

COSTITUZIONALISMO.IT



QUADERNO N. 6

Diritto e politica

Per un costituzionalismo critico

EDITORIALE SCIENTIFICA

COSTITUZIONALISMO.IT

Quaderno n. 6

DIRITTO E POLITICA

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO

a cura di

Adriana Apostoli e Gaetano Azzariti

*Atti del Seminario di Brescia
25 ottobre 2024*

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via S. Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISSN 2036-6744

ISBN 979-12-235-0310-2

Indice

INTRODUZIONE

<i>Per un costituzionalismo critico e per dei costituzionalisti critici</i>	3
Adriana Apostoli	

RELAZIONI

<i>Globalizzazione, crisi della democrazia e alternativa costituzionale</i>	19
Luigi Ferrajoli	
<i>Il successo del giurista in un mondo dominato dagli economisti neoliberali</i>	33
Alessandro Somma	

INTERVENTI

<i>Note sul metodo nello studio del diritto pubblico: diritto e politica, Costituzione scritta, constitutional morality</i>	63
Francesco Bilancia	
<i>Giudici e legge: una questione di phronesis</i>	85
Claudio De Fiores	
<i>Governabilità in senso “ingegneristico” e rappresentanza proporzionale: spunti di riflessione nella prospettiva del «costituzionalismo critico»</i>	117
Andrea Deffenu	

<i>La fiducia nella rappresentanza come premessa di metodo del costituzionalismo critico</i>	125
--	-----

Michele Della Morte

<i>Al riparo dei Fondamentali: sovranità popolare e principi. Il caso del nuovo principio ecologico</i>	139
---	-----

Laura Ronchetti

CONCLUSIONI

<i>Per un costituzionalismo critico</i>	157
---	-----

Gaetano Azzariti

INTRODUZIONE

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO E PER DEI COSTITUZIONALISTI CRITICI

ADRIANA APOSTOLI

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il costituzionalismo critico. – 3. I costituzionalisti critici.

1. Introduzione

Diritto e politica. Per un costituzionalismo critico è il titolo del Seminario annuale promosso dalla nostra Rivista, che ho avuto il piacere di ospitare presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Diritto e politica. Per un costituzionalismo critico, un titolo che ha sollecitato in me una riflessione sul significato dell'essere costituzionalisti critici, la quale probabilmente trova anche origine in una risalente riflessione del nostro Direttore, contenuta nel saggio che ho già richiamato in occasione di un precedente Seminario annuale. Il riferimento, di nuovo, a quel contributo non intende essere un mero omaggio formale, bensì l'appello a un metodo condiviso da coloro che, in diversa misura, si riconoscono nel progetto scientifico e culturale che la nostra Rivista rappresenta e cerca di portare avanti.

Alludo, in particolare, al saggio *I costituzionalisti al tempo di Babele* che ha segnato, nel 2010, l'avvio dell'esperienza editoriale di *Costituzionalismo.it*¹. In questo contributo Gaetano Azzariti già allora denunciava una crescente incomunicabilità tra i cultori della nostra disciplina, determinata non tanto dalla divergenza del metodo giuridico, né dalla pluralità tra le scuole di pensiero o dalle sensibilità politico-culturali di ciascun costituzionalista, bensì da una progressiva perdita di senso del Testo fondamentale.

Questo fenomeno ha naturalmente radici politiche – sulle quali tornerò in seguito, ma che ben sono state “sintetizzate” nel fascicolo n. 2

¹ Cfr. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010.

del 2018 di questa Rivista, *Settant'anni di "uso" della Costituzione* – ma anche scientifiche, alimentate proprio da un approccio metodologico che tende a legittimarsi principalmente sulla base del fatto. Assistiamo cioè a un'inversione della logica ermeneutica per cui non è più il diritto a interpretare il fatto, ma è il fatto che finisce per orientare l'interpretazione del Diritto. Il Diritto con la D maiuscola, che per noi è naturalmente quello costituzionale e che dovrebbe guidare i rapporti tra gli organi che costituiscono la forma di governo, mentre sempre più spesso il Diritto finisce per piegarsi alle logiche delle maggioranze contingenti², con il rischio di compromettere l'unità della Costituzione «come documento politico concreto»³ che necessita di essere attuato nella sua integralità e coerenza sistemica.

