Lo stato dello Stato

Riflessioni sul potere politico nell'era globale

a cura di
Olivia Guaraldo e Leonida Tedoldi

ombre corte

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Filosofia
dell'Università di Verona

Prima edizione novembre 2005

via Alessandro Poerio, 9 - 37124 Verona
Tel./fax: 045 8301735; e-mail: info@ombrecorte.it
www.ombrecorte.it

Progetto grafico copertina: ombre corte

ISBN 88-87009-78-3

Indice

Stato: un tentativo di riabilitazione

di Pier Paolo Portinaro

Morte o trasfigurazione?

Le diagnosi sulla morte dello Stato sono antiche quasi quanto l'insediamento del concetto nel lessico politico europeo – ma si sono sempre rivelate precoci. Nel corso degli ultimi anni queste diagnosi si sono intensificate, eppure l'evidenza empirica non è ancora dalla loro parte, anche se indubbiamente sono in atto processi di ridislocamento dei poteri e di deistituzionalizzazione che stanno cambiando il volto degli Stati. Così da più parti sono venuti inviti alla prudenza, a non dare per morto ciò che in realtà continua a dar segni, se non di vitalità, almeno di tenace resistenza e capacità di adattamento; e si sono moltiplicati i tentativi di fare chiarezza su un fenomeno di cui è difficile negare la portata. Ad ogni buon conto, nel dibattito pubblico, il discorso sullo Stato è oggi in larga misura un discorso sulla crisi dello Stato – e questo è particolarmente evidente entro quella tradizione culturale tedesca che ha prodotto le maggiori elaborazioni dottrinali su questo soggetto della storia europea, le sue critiche più radicali e le sue più persuasive legittimazioni ideologiche[1].

Certamente, con la fine della seconda guerra mondiale e il tracollo di quegli esperimenti totalitari compiuti sul tronco dell'esperienza continentale degli Stati nazionali, la vicenda della statualità è giunta ad una svolta. Ad una tradizione che cercava nello Stato la coniugazione di diritto e potere, magari ricorrendo alle formule della "forza normativa del fattuale" e della "forza effettuale del normativo", è subentrata la convinzione che il potere nega il diritto e che pertanto anche il diritto deve negare il potere. La complementarità di Stato di diritto e Stato-potenza, che fino a quel momento era sta-

ta percepita come il presupposto della stabilità ordinamentale, viene ora denunciata come scandalosa antinomia[2]. Da questo momento il concetto di sovranità, che già all'indomani della prima guerra mondiale era stato sottoposto a critica radicale da Hans Kelsen, viene messo al bando del lessico filosofico-giuridico e filosofico-politico, per quanto continui ad essere usato nei documenti del diritto internazionale.

In base alla loro concezione dei diritti fondamentali e dei conseguenti limiti di qualsivoglia sovranità, inclusa la sovranità popolare, le democrazie costituzionali sorte o rinate dopo il trauma di tali eventi sono apparse portatrici di una concezione forte delle funzioni di garanzia delle istituzioni statali e di una concezione debole delle corrispettive funzioni di governo. Certamente, la dimensione quantitativa delle attività e degli interventi statali che le nuove costituzioni prevedevano ed esigevano restava assai considerevole: ma, per dirla con una formula, esse erano orientate a configurare un assetto istituzionale che sintetizzava i caratteri dello Stato massimo e del governo debole. Stato massimo nel senso dell'estensione delle sue funzioni; governo debole nel senso dei limiti dei suoi poteri. Da molte parti si avanzavano però dubbi sull'autenticità della natura statuale di quegli apparati distributori di sussidi, servizi e provvidenze[3].

La percezione che poi si è diffusa, all'indomani dei catastrofici esperimenti totalitari, in larghe cerchie dell'opinione pubblica dell'occidente è quella che Michel Foucault ha definito "phobie d'état" [4]. Con le strategie più diverse, autori tra loro diversissimi come Hans Kelsen, Friedrich August von Hayek, Hannah Arendt, Jürgen Habermas e, appunto, Michel Foucault (cito selettivamente questi cinque nomi come rappresentanti di orientamenti piuttosto influenti nel dibattito politico contemporaneo) hanno dato espressione teorica a tale fobia, che è penetrata oggi fin nelle più profonde fibre di quella che chiamerei "ideologia occidentale" (anche se non si dovrebbe trascurare il fatto, sicuramente di grande peso, che tutte le ideologie moderne, dal liberalismo al conservatorismo al nazionalismo al socialismo, sono state, anche se in sensi diversi e talora opposti, sostanzialmente anti-statualiste). La storia della modernità è una storia di titani in rivolta contro il padre: quello che concepiamo come ordine politico moderno è primariamente il prodotto della pacificazione, della monopolizzazione e dell'istituzionalizzazione del potere compiuta dagli Stati; ma le ideologie che si sono fatte interpreti di quell'ordine politico non hanno tardato a rinnegare l'artefice di tale pacificazione[5].

A queste considerazioni critiche si è spesso obiettato – ed è l'obiezione ricorrente da parte della teoria giuridica dominante – che lo Stato democratico costituzionale non ha fatto cattiva prova nel corso della seconda metà del XX secolo, in quanto è risultato vincitore nella lotta contro i regimi totalitari, ha consolidato lo sviluppo di quella che Popper ha chiamato la società aperta, ha consentito la realizzazione e la salvaguardia dei diritti fondamentali. La democrazia costituzionale, realizzando la sintesi tra il principio democratico della sovranità popolare e il principio costituzionalistico dello Stato di diritto, secondo il quale ogni potere è limitato dal diritto e non può essere esercitato se non nel rispetto di procedure predeterminate, ha mostrato così la sua superiorità sia nei confronti del modello populista della democrazia plebiscitaria sia nei confronti del modello socialista della democrazia popolare. E tuttavia, da molte parti si è argomentato che questa sintesi ha avuto tanto più successo quanto meno è rimasta prigioniera delle logiche classiche della statualità.

A livello globale, poi, ad una fase, coincidente con l'età della decolonizzazione, in cui sembrava plausibile, almeno sul lungo periodo, la prospettiva di un'universalizzazione dello Stato democratico, ha fatto seguito in anni recenti un drammatico regresso e una disgregazione delle istituzioni pubbliche. Non pochi interpreti, d'altro canto, sostengono che il processo di dissoluzione del monopolio della coercizione e quindi dello Stato ha ormai raggiunto anche il mondo occidentale[6]. Già i primi decenni del XX secolo erano stati attraversati da crescente preoccupazione per le progressive usurpazioni di poteri sovrani ad opera di organizzazioni di interessi e gruppi corporati (basti da noi il richiamo alle diagnosi di Gaetano Mosca, Santi Romano, Vilfredo Pareto). Negli ultimi decenni del secolo a sollecitare diagnosi allarmistiche è stata invece la tendenza alla privatizzazione di settori tradizionalmente considerati roccaforte dei poteri pubblici, come gli istituti di vigilanza e di pena, e più in generale il sistema della sicurezza.

Fra gli indicatori della crisi di effettività delle istituzioni, le trasformazioni del diritto penale rivestono senza dubbio un ruolo rilevante, anche se spesso sottovalutato per ragioni di opportunità politica o per scelta di campo garantistica. Il tramonto della dimensione repressiva del diritto, con la connessa crisi della sanzione, in un'epoca in cui l'allargamento della sfera della morale porta alla criminalizzazione di fattispecie che prima sfuggivano al diritto (dalla sfera della famiglia a quella dei rapporti internazionali), è all'origine della perdita di effettività secondaria dei sistemi giuridici. La piccola criminalità non viene di fatto perseguita ma al contrario tollerata come elemento fisiologico del funzionamento di una società opulenta, caricandone privatisticamente i costi sul sistema assicurativo. La macrocriminalità, a sua volta, o non viene perseguita per ragioni politiche o lo è solo per quel tanto che appare realisticamente possibile. Il risultato è la netta regressione della legittima pretesa sanzionatoria dello Stato, con pesanti ricadute in termini di perdita di legittimità dei poteri pubblici e di indebolimento delle garanzie dei diritti del cittadino[7].

Ma alla crisi di governabilità attraverso lo strumentario delle sanzioni negative – che è crisi del tradizionale insieme degli apparati repressivi, a cominciare dai tribunali penali – fa da contraltare (ed è aspetto di ancor maggiore rilevanza) la crisi di governabilità attraverso lo strumentario delle sanzioni positive, in particolare la gamma di incentivi con cui lo Stato è intervenuto nell'economia con finalità redistributive, in particolare con l'intento di orientare i comportamenti degli attori nelle sfere della produzione, dello scambio e del consumo. Nell'età delle privatizzazioni e della deregulation del mercato lo Stato è venuto perdendo una parte significativa di quei poteri d'intervento che aveva detenuto nell'epoca aurea delle politiche keynesiane, nella quale una porzione significativa di sovranità era venuta dislocandosi nei ministeri delle finanze e dell'economia[8].

Stato come concetto storico

Se anche certe diagnosi apocalittiche hanno fatto il loro tempo, va comunque preso atto che nelle scienze sociali il futuro dello Stato viene ricorrentemente messo in discussione per una pluralità di ragioni. Proviamo ad isolare in prima approssimazione tre distinti argomenti (a mio giudizio quelli fondamentali) e a svolgere intorno ad essi alcune considerazioni preliminari. 1) *Lo Stato è una figura storica dell'organizzazione del potere*. Come tale, al pari dell'ordine tribale, della polis o della società feudale non può che essere destinato alla trasformazione e all'estinzione, trapassando in ordinamenti con diversi caratteri strutturali. Nella fase della transizione non solo esso viene progressivamente perdendo il "monopolio della decisione ultima", come amava sostenere Carl Schmitt, ma è il concetto stesso di sovranità a perdere di significato. 2) *Lo Stato non è adeguato alle logiche della società complessa*. La teoria sistemica ha ampiamente insistito, ormai da decenni, sul tema dell'impossibilità di governare ge-

rarchicamente una società a partire dal centro e dal vertice. In virtù di questo assunto, il concetto di sovranità viene messo in discussione dall'interno. 3) *Lo Stato non è adeguato alle logiche della globalizzazione*. Nell'età della deterritorializzazione della ricchezza e della digitalizzazione il potere degli Stati non poggia ormai più in materia predominante sull'estensione territoriale e sulla densità della popolazione bensì su risorse a-territoriali, quali il capitale e il sapere tecnologico, per cui non sembra più aver molto senso attribuire a uno Stato definito territorialmente o a un governo unitario le funzioni tradizionalmente assegnate ai sistemi politici: tali funzioni possono essere più flessibilmente assolte da governi non territoriali come i "regimi internazionali". Il concetto di sovranità viene messo qui in discussione dall'esterno.

