

23 novembre 2010

(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*

di Mario Dogliani

1.- Due definizioni di costituzionalismo. 2.- Due possibili usi della parola neocostituzionalismo. 3.- Due possibili modelli di neocostituzionalismo: le rispettive buone ragioni. 4.- La “compiacenza” come legge di natura della ricerca scientifica. 5.- Il neocostituzionalismo come ennesima rinascita del diritto naturale? Un’ipotesi di Bobbio. 6.- Un’ipotesi provvisoria. 7.- Diritto e spoliticizzazione della società. Dalla crisi del principio di sovranità a quella del principio di costituzionalità. 8.- Segue: questioni di teoria costituzionale e di teoria dell’interpretazione. 9.- Il nucleo controverso. 10.- La separazione tra diritto e morale. 11.- Il carattere concettuale della separazione tra diritto e morale e il carattere concettuale della non separazione tra diritto e cultura. 12.- Il diritto – e il diritto costituzionale – come “campo” del test di universalizzabilità.

1.- Per discutere di neo-costituzionalismo occorre preliminarmente chiarire in quale significato si assume il termine “costituzionalismo”. In senso generalissimo il costituzionalismo può essere definito in due modi[1]. Secondo il primo – nell’esemplare ricostruzione di Fioravanti - il costituzionalismo è essenzialmente un fenomeno moderno («rappresenta il *secondo lato* dello stato moderno europeo»[2]): è l’insieme degli istituti – e delle relative rielaborazioni intellettuali - propri del perfezionarsi dello stato moderno, esito del lungo processo che si è avviato nel XIV secolo e consolidato nel XVIII. Secondo l’altra possibile definizione il costituzionalismo non è, invece, un fenomeno essenzialmente moderno perché gli elementi qualitativi che ha introdotto nel corso di questa edificazione (quelli tendenti «a circoscrivere [i] poteri, a offrire e determinare limiti e garanzie, e a introdurre... l’elemento della partecipazione e del consenso, con la progressiva costruzione delle assemblee rappresentative»[3]) non sono la realizzazione storicamente prima di frammenti di pensiero che, nel passato, erano stati del tutto ininfluenti[4]: bei pensieri, e nulla più, cui i costruttori dello Stato moderno si sono, certamente, ispirati, ma – è questo il punto – per la prima volta in modo politicamente efficace e dunque rilevante dal punto di vista della storia delle istituzioni. Questa seconda possibile concezione del costituzionalismo sottolinea, invece, come il costituzionalismo antico consista non solo in una affascinante linea di pensiero (da Solone a Savonarola), ma anche in un insieme di istituti storicamente efficaci, o comunque di conati che hanno lasciato il segno, di *exempla*, disseminati nel corso dei secoli in esperienze politiche molto diverse, cui lo stato moderno ha dato una nuova forma, adeguata alla dimensione e all’intensità

del potere che stava edificando. Di qui la legittimità di collegare il costituzionalismo antico e quello moderno, come diverse forme storiche – entrambe rilevanti sotto il profilo non solo della storia delle idee, ma anche della storia delle istituzioni - di una tradizione politica e intellettuale che non ha mai cessato di rielaborare e sperimentare il suo nucleo normativo.

2.- A fronte di queste definizioni amplissime di costituzionalismo, che significato assume l'espressione "neocostituzionalismo"?

In primo luogo si potrebbe rilevare che premettendo il "neo" a parole che identificano movimenti culturali o politici si intende definire, con la parola risultante, un fenomeno di ripresa, che avviene dopo una caduta, un abbandono, una eclissi, una crisi. Neopaganesimo, neoclassicismo, neobarocco, neorealismo, neofascismo ... indicano fenomeni di tal genere. Esprimono una polemica contro un passato recente in nome di un ritorno a un passato più lontano. Un passato recente profondamente diverso da quello (più o meno remoto) nuovamente evocato, e che si definiva diversamente: un passato non pagano, non classico, non barocco, non fascista ..., rispetto al quale si chiede una svolta radicale. Ma il passato recente del neocostituzionalismo è pur sempre il costituzionalismo del Novecento. Se anche il neocostituzionalismo dovesse inserirsi in questa sequenza, in questo schema polemico, si dovrebbe dunque dire che esso ripudia questo costituzionalismo: che ripudia il costituzionalismo positivista legato all'esperienza dello Stato novecentesco, anche di quello del secondo dopoguerra. La tesi non è peregrina. Il neocostituzionalismo è una galassia all'interno della quale sono dominanti richiami ai molteplici volti del giusnaturalismo e dell'antiformalismo che lo pongono in una posizione di rottura anche con le concezioni del diritto e dello Stato che hanno sostenuto l'instaurarsi delle costituzioni di quello che oggi chiamiamo lo stato costituzionale. Costituzioni i cui contenuti, peraltro, il neocostituzionalismo non solo apprezza, ma pone a fondamento – in quanto principi morali, o valori, positivizzati, richiamati, oggetto di rinvio, incorporati... – proprio della discontinuità che esso proclama.

Si potrebbe però avanzare una tesi più moderata, suggerita da termini quali "neodarwinismo" o "neocriticismo" o "neocapitalismo": termini nei quali l'aggettivo "neo" non indica una ripresa dopo un abbandono, sostenuta da una volontà di rottura con il passato recente, ma solo un nuovo modo d'essere di un fenomeno che continua, mantenendo la sua identità di fondo. Se il neoclassicismo era nemico del rococò, se il neorealismo era nemico del cinema dei telefoni bianchi, il neocapitalismo non è nemico del capitalismo dei padroni del vapore, che l'ha preceduto. E' solo diverso in alcuni tratti che, per quanto importanti, non ne cancellano le caratteristiche essenziali. In questo senso esisterebbe un "neocostituzionalismo" che cercherebbe di descrivere le relevantissime trasformazioni subite dal diritto e dallo Stato, che darebbe atto dello stil novo delle argomentazioni giurisdizionali, in particolare delle corti costituzionali e delle alte corti sovranazionali e internazionali, rimanendo però nel solco della tradizione propriamente scientifica del positivismo: quella metodologica (che verrebbe misconosciuta dal neocostituzionalismo polemico, che preferirebbe assumere ad oggetto dei suoi strali un fantoccio di positivismo ingenuo).

Si possono dunque individuare - concettualmente, conformemente alle possibilità di impiego della parola - due possibili diverse versioni del neocostituzionalismo: una polemica e una adattiva (brutto aggettivo, che sembrerebbe alludere al costituzionalismo che opportunisticamente si piega alle circostanze, ma che qui indica invece il pensiero che intende pienamente "teorizzare", cioè comprendere e descrivere, il peculiare modo d'essere del diritto nello stato costituzionale).

Due sono però le difficoltà. La prima sta nel fatto che queste famiglie, concettualmente possibili, sono difficilissime da individuare nel panorama dell'attuale costituzionalismo con un minimo di precisione, perché sono internamente frastagliate, a causa delle diffuse posizioni eclettiche, o semplicemente non ben informate e meditate. Questa difficoltà sarebbe dirimente – o scoraggiante – se si volesse condurre uno studio per sistematizzare la discussione così come si è svolta, dando a ciascuno il suo. L'obiettivo di queste pagine è però molto più modesto. Vuole solo ipotizzare che esistano due posizioni connotative e

ricapitolative di due possibili modelli, e verificare se tali posizioni siano radicalmente incompatibili, o possano essere utilizzate entrambe in un processo cumulativo di comprensione dell'attuale modo d'essere degli ordinamenti positivi rientranti nella forma di stato "costituzionale". Cercheremo di costruire dunque, in queste pagine, due modelli astratti - senza nessuna pretesa di compiere una difficilissima tipizzazione delle posizioni teoriche degli autori più rappresentativi, ma solo cercando di mettere in evidenza quelle che sembrano le rispettive "buone ragioni".

