



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2024

Per un costituzionalismo critico

di Gaetano Azzariti

EDITORIALE SCIENTIFICA

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO*

di Gaetano Azzariti

Professore ordinario di Diritto costituzionale

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

SOMMARIO: 1. LA SCIENZA COME VOCAZIONE: NON LIMITARSI A INTERPRETARE IL MONDO, IMPEGNARSI A TRASFORMARLO; 2. REALISMO CRITICO; 3. POSITIVISMO CRITICO; 4. STORICISMO CRITICO.

1. La scienza come vocazione: non limitarsi a interpretare il mondo, impegnarsi a trasformarlo

Non è la prima volta che questa rivista si occupa della natura, le finalità, i caratteri della propria scienza e del ruolo degli studiosi in essa¹. Anzi potremmo dire che questo è un suo tormento, direi la ragione principale che ha indotto un gruppo di studiosi ad unirsi per creare un luogo di riflessione scientifica, ma “di parte”: dalla parte della costituzione. Per meglio chiarire, dalla parte di una certa idea di costituzione: quella fatta propria dal costituzionalismo moderno, democratico, pluralista e conflittuale; recepita, ma non ancora realizzata, nelle costitu-

* Intervento svolto al seminario annuale della Rivista *Costituzionalismo.it*, “Diritto e politica. Per un costituzionalismo critico”, Università degli Studi di Brescia, 25 ottobre 2024.

¹ Oltre ai due editoriali pubblicati nel primo fascicolo della Rivista, che spiegano le ragioni e l’impegno che ha mosso il gruppo di studiosi a dar vita all’esperienza di *Costituzionalismo.it* (G. FERRARA, *Le ragioni di una rivista nuova* e G. AZZARITI, *Le ragioni di un impegno nuovo*, entrambi consultabili nella homepage del sito, nonché in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2003), si possono richiamare il convegno di presentazione che si svolse presso la Sala del Cenacolo alla Camera dei Deputati, con interventi di G. FERRARA, L. CARLASSARE, M. DOGLIANI, G. GUARINO, G. AZZARITI e O.L. SCALFARO (vedi gli interventi pubblicati in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2004, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2004, nonché in *Costituzionalismo.it. Archivio*; quello svolto in occasione dei 60 anni dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana ad Ascoli, i cui atti sono stati curati da M. RUOTOLO, *La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant’anni dopo*, Napoli, 2008; quello del 2010 organizzato a Roma sulla *Costituzione e il ruolo dei costituzionalisti* le cui relazioni sono consultabili in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010.

zioni del secondo dopoguerra, quella italiana del '48 con particolare determinazione.

Sin dalle origini della nostra avventura editoriale e scientifica, nel 2003, avvertivamo, però, i rischi che correva – e tutt'ora incontra – questa nostra idea di costituzione, che sembrava essersi faticosamente inverata nel corso della storia a partire dall'età dei lumi, camminando sulle gambe degli uomini e delle donne che avevano saputo far valere i propri diritti, “assicurandone le garanzie”, e che si erano dimostrati in grado di limitare l'arroganza dei poteri, “fissandone la separazione”.

In particolare, sin dall'inizio della nostra esperienza comune, agli inizi del nuovo millennio, denunciavamo la perversa tendenza alla «progressiva concentrazione fattuale del potere», una propensione all'esaltazione dei poteri e delle funzioni degli esecutivi che andava a scapito del principio base delle democrazie pluraliste, quello della rappresentanza politica effettiva. Ma eravamo – e rimaniamo – anche fiduciosi che «l'accumulazione di civiltà che il costituzionalismo ha contribuito a realizzare possa offrire stimoli, metodi, idee, utili per un rovesciamento di linea, per una nuova fase di progresso»².

In fondo, è proprio entro questa tensione tra politica e diritto, tra fatto e norma, che si può definire il compito dei costituzionalisti, almeno di quelli che non ritengono che ci si possa limitare a contemplare l'esistente, ma vogliono rimanere fedeli al proprio ruolo di intellettuali. E già, perché la professione intellettuale impone una fedeltà e una vocazione. La fedeltà al proprio oggetto di studio (la costituzione nel nostro caso) e la vocazione all'impegno civile, all'esaltazione delle virtualità contenute nella propria branca del sapere, che nel diritto costituzionale non può che tradursi nell'esaltazione della forza normativa del testo, ad una sua interpretazione – per usare la nota e a volte abusata formulazione crisafulliana – *magis ut valeat*. Un'esaltazione del testo non fine a se stessa, ma che possa innervare anche il contesto politico e l'ordinamento giuridico-sociale.

È evidente che già queste poche considerazioni sono espressione di uno specifico punto di vista sulla scienza e sul ruolo degli studiosi, non da tutti condiviso ed anzi in questa fase della storia poco perseguito. Ciò non toglie che questa nostra rivista su questi presupposti si è andata interrogando, proponendo quel che abbiamo voluto sinteticamente definire un approccio “normativo”. Non certo nel senso kelseniano,

² Così G. FERRARA nell'editoriale richiamato del 2003.

bensì in quello realistico e materialistico da noi proposto: le costituzioni moderne – quelle che si sono andate affermando dopo le rivoluzioni di fine Settecento, ma che poi hanno conformato la nostra democrazia come pluralista e conflittuale solo a seguito della tragedia del secondo conflitto mondiale – non possono che riflettere una forza normativa intesa come capacità di questa di farsi legge “superiore”.

A fronte di una così impegnativa definizione di costituzione “normativa”, indissolubilmente collegata alla rivendicazione della sua natura di *lex fundamentalis*, che basa la sua maggiore forza non solo su ragioni giuridico-formali o logico-trascendentali (collegata dunque esclusivamente alla gerarchia delle fonti), ma anche su un fondamento gius-politico sostanziale incorporato nell’essenza storico-razionale delle sue disposizioni (configurando così un’assiologia storicamente determinata), non può che rilevarsi la situazione in cui versa attualmente il diritto e la sua scienza, ben lontani dai nostri presupposti.

Una situazione che si riflette direttamente – drammaticamente, direi – sul nostro modo d’essere di studiosi. È questo iato che ci impone di prendere partito. Il lavoro del costituzionalista non può essere mero esercizio di tecnica del potere, ma rappresenta, in ultima istanza, solo un mezzo per l’eterna lotta per il diritto. Anche i costituzionalisti, come i filosofi, troppo spesso si sono limitati a interpretare il mondo in modi diversi; si tratta però di trasformarlo.

Nessuno ideologismo, tantomeno alcun intento politico, ci muove. Semmai è il nostro realismo che ci impedisce di accontentarci di un approccio “puro”, disincantato. Ma è sempre la necessità di fare i conti con la materialità dell’esistenza che ci impone una spietata sfida. Siamo, infatti, convinti che il necessario confronto con la concretezza dell’esperienza, anche per il giurista, non voglia dire accettazione acritica di alcunché, bensì capacità di comprensione di quel che accade e capacità di elaborazione di modelli teorici e di prospettive concrete storicamente adeguate ai tempi. Questo è il *realismo critico* che noi professiamo.

Riteniamo inoltre che il dato positivo non può essere pretermesso, ma anche in questo caso ciò non può comportare la sua necessaria supina accettazione. I dati positivi richiedono di essere interpretati e inseriti in un circolo ermeneutico che, se non deve prescindere dal testo, a questo deve dare corpo e sostanza. Questo è il *positivismo critico* che noi professiamo.

Ma forse ciò che per noi più conta è che è solo sulla base delle

trasformazioni storiche che la critica del reale può trovare un suo fondamento, così come è principalmente l'evoluzione storica che sollecita diverse interpretazioni del dato positivo. Il confronto con la storia appare dunque il più decisivo per affermare una prospettiva "normativa" della costituzione. Questo è lo *storicismo critico* che noi professiamo³.

2. Realismo critico

Se quello appena definito è il "metodo" – o, in termini meno impegnativi, l'"approccio" – che si è posto a fondamento del nostro particolare *costituzionalismo critico*, praticato con tenacia nel corso di oltre vent'anni di attività della rivista (cui s'è affiancata dal 2023 anche una collana di studi monografici "Critica operativa"), pare oggi doveroso tornare ad interrogarsi sulla validità di esso nel mutato contesto storico e sociale.

Che oggi si viva una fase di transizione storica profonda, la quale coinvolge anche il piano costituzionale, non credo abbia bisogno di essere dimostrato. Semmai è da rilevare lo sbandamento che la profondità del cambiamento produce sul piano culturale, politico e sociale. Non può dirsi, infatti, che si sia passati (o si stia passando) da un modello di società ad un altro, quel che stiamo vivendo è invece un vero «interregno» ove – ci ha avvertito Antonio Gramsci – «si verificano i fenomeni morbosi più svariati», mentre «il vecchio muore e il nuovo non può nascere»⁴.