Gli storici si sono interrogati spesso sulla specificità europea, sul suo approdo alla modernità, finendo per convenire che un fattore cruciale di questa peculiarità è rappresentato dallo Stato. Solo in Europa, in un arco di tempo che va, per periodizzare grossolanamente, dall'anno 1000 alla rivoluzione francese si mettono in moto processi che porteranno alla monopolizzazione e alla centralizzazione del potere su base territoriale, dunque alla genesi degli Stati e del sistema degli Stati [9]. Fino al secondo millennio la politica era circoscritta all'interno di due modelli di esperienza storica, quello delle città e della confederazione di città (dalle *poleis* greche ai Comuni medievali) e quello dei grandi imperi territoriali (dal dominio degli assiri all'impero carolingio). Roma si collocava nel mezzo, era la città che aveva compiuto la fondamentale metamorfosi sociale, politica e ideologica, diventando un impero. Che a fungere da battistrada della moderna statualità siano stati il regno normanno in Inghilterra e in Sicilia (non a caso territori oggetto di conquista, come è stato rilevato, al fine di sottolineare la natura artificiale di quelle formazioni che saranno gli Stati) o successive esperienze non interessa qui discutere. Ciò che rileva sottolineare è il fatto che la tesi della storicità della forma-Stato implica come necessario corollario anche la tesi del suo tramonto e del suo oltrepassamento. Ma dove, quando e a quali condizioni la fuoriuscita dall'orizzonte della statualità debba avvenire è questione che appare più aperta che mai – ad onta di una vulgata che vorrebbe affrettarsi a chiudere i conti con quella realtà sicuramente segnata anche da esperienze traumatiche.

Sulla estraneità del concetto al lessico premoderno non è più il caso d'insistere: da Max Weber a Heinrich Triepel, Carl Schmitt, Otto Brunner, Norbert Elias, la teoria classica del primo Novecento

(che sull'oggetto in questione è segnata dall'incontestabile egemonia della dottrina tedesca [10]) aveva messo in discussione l'uso prevalente del concetto tra i giuristi di scuola positivistica. La storiografia delle istituzioni non ha fatto nel tempo che accumulare prove su prove dell'eterogeneità tra le organizzazioni premoderne del potere e le successive formazioni statali a struttura burocratica rigorosamente gerarchizzata [11]. Ma da circa mezzo secolo si può dire si sia consolidata come *communis opinio* la tesi che la statualità moderna si distingua da comunità politiche anteriori, anche da quelle caratterizzate da grandi organizzazioni territoriali, in virtù di una serie di connotazioni, principalmente la tutela effettiva della pace interna ad opera di un potere che ha il monopolio della forza, l'intensità e l'universalità del comando statale, la separazione del diritto dal costume, la razionalità delle strutture organizzative, l'esistenza di una burocrazia disciplinata da un ordinamento giuridico impersonale (diritto "formale") [12].

Nella letteratura esiste ad esempio un largo (anche se non incondizionato) consenso sul fatto che lo Stato totalitario possa essere considerato come ultima figura della storia della statualità classica. Questa tesi sottende pertanto una lettura sostanzialmente negativa di tale storia, in quanto i regimi totalitari hanno dato un contributo devastante allo stravolgimento delle funzioni dello Stato e all'affossamento della sua legittimità: quello che la statolatria del totalitarismo nazionalsocialista (il più efficiente nell'organizzazione statale della repressione fra i regimi totalitari) produce è Behemoth non Leviathan (secondo la diagnosi di Franz Neumann) o, tutt'al più, un "doppio Stato" (secondo la coeva diagnosi di Ernst Fraenkel), operante sulla base di un'impalcatura di norme burocraticamente attuate, essenziali per il suo funzionamento, e di un centro di discrezionalità che in ogni momento le può sospendere, sovvertendo e negando lo Stato di diritto. Ma la rinascita, in forma democratica e costituzionale, proprio dello Stato di diritto all'indomani di quelle traumatiche esperienze è stata interpretata anche in base ad una diversa tipologizzazione della vicenda evolutiva della statualità [13]: lo Stato federale fondato sul principio di sussidiarietà e aperto all'integrazione sovranazionale costituisce a giudizio di buona parte della dottrina giuspubblicistica europea la necessaria forma di transizione verso un ordinamento cosmopolitico dai contorni ancora incerti [14].

Stato e complessità sociale

Il grande attacco alla concezione statocentrica della società e della politica, significativamente preceduto nella cultura tedesca dalle posizioni contrapposte ma anche complementari di Kelsen e Schmitt, è venuto a partire dagli anni sessanta da Niklas Luhmann e dalla teoria sistemica della società. Caposaldo di questa teoria è la convinzione che la concezione gerarchica e piramidale della società centrata sull'esistenza del potere sovrano sia ormai inservibile sia dal punto di vista scientifico che da quello pratico. Voler governare l'ordine sociale a partire da un centro significa fondamentalmente distruggerlo: questa acquisizione era il prodotto del dibattito sull'ingovernabilità delle democrazie occidentali come estremo prodotto evolutivo di un processo di differenziazione istituzionale che aveva radici lontane. La crescente impotenza della politica nei confronti dei gruppi d'interesse, dei cartelli e delle *corporations* si estrinsecava nella crisi finanziaria del *welfare*, nella futilità dell'interventismo amministrativo e nell'incapacità di coordinamento degli interventi nel quadro di un ordine stabile [15].

Poiché il concetto di sovranità contraddice l'assunto centrale della teoria luhmanniana, vale a dire la tesi dell'autonomia dei sottosistemi [16], ad esso la teoria sistemica ha sostituito quello di "politische Steuerung", che esprime il coordinamento e il controllo [17]. Alla categoria che per secoli era stata considerata la colonna portante del diritto pubblico subentra così uno strumento concettuale che meglio si accorda alle esigenze di flessibile regolazione della sfera dello scambio. Oltre una certa soglia evolutiva lo Stato mostra di non essere più in grado di governare i processi di differenziazione sociale di una società complessa. Dopo essersi conquistato in età moderna la sua legittimità come regolatore, disciplinatore e semplificatore della complessità, lo Stato viene sconfitto dal mercato proprio su questo terreno, trasformandosi in un generatore disfunzionale di complessità (l'inflazione del potere di cui Luhmann parla non è che un effetto concomitante di questa deriva nel governo della complessità). Non deve stupire, pertanto, che a questo approccio la tradizionale dottrina dello Stato abbia reagito con veemenza, muovendo alla sociologia sistemica l'accusa di "nichilismo statale" [18]. Resta però il fatto che il punto di vista di Luhmann, oltre ad aver fatto breccia nel settore più innovativo della scienza giuridica, è diventato prevalente tra gli studiosi di scienze sociali.

Alla delegittimazione dei concetti di Stato e sovranità ha parallelamente contribuito Foucault con le sue analisi dei dispositivi del potere e delle pratiche di governamentalità [19]. Per lo studioso francese è necessario "studiare il potere al di fuori del modello del Leviatano, al di fuori dal campo delimitato dalla sovranità giuridica e dall'istituzione dello stato", rivolgendo invece la propria attenzione al complesso diffuso, decentrato e disperso delle "tecniche" e delle "tattiche della dominazione" [20]. Orientando l'analisi del potere verso le forme locali di assoggettamento, i dispositivi di controllo e gli apparati di sapere al loro servizio, Foucault sferra un attacco formidabile contro il polivalente discorso ideologico della statualità, consegnandolo ad un passato remoto e ormai concluso.

Come è noto, l'approccio sistemico luhmanniano e quello archeologico foucaultiano hanno trovato, un po' paradossalmente, il più valido alleato in un nostalgico della statualità come Carl Schmitt: la sua duplice tesi dell'intrinseca polemicità di tutti i concetti politici da un lato, della derivazione di tutti i concetti del diritto pubblico dall'ambito teologico dall'altro, si è prestata infatti mirabilmente, nelle mani di studiosi delle ultime generazioni e in combinazione con le precedenti teorie, alla delegittimazione dello Stato. In un mondo secolarizzato, che nell'economia e nella tecnica pretende di aver individuato un terreno per la neutralizzazione dei conflitti politici, il concetto di Stato appare ormai poco più che un residuo atavistico incrostato di ideologie che non possono conciliarsi con il linguaggio dei diritti umani che domina ormai il processo comunicativo della società civile mondiale.

Stato e globalizzazione

La deterritorializzazione della ricchezza e la perdita del controllo dello Stato sull'economia – dalla sovranità monetaria e creditizia al controllo del fattore lavoro al prelievo fiscale –, per un verso, e per l'altro l'impossibilità di far fronte a sfide transnazionali come quelle riguardanti i terremoti sui mercati azionari, le pressioni migratorie o le emergenze ecologiche costituiscono fenomeni irreversibili nel mondo contemporaneo e forniscono una conferma, difficile da sottovalutare, alle tesi di coloro che denunciano il carattere anacronistico delle politiche centrate sui soggetti statali. Non vi è dubbio pertanto che il processo di globalizzazione abbia avuto come effetto l'indebolimento della posizione degli Stati rispetto al settore privato e il contestuale rafforzamento della posizione delle *corporations* [21].

La bilancia del potere tra la politica e l'economia, tra i governi e le multinazionali pende sempre più inequivocabilmente a favore delle grandi imprese, che possono sfruttare strategicamente il vantaggio di un'opzione aggiuntiva accanto a quelle tradizionali di *voice* e *loyalty*: l'*exit* verso collocazioni più vantaggiose. I grandi gruppi corporati detengono la libertà di spostare i loro investimenti verso i mercati che considerano per loro più ospitali, allentando progressivamente i vincoli di fedeltà territoriale. Gli Stati invece non possono mai prescindere dal fatto che trovano la loro legittimazione in un patto di protezione e assicurazione dai rischi che ha precise basi territoriali. Coll'aumento delle dimensioni delle imprese e del volume degli investimenti aumenta anche l'impatto delle decisioni d'investimento sulle economie nazionali, con la conseguenza che gli Stati vengono sempre più spesso a trovarsi nel ruolo del capro espiatorio rispetto a scelte di tipo economico che non sono più in grado di controllare ed orientare.

