

MICHELE CARDUCCI

***Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale:
per il "diritto alla democrazia" e la tutela contro i mutamenti incostituzionali***

Abstract: *The article analyzes the proposal to institutionalize an International Constitutional Court, developed by the African Union Heads of State Summit and introduced to the General Assembly of the United Nations. The initiative is based on two very important elements for the future of constitutionalism: the recognition of a human right to democracy as a right for participation and social inclusion; the judicial review on the basis of international standards and constitutional changes within the States. In this perspective, the existence of an International Constitutional Court should also avoid the interference of any State in the domestic affairs of another State, justified by abstract democratic values.*

Keywords: *International Constitutional Court; right to democracy; unconstitutional changes; universal protection.*

1. *Premessa*

Il 28 gennaio 2013, la ventesima conferenza dei capi di stato e di governo dell'Unione africana, su impulso della Tunisia, ha formalizzato la richiesta d'istituzione di una corte costituzionale internazionale sotto l'egida dell'ONU.¹ Più precisamente, la conferenza ha incaricato la commissione sul diritto internazionale della stessa Unione (l'*AUCIL*) a impostare i contenuti di una risoluzione da far votare in una successiva riunione, per poi trasmetterla al segretario generale dell'ONU e permetterne l'inserimento all'ordine del giorno della sessantanovesima sessione dell'assemblea generale, programmata per settembre 2014, con la qualificazione della corte costituzionale come nuovo organo dell'ONU ai sensi dell'art. 22 dello statuto. Già nel corso della sessione del settembre 2012, il presidente della Repubblica di Tunisia, Mohamed Moncef Marzouki, ne aveva preannunciato l'avvio, con un suo intervento in assemblea generale, al quale egli stesso ha fatto seguire, nel maggio 2013, un congresso internazionale di diritto costituzionale tenutosi sempre in Tunisia, a Cartagine, per verificare limiti e potenzialità di questo possibile strumento di giustizia costituzionale universale, nel confronto, tra l'altro, con

¹ Cfr. *doc. Assembly/AU/12 (XX) Add.1.*

gli obiettivi dell'*Agenda post 2015* che l'ONU vorrebbe attivare anche sul fronte del rafforzamento globale dello Stato di diritto.

La proposta di risoluzione, che dovrebbe preludere al percorso istitutivo del nuovo organo, fonda l'istanza su una serie di riferimenti normativi, così di seguito sintetizzabili: esistenza di un impegno formale universale di tutti gli Stati aderenti alle Nazioni Unite a rispettare i valori universali della democrazia, dello stato di diritto e dei diritti umani, sanciti negli strumenti internazionali, sulla base del principio di buona fede; accettazione del principio dell'autodeterminazione dei popoli; richiamo al patto internazionale sui diritti civili e politici, alla convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne e alla convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, come fonti di legittimazione di una partecipazione democratica inclusiva e paritaria, da garantire attraverso meccanismi di contenzioso universale e uguale per tutti i cittadini e le associazioni politiche e sociali degli Stati.

L'iniziativa, pertanto, presenta la significativa caratteristica di collegare l'idea di una corte costituzionale internazionale non tanto (o non solo) al rafforzamento unitario della tutela dei diritti umani come situazioni soggettive individuali e collettive, né certamente all'attribuzione di una specifica potestà di "interferenza" interstatale, bensì alla garanzia della democrazia come forma di governo universalmente riconosciuta nei suoi caratteri distintivi a base della pace tra i popoli e tra gli individui e come tale tutelabile in modo unitario da un unico organo internazionale ad accesso plurale e non solo statale. Non a caso, il documento evoca precedenti risoluzioni ONU in tema di consolidamento delle nuove o ripristinate democrazie, come le nn. 64/155 del 18 dicembre 2009 e 66/163 del 19 dicembre 2011.

In questa sede, si vogliono richiamare alcuni spunti di tale inedita prospettiva, nella presa d'atto della disattenzione generale che la dottrina costituzionalistica italiana ha mostrato verso questo coraggioso esperimento: esperimento tutto di origine e ispirazione africane e proprio per questo ancor più degno di nota, perché sposta l'asse del dibattito sul costituzionalismo globale dalla dimensione, non poche volte retorica e ridondante, del cosiddetto "dialogo" tra i giudici, incentrato esclusivamente sulla tutela dei diritti umani di contenuto individuale e marginalmente influente sulle forme politiche di con-

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

vivenza dei singoli contesti statali, alla dimensione della giustiziabilità, unica e universale, delle prassi democratiche di partecipazione deliberativa e di inclusione sociale, al fine di costruire un vero e proprio “diritto alla democrazia” come accesso unico e uniforme alla giustizia per l'effettività di tutti i diritti umani, a partire da quelli politici.²

Nel 1999, proprio Mohamed Moncef Marzouki aveva pubblicato, sul quotidiano francese «Liberation», un articolo in cui suggeriva l'attivazione di meccanismi giudiziari internazionali di tutela costituzionale delle giovani democrazie. Nel 2006, il professore tunisino Yadh Ben Achour ha ripreso lo spunto, proponendolo all'attenzione dell'Accademia Internazionale di diritto costituzionale e consentendo così di arrivare, nel 2011, all'avvio di un gruppo di lavoro composto, oltre che dallo stesso Yadh Ben Achour, dai professori Monique Chemillier Gendreau (Francia), Ghazi Gherairi e Ferhat Horchani (Tunisia), Maurice Kamto (Camerun), Laghmani Slim (Tunisia), Ahmed Mahiou (Algeria), Christian Tomuschat (Germania), incaricati di impostare le basi per la progettazione di un modello di corte costituzionale internazionale. A seguito di questa prima istruttoria, si è deciso di istituire un vero e proprio “comitato *ad hoc*”, coordinato da Ahmed Ouerfelli, consigliere giuridico del presidente tunisino, con il compito di difendere, nei dibattiti scientifici nazionali e internazionali, l'idea della corte costituzionale internazionale e definire le linee portanti di un suo possibile statuto.

