



## **IL COSTITUZIONALISMO PUNTIFORME E L'INVISIBILITÀ DEI POTERI GLOBALI\***

di Maria Rosaria Ferrarese\*

### 1. Il costituzionalismo post-moderno e le nuove sfide

**C**osa c'è dopo le costituzioni nazionali? Lungo il fenomeno del costituzionalismo, che ha una lunghissima storia (M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza 2009), la nascita delle costituzioni statali segnò una discontinuità importante, specialmente in termini di positività della “legge superiore”. Veniva così incarnata una concezione gerarchica dell'ordinamento giuridico, che insediava i testi costituzionali nello scranno più alto. Tuttavia, quella concezione gerarchica, specialmente negli stati dell' Europa continentale, non era priva di ambiguità, in quanto conviveva con una concezione della dimensione costituzionale affidata prevalentemente alla legislazione, che finiva per attribuire al documento costituzionale una forza minore di quella che gli sarebbe toccata (M.R. Ferrarese, *Dal verbo legislativo a chi dice l'«ultima parola»*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2011).

Ad ogni modo, le carte costituzionali, con appendice di relative corti, fino agli ultimi decenni del 900, erano un lusso che si potevano permettere soprattutto gli stati occidentali retti da regimi democratici, mentre, per il resto del mondo, il problema non si poneva in termini espliciti, o c'era un costituzionalismo affidato alle tradizioni costituzionali, nonché ad alcune protezioni tipiche del diritto internazionale. Rispetto a questo assetto, gli ultimi decenni del 900, con il loro scivolamento verso la globalizzazione, hanno segnato varie importanti novità, a partire dalla consistente crescita del numero delle costituzioni nazionali, che ormai interessano quasi tutti gli stati esistenti nel mondo (Cassese, *In nome del popolo o in nome della Costituzione?* IRPA, 2010).

\* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno “*Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*”, che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università di Cagliari

Al contempo, tuttavia, oggi siamo di fronte ad un'altra importante discontinuità: quella tra le costituzioni nazionali ed il costituzionalismo attuale, che attraversa il globo con sembianze del tutto rinnovate rispetto al passato. Infatti, mentre la sensibilità su temi di natura costituzionale si è estesa enormemente a livello globale, spesso indotta da pressioni internazionali insite in un multilateralismo che ha promosso congiuntamente una *ratio* economica sempre più invasiva e alcuni contrappesi in termini di procedure democratiche e di rispetto dei diritti umani (A. Marchesi, *La protezione internazionale dei diritti umani*, Franco Angeli, Milano 2016), il centro di gravità del diritto costituzionale ha subito significativi spostamenti.

In primo luogo, quel centro di gravità si è spostato dai temi relativi all'ingegneria (costituzionale) degli stati verso i temi della protezione di diritti e delle minoranze. Lungo questo passaggio, ferma restando l'importanza di valori e principi "dello Stato costituzionale democratico, che devono continuare ad essere una vera e propria *stella polare*" (F. Lanchester, *La stella polare del costituzionalismo*, Nomos, 1/2018, p. 3), si può leggere chiaramente anche una nuova linea di tendenza dal pubblico al privato, nonché altre criticità che sembrano insidiare il costituzionalismo nella sua forma moderna (G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza 2013). Ad esempio, il tema della separazione dei poteri, che era centrale nella ingegneria statale, perde rilevanza nella dimensione sovranazionale (a partire dall'Europa), e soprattutto in quella transnazionale, dove appare del tutto assente.