Se è corretta questa interpretazione dell'attuale fase storica appare necessario interrogarsi su quale può essere il ruolo critico dei costituzionalisti, per come lo abbiamo sopra definito, in una situazione in cui gli interessi sembrano prevalere sulle idee, l'istinto sulla ragione, l'opportunismo sui principi, aggrappandoci alla fiduciosa previsione professata da John Maynard Keynes, secondo il quale «presto o tardi sono le idee, non gli interessi costituiti, che sono pericolose sia in bene che in male»⁵. Dunque, una battaglia – quella delle idee – che vale la

³ Per gli approfondimenti necessari rinvio a G. AZZARITI nell'editoriale richiamato del 2003.

⁴ Vedi A. GRAMSCI, *Quaderno 3 – XX § (34): (Passato e presente)*, *Quaderni del carcere*, a cura di Valentino Gerratana, Torino, 1975, vol. I, p. 311.

⁵ J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 1971, pp. 526-527.

pena combattere tanto più nella fase attuale nel tentativo di evitare che prevalgano *i fenomeni morbosi più svariati*.

Volendo preservare una prospettiva critica del costituzionalismo credo che siano anzitutto da rimettere in discussione i presupposti stessi che ci hanno mosso per verificarne se e come essi possono essere ribaditi, se e come essi possono ancora caratterizzare il lavoro dei costituzionalisti come professione (*Beruf*).

È il *realismo critico* propugnato che ci dovrebbe spingere a porci la domanda più cruda, che molti si rifiutano di enunciare. Ci si deve interrogare ormai sulla portata del cambiamento: le trasformazioni che si stanno da ultimo affermando sul piano costituzionale – ma anche sul piano culturale, politico e sociale – sono da ricondurre entro una ordinaria dinamica storica, collegate alla lunga transizione costituzionale italiana che dagli inizi degli anni '90 (ma in realtà ancor prima, subito dopo la fine del mitizzato trentennio d'oro) sta pian piano cambiando il volto delle istituzioni e della democrazia costituzionale, oppure siamo giunti ad una fase suprema di rottura della nostra tradizione costituzionale? La ricerca affannosa di un nuovo principio di legittimazione dei poteri, qual è l'elezione del Capo, nella deformata ipotesi del premierato; la volontà di una nuova distribuzione dei poteri tra enti territoriali, nella visione rozzamente appropriativa assunta dall'autonomia differenziata così com'è stata da ultimo prospettata; l'intento perseguito della separazione dell'ordine della magistratura accompagnata da una riorganizzazione approssimata e vendicativa degli organi di governo del potere giudiziario; la stessa legislazione ordinaria sempre più attratta dalle ragioni securitarie e d'ordine e sempre meno propensa a garantire i diritti fondamentali e a definire politiche sociali solidali ed inclusive, rappresentano solo la libera determinazione di un indirizzo politico che riflette gli odierni equilibri parlamentari ovvero si propongono di fondare una nuova Repubblica illiberale?

Ciò che, in ogni caso, non potrebbe affermarsi è che si tratta solo di un tentativo isolato – più o meno eversivo – di una destra al Governo. Intanto perché se alziamo lo sguardo per osservare appena fuori dai nostri confini è evidente la fine degli equilibri planetari e dei principi di diritto internazionale stabiliti al termine della Seconda guerra mondiale. L'interregno tra il vecchio e il nuovo che non riesce a nascere riguarda anche – soprattutto – l'ordine mondiale. È entro questa incertezza planetaria che si colloca il caso italiano.

Ma anche solo limitandoci, in questa occasione, a guardare entro i

confini, appare palese che non si può ridurre tutto ad una dimensione unicamente politica, tantomeno definita nelle sue forme tradizionali di libera determinazione di un indirizzo politico maggioritario. Neppure ci si può limitare solo a considerare le riforme proposte espressione di ordinaria manutenzione costituzionale ovvero del pur sempre legittimo esercizio del potere di revisione costituzionale (ex art. 138). Da tempo, infatti, l'affannosa ricerca di un *nuovo principio* viene perseguita su un doppio binario: quello – spesso sconfitto – delle riforme testuali e quello – incontenibile – che tende ad imporsi mediante l'uso distorto del *potere del fatto* (modifiche non scritte, atti inusuali, rotture di prassi). In ogni caso con modalità non previste dall'ordinamento vigente e tendenzialmente *contra constitutionem*, la quale non può mai legittimare la propria dissoluzione.

Ci si può chiedere allora se si sia di fronte al riemergere di un nuovo potere costituente, con l'avvertenza decisiva però che esso si sta affermando in uno spazio temporale lungo, senza alcuna apparente soluzione di continuità, ma erodendo in modo graduale i connotati più propri del costituzionalismo vigente.

In fondo ci si potrebbe semplicemente trovare di fronte all'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento costituzionale contrassegnata rispetto al passato essenzialmente da una più lunga – interminabile – fase di transizione costituzionale. Se così fosse ci troveremmo dinanzi ad un classico dilemma, che riguarda l'intero corpo politico, ma – dal nostro punto di vista – con particolare intensità coinvolge anche il costituzionalista e l'essenza del nostro ruolo. A quale costituzione prestare fedeltà?

Ce la potremmo cavare affermando che essendo il potere costituente sempre illegittimo non si può che rimanere fedeli al vecchio regime, almeno sin tanto che questo non viene travolto e lo scettro della legalità non passa di mano. Ma, per dei realisti critici come noi, non è questo un argomento decisivo: oltre la legalità c'è tutta la questione della legittimità che non può essere tralasciata. E poi, la transizione infinita non rende neppure semplice separare nettamente la legalità dalla legittimità. L'instaurazione progressiva del nuovo ordinamento sottopone a tensione costante il rapporto tra legale e legittimo, peraltro rendendo sempre meno plausibile risolvere la questione limitandosi a qualificare il potere costituente come un puro fatto esterno al diritto, e dunque estraneo alla riflessione del giurista almeno sin tanto che non diventa potere costituito, sin tanto che il nuovo non si impone come norma e

poi ordinamento vigente. I confini sono ben più frastagliati ed incerti, i fatti instaurativi assumono le forme giuridiche più diverse, costituente e costituito sembrano convivere. In una simile situazione di indeterminatezza dei confini tra ciò che è e ciò che deve essere, tra ciò che è fatto e ciò che è norma, diventa necessario guardare dentro l'abisso infinito e insondabile dove sorgono le forme nuove ma mai cristallizzate del potere costituente (per riprendere l'immagine allegorica e terribile di Carl Schmitt)⁶. Il tutto complicato dalla circostanza che, come s'è detto, il lungo interregno sembra rendere "infinito e insondabile" anche il rapporto tra costituente e costituito.

Senza poter qui affrontare la questione in via di principio, ci si può limitare a indicare alcuni aspetti che coinvolgono più direttamente la nostra riflessione, che si sostanzia nella ricerca della preservazione del valore della costituzione intesa come norma e la responsabilità dei costituzionalisti nella odierna fase di cambiamento storico e costituzionale.

A ben vedere, dalle considerazioni appena svolte ciò che emerge è che oggi il principale problema è la transizione in sé. Ed è nelle faglie del mutamento in corso che il ruolo degli intellettuali si espande e si fa critico. È in questo contesto confuso che la lotta per il diritto si modella come lotta per la difesa e l'attuazione della costituzione democratica, pluralista e conflittuale. È questa la costituzione tradita, almeno sin tanto che le nuove pulsioni costituenti non vengano supportate da un movimento storico reale che legittima il nuovo potere. Non basta dunque una maggioranza di Governo o la vittoria ad un'elezione. Intanto perché la distorsione dei sistemi elettorali assicura che chi legittimamente governa, non rappresenta neppure lontanamente la maggioranza del corpo elettorale: sommando astensionismo, torsioni premiali o maggioritarie non si è più in grado di proporre nessun parallelismo tra quel che viene chiamato il paese legale rispetto a quel che viene chiamato il paese reale. E poi, per nostra fortuna, abbiamo visto più volte smentite dai referendum costituzionali le decisioni politiche fondamentali di stravolgimento del nostro assetto costituzionale da parte del popolo sovrano. La lotta per la costituzione e la sua attuazione trova fondamento nel diffuso consenso sociale che sostiene l'opera dei

⁶ *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (1921), Roma-Bari 1975, p. 154.

nostri padri costituenti. Quelli del 1946-47, non i successivi revisionisti costituzionali estemporanei e fluttuanti.