² Sul tema del “diritto alla democrazia”, bisogna ricordare il dibattito esistente a livello internazionale, incentrato su quattro linee di analisi e confronto. La prima è più spiccatamente di natura filosofico-morale e si può far risalire all'impostazione di J. RAWLS (*The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, specialmente le pp. 77 ss.) e al dibattito suscitato intorno alle sue tesi (A. BERNSTEIN, *A Human Right to Democracy? Legitimacy and Intervention*, in D. REIDY and R. MARTIN, eds., *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?*, Oxford, Blackwell, 2006, e A. BUCHANAN, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, specialmente le pp. 145 ss.). La seconda discute della qualificazione del “diritto alla democrazia” come diritto umano individuale e collettivo eventualmente giustiziabile (J. COHEN, *Is There A Human Right to Democracy?*, in CH. SYPNOVICH, ed., *The Egalitarian Conscience*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 226-248; J. NICKEL, ed., *Making Sense of Human Rights*, Oxford, Blackwell, 2006; J. MANDLE, *Global Justice*, London, Polity Press, 2006). La terza approfondisce il nesso tra composizione delle istituzioni internazionali e rivendicabilità del “diritto alla democrazia” (D. MILLER, *National Responsibility and Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, e TH. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1996). La quarta, infine, distinguendo tra diritto all'autodeterminazione e “diritto alla democrazia”, qualifica quest'ultima come elemento costitutivo del principio di non discriminazione (T. MIKETIAK, *Nondiscrimination and the Human Right to Democracy*, in «Gnosis», XII, 1, 2011, pp. 30-40). Si veda anche J.A. GEEVER-OSTROWSKY, *Considering a Human Right to Democracy*, Thesis, Georgia State University, 2011, http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/87.

2. Una corte garante del “diritto alla democrazia”

Come accennato, la corte servirebbe ad attivare un sistema unico ed unitario di accesso ad una giustizia costituzionale di tutela del “diritto alla democrazia”, inteso sia come diritto formalmente stabilito e sancito in molti strumenti internazionali, tanto universali quanto regionali, sia come prassi di partecipazione, inclusione sociale e soprattutto non elusione di tutti i meccanismi di contorno alle deliberazioni democratiche (dal diritto all’informazione alla tutela delle minoranze e delle opposizioni, alla trasparenza dei finanziamenti, al *lobbying*, ecc.).

Non sembra, infatti, plausibile predicare una “costituzionalità internazionale”, spesso riconosciuta anche a livello formale delle “clausole di apertura” di molte costituzioni verso gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, che operi asimmetricamente sul fronte dell’omogeneità degli standard di tutela di quei diritti partecipativi e politici interni alle procedure di decisione pubblica. Da tale angolo di visuale, il cosiddetto “dialogo” tra i giudici risulta ancora oggi molto poco “cosmopolita”, dato che non solo le corti costituzionali domestiche, ma anche i giudici internazionali, a partire dalle tre corti convenzionali sui diritti umani (europea, interamericana e africana), preferiscono “arginare” gli effetti delle loro sentenze sugli assetti domestici delle forme di governo, attraverso tecniche di “contestualizzazione” degli argomenti e delle regole prodotte.

Valgano alcuni esempi: dal richiamo al “margine di apprezzamento” nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo,³ alla giustificazione, esplicitamente formalizzata nel caso *Gelman vs. Uruguay* del 2011, del “controllo di convenzionalità” sulle procedure deliberative democratiche da parte della corte interamericana dei diritti umani;⁴ dal caso *Tanganika Law Society et al. vs. Tanzania*,⁵ risolto dalla corte africana

³ Anche se il ricorso al “margine di apprezzamento” ha risposto ad esigenze e argomenti diversi nella giurisprudenza CEDU: ora giustificandosi per l’assenza di “concezioni uniformi” o di un “terreno comune” di confronto fra gli Stati; ora fondandosi sulla presenza, all’interno dello Stato coinvolto, di una “maggioranza politica e ideologica” che racchiude e interpreta l’identità costituzionale di un paese o le sue “tradizioni nazionali”; ora riferendosi alla riscontrabile “razionalità” delle scelte legislative nazionali. Cfr., per tutti, S. GREER, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in «UCL Human Rights Review», III, 2010, pp. 1-14.