Le nuove dinamiche economiche dell'età della digitalizzazione stanno rendendo ineffettuali anche quelle forme di protezionismo che tutelavano entro la cornice degli Stati nazionali le condizioni sociali per la promozione del lavoro, l'innovazione tecnologica e la concorrenza leale tra imprese operanti in ambienti sociali relativamente omogenei[22]. Il ruolo dello Stato si riduce, in tali condizioni, a quello di un intensificatore della cooperazione, a un fornitore di servizi per il mercato globale. Nel complesso, tuttavia, esso viene percepito dagli attori economicamente influenti più come un freno o un ostacolo che non come un promotore del processo di globalizzazione – il che a sua volta crea le condizioni soggettive per il ridimensionamento dei suoi poteri. In particolare, gli sviluppi indotti dalla globalizzazione mostrano come sia in atto da tempo un processo di indebolimento e ridimensionamento della sovranità interna ed esterna, che coinvolge tanto la dimensione dell'universalità quanto quella dell'esclusività quanto ancora quella dell'inclusività del potere degli Stati: sfere di diritti fondamentali non disponibili, corpi intermedi, soggetti transnazionali, organismi sovranazionali sottraggono sempre più poteri d'intervento alle istituzioni di governo, prefigurando una sopravvivenza degli Stati come meri ordinamenti istituzionali di garanzia[23].

Queste dinamiche appaiono oggi ancor più evidenti se spostiamo lo sguardo dai paesi dell'Europa che hanno conosciuto una autoctona e plurisecolare vicenda di *State-building* a quelli che questo processo di formazione dello Stato lo hanno conosciuto prevalentemente nella forma dell'imposizione coloniale. Al di fuori dell'area culturale dell'Occidente, gli Stati non sono nati da processi evolutivi autoctoni ma sono stati il prodotto d'importazione di modelli organizzativi estranei quando non addirittura oggetto di un'assimilazione coatta, avvenuta nell'età del colonialismo. In questa, ma anche nella susseguente età della decolonizzazione, ad essere importati, in particolare dall'Europa, sono gli aspetti più problematici della moderna politica di massa, il socialismo come organizzazione coercitiva della produzione e della distribuzione, il nazionalismo come movimento di mobilitazione radicale, il fascismo come sistema di forzosa integrazione interclassista. Il successo di queste ideologie nel realizzare a tappe forzate il processo di monopolizzazione statale del potere è per lo più soltanto parziale e, in un gran numero di casi (concentrati in prevalenza sul continente africano) più apparente che reale. A prevalere è la frammentazione etnica all'interno di regimi di potere autoritari, neopatrimoniali, neodispotici, parastatali, perennemente a rischio di guerre civili e di colpi di Stato militari[24].

La globalizzazione ha dunque interessato strutture amministrative e apparati repressivi, non certo, o solo in modo secondario, le istituzioni di garanzia dello Stato di diritto. In molte regioni del mondo il governo degli uomini, fondato sulle relazioni di parentela e sul nepotismo, continua ad avere la prevalenza sul governo delle leggi, fondato sull'impersonalità delle norme e sul principio di eguaglianza giuridica (e questo non può essere altrimenti qualificato, dal punto di vista dell'ideologia dello Stato di diritto, che come "corruzione"). Se anche la *lex mercatoria* che governa gli scambi internazionali è figlia della tradizione giuridica occidentale, va riconosciuto che è fallita la globalizzazione del diritto pubblico europeo[25], le cui basi erano state poste nell'età del colonialismo e la cui dinamica era continuata nell'epoca della decolonizzazione. In molte aree del mondo l'impianto di quelle strutture istituzionali, che avevano comunque avuto in Europa una gestazione lunga, faticosa e altamente conflittuale (si pensi soltanto alle guerre civili di religione), non incontrava quelle accoglienti condizioni economiche e culturali che ne potevano garantire il successo. Entro universi giuridici e culturali profondamente eterogenei, lo Stato di stampo occidentale era destinato, nonostante la facile esportabilità dei suoi apparati repressivi, a restare un corpo estraneo. Dall'Afghanistan alla Somalia alla Bolivia quello che i più disincantati osservatori ritrovano oggi nelle aree più a rischio sono piuttosto macerie di statualità. All'alba del terzo millennio, se si guarda davvero al contesto globale, lo Stato ci appare

così, fra i grandi attori della politica internazionale, quello più in difficoltà: i protagonisti sono per un verso i mercati e per l'altro sembrano essere (qui maggiore prudenza è d'obbligo) quelle che ormai vengono definite, con qualche esagerazione, le nuove superpotenze collettive (opinioni pubbliche transnazionali, cioè i movimenti per la pace) e individuali (le reti aggressive di individui fanaticamente motivati e militarmente organizzati, le organizzazioni terroristiche e la macrocriminalità organizzata).

La crisi dello Stato sovrano

L'ascesa del concetto di Stato entro il lessico politico della modernità corre, com'è noto, parallela alla vicenda del concetto di sovranità. Non sorprende pertanto che la letteratura sulla fine dello Stato sia una letteratura sulla crisi della sovranità[26]. E la crisi della sovranità è indubbiamente sotto gli occhi di tutti. Ma, a ben vedere, questa crisi è un dato ricorrente nella storia della statualità. Anche quelli che un'antica storiografia ci ha abituato a chiamare Stati assolutistici (espressione che gli storici più avvertiti oggi si guardano ormai bene dall'adoperare) non erano assoluti e "sovrani" affatto[27]. La sovranità ha sempre conosciuto una molteplicità di limiti e di impedimenti, interni ed esterni, al suo esercizio. Oggi la rete dei limiti esterni si è senza dubbio fatta più stretta. Ma se si considera che da sempre la sovranità statale ha funzionato da regolatore di complessi dispositivi di apertura e chiusura, di inclusione ed esclusione, ci si rende conto che tale logica di funzionamento del potere sovrano non è strutturalmente cambiata, anche se sono cambiate le sue modalità di funzionamento e le configurazioni di potere cui essa mette capo.

Alla sovranità come *potestas superiorem non recognoscens* la teoria giuridica classica attribuisce, come è noto, i seguenti attributi: *originarietà*, nel senso che essa non deriva da un altro potere preesistente, dal che conseguono la capacità di dare alla volontà collettiva un contenuto che la determini come ordinamento giuridico e la prerogativa di modificarlo senza limiti esterni; *universalità*, come facoltà dei detentori del potere politico di prendere decisioni legittime ed effettivamente operanti per tutta la collettività; *esclusività*, nel senso che la comunità politica esercita la sua supremazia senza alcuna interferenza di altri enti e senza che, contro la propria volontà, qualsiasi altro potere possa limitarlo; *inclusività*, infine, nel senso di

facoltà d'inte
del gruppo
dico. Ora
sovranit
mode
ti d
d

46

to della non esistenza di una sovranità pace, b) è territorialmente limitato e perpetuo. azione con altre unità sovrane, c) si Costituzionalismo, pluralismo i, per cui largo spazio resta all'au- no dunque vettori ideali di uno gue che lo Stato sovrano è una la vocazione assolutistica del civile[31]. tuttavia la storia ha mostrato in maniera ancor più differen- realmente esistenti hanno re di disposizione, d'imposi- compromessi. Anche nel a su un *continuum* che solo non vi è ragione di ritenere sovranità, mentre nell'esi- possano trovare un nuo questione di più o meno. ze normative, senza to, anche l'argomento dinamenti giuridici. forte. Occorre d'al- nità dello Stato naz lizzanti dal *Sonder-* porta ancora che opei perdono, nel dal lessico politi ti di sovranità, va illusorio tentatura decisamen- Sulla base ercitano un'e- innanzitutto vranità no ma-Stato lo stato quant matti un to glo- zio- à

sione
costituzio
mandato, ma
posizione sull'ord
proliferazione dei po
tropoteri in seno alla so
gruppi d'interessi capaci di
vrano porta necessariamente alla
co e quindi al prevalere dei poteri di
sclusività è messa in discussione dal pas
dualistico a uno monistico dei rapporti giuri
orientamento cosmopolitico, ad esempio, la Ca
Unite configura un contratto sociale internazionale, p
internazionale ha assunto il carattere di un vero ordinam
dico sovrastatale; ma già la teoria federalistica aveva condotto
noscere l'esistenza di Stati non sovrani. Analogamente, il decl
della sovranità in senso soggettivo appare evidente se si guarda al processo di unificazione europea, dove si è oggettivata nell'ordinamento e in un complesso dispositivo di istituzioni di garanzia. Anche l'inclusività dell'azione statale risulta ridimensionata, in quanto la prassi costituzionale liberale ha progressivamente consolidato, fin dalla stagione classica dello Stato di diritto, una sfera di diritti e di azioni non disponibili e non intaccabili dagli interventi del potere sovrano. Alla base del costituzionalismo sta infatti la convinzione che il concetto di sovranità contiene una carica assolutistica in grado di entrare in collisione con i diritti dell'uomo e del cittadino. Tutta la teoria dei diritti fondamentali poggia pertanto proprio sull'assun-

così, fra i grandi attori della politica internazionale, quello più in difficoltà: i protagonisti sono per un verso i mercati e per l'altro sembrano essere (qui maggiore prudenza è d'obbligo) quelle che ormai vengono definite, con qualche esagerazione, le nuove superpotenze collettive (opinioni pubbliche transnazionali, cioè i movimenti per la pace) e individuali (le reti aggressive di individui fanaticamente motivati e militarmente organizzati, le organizzazioni terroristiche e la macrocriminalità organizzata).