Quel che si è perso è, cioè, la *superiorità* della Costituzione sul fatto, che per lungo tempo ne ha guidato l'analisi e l'interpretazione, pur nella pluralità degli approcci e delle posizioni degli studiosi, comunque accomunati dalla circostanza che «di fronte alla costituzione tutto arretrava, la politica in primo luogo»⁴. L'inversione cui assistiamo conduce, invece, al consolidarsi dell'idea per cui il Testo costituzionale è considerato «come limite dell'interpretazione», anziché «come suo fondamento»⁵, e induce taluni a sostenere che della Costituzione «si po[ssa] fare anche a meno» poiché «le logiche politiche» rispondono «ormai a diversi principi di legittimazione, perlopiù collegati alle pulsioni populiste e leaderistiche dominanti», tanto da ritenerla «“vecchia” e ormai superata, anzi superabile»⁶.

Fatte queste riflessioni, mi è sembrato un po' più facile scorgere, nell'attuale contesto politico-istituzionale, perlomeno l'ossatura di ciò che potremmo definire una genia di *costituzionalisti critici*, quasi si trattasse di un tratto identitario immediatamente visibile. Al tempo stesso, mi sono resa conto che non avrei potuto procedere senza compiere preliminarmente una distinzione concettuale tra due piani di analisi.

² Come si legge ivi «scienza empirica, dunque, senza più dogmi, ma anche senza più metodo. Tendenzialmente – forse anche – senza più principi».

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

Il primo attiene alla nozione stessa di *costituzionalismo*, inteso nella sua accezione classica di teoria dei limiti al potere, che va attualizzato e, in parte, ri-problematizzato alla luce delle profonde trasformazioni che investono la forma e l'esercizio del potere nelle democrazie contemporanee. Non mi riferisco solo al potere politico-istituzionale in senso stretto, ma anche alle molteplici – e talora più pervasive – forme di potere economico, tecnologico, sovranazionale, che incidono profondamente sull'effettività dei diritti e sull'equilibrio tra gli organi e i livelli di governo.

Il secondo piano, strettamente connesso al primo ma distinto per natura, riguarda invece il *ruolo* dei costituzionalisti, come tecnici del diritto o studiosi della disciplina e, più in generale, come intellettuali impegnati nel dibattito pubblico, nella didattica e nella ricerca. È su questo terreno che si gioca, a mio avviso, la dimensione critica dell'essere costituzionalisti; una funzione che non si esaurisce nel prendere posizione, ma che si fonda sull'analisi rigorosa, sull'indipendenza di giudizio e su una costante tensione tra il dato normativo e i principi costituzionali, anche nella loro dimensione assiologica.

2. *Il costituzionalismo critico*

Muovendo sul primo dei due versanti individuati, occorre innanzitutto ricordare che il “nostro” metodo implica il rifiuto di una concezione idealizzata e astratta dell'ordinamento e della società, intesa come realtà pacificata, armonica, priva di tensioni o contrapposizioni strutturali. Il costituzionalismo critico si fonda, infatti, sul riconoscimento del conflitto quale fattore fisiologico e ineliminabile del vivere democratico, nella misura in cui esprime la pluralità di interessi, valori e visioni del mondo che convivono all'interno di una comunità politica. In questa prospettiva, il conflitto non è un'anomalia da rimuovere, bensì una dimensione costitutiva della democrazia costituzionale, che deve essere governata attraverso strumenti giuridici che ne riconoscano la legittimità e ne garantiscano la rappresentanza, anzitutto nei luoghi della decisione istituzionale⁷.

⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie? Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-

Una riflessione che non mi sembra poi così distante da quella proposta da Massimo Luciani quando, com'è ampiamente noto, ha contrapposto due modelli idealtipi di costituzionalismo: quello c.d. irenico, che si risolve nel «celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie» all'intervento delle giurisdizioni, interne e sovra o internazionali e che, pur importante, è in certa misura limitato; e quello c.d. polemico, che si interfaccia e si impegna a tenere a bada il potere⁸. È nell'alveo di quest'ultima tradizione che credo si collochi il costituzionalismo critico quale strumento di comprensione e interpretazione di una realtà istituzionale complessa, in continua trasformazione, e nella quale il diritto costituzionale non può assumere la funzione di tecnica di neutralizzazione del dissenso, bensì di garanzia della sua espressione entro i confini dello stesso patto costituzionale.