⁴ J.M. MOCOROA, *Justicia transicional, amnistia y Corte Interamericana de derechos humanos: el caso “Gelman” y algunas inquietudes*, in M. CARDUCCI – P. RIBERI, a cura di, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 88-102. Pertanto, a differenza

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

dei diritti dell'uomo e dei popoli nel 2013 in base allo specifico contesto del singolo paese, alla decisione della corte suprema messicana n. 82/2001 (decisione di rigetto) sulla partecipazione delle comunità indigene ai procedimenti di riforma della costituzione.⁶

L'apertura universalistica, che la famosa decisione della corte internazionale di giustizia del 1986 (*Nicaragua vs. Stati Uniti d'America*) sembrava aver tracciato sulla via dell'affermazione di un principio di "libera scelta del sistema politico, economico e sociale" come vera e propria "autonomia costituzionale" garantita per via giudiziale,⁷ non ha ancora prodotto un'uniformazione di regole e principi a fondamento di un'effettiva universalizzazione dei contenuti e delle procedure della democrazia a garanzia dei diritti. Eppure gli strumenti internazionali, cui comunque le costituzioni di molti Stati si richiamano e le stesse giurisprudenze "dialoganti" invocano a giustificazione del "dialogo" stesso, sembrerebbero suggerire una declinazione diversa. Basti pensare all'art. 21 della dichiarazione universale dell'ONU e all'art. 25 del patto sui diritti civili e politici.

Proprio per la consapevolezza di questa asimmetria, l'ipotesi di corte costituzionale internazionale è stata configurata, dagli artefici dell'iniziativa africana, nell'attribuzione di una duplice funzione, sia preventiva consultiva che successiva giurisdizionale, attivabile da parte non solo degli Stati ma anche di altri componenti della società politica, come organizzazioni internazionali, ONG, partiti politici, associazioni nazionali e organizzazioni professionali. Se l'obiettivo è quello di universalizzare l'apprendimento delle prassi, e non solo delle forme, della democrazia in termini di effettiva partecipazione e

del contesto europeo, dove comunque l'"identità costituzionale" di uno Stato è rispettata sia formalmente (art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea) sia sul piano sostanziale degli argomenti da utilizzare nella soluzione del caso concreto (attraverso il ricorso alla tecnica argomentativa del cosiddetto "margine di apprezzamento" da parte della Corte europea dei diritti umani), nel contesto americano, secondo la decisione "Gelman", «la legittimazione democratica di determinati fatti o atti è limitata dalle norme e dai vincoli internazionali di protezione dei diritti umani», sicché spetterà comunque al giudice internazionale sancire la sussistenza di un «vero regime democratico nelle sue caratteristiche formali e sostanziali», dovendo qualsiasi istanza democratica nazionale, sia rappresentativa che partecipativa e diretta, sottostare comunque alla condizione del «controllo di convenzionalità [...], funzione e compito di qualsiasi autorità pubblica, non solo giudiziale».

⁵ Cfr. V. PIERGIGLI, *La corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli giudica sulla violazione dei diritti di partecipazione politica e delle regole democratiche in Tanzania*, in «Federalismi.it», Focus Africa, 6, 2014 pp. 1-17.

⁶ Cfr. J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, *La Corte y los indígenas*, in «Boletín Mexicano de Derecho Comparado», XXXVI, 107, 2003, pp. 725-733.

⁷ Cfr. M. KAMTO, *Constitution et principe de l'autonomie constitutionnelle*, in *Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, VIII, Tunis, Cedex, 2000, pp. 141-146.

inclusione, non è ammissibile che l'accesso sia riservato alla sola finzione formale che contiene quella prassi (lo Stato) e non invece ai suoi attori reali che la vivono e l'alimentano (cittadini organizzati, partiti, associazioni, ecc.).

La sfida, pertanto, è radicalmente innovativa: dall'ingerenza interstatale sulle questioni costituzionali interne, dichiarata illegittima dalla decisione della corte internazionale di giustizia nel 1986, si passerebbe alla socializzazione del principio di autodeterminazione, attraverso l'accesso diffuso ad un giudice universale della democrazia. Del resto, in sede giurisdizionale, la corte dovrebbe essere chiamata a verificare le violazioni dei principi e delle regole democratiche all'interno degli Stati, proprio a tutela dei loro attori sociali. Ecco allora che il "diritto alla democrazia", da semplice autonomia volontaria (ovvero da "autoctonia costituzionale" non condizionata dall'esterno⁸), verrebbe ad essere riconosciuto come vera e propria situazione soggettiva che potremmo definire "procedimentale", ossia funzionale alla regolarità e correttezza delle procedure democratiche quali basi universali di qualsiasi altro diritto umano.

Nella ipotesi fatta propria dall'Unione africana, la corte dovrebbe essere composta di 21 giudici eletti dall'assemblea generale delle Nazioni Unite, sulla base di una lista di persone designate da un collegio composto dai giudici della corte internazionale di giustizia, della corte penale internazionale e dei componenti della commissione di diritto internazionale. Le norme parametro del suo giudizio si estenderebbero a tutti gli strumenti internazionali, universali e regionali, che riguardano i diritti dell'uomo, in quanto la prospettiva di tutela e giustiziabilità investirebbe appunto l'effettività di quei diritti grazie all'effettività delle regole e delle prassi democratiche interne a ciascuno Stato. Le costituzioni domestiche, dal canto loro, opererebbero da una sorta di norma interposta⁹.

