento in cui la dinamica strutturalmente auto-distruttiva non solo lascia intravedere il pericolo astratto di un crollo ... bensì il momento in cui il crollo incombe nell’imminente. La società differenziata in modo funzionale sembra ignorare la possibilità di un autocontrollo più soft ... Essa preferisce una autocorrezione all’ultimo secondo. La somiglianza con le terapie di autocura dei tossicodipendenti è immensa: “Hit the bottom!” All’ultimo momento. Poi vengono a galla convinzioni abbastanza chiare ed energie di cambiamento abbastanza forti che consentono una inversione di marcia radicale»[22].

6.- Se la ricostruzione del pensiero di Teubner sopra tratteggiata – per quanto parziale dato lo scopo qui perseguito - è esatta, si può rilevare come egli muova da un concetto di costituzione in senso strutturale (l’esempio della Unione Europea è chiaro), per utilizzare poi un concetto di costituzione in senso funzionale, di cui dà un’importantissima definizione generale: l’insieme delle regole che compensano il fatto che «l'autonomia di sistemi funzionali comporta sempre, contemporaneamente, una seria mancanza di limitazioni immanenti della loro dinamica espansiva». Si tratta di una contraddizione?

Per rispondere dobbiamo chiederci - tornando ai problemi definatori che costituiscono l’oggetto di questo scritto, e che potrebbero apparire inutile scolastica a fronte delle questioni tempestose poste da Teubner – quale relazione esista tra la definizione strutturale e quella funzionale. Se “costituzione” è ciò che realizza il progetto della costituzionalizzazione dei conflitti, allora è costituzione in senso compiuto solo quella in senso funzionale. Le costituzioni in senso strutturale realizzano, infatti, una costituzionalizzazione soltanto parziale dei sistemi sociali, che si rivela non adeguata di fronte ai problemi posti dalle tendenze autodistruttive immanenti alla loro dinamica espansiva. Costituzionalizzazione parziale, ma pur sempre costituzionalizzazione, la cui alternativa è – come Teubner sottolinea - l’anomia, la *tabula rasa*. Come la coppia materiale/formale, dunque, anche la coppia strutturale/funzionale applicata al concetto di costituzione (può) non individua(re) un rapporto di contraddizione.

La conclusione delle considerazioni che precedono potrebbe essere questa.

Il disprezzo di Lassalle verso il “pezzo di carta”; il fastidio di gran parte della dottrina italiana verso la costituzione in senso materiale; la caccia ai residui di giusnaturalismo in Kelsen scatenata da coloro che vedevano nel riferimento alla pace come fine del diritto una inaccettabile violazione della purezza della teoria ... dimostrano che è possibile concepire i diversi modi di intendere la costituzione come contraddittori.

E’ però anche possibile costruire un insieme di concetti che si integrino, anziché escludersi reciprocamente. Se questo è vero, ne consegue che è possibile definire un concetto unitario di costituzione: quello capace di soddisfare tutti i requisiti che i suoi diversi concetti “specificati” individuano come essenziali. Le considerazioni sin qui svolte mirano a dimostrare questa possibilità, e a sottolineare come l’introduzione del concetto funzionale in questo sistema concettuale unitariamente

ricomposto torni ad attribuire al concetto di costituzione - e al costituzionalismo, inteso come il progetto di trattare responsabilmente i conflitti - lo spessore politico che l'illusione della "fine della storia" gli aveva fatto perdere.

\* Questo scritto avrebbe dovuto essere destinato agli studi in onore di Lorenza Carlassare. Il tempo me lo ha impedito. Glielo dedico ora, con tanto affetto. Una versione più breve è stata presentata al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della costituzione*, Enna maggio 2009.

[1] Mario Dogliani, *I diritti fondamentali*, in Maurizio Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2009, 41-64.

[2] Massimo Salvadori, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2009.

[3] Colin Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari 2004.

[4] Secondo l'impostazione di Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Prefazione di Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari 2007 (I ed. Comunità, Milano 1977).

[5] Günther Teubner, *Il costituzionalismo della società mondiale. Cinque tesi sulle costituzioni proprie di spazi sociali transnazionali*, Relazione presentata al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della costituzione*, Enna 16 maggio 2009. Sul pensiero di Teubner v. Riccardo Prandini, *La costituzione del diritto nell'epoca della globalizzazione*, postfazione a Günther Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, Roma 2005, 191-225; Leonardo Ceppa, *I fondamenti del diritto. Günther versus Teubner*, in «Rivista critica del diritto privato» XXIII, n. 4, 2005, 689-711; Id., *Günther Teubner. Costituzionalizzare il politeismo*, in «Teoria politica» XXII, n.2, 2006, 163.171.

[6] Günther Teubner, *Il costituzionalismo*, cit., p. 1 dattiloscritto.

[7] *Ivi*, p. 2.

[8] *Ivi*, p. 3.

[9] *Ibidem*.

[10] *Ivi*, p. 4.

[11] *Ivi*, pp. 4-5.

[12] *Ivi*, p. 7, e i riferimenti polemici ad Habermas.

[13] *Ivi*, p. 6.

[14] *Ivi*, p. 8.

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem.*

[17] *Ivi*, p. 9.

[18] *Ibidem.*

[19] *Ibidem.*

[20] *Ibidem.*

[21] *Ibidem.*

[22] *Ivi*, p. 10.