La seconda difficoltà sta nel fatto che, nel linguaggio corrente, di questa dualità non c'è traccia. Solo alla prima corrente, al neocostituzionalismo polemico, è attribuito il nome "neocostituzionalismo". La seconda non ha nome, o meglio, le è mantenuto il vecchio, giacché non agita una sovversione disciplinare. Il torso di questa seconda famiglia di tesi è costituito dal positivismo metodologico, secondo il quale, al di sotto degli atteggiamenti di rottura e delle propugnatte rivoluzioni metodologiche, il neocostituzionalismo polemico è nella sostanza molto meno polemico di quanto appaia, perché molte delle sue tesi sono presentate come incompatibili con il positivismo, mentre incompatibili non sono; e sono piuttosto fraintendimenti di nozioni già patrimonio del positivismo metodologico stesso. In questo senso esisterebbe – sfrondate le dichiarazioni di guerra – un solo costituzionalismo, che dal nostro punto di vista dovrebbe essere identificato con quello adattivo. Il quale però (in molte di quelle che potrebbero essere sue componenti, nell'ottica qui adottata) non ama affatto definirsi come una forma (seppur profondamente diversa) di neocostituzionalismo, e propugna la sua fedeltà pura e semplice al positivismo metodologico. Se si volesse mettere alla prova la possibilità di un atteggiamento cumulativo non sarebbe sbagliato, però, definire anche questa famiglia di teorie come "neocostituzionalismo", per rimarcare – accanto alle continuità teoriche col positivismo "non ingenuo" (e alle discontinuità con quello ingenuo) - le novità che essa non può non registrare di fronte al modo d'essere degli stati costituzionali nello scorcio del secolo ventesimo, eventualmente prendendo sul serio - questo è il punto – alcune delle provocazioni dell'altro neocostituzionalismo.

3.- Il quadro dell'attuale discussione evoca il campo di Agramante. Solo scansando gli aspetti più sanguinosi si può tracciare questa sequenza:

Il neocostituzionalismo polemico sostiene che l'avvento dello stato costituzionale, la costituzionalizzazione di spazi sovranazionali e la tentata costituzionalizzazione dello spazio internazionale hanno portato grandi novità, che si condensano in un indebolimento dei confini tra diritto e morale. La validità degli atti di diritto pubblico (leggi e sentenze, ma anche atti amministrativi) viene sottoposta ad una discussione che muove da principi costituzionali, ma che si sviluppa come una discussione morale, perché la concretizzazione di quei principi avviene attraverso la produzione di norme che – quand'anche ci si volesse ostinare a descrivere come "estrazione" dall'ordinamento di norme inesprese – è guidata da postulati morali. Misconoscere questo aspetto significa fornire una rappresentazione monca e falsa della nomodinamica.

Il positivismo metodologico – autoriconoscendosi come "*expository jurisprudence*" - replica che questa non è affatto una novità: «Il positivismo giuridico metodologico non nega (e come potrebbe?) che il diritto e/o la pratica giuridica siano intrisi di valutazioni morali (dei legislatori e degli interpreti). Si limita a raccomandare, a chi voglia fare scienza giuridica, di prenderne atto. Se dunque le autorità normative impiegano concetti intrisi di morale nella formulazione dei testi normativi, il compito della scienza giuridica è, semplicemente, darne conto. E, se i giudici, nell'interpretare i testi normativi, e specificamente i testi costituzionali, compiono – come fatalmente accade – valutazioni morali, il compito della scienza giuridica è, molto semplicemente, descriverle in quanto tali»^[5]. Ma questo "dar conto" non nega che la separazione tra diritto e morale è una separazione concettuale (che teoricamente non può essere negata) e non contingente (che teoricamente può essere affermata o negata a seconda dei casi).

Il neopositivismo polemico controeplca che considerare il riferimento alla morale come oggetto di

descrizione è insufficiente, perché declassa questo fenomeno a caratteristica contingente degli ordinamenti, e dunque effimera, fungibile, senza che produca nessun riflesso concettuale sul modo di concepire i processi di produzione, interpretazione e applicazione del diritto.

Se questo schema individua il punto dirimente si può formulare una domanda riassuntiva. Ammettiamo che la separazione tra morale e diritto sia concettuale, e che dunque i diversi nessi che si stabiliscono tra morale e diritto nelle diverse culture siano, per definizione, contingenti (che cioè, quali che siano, non possono mettere in discussione la separazione stessa). Ammettiamo che il positivismo metodologico contempli la posizione della morale. Di quella individuale, critica, che può entrare come elemento ultimo nella decisione con la quale l'interprete (*in interiore homine*) accorda la sua preferenza ad uno o ad altro significato possibile dell'enunciato cornice. Di quella sociale - intesa come un complesso di regole oggettivabili attraverso l'osservazione della società - il riferimento alla quale può entrare nella decisione interpretativa come argomento (qui pubblico, espresso) giustificativo della preferenza accordata. E di quella istituzionale, che è quella "presupposta" dall'ordinamento non perché sia il codice dal quale l'ordinamento stesso trae la propria legittimazione e i propri contenuti fondamentali, ma semplicemente perché è il complesso magmatico delle domande - e delle forme storico-culturali all'interno delle quali vengono formulate - a partire dalle quali la costituzione positiva viene interrogata e interpretata. Complesso di domande e di interpretazioni che si riassumono nella consuetudine di riconoscimento della costituzione stessa (come atto e come stratificazione di interpretazioni). In tutti i casi il riferimento alla morale è un dato descrivibile: un dato "possibile" (giacché il fattore fondamentale del movimento che *in interiore homine* porta ad una scelta interpretativa piuttosto che ad un'altra può essere tutt'altro che una posizione morale: può essere cupidigia e corruzione, pregiudizio, pigrizia routinaria ...), ma non dominabile dal diritto. Il riferimento alla morale resta dunque una decisione, nel senso proprio: di scelta non determinabile dal diritto, e dunque, dal punto di vista del diritto, irrazionale.

Tutto ciò ammesso, resta la domanda: è sufficiente tematizzare il riferimento alla morale tipico dello stato costituzionale come descrizione di atteggiamenti contingenti (che potrebbero non esserci o essere del tutto differenti) interni ad un campo irrazionale? Se la domanda è sensata, può rappresentare la "buona ragione" del neocostituzionalismo polemico, perché viene avanzata in riferimento all'esito cui conducono le critiche - in ipotesi accettate - del positivismo metodologico.

4.- Prima di procedere, è opportuno ulteriormente chiarire il punto di vista che varrebbe la pena di assumere a proposito del campo d'Agramante dell'attuale dibattito. Ammettiamo che i valori ideali riconosciuti dalla comunità scientifica e le norme che essa professa - così come ricostruiti da R.K. Merton: obiettività, originalità e utilità; universalismo, comunismo intellettuale, disinteresse e scetticismo - caratterizzino anche la comunità dei giuristi. Questi ultimi - si sarebbe però indotti a ritenere - peccano forse di una certa mancanza di compiacenza (dote implicita nel valore dell'obiettività e nella norma del disinteresse), che li porta non troppo infrequentemente, per amore di distinzione, a non praticare un metodo cumulativo, o, se si vuole, una forma di ragione rammemorante, cogliendo tutto quanto di buono - dal punto di vista della tesi che intendono dimostrare (o di utilmente reinterpretabile, o di degno di ricordo in quanto espressione di un avvicinamento alla comprensione attuale del problema) - è stato scritto da altri. Al contrario, questa scarsa attitudine alla compiacenza li spinge ad esasperare le differenze di principio e ad ingigantire le conseguenze che da tali differenze deriverebbero.