Riemergerebbe, in questo modo, quella visione del "diritto costituzionale internazionale" comprensiva delle due anime originarie dei due campi di disciplina: la "tecnica

⁸ M. HERRERO DE MIÑON, *Autoctonia constitucional y poder constituyente*, in «Revista de Estudios Políticos», 169-170, 1970, pp. 79-122.

⁹ Tra l'altro, è interessante osservare che tale ipotesi sembra essere proprio quella che ispira le disposizioni degli articoli da 20 a 26, in combinato disposto con gli artt. 60 e 61, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, nella misura in cui l'"autonomia costituzionale" – come attributo dell'"autodeterminazione dei popoli" ivi riconosciuta – è coniugata con standard internazionali di tutela della stessa attraverso i diritti umani.

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

della libertà” (per il diritto costituzionale) e la “tecnica della pace” (per il diritto internazionale), dove la pace non si traduce nella sola dimensione interstatale “indifferente” alle dimensioni domestiche di convivenza pacifica, ma includa, come avevano intuito le prime teorizzazioni sul “diritto costituzionale internazionale”,¹⁰ un insieme di regole e principi comuni sul funzionamento delle istituzioni e sulla limitazione dei poteri *dentro* e *fuori* degli Stati: ossia come difesa internazionale della costituzione e non solo dello Stato; *Verfassungsschutz* e non solo *Staatsschutz*.

3. Un controllo universale sui mutamenti costituzionali incostituzionali, prendendo spunto dai casi di Honduras e Niger

La funzione garante della corte costituzionale internazionale, così congegnata, non metterebbe in discussione l'infungibilità dei ruoli, sia tra organi che tra atti, all'interno degli Stati, a partire dal principio della separazione dei poteri. Enfatizzerebbe, al contrario, la sovranità democraticamente esercitata in una legalità conforme a principi e standard universali, sottesi ai documenti internazionali accolti dalla stragrande maggioranza degli Stati e così sottratti all'alibi domestico dell'insindacabilità per “questione politica”.

Del resto, che questo compito di “standardizzazione” possa essere affidato a un giudice “materialmente” costituzionale – come l'ipotizzata corte internazionale – è possibilità già accettata da molti Stati all'interno delle loro dinamiche tra legislazione e giurisdizione, in quanto è da tempo in atto un processo di progressivo avvicinamento, in struttura e funzione, delle due attività, chiamate entrambe a farsi carico dell'“impatto” nell'esperienza dei rispettivi procedimenti in termini di legittimazione e di tutela dei diritti. Quindi, la promozione di una giurisprudenza costituzionale internazionale mirebbe prioritariamente non alla “inclusione giurisprudenziale” (come accertamento di diritti fondamentali negati in qualche contesto nazionale), bensì alla vera e propria “integrazione politica” dei soggetti sociali ormai operanti in tutti i livelli nazionali, regionali o internazionali della mobilitazione politica e sociale (dalle ONG alle associazioni, ai partiti politici, ecc.).

¹⁰ Mi riferisco agli importanti scritti di Y. GOUET, *La consuetudine nel diritto costituzionale interno e internazionale* (1932), Lecce-Cavallino, Pensa, 2007, e B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Droit Constitutionnel International*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933.

Si spiega da quest'angolo prospettico la circostanza che la proposta provenga proprio dal contesto africano, dove l'intimo legame tra tutela dei diritti e consolidamento della democrazia, da presupposto dei processi di integrazione sovranazionale e di dialogo internazionale come avviene in Europa, è assunto invece a obiettivo "diffuso" – ossia rivendicabile da più attori, sia istituzionali che sociali – di accesso al giudice sovranazionale. Ne offrono conferma l'Atto costitutivo dell'Unione africana (in vigore dal 2001, con gli artt. 3 e 4) e la Carta africana sulla democrazia (in vigore dal 2012, specialmente con gli artt. 2 e 3).¹¹ Tuttavia, le implicazioni aperte da questo nuovo scenario non si limitano alla sola dimensione della tutela del diritto universale alla "integrazione politica"; finiscono con l'investire anche la validità delle costituzioni domestiche dei singoli Stati, con riguardo specifico agli effetti di "rafforzamento" proprio della loro rigidità costituzionale e dei limiti al mutamento costituzionale incostituzionale.

È necessaria una spiegazione. La giustiziabilità del "diritto alla democrazia" significa anche la possibilità di rendere giustiziabili, e quindi affidabili ad argomenti giuridici di conformità a regole e principi, i temi dei limiti al mutamento riferibili non solo al rispetto dei diritti inviolabili ma anche alla permanenza delle procedure e delle forme di legittimazione del potere, sancite da una costituzione. In genere, questo secondo compito è sempre rimasto interno alle previsioni di ciascun ordinamento statale, attraverso la codificazione di clausole allo scopo dedicate, ora come "pietrificazione" di una determinata forma di potere (si pensi alla clausola della "forma repubblicana" sancita dall'art. 139 della costituzione italiana),¹² ora come rivendicazione di specifici diritti soggettivi contro i mutamenti incostituzionali (come nel caso del cosiddetto "diritto all'insurrezione"¹³), ora come limiti "logici" (il *puzzle* di Alf Ross) o "assiologici" (appunto i diritti "inviolabili").