Strettamente correlato a questo primo cambiamento vi è stato anche un secondo significativo spostamento del diritto costituzionale a livello globale, che non è più riconoscibile in un centro di gravità consolidato, ed assume piuttosto un carattere composito, diversificato, diffuso e decentrato, con ovvii riverberi anche sulle costituzioni statali (A. Somek, *Oxford University Press*, 2008). Il costituzionalismo attuale non è più identificabile in un insieme di fonti e documenti precisamente gerarchizzati e vive piuttosto, per così dire, camminando su tante gambe e nutrendosi di varie fonti, con esiti talora imprevedibili, come sono specialmente quelli di carattere giurisprudenziale. In tal senso, il costituzionalismo attuale può essere caratterizzato come un costituzionalismo "puntiforme", nel senso che è composto da una miriade di punti diversi, di diversa grandezza, che possono rimanere disgiunti o possono essere variamente congiunti tra loro, disegnando percorsi non sempre rettilinei ed omogenei. La grandezza dei punti, così come la loro congiungibilità, dipende da vari fattori. Ad esempio, le costituzioni nazionali, così come le sentenze delle corti costituzionali sono punti più o meno grandi a seconda dell'importanza e del prestigio delle une e delle altre. Ma poi vi sono i trattati internazionali (si pensi al nostro Trattato di Lisbona che incorpora la Carta di Nizza), le pronunce di corti non costituzionali su questioni di rilievo costituzionale, le organizzazioni internazionali che perseguono fini di di natura costituzionale, le costituzioni tracciate dai privati, nonché varie presenze.

E' vero, d'altra parte che, di fronte a tanta frammentazione e diversificazione di soggetti e di percorsi, sono in atto innegabili ed importanti processi di convergenza verso comuni valori costituzionali, specie da parte delle costituzioni nazionali (D. Davis, A. Richter, C. Saunders (a cura di), *An inquiry into the existence of global values. Through the lens of comparative constitutional law*, Hart 2017). Ma questa convergenza convive con un andamento delle dinamiche costituzionali di tipo maculare, con pieni e vuoti, continuità e discontinuità. Al contempo, emerge un cammino contraddittorio, di potenziamento del raggio di azione del costituzionalismo odierno, che si estende nello spazio, ma anche di sua difficoltà nel fare fronte efficacemente ai cambiamenti nell'assetto dei poteri del mondo globalizzato.

Ridisegnare la mappa dei poteri appare pertanto un compito cruciale, in un contesto di loro radicale riconfigurazione, alla quale stiamo assistendo. Oggi non siamo solo di fronte alla composizione di una nuova geopolitica, che registra uno spostamento verso il Pacifico, ma assistiamo anche all'emergere di nuove forme di potere con inediti protagonisti e presenze, in un quadro peraltro ancora instabile e variabile. Ciò induce inevitabilmente a porre il tema del costituzionalismo prossimo venturo e dei suoi compiti in correlazione con le nuove configurazioni assunte dal potere nel mondo globalizzato.

Gli stati sono certamente soggetti ancora molto importanti e probabilmente sono «ancora la macchina di governo più potente» (Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mulino 2016, p. 48). Ma accanto ad essi, si sono solidificate altre configurazioni di potere sempre più significative. Da un lato, parti significative dei poteri statali sono sciolte in organizzazioni internazionali sempre più potenti, che ormai possono essere considerate espressioni di un vero “potere globale” (L. Casini, *Potere globale*, Mulino 2018; S. Cassese, *The Global Polity*, Global Law Press, Sevilla 2012). Dall'altro, si sono affermate numerose espressioni di potere privato, che svolgono non poche funzioni che un tempo si sarebbero dette di natura pubblica. Questi poteri privati, alcuni dei quali sono talora denominati “private authorities”, sono emersi specialmente nella sfera economica ed in alcune professionalità altamente specialistiche, cosiddette tecnocratiche.

I poteri economici a dimensione globale appartengono innanzitutto a possenti *corporations*, che non solo possono affrancarsi facilmente dai poteri statali, ad esempio intraprendendo le vie della delocalizzazioni, ma spesso sono nella posizione di condizionarli significativamente, anche grazie ad una accresciuta potenza economica. Basti richiamare, sotto tale profilo, quanto osservato da Guido Rossi: “all'inizio di questo secolo, tra le cento maggiori economie mondiali compaiono cinquantun gruppi societari multinazionali e solo quarantanove Stati”<sup>1</sup>. I poteri tecnocratici svolgono svariate funzioni che un tempo erano affidate alla politica ed hanno forme e misure variabili di visibilità democratica e spesso sono del tutto invisibili e irresponsabili.

## 2. Costituzioni nazionali e poteri

<sup>1</sup> Rossi 2008, cit., 17.