L'idea – sempre più diffusa nei discorsi pubblici e in una certa teoria costituzionale – secondo cui nelle democrazie contemporanee non c'è più spazio per il conflitto, affonda le radici in una sorta di sublimazione dei diritti fondamentali, i quali sono spesso declinati in termini retorici, tendendo a rappresentarli come conquiste definitive, consolidate e non più oggetto di contestazione o evoluzione. In questa narrazione, i diritti appaiono come un patrimonio giuridico ormai immunizzato dal dissenso, posto al riparo da qualsiasi tensione ideologica o dialettica politica e affidato in via esclusiva alla custodia giurisdizionale. La storia – per utilizzare la celebre formula di Francis Fukuyama⁹ – sembrerebbe giunta al suo compimento: esistono i diritti ed esistono le Corti incaricate di proteggerli. *Quid pluris?*

Eppure, è proprio la prospettiva dalla quale si guarda al tema a

Bari, 2021, pp. 18 ss. Come ha sostenuto R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, p. 16, tra le più profonde distinzioni tra costituzioni rigide e flessibili vi è proprio la gestione del conflitto sociale; quelle del Secondo dopoguerra, infatti, intendono governarlo «dentro» alle istituzioni costituzionali, attraverso gli strumenti posti dalla costituzione «rigida», le Carte precedenti, invece, «regolavano il conflitto sociale con l'impiego delle forze dell'ordine pubblico e dell'esercito, cioè escludendolo forzatamente dal «giardino» delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite».

⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2006, pp. 1643-1668, spec. p. 1668.

⁹ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, 1992, Torino, 2020.

essere lontana dalla scienza costituzionale. Com'è noto, le Costituzioni democratico-sociali non negano il conflitto sociale, anzi lo presuppongono. La Carta del '48 parte dal presupposto che bisogna tendere verso l'uguaglianza sostanziale, non accontentandosi affatto dell'idea che il riequilibrio sociale ed economico debba avvenire solo in assenza di conflitti. Il conflitto come mezzo per rendere visibili i bisogni e per trovare una via alla loro concreta soddisfazione è inoltre incanalato in forme e procedure democratiche di "ascolto" e portato all'interno delle sedi istituzionali; in questo modo, posto che non è realistico ipotizzare una risoluzione o una scomparsa del conflitto sociale per la sola via politica, esso viene riconosciuto e in certa misura "garantito" nel concreto svolgersi della dinamica politica stessa. Un approccio che parte dal presupposto che tra le funzioni tipiche dell'ordinamento democratico-sociale affermatosi nel Secondo dopoguerra, rientri l'adozione dello strumento democratico non per sopire il conflitto, ma per governarlo e rappresentarlo. Quando un conflitto esiste, soprattutto se non è in grado di raggiungere la sede della rappresentanza politica, necessita *a fortiori* di trovare "ascolto" onde evitare che esploda in forme e con modalità antisistemiche.

Nel tempo presente, l'eventualità del conflitto viene spesso ridotta a mera controversia giuridica, oggetto di bilanciamenti o di accomodamenti ragionevoli, tanto che, quando non può essere ignorato, tende a essere appianato e neutralizzato, ovvero a essere ricondotto a una dimensione tecnica, che non comporta la relativa evocazione nel dibattito pubblico.

Di conseguenza, la scienza costituzionale finisce per ridursi al mero controllo giurisdizionale di legittimità, affidato alle Corti costituzionali e, sempre più spesso, a quelle sovranazionali. Queste ultime, in particolare, operano in contesti istituzionali e politici inevitabilmente distanti dai luoghi nei quali maturano le istanze sociali, culturali ed economiche che danno origine alle controversie, e si trovano ad assumere decisioni che incidono in profondità sugli equilibri tra diritti e poteri, senza che tali scelte siano il risultato di una dialettica politica o di un consenso democraticamente costruito. Un effetto schizofrenico quello delle "altre" Corti che, nell'ottica dell'integrazione e armonizzazione tra ordinamenti, spesso riesce a soddisfare posizioni giuridiche che non

trovano spazio all'interno del nostro ordinamento e che, per altro verso, rischia di marginalizzare i nostri principi e i nostri organi di garanzia poiché quanto elaborato fuori dai confini nazionali tende a imporsi sui principi e sulle "regole del gioco" interne.