Tuttavia, questa tecnica di tutela, anche quando astrattamente giustiziabile, non ha mai potuto scongiurare la forza del fatto incostituzionale all'interno dell'ordinamento

¹¹ A. MANGU – B. MBATA, *African Civil Society and the Promotion of the African Charter on Democracy, Elections and Governance*, in «African Human Rights Law Journal», XII, 2, 2012, pp. 348-372.

¹² Sulle clausole di "pietrificazione", cfr. I. COLOMBO MORÚA, *Limites de las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, Buenos Aires, Astrea Depalma, 2011.

¹³ Cfr. E.A. SÁNCHEZ, *El derecho constitucional a la insurrección*, in *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho constitucional*, Tomo 2, Lima, Idemsa, 2009, pp. 130-136.

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

stesso. Lo dimostrano due vicende singolarmente tra loro parallele, ancorché con presupposti costituzionali domestici e sovranazionali internazionali molto diversi: il colpo di stato in Honduras del 2009, in presenza di una costituzione che, più dettagliatamente di qualsiasi altra al mondo, “pietrifica” limiti procedimentali e di forma del potere così come codifica diritti fondamentali di “contrasto” al mutamento incostituzionale, ma in assenza di una referenza sovranazionale o internazionale di “difesa” di quella costituzione; il colpo di stato in Niger nel 2010, in assenza di una costituzione altrettanto “pietrificata”, ma in presenza di determinati indirizzi sovranazionali e internazionali sulla “difesa” della costituzione.¹⁴

Con riguardo all'Honduras, ci si riferisce alla destituzione del presidente della repubblica, Manuel Zelaya, consumatasi nel 2009 in (apparente?) applicazione proprio di specifiche disposizioni costituzionali. La costituzione dell'Honduras, con gli artt. 373, 374 e 375, costruisce un sistema super-rigido e super-“pietrificato” della costituzione, per le seguenti caratteristiche:

- a. impone la revisione formale solo per singoli articoli già inseriti nella stessa costituzione, con deliberazione a maggioranza di due terzi da ripetere per due legislature consecutive differenti (art. 373);
- b. impone il divieto, “in qualsiasi caso”, di revisione del procedimento disciplinato, evitando così il meccanismo della doppia revisione o della deroga/specialità (art. 374);
- c. “pietrifica” autoreferenzialmente la previsione *sub b*, che non potrà “in nessun caso” essere “riformata” (senza specificare se “modificata” o “abrogata”) (art. 374);
- d. “pietrifica” gli articoli costituzionali (senza menzionarli esplicitamente), i cui contenuti si riferiscono a forma di governo, territorio nazionale, durata del mandato presidenziale, divieto di rielezione presidenziale (art. 374);
- e. “pietrifica”, quindi, la vigenza della costituzione intera non solo in caso di “abrogazioni” ma anche di “modificazioni” che procedano in violazione degli arti-

¹⁴ In ogni caso, per una rappresentazione delle diverse concettualizzazioni della “difesa” della Costituzione, cfr. P. COSTA, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2012.

coli prima indicati, aggiungendovi anche i casi di qualsiasi altra “modalità” non contemplata dalle disposizioni precedenti, sia di tipo “formale” che “informale”, come “atti di forza” e “qualsiasi altro mezzo o procedimento distinto da quelli disposti dalla stessa costituzione” (art. 375);

- f. non “pietrifica” contenuti sostantivi sui diritti o le loro garanzie, ma solo contenuti e procedimenti relativi alla competenza, sia essa “formale” che “informale”, sia essa riferita alla “abrogazione” che alla “riforma”.

Si tratta, come si può vedere, di un sistema di disposizioni che racchiude tutte le tipologie di “irrigidimento” e “pietrificazione”, riscontrabili in altre esperienze di scrittura costituzionale. Del resto, esso impone:

- la non riformabilità per modalità e casi non esplicitamente previsti;
- la non modificabilità di una serie di articoli su assetti di funzioni e competenze;
- l’inviolabilità di una serie di contenuti relativi a quegli assetti di funzioni e competenze;
- l’irrevocabilità di alcune disposizioni;
- la tassatività delle competenze, formali e informali, di riforma o abrogazione.

Inoltre, l’art. 375 prevede pure che, in caso di violazione di queste “pietrificazioni”, qualsiasi cittadino, anche se “non investito di autorità”, sia chiamato a “collaborare al mantenimento o ristabilimento della vigenza” della costituzione violata, mentre i “responsabili dei fatti” produttivi di tale violazione, potranno essere deferiti davanti alle autorità giudiziarie ricostituire per rispondere dell’illecito costituzionale di “usurpazione dei poteri pubblici”. Sembrerebbe la quadratura del cerchio sul tema dei limiti formali e materiali al mutamento, estesi – tali limiti – dalle rigidità procedurali alla “pietrificazione” con divieto di forme procedurali “elusive” e persino dei mutamenti informali, quando realizzati con “atti di forza”, in nome, si potrebbe concludere, di un “diritto alla democrazia” nella gestione dei mutamenti costituzionali, giustiziabile per via penale attraverso la previsione dell’illecito di “usurpazione di potere”.