Ma come possono i costituzionalisti in questa situazione complessa e oscura svolgere il loro ruolo, nel rispetto della (propria) scienza come professione? Come possono rimanere “chierici” e non trasformarsi in profeti o demagoghi?

Personalmente ritengo che la via da seguire sia quella del rigore metodologico e dell’attenzione massima al *sensu delle parole*. In fondo qualificare le parole della propria scienza (prenderle sul serio) è sempre stato il compito degli intellettuali. Dare forma ai concetti, interpretare la realtà, dare significato alle parole, quelle della legge nel nostro caso. Per noi costituzionalisti ciò vuol dire tornare a dare significato alla norma fondamentale, al *Nomos* come *unità di localizzazione e ordine*⁷, ma anche come fondamento normativo della convivenza sociale. La nostra fortuna e la nostra dannazione è che parole cui dobbiamo dare senso sono quelle fondamentali, quelle della costituzione e dei principi che essa pone, attorno alle quali si edifica non solo l’intero ordinamento giuridico, ma anche i complessivi rapporti politici e sociali. Nel nostro caso veramente può dirsi che le parole sono pietre.

Dunque: dare senso alle parole per qualificarle, per significarle, questa è la massima responsabilità del costituzionalista. Il che vuol dire, ad esempio, tornare a riflettere su cosa sia la “democrazia”, in un tempo dove tutti si dichiarano “democratici”. Persino chi critica alcuni suoi caratteri e qualifica il proprio sistema politico come “democrazia illiberale”, rivendica però l’appartenenza di questa alla grande famiglia delle democrazie occidentali. Ciò porta a dubitare che sia sufficiente l’auto-denominazione, anche qualora questa fosse iscritta nella costituzione. Appare necessario guardare oltre la lettera, al di là della forma, per esaminare la storia e l’effettività degli equilibri necessari perché la democrazia si caratterizzi dal punto di vista sostanziale e non rimanga invertebrata, non si riduca ad un guscio vuoto, “disponibile a tutti gli usi”.

Ciò porta a dire che non ci si può accontentare della derivazione popolare del potere. Non basta che il popolo scelga i propri governanti

⁷ Secondo la celebre indicazione di C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, 1950 (vedi la traduzione italiana di E. CASTRUCCI, in F. VOLPI (a cura di), *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello “Jus publicum europaeum”*, II. ed., Milano 1998, spec. alle pp. 19 ss.).

perché si abbia democrazia. La titolarità della sovranità popolare è nulla se non viene esercitata da chi ci governa in modo da assicurare una democrazia effettiva, quella che è stata definita nella realtà della storia e recepita dalle norme della costituzione. È perciò che diventa necessario guardare agli assetti complessivi per verificare, in primo luogo, la sussistenza di una equilibrata divisione tra i poteri, solidi contrappesi e organi di garanzia indipendenti, tutti elementi essenziali affinché un potere non prevalga sull'altro, rischiando in quest'ultimo caso di far degenerare la democrazia stessa.

È solo in questo secondo assetto concettuale – alla ricerca di un ordine sostanziale – che può porsi la domanda se le trasformazioni che vedono una progressiva concentrazione dei poteri nelle mani del governo a fronte di un indebolimento degli altri organi non riguardino anche e soprattutto l'essenza e il valore della nostra democrazia costituzionale. Se stiamo assistendo ad una progressiva verticalizzazione del potere nelle mani degli esecutivi senza la previsione di contrappesi, ciò rende impossibile ridurre la trasformazione in atto unicamente ad una ordinaria modifica degli equilibri della forma di governo all'interno di una democrazia anodina.

Ma la nostra democrazia costituzionale non si qualifica solo in ragione degli equilibri tra i poteri. Essa stabilisce anche i caratteri del vivere civile. Come abbiamo prima indicato, la natura pluralista e conflittuale ne rappresentano i tratti essenziali. È, dunque, attraverso questa lente che il costituzionalista deve leggere i cambiamenti in corso sul piano dei diritti.

C'è da porre, anche in questo caso, una domanda di fondo: nei mutamenti cui stiamo assistendo sono assicurate le garanzie del pluralismo e la libertà al dissenso? Dal punto di vista del diritto costituzionale si deve aggiungere che la qualificazione delle parole impone di coniugarle non in astratto, ma per come queste si sono inverate nel corso della storia del Novecento, espresse nei principi fondamentali della forma di stato italiana (definiti – scriveva Mortati – nei primi cinque articoli della nostra costituzione, sebbene oggi ritengo dovremmo giungere a ricomprendere tutti i principi fondamentali)⁸. Mi chiedo – senza retorica, ma con fondata preoccupazione – se e in che modo si possano conciliare i nuovi rapporti di convivenza, perlopiù improntati

⁸ Vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, IX ed., Padova, 1975, p. 148.

alle ragioni della competizione e della paura dell'altro, con la forza normativa delle costituzioni democratiche, pluraliste e conflittuali. Come possono farsi valere i diritti costituzionali senza che si pensi più di dover richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale? Come può una Repubblica che ambisce a rinchiudersi entro i propri confini e che tende a negare il diverso da sé, realizzare il proprio compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana? Come continuare ad assicurare entro le logiche neoliberali – che in questa fase storica sono prevalenti – le condizioni ambientali e culturali, sociali e politiche, perché i cittadini possano effettivamente partecipare all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese e promuovere le proprie condizioni di vita? Il principio personalista, il fondamento lavorista, la dignità sociale rappresentano ancora i caratteri supremi e incompressibili dello Stato costituzionale italiano?

In fondo, è per cercare una risposta a queste domande fondamentali che si chiede all'impegno del costituzionalista (realista e critico) di non arrestarsi ad esaminare i requisiti formali e lo si esorta ad esaminare anche quelli sostanziali di democrazia. La posta in gioco è rappresentata dalla sopravvivenza del costituzionalismo per come l'abbiano conosciuto nella modernità.

Un'ultima avvertenza sul punto ritengo sia necessaria. Dovrebbe essere evidente che l'alta posta in gioco e il conseguente necessario forte impegno civile che si richiede al costituzionalista, sacerdote di una costituzione in bilico, contiene in sé un limite: tanto più si fa scuro il panorama, quanto più si moltiplicano le possibili vie da seguire per giungere alla meta. Si allarga cioè la possibilità di una pluralità di soluzioni con il rischio di una soggettività dell'interprete. Ed è per questo che a fronte dell'ampliarsi del campo di responsabilità dei costituzionalisti e della scienza costituzionale – che non possono arrestarsi a valutare esclusivamente il rispetto formale del diritto, ma devono giungere ad esaminare il cuore delle scelte politiche, economiche e sociali facendo prevalere la forza normativa dei principi posti in costituzione – si deve estendere il rigore logico-sostanziale del ragionamento del costituzionalista, se questi vuol rimanere fedele alla propria scienza e al proprio credo costituzionale.

Questo chiama in gioco il secondo carattere sopra indicato del costituzionalismo da noi propugnato: il suo essere *positivista critico*.

3. Positivismo critico

Il nostro *positivismo critico* si propone di fare i conti con i diversi estremismi dell'ermeneutica giuridica: tra mera esegesi e libertà dell'interprete. Provare a uscire da alcune dicotomie classiche, che pure hanno fatto la storia del pensiero giuridico, ma che appaiono ormai epistemologicamente vuote, foriere di polemiche spesso pregiudizievolemente promosse al fine di decostruire il campo avverso, anziché provare a costruire una teoria dell'interpretazione in grado di sostenere il carattere precettivo delle norme costituzionali.

Ci si domanda se non sia giunto il tempo di provare a superare le pur complesse e storicamente decisive contrapposizioni che hanno visto da un lato affermare le virtù di un giuspositivismo arreso ad ogni diritto posto, dall'altro un giusnaturalismo mistico, governato da principi etici extramondani.

Sarebbe necessario provare ad uscire dalle polemiche che vedono contrapporre le *miserie del positivismo* all'*astratto irenismo del giusnaturalismo*, per recuperare una dimensione storico-critica come cifra dello studio scientifico e come territorio proprio degli studiosi del diritto costituzionale.

Un'opzione che, se coerentemente perseguita, impegna il costituzionalista nel suo fare e nel suo pensare al diritto. Potremmo così riassumere sul piano propriamente ermeneutico le conseguenze che derivano da una prospettiva di positivismo critico: l'interpretazione sistematica dovrebbe prevalere su quella strettamente esegetica o formale; la teoria dell'argomentazione dovrebbe prevalere su quella meramente analitica; l'attenzione al rapporto tra diritto e fatto dovrebbe accentuarsi, sebbene né il diritto, né il fatto verrebbero assunti in se, bensì mediati entrambi dalla Costituzione intesa come testo normativo e documento politico (secondo i diversi concetti di costituzione che ci sono stati proposti da Vezio Crisafulli⁹). Diventerebbe, inoltre, massima l'avversione per ogni forma di eclettismo, particolarismo o soggettivismo dell'interpretazione.