La crisi dello Stato sovrano

L'ascesa del concetto di Stato entro il lessico politico della modernità corre, com'è noto, parallela alla vicenda del concetto di sovranità. Non sorprende pertanto che la letteratura sulla fine dello Stato sia una letteratura sulla crisi della sovranità[26]. E la crisi della sovranità è indubbiamente sotto gli occhi di tutti. Ma, a ben vedere, questa crisi è un dato ricorrente nella storia della statualità. Anche quelli che un'antica storiografia ci ha abituato a chiamare Stati assolutistici (espressione che gli storici più avvertiti oggi si guardano ormai bene dall'adoperare) non erano assoluti e "sovrani" affatto[27]. La sovranità ha sempre conosciuto una molteplicità di limiti e di impedimenti, interni ed esterni, al suo esercizio. Oggi la rete dei limiti esterni si è senza dubbio fatta più stretta. Ma se si considera che da sempre la sovranità statale ha funzionato da regolatore di complessi dispositivi di apertura e chiusura, di inclusione ed esclusione, ci si rende conto che tale logica di funzionamento del potere sovrano non è strutturalmente cambiata, anche se sono cambiate le sue modalità di funzionamento e le configurazioni di potere cui essa mette capo.

Alla sovranità come *potestas superiorem non recognoscens* la teoria giuridica classica attribuisce, come è noto, i seguenti attributi: *originarietà*, nel senso che essa non deriva da un altro potere preesistente, dal che conseguono la capacità di dare alla volontà collettiva un contenuto che la determini come ordinamento giuridico e la prerogativa di modificarlo senza limiti esterni; *universalità*, come facoltà dei detentori del potere politico di prendere decisioni legittime ed effettivamente operanti per tutta la collettività; *esclusività*, nel senso che la comunità politica esercita la sua supremazia senza alcuna interferenza di altri enti e senza che, contro la propria volontà, qualsiasi altro potere possa limitarlo; *inclusività*, infine, nel senso di

facoltà d'intervento imperativo in ogni sfera d'attività dei membri del gruppo politico attraverso lo strumento dell'ordinamento giuridico. Ora, tutti gli attributi che connotano la dottrina classica della sovranità hanno conosciuto nel corso dell'evoluzione dello Stato moderno un indebolimento, ben evidenziato da dottrine concorrenti dell'ordine politico quali il costituzionalismo, il pluralismo, il federalismo e il cosmopolitismo: tutte tendenze che si sono fatte valere più o meno fortemente nelle singole realtà statuali e in fasi diverse del loro sviluppo, fino a diventare in taluni casi qualificazioni dell'identità di una specifica formazione statale, per cui si è parlato di Stato costituzionale, Stato pluralista, Stato federale e si è giunti a vagheggiare persino – ed è l'orizzonte comune a tanti recenti dibattiti – uno Stato cosmopolitico[28].

Intanto l'originarietà del potere sovrano è stata messa in discussione dagli esiti ultimi del costituzionalismo, che considera sì vera costituzione solo quella fatta consapevolmente e con un esplicito mandato, ma non riconosce più un potere costituente di piena disposizione sull'ordinamento giuridico. L'universalità è limitata dalla proliferazione dei poteri sociali e dall' istituzionalizzazione di contropoteri in seno alla società: il riemergere di corpi intermedi e gruppi d'interessi capaci di condizionare l'esercizio del potere sovrano porta necessariamente alla privatizzazione del diritto pubblico e quindi al prevalere dei poteri di fatto sui poteri di diritto. L'esclusività è messa in discussione dal passaggio da un ordinamento dualistico a uno monistico dei rapporti giuridici: per i fautori di un orientamento cosmopolitico, ad esempio, la Carta delle Nazioni Unite configura un contratto sociale internazionale, per cui il diritto internazionale ha assunto il carattere di un vero ordinamento giuridico sovrastatale; ma già la teoria federalistica aveva condotto a riconoscere l'esistenza di Stati non sovrani. Analogamente, il declino della sovranità in senso soggettivo appare evidente se si guarda al processo di unificazione europea, dove si è oggettivata nell'ordinamento e in un complesso dispositivo di istituzioni di garanzia. Anche l'inclusività dell'azione statale risulta ridimensionata, in quanto la prassi costituzionale liberale ha progressivamente consolidato, fin dalla stagione classica dello Stato di diritto, una sfera di diritti e di azioni non disponibili e non intaccabili dagli interventi del potere sovrano. Alla base del costituzionalismo sta infatti la convinzione che il concetto di sovranità contiene una carica assolutistica in grado di entrare in collisione con i diritti dell'uomo e del cittadino. Tutta la teoria dei diritti fondamentali poggia pertanto proprio sull'assun-

to della non esistenza di una sovranità statale come potere assoluto e perpetuo.

Costituzionalismo, pluralismo, federalismo, cosmopolitismo sono dunque vettori ideali di uno sviluppo indirizzato ad imbrigliare la vocazione assolutistica del potere dello Stato-potenza. Ciò che tuttavia la storia ha mostrato è che con ciascuno di questi gli Stati realmente esistenti hanno saputo trovare più o meno equilibrati compromessi. Anche nel contesto della presente globalizzazione non vi è ragione di ritenere che gli Stati di matrice occidentale non possano trovare un nuovo e più avanzato equilibrio con quelle istanze normative, senza rinunciare per questo all'effettività dei loro ordinamenti giuridici. Il fatto che la concezione monistica della sovranità dello Stato nazionale sia divenuta oggi improponibile non comporta ancora che anche il concetto di Stato debba essere dismesso dal lessico politico come se in esso d'altro non si trattasse che di un illusorio tentativo di dare corpo ad un fantasma.

Sulla base di siffatte considerazioni, molti studiosi argomentano innanzitutto come l'obsolescenza della costruzione classica della sovranità non comporti automaticamente anche il tramonto della forma-Stato. Uno di loro ha recentemente sintetizzato in questi termini lo stato della questione: 1. l'epoca del modello dello Stato sovrano è quanto meno in Europa (il che conferisce al fatto un valore paradigmatico) giunta alla fine; 2. lo Stato non-sovrano è comunque destinato a restare nel prevedibile futuro la "forma primaria" di organizzazione giuridico-politica delle comunità territoriali; 3. questo soggetto è destinato ad operare in funzione complementare, cooperativa e sussidiaria, in modi giuridicamente definiti dal diritto internazionale, con le organizzazioni sovrastatali[29]. Sotto il profilo del criterio giuridico-formale della sovranità, intesa come *potestas superiorem non recognoscens*, questa argomentazione è sostenibile. Tuttavia si deve tenere conto del fatto che anche la dottrina giuridica non opera più da tempo con il rigido concetto classico di sovranità, riconoscendo giustificato continuare a parlare di Stati sovrani nei casi in cui limitazioni anche considerevoli delle prerogative sovrane siano conseguenza di atti di autoobbligazione e quindi di autolimitazione. In questo senso, ad esempio, la celebre sentenza sul trattato di Maastricht della Corte costituzionale tedesca, che definisce gli Stati "signori dei trattati" (*Herren der Verträge*), non disconosce certo ai membri dell'Unione la qualità di "Stati sovrani"[30]. D'altro canto, se si concepisce la sovranità non come potere rivoluzionario e costituente, che può sospendere l'ordinamento giuridico, ma come un potere che a)

esiste per garantire il diritto e la pace, b) è territorialmente limitato e dunque condannato alla cooperazione con altre unità sovrane, c) si fonda sulla divisione delle funzioni, per cui largo spazio resta all'autonomia della società civile, consegue che lo Stato sovrano è una presenza insopprimibile per l'ordine civile[31].

Nei fatti, poi, le cose si presentano in maniera ancor più differenziata. Sotto il profilo sociologico, il potere di disposizione, d'imposizione e di coercizione degli Stati si colloca su un *continuum* che solo agli estremi conosce un tutto o un nulla di sovranità, mentre nell'esistenza storica concreta degli Stati è sempre questione di più o meno. Per questo non solo la tesi della fine dello Stato, anche l'argomento dell'obsolescenza della sovranità appare troppo forte. Occorre d'altra parte guardarsi dal trarre conclusioni generalizzanti dal *Sonderweg* europeo[32]. Se è vero infatti che gli Stati europei perdono, nel corso del processo di integrazione, rilevanti attributi di sovranità, va riconosciuto che non li perdono, o li perdono in misura decisamente minore, gli Stati semi-continentali e gli Stati che esercitano un'egemonia regionale[33].

La crisi dello Stato nazionale

Al pari dell'erosione della sovranità è sotto gli occhi di tutti un altro fenomeno che si presenta concomitante al procedere della globalizzazione: lo scollamento tra Stato e nazione. Questa dissociazione comporta il trapasso dallo Stato-identità allo Stato-funzione. Già considerato di per sé, questo trapasso implica un indebolimento della legittimità del macroattore politico. Ma nelle condizioni ostili della globalizzazione, in cui il mercato sottrae allo Stato tutte le funzioni che possono risultare lucrative per attori privati, restringere le basi della legittimità al ruolo di regolatore e coordinatore di un apparato pubblico a cui oltre tutto scarseggiano le risorse significa inevitabilmente favorire la sua crisi. I crescenti flussi migratori, d'altro canto, accelerano i processi di disintegrazione delle comunità nazionali, favorendo il proliferare di quei conflitti d'identità e di cittadinanza che caratterizzano le società multiculturali e rendono ben più problematica di quanto non fosse nello Stato nazionale classico la coniugazione di principio d'autogoverno democratico e tutela dei diritti fondamentali. Facendo leva allarmisticamente su queste trasformazioni, le diagnosi sulla fine dello Stato-nazione ormai non si contano più[34].

Anche sotto questo profilo, tuttavia, occorrerebbe guardarsi da diagnosi unilaterali. Sicuramente, l'epoca "demiurgica" degli Stati nazione appartiene al passato. A partire dalla rivoluzione francese lo Stato moderno si rappresenta ed è percepito nella forma dello Stato nazionale. Con questa nuova configurazione politica l'epoca postrivoluzionaria produce anche la sintesi tra eterogenei princìpi di legittimità – legale, carismatica, tradizionale (nel senso della definizione di Max Weber). Lo Stato nazionale si consolida infatti integrando in un sistema unitario e relativamente bilanciato (almeno quando i processi di *State-building* e di *Nation-building* hanno successo) tre fattori: a) il principio di legalità di uno Stato amministrato burocraticamente, cioè da funzionari che obbediscono ad un ordinamento impersonale; b) il processo di identificazione tra la nazione come comunità emotiva di destino (una comunità oggetto sempre di invenzione ed elaborazione simbolica, ed in questo senso immaginata e immaginaria) e i suoi capi politici formatisi nella lotta per l'autodeterminazione democratica; c) la continuità delle tradizioni nazionali quale riserva politica di legittimità e accumulazione simbolica di valori identificanti. All'interno dello Stato nazionale le procedure di formazione del popolo sovrano si risolvono in "tecniche di costruzione di solidarietà", sul piano militare, socio-economico, penale e culturale[35]. Una parte significativa di questi processi di costruzione di solidarietà è oggi invece appannaggio delle società civili e di quelle reti che configurano la segmentaria struttura della nascente "società civile mondiale".