Ma è effettivamente così? È questo il modo più efficace e stabile per garantire il “diritto alla democrazia”? Invero, la vicenda del presidente Zelaya ha fatto insorgere inediti interrogativi, rispetto alla “perfezione” previsionale di questi articoli: che cosa succede

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

nel caso di manifestazione di “intenzioni” o di mere “proposte” di modifica di questo assetto “pietrificato”? Esiste un giudice che possa giudicare ragionevolezza e proporzionalità di simili “comportamenti”, non ancora sfociati in veri e propri atti costituzionali di mutamento effettivo delle forme di potere? È sempre legittima, indipendentemente dalle forme (e dunque sempre “democratica”) la “insurrezione” contro tali comportamenti? In che cosa può consistere l'illecito costituzionale di “usurpazione di potere” quando la stessa costituzione lo formalizza anche attraverso l'enunciato onnicomprensivo di “qualsiasi altro mezzo o procedimento distinto da quelli disposti dalla stessa costituzione” (art. 375)? Zelaya, infatti, non aveva consumato uno specifico “atto di forza”, né proposto formalmente modifiche specifiche dei tre citati articoli. Quindi, egli formalmente non aveva violato l'art. 375. Com'è noto, aveva semplicemente manifestato la “intenzione” di indire un referendum (competenza a lui spettante) avente ad oggetto una riforma costituzionale che modificasse quei limiti. Pertanto, ci si è trovati di fronte alla “intenzione” di promuovere la partecipazione popolare per il superamento dei limiti di cui all'art. 375 della costituzione. Tuttavia, per tale “intenzione” di partecipazione popolare, in nome della “legalità” dell'art. 375, Zelaya è stato destituito.

Come si pongono allora le “pietrificazioni” di fronte alle “intenzioni” di coinvolgimento popolare sul loro superamento? Si tratta davvero di “atti di forza”, per il semplice fatto di non essere contemplate dalla stessa costituzione? E può il coinvolgimento popolare essere ricondotto all'“atto di forza”?¹⁵ Siamo di fronte al classico dilemma dell'autoreferenzialità costituzionale, che l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS) non ha saputo risolvere, perché priva di strumenti di “sdrammatizzazione” del dilemma attraverso istanze e standard condivisi di valutazione e giudizio esterni allo Stato.

Anche il colpo di stato in Niger, nel febbraio 2010, ha riproposto lo stesso dilemma. La destituzione del presidente nigerino Mamadou Tandja è una conseguenza del suo tentativo, consumatosi l'anno precedente, di estendere il suo mandato oltre i limiti previsti dalla costituzione, attraverso lo scioglimento del parlamento, la nomina di una nuova corte costituzionale e l'indizione di un referendum di prolungamento del suo

¹⁵ Sul cortocircuito determinatosi in Honduras, cfr. A. FRIEDMAN, *Dead hand Constitutionalism: The Danger of Eternity Clauses in New Democracies*, in «Mexican Law Review», IV, 1, 2011, pp. 78-96.

mandato per altri tre anni. Tuttavia, a differenza di Zelaya, in Niger non si sono manifestate “intenzioni” nel formale rispetto della costituzione: la costituzione è stata apertamente violata, in assenza, tra l’altro, degli articolati meccanismi di “reazione” contemplati dal testo dell’Honduras.¹⁶ Nel contempo, l’Unione africana, per condannare l’evento, ha deliberato di ampliare la definizione di “cambiamento di governo incostituzionale”, contemplata nei suoi atti costitutivi, includendo anche i processi di trasformazione della costituzione imposti dai *leaders* in carica per restare al potere e, in questo modo, inquadrare *ex post* la fattispecie domestica del Niger.

I casi di Honduras e Nigeria certificano, quindi, la limitatezza delle risposte interne ad un unico ordinamento che pretende l’esclusività del proprio auto-fondamento di fronte al problema del mutamento in un quadro universale di riconoscimento dei diritti umani;¹⁷ dimostrano altresì la possibilità di superamento solo nel momento in cui, dalla qualificazione dei limiti in termini logici interni al sistema normativo stesso, si passa alla loro accettazione come elementi di un parametro universale di controllo delle procedure e delle forme di esercizio del potere, giudizialmente sanzionabili secondo standard universali.

In questa seconda ottica, un intervento esterno in via consultiva o giudiziale di una corte costituzionale internazionale non avrebbe sortito effetti di “interferenza” sulla sovranità, ma di verifica della correttezza, accettabile in quanto universalmente riconoscibile, delle soluzioni adottate nell’esercizio della propria sovranità costituzionalmente riconosciuta.

Tra l’altro, proprio gli atti costitutivi dell’Unione africana, ossia del soggetto promotore dell’iniziativa in commento, si collocano su questa linea. L’Unione africana opera secondo i principi tanto della non ingerenza di uno Stato membro negli affari interni di un altro Stato membro, quanto della condanna e del rifiuto di qualsiasi mutamento incostituzionale all’interno degli Stati membri per violazione delle costituzioni domestiche e

¹⁶ Sulla vicenda del colpo di Stato in Niger, cfr. V. BAUDAIS – G. CHAUZAL, *The 2010 Coup d’État in Niger: A Praetorian Regulation of Politics?*, in «African Affairs», CX, 439, 2011, pp. 295-304.

¹⁷ Sulla matrice storica e sui limiti della figurazione della “esclusività” (auto-fondata) come attributo “fisiologico” dell’ordinamento giuridico, cfr. l’importante contributo di A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, in particolare la parte prima.