Le costituzioni moderne scritte, nate nell'alveo degli stati, trattano di valori, di istituzioni, di diritti, di principi, di interessi, di organizzazione, di conflitti. Al contempo, vi è un'altra presenza che è centrale nelle costituzioni. Le costituzioni parlano anche di poteri. Anzi si potrebbe dire che i poteri sono i naturali interlocutori dei testi costituzionali, che nascono proprio per arginare e contenere soprattutto i poteri statali.

Il rapporto con il potere è al cuore stesso del costituzionalismo e delle costituzioni. Specialmente quando parliamo di costituzioni moderne scritte, ci riferiamo a ordinamenti o testi giuridici peculiari, non solo per la loro posizione eminente nella scala gerarchica del diritto, ma anche e soprattutto perché fissano regole e principi che hanno una precisa "destinazione d'uso": stabilire i limiti generali per l'assunzione e per l'esercizio dei poteri, una sorta di strumentario per tracciare i loro confini, in modo che non diventino lesivi di diritti fondamentali dei cittadini. Così facendo, quelle costituzioni "nominano" i poteri, li identificano nelle loro forme pubbliche e private, li rendono visibili agli occhi dei cittadini ed interloquiscono con essi.

Vi è di più: le costituzioni nazionali scritte, oltre a fissare le linee generali della reciproca articolazione tra i vari poteri, fungono in qualche modo, anche da repertori presuntivamente completi degli stessi. In proposito, è significativo che negli Stati Uniti si usi l'espressione "enumerated powers", per indicare gli specifici poteri attribuiti al Congresso, contenuti all'Articolo 1, Sezione 8 del testo costituzionale. La precisa enumerazione da parte dei *framers* era rivolta a rassicurare che il governo federale non si ponesse in forme eccedenti ed oppressive e riguardasse solo specifiche attività, come l'esazione delle tasse, la costituzione di un esercito e di una marina, ecc.

Le costituzioni moderne ovviamente interloquiscono soprattutto con i poteri pubblici detenuti dagli stati che vengono sottoposti a particolare scrutinio ed a precisi limiti. Ma se questo è il loro compito primario, esse non mancano di rendere visibili e di regolamentare (in forma generale) anche le varie altre possibili espressioni di potere (politico, istituzionale, economico e sociale) e modi e limiti per il loro esercizio. Tra l'altro, identificano anche i poteri di natura privata, ad esempio in termini di "proprietà privata", o di gruppi e organizzazioni di vario genere, che possano confliggere con diritti e libertà. Esse offrono insomma una sorta di sommaria tavola sinottica dei vari poteri, delineata nell'ambito di una presunzione di piena conoscenza del loro quadro e nella consapevolezza di poterli articolare e limitare in accordo con un piano politico.

In questa presunzione che le costituzioni moderne potessero includere nel proprio sguardo tutti i poteri e le forme che essi possono assumere, si può scorgere un riflesso illuminista, una ispirazione che si pone nell'alveo di quella degli Enciclopedisti francesi, che vollero comporre un "dizionario ragionato e completo delle scienze, delle arti e dei mestieri", nell'intento di infondere anche un nuovo modo di ragionare. Quella "presunzione di completezza" era figlia di una precisa condizione storica, poichè derivava chiaramente dal radicamento nello Stato moderno e dalle specifiche condizioni che lo

caratterizzavano anche sul piano internazionale. Infatti, lo stato-nazione, da una parte, come osserva Grimm “was (thus) assumed in the constitution” (p. 15), e diventava misura della vigenza della stessa costituzione, e dall’altra, a livello internazionale, poiché gli stati erano “padroni dei trattati”, le sfide di natura costituzionale nei loro confronti erano pressoché inesistenti.

Le moderne costituzioni sono state spesso identificate come dei progetti “a lungo termine”, destinati a permanere anche e soprattutto al sopraggiungere di qualche tentazione o tempesta avversa. L’immagine delle costituzioni assimilate ad Ulisse incatenato all’albero maestro della nave, per non cedere al richiamo delle “sirene”, è fin troppo nota. Con quella immagine, J. Elster (*Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, 2005) ha legato indissolubilmente la funzione essenziale delle costituzioni ad un progetto di razionalità collettiva, che si iscrive nella tradizione illuminista. Le costituzioni scritte della modernità sono espressioni di uno spirito illuminista, perché esprimono fiducia nell’idea che “il reale possa essere modellato da un atto di volontà *politica*, e cioè da un atto della *ragione* finalizzato al governo della *polis*” (M. Luciani, Osservatorio sulle fonti, 1/2013, p. 2).