È un fatto però che la globalizzazione, nelle sue diverse componenti, rafforza le reazioni di chiusura e di arroccamento, le strategie protezionistiche e i movimenti di ricompattamento locale (con tutti i loro particolarismi). Uno dei paradossi della globalizzazione consiste nel promuovere al tempo stesso la società aperta e le comunità chiuse. È probabile che le componenti economica e tecnico-informatica della globalizzazione ricompattino di più a livello locale, ma è indubbio che la globalizzazione della violenza operi a livello nazionale (perché solo lo Stato nazionale è in grado di gestire dispositivi militari di difesa). La globalizzazione non è solo globalizzazione dei capitali, delle merci e della forza-lavoro ma anche globalizzazione della violenza, il che induce a risvegliare negli Stati quel potere di coazione esterna che nell'età dell'equilibrio del terrore era parso dormiente. La dinamica di globalizzazione della violenza crea una nuova domanda e anche una nuova offerta (in parte illusoria, ma populisticamente pagante, almeno entro certi limiti) di sicurezza,

che continua a trovare nello Stato nazionale, nel suo apparato militare e nelle sue forze di polizia, un insostituibile soggetto operativo, quell'"unità di azione e decisione organizzata" in cui la *Staatslehre* classica individuava l'essenza dello Stato moderno[36]. Gli effetti che la sfida globale del terrorismo ha prodotto sulla democrazia americana (e complementarmente sullo Stato di diritto) sono sotto questo profilo piuttosto significativi. Gli studi specialistici possono anche convincentemente argomentare la tesi che la risposta in termini coercitivi al terrorismo è destinata a rivelarsi sul lungo periodo controproducente[37]: è un fatto però che la risposta in tali termini ad una minaccia rafforza l'identità nazionale e la coesione intorno allo Stato percepito come interprete, garante e protettore di quella identità.

Inoltre, se è vero che le società del mondo globalizzato assumono sempre più i caratteri di società multiculturali entro le quali l'omogeneità nazionale necessariamente si diluisce, è anche vero che l'effetto "cittadella assediata" dalle migrazioni rafforza le identità nazionali (e le culture politiche che le sostengono): la gestione del sistema di chiuse che regolano l'accesso alla cittadinanza torna saldamente nelle mani dell'esecutivo, vale a dire del nucleo forte della statualità. D'altro canto, l'indubbio processo di erosione delle culture nazionali ad opera del processo di globalizzazione non è di per sé destinato a produrre *sempre* un indebolimento strutturale delle istituzioni statali. Si può in riferimento alle dinamiche dell'istituzionalizzazione dell'integrazione europea sostenere che l'indebolimento delle culture nazionali degli Stati trovi compensazione nel rafforzamento dell'importanza del diritto e di conseguenza dello Stato come "fonte e garante del diritto"[38]. È probabile che il processo di unificazione europea non sia destinato a sfociare in uno Stato federale; ma non è affatto detto che l'esperimento istituzionale a cui esso mette capo possa aver successo solo a patto d'indebolire le infrastrutture statuali che ne sono il motore.

La crisi dello Stato di diritto

Alla luce di queste trasformazioni, ad apparire seriamente minacciato non sembra dunque essere tanto lo Stato sovrano e nemmeno lo Stato nazionale quanto lo Stato di diritto (e la sua forma più evoluta: lo Stato costituzionale dei diritti) come insieme di istituzioni volte a garantire la fruizione dei diritti fondamentali dei cittadini. Qui è indubbio che il processo di globalizzazione, nella molteplicità

delle sue manifestazioni, rende più evanescenti i dispositivi di garanzia giuridica e crea spazio per le pressioni e i ricatti di quelli che alcuni definiscono ormai "poteri selvaggi" transnazionali – selvaggi perché capaci cioè di sottrarsi alle maglie della civilizzazione giuridica in assenza di un reale potere pubblico sovraordinato [39]. Per un verso, è innegabile, la macchina garantistica si fa sempre più complessa (e cerca, a più livelli, di estendere il suo funzionamento anche al sistema internazionale), per l'altro tuttavia essa sembra sempre più girare a vuoto, rivelando l'ineffettualità dei meccanismi di garanzia. Qui occorre prendere atto di un altro aspetto, solitamente meno considerato, del problema. Sono gli stessi diritti, e le pretese soggettive su di essi fondate, a incentivare l'inflazione normativa ed è lo stesso garantismo a produrre paralisi normativa. Quella che Bobbio ha chiamato l'"età dei diritti" si rivela così come età dei conflitti intorno ai diritti e del sovraccarico istituzionale per la tutela e l'attuazione dei diritti – un sovraccarico che finisce per ingessare entro un apparato burocratico-giudiziario lo Stato e le sue politiche. La sintesi moderna di Stato, diritto e costituzione si è ormai incrinata: e se non appare seriamente in pericolo la sopravvivenza degli Stati, ben altrimenti minacciata appare quella modalità di democrazia dei cittadini, di politica della società civile, che resta a tutt'oggi la promessa non mantenuta del progetto politico della modernità.

Un'opera italiana recente, che si pone al punto d'incontro tra le due tematiche (crisi dello Stato e crisi del diritto), in quanto ha per oggetto lo Stato di diritto, si presta bene a evidenziare tali patologie, al punto da suggerire una prognosi infausta per l'oggetto in esame (qui è probabile che le vicissitudini del sistema politico e dell'ordinamento giuridico del nostro paese, in particolare i conflitti tra politica e magistratura, abbiano acuito la sensibilità nei confronti della crisi; ma la sostanza dell'analisi coglie nel segno per lo sviluppo delle democrazie costituzionali nate dal modello rappresentativo occidentale) [40]. In essa, Luigi Ferrajoli sviluppa e precisa diagnosi piuttosto ricorrenti nella letteratura recente, distinguendo due modelli, quello paleogiuspositivista dello Stato legislativo di diritto e quello neogiuspositivista dello Stato costituzionale di diritto, e argomentando come entrambi possano ormai essere considerati in crisi strutturale. Guardando alle caratteristiche di base dei due modelli, si osserva come il primo sia legato a quel principio di legalità formale o di mera legalità (teorizzato dal positivismo giuridico), in forza del quale una norma esiste ed è valida in base unicamente alla forma legale della sua produzione, mentre il secondo rimandi a quel principio di legalità sostanziale o di stretta legalità, in forza del quale una norma è valida, oltre che vigente, solo se i suoi contenuti non contrastano con i princìpi e i diritti fondamentali stabiliti dalla costituzione. Ebbene, la crisi dello Stato di diritto riguarda oggi sia il principio di mera legalità del primo che il principio di stretta legalità del secondo. Sotto il primo profilo la crisi si manifesta, in quella che è stata chiamata l'età della decodificazione, nell'inflazione legislativa e nella disfunzione del linguaggio legale: una deriva che ha come effetto, a giudizio dell'autore di un'ambiziosa teoria del garantismo penale, "un diritto penale massimo – massimamente esteso, massimamente inefficiente, massimamente antigarantista" [41]. Sotto il secondo profilo, ad essere intaccati sono gli stessi diritti fondamentali attraverso il progressivo indebolirsi delle loro garanzie. L'erosione della sovranità degli Stati ad opera dei processi di globalizzazione ha come correlato anche un processo di svuotamento dei diritti – in particolare di quelli politici e di quelli sociali. L'età dei diritti si rivela così l'età dell'indebolirsi del diritto come strumento di garanzia, mediazione e integrazione sociale.

Indubbio è innanzitutto che stia venendo meno "l'efficienza della macchina giudiziaria, ingorgata da un'infinità di processi cartacei inutili e costosi il cui solo risultato è di offuscare nel senso comune il confine tra lecito e illecito e di sottrarre tempo e risorse alle inchieste più importanti, destinate sempre più spesso a quella forma di amnistia surrettizia che è la prescrizione". E si sta formando, tramite la crescita della discrezionalità nella pratica giuridica, "un diritto di formazione prevalentemente giurisprudenziale o amministrativa o privata, secondo l'antico modello del diritto premoderno" [42]. Rispetto a questa deriva sistemica, che altro non è che un'esemplificazione concreta di quella tendenza all'inflazione giuridica di cui sopra si diceva, la democrazia costituzionale (e anche il garantismo come componente basilare della nostra cultura politica) non sono però, a ben vedere, innocenti. L'insaziabilità (per riprendere un termine proposto da Anna Pintore [43]) dei diritti-pretese (a evidenziare il nesso tra diritti e pretese è invece Giovanni Sartori nella sua teoria realistica della democrazia) è alla radice di quei processi inflattivi del diritto che sono il costo che paghiamo alla complessità e ad una cultura rispettosa della complessità. Per usare un'altra formula che ha avuto fortuna, l'inflazione del diritto, con conseguente perdita di effettività, è il sacrificio che immoliamo sull'altare della nostra concezione del "diritto mite" [44].