La compiacenza è la quinta legge di natura di Hobbes, e stabilisce che ognuno deve fare del suo meglio per adattarsi alla convivenza con gli altri. E' descritta a fini tutt'affatto diversi da quelli che qui interessano (la pace del genere umano, e non l'ordinato svolgersi della discussione scientifica), ma vale la pena ricordare le parole del filosofo: «... dobbiamo considerare che c'è nell'uomo una disposizione a vivere in società ... così come si osserva nelle pietre poste insieme per costruire un edificio. Infatti come quella pietra che, a causa della stranezza e della irregolarità della sua forma, toglie alle altre uno spazio maggiore di quanto non sia quello che essa occupa, e non potendo, per la sua durezza, essere squadrata con facilità, ostacola i lavori di costruzione ed è messa da parte dai muratori come cosa inutile e

fastidiosa; allo stesso modo un uomo che per il protervo egoismo farà di tutto per restare in possesso di cose per lui superflue e per altri necessarie, e per l'ostinatezza delle sue passioni non può essere modificato, viene isolato o scacciato dalla società come elemento indesiderabile. Infatti, dato che si suppone che ognuno, non solo per diritto, ma anche per necessità naturale, si sforzi, per quanto è in suo potere, di assicurarsi quello che gli è necessario per la sua conservazione, chi si opporrà a lui in questo, per cose superflue, è responsabile della guerra che nascerà, e perciò la sua azione è contraria alla legge fondamentale di natura che prescrive di cercare la pace. Coloro che osservano questa legge sono chiamati esseri socievoli (i Latini li chiamavano «*Commodi*»), gli altri ostinati, insocievoli, arcigni, intrattabili» (Il Leviatano, XV).

Queste parole potrebbero evocare l'ipotesi che la non effettività della legge della compiacenza attardi la scienza del diritto in polemiche intorno al superfluo (la ricerca ostinata di distinzione) e la ostacoli nell'erigere edifici solidi e regolari. Le polemiche alzo zero contro il positivismo giuridico da parte del neocostituzionalismo polemico potrebbero essere un esempio di quanto sopra ipotizzato.

5.- Per avvicinarci al dilemma che sopra abbiamo ipotizzato come sintesi del conflitto - se (come vorrebbe il neocostituzionalismo polemico) il rapporto tra diritto e morale così come configurato dal positivismo metodologico non sia adeguato al modo d'essere dello stato costituzionale, o se (come vorrebbe il positivismo metodologico) ogni discostamento dal carattere concettuale della separazione tra diritto e morale porta inevitabilmente ad avvolgersi nelle contraddizioni che sono state rimproverate al giusnaturalismo da una critica il cui impianto logico resiste intatto - possiamo fare riferimento a un passo di Bobbio, del 1963, in cui scriveva che «Il giusnaturalismo continua, almeno da cinquant'anni a questa parte, a rinascere». Precisava però che occorre distinguere: altro sono le posizioni filosofiche, isolate, che espressamente si richiamano ad una delle versioni che il giusnaturalismo ha assunto; altro è constatare che esistono vasti movimenti che chiedono di rafforzare i limiti al potere statale i quali, nel far ciò, esprimono «l'esigenza, che fu propria del giusnaturalismo nella maggior parte delle sue elaborazioni dottrinali, e ne continuano la funzione». Ma, proseguiva, «le dottrine cui si appoggiano, gli argomenti che adducono, i motivi morali, razionali, storici, cui si appellano, non hanno generalmente nulla a che vedere col giusnaturalismo, cioè con l'insieme delle teorie che hanno affermato l'esistenza di un diritto di natura»[\[6\]](#).

Tali movimenti sono individuati da Bobbio: a) nel costituzionalismo del secondo Novecento, che ha introdotto limiti di diritto al potere legislativo statale e la possibilità di tutela giurisdizionale internazionale dei diritti del cittadino contro il proprio stato; b) nell'antifascismo e nell'anticolonialismo, che hanno sottoposto il potere assoluto dello stato non solo a critiche filosofiche, ma anche ad atti concreti di resistenza; c) nel «noto» fatto che «tra i giudici, anche nei paesi a diritto codificato, e quindi più soggetti all'influenza del positivismo giuridico, si fanno strada idee favorevoli a una maggiore latitudine di giudizio, e a considerare le norme generali ed astratte, provenienti dagli organi pubblici, una direttiva piuttosto che un comando rigidamente vincolante»[\[7\]](#).

La questione più interessante – nell'economia del discorso che qui stiamo conducendo - sta negli sviluppi che ha avuto la situazione descritta al punto c). E' indubbio, infatti, che la critica al formalismo cognitivista e il diffondersi di teorie dell'interpretazione scettiche o eclettiche hanno diffuso, tra i giuristi, la consapevolezza della discrezionalità e della creatività interpretativa, soprattutto di fronte ai termini indeterminati usati in tutti i rami della legislazione, ma particolarmente presenti nei testi costituzionali. D'altro lato, la larghezza con cui si ricorre, nel dibattito politico-culturale, alla categoria dei "diritti" ha un significato retorico che rafforza un'idea intuitiva del carattere "naturale" di tali diritti e dei loro sviluppi e implicazioni. Tutto ciò non poteva restare senza effetti sulla giurisprudenza, che bordeggia questa retorica, lasciando sovente intravedere il carattere pre-politico (morale) delle regole con le quali essa applica i principi costituzionali. Ed è curioso – anticipiamo qui per inciso – che i due fenomeni siano paralleli e scollegati: lo spazio per il riferimento ai diritti come a un qualcosa di

eccedente la scrittura dei testi normativi, e costituzionali in particolare, non è infatti cercato nella indeterminatezza fisiologica dei testi e nella naturale funzione, attributiva di significati, dell'interpretazione (tutti fenomeni che il positivismo metodologico può ben descrivere), ma, come si è detto, stabilendo un legame tra l'attività interpretativa e la morale oggettiva. Il problema – secondo il neocostituzionalismo polemico - non sta nel definire come giuridici i principi costituzionalizzati; sta nel dire che la loro applicazione è impossibile senza compiere una scelta morale; e che questa scelta non è giuridicamente irrilevante in quanto componente di una “decisione” (come vorrebbe il positivismo metodologico). Questa scelta, dice il neo-costituzionalismo polemico, rileva giuridicamente proprio come esito di una discussione morale: l'omaggio al solo testo delle leggi è una finzione; una finzione utile, ma che non può essere assunta come cardine dell'ordinamento. Il discorso di Bobbio non chiude dunque la questione, perché è proprio il terzo dei fenomeni che egli indica che funziona da cavallo di Troia del giusnaturalismo. Se un principio altamente indeterminato viene concretizzato definendo una norma inespressa che si pretende doverosa perché conforme ad una morale oggettiva (presupposta dalla costituzione stessa o comunque assunta a riferimento dall'interprete), si cade ovviamente – attraverso il riferimento alla oggettività di “una” morale – nel cognitivismo giusnaturalistico.

Ma è proprio necessario compiere questo passo?

6.- Se lo fosse, le due posizioni sarebbero davvero irriducibili, e sarebbe legittima la domanda: il neo-costituzionalismo polemico è un'altra rinascita del diritto naturale? Oppure riprende temi di movimenti filosofici diversi dal giusnaturalismo, ma al pari di questo, in radicale contrapposizione con il positivismo? Simmetricamente, le eventuali risposte negative potrebbero significare: a) che il neo-costituzionalismo è una rinascita del diritto naturale capace di superare la critica sviluppata dal costituzionalismo positivista; oppure b) che è una rinascita che non aggiunge nulla di nuovo a questa critica, e che dunque è concettualmente spuntata; oppure che non è una rinascita del giusnaturalismo, ma una critica al costituzionalismo positivista assolutamente nuova.

Nell'ottica qui perseguita, che si limita a cercare un possibile punto di reciproca chiarificazione tra il neocostituzionalismo polemico e quello adattivo, non sarebbe però proficuo affrontare di petto la questione se nel neocostituzionalismo polemico debba vedersi una rinascita del diritto naturale (anzi, una sua ennesima rinascita), o la nascita di una radicale novità anche rispetto al giusnaturalismo. Provvisoriamente, per evitare di avvolgerci immediatamente nelle numerosissime aporie che il termine giusnaturalismo trascina con sé, può essere più utile continuare a prendere la questione di spigolo, tornando alla possibile buona ragione del neocostituzionalismo polemico, prima individuata, e che sembrerebbe resistere alle critiche del positivismo metodologico perché pone una domanda successiva ad un loro ipotetico esaurimento “per successo”.