Al contempo, si determinava un contesto in cui le costituzioni, in quanto “limitate e universali” (Grimm), ossia localizzate nel territorio statale, ma con possibilità di intervento in tutte le aree, potevano disegnare ed articolare un quadro abbastanza esaustivo delle forme di potere esistenti. Anche se le presunzioni delle teorie, specie di quelle giuridiche, eccedono sempre il piano della realtà, in linea generale si può convenire che la presunzione di completezza fosse giustificata, fermo restando che l’operazione di “identificare” e “nominare” i poteri è sempre un’operazione discrezionale, che dipende dalla visione politica di chi li nomina e li identifica. Basterà pensare in proposito al dibattito sulla proprietà privata.

Se questa era la situazione delle costituzioni nazionali che identificavano i poteri e li rendevano visibili nelle loro forme pubbliche e private, ci si può chiedere quale interlocuzione vi sia tra il costituzionalismo post-illuminista ed il nuovo assetto dei poteri oggi esistente. La tesi che si può sostenere è che quella funzione essenziale svolta dalle Costituzioni moderne, di censimento per grandi linee dei vari poteri, alla luce delle possibili “minacce” che essi configurano per diritti e libertà, nonché di reciproca articolazione tra gli stessi, resti oggi in gran parte inevasa. Il costituzionalismo “puntiforme”, multipolare e decentrato, appare insieme inevitabile nel contesto attuale, ma incapace di svolgere tale funzione. Il venir meno di tale funzione costituisca una differenza essenziale del costituzionalismo attuale, che non è sufficientemente attrezzato per leggere la realtà dei poteri in forma sinottica.

D’altra parte, gli stati sono oggi, per così dire, impigliati essi stessi in vario modo nella rete dei poteri globali. Sia perché, oggi, come sappiamo, le organizzazioni internazionali, che sono numerose e potenti, spesso sono in grado di condizionare gli stati, nel bene e nel male, anche sul piano costituzionale. Sia perché gli stati hanno perso in gran parte quella



condizione di sovranità territoriale che avevano nel passato, che permetteva loro di limitare e domare gli altri poteri, specie quelli economici privati. Questi erano sottomessi agli stati ed alle loro opzioni regolative: se mai, queste opzioni erano diversamente modellate, già a partire dalle regole costituzionali, in accordo con il contesto politico e la tradizione più o meno liberale, dei vari paesi. I poteri privati non erano insomma nella condizione di sottrarsi ai condizionamenti statali, e potevano solo battersi nella lotta politica e culturale. Il cambiamento tecnologico, oltre che le politiche liberalizzatrici degli anni 80 e 90, hanno poi determinato il rovesciamento di quella subalternità.

### 3. Come stanno oggi le cose?

Per misurare la differenza che oggi si produce sul terreno dei limiti costituzionali alle varie forme di potere, che possono variamente condizionare le nostre vite e i nostri diritti, occorre considerare la configurazione “puntiforme” dell’attuale costituzionalismo: un costituzionalismo che non è più ancorato in maniera quasi esclusiva alle costituzioni nazionali, e ad una concezione rigorosamente gerarchica delle fonti, e si nutre di fonti molteplici e variabili. Siamo insomma in un contesto costituzionale dal carattere tendenzialmente instabile e talvolta erratico nelle sue acquisizioni: un contesto costituzionale che si può caratterizzare come post-statale, post-moderno e post-illuminista.