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

per mancato rispetto degli standard di “diritto alla democrazia” desumibili dagli strumenti internazionali in materia di diritti umani. Essa, quindi, presuppone il mutamento costituzionale incostituzionale come fattispecie illecita sanzionabile e giustiziabile a livello sovranazionale.

La sanzione, in altri termini, non deriverebbe dal giudizio o dalla volontà interna allo Stato e ai suoi organi. Si allargherebbe alla sfera di tutela della società, attraverso il ricorso a un giudice “terzo” perché non statale e dunque non espressivo delle tensioni e dei rapporti di forza coinvolti dalla crisi costituzionale domestica, così rafforzando la dimensione conformativa della normatività costituzionale con standard “depoliticizzati” perché universalmente applicabili. È stato questo, molto significativamente, l'ordito seguito dalla corte africana dei diritti umani e dei popoli, nel citato caso *Tanganika Law Society et al. vs. Tanzania*.

Lo conferma la carta africana sulla democrazia del 2004, tematizzando ulteriormente l'assunto e aggiungendo, con i suoi articoli 2, 3, 10, 15 e 16, che l'Unione promuove l'adesione di ciascuno Stato membro ai valori universali della democrazia e del rispetto dei diritti umani, attraverso il rafforzamento dei principi dello Stato di diritto, la separazione dei poteri, il rispetto della supremazia della costituzione e dell'ordine costituzionale dai parte dei poteri statali, il cambiamento legittimo e democratico del governo, il rifiuto e la condanna dei mutamenti incostituzionali dei poteri, la promozione della pratica e della cultura democratica, del pluralismo e della tolleranza politica, ma soprattutto indirizzando gli Stati membri su cinque fronti di “pietrificazione”:

- “rafforzare” il principio di supremazia della costituzione nella organizzazione del loro potere politico;
- “vigilare” affinché i processi di mutamento o revisione delle loro costituzioni si basino sul pluralismo del consenso e su consultazioni popolari dirette, anche tramite referendum;
- “adottare” misure legislative e regolamentari che sanzionino i responsabili dei tentativi di mutamento incostituzionale;
- “garantire” che le loro costituzioni disciplinino l'indipendenza e l'autonomia di tutti gli organi costituzionali, senza eccezioni o sospensioni;

- “collaborare a livello regionale e continentale” per il consolidamento della democrazia attraverso lo scambio di esperienze che mettano in pratica tali impegni.

L’art. 23 della medesima carta, tra l’altro, definisce esplicitamente anche un sistema di sanzioni in caso di violazione o mancata attuazione dei cinque obiettivi di “pietrificazione”, prefigurando poi, all’art. 44, un obbligo di cooperazione reciproca fra gli Stati, per attivare meccanismi di effettività del controllo sul conseguimento degli obiettivi.

4. *Per una prima conclusione*

Pertanto, l’ipotesi di una corte costituzionale internazionale sembra collocarsi in un’ideale linea di continuità con questa specifica visione “internazionalizzata” della “pietrificazione” costituzionale, rappresentandone il completamento. Rispetto alla semplice proclamazione della democrazia come assiologia universale, riscontrabile già in diversi altri documenti internazionali, dalla dichiarazione della conferenza mondiale di Vienna sui diritti umani del giugno 1993 alla risoluzione dell’assemblea generale dell’ONU del 2005, gli atti africani richiamati vanno oltre, con la definizione di una serie di obblighi procedimentalizzati e di divieti assunti come veri e propri “illeciti costituzionali” a rilevanza non più solo interna (“sovrana”), ma internazionale (perché connessi alla effettività dei diritti umani), verso i quali l’obbligazione statale non consiste nella semplice astensione da tali condotte istituzionali “illecite”, ma piuttosto nella elaborazione congiunta di misure che assicurino effettività, permanenza e controllo, attraverso lo scambio di prassi attuative. Una corte costituzionale internazionale completerebbe questo quadro, giacché offrirebbe strumenti esterni di apprendimento (con la prevista funzione consultiva preventiva) e giudizio (con il contenzioso costituzionale vero e proprio) a efficacia universale.

Rispetto ad altri percorsi sovranazionali di affermazione del “diritto alla democrazia”, ora come mero criterio di idoneità politica e istituzionale per l’integrazione fra Stati (i *Political Criteria* degli artt. 2, 8 e 49 del trattato dell’Unione Europea¹⁸) e il dialogo interstatale (le “identità” e le “tradizioni costituzionali comuni”, di cui parlano gli artt.

¹⁸ Ma, in generale, cfr. S. NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

Sull'ipotesi di istituzione di una corte costituzionale internazionale

4.2 e 6 sempre del trattato europeo), ora come mera evocazione di principio,¹⁹ ora come garanzia di stabilità di un nascente processo regionale di convergenza,²⁰ la prospettiva africana, proprio quella che più tardivamente e faticosamente di altre ha potuto manifestare autonomia di elaborazione e sperimentazione costituzionale, consegna al costituzionalismo globale l'opportunità di riflettere e agire per una edificazione universale di tutte le garanzie costituzionali a tutela degli stati democratici di diritto in quanto stati costituzionali.