Ammettiamo dunque che a) il positivismo metodologico abbia ragione nel sostenere che il neocostituzionalismo non rappresenti né una rinascita del diritto naturale né la nascita di una radicale novità teorica irriducibile alle acquisizioni del positivismo metodologico stesso; ma che b) il neo-costituzionalismo polemico abbia ragione quando sostiene che la costituzionalizzazione relativamente omogenea di molti ordinamenti statali e i tentativi di costituzionalizzazione di spazi sovranazionali e internazionali diano la prova empirica della datità di un contesto culturale oggettivo il riferimento al quale, da parte di legislatori e interpreti, non può essere solo descritto come un fenomeno contingente. Se questa strada potesse essere percorsa, il ponte che la “*expository jurisprudence*” offre per far entrare – come dato di cui dar conto – nei lavori di scienza del diritto il tipo di argomentazione (in senso lato, di legislatori e interpreti) cara ai neocostituzionalisti polemici potrebbe consolidarsi ed allargarsi.

7.- Ma che cosa rappresentano esattamente, ai fini del nostro discorso, la costituzionalizzazione relativamente omogenea di molti ordinamenti statali e i tentativi di costituzionalizzazione di spazi sovranazionali e internazionali, e cioè l'avvento della forma di stato costituzionale? Rappresentano,

guardando dentro il nostro recinto occidentale, la fine della prospettiva della rivoluzione, temuta o attesa. Questa affermazione può sembrare assurda e stonata alle orecchie degli attuali giuristi, ma è l'unica che può spiegare un fatto molto semplice: il loro orrore per il carattere formale del diritto e per la fungibilità dei suoi fini. Normalmente si dice che è stata l'esperienza del nazismo a seppellire la concezione del diritto come mera tecnica. Non c'è da dubitarne. Ma c'è da aggiungere che il diritto "borghese" era un'arma di combattimento a senso unico, e che il merito di Kelsen è stato quello di de-mistificarne i contenuti per offrire il diritto-tecnica come strumento di organizzazione anche della società post-rivoluzionaria, e della società democratica fondata su duri conflitti ideologici e di classe. L'idea che il diritto, la legge senza qualità di Kelsen, possa essere lo strumento per neutralizzare provvisoriamente conflitti tendenzialmente mortali senza evocare giudizi di valore, è ormai fuori del pensabile, perché si pensa che conflitti di quel genere, collettivi, non esistano più. La spolticizzazione delle nostre società è l'elemento storico che può spiegare le fortune del neocostituzionalismo polemico e che dovrebbe essere criticamente assunto anche dal neocostituzionalismo adattivo. Un'assunzione critica, che chiarisce il senso della parola "adattivo", e le fa perdere il suo sapore vile, evocatore del piegarsi alle circostanze. Adattivo vuol invece dire che conserva la memoria: che cerca di adattare alla società spolticizzata le caratteristiche del diritto come strumento della lotta politica condotta a volto aperto, senza nascondersi dietro principi presentati come oggettivi e dunque neutrali, nello sforzo di mantenere la vigilanza antiideologica e l'apertura del diritto a fini politicamente decisi.

8.- Entrambe le versioni – che qui astrattamente ipotizziamo - pretendono dunque di descrivere il modo d'essere del costituzionalismo dopo la grande trasformazione indotta dalla spolticizzazione delle società nazionali europee, ovvero dalla crisi dello stato-nazione e dalla crisi del principio di sovranità anche nel suo nesso con il principio di costituzionalità.

La crisi dello stato-nazione significa la crisi di uno statointeso come organismo la cui sovranità conteneva in sé, da un lato - sul lato esterno -, una connaturata vocazione espansionistica e antagonistica (distruttiva), e, dall'altro - sul lato interno -, una illimitata potenzialità di cambiamento di forma politica: da quella liberale a quella fascista a quella comunista, suscettibili non solo di affiancarsi in Stati diversi, ma di succedersi nel singolo Stato. Tre guerre (le due guerre mondiali e la guerra fredda) hanno portato alle estreme conseguenze questa idea di stato e hanno determinato, dapprima, sulle ceneri della catastrofe, un contesto imperiale bipolare e poi, crollato l'antagonista sovietico, il contesto che abbiamo davanti ai nostri occhi. Un contesto difficile da decifrare nelle sue linee di sviluppo, ma che non pare orientato a consolidare il tentativo di impero globale che ha avuto il suo acme nella Guerra del Golfo e in quella irachena. Piuttosto si delinea uno scacchiere incerto, tra una evoluzione nuovamente bipolare (il G2) ed una evoluzione plurale, comunque non più fondata unicamente sul protagonismo di singoli Stati. Quel che sembra ragionevole è che l'ordine post-westfaliano sia connotato più dal concetto di impero che non da quello di stato. Questa grande trasformazione ha colpito il principio di costituzionalità non solo nel suo rapporto con quello di sovranità esterna, ma anche, nel corso dei suoi sviluppi più recenti, nel suo rapporto con quello di sovranità interna. Paradossalmente, durante le *Trente glorieuses années* (1947 – 1977), e cioè durante il periodo più duro della guerra fredda, le costituzioni europee hanno potuto continuare ad essere concepite come proiezione di sovranità interna. E questo perché, da un lato, era viva la consapevolezza della loro carica polemica verso il passato d'ante guerra e di guerra (fosse il totalitarismo o, come nel caso francese, il collaborazionismo), e, dall'altro, perché il modello di società cui tendevano era un modello fortemente polemico anche col presente, ma ritenuto politicamente possibile. Segno di un cambiamento già avvenuto (la fuoriuscita dai totalitarismi), le costituzioni erano anche parametro di un molecolare cambiamento *in fieri* verso il dover essere che rappresentavano; e, soprattutto, mantenevano la forza normativa (in senso ampio, culturale) di intuizione di trasformazioni più profonde, che la politica costituente aveva additato e il cui inveramento era "a portata" degli sviluppi della politica interna.

Non è qui il caso di ripetere come questa idea - di un cambiamento politicamente guidato verso modelli

di società diversi da quello che, poi, si è imposto in tutto l'Occidente - si sia andata spegnendo (via via che questo modello appariva inesorabile, come sospinto da una invincibile forza naturale), fino ad essere pressoché cancellata dal “pensiero unico” liberal-totalitario.

Non potendo più essere intesa, la costituzione, come la più alta manifestazione dell'autonomia politica dello Stato – un'autonomia per che cosa? – si è cercato di fondare altrove il suo primato: nel suo rapporto con la cultura o la natura, la morale o la storia. Il costituzionalismo si è così trasformato, e sono affiorate le due correnti di cui si è detto: quella polemica e quella adattiva. Quella che ritiene necessaria, per descrivere e comprendere l'attuale modo d'essere dello stato costituzionale, una cesura con la tradizione positivista (con la centralità della legge conseguente alla centralità della rappresentanza politica), sostituendo una qualche idea di “morale” o di “sapienza” o di “tradizione” o di “autonomia” alla politica come principio generatore del diritto; e quella che, invece, ritiene possibile descrivere l'attuale modo d'essere degli ordinamenti mantenendo l'impianto concettuale del positivismo analitico (e le correlative aperture alla politica come principio generatore). Una corrente che non deve essere identificata con le forme “soft” di positivismo (che rinunciano alla separazione concettuale tra diritto e morale), ma che – come si è prima accennato – dovrebbe ricomprendere anche il positivismo metodologico “hard”, in quanto *expository jurisprudence* delle trasformazioni che si ricapitolano nella nozione di stato costituzionale. Ribadendo che si tratta di figure dai confini incerti, che non possono essere utilizzate per classificare la dottrina, separandola in due fronti, come Mosé fece del mare, e che vanno utilizzate solo come idealtipi, frutto di semplificazioni soggettive determinate dall'oggetto che si vuole illuminare; e che solo un'attenta ricerca può applicare a singole opere o al pensiero complessivo di singoli autori.