L’attuale costituzionalismo si presenta come un costituzionalismo post-statale, in quanto non coincide più con i testi costituzionali propri dei vari stati. Anche se oggi vi è un fronte cosiddetto “sovranista” che avanza, e che potrebbe avere effetti anche sul piano costituzionale, è difficile retrocedere da una situazione in cui, come osserva Habermas, il costituzionalismo è collocato “nello spazio”, e non più solo nel territorio statale. Come tale, l’odierno costituzionalismo è geograficamente esteso e diffuso, ma semanticamente talvolta errante, se non erratico. Così, mentre si verifica un allungamento del suo raggio di azione, fino al punto che si può parlare di “world constitutionalism” (B. Ackermann, *The Rise of World Constitutionalism*, Virginia Law Review, vol. 83, 1997), la tela del diritto costituzionale è attraversata da buchi e strappi, che spesso derivano dal riferimento a fonti di varia natura: fonti scritte e non scritte, nazionali e internazionali, sovranazionali e transnazionali, pubbliche e private, tra le quali si possono dare discontinuità e persino occasioni di conflitto e rotte di collisione, con conseguenti andirivieni e varie “saghe” ( 2 ).

D’altra parte, alla mappa del diritto costituzionale dei vari stati non succede una mappa di carattere chiaramente internazionalistico, ossia segnata dagli accordi internazionali tra gli stati o dalle pronunce delle varie corti internazionali. La dimensione costituzionale post-statale può insomma essere di carattere sovranazionale, come accade specialmente nel caso europeo, o anche di carattere transnazionale. Anzi la nascita di un costituzionalismo transnazionale (N. Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism*, Cambridge University

<sup>2</sup> Si è parlato di “saga”, ad esempio, in riferimento alle sentenze Taricco 1 e 2 (Si veda A. Natale, *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, *Questione giustizia*, 7 dicembre 2017).

Press, Cambridge 2009; JR Yeh- Wen-Cheng Chang, *The emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges, and Solutions*, Penn State International Law Review, vol. 27/1, (2008) pone anche nuove questioni di carattere metodologico per la ricerca (P. Zumbansen, *Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order*, Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper No. 24/2011).

I diritti umani, che costituiscono una parte significativa del diritto costituzionale post-statuale, sono una dimostrazione significativa del carattere spaziale incerto del diritto costituzionale post-statuale. Essi infatti non sono contenibili e proteggibili entro i confini del territorio statale, ed anzi possono entrare in rotta di collisione con gli stati, quando questi si rendano responsabili della loro lesione. Ma essi non sono vincolati neanche alla dimensione propriamente internazionale e possono interessare sia il piano del diritto sovranazionale che quello del diritto transnazionale.

Il costituzionalismo attuale ha inoltre caratteri post-moderni, perché implica un contesto di generale dispersione e parcellizzazione del tessuto costituzionale e si pone come un *puzzle* che accosta elementi di diversa natura (J. M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?* Michigan Law Review, vol. 90(7), 1992). Ciò significa che le costituzioni nazionali, diventate ormai “parziali”, come sottolinea Habermas, sono solo alcuni dei pezzi del *puzzle*, e che molteplici altri nuovi “insediamenti costituzionali”, come efficacemente li chiama Neil Walker (*The idea of constitutional pluralism*, EUI Working Paper LAW 2002/1), di varia specie e di diversa affidabilità, concorrono alla sua composizione, in un contesto di estremo pluralismo e varietà.

Infine, l’attuale costituzionalismo può essere definito “post-illuminista”, poiché non risponde più ad un progetto unitario e coeso tracciato dall’alto, da cosiddetti “Padri costituenti” o da élites “illuminate”, che assumono di avere una visione razionale e completa delle dinamiche politiche, sociali, economiche, religiose, ecc. e di poterle comporre in un quadro di regole ragionato ed armonico. Esso si affida spesso piuttosto a impulsi estemporanei derivanti da situazioni di fatto e circostanze imprevedibili. Siamo dunque in un costituzionalismo che non sta più in una cornice teorica unitaria, che non sia quella del pluralismo, e le cui varie espressioni possono prosperare dal basso, piuttosto che dall’alto, alimentandosi di impulsi e forze costituenti di vario tipo.