Guadagna spazio così il "costituzionalismo irenico", cioè un modello nel quale l'elaborazione dei principi spesso avviene attraverso atti di interpretazione giudiziaria che, pur fondandosi su tecniche argomentative formalmente rigorose, sono espressione di opzioni valoriali e culturali che, in assenza di un confronto deliberativo autentico, rischiano di imporsi *ex auctoritate*, svuotando di contenuto il principio democratico e la stessa funzione del diritto costituzionale come strumento di mediazione tra visioni plurali.

A questo punto è però bene precisare che non intendo mettere in discussione il valore dei diritti fondamentali, né tantomeno demonizzare il ruolo delle Corti; al contrario, riconosco appieno l'importanza che le posizioni giuridiche soggettive e, vieppiù, le istituzioni preposte alla loro tutela rivestono nel presidiare le libertà individuali e nel garantire l'equilibrio tra i poteri. Tuttavia, mi preme sottolineare che il costituzionalismo critico non può esaurirsi in questa dimensione, per quanto fondativa e fondamentale. Ridurre la nostra scienza al solo meccanismo della giustizia costituzionale, o all'assolutizzazione della categoria dei diritti fondamentali, significa svuotarla della sua complessità teorica e della sua funzione ordinante rispetto al sistema politico-istituzionale¹⁰.

In questa prospettiva, è opportuno richiamare l'attenzione su alcune "correnti di pensiero" contemporanee, spesso sviluppatesi al di fuori dell'ambito del diritto pubblico e, in particolare, nell'elaborazione di parte della dottrina privatistica, le quali tendono a configurare un primato della persona in senso assoluto, concepita come soggetto astratto, titolare di diritti sganciati da qualsiasi riferimento alla comunità politica e, in ultima istanza, allo Stato¹¹. Posizioni teoriche che, in

¹⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, spec. pp. 133-140; afferma significativamente a p. 140 che «ogniquale la Corte "mascheri" il bilanciamento degli interessi con le forme del procedimento interpretativo, evade il problema».

¹¹ Senza pretesa di esaustività rimando a G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur-*

alcuni casi, celebrano simultaneamente il “globalismo giuridico” – con l’idea di un ordinamento giuridico decentrato, fluido, post-statuale – e una sorta di autarchia del diritto fondamentale, inteso come prerogativa individuale che si legittima in quanto tale, indipendentemente dal contesto democratico in cui si colloca o dalle dinamiche collettive di formazione della volontà generale.

A mio avviso, è quest’ultimo approccio che risulta problematico poiché il costituzionalismo non può essere “senza Stato”¹². Con ciò non intendo esaltare una visione statocentrica, o negare l’esistenza di altre forme di potere, che anzi la scienza costituzionale è chiamata a interrogare e a limitare; intendo piuttosto riconoscere che è all’interno delle strutture statali, democratiche e rappresentative che si realizza la legittimazione del potere poiché è in questi circuiti istituzionali che le decisioni pubbliche trovano fondamento, ed è attraverso il confronto politico e la mediazione collettiva che acquisiscono validità nei confronti della comunità. Una scienza costituzionale e un metodo che prescindono dal legame con lo Stato rischiano di diventare un costrutto teorico privo di impegno democratico, ove il diritto, pur formalmente vincolante, perde progressivamente la dimensione politica, il radicamento nella volontà popolare e, in definitiva, la capacità ordinante rispetto all’intero sistema istituzionale.

A fronte di queste tendenze, e del più ampio processo di crisi del modello democratico-sociale occidentale, mi è sorto spontaneo chiedermi quale sia la natura del potere cui il costituzionalismo è fisiologicamente chiamato a opporre limiti e a costruire argini. In primo luogo, com’è noto, quello politico¹³, che deve ormai essere considerato insieme agli altri centri del potere (specialmente quelli economico, tecno-

risprudenza di merito, 1989, spec. p. 467; S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 101-122; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4/1997, pp. 583-609.

¹² Cfr. R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un’analisi del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, pp. 24-27; P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, 2021 – numero speciale, spec. pp. 56-66.