8.- Le due figure hanno un punto in comune: entrambe evidenziano il nuovo rapporto che si è venuto instaurando tra funzione legislativa e funzione giudiziaria, perché entrambe ammettono che la crisi del principio di sovranità (intesa come capacità di autonomia dello Stato e del sistema politico) ha portato con sé quella del principio di rappresentanza (essendo il potere rappresentativo il fulcro del sistema politico detronizzato) e, conseguentemente, quella del principio di legalità, inteso come centralità della legge-atto parlamentare.

Si differenziano intorno ad una questione di teoria costituzionale e ad una di teoria dell'interpretazione, tra loro strettamente connesse.

Quanto alla prima, la corrente polemica è propensa a ritenere che il fondamento di validità delle costituzioni – tramontato lo Stato sovrano - non stia tanto nella cultura politica delle forze che strutturano i sistemi politici nazionali quanto piuttosto nella *koiné* culturale sovranazionale e internazionale che si esprime nelle dottrine dei diritti naturali civili e politici (non si potrebbe dire dei diritti sociali, come l'attuale feroce discussione sulla riforma sanitaria statunitense, e le stesse tensioni interne alla UE, ampiamente dimostrano), e che – indiscutibilmente egemone – ispira i trattati e la giurisprudenza delle Corti in dialogo tra di loro. Visione da cui discende la marginalizzazione della legge, considerata potenziale fonte di arbitrio “locale”, e la valorizzazione della giurisprudenza, considerata necessaria sede dell'equità come *epeikeia*, come giustizia del caso concreto ispirata da quella *koiné* (dunque una giustizia universale – giacché il caso concreto è risolto in base a parametri universali - contrapposta alla politica, intrinsecamente irrazionale e particolaristica). specularmente, la corrente adattiva continua a considerare essenziale la struttura del sistema politico per la comprensione dell'*overlapping consensus* fondativo della costituzione e della sua consuetudine di riconoscimento, giacché considera inaggirabile la “cruna dell'ago” della positivizzazione di qualsivoglia principio (derivato da una morale o da una teoria della giustizia ...) nella costituzione scritta; e, richiamando gli strutturali rischi di arbitrio giurisprudenziale che lo scetticismo interpretativo mette in evidenza, nega che alla funzione giurisdizionale possa essere attribuito un primato assiologico rispetto a quella legislativa, che, di nuovo, appare come la “cruna dell'ago” non aggirabile.

Quanto alla questione di teoria dell'interpretazione, la corrente adattiva sostiene il carattere decisionistico dell'interpretazione, e la impotenza del diritto a controllarla compiutamente. Mantiene cioè la posizione non cognitivista del positivismo anti-formalista. La corrente polemica sostiene invece che la giurisprudenza ha in sé le risorse che le consentono di formulare “la” soluzione adeguata al caso concreto attingendo al “lato materiale” del diritto, inteso come una morale sociale (che si svilupperebbe però non localisticamente, ma in armonia con la *koiné* di cui si è prima detto e secondo alcuni – questo è molto importante – con la tradizione del costituzionalismo anche antico: un insieme di *iura* che sono anche *iura gentium* proiettati in una prospettiva storica lunghissima); un alcunché di molto simile (tranne che per questo aspetto cosmopolitico e di ininterrotto respiro storico) al diritto positivo del protopositivismo della scuola storica, della quale mantiene, appunto, la posizione cognitivista.

L'aspetto più interessante di questo profilo del neocostituzionalismo polemico – di quella parte che cerca nel raccordo tra costituzionalismo antico, moderno e contemporaneo la prova della consistenza storica e sociale di un nucleo di principi e di uno stile di pensiero che rappresenterebbero l'essenza della *prudencia iuris* - sta in questo: che si traduce in una proposta di “politica della formazione” dei giuristi. Vorrebbe, infatti, che lo spazio ove avviene la scelta tra i diversi significati ascrivibili a un enunciato non fosse passivamente contemplato dalla scienza giuridica come uno spazio irrimediabilmente lasciato alla decisione irrazionale^[8] (in quanto non vincolabile da regole e generata dai più diversi fattori) del singolo, solo successivamente rivestita degli argomenti “tecnici” che la rendono riconoscibile come decisione giuridica. Vorrebbe invece, la tesi in oggetto, che la scienza giuridica pretendesse che tale spazio fosse riempito da una discussione, condotta da essa medesima, intorno ai fattori che hanno generato la scelta: non gli argomenti spesi per “sostenerla”, dandole la dovuta forma, ma i motivi ultimi che l'hanno, per così dire, spinta; motivi che l'interprete sarebbe tenuto ad esplicitare, con ciò dichiarando la causa intellettuale – se vogliamo, morale - della scelta interpretativa. Tutto ciò, ovviamente, sul presupposto che la assunzione di una decisione giuridica sia (possa essere, dovrebbe essere) in ultima istanza anche una esperienza morale; e che in quanto tale non sia né camuffabile dietro un “*ita lex*”, né si risolva in una mera questione “di gusto” (o, peggio ancora, di interessi).

9.- Con ciò siamo tornati alla domanda cruciale che sopra abbiamo ipotizzato come espressiva della “buona ragione” del neocostituzionalismo. Riformuliamola in relazione al tema dei “diritti fondamentali”: per il neocostituzionalismo polemico alla nozione secondo la quale i diritti fondamentali sono quelli scritti nella costituzione formale in quanto espressione primaria della costituzione in senso materiale^[9], si è sostituita la nozione secondo la quale i diritti fondamentali sono tutti quelli dichiarati tali dalla comunità aperta degli interpreti, essendo loro riconosciuto il potere di creare, attraverso una “presa di posizione”, di natura intellettuale-morale, assunta dall'interprete davanti alla norma di principio, la regola di diritto oggettivo la cui mancanza impedirebbe – secondo il canone positivista che configura un diritto soggettivo come il riflesso di norme di diritto oggettivo – di riconoscere il diritto medesimo. Il positivismo metodologico non negherebbe frontalmente queste affermazioni, ma replicherebbe che a) si tratta di una normale operazione di concretizzazione interpretativa di termini costituzionali indeterminati, e che b) la “presa di posizione” in realtà assume sempre la forma della “estrazione” dall'ordinamento di una norma inespressa, a fattispecie chiusa, che concretizza il principio, sviluppando la norma tetica in una ipotetica^[10].

Potremmo aggiungere che il neocostituzionalismo polemico sarebbe più baldanzoso nel sostenere l'archiviazione del concetto di *political questions*, mentre il positivismo sarebbe (sempre nella sua neutralità descrittiva) più guardingo; ma la domanda che residua è: dov'è esattamente il nucleo controverso?

9.- Si potrebbe avanzare l'ipotesi che esso riguardi il giudizio su uno dei dati istituzionali centrali che strutturano i nostri ordinamenti: il concetto di validità (e le pratiche che lo riconoscono e ne derivano). Il neocostituzionalismo polemico sembra muovere da un giudizio radicalmente pessimistico sulla sorte di tale principio: principio secondo il quale agli atti giuridici è attribuito un significato oggettivo – e una

conseguente forza normativa – indipendente dal significato soggettivo che gli atti medesimi hanno avuto per i loro autori. Il riconoscimento della validità/invalidità di un atto di diritto pubblico è – in quest’ottica - il riconoscimento della stessa (validità della) costituzione come ricapitolatrice di tutte le fonti sulla produzione dalle quali i singoli atti traggono la loro validità. Le leggi sono leggi e non atti egoistici di gruppi di parlamentari, le sentenze sono sentenze e non esercizio di potere di piccoli uomini, gli atti degli organi di garanzia sono atti di mantenimento dell’equilibrato funzionamento della forma di governo e non siluri di lotta politica ... Il neocostituzionalismo polemico sembra muovere dal convincimento che il principio di legittimazione degli atti di diritto pubblico che si esprime nel concetto di validità sia ormai frusto e inefficace, e che solo una legittimazione morale del contenuto degli atti possa salvare la loro funzione “pubblica”.