Il carattere estemporaneo trova una conferma particolarmente efficace specie nel caso del cosiddetto “societal constitutionalism” di D. Sciulli (*Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 1992), o delle cosiddette Costituzioni “civili” prospettate da G. Teubner (*La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma). Una parte dell’attuale costituzionalismo puntiforme, in assenza di altri strumenti a misura delle nuove esigenze economiche e politiche, difficilmente contenibili nei recinti tradizionali del diritto costituzionale, si affida

alle cosiddette “costituzioni civili”: atti privati corrispondenti ad una sorta di “autodenuncia” di alcuni poteri privati, che tracciano essi stessi delle linee di *self-restraint*, che li rendano più affidabili. Le costituzioni “civili”, che rappresentano il risultato della volontà costituente di soggetti privati di varia natura, rafforzano la frammentazione dell’universo costituzionale, testimoniando anche nuove forme di incontro tra costituzionalismo e privatizzazione. In termini luhmanniani si tratta di vari sottosistemi sociali che costituiscono i propri riferimenti costituzionali in forma “autoreferenziale” ed autonoma, portando alle estreme conseguenze una concezione di autonomia giuridica di stampo privatistico (H. Muir Watt, *Party Autonomy in Global Context. An international lawyers’s take on the political economy of a self-constituting regime*, in P. Monateri (a cura di), *Comparative Contract Law*, Edward Elgar Publ., Cheltenham, UK - Northampton, Mass, USA 2017).

#### 4. Costituzionalismo e nuovi poteri

Naturalmente, la messa a fuoco del costituzionalismo attuale richiede di andare oltre una descrizione in termini di “post”, chiedendosi in che rapporto esso si ponga rispetto a poteri vecchi e nuovi e quanto sia in grado di identificarli e di limitarli. Finora il crescente peso del costituzionalismo ha funzionato soprattutto a favore della limitazione dei pubblici poteri: un compito essenziale, che tuttavia paradossalmente interessa soprattutto le democrazie occidentali, sempre bisognose di mende costituzionali, ma che lo sono meno delle democrazie cosiddette “illiberali”, che sono in crescita nel mondo e purtroppo anche sul suolo europeo. Di fronte alle nuove sfide che i regimi autoritari pongono al costituzionalismo sovranazionale e globale, questo appare spesso impotente.

Tuttavia, al di là del contenimento dei poteri statali, vi sono altri compiti che attendono il costituzionalismo prossimo venturo. Innanzi tutto quel compito di “dire i poteri”, che era così centrale nelle costituzioni nazionali, e che assume un valore ancor più pronunciato che nel passato nel contesto globalizzato attuale, in cui l’assetto dei poteri è profondamente mutato, e si sono insediati poteri di nuovo tipo rispetto agli stati, il cui peso si avverte anche sull’esercizio della democrazia.

Il rinnovamento del quadro dei poteri ha riguardato entrambi gli emisferi pubblico e privato. Da una parte, infatti, vi è una ricchissima costellazione di regole e decisioni pubbliche che provengono da soggetti ed organizzazioni internazionali che si pongono “oltre lo stato”, e che incidono significativamente non solo sulla vita sociale ed economica, ma anche sugli assetti delle nostre democrazie. Dall’altra parte, si sono affermate varie forme di potere privato, a livello nazionale e soprattutto transnazionale, che sono anch’esse in grado di condizionare significativamente vari aspetti della vita e dell’economia politica delle attuali società, o di imporre striscianti ridefinizioni dei valori costituzionali, o revisioni della distinzione pubblico/privato (Ferrarese, *Il puzzle della privatizzazione giuridica*, ESI, 2017). L’affermazione di questi poteri, che operano su scala globale, e che assumono spesso il volto di “private authorities”, tema su cui, specialmente in ambito anglosassone, è fiorita



una notevole letteratura ( <sup>3</sup> ), è avvenuta, osserva Pinelli, “senza prestare attenzione all’assenza di contrappesi politici” (C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato*, Costituzionalismi.it, Fasc. 1/2016, p. 188).

Inoltre, è cambiata significativamente anche la logica di distribuzione del potere. Questa, per un verso, ha seguito una logica di polverizzazione, abbandonando l’esclusività delle postazioni ufficiali e insediandosi in svariati luoghi e processi della società, lungo nuove strade, ancora in via di decifrazione, che tradiscono la tendenza ad una certa “microfisica del potere” preconizzata da Foucault. Le nuove tecnologie informatiche svolgono un ruolo in questa dinamica di polverizzazione, per esempio alimentando una certa facilitazione nell’esercitare ruoli di “sorveglianza” democratica (P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Castelvecchi, Roma 2012).