La crisi dell'attuale Stato di diritto impone pertanto "un ripensa-

mento del costituzionalismo e del garantismo, ossia dei luoghi, delle forme e del grado di rigidità con cui le costituzioni possono condizionare la legislazione, vincolandola alla garanzia dei diritti fondamentali e dei princìpi di uguaglianza e di giustizia in esse stabiliti", che vada in direzione di un "costituzionalismo senza Stato" o ancora di uno "Stato di diritto allargato a livello sovranazionale", di cui si dice che "non ha più nulla della vecchia forma dello Stato e tuttavia ne conserva la struttura costituzionale articolata, sul piano formale e su quello sostanziale, nei due princìpi sopra illustrati della mera e della stretta legalità" [45]. Entrato in crisi strutturale entro la vecchia compagine statale, lo Stato di diritto sembra così destinato a rinascere in una cornice cosmopolitica [46]. È stato altresì rilevato che la fortuna della dogmatica giuridica intorno alla personalità dello Stato è rimasta legata alla sua capacità, dispiegatasi in una stagione storica ben determinata, di "soddisfare sia l'aspetto dell'equilibrio, del limite e della garanzia sia quello dell'unità e della sovranità": venute meno quelle condizioni si può pensare soltanto di fare affidamento su "uno Stato di diritto senza Stato sovrano" [47]. Il problema è che spesso non appare chiaro a quale organizzazione di potere quest'ultimo debba fare riferimento per rendere effettuali le decisioni che un sistema di garanzie deve necessariamente mettere in atto.

Ma per quanto condivisibili possano essere le valutazioni critiche dell'involuzione giuridica in atto, il postulato del superamento della statualità in direzione di un costituzionalismo cosmopolitico appare, ad una considerazione realistica, semplicemente una fuga in avanti o, se si preferisce, un insostenibile precetto normativo. Di questa diagnosi della crisi dello Stato di diritto si può fornire però anche una diversa versione, ispirata a una tradizione di realismo politico. I poteri pubblici, ci ha ricordato ancora di recente Sabino Cassese, sono fabbricati con i diversi materiali dell'autorità, della garanzie giuridiche e della democrazia e da tutti questi elementi traggono la loro legittimazione: "sono legittimati dal popolo, lo sono dal diritto, lo sono dall'effettività delle decisioni" [48]. Il bilanciamento di queste componenti è, per così dire, l'elisir di lunga vita dello Stato di diritto. Ma nel trapasso dallo Stato di diritto allo Stato dei diritti (per riprendere una formula cara a Nicola Matteucci, ma corrispondente nella sostanza alla nozione neopositivistica di Stato costituzionale di diritto tematizzata da Ferrajoli) gli elementi sono cambiati, diventando leggi, diritti e princìpi di giustizia, a scapito proprio dell'effettività delle decisioni. Del nuovo equilibrio si è fatto garante il momento della *iurisdictio*: senza aver per altro la forza d'impedire che il

gubernaculum riconquistasse sul piano della costituzione materiale, e quindi in deroga (più o meno dissimulata) alle norme della costituzione formale, la propria effettività.

Nel processo evolutivo delle istituzioni occidentali, democrazia e costituzionalismo arrivano al termine di uno sviluppo che ha conosciuto le tappe della formazione di poteri centrali (*State-building*), di comunità nazionali (*Nation-building*) e di mercati e reti commerciali (*Market-building*) [49]. Pensare che questo processo ora si possa ripetere per così dire capovolto, procedendo per sottrazione (s'indeboliscono prima gli Stati, poi le nazioni, ciò che alla fine residua è la società civile mondiale, capace, non si capisce bene in base a quale automatismo, di autogoverno e di progresso morale), equivale a coltivare una pericolosa illusione. Ed è significativo (forse l'indizio della tirannia del pensiero unico) il fatto che proprio i teorici di un costituzionalismo post-illuministico finiscano per convergere con i giuristi di scuola luhmanniana nella fiducia in una virtuosa dialettica di spontaneità e organizzazione [50].

La crisi dello Stato democratico

I fautori di un nuovo costituzionalismo solitamente argomentano in direzione di una (qualche forma di) democrazia cosmopolitica. Ma così facendo non fanno che spostare il problema, disconoscendo come il processo di globalizzazione eroda non solo lo Stato di diritto ma anche il potere democratico. Se, come sostengono i seguaci della teoria sistemica, "sulla strada della globalizzazione la politica è stata chiaramente superata da altri sistemi sociali" [51], ciò riguarda anche l'articolazione della volontà delle cittadinanze e le procedure per prendere decisioni collettivamente vincolanti. L'impatto negativo della globalizzazione colpisce congiuntamente lo Stato di diritto e il processo democratico. Il problema è dunque anche la crisi della democrazia costituzionale [52].

La ricorrente divaricazione di costituzione materiale e costituzione formale, vale a dire tra l'assetto dei poteri come realmente si configura entro uno Stato e l'assetto dei poteri così come è sancito dalla costituzione, appartiene alla storia delle democrazie costituzionali. Essa riguarda a) quelli che sono stati definiti assetti neocorporativi degli Stati contemporanei, in virtù dei quali il governo appare sempre meno come espressione di una volontà statale sovrana e sempre più come il mediatore e il garante delle contrattazioni fra le grandi

organizzazioni, i sindacati, le imprese, i gruppi di pressione, le *lobbies*. La conseguenza di questo processo è stata una certa privatizzazione del diritto pubblico e lo spostamento delle decisioni politicamente rilevanti al di fuori del parlamento, nell'arena del mercato; b) il ruolo dei partiti, che all'interno delle democrazie costituzionali contemporanee sono venuti assumendo il ruolo di vere e proprie organizzazioni politiche intermedie rivolte non solo all'articolazione e all'organizzazione della domanda politica ma alla colonizzazione dell'intero apparato statale, finendo per svuotare di significato il principio della rappresentanza parlamentare universalistica e anche il divieto di mandato imperativo; c) il crescente ruolo assunto all'interno degli Stati contemporanei da organi tecnici di gestione e controllo non legittimati democraticamente, *authorities* indipendenti, poteri giudiziari e paragiudiziari, a cominciare dalle Corti costituzionali.

Ma qual è il punto? Entro la solida ma anche relativamente flessibile cornice della statualità tali dissociazioni tra il momento della costituzione materiale e quello della costituzione formale hanno prodotto senza dubbio fenomeni degenerativi ma non hanno messo seriamente a repentaglio, soprattutto se le pratiche di governo ne realizzavano il bilanciamento, il funzionamento della democrazia. Diversamente sono destinate a configurarsi le cose qualora si pensi ad una composizione degli interessi di gruppi corporati, formazioni e movimenti politici, burocrazie al di fuori della cornice della statualità. Si ha l'impressione, a questo proposito, che a far da velo al giudizio dei molti che vagheggiano democrazie e costituzioni *oltre lo Stato* siano le retoriche della società civile che hanno dominato il dibattito politico nei decenni che, in analogia all'accezione di postdemocrazia proposta da Colin Crouch, si potrebbero definire della poststatalità: nel senso che in essi la macchina statale aveva continuato a funzionare (e persino ancora a crescere quantitativamente) mentre l'ideologia etatista con il suo specifico ethos veniva progressivamente abbandonata.

Rispetto alle diagnosi più radicali (e più normativamente esigenti), ritengo pertanto che un'analisi equilibrata e realistica sia quella proposta da Dieter Grimm nel recente saggio *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in cui pure si constata una significativa discontinuità nel processo di destatualizzazione: sempre più spesso i poteri pubblici vengono delegati a soggetti privati ed esercitati mediante procedure non-statali [53]. Nel contesto della globalizzazione – si sostiene – è in atto un processo di giuridificazione, che ha due poli: il diritto commerciale e i diritti fondamentali (e a privilegiare il primo è il liberalismo patrimoniale, a privilegiare il secondo il liberalismo costituzionale), ma non è in corso e non è nemmeno immaginabile un processo integrato di costituzionalizzazione. Anzi, è bene tener presente che si tratta di processi almeno in parte divergenti, anche se il fatto che uno dei vettori del processo di giuridificazione internazionale coincida con la produzione di norme a garanzia dei diritti umani crea l'illusione (legittima e, in parte, giustificata) che sia in atto un processo di costituzionalizzazione cosmopolitica. E tuttavia, solo se s'identifica unilateralmente la costituzione con uno strumento di garanzia dei diritti fondamentali, relegando alla pura empiria la macchina del governo (come per altro tende a fare quel filone del liberalismo contemporaneo che si fregia dell'appellativo di "costituzionale"), si può essere indotti a dare credito alla prospettiva di un "costituzionalismo oltre lo Stato". Se per costituzione s'intende invece, più correttamente, quella "legge, risultante da una decisione politica, che regola l'organizzazione e l'esercizio del potere politico" [54], allora essa appare indissolubile dalle strutture della statualità.

Il dato di fatto fondamentale della trasformazione in corso è che il processo di destatualizzazione mette in discussione lo stesso costituzionalismo. Questo processo non è necessariamente destinato a portare alla "fine" dello Stato, dal momento che è probabile che esso continui a sussistere come unità elementare di un nuovo ordinamento globale: esattamente come alle origini del processo di *State-building* i soggetti statali non erano ancora portatori di tutti i diritti di sovranità (non erano ancora pienamente sovrani), così oggi questi soggetti non lo sono più (cessano di essere pienamente sovrani) [55]. Ma la costituzione non è minacciata solo dal dissolversi dello Stato, è già compromessa se viene meno, all'interno, l'identità di potere statale e potere pubblico, se accordi informali subentrano alle leggi (il declino della legge è il primo indicatore del declino della forma giuridica), se dunque si afferma il processo di privatizzazione del pubblico. All'esterno poi, il fatto che esistano organizzazioni internazionali che producono, scavalcando di fatto gli Stati, diritto internazionalmente vigente, genera una situazione giuridica destinata ad incidere proprio sull'effettività delle garanzie costituzionali. Questo sviluppo, di per sé, non contraddice i princìpi, lo "spirito" del costituzionalismo, perché molte costituzioni promuovono l'internazionalizzazione, ma nondimeno indebolisce l'effettività del diritto costituzionale, giacché un ambito normativo finisce in questo modo per

sfuggire al suo controllo. Lo sviluppo del diritto transnazionale coincide così, fatalmente, con la "relativizzazione costituzionale" [56].