Che, stracciato il velo, gli atti giuridici possano (non certo necessariamente) manifestare una sostanza miserabile, lo sanno tutti e da sempre. Il punto è che è «universalmente attestata [l’esistenza] di strategie [...] attraverso le quali gli agenti mirano a produrre una parvenza di conformità (nei fatti o nelle intenzioni) con una regola universale anche quando la pratica è in contraddizione con la regola o non adotta il principio dell’ubbidienza pura alla regola. Queste strategie con cui «ci si mette in regola» [...] dando a vedere di riconoscere la regola anche nella trasgressione, implicano che si riconosca la legge fondamentale del gruppo, quella che vuole che si rispetti, se non la regola [...] almeno la legge fondamentale che esige un atto esteriore di riconoscimento della regola. In un certo senso, ossia dal punto di vista del gruppo, nessun atto è più pietoso della “pietosa menzogna”, della “pietosa ipocrisia”; questi inganni, che non ingannano nessuno, sono facilmente accettati dai gruppi proprio perché comportano una dichiarazione inequivocabile di rispetto per la regola del gruppo, ossia per il principio formale universale (in quanto applicabile ad ognuno dei membri) costitutivo della sua esistenza. Le strategie di ufficializzazione con cui gli agenti compiono un atto di ossequio alle credenze ufficiali del gruppo [...] come] quella del giudice della Corte di Cassazione che finge di dedurre dai principi puri del diritto una decisione ispirata o imposta da considerazioni del tutto contingenti [...] sono strategie di universalizzazione che danno al gruppo ciò che esso vuole sopra ogni altra cosa, e cioè una pubblica dichiarazione di ossequio al gruppo e alla *rappresentazione* di sé che esso intende dare e darsi. La rappresentazione (mentale) che il gruppo ha di se stesso può perpetuarsi solo mediante un’opera incessante di rappresentazione (teatrale) e all’interno di essa: così gli agenti producono e riproducono, sia pure nella finzione e con essa, almeno una parvenza di conformità alla verità. Tale opera si impone con particolare urgenza a chi, ritenuto interprete del gruppo, suo portavoce ed esponente ufficiale, può permettersi meno di chiunque altro di derogare, nella vita pubblica e persino in quella privata, all’ossequio ufficiale verso l’ideale collettivo. I gruppi riconoscono pienamente solo chi pubblicamente manifesta di riconoscerli. E la sanzione dello scandalo politico colpisce fatalmente il portavoce che tradisce, che non concede veramente al gruppo ciò che gli dà diritto al suo riconoscimento»[\[11\]](#).

E’ questo complesso meccanismo che, secondo il neocostituzionalismo polemico, non funzionerebbe più, se si identifica la “legge del gruppo” solo con la costituzione scritta intesa come l’insieme delle fonti sulla produzione, per quanto concepito come l’insieme dei procedimenti integrato dall’insieme dei principi. Se questi ultimi, infatti, vengono intesi come tassativamente elencati e come sottoposti al divieto di essere utilizzati per risolvere le *political questions*, il ruolo delle giurisdizioni continua ad essere servente della legge, sia pure della costituzione-legge. E’ questo meccanismo che il neocostituzionalismo polemico vuole rompere, denunciandone al contempo e il carattere mistificatorio e la perdita di legittimazione. Non è più l’omaggio alla legge del gruppo che nello stato costituzionale legittima in ultima istanza le decisioni giudiziarie, ma solo la sintonia della singola decisione con le attese di giustizia sottese al singolo caso, con tutte le sue specifiche sfaccettature. La decisione non è legittimata dalla sua forma, ma dal suo contenuto.

10.- Messe così le cose, sembrerebbe che la possibilità di un punto di convergenza tra il neocostituzionalismo polemico e il positivismo metodologico svanisca. Ma quale potrebbe essere la

posizione del neocostituzionalismo adattivo? Da quale percorso potrebbe scaturire?

Per delinearlo, proviamo a rivolgere al positivismo metodologico una domanda analoga a quella che esso rivolge al neocostituzionalismo polemico, quando chiede: la separazione tra diritto e morale è concettuale o contingente? Accettiamo la sua critica e ribadiamo che quella separazione non è contingente, ma concettuale. Sostituiamo alla parola “morale” l’espressione “*acquis* del costituzionalismo antico, moderno, contemporaneo nei suoi profili anche sovranazionali e internazionali”. Non è una bellissima espressione, ma può servire a capirci; e chiediamo al positivismo: il rapporto tra il diritto attuale e l’“*acquis* del costituzionalismo antico, moderno, contemporaneo nei suoi profili anche sovranazionali e internazionali” è concettuale o contingente? La risposta sarebbe: «Dipende. Per le acquisizioni che riguardano la struttura del diritto, il problema non si pone, in quanto esse ridefiniscono i concetti stessi della teoria del diritto. Per quelle che riguardano il contenuto del diritto, la separazione è e resta concettuale». La risposta deve essere accettata; perché il rapporto tra il diritto e qualunque cultura (matrice dei contenuti del diritto) - indipendentemente da come questa si autorappresenti - è di concettuale separazione. Ma questo chiude il discorso? Qui sorge un dubbio.

La teoria pura del diritto ha il grande merito di denudare il diritto nella sua condizione di tecnica, di strumento, e quindi di strapparli allo *status quo* e di offrirlo anche alla trasformazione, anche alla rivoluzione. I discorsi che tendono a impastare il diritto con le culture correnti e tradizionali suonano dunque sospetti. Ma non si potrebbe scartare questo approdo? Non si potrebbe trovare un punto d’equilibrio che, da un lato, tenga ferma la consapevolezza critica del nesso contingente tra il diritto e i suoi contenuti, ma che, dall’altro eviti di confinare questi contenuti nel limbo della fungibilità: scientificamente indifferenti, se non come oggetto di descrizione?

Il punto che il neocostituzionalismo polemico considera insufficiente nella proposta della “*expository jurisprudence*” potrebbe essere così formulato. a) E’ accertabile l’esistenza di una pretesa pubblica secondo la quale tutti gli atti giuridici (non solo le sentenze) devono essere considerati come esiti di una ponderazione non soltanto logica, ma anche morale, tra le ragioni in conflitto. Non è più il riferimento alla legge, ma la saggezza del decisore nel collocare gli elementi del giudizio sui due piatti della bilancia che legittima la decisione stessa. b) L’effettività e le dimensioni di questa pretesa rendono il neo-costituzionalismo un fenomeno sociale, e non solo una teoria/dottrina. c) Il fatto che sugli autori degli atti giuridici gravi l’onere non solo di fornire la prova della validità, ma anche di fornire una spiegazione moralmente accettabile dei motivi che hanno portato all’atto stesso, è un dato che ridefinisce il rapporto tra diritto e autorità normative (si tratti di norme generali o di norme concrete), e come tale non è trattabile solo come causa di un allargamento degli oggetti che entrano nel campo di descrizione della teoria.

Nell’ottica ora delineata la pretesa del neocostituzionalismo polemico consisterebbe in una espansione del ruolo che la sfera pubblica svolge nello stato di diritto, secondo la ricostruzione habermasiana. La creazione di tale sfera – secondo Habermas – è stata lo strumento con cui si è cercato di risolvere il problema filosofico, politico e giuridico della legittimità, rovesciando il principio hobbesiano che il positivismo – non solo imperativista - aveva assunto a proprio fondamento: «Il “dominio” della sfera pubblica è [...] un ordinamento in cui si dissolve la sovranità in generale: *veritas non auctoritas facit legem* [...] Il *pouvoir* in quanto tale è posto in discussione da una sfera pubblica con funzioni politiche. Questa deve tradurre la “*voluntas*” in una “*ratio*”, che si produca nella concorrenza pubblica degli argomenti privati come “*consensus*” su ciò che è praticamente necessario per l’interesse generale»^[12]. Perché – sembra aggiungere il neocostituzionalismo polemico – non estendere questa logica anche al momento della decisione giurisdizionale (in particolare della decisione di costituzionalità) stante la sua evidente creatività e dunque stante la necessità di connettere *voluntas*, *ratio* e *consensus* in un modo più profondo dell’*ita lex* dietro il quale giudici (e amministratori) vorrebbero nascondersi?