Per un altro verso, tuttavia, la distribuzione ha assecondato l’opposta tendenza ad una notevole concentrazione di potere in alcune sedi, spesso non pubbliche e specialmente di natura economica. Per quanto abusato, il caso delle società di *rating*, altrimenti dette le “big five” del settore della revisione contabile, è sempre un ottimo esempio: per quanto esse siano state sottoposte ad una più severa regolamentazione, detengono ancora un potere di portata globale che interroga anche il diritto costituzionale (C. Pinelli, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato*, Costituzionalismi.it, Fasc. 1/2016 ). Del resto, nel “supercapitalismo” (Reich, *Supercapitalismo*, 2014) in cui viviamo, oltre alla finanza, domina la presenza delle grandi imprese tecnologiche. Anche in questo caso si parla di “big five dell’hi-tech”, ossia Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook. Un mondo apparentemente lontano dal diritto costituzionale, ma che invece, come Rodotà ha tempestivamente mostrato, pone quesiti e problemi nuovi anche al diritto costituzionale (*Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza 2014; *Tecnopolitica*, Laterza 1997). Il caso Facebook, con il saccheggio da parte di Cambridge Analytica della privacy di 50 milioni di cittadini americani, e non solo, è la punta di un iceberg colossale che vaga minacciosamente nelle acque del costituzionalismo globale, e che riguarda la raccolta delle informazioni e l’uso dei dati, i cosiddetti “big data”: una questione centrale nella palestra dei diritti, che riguarda il mondo intero, e che va innanzitutto identificata nella sua essenza costituzionale (N.M. Richards, *Why Data Privacy Law Is (Mostly) Constitutional*, *William & Mary Law Review*, vol. 56/4, 2015).

Il confronto del 10 aprile tra Zuckerberg e i membri del Congresso americano ha assunto il valore di un confronto simbolico tra il potere pubblico, ormai indebolito e ridotto, e i nuovi poteri tecnologici, che stentano ad essere considerati come tali in un contesto sociologico profondamente mutato. Basti pensare che i *social media* sono oggi percepiti,

<sup>3</sup> Si vedano, tra l’altro, A. C. Cutler, V. Haufler, T. Porter, *Private Authority and International Affairs*, New York 1999, e id., *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge, 2003. Inoltre S. Sassen, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2006, 194-195 (tr. it., *Territori, autorità, diritti: assemblaggi dal Medio Evo all’età globale*, Milano 2008. Inoltre P. Zumbansen, G. Handl e J. Zekoll (a cura di), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden, Brill, 2012.

specie dalle nuove generazioni, come un luogo di incontro essenziale, a cui difficilmente sarebbero disposte a rinunciare, così come i protagonisti dell'universo tecnologico appaiono delle figure quasi mitiche (è emblematico il caso di Steve Jobs), piuttosto che come i detentori di nuove forme di potere che possono essere minacciose per alcuni diritti.

#### 5. Chi “dice” i poteri nel mondo globale? Capacità e impotenza del costituzionalismo puntiforme

Di fronte alla profonda mutazione del quadro dei poteri, naturalmente sarebbe ingenuo aspettarsi una sorta di costituzione mondiale che possa offrire un repertorio delle forme più minacciose di potere e ipotizzare le difese costituzionali adeguate, stabilendo limiti o controlimiti. Né questa funzione può essere svolta dalle costituzioni nazionali esistenti, ridotte a “costituzioni parziali”, che hanno una visuale e un raggio di azione limitati al territorio statale.

L'attuale costituzionalismo sembra scarsamente attrezzato per svolgere la funzione di “dire i poteri”, proprio per il suo carattere “puntiforme” e per la sua tendenza alla “dispersione” di funzioni costituzionali (M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Mulino 2002, p. 110 e ss.). Il suo carattere polimorfo e composito, che gli permette di agire sotto diverse forme e sembianze e con una strumentazione variegata, è adatto per fronteggiare qui e lì delle sfide specifiche, anche impegnative e diffuse, ma non per acquisire una progettualità complessiva di largo respiro. La sua parcellizzazione, i suoi tanti punti operativi (le costituzioni nazionali, sia quelle storiche, sia quelle più recenti, le *new comers* in campo costituzionale, che talvolta contengono innovazioni significative (come nel caso della costituzione sudafricana), i tanti nuovi “insediamenti costituzionali”, pubblici e privati, che rispondono a nuovi bisogni costituzionali, potenziano le capacità di risposte costituzionali, ma non una visione coesa delle aree problematiche.