È vero che a questa situazione il costituzionalismo reagisce, come ben esemplifica l'argomentazione di Ferrajoli, proprio ponendo la questione dell'internazionalizzazione delle garanzie costituzionali. E sotto questo profilo il processo di costituzionalizzazione europea offre indubbiamente un prezioso paradigma di riferimento. Ma già la considerazione delle difficoltà su questo cammino (non essendo l'Unione Europea uno Stato per mancanza di un popolo unitario come soggetto del potere comune) dovrebbe mettere in guardia da operazioni di mera trasposizione teorica [57]. Il processo di costituzionalizzazione, per essere tale, non può limitarsi alla produzione di assetti normativi di garanzie, deve presupporre un soggetto democratico e un potere comune (Grimm parla a questo proposito di un certo "Anspruchsniveau der Verrechtlichung", che include "demokratischer Ursprung, Vorrang und umfassende Geltung"). Sotto questo profilo, già la costituzione europea costituisce indubbiamente un'anomalia, o un prodotto incompiuto: poiché comunque i membri dell'Unione potrebbero con un ultimo trattato internazionale porla su basi democratiche, diventando parti dei suoi organi, siamo però in presenza, se non di un super-Stato federale costituzionale, di un organismo capace di costituzione ("konstitutionsfähiges Gebilde").

Sul piano internazionale l'avanzare della giuridificazione non può invece consentire, nelle condizioni attualmente esistenti di eterogeneità sociale e politica della società umana, questo salto di qualità (il che non significa negare che ciò sia teoricamente possibile qualora maturassero le condizioni per l'instaurazione di una "repubblica universale" come quella teorizzata da Otfried Höffe). Allo stato attuale qui mancano i presupposti di questa capacità costituzionale e tutto è rimesso all'effettività degli ordinamenti giuridici statali (il che di nuovo non significa negare l'avanzamento della giuridificazione internazionale, ma soltanto prendere atto del fatto che la frammentazione delle istituzioni internazionali ha come conseguenza o l'ineffettività o la settorialità e quindi la frammentarietà della regolamentazione giuridica. Chi parla a questo proposito di costituzionalismo cosmopolitico come se si trattasse di un progresso in atto illude, destando l'impressione che la perdita di rilevanza delle costituzioni nazionali che il processo di globalizzazione comporta possa essere adeguatamente compensata sul piano internazionale [58].

Riabilitazione in che senso?

A collazionare queste diverse diagnosi, che allineano e assommano la crisi dello Stato sovrano, dello Stato nazionale, dello Stato di diritto, dello Stato democratico (e quindi della loro sintesi nello Stato democratico costituzionale) dovrebbe risultare con intrinseca cogenza il responso del definitivo tramonto della statualità. Se a ciò si aggiunge che solo un quinto dell'umanità vive in società che hanno conosciuto la forma moderna e occidentale dello Stato, sembrerebbe pienamente giustificata la conclusione che il disperato aggrapparsi al concetto di Stato debba essere considerato soltanto espressione di una nostalgia ideologica [59].

Le considerazioni fin qui svolte non erano certo orientate ad una sottovalutazione delle significative trasformazioni in atto, intendevano però suggerire il dubbio che non sia la classica ideologia europea della statualità – che ha trovato il suo compimento nella figura dello Stato costituzionale democratico – a costituire l'insormontabile ostacolo verso il compimento della modernità e la realizzazione delle sue promesse. Un conto è poi la diagnosi, un altro conto la valutazione. Un processo che conduce oltre la statualità non necessariamente deve sfociare in formazioni giuridiche più avanzate, può anche comportare il semplice regresso verso aggregati di poteri non disciplinati o non disciplinabili. Può soprattutto condurre verso assetti di potere che esibiscono facciate umanitarie, liberali e garantistiche, ma che nella realtà albergano tassi di diseguaglianza, coercizione e arbitrio superiori a quelli tradizionalmente tollerati entro la cornice di uno Stato di diritto. Nello spirito di un'antica tradizione etatistica, uno studioso tedesco ha ancora di recente formulato con ruvida franchezza il nocciolo della questione: chi nello Stato cerca una protezione della libertà contro poteri che la minacciano, chi vi cerca tutela per i deboli contro i più forti, "deve cercare lo Stato forte" [60]. La forza può naturalmente essere distribuita tra poteri distinti e tra livelli che vanno dal locale al sovranazionale. Ma importante è che essa continui ad essere disciplinata nelle forme giuridiche della statualità.

Che li si voglia qualificare o meno sovrani, gli Stati possono e debbono (ne hanno la capacità ed è bene che sia così) restare soggetti che operano in funzione complementare, cooperativa e sussidiaria (e nei modi definiti dal diritto internazionale) assieme alle organizzazioni sovranazionali. Il futuro degli Stati si gioca non in rotta di collisione con queste organizzazioni ma in cooperazione con esse,

che devono poter crescere nelle loro funzioni da organi di tutela della pace e dei diritti umani in "custodi di statualità". I movimenti e gli attori della società civile mondiale hanno certamente da svolgere in questo processo di riorganizzazione globale un ruolo importante nel contrastare le degenerazioni e le patologie del potere negli Stati e nelle organizzazioni sovranazionali: ma costituisce una pericolosa illusione ritenere che questa loro azione debba indirizzarsi contro le moderne e ormai anacronistiche logiche della statualità.

E parimenti: per quanto sia vero che sono oggi in atto a livello nazionale processi di destatualizzazione relativamente compensati a livello internazionale da processi di giuridificazione, è erroneo assumere che la loro complementarità dischiuda in positivo un processo di costituzionalizzazione del sistema internazionale: tale processo non è in atto e non è nemmeno immaginabile nel breve e medio periodo. Questo perché quei processi internazionali di giuridificazione hanno due vettori diversi e tra loro contrastanti, lo sviluppo del diritto commerciale (*lex mercatoria*) da un lato e la garanzia dei diritti fondamentali dall'altro, ma mancano della colonna portante e dell'azione mediatrice di un potere pubblico, mentre i processi nazionali di destatualizzazione finiscono per indebolire e svuotare le stesse costituzioni, che non possono incidere né a livello formale né a livello materiale su atti giuridici di organizzazioni internazionali che fanno sentire i loro effetti anche all'interno degli Stati. Ancora una volta, parlare di costituzionalismo cosmopolitico in questa situazione vuol dire semplicemente abbandonarsi all'illusione che la perdita di rilevanza degli Stati e delle costituzioni nazionali possa essere sufficientemente compensata sul piano internazionale da organismi dotati di poteri-facciata o comunque controllati dalla *Realpolitik* dei soggetti statali ancora in grado di esercitare la loro sovranità [61].

Note

1 Cfr. J.J. HESSE, *Aufgaben einer Staatslehre heute*, in "Jahrbuch zur Staats - und Verwaltungswissenschaft" 1 (1987), pp. 55-87, C. OFFE, *Die Staatstheorie auf der Suche nach ihrem Gegenstand. Beobachtungen zur aktuellen Diskussion*, in *ivi*, pp. 309-20, T. ELLWEIN, J.J. HESSE (a cura di), *Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?*, Nomos, Baden-Baden 1990, E. DENNINGER, *Der gebändigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden 1990, R. VOIGT (a cura di), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, Nomos, Baden-Baden 1993, TH. ELLWEIN, J. J. HESSE, *Der überforderte Staat*, Nomos, Baden-Baden 1994, P. SALADIN, *Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt*, Bern 1995, S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz – Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation*, Duncker & Humblot, Berlin 1998, U. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Mohr, Tübingen 2001, H. STEIGER, *Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?*, in "Der Staat", 41, 2002, pp. 331-357, D. GRIMM, "Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung", in AA.VV., *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Mohr, Tübingen 2004, pp. 145-167, U. SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem*, Mohr, Tübingen 2004, R. STURM, "Perspektiven des Staates im 21. Jahrhundert", in A. GALLUS, E. JESSE (a cura di), *Staatsformen. Modelle politischer Ordnung von der Antike bis zur Gegenwart. Ein Handbuch*, Böhlau, Köln 2004, pp. 371-399, P. KIRCHHOF, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit. Von Privileg und Überfluss zu einer Kultur des Masses*, Schöningh, Paderborn 2004, p. 44, ID., *Der Staat – eine Erneuerungsaufgabe*, Herder, Freiburg 2005.

2 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano 1995.

3 Tipica a questo proposito la posizione della scuola schmittiana nel secondo dopoguerra (a partire dalle posizioni di Ernst Forsthoff), su cui ora molto dettagliatamente F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, Oldenbourg, München 2004.

4 Così, *La phobie d'Etat*, è intitolato il breve testo apparso su "Libération" nel 1984, non compreso nella raccolta *Dits et Ecrits*, che ho sott'occhio nella traduzione tedesca, "Staatsphobie", in U. BRÖCKLING, S. KRASMANN, T. LEMKE (a cura di), *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2000, pp. 68-71: qui Foucault afferma di volersi risparmiare una "teoria dello Stato" come una sorta di universale politico; tale lo Stato non è, come non è un "autonoma fonte di potere". In forma più temperata questa fobia si riscontra di frequente nella letteratura socio-antropologica: cfr. M. ABÉLÈS, *Anthropologie de l'état*, Colin, Paris 1990, p. 171: "Trop longtemps nous avons été obnubilés par l'Etat; nous avons été fascinés par l'omniprésence dans le monde moderne des institutions, des appareils, des organisations".

5 Naturalmente a questo fine la teoria contemporanea poteva richiamarsi ad una quasi bimillenaria tradizione cristiana di diffamazione degli ordinamenti politici coercitivi risalente ad Agostino: cfr. T. CLAER, *Negative Staatlichkeit. Von der "Räuberbande" zum "Unrechtsstaat"*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2003. Sul diritto pubblico come disciplina eminentemente aporetica M. HOCHHUTH, *Relativierung des Öffentlichen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2000.

6 P. HANSER, T. V. TROTHA, *Ordnungsformen der Gewalt. Reflexionen über die Grenzen von Recht und Staat an einem einsamen Ort in Papua-Neuguinea*, Westdeutscher Verlag, Köln 2002, p. 313 ss. Sui processi di dissoluzione della statualità in contesti non occidentali cfr., a partire dal fortunato articolo di R. Kaplan su *The Coming Anarchy* (1994), ora in *The Coming Anarchy. Schattering the Dreams of the Post Cold War*, Random House, New York 2000, I.W. ZARTMAN (a cura di), *Collapsed States. The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority*, Boulder-London 1995, M. VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, E. EPPLER, *Vom Gewaltmonopol zum Gewaltmarkt? Die Privatisierung und Kommerzialisierung der Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2002.

7 M. STOLLEIS, "Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?", in A. HÉRITIER, M. STOLLEIS, F. W. SCHARPF (a cura di), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, Nomos, Baden-Baden 2004, p. 23.