¹³ A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2003.

logico e sovranazionale), poiché lo stesso potere politico si è ridotto a fenomeno policentrico, stratificato e talvolta opaco, che esige di essere analizzato attraverso lenti più raffinate e strumenti teorici capaci di coglierne le articolazioni.

Ma è sulle ben note forme di potere economico che credo sia importante riflettere, poiché esse sono dotate di una capacità di incidenza sistemica molto estesa, in grado di condizionare le scelte degli Stati e di influenzare i processi decisionali all'interno delle organizzazioni sovranazionali. In questi ambiti, la trasparenza delle decisioni non sempre risulta adeguata, tanto che spesso si assiste a una cesura tra autorità e responsabilità, dove il potere è esercitato senza una chiara riconducibilità a meccanismi democratici o a un effettivo controllo pubblico. Sia sufficiente richiamare l'improprio impiego della locuzione "Costituzione economica", con la quale si tende a mascherare una ridefinizione degli equilibri tra interessi pubblici e interessi privati, tra finalità collettive e logiche di mercato, operata al di fuori dei canali della rappresentanza politica.

In questo contesto, l'idea di conflitto viene progressivamente dissolta o, meglio, riassorbita in formule conciliative, spesso ambigue, che fanno ricorso a concetti come "sussidiarietà", "cooperazione", "interesse generale"¹⁴. Termini senza dubbio evocativi, che tuttavia talvolta mancano di una base teorica e normativa chiara proprio perché sono utilizzati in maniera strumentale a legittimare equilibri consolidati anziché a promuovere una rinnovata riflessione sui fini dell'ordinamento costituzionale.

Accanto alle forme di potere economico "tradizionali" si profilano inoltre nuove configurazioni di potere, ancor più pervasive, che sfuggono sia alla categoria classica del potere politico-statale, sia a quella del potere economico tradizionalmente inteso come espressione di soggetti che aspirano a condizionare le scelte pubbliche. Mi riferisco a centri di potere privato, la cui forza e capacità di diffusione sono tali da rendere irrilevante, se non superflua, la necessità di mediare le proprie decisioni attraverso l'intervento dello Stato¹⁵. Ciò è ben rappresentato dal settore

¹⁴ F. SAITTO, *Per una critica della "Costituzione economica" nel prisma delle trasformazioni della democrazia rappresentativa*, in *DPCE Online*, n. 1/2020, spec. pp. 398-423.

¹⁵ G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Diritto pubblico*,

digitale, che governa l'“ecosistema” informativo, comunicativo e commerciale della rete, riuscendo a influenzare le dinamiche pubbliche e a esercitare un vero e proprio potere regolativo su intere sfere della vita individuale e collettiva secondo logiche proprietarie che prescindono dalla legittimazione democratica.

Per quanto ci interessa più da vicino, si sta affermando la corrente dottrinale del c.d. costituzionalismo digitale che intende affrontare la questione dei diritti fondamentali nello spazio virtuale cercando di capire se e come sia possibile trasporre i paradigmi del costituzionalismo del Secondo dopoguerra all'interno del mondo delle piattaforme. Mentre, il costituzionalismo critico, a mio avviso, invita l'interprete a individuare modalità e strumenti giuridici idonei a proteggere gli interessi individuali e collettivi nei confronti delle piattaforme, per evitare che un ordinamento a così forte vocazione sociale finisca per ignorare – o peggio, assorbire – la solitudine dei suoi membri¹⁶.

Le piattaforme, in particolare, si stanno progressivamente perfezionando e potenziando nella difesa dei propri interessi economici e reputazionali, lasciando su di un piano assolutamente marginale la protezione dei diritti degli utenti. Una tutela che, peraltro, avviene quasi esclusivamente mediante l'intervento degli organi giurisdizionali che, facendo leva su fonti sovranazionali (in specie, il GDPR), sanzionano comportamenti scorretti e/o illegittimi da parte dei proprietari delle piattaforme¹⁷. Ciò dovrebbe indurre a reclamare l'intervento del deci-

n. 3/2022, spec. pp. 836-842; C. PINELLI, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia pubblica*, n. 1/2023, pp. 115-122.