Quali sono le ragioni per le quali i costituzionalisti dovrebbero abbracciare un simile positivismo critico? È sufficiente qui richiamare quanto già inizialmente rilevato.

⁹ Vedi V. CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, Roma, 1975, pp. 1030 ss.

Ci siamo infatti in precedenza domandati in cosa consista l'attività del costituzionalista nella fase attuale. E ancor prima, cosa vuol dire essere costituzionalista oggi. Ci dobbiamo ora chiedere sul piano più propriamente dell'ermeneutica giuridica se è sufficiente per i costituzionalisti svolgere dignitosamente un'attività di esegesi normativa e di rilevazione degli indirizzi giurisprudenziali oppure se rientri tra i suoi compiti anche quello di giudicare e misurare l'esperienza concreta del diritto alla luce dei principi posti nella costituzione vigente, da valutare in base ai presupposti della ragione storica.

È per rispondere a questo interrogativo che diventa necessario fare i conti con il positivismo, non per rifiutarlo, ma per pensarlo criticamente. Superando quella versione del positivismo che ha la pretesa di esaurire la giuridicità sul dato normativo, separata dalla realtà sociale. Oltre al dato posto dal legislatore c'è il contesto entro cui opera il diritto. C'è altro oltre la norma che è necessario considerare per definire l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca. Come direbbe Santi Romano, per la comprensione esatta del fenomeno giuridico appare necessario integrare la conoscenza del diritto come insieme di norme, «con altri elementi, di cui non si tiene comunemente conto e che invece sembrano più essenziali e caratteristici»¹⁰.

L'attenzione al sociale e a tutto ciò che c'è oltre la norma ed entro cui il diritto opera, la presa in considerazione della concreta e complessa esperienza giuridica, non deve però far pensare che siano i fatti a dominare il diritto. L'idea che il diritto si possa ridurre alla registrazione degli interessi sottostanti (facendo prevalere inevitabilmente quelli dominanti) è ben lungi da chi vuol affermare la costituzione come norma. È il progetto rivoluzionario della costituzione che deve essere realizzato, proprio per cambiare lo stato di cose presenti. In caso, ciò di cui bisogna prendere consapevolezza è che l'eterna tensione tra *fatto* e *norma* deve trovare un suo medium, che per noi costituzionalisti non può essere altro che la costituzione e la forza normativa che essa deve esprimere. Fatto, norma, costituzione: entro questo triangolo opera la nostra riflessione.

Una simile consapevolezza – se ci fa fare un passo avanti – non risolve però tutto. Anzi, a fronte della rivendicazione di un'apertura al fatto nel ragionamento dei giuristi, bisogna ribadire anche un attacco alla *forma* del diritto. Sbagliato sarebbe declinare il positivismo

¹⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, 1977, p. 5.

critico come mera espressione di anti-formalismo giuridico. Pur se in termini problematici, non si vogliono per nulla negare le virtù del formalismo, anzi decisamente si apprezza il rigore della forma e si riconosce il ruolo espresso dai procedimenti logico-formali. Semmai quel che siamo portati a chiederci riguarda l'insufficienza di tali prospettive quando il formalismo pretende di rappresentare il fine esclusivo del ragionamento giuridico e non invece, come deve essere, il mezzo per garantire stabilità, prevedibilità e giustizia. È da ritenersi questa la maggiore virtù del formalismo giuridico per chi assume la costituzione come espressione di una norma politica giuridicizzata.

La questione del positivismo critico si pone, inoltre, in termini evidentemente assai diversi rispetto al positivismo ottocentesco di natura puramente legalistica, non fosse altro perché l'imporsi della costituzione rigida come norma suprema richiede di fare i conti con la sua superiore legalità. Una legalità, quella costituzionale, che può risultare in contrapposizione rispetto a quella ordinaria. In questi casi, è la prima che deve prevalere sulla seconda. È in questo campo di tensione che deve necessariamente operare il costituzionalista contemporaneo.

Se allora può dirsi che il positivismo giuridico ottocentesco sia stato uno strumento per far prevalere le ragioni del potere costituito, ora il positivismo critico può assumere un atteggiamento "polemico" rispetto al dato posto dal legislatore ordinario. Ciò non vuol dire un positivismo in eterno dissenso rispetto all'essere delle cose, semmai in eterna tensione tra l'essere del diritto vigente e il dover essere del progetto di civiltà espresso nella costituzione-progetto, nelle sue norme programmatiche che pretendono di essere attuate.

D'altronde, a ben vedere, un passato "polemico" può essere riconosciuto persino al formalismo giuridico in alcune fasi della storia. Durante il fascismo esso ha rappresentato l'ultima trincea dei giuristi liberali, ovvero, in un altro contesto storico, è stato il più fenomenale strumento per costruire un nuovo diritto, quello dello stato nascente, contro il diritto degli stati preunitari contro cui si era sino ad allora espresso il ribellismo antistatalista dei preorlandiani, ai quali s'è contrapposto la scelta "rivoluzionaria" del più rigoroso "metodo giuridico", quello orlandiano.

È solo quando il formalismo diventa puro esercizio di stile, valore in sé dell'interpretazione, che esso si trasforma in acritico strumento di legittimazione del politico, *bon a tout faire*. Se non, ancor peggio, quando il formalismo pretende di porsi esso stesso direttamente come

tecnica di dominio, affrancato da ogni contenuto. Quando la forma “campeggia nuda e solitaria”, più che rappresentare un “salvagente” – come spesso è raffigurata – essa rappresenta il mezzo per la neutralizzazione e spoliticizzazione del conflitto sociale. Uno schermo che appanna la vista e rende irresponsabili i governanti entro una prospettiva che sussume lo “Stato neutrale” come paradigma¹¹. Uno Stato inesistente e assai lontano dal nostro Stato costituzionale che – come s’è rilevato – si caratterizza invece per una assiologia storicamente determinata e si qualifica per la legittimazione gius-politica del pluralismo e del conflitto.

D'altronde, persino il decisionismo, che può essere inteso come lo specchio deformato del formalismo, può finire per assumere le vesti di legittimazione del potere esistente. Atteggiandosi così anch'esso come una forma di positivismo “acritico”. In fondo anche la decisione viene “posta” e se il giurista non può che ad essa acriticamente rifarsi (secondo l'accusa di *occasionalismo* rivolta da Karl Löwith a Carl Schmitt)¹², che a porre la norma sia un *Führer* (la forza del Capo) ovvero una presupposta *Grundnorm* (la forza trascendentale della autopoiesi normativa) poco rileva. Due versioni agli antipodi di positivismo acritico.

Il costituzionalismo critico si distacca da entrambi questi tipi di positivismi sin dai suoi presupposti: quando assegna alla norma costituzionale la specifica funzione di porsi come limitazione del potere e a garanzia dei diritti. Già questo dovrebbe richiamare il giurista ad assumere una prospettiva polemica, imposta dal fatto che non può separarsi il costituzionalismo dalla critica al potere.

Per essere più precisi, il nostro è un “positivismo critico”, legittimato dal testo della costituzione intesa come documento giuridico, ma che riassume anche un progetto politico e culturale da attuare. Atteggiandosi dunque più come “costituzione-progetto” che non come semplice “costituzione-bilancio”, anche se nella nostra esperienza sto-

¹¹ La tesi della forma come “salvagente” in un'epoca segnata dalla perdita di ogni contenuto è stata teorizzata da N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007 (a p. VI il passo richiamato nel testo). Sulla neutralizzazione e spoliticizzazione come strumenti per affermare un (inesistente) “Stato neutrale” vedi le classiche pagine di C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni* (1929), ora in ID., *Le categorie del 'politico'*, tr. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, pp. 167 ss.

¹² Vedi K. LÖWITH, *Il decisionismo occasionale di Carl Schmitt* (1935), ora in ID., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, 1994, pp. 125 ss.

rica questi due modelli di costituzione sono tra loro non separabili. È in tale contesto che alla costituzione viene assegnato il compito di rappresentare il medium tra fatto e diritto. In tal senso la costituzione trascende la stessa dimensione della ordinaria legalità. Per meglio dire, trascende la legalità ordinaria per imporre quella costituzionale superiore in grado e in forza.