D'altra parte, si verificano nuovi contatti e nuove commistioni che innovano la stessa concezione del diritto costituzionale come settore specifico e distinto da altri settori giuridici. Così, ad esempio, il diritto internazionale si fa portatore di istanze costituzionali, con esiti significativi e talora controversi (A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, n. 1, *Pluralism, Direct effect and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, “International Journal of Constitutional Law”, vol. 6, issue 3-4, 2008), così come il diritto amministrativo globale allestisce procedure e percorsi che rispondono a bisogni di natura costituzionale (S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publ. 2017).

Si può parlare insomma di un costituzionalismo che include vari “percorsi costituzionali”, che stanno al di là della stesura di testi costituzionali e delle pronunce dei giudici costituzionali, di itinerari inconsueti e innovativi, che rispondono ad una ratio di tipo costituzionale, anche se con esiti vari e talora controversi. Forse questa evoluzione può

essere vista in continuità con la tradizione del costituzionalismo americano e non a caso, nel suo ultimo libro, B. Ackerman (*We the People*, vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, the Belknap Press of Harvard University Press, 2014) insiste sulla importanza, anche negli Stati Uniti, dove la Corte Suprema gode di significativi vantaggi istituzionali e di una forte tradizione, di un intero e complesso ambiente giuridico in cui vari aspetti e soggetti contribuiscono alla realizzazione di esiti costituzionali significativi.

Ora, la disomogenea trama costituzionale attuale appare arricchita dalla pluralità di materiali diversi e dai molteplici nuovi “insediamenti costituzionali”, ma al contempo poco adatta ad una visione panottica dei poteri mondiali e delle minacce per i diritti che essi prospettano. Da una parte si può assumere, secondo la lezione di Stefano Rodotà, che “i diritti fondamentali si presentano come l’unico strumento giuridico impugnabile nei confronti dei poteri che davvero non incarnano alcuna logica democratica” (*Il diritto di avere diritti*, Laterza 2012, p. 58). Dall’altra, proprio il porsi del costituzionalismo attuale essenzialmente nei termini di un “costituzionalismo dei diritti” (G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, 2017), è causa anche di alcune debolezze, innanzi tutto a causa del gigantismo dei poteri economici e finanziari globali. Inoltre, i processi globali comportano una incessante azione di riscrittura del «catalogo dei diritti», di ridefinizione degli stessi, in un campo di azione attraversato da conflitti e da continue tensioni, che sottopongono a stress il quadro costituzionale, già provato da varie lacerazioni.

Di fronte a questi rischi, il costituzionalismo dei diritti si pone sì come l’unico “contropotere”, ma un contropotere non del tutto appropriato per affrontare la sfida costituzionale proveniente specie dai poteri globali. D’altra parte, fare i conti con questi poteri non è operazione semplice, già a livello conoscitivo. Siamo infatti di fronte ad una platea di poteri che sono spesso largamente invisibili agli occhi della pubblica opinione. La generale invisibilità di alcuni poteri traspare talora in ombrose minacce, come quelle che si nascondono nell’espressione “reazione dei mercati”, che sentiamo pronunciare spesso da osservatori ed analisti finanziari: un’espressione che sembra annunciare quasi una vendetta dell’economia contro i “colpi di testa” della politica e delle sue dinamiche democratiche, in una economia politica trainata da soggetti spesso anonimi e specialmente da interessi finanziari (M. R. Ferrarese, *Promesse mancate*, Il Mulino 2017). Così, paradossalmente, mentre le lesioni costituzionali inferte dagli stati, che sono i poteri più visibili, cadono più facilmente sotto lo sguardo della pubblica opinione, quelle inferte da altri poteri meno visibili o addirittura invisibili, pubblici e privati, e soprattutto da questi ultimi, vengono poco o affatto considerate e di rado messe sotto accusa.