11.- Ma basta tutto ciò a incrinare l’assunto fondamentale secondo cui il nesso tra il diritto e gli esiti di

tale procedimento discorsivo restano pur sempre contingenti? Ovviamente no.

Quel che le considerazioni precedenti ci dicono, però, è che altro è definire gli esiti di tale rapporto come contingenti, altro è ammettere la necessità concettuale che il diritto presupponga un rapporto con un altro da sé che definisca i suoi contenuti. I casi sono due: o la teoria (pura) del diritto definisce come irrilevante tale rapporto, e allora lo espunge dalla sua descrizione; o definisce come rilevante la necessità che tale rapporto sia dal diritto medesimo presupposto e disciplinato, e allora lo deve concettualizzare. In altre parole: perché la concettualizzazione del rapporto tra diritto e società non dovrebbe far parte della teoria del diritto se non come affermazione della sua contingenza? In tal modo la teoria del diritto lascerebbe solo ad altre scienze – come in effetti ha lasciato e continua a lasciare – non solo la chiarificazione delle forme storiche che tale rapporto ha assunto, ma anche la ricerca delle specifiche razionalità che esse esprimono. Altro è dire che il diritto ha la necessità concettuale di stabilire un rapporto razionale con la società, e che tale rapporto può rispondere a forme di razionalità diverse; altro è dire che la variabilità di tali forme di razionalità istituisce un rapporto irrazionale.

Il positivista potrebbe replicare: la questione non è riconoscere la rilevanza di tale rapporto; la questione è stabilire se da tale rapporto possano farsi scaturire criteri per identificare il diritto, per determinarne la validità. L'istituzionalismo, il decisionismo, la teoria della costituzione in senso materiale, il neoistituzionalismo chiarificano e interpretano il ruolo della cultura nel determinare i contenuti del diritto. Sono sofisticate costruzioni concettuali. Ma, a differenza di quanto tentò la scuola storica, ad essi precedente, non pretendono di stabilire un nesso lineare tra effettività, elaborazione scientifica e validità. Qui sta il punto. In ordinamenti a diritto scritto (o meglio, nell'ambito in cui un ordinamento è a diritto scritto) non si può aggirare il principio secondo cui le norme sono sempre significati di enunciati. Ciò che il neocostituzionalismo vorrebbe ristabilire è che questa corrispondenza biunivoca – dallo spazio, peraltro, amplissimo – non è più il principio di chiusura dell'ordinamento. E' questo che lo differenzia dal neoistituzionalismo. Altro è sottolineare i canali attraverso i quali avviene l'osmosi tra cultura, politica e diritto; altro è sottolineare la persistenza di forme di diritto non scritto; altro è far dipendere la validità del diritto da ordinamenti diversi, che altro non sono se non ordinamenti soggettivi di preferenze, secondo la nota formula kelseniana.

Al che il neocostituzionalista adattivo potrebbe rispondere: il vero problema non è ipotizzare un ordine normativo sovraordinato, o parallelo; il vero problema è riconoscere un significato specifico alle fonti sulla produzione del diritto e alle tecniche di interpretazione e applicazione che non le configuri come mero tramite di decisioni irrazionali.

12.- Una via d'uscita da questo cerchio di obiezioni e contro obiezioni (via d'uscita che – è opportuno ribadire - sarebbe utile trovare non certo per privare del gusto della polemica chi la desidera, ma per chiarire il ruolo che il diritto svolge nelle nostre società; e per trarre dalle secche la discussione intorno alla posizione che deve essere riconosciuta alla legislazione e alla giurisdizione) si potrebbe ipotizzare che il nesso tra cultura, politica e diritto – che tutti gli ordinamenti variamente presuppongono e più o meno esplicitamente disciplinano – sia in ultima istanza un'applicazione del test kantiano di universalizzabilità. Si potrebbe dire che tra cultura, politica e diritto esiste un nesso concettuale – non contingente – che consiste nel fatto che il diritto è il campo in cui le pretese politiche si sottopongono (vengono sottoposte) al test di universalizzabilità.

Lex et potestas convertuntur: ma perché? In che cosa consiste questa conversione della *potestas* in *lex*? Perché è opportuna o necessaria? E' assolutamente contingente, capricciosa e casuale? E' solo una formalizzazione determinata dal bisogno di efficienza ed efficacia del comando? L'evocazione del criterio kantiano risponde agli interrogativi. Si potrà dire che non può fondare risposte univoche. Ma non si può dire che non illumini il senso di una operazione – la conversione della *potestas* in *lex* – che un senso deve avere.

Il test per cui una legge pratica è tale solo se è valida per la volontà di ogni essere razionale (come Kant afferma nella *Critica della ragion pratica*) riguarda – come Habermas e Rawls hanno dimostrato - non solo il campo di dominio specifico dell’etica, ma anche quello del diritto: per lo meno del diritto prodotto in contesti in cui soggetti politici diversi e impegnati in reciproci conflitti possono collocarsi nella posizione di voler ricercare una legge universale (nei contesti cioè non schiacciati dal peso della tradizione o di un potere totalitario). Questa universalità è per Kant, come per Habermas, soggettiva (o intersoggettiva) e non oggettiva. Mentre, infatti, ogni giudizio oggettivamente universale è anche sempre soggettivo, perché quando il giudizio vale per tutto ciò che è compreso in un dato concetto vale anche per ognuno che si rappresenti un oggetto secondo quel concetto, tuttavia non è sempre vero l’inverso: non ogni giudizio che ha universalità soggettiva o validità comune è anche oggettivamente universale. L’idea di “universalità soggettiva”, che è alla base del test di universalizzabilità kantiano, consente di eliminare dal discorso ogni riferimento ad una “universalità oggettiva” che, da un lato, farebbe ricadere il neocostituzionalismo polemico nel giusnaturalismo e, dall’altro lato, impedirebbe al giuspositivismo metodologico di abbattere il muro di diffidenza verso le pretese “moralì” dei neocostituzionalisti polemici[13]. In fondo l’”universalità soggettiva” coincide con l’*overlapping consensus* rawlsiano: è l’esito della capacità di soggetti diversi, divisi da contrasti politici ed ideologici, di imprimere a settori dei loro programmi – quelli che tutti riconoscono come capaci di sovrapporsi - la forma propria di una legislazione universale (la costituzione).

Se il test kantiano di universalizzabilità è «la strategia universale della critica logica alle pretese etiche»[14], e se i principi del costituzionalismo sono i criteri positivizzati che nelle nostre società, pretendono la sottoposizione a quel test delle pretese politiche, si può applicare al diritto una riflessione di Bourdieu sulla morale (nella politica). Dice Bourdieu: «Solo una *Realpolitik* della Ragione e della Morale può contribuire a favorire l’instaurazione di universi in cui tutti gli agenti e i loro atti siano sottoposti [...] a una sorta di prova di “universalizzabilità” permanente, praticamente istituita nella logica stessa del campo: nessuna azione politica è più realistica [...] di quella che, conferendo forza politica alla critica etica, potrebbe contribuire all’avvento di campi politici capaci di favorire, col loro stesso funzionamento, gli agenti dotati delle disposizioni logiche ed etiche più universali»[15]. Il diritto è, in sé, il campo politico in cui la politica viene sfidata a sottoporsi a questo test. E il diritto costituzionale contemporaneo è il campo politico, si potrebbe concludere, in cui il test di universalizzabilità è positivamente prescritto - in relazione a determinate possibili pretese e in riferimento ad una serie di principi: i principi del costituzionalismo - dalla *Realpolitik* che artificialmente ha instaurato quello stesso campo e ha assunto quei principi. Dalla *Realpolitik* delle forze costituenti, prima, e da quelle protagoniste della politica costituzionale (e della lotta per la costituzione) poi. Un test di universalizzabilità, positivamente prescritto, che si avvale di tutti gli strumenti classici della rappresentanza, ma che va oltre, prolungandosi – sempre per prescrizione positiva – nell’interrogazione diffusa della costituzione ad opera degli interpreti (nel foro pubblico innanzi tutto; e poi in quello giurisdizionale). Dato il carattere costitutivo di questo test, diventa difficile negare che la sua messa in opera sia un dato contingente. Il parametro in base al quale le norme positive sono – si potrebbe dire – risottoposte (dopo i procedimenti previsti dalle norme sulla produzione in senso stretto) al test di universalizzabilità non è un principio colto solo nella sua nudità di enunciato, ma il complesso degli argomenti che lo hanno fatto accettare come universale, al cospetto dei quali la norma deve dimostrare di essere riconosciuta come non lesiva del principio medesimo.