Un'ultima considerazione sul punto diventa fondamentale. La prospettiva ora delineata può essere più facilmente condivisa nelle fasi di progresso o almeno di stabilità costituzionale, ove la superiore legittimità costituzionale non è messa in discussione da nessuno ed anzi le politiche di attuazione dei principi costituzionali sono a fondamento degli indirizzi politici dei governi (come in Italia è avvenuto in particolare nel decennio degli anni '70). In questi frangenti – in questa tempeie storica – si tratta in fondo solo di ribadire, far valere, lottare per l'attuazione della costituzione vigente. Il compito dei costituzionalisti può limitarsi alla rimessa o allo sprono verso una condivisa precettività delle norme costituzionali.

Non è questo, però, il nostro tempo. Attualmente la lotta per l'effettività del diritto posto in costituzione, per far valere il costituzionalismo normativo, è diventata assai complessa. Potremmo dire gramscianamente che si è passati da una guerra di movimento ad una guerra di posizione. Con il rischio non solo di arretrare, ma ancor peggio di allontanarci troppo dal testo della costituzione, magari con il buon proposito di far valere comunque un ideale di giustizia senza però più la fonte di legittimazione del nostro operare. Alla ricerca di un costituzionalismo senza costituzione.

Si pone allora una questione di fondo, che vogliamo da ultimo trattare: come fare a conservare un pensiero critico, senza piegarsi al volontarismo ovvero rivolgerci ad una metastorica teologia politica? È qui che interviene in aiuto il terzo carattere del costituzionalismo da noi propugnato: lo *storicismo critico*.

4. Storicismo critico

Lo *storicismo critico* propugnato dovrebbe spingere a porci la domanda di come le nostre convinzioni possano tradursi in realtà ed essere fatte valere nella storia sociale. Abbiamo già visto come il problema del *punto di vista* sia stato rivendicato sin dall'origine, rappresentan-

do un tratto costitutivo del costituzionalismo critico¹³. Ora si tratta di chiarire, nel mutato contesto di crisi, come esso possa operare e il significato da assegnare ad esso.

Anzitutto ribadiamo che appare doveroso dichiarare i presupposti da cui si parte (il proprio *punto di vista*) per tutti gli studiosi di scienze sociali, tra cui rientra la scienza del diritto; ciò è tanto più necessario se operiamo entro una branca del diritto – quello proprio del diritto costituzionale – che appare particolarmente esposta alla ragione giuspolitica, la quale non solo non è neutrale, ma si forma anche in base alla storia, all'ideologia del tempo, agli equilibri che si determinano tra le forze sociali e le relative egemonie.

Epperò tutto ciò non basta. Ciò che ora vogliamo evidenziare è che *non tutti i punti di vista sono egualmente legittimi*, tanto meno è sufficiente disordinatamente enunciarli, magari di volta in volta, per acconsentire che si possa argomentare giuridicamente entro un contesto costituzionale dato. A fronte della necessaria enunciazione del proprio punto di vista si deve tener presente che a limitare la scelta della prospettiva entro cui ci si colloca ci sono dei “vincoli” che devono essere tenuti ben presenti dallo studioso, se questi vuole evitare la caduta nell'eclittismo metodologico o nelle forme più disinvolute e soggettive che sono proprie di certo slabbrato neo-costituzionalismo.

Detto in breve: i vincoli principali possono essere indicati nel *testo*, nell'*argomentazione* e nel *contesto*. Oltre a questi tre elementi, forti condizionamenti sono prodotti dall'intera esperienza giuridica entro cui vengono calati, che può essere intesa come un limite storico-sociale.

Non potendo occuparci in questa sede di tutti i vincoli o condizionamenti indicati, ci limitiamo a prendere in considerazione il *limite testuale*, che nella nostra prospettiva vale a definire la portata normativa della costituzione: la “costituzione come norma”.

Anzitutto, è opportuno rilevare che la portata normativa da noi evocata non può ridursi solo alle singole disposizioni. Come s'è in precedenza evidenziato: la forza della norma da far valere non riguarda esclusivamente le singole e separate proposizioni, essa opera sul piano sistematico e dei principi coinvolgendo a pieno lo stesso carattere ordinativo delle diverse disposizioni. Nel dire ciò non si vuole certo

¹³ Oltre ai due editoriali di fondazione del 2003 di Ferrara e mio inizialmente richiamati vedi anche F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010.

negare la portata prescrittiva dell'intera costituzione, ma all'opposto, rafforzarne il carattere. Quel che è da mettere in discussione è la possibilità di una netta distinzione tra prescrittività e descrittività. Per il costituzionalista già la descrizione possiede una sua valenza d'ordine, se è vero che descrivere è già un po' prescrivere ed è certamente "normare". Scegliere come, cosa, in che modo descrivere rientra nel lavoro del costituzionalista. Dichiarare da che punto di vista si vuole guardare ai fatti è già parte dell'analisi e della precomprensione per giungere ad una conclusione.

È per questo che il punto di vista del costituzionalista, non può essere liberamente definito, ma è a senso obbligato, deve essere quello "qualificato" della costituzione intesa come norma. Da qui la prospettiva da noi sempre rivendicata di richiamarsi alla costituzione non solo per quel che prescrive, ma anche per quel che può o deve descrivere. Anche questo rientra in quel che abbiamo chiamato il carattere essenzialmente *normativo* della costituzione¹⁴. Ma – e questo è il punto critico – come si conciliano la questione del punto di vista con il vincolo del testo costituzionale? Se non esiste un'unica interpretazione costituzionale possibile, quale deve prevalere? Anche la costituzione come norma rappresenta un terreno di scontro. Il costituzionalismo critico deve riuscire a trovare un fondamento storico-sociale-razionale perché si possa legittimare, possa far prevalere il proprio punto di vista rispetto a quello degli altri interpreti della costituzione. Si pone qui un classico problema di consenso che deve sostenere il costituzionalismo come norma, che deve legittimare, dal punto di vista culturale e politico, il nostro costituzionalismo critico. Non saranno, infatti, la forza dei nostri *dicta*, né la purezza delle nostre riflessioni a far prevalere sul piano storico le nostre convinzioni, il nostro «credo repubblicano»¹⁵,

¹⁴ Vedi gli editoriali del 2003 citati.

¹⁵ Si utilizza l'espressione di Umberto Allegretti (U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, spec. alle pp. 266 s.), il quale ricostruisce l'intera storia costituzionale italiana, nelle sue tre fasi liberale, fascista e repubblicana, in base ai diversi "credi", intesi come l'insieme di ragioni e di passioni che coinvolgono la sfera intellettuale ed emotiva. Un modo per ricordare che il diritto, quello costituzionale più d'ogni altro, non è solo nuda norma o puro fatto, ma anche – se non soprattutto – strumento per stabilire le regole della convivenza sociale che operano entro una realtà storica non predeterminata, ma definita dagli uomini e dalle donne che vivono il proprio tempo. In questo contesto teorico la sfida per l'egemonia, come si sostiene nel testo, diventa centrale e rappresenta il principale compito del ceto degli intellettuali, dei costituzionalisti nel nostro caso.

solo la conquista di un'egemonia può sostenere la nostra particolare idea di costituzione, dare senso alla “costituzione-democratica-pluralista-conflittuale”, alla costituzione come norma.

Se questo può essere affermato in via di principio, oggi la necessità di seguire questa impostazione diventa tanto più necessaria quanto più complessa, dovendo fare i conti con *le* crisi (al plurale) che ci attraversano e che, come giuristi, ci riguardano direttamente. Si deve considerare, infatti, l'incidenza della crisi del metodo, della dogmatica, della unitarietà della scienza che evidentemente esasperano il rapporto tra il detto (dalla scienza giuridica e dai giuristi accademici) e la loro forza di persuasione, non più capaci di svolgere il ruolo di *sacerdotes iuris*, depositari di quella che Ulpiano chiamava la *vera philosophia* contrapposta alla *simulata*¹⁶.

Dobbiamo chiederci, ad esempio, quanto ha inciso la crisi del metodo, il prevalere dell'eclettismo metodologico, sulla capacità da parte dei costituzionalisti di fornire interpretazioni normative “direttamente obbligatorie” in base a modelli coerenti (come auspicava molto tempo addietro Mario Dogliani¹⁷). Quanto ha pesato sulla incapacità di affermare la forza normativa della costituzione la crisi del ceto dei giuristi, il disintegrarsi dell'unità disciplinare, la fine dello statuto unitario, la scomparsa di un *idem sentire*? Sono queste un insieme di problematiche tra loro collegate di cui ci siamo occupati altre volte¹⁸, mi limito qui a porre in evidenza la necessità di un recupero dell'unità disciplinare ovvero almeno di uno statuto disciplinare da far valere nella diversità. Porre la questione del metodo da parte di costituzionalisti che rivendicano il proprio punto di vista e l'approccio critico non sembri né contraddittorio né banale. È anzi una proposta assai ardita, poiché essa rappresenta una sfida (anzitutto a noi stessi) e confida sulla capacità di creare egemonia in una prospettiva non utopica. È questo forse il terreno più impervio, ma anche quello che è necessario attraversare.