Di fronte alle contraddizioni di un globalismo giuridico quasi esclusivamente declinato sul primato del conflitto (tra diritti o tra interessi),²¹ la traccia dell'Unione africana merita di essere presa sul serio, per tornare a discutere di un diritto costituzionale universale fatto di condivisioni altrettanto universali, perché azionabili davanti a un giudice universale, sulle forme di potere e sul loro esercizio inclusivo e partecipato.

Se è vero che viviamo nell'epoca di mutamenti costituzionali incostituzionali,²² spesso consumati per vie tacite di abuso, elusione o frode, invocare principi e regole di salvaguardia della democrazia come acquisizione di un diritto umano giustiziabile significa salvaguardare la dimensione politica del costituzionalismo non più come mero rispetto della legittimazione consensuale dei poteri (quella dimensione al cui interno rivoluzioni e colpi di Stato sono stati sempre classificati come rottura delle competenze costituzionalmente prestabilite²³), ma finalmente come irreversibilità degli standard più

¹⁹ H. DOMÍNGUEZ HARO, *Derecho a la Democracia. Repensando un modelo constitucional societario*, Lima, Grijley, 2008.

²⁰ Ci si riferisce al *Compromiso democrático* dell'UNASUR, del 26 novembre 2010, che si pone in contiguità con disposizioni regionali più antiche, come l'art. 2 della Carta democratica dell'Organizzazione degli Stati americani, l'art. 4 del *Protocolo sobre Compromiso de la CAN con la Democracia*, l'art. 5 del *Protocolo de Ushuaia* del MERCOSUR, anche se le formule assai vaghe della UNASUR (l'art. 1 del *Compromiso* parla di «qualsiasi situazione che metta a rischio il legittimo esercizio del potere e la vigenza dei valori e principi democratici») non si incontrano negli altri testi. Sui limiti del *Compromiso*, cfr. S. ABREU BONILLA – A. PASTORI FILLLOL, *El Protocolo adicional al Tratado constitutivo de UNASUR sobre Compromiso con la Democracia: otro ejemplo de desprolijidad jurídica en la integración latinoamericana*, in J. ROY, comp., *Después de Santiago: integración regional y relaciones Unión Europea-América Latina*, Miami, Jean Monnet Chair, 2013, pp. 169-178.

²¹ Cfr. ora l'utile ricostruzione riflessiva, riferita all'Europa dell'integrazione “multilivello”, di M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013.

²² Cfr. T. STANTON COLLET, *Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments*, in «Loyola University Chicago Law Journal», XLI, 96, 2010, pp. 327-349.

²³ Si possono ricordare, in tale prospettiva, due esempi “classici” nella letteratura: sul piano della scienza politica, il testo di E. LUTTWAK, *Coup d'État: A Practical Handbook* (1968), Cambridge, MA, Harvard

evoluti di partecipazione, inclusione, trasparenza, tutela della libertà di dissenso e opposizione.

È forse questa la via di ricongiunzione del diritto costituzionale “generale” del Novecento (e del suo costituzionalismo “politico” e “popolare”) con le acquisizioni attuali del diritto costituzionale “comune” (e della sua fiducia nella forza “culturale” del *Judicial Dialogue*).²⁴

University Press, 1979; sul piano della teoria generale del diritto e della Costituzione, il fondamentale studio comparato di S. TOSI, *Il colpo di Stato*, Roma, Gismondi, 1951, con l'illuminante prefazione di W. Cesarini Sforza.

²⁴ Va, infatti, ricordato che diritto costituzionale “generale” (come diritto promanato da tutti gli organi di un ente e dunque identificato nel sistema delle fonti) e diritto costituzionale “comune” (come diritto spiccatamente giurisprudenziale e dunque interpretativo) sono formule figurative europee, che non insorgono come sinonimi nel costituzionalismo novecentesco. La prima, sostanzialmente, appartiene alla stagione del cosiddetto “diritto politico”, mentre la seconda emerge dal quadro dell'avvento, soprattutto nella seconda metà del Novecento, del cosiddetto “diritto culturale”, consolidatosi a seguito del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale, conseguentemente alla creazione dei sistemi di controllo di costituzionalità delle leggi. L'ideatore della formula “diritto costituzionale generale” è stato B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1931. Per la formula del “diritto costituzionale comune”, bisogna pensare, tra gli altri, a Peter Häberle (per il quale sinteticamente si rinvia a G. LUTHER, *La scienza häberliana delle Costituzioni*, in P. COMANDUCCI – R. GUASTINI, a cura di, *Analisi e diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 105-143) e P. KAHN, *Lo studio culturale del diritto* (1999), Reggio Emilia, Diabasis, 2008. Invece, per una rappresentazione chiara ed efficace della contrapposizione tra “diritto politico” e “diritto culturale”, cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 327-336. La distinzione tra le due prospettive di diritto costituzionale riflette, in larga misura, la divergenza che, nella letteratura angloamericana, si riscontra fra costituzionalismo “giuridico” (ossia fondato sull'argomentazione dei giudici) e costituzionalismo “politico” e “Popular” (fondato sulle decisioni della rappresentanza e la partecipazione politica). Si vedano, al proposito, M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il “Political” e il “Popular” Constitutionalism*, in «Quaderni Costituzionali», XXX, 4, 2010, pp. 733-756, e P. RIBERI, *Derecho y política: tinta y sangre*, in R. GARGARELLA, coord., *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 240-246, ed annessa bibliografia.