Configurare i principi supremi della costituzione – anche, al di là del loro dato positivo - come massime che un essere razionale può concepire come leggi pratiche universali indipendenti dal comando del legislatore potrebbe dunque aiutare a trovare un approdo per il discorso, perché il carattere soggettivo dell’universalità sembra accettabile da ambedue gli schieramenti: dai neocostituzionalisti polemici, perché vi ritrovano il valore chiave dell’interpretazione e dell’attività sapienziale; dai giuspositivisti metodologici perché vi possono vedere riaffermata una certa contingenza della distinzione diritto-morale, relativa ai tratti della stessa positivizzazione dei principi e poi, ovviamente, ai contenuti

specifici delle discipline successive.

Questa direzione valorizza l'idea che si possa propriamente parlare di diritto solo in riferimento a quello – come si è detto - prodotto in contesti in cui soggetti politici diversi e impegnati in reciproci conflitti possono collocarsi nella posizione di voler ricercare una legge universale. Presuppone, cioè, che il diritto possa essere inteso almeno in due modi: come diritto in senso stretto, inteso come una rete – o insieme - «di ragioni»^[16] (il diritto prodotto nei contesti di cui si è detto), e il diritto in senso lato, inteso come un «qualsiasi insieme di norme sorretto da qualsivoglia sanzione»^[17] (come il vetero istituzionalismo ha sostenuto). In questa direzione un passo oltre la *expository jurisprudence* può forse essere compiuto; e un ponte tra neocostituzionalismo polemico e positivismo metodologico (in nome della cumulatività della scienza giuridica) essere lanciato.

* Questo scritto è dedicato ad Alessandro Pace e sarà pubblicato negli studi in suo onore. Rielabora e amplia la breve introduzione alla seduta del 6 novembre 2009 del Seminario Internazionale «Norberto Bobbio», tenutasi presso l'Università degli Studi di Torino sul tema «(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale?», con interventi di Mario Dogliani, Manuel Atienza, Paolo Comanducci, Riccardo Guastini, Pedro Salazar.

[1] M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari 2009, 149 ss..

[2] *Ivi*, 149

[3] *Ibidem*.

[4] Come sostiene G. Ferrara, *La costituzione: dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano 2006; sul quale v. M. Dogliani, *Stato e Costituzione. Teoria e Storia di una dialettica del moderno. A proposito del recente saggio di Gianni Ferrara*, in «Quale Stato», n. 4/2006.

[5] R. Guastini, *A proposito di neo-costituzionalismo*, relazione presentata al Seminario Internazionale «Norberto Bobbio», cit., p. 8 dattiloscritto.

[6] *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano 1972, pp. 193-194. Per alcune considerazioni sul successivo pensiero di Bobbio in materia di diritti fondamentali e giusnaturalismo mi permetto di rinviare a M. Dogliani – V. Marceno', *Norberto Bobbio e i diritti dell'uomo*, in «Diritto pubblico», 2008, 169 ss.

[7] *Ibidem*

[8] Chiarissime, in proposito, le parole di G. Zagrebelsky: «Quando si è costretti ad ammettere che l'esperienza giuridica non è solo applicazione della legge ma che, invece, chiama in causa necessariamente una sfera di valutazioni su cui la legge non ha signoria, si deve infatti concludere, alla stregua della premessa monista legalista, che quella sfera ricade nel dominio della mera soggettività. Questa è dunque, in certo senso, una conclusione nichilista. Quando Kelsen, nella sua dottrina dell'interpretazione, riduce il compito dell'interprete nell'allineare, una accanto all'altra, tutte le possibilità interpretative – noi diremmo le norme – che le leggi – noi diremmo le disposizioni – in astratto consentono, rispetto a tutte le fattispecie concrete che in ipotesi sono configurabili; quando afferma che la scelta fra tutte queste possibilità è rimessa interamente alla soggettività di chi “è davanti

alla legge” e afferma che questa scelta sfugge alla dimensione giuridica, dice qualcosa di incompatibile con la realtà e, perciò, di assurdo, che è però perfettamente conforme alle premesse della dottrina del diritto come sola legge positiva, per quanto la si faccia oggetto di tutti i “trattamenti” cui il positivismo critico la sottopone. Che tristezza! Che consolazione avvilita c’è nella conclusione che ciò e solo ciò che è legato alla legge è giuridicamente rilevante e tutto il resto, che alla legge non è legato, è perfettamente irrilevante. Che concezione infelice del diritto e del giurista! Tutti coloro che hanno esperienza pratica del diritto, cioè l’unica esperienza conforme alla natura del diritto stesso, sanno perfettamente che il loro sforzo si concentra precisamente nel determinare ciò che c’è “oltre” e “intorno alla legge”, dove stanno concezioni e convinzioni circa le relazioni sociali da cui la legge stessa dipende; e sanno che questa determinazione non è lo scontro di volontà o di arbitrii soggettivi, ma l’onestà ricerca comune di una sostanza che, pur non essendo legislativa, non è, ciò nondimeno, prevaricazione della volontà degli uni su quella degli altri, in nome della forza o dell’inganno». G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, p. 234.

[9] Rettamente intesa. Il concetto di costituzione materiale continua ad essere sfigurato non solo nel dibattito politico, ma anche nel suo uso da parte dei giuristi. Dovrebbe essere evidente che, in un regime a costituzione scritta e rigida, la costituzione in senso materiale è *l’overlapping consensus* che l’ha storicamente generata e che ha successivamente generato la sua consuetudine di riconoscimento. Per usare qui una definizione genericissima, è l’insieme dei fattori che hanno prodotto e che sorreggono la costituzione vigente. La costituzione in senso materiale è il fondamento della costituzione formale, non il suo nemico. Non è la forma del sistema politico, quale che essa sia, e in quanto tale destinata a prevalere sulla costituzione formale. La forma del sistema politico è una questione di mero fatto, finché non abbia prodotto o una nuova Carta, o un insieme di desuetudini e consuetudini generalmente accettate (il diritto consuetudinario si fonda sul *consensus omnium*, non sulle pretese, contestate, di una parte). In sintesi: se c’è lotta sulla e per la costituzione, la costituzione in senso materiale è quella che sostiene questa lotta. Sulla nozione di costituzione in senso materiale sia consentito il rinvio a M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in <http://www.costituzionalismo.it/>.

[10] R. Guastini, *op. cit.*, pp. 9 – 11.

[11] P. Bourdieu, *Un fondamento paradossale della morale*, in Id., *Ragioni pratiche* [1994], tr. it il Mulino, Bologna [1995] 2009, pp. 213-214.

[12] J. Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica* [1962], tr.it. Laterza, Bari 1971, p. 103. Sulla trasformazione del rapporto tra *pouvoir* e *ratio* in quello tra *pouvoir* e *savoir*, conseguente alla emersione della classe degli economisti, che, succedendo a teologi e giuristi, conducono discorsi sulle pratiche di governo in nome della Scienza economica, v. P. Silvestri, *Veritas, Auctoritas, Lex. Scienza economica e sfera pubblica: sulla normatività del Terzo*, in corso di pubblicazione su «Il pensiero economico italiano», n. 2/2009.

[13] Devo l’osservazione a Luciano Patruno, che ringrazio.

[14] P. Bourdieu, *op. cit.*, p. 216

[15] *Ibidem*

[16] M. Barberis, *Europa del diritto*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 283 ss

[17] *Ivi*, p. 310