¹⁶ Sul punto rinvio a quanto altrove analizzato, in particolare in *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, pp. 5 ss. Il passo di Ulpiano richiamato nel testo è quello di apertura delle *Institutiones*, ripreso in apertura del Digesto giustiniano (Dig. 1.1.1.1).

¹⁷ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, spec. a pp. 29 ss.

¹⁸ Vedi in particolare G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di babele*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010, pubblicato poi anche in G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 161 ss.

Si tenga infatti presente che in passato è proprio sul metodo che si costruiva la dottrina e il dibattito tra studiosi: metodi diversi ma dialoganti. Pluralità di scuole e di pensieri, a volte in forte attrito tra loro, ma ognuno consapevole del senso del proprio operare. Oggi è il linguaggio comune dei costituzionalisti che sembra andato perduto, ciascuno rinchiuso nel proprio specialismo e alla ricerca della soluzione del fatto di specie, non si coglie più l'orizzonte d'insieme. Eppure, l'oggetto di studio dovrebbe riunire, la costituzione dovrebbe rappresentare un fattore di unità materiale della scienza professata, l'attuazione dei suoi principi dovrebbe costituire il fine comune tra i diversi studiosi. Ora, invece, ciascuno sembra avere la propria costituzione e, per di più, si tende a mettere in discussione il suo stesso valore pre-cettivo. È questo un terreno di riflessione su cui dovremmo impiegare molte delle nostre future energie. Per non perderci, per non perdere le ragioni delle nostre diversità di punti di vista, per ricostruire il diritto costituzionale come scienza.

Tanto più che, in questa situazione di confusione teorica, disciplinare, metodologica due diversi diritti sono emersi e hanno occupato parte rilevante dello spazio tradizionalmente riservato al diritto costituzionale. Fenomeni che, se non governati, finiranno – già hanno fatto molta strada in tale direzione – per moltiplicare il caos. Mi riferisco alla disciplina europea etero-imposta (e più in generale alla questione dei vincoli esterni e degli obblighi derivanti dal diritto sovranazionale) e l'elaborazione sempre più autonoma e creativa della giurisprudenza nazionale e sovranazionale (il diritto costituzionale giurisprudenziale). Non saranno ingegneristiche teorie multilivello o il dialogo tra Corti a dare ai costituzionalisti la soluzione dei loro problemi. L'effettività del testo normativo della costituzione non può che essere rivendicato in ogni caso, cercando di assicurare ad ogni livello e di fronte a qualsiasi giudice la garanzia dei diritti fondamentali delle persone. Questo tanto più se – dal nostro punto di vista – riteniamo di volere affermare non un generico ed invertebrato costituzionalismo, ma quello determinato ed emancipante che si è espresso nella storia del costituzionalismo moderno entro cui ci riconosciamo. Quello che abbiamo voluto denominare “costituzionalismo-democratico-pluralista-conflittuale”.

Dietro queste considerazioni si pone però – in ultima istanza, ma certamente non come ultima questione – la vicenda più complessa della crisi della dimensione statale. In questa sede non ci si può limitare che ad assegnare al costituzionalismo critico un compito: quello di supe-

rare le contrapposizioni infeconde che oggi sembrano prevalere tra un cosmopolitismo irenico e uno statualismo identitario. Una falsa antitesi che speso finisce per offuscare la ricerca della reale dimensione storico-critica entro cui si è sviluppata in passato la scienza e il movimento del costituzionalismo, che deve nel prossimo futuro continuare a farsi valere.

Ciò che sembra sfuggire a molti è che tanto gli sviluppi della internazionalizzazione degli Stati, quanto le spinte verso il localismo, dovrebbe far riflettere con ancor maggiore intensità su ciò che si è storicamente posto alle origini del costituzionalismo moderno, esigenza che non sembra per nulla venuta meno. Non si ha costituzione – s'è sancito nell'atto fondativo del costituzionalismo moderno (l'articolo 16 della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789) – se "la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata" e questa condizione è riferita ad "ogni società", non dunque solo a quella formazione sociale che ha assunto la configurazione storica di "Stato moderno". Una nozione, quella di "Stato", che era stata intesa tradizionalmente, in campo giuspubblicistico, come un presupposto categoriale entro cui si è sviluppata la storia reale del costituzionalismo moderno¹⁹.

Ora però, finita l'epoca dello statalismo, non ci si può più limitare a pretendere la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri entro uno spazio chiuso, ma è necessario guardare se si ha costituzione in senso moderno nelle diverse realtà sociali e nei diversi luoghi e spazi ove vivono le persone concrete. Ciò non permette nessuna presa di posizione preventiva. Non ci si può schierare dalla parte dello Stato-nazione ovvero da quello dell'universo cosmopolita, ma – ancora oggi, come ieri – dalla parte dei diritti dei subalterni, nell'eterna lotta per l'affermazione dei principi posti nelle costituzioni intese come documenti politici e giuridici frutto di una visione storicamente determinata della persona.

Si tratta in fondo di una "secolarizzazione" del diritto costituzio-

¹⁹ Sebbene non possa negarsi una valenza universale, legata all'originario fondamento giusnaturale del costituzionalismo moderno. Non a caso il riferimento della Dichiarazione dei diritti è alla società e non allo Stato, mentre la cittadinanza, così come i diritti, venivano riferiti all'uomo inteso nella sua valenza universale ("diritti naturali, inalienabili e sacri"). Sulla sottolineatura di esigenze di tipo giusnaturalistico che hanno contrassegnato la costruzione dello Stato costituzionale vedi le chiare pagine di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, pp. 154 ss.

nale che non pone fine allo Stato, ma semmai rafforza la necessità di ricercare l'effettività del rispetto dei limiti al potere e delle garanzie nei diritti. Un sistema costituzionale che possa operare nei diversi spazi, tanto quello nazionale quanto quello sovranazionale, in base ai principi che la storia, le culture definiscono nei testi normativi. Sempre che si voglia – e si possa – far sopravvivere il costituzionalismo moderno²⁰.

Certo si potrebbe pur sempre osservare che tanto entro lo spazio chiuso di una nazione quanto, e ancor più, entro lo spazio aperto del globo sia necessario assicurare il rispetto delle tradizioni e delle culture altre. Le “democrazie degli altri”, come ci ha insegnato a chiamarle Amartya Sen²¹, che possono essere più o meno sviluppate, più o meno condivise, ma non perciò possono essere semplicemente cancellate in nome della nostra idea di democrazia²². Se questo può indurci a studiare le culture non egemoni in chiave post-coloniale, valorizzando dunque le diversità e avversando i processi dell'occidentalizzazione del mondo²³, non per questo si può però indebolire la lotta per quella democrazia pluralista e conflittuale che rappresenta il frutto della nostra consapevolezza critica. Peraltro, la nostra prospettiva è certamente espressione del nostro essere sociale e dei rapporti che riteniamo di poter sviluppare in un determinato contesto storico e politico, ma essa assume tanto la diversità quanto il conflitto culturale tra i suoi elementi costitutivi. Contro, dunque, un universalismo smaterializzato dei diritti e dei poteri si pone la necessità di assicurare, nei diversi spazi del mondo, dei diritti materiali alle persone concrete in base al riconosci-

²⁰ Per il resto sulla complessa questione non posso che rinviare all'analisi svolta nel mio *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.

²¹ A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, tr. it. A. Piccato, Milano, 2004.

²² Un'idea “imperiale” di democrazia che si è posta a fondamento giustificativo delle c.d. “guerre umanitarie”. Un evidente ossimoro le cui presunte ragioni umanitarie sono brandite al fine di perseguire e proteggere interessi economici degli Stati. All'uso della guerra come strumento di esportazione dei (nostri) diritti ovvero per difendere la (nostra) civiltà il costituzionalismo critico ha sempre contrapposto la tesi della illegittimità dell'uso della forza militare per la risoluzione delle controversie internazionali. Sul punto vedi quanto andavamo scrivendo sul primo fascicolo della nostra rivista (G. AZZARITI, *La guerra illegittima*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2003). Riflessioni tanto più attuali oggi dopo il fallimento delle “guerre umanitarie” (da ultimo in Afghanistan) e la nuova stagione delle guerre di potenza (Ucraina) o genocidarie (Palestina).

²³ Ovvio il rinvio alla lezione di E.W. SAID, *Orientalismo. L'immagine europea dell'oriente* (1978), tr. it. S. Galli, Milano, XV edizione, 2020.

mento di un determinato assetto valoriale e la critica argomentata del potere ovunque risulti illimitato.