¹⁶ In questo senso cfr. almeno P. MARSOCCHI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011; R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, pp. 225-249; ID., *Diritto del lavoro e economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, pp. 15-28; C. SALAZAR, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, n. 1/2020, pp. 341-355; P. MARSOCCHI, *Sempre “al lavoro”. Le garanzie costituzionali di persone e personalità connesse in Rete*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2/2021, pp. 73-88; G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, cit., pp. 831-834.

¹⁷ Senza pretesa di esaustività, a partire dalla celeberrima sentenza *Google Spain* che ha affermato il diritto all'oblio, si ricordano la Causa C-40/17 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha stabilito che il gestore di un sito web che incorpora

sore pubblico nell'ambito della rete al fine di comporre un *corpus* normativo in grado di sottoporre i poteri privati e digitali a vincoli esterni poiché anche nello spazio di internet la tutela dei diritti fondamentali e la delimitazione del potere richiedono una cornice giuridica garantita da istituzioni pubbliche, secondo modelli compatibili con la legalità costituzionale e con i principi dello Stato di diritto.

La constatazione dell'insufficienza (o dell'inerzia) del legislatore nel disciplinare le nuove forme di potere apre verso questioni ulteriori, che investono la distribuzione delle funzioni e delle responsabilità nelle democrazie costituzionali. Quando il costituzionalismo si fa irenico, ovvero quando la tutela dei diritti fondamentali è rimessa quasi esclusivamente ai giudici, a questi viene attribuita una funzione che esorbita dal proprio originario ambito di competenza, dovendo di fatto supplire a vuoti normativi¹⁸.

In questa prospettiva, un costituzionalismo critico e non pacificato è a mio avviso chiamato a riflettere sul margine, spesso ambiguo, tra la funzione giurisdizionale e la sfera di discrezionalità riservata al legislatore. Si pensi alla previsione contenuta nell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Pur trattandosi di una norma di rango legislativo ordinario, assume nella prassi un valore analogo a quello di principio fondamentale poiché afferma un limite invalicabile per l'attività del Giudice costituzionale, ovvero il divieto di sostituirsi al legislatore democraticamente legittimato nell'esercizio delle funzioni di-

il pulsante “Mi piace” di Facebook è congiuntamente responsabile con la piattaforma per la raccolta e la trasmissione dei dati personali dei visitatori del sito; la Causa C-446/21 (*Schrems c. Meta*) della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la quale quest'ultima ha stabilito che la piattaforma Meta non può trattare dati raccolti tramite *plug-in* esterni (come *pixel* e *cookie*) senza il consenso esplicito dell'utente, anche se tali dati provengono da siti terzi; la Causa C-83/21 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, relativa al noto “caso Airbnb Italia”. Sul piano interno, invece, si richiama la sanzione che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inflitto a Google per abuso di posizione dominante (caso A529, provvedimento del 13 maggio 2021).

¹⁸ Si veda sul punto R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, pp. 8-10, che sottolinea il passaggio «dalla lotta per la costituzione alla lotta per l'interpretazione della costituzione».

screzionali. Tuttavia, questa distinzione – formalmente netta – appare nella prassi giurisprudenziale sfumata, specie nei casi in cui l'intervento della Corte costituzionale assume caratteri creativi o orienta in modo decisivo l'interpretazione e l'applicazione del diritto positivo.

Il tema si fa ancora più stringente se si estende l'analisi alla Corte di giustizia dell'Unione europea e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto alle quali il problema della legittimità democratica e del fondamento dei margini di discrezionalità statale assume tratti ulteriormente problematici. Qual è, dunque, il fondamento giuridico che legittima il potere di queste Corti di modulare – e, in alcuni casi, ridefinire – l'estensione dei limiti, in relazione alla materia trattata, alle circostanze fattuali o agli equilibri politici e istituzionali coinvolti? Il frequente riferimento alla nozione di “margine di apprezzamento”, elaborata in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e alla “discrezionalità” lasciata agli Stati membri dall'ordinamento dell'Unione europea, pone rilevanti interrogativi circa i criteri di delimitazione e di controllo della discrezionalità nell'esercizio del potere.