8 Per la transizione dal modello del Keynesian Welfare National State allo Schumpe-

terian Workfare Postnational Regime, cfr. B. JESSOP, "The European Union and Recent Transformations in Statehood", in S. PUNTSCHER RIEKMANN, M. MOKRE, M. LATZER (a cura di), *The State of Europe. Transformations of Statehood from a European Perspective*, Campus, Frankfurt a. M. 2004, pp. 75-94.

9 Cfr. ad esempio C. TILLY, *L'oro e la spada. Capitale, guerra e potere nella formazione degli Stati europei 990-1990*, Ponte alle Grazie, Firenze 1991.

10 Oltre alla letteratura menzionata nelle note 1 e 3 cfr. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, Beck, München 2000.

11 Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002. M. MEUMANN, R. PRÖVE, "Die Faszination des Staates und die historische Praxis. Zur Beschreibung von Herrschaftsbeziehungen jenseits teleologischer und dualistischer Begriffsbildungen", in ID. (a cura di), 2004, pp. 11-49.

12 Cfr. E. KERN, *Moderner Staat und Staatsbegriff, Rechts und Staatswiss*. Verlag, Hamburg 1949.

13 Sul punto mi soffermo nell'introduzione all'antologia, da me curata in collaborazione con M. Ponso, STATO, Laterza, Roma-Bari 2004.

14 Cfr. F. ERMACORA, *Allgemeine Staatslehre. Vom Nationalstaat zum Weltstaat*, Duncker & Humblot, Berlin 1970, P. PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, Springer, Wien-New York 1996, U. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, cit., TH. FLEINER, L. R. BASTA FLEINER, *Allgemeine Staatslehre. Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*, Springer, Wien-New York 2004.

15 A. ANTER, *Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen*, Mohr, Tübingen 2004.

16 Cfr. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträgel zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1981, ID., *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2000, p. 189 ss (qui Luhmann si propone però anche di dar conto della sopravvivenza del concetto di Stato nel lessico non solo specialistico dei giuristi). Che alla base della teoria sistemica stia invece un orientamento conservatore e un radicale "Steuerungsskeptizismus" lo mostra bene la monografia di S. LANGE, *Niklas Luhmanns Theorie der Politik. Eine Abklärung der Staatsgesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Wiesbaden 2003; inoltre K.-U. HELLMANN, K. FISCHER, H. BLUHM (a cura di), *Das System der Politik. Niklas Luhmanns Politische Theorie*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2003.

17 Cfr. H.-P. BURTH, A. GÖRLITZ (a cura di), *Politische Steuerung in Theorie und Praxis*, Nomos, Baden-Baden 2001. Per un interessante sviluppo della teoria sistemica in riferimento allo Stato cfr. H. WILLKE, *Supervision des Staates*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997.

18 Un frontale attacco alla teoria sistemica è portato da M. BEYERLE, *Die Vollendung des staatstheoretischen Nihilismus*, in "Der Staat", 36, 1997, pp. 163-87.

19 Per una comparazione dei due approcci cfr. H. BUBLITZ, Foucaults "'Ökonomie der Machtverhältnisse' und Luhmanns 'Politik der Gesellschaft'. Zum Begriff von Politik und Macht in den Theorien von Michel Foucault und Niklas Luhmann", in U. HELLMANN, K. FISCHER, H. BLUHM (a cura di), *Das System der Politik. Niklas Luhmanns Politische Theorie*, cit., pp. 314-325.

20 M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano 1998, p. 30 ss.

21 Per una selezione rappresentativa dell'ampio e controverso dibattito internazionale cfr. D.J. ELKINS, *Beyond Sovereignty: Territory and Political Economy in the Twenty-First Century*, University of Toronto Press, Toronto 1995, S. STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, L. WEISS, *The Myth of the Powerless State. Governing the Economy in a Global Era*, Cambridge University Press, Cambridge 1998, R.B. HALL, T.J. BIERSTEKER (a cura di), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, A.C. CUTLER, *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

22 V. SCHNEIDER, "The Transformation of the State in the Digital Age", in S. PUNTSCHER RIEKMANN, M. MOKRE, M. LATZER (a cura di), *The State of Europe. Transformations of Statehood from a European Perspective*, cit., pp. 51-72.

23 Cfr. U. BECK (a cura di), *Politik der Globalisierung, Suhrkamp*, Frankfurt a. M. 1998, G. TEUBNER (a cura di), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997, ID., "Polykorporatismus: Der Staat als 'Netzwerk' öffentlicher und privater Kollektivakteure", in H. BRUNKHORST, P. NIESEN (a cura di), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1999, pp. 346-72, M. ZÜRN, *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1998, U. BECK, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter. Neue weltpolitische Ökonomie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2002, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari 2003.

24 Cfr. P. HANSER, T. V. TROTHA, *Ordnungsformen der Gewalt*, cit., K. SCHLICHTE, "Staatlichkeit als Ideologie. Zur politischen Soziologie der Weltgesellschaft", in K.-G. GIESEN (a cura di), *Ideologien in der Weltpolitik*, VS verlag fr Sozialwissenschaften 2004, pp. 149-166. Caratteri estremi presenta questa fenomenologia nel continente africano: J. HERBST, *States and Power in Africa. Comparative Lessons in Authority and Control*, Princeton University Press, Princeton 2000.

25 Che il processo di globalizzazione sia contrassegnato da un vuoto di diritto pubblico è tesi condivisa dagli specialisti ma ancora insufficientemente tematizzata: cfr. M. RUFFERT, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, Boorberg, Stuttgart 2004.

26 M. BALDUS, *Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft von öffentlichen Recht*, in "Der Staat", 36, 1997, pp. 381-98, M. STOLLEIS, *Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat?*, cit., pp. 17-30, Badie.

27 Cfr. M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002.

28 Per due efficaci sintesi della dottrina classica vedi N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 1985, N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, il Mulino, Bologna 1997.

29 H. STEIGER, *Geht das Zeitalter des souveränen Staates zu Ende?*, cit., p. 332, ID., *Brauchen wir eine Weltrepublik?*, in "Der Staat", 42, 2003, pp. 249-266.

30 U. SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, cit., p. 445 ss.

31 P. KIRCHHOF, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit. Von Privileg und Überfluss zu einer Kultur des Masses*, cit., pp. 50-51.

32 Su cui cfr. H. LÜBBE, *Abschied vom Superstaat. Vereinigte Staaten von Europa wir es nicht geben*, Siedler, Berlin 1994, S. PUNTSCHER RIEKMANN, M. MOKRE, M. LATZER (a cura di), *The State of Europe. Transformations of Statehood from a European Perspective*, cit.

33 M. STOLLEIS, "Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?", cit., p. 20.

34 Paradigmatica quella di K. OHMAE, *The End of the Nation-State. The Rise of the Regional Economies*, Free Press, New York 1995. Cfr. da ultimo U. BECK, E. GRANDE, *Das kosmopolitische Europa. Gesellschaft und Politik in der zweiten Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2004.

35 A. PIZZORNO, "La dispersione dei poteri", in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, il Mulino, Bologna 2001.

36 Cfr. H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Esi, Napoli 1988.
37 Cfr. P. WILKINSON, *Terrorism Versus Democracy: The Liberal State Response*, Frank Cass, London 2000, B.S. FREY, *Dealing with Terrorism – Stick or Carrot?*, Elgar, Cheltenham 2004.
38 Questa è opinione largamente diffusa tra i giuspubblicisti d'orientamento conservatore: vedi per tutti P. KIRCHHOF, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit*, cit., p. 32.
39 Sull'assenza di un potere pubblico internazionale dotato di effettività M. RUFFERT, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, cit.
40 Cfr. P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002.
41 *Ivi*, p. 364.
42 *Ivi*, p. 365.
43 Cfr. il dibattito raccolto in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001.
44 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992.
45 L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., p. 371 ss.
46 In questa direzione si muove anche nella sua ambiziosa sintesi O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 2002, su cui l'incisiva critica di H. STEIGER, *Brauchen wir eine Weltrepublik?*, in "Der Staat", 42, 2003, pp. 249-266. Rilevante in questo contesto la monografia di M. NEVES, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Nomos, Baden-Baden 2000. Su diverse basi D. ARCHIBUGI, D. BEETHAM, *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Feltrinelli, Milano 1998. Per una prospettiva severamente critica sul cosmopolitismo D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995.
47 M. FIORAVANTI, "Lo Stato di diritto come forma di Stato", in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2001, p. 869.
48 S. CASSESE, *La fabbrica dello Stato, ovvero i limiti della democrazia*, in "Quaderni costituzionali", 24, 2004, p. 254.
49 Per una ricostruzione storica complessiva fondamentale W. REINHARD, *Storia del potere pubblico in Europa*, il Mulino, Bologna 2002.
50 G. TEUBNER, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in "Rechtshistorisches Journal" 15, 1996, pp. 255-290, ID., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, in "Rechtshistorisches Journal" 17, 1998, pp. 234-265, ID. (a cura di), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997.
51 G. TEUBNER, *Globale Bukowina*, cit., p. 259.
52 Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, "Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung", in ID., *Staat - Nation - Europa*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1999, pp. 103-226.
53 D. GRIMM, "Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung", in AA.VV., *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*, Mohr, Tübingen 2004, p.145. Dello stesso autore "Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition", in ID., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1987.
54 D. GRIMM, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, cit., p. 145.
55 *Ivi*, p. 156.
56 *Ivi*, p. 162.
57 Cfr. le osservazioni di Grimm in materia di costituzionalismo europeo già in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino 1996. Per un bilancio recente G.G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, il Mulino, Bologna 2003.

58 D. GRIMM, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, cit., pp. 164-66. Cfr. H. KRIEGER, *Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht*, Berlin 2000.
59 K. SCHLICHTE, *Staatlichkeit als Ideologie*, cit., p. 159, U. BECK, E. GRANDE, *Das Kosmopolitische Europa*, cit., p. 81 ss.
60 P. KIRCHHOF, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit. Von Privileg und Überfluss zu einer Kultur des Masses*, Schöningh, Paderborn 2004, p. 44, ID., *Der Staat – eine Erneuerungsaufgabe*, Herder, Freiburg 2005.
61 D. GRIMM, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, cit., p. 145 ss.