Entro questo quadro complesso e sempre più disarticolato si pone l'ulteriore questione di quale sia il fondamento gnoseologico su cui si regge il costituzionalismo moderno. Esso appare attualmente messo a rischio in particolare dall'ampliarsi delle interpretazioni, tutte ritenute legittime, anche le più eclettiche. Una polisemia interpretativa spesso ricondotta sotto la generica dicitura di "neo-costituzionalismo". Modelli diversi, uniti in via di fatto dal rischio di finire, ognuno a suo modo, per trascendere la norma, anche quella costituzionale, per fondare le proprie argomentazioni unicamente o prevalentemente sull'etica astrattamente intesa o su valori trascendentali.

La domanda da porsi in questi casi, quella che appare la più radicale rispetto ai vari eclettismi o soggettivismi che si vanno diffondendo, è se essi si pongono come "rotture" con la costituzione, come ripudio del costituzionalismo novecentesco, trascinato nell'abisso assieme al positivismo che ne è l'espressione storico-politica, oppure se sono "solo" degli altri modi per perseguire le stesse finalità. Tra costituzionalisti critici e le varie forme di neo-costituzionalismo la divisione è solo di metodo o anche di paradigma?²⁴.

Il rischio di una rottura c'è. Esso riguarda la pretesa da parte di certo neo-costituzionalismo di essere autosufficiente e la tendenza a rinvenire il proprio assoluto fuori dalla costituzione.

Così è per la teoria dei valori (quando rinviene il proprio assoluto nell'etica dei valori), la teoria della giustizia (quando rinviene il proprio assoluto nella proclamazione dell'individuo razionale), l'ermeneutica che interpreta il diritto esclusivamente come scienza pratica (quando rinviene il proprio assoluto solo nella pragmatica), il diritto casistico (quando rinviene il proprio assoluto nel caso di specie), il diritto casistico di matrice giurisprudenziale (quando rinviene il proprio assoluto nel caso in giudizio), la giurisprudenzializzazione del diritto costituzionale (quando rinviene il proprio assoluto nella costituzione ridotta al giudizio del giudice costituzionale). Ma ci si pone fuori dalla costituzione anche quando si ha la pretesa di elevare una tecnica ad (unico)

²⁴ Il punto è stato discusso da M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010.

canone predittivo: dal “bilanciamento libero” alla “ragionevolezza”²⁵, almeno se e quando in essi si rinviene il proprio assoluto. In tutti questi casi, alla fine, non sarà la costituzione a porre limiti al potere e a garantire i diritti, bensì, confidando sulla ragione astratta, verrà rimesso al giudice (perlopiù quello costituzionale) ovvero sarà attribuita dal giudice costituzionale al legislatore la libera determinazione dei fini da perseguire, essiccando per questa via il carattere prescrittivo della normatività della costituzione. Il neo-costituzionalismo finisce così per essere una semplice formula verbale che riunisce prospettive diverse, a volte tra loro intrecciate, ma che dovrebbero invece essere distinte, valutate ciascuna per quel che propone. Queste disparate visioni – in diverse prospettive orientate – corrono però tutte il rischio di essere soggette alla “tirannia di un assioma”: un postulato che viene ricercato fuori dalla costituzione intesa come norma suprema.

Quali sono gli argini che devono essere posti a queste costruzioni autoreferenziali ed autoriflessive, in tal senso puramente soggettive? In fondo è facile indicarlo, anzi lo abbiamo già fatto: la storia; la teoria e la pratica dell’argomentazione; il valore del testo costituzionale; la considerazione del contesto; la consapevolezza dell’eterna tensione tra fatto e diritto che deve essere mediata dalla forza normativa della costituzione. Se si perdono quest’insieme di coordinate il rischio di cadere nel soggettivismo inevitabilmente si estende.

Per contenere la pratica delle teorie “creazioniste” del diritto ed evitare il trionfo dell’interpretativismo più spinto si è sostenuto che sarebbe necessario codificare il più rigoroso vincolo del precedente, con lo scopo di ricondurre il diritto casistico di matrice giurisprudenziale a “norma”²⁶. Porre l’enfasi sul vincolo del precedente rischia però di non rilevarsi una strada praticabile, al limite distorsiva per le stesse finalità perseguite. Non perché si possano sottovalutare il valore della

²⁵ In ambito europeo un’analoga funzione può essere esercitata dal principio di “proporzionalità”, quando esso viene utilizzato in modo onnicomprensivo e indeterminato da parte delle Corti sovranazionali. Su quanto detto in sintesi nel testo ed i rischi connessi di “decostituzionalizzazione” che essi comportano; nonché, più in particolare, sulla tendenza da parte tanto delle corti costituzionale quanto delle corti europee a passare da un “bilanciamento diseguale” a quelle di un “bilanciamento libero” utilizzando in modo onnicomprensivo i principi di “ragionevolezza” o “proporzionalità” rinvio a quanto altrove esaminato: *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., pp. 76 ss.

²⁶ Vedi il già richiamato testo di F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, al § 5.

stabilità e dunque la necessità di tener presente i precedenti giurisprudenziali (sebbene nel diritto costituzionale, affiancherei anche il ruolo importante da assegnare alle prassi, alle consuetudini, alle convenzioni), ma per la loro strumentalità e non autonomia rispetto alla realizzazione dei principi e della norma costituzionale. Forse il vincolo del precedente può essere risolutivo in altri ordinamenti, nel nostro sistema di diritto scritto, all'opposto, potrebbe persino essere un elemento di freno alle dinamiche sociali, al dispiegarsi del progresso e della storia, che si troverebbero ostacolate dai precedenti giurisprudenziali ordinari. Perché rinunciare a quello strumento di innovazione giurisprudenziale – favorito da una legislazione per principi e dalla dialettica interna alla magistratura – che nel nostro Paese si è posto molte volte a fondamento del progresso, superando le arretratezze della giurisprudenza consolidata²⁷. Essere contro gli eccessi di una giurisprudenza creativa non deve comportare la chiusura entro il tempio dell'esegesi formale, in caso pretende una forte responsabilità e necessità di controllo critico sull'attività dei giudici e, più in generale, dell'interpretazione costituzionale.

Non mi sembra possa reggere il parallelo con i sistemi di *common law*, sia perché quei sistemi si basano su un ruolo diverso del potere giudiziario che ha assunto come costitutiva la distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, e dunque all'insindacabilità, in via di principio assoluta, delle *convention of constitution* e dello spazio assegnato al potere fa da contraltare, da sempre, la possibilità di sottrarre all'autorità la sfera dei diritti che valgono come limite giuridico all'esercizio del potere. Una prospettiva che sconta un affievolimento della divisione di poteri che, se ha una sua nobile tradizione in Inghilterra²⁸, appare di

²⁷ Sul punto non posso che rinviare ai pionieristici e sempre attuali studi di Stefano Rodotà che ha mostrato come lo svecchiamento delle categorie concettuali dovesse porsi al centro della riflessione dei giuristi e contrassegnare concretamente l'attività degli interpreti (tanto della dottrina quanto della giurisprudenza). È la necessità di reintegrare il diritto nel suo più ampio contesto che impone una interpretazione normativa dei principi, da favorire, secondo Rodotà, tramite una legislazione per principi e il ricorso alle clausole generali. Credo che ancora oggi l'invito ad uscire dall'isolamento (dal "sonno dogmatico") della cultura giuridica affinché questa possa assicurare coerenza tra diritto e mutamento sociale sia un'esigenza da perseguire. Tra i tanti scritti di Stefano Rodotà che riflettono sul punto vedi la celebre prolusione maceratese – uno dei testi programmatici più significativi della stagione del rinnovamento degli studi degli anni '60 – S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), ristampa, Napoli, 2007.

²⁸ Espliciti sul punto, con riferimento all'esperienza inglese, tanto W. BAGEHOT,

assai dubbia validità nell'Europa continentale attraversata – da sempre e ai giorni nostri con particolare livore polemico – da una forte propensione all'esonazione del potere politico e difficoltà a raggiungere un equilibrio tra poteri di governo e controlli sul suo esercizio.

Ma soprattutto, l'impossibilità di proporre il confronto con l'esperienza anglosassone è data dalla storia costituzionale di quel paese, che si è edificata – in assenza di rotture violente e senza bisogno di scrivere il *pactum societatis* – sul ruolo assunto dalla *law of the land* che si pone come fondamento indiscusso di legittimazione dell'intero ordinamento costituzionale (altro che revisionismo costituzionale)²⁹. È questa fedeltà alla tradizione costituzionale e alla propria storia che – nel bene e nel male – riduce in Inghilterra il rischio di creazionismo da parte dei giudici. Nei paesi continentali il perenne conflitto tra poteri («bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere») e la propensione ad abusarne («chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti») rende anche i giudici un potere da limitare e fa sì che il legalismo di matrice giudiziaria rischia di favorire la soggettività se non l'arbitrio del giudicante e degli interpreti³⁰.

È per questo che nel sistema a diritto scritto più che affidare al giudice il compito di artefice dell'innovazione e creatore del nuovo, mi sembra che, da un lato, sia auspicabile un più rigoroso controllo di legittimità costituzionale (ma anche quello definito per via ordinaria), dall'altro, si debba non sottovalutare il vincolo testuale, le norme scritte, la costituzione intesa come norma e la sua forza di produrre il cambiamento. Il carattere normativo della costituzione deve essere fatto valere sia permettendo ai garanti di assicurare il rispetto della su-

La costituzione inglese (1867), tr. it. S. Pastorino, Bologna, 1995, p. 45, quanto C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), tr. it. a cura di N. Matteucci, Bologna, 1990, pp. 162-163.

²⁹ Una continuità che ha permesso nel Seicento di fare una “gloriosa rivoluzione” in nome della tradizione: cacciare il re, instaurare la monarchia costituzionale, in nome della *law of the land*. Sul punto rinvio a quando altrove esaminato in *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2009, pp. 3 ss. (spec. a pp. 24 per il particolare ruolo esercitato dalla *law of the land* nel sistema inglese) e in *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, pp. 325 ss. (per le modalità che hanno caratterizzato l'affermarsi del costituzionalismo moderno in Inghilterra tramite la “gloriosa rivoluzione”).

³⁰ I passi richiamati sono le celebri indicazioni formulate da CH.- L. DE MONTE-SQUIEU in *Lo spirito delle leggi*, al libro XI, capo IV (vedi la tr. it. a cura di Sergio Cotta, Torino, II ed., 1965, Vol. 1, p. 274).

periore legalità, sia indicando agli attori politici la via maestra per la realizzazione di un cambiamento che potremmo definire “costituzionalmente orientato”. Senza confondere i piani dell’interpretazione e delle garanzie con quelli della trasformazione sociale, politica e culturale. I primi in caso possono sostenere e favorire la seconda, mediante interpretazioni evolutive, ma non possono certamente sostituirsi a questa. Non possono essere gli interpreti a recitare il ruolo di protagonisti del cambiamento.

In questo contesto appare evidente che diventa prioritario comprendere chi possano essere i *Träger der Verfassung*, i soggetti in grado di dare attuazione al disegno espresso dalla costituzione. Questione tanto più decisiva oggi ove – non c’è bisogno di dimostrarlo – la crisi di soggetti tradizionali (dai partiti alle istituzioni rappresentative) appare drammaticamente evidente. Dal nostro punto di vista di costituzionalisti appare allora emergere la condizione necessaria affinché tutto ciò che è stato sin qui detto possa essere praticato (o anche solo immaginato): l’esistenza di un popolo consapevole e in grado di far valere i propri diritti. Solo questo può dare attuazione ad un progetto – anzi ad una rivoluzione promessa – che è stato scritto, ma non s’è mai ancora realizzato. Non compete certamente ai costituzionalisti “creare” il popolo consapevole dei propri diritti, bensì spetta alla storia e alla politica “determinarlo”³¹.

Rientra nella responsabilità dei costituzionalisti però lavorare sui presupposti culturali perché ciò possa avvenire. A tal fine, più di ogni

³¹ L’idea, invece, che sia possibile “creare” un popolo orientato ai valori di eguaglianza e giustizia sociale rappresenta il limite più evidente del c.d. “populismo di sinistra”, che pretende di costruire dall’alto un “suo” popolo, senza intermediazioni, cogliendo il “momento populista”, definendo “legami equivalenziali” e riempiendo di “significanti vuoti” privi di un oggetto preciso i bisogni del popolo. Una prospettiva teorica e politica che si è rilevata senza un futuro perché sfornita di solide radici e priva in sostanza di storia. Una forzatura movimentista che ha portato a vittorie politiche effimere, ma che ha finito per sottovalutare la necessità di una realistica considerazione delle condizioni effettive per poter sostenere la svolta sociale e culturale auspicata. Nonostante i costanti riferimenti al pensiero gramsciano, scarsa è stata l’attenzione prestata alla complessità della “lotta per l’egemonia”. Sul “populismo di sinistra” vedi almeno, E. LACLAU, C. MOUFFE, *Egemonia e strategia socialista. Verso una politica democratica radicale* (2008), tr. it. a cura di F.M. Cacciatore e M. Filippini, Milano, 2011; nonché più di recente C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, tr. it. D. Ferrante, Roma-Bari, Laterza, 2018. Per approfondimenti sul punto vedi quanto rilevato nel mio *Diritto e conflitti*, cit., p. 54 ss.

altra cosa, è necessario prendere in considerazione il substrato materiale che dà corpo e anima al costituzionalismo per come lo abbiamo sin qui delineato. È ai diritti pretermessi e ai poteri accentrati che deve guardarsi per rendere possibile, quel che Ernst Bloch ha definito l'*utopia concreta*. Non, dunque, ciò che non si può realizzare se non nei desideri, ma ciò che è stato anticipato e «non è ancora divenuto»³². Tutto è poi rimesso alla sovranità e alla maturità di un popolo. Si vuol dire cioè che la sovranità deve certamente essere esercitata nelle forme e nei limiti della costituzione, ma anche che solo un popolo determinato e consapevole può esserne il legittimo titolare. In fondo, già lo scriveva con realismo e rigore di metodo Carlo Esposito: «E veramente il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che abbia il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino poteri costituiti; e che non abbia la nuda sovranità (che praticamente è nulla) ma l'esercizio della sovranità (che praticamente è tutto)»³³.

Il costituzionalismo critico da noi propugnato ha l'ambizione di misurarsi direttamente con il reale, senza arrendersi ad esso. Rappresenta una forma di realismo che trova nel confronto con lo sviluppo storico il proprio specifico campo d'analisi e luogo di riflessione critica. È un modo d'essere studiosi prima ancora che un modo di fare scienza.

Qualcuno potrebbe obiettare che i tempi non sembrano i più consoni e che gli ostacoli si moltiplicano per chi vuole affermare la costituzione come norma secondo quanto abbiamo indicato. Meglio sarebbe stare a guardare, far finire la notte prima di intraprendere il viaggio. Vorrei rispondere agli scettici con le parole di Max Weber, il quale ci ricorda che «anelare e attendere non basta, e [noi] ci comporteremo in altra maniera: ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al 'compito quotidiano' – nella nostra realtà di uomini e nella nostra attività professionale. Ciò è semplice e facile, quando ognuno abbia trovato e segua il demone che tiene i fili della *sua* vita»³⁴.

³² Vedi E. BLOCH, *Il principio speranza. Sogni a occhi aperti* (1959), tr. it. E. De Angelis, vol. I, Milano, 2019, passim, ma spec. pp. 15 ss.

³³ Così, con straordinario acume, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione* (1948), ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954, p. 10.

³⁴ M. WEBER, *La scienza come professione* (1919), in ID., *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, tr. it. A. Giolitti, Milano, VII ed., 1980, p. 43.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il contributo si interroga sul ruolo che i costituzionalisti oggi devono assumere davanti alle diverse crisi, sia per affrontare quelle che riguardano il ceto dei giuristi – come la crisi del metodo e della dogmatica –, sia per interpretare la crisi della rappresentanza e della dimensione statale. Nel perseverare della tendenza alla concentrazione del potere e all'esaltazione delle funzioni degli esecutivi, si evidenzia la necessità di ripartire ponendo al centro delle riflessioni la tensione fra politica e diritto, fra fatto e norma.

L'Autore, nel richiamare la fedeltà a una certa idea di costituzionalismo (moderno, democratico, pluralista e conflittuale), difende un preciso ruolo del giurista e del costituzionalista e afferma l'opportunità di un approccio critico allo studio del diritto costituzionale, ossia la necessità, oggi più che mai, di un costituzionalismo critico.

EN

The essay questions the role that constitutionalists today must assume in the face of different crisis, both to address the crises affecting the class of jurists – such as the crisis of method and dogmatics – and to interpret the crisis of representation and the state dimension. As the trend toward the concentration of power and the praise of executive functions persists, the Author highlights the need to restart by placing the tension between policy and law, fact and norm, at the center of constitutionalists' thinking.

The Author, in evoking fidelity to a certain idea of constitutionalism (modern, democratic, pluralist and conflictual), defends a precise role of the jurist and constitutionalist and affirms the need for a critical approach to the study of constitutional law, and, now more than ever, for a critical constitutionalism.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)