Un concetto, quest'ultimo, che negli anni è profondamente mutato. Mentre la tradizionale forma verticale di potere, propria della sovranità statale o delle autorità pubbliche, resta suscettibile di una più agevole individuazione e, dunque, di una opposizione razionale e giuridica da parte di una coscienza democratica vigile, le forme orizzontali di potere si rivelano insidiose poiché si strutturano attraverso meccanismi comunicativi, relazionali ed economici che sfuggono alle classiche categorie dell'ordinamento, esercitandosi spesso mediante canali digitali, i quali agiscono con modalità persuasive, allusive, riconducibili, di fatto, al consenso indotto. Il conflitto, dunque, non si manifesta più con il potere delle “grida” di manzoniana memoria, bensì con i messaggi cifrati, le pressioni sottili, le dinamiche virali che si propagano attraverso strumenti apparentemente innocui, come una *chat* privata su un'applicazione di messaggistica.

In questo contesto, il costituzionalismo critico, maturo e consapevole delle trasformazioni sociali e tecnologiche in atto, non può limitarsi a sorvegliare le manifestazioni formali del potere pubblico; piuttosto, è chiamato ad ampliare il proprio raggio d'indagine, includendo anche quelle forme di potere che, pur operando al di fuori degli assetti isti-

tuzionali, incidono concretamente sui processi democratici, sull'equilibrio tra i poteri, sul principio di eguaglianza e sulle garanzie dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione.

3. *I costituzionalisti critici*

Vengo ora al ruolo dei *costituzionalisti critici* che, per riprendere le parole di Gaetano Azzariti, devono ostinarsi «a ritenere di non poter rinunciare alla costituzione, a riconoscere in essa la fonte principale della propria legittimazione di giuristi dell'ordinamento politico e sociale costituito»; devono cioè «servirsi del Testo così per come è stato prodotto e per come è venuto modificandosi anche implicitamente nel corso del tempo al fine di analizzare i fatti e di interpretare il diritto»¹⁹.

Dunque, questi studiosi non dovrebbero limitarsi a vigilare sull'operato dei poteri costituiti, ma dovrebbero interrogarsi sulle forme diffuse, nuove o opache di potere che condizionano la libertà, l'uguaglianza e la dignità dei consociati²⁰. Così come sono chiamati a rifiutare una visione pacificata del diritto e della Costituzione, non assumendo i diritti come dogmi cristallizzati, ma riconoscendoli come *luoghi di conflitto*, sempre esposti all'evoluzione e alla contesa democratica²¹; compito dei costituzionalisti critici è anche quello di denunciare le zone d'ombra, ovvero mettere in discussione le narrazioni dominanti e richiamare la politica alla responsabilità. Quest'ultima è forse la funzione più diffusa e “militante” del costituzionalismo critico, poiché è in grado di indignarsi e di estendersi in molte direzioni.

Come sapete, qui a Brescia studiamo da tempo la prassi degli organi costituzionali.

Ecco, la domanda che mi pongo è quale sia stata la *prassi dei costituzionalisti italiani nel relazionarsi con gli organi costituzionali*. L'attività

¹⁹ Cfr. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, cit.

²⁰ Basti richiamare la legge 4 novembre 2024, n. 169 che ha introdotto il reato universale di gestazione per altri.

²¹ Lo dimostrano, tra gli altri, il lungo *iter* giurisprudenziale in materia di fine vita e l'*impasse* del legislatore sui diritti delle persone omosessuali, frequentemente garantiti solo grazie all'intervento dei giudici comuni, della Corte di Cassazione, della Corte costituzionale, nonché della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

di consulenza che i costituzionalisti hanno offerto nel corso della storia repubblicana agli organi costituzionali, che esiti ha prodotto?

Purtroppo, sembra quasi impossibile capire la relazione di causa-effetto fra le teorie sostenute dai costituzionalisti italiani ed i ruoli che hanno ricoperto come consiglieri o consulenti di questo o quell'organo costituzionale.

Vorrei fare un esempio: Paolo Barile è tutt'ora ricordato per la sua teoria dell'indirizzo-politico costituzionale, specialmente in relazione al Capo dello Stato. Lo stesso Barile fu consigliere giuridico del Presidente Gronchi.

Abbiamo poi avuto nella storia della Repubblica altri casi eminenti di studiosi costituzionalisti divenuti protagonisti della vita politica e istituzionale.

Se consentite, mi spingo sino a dire che la nomina politica dei Giudici costituzionali da parte del Parlamento o del Presidente della Repubblica, in assenza di alcun tipo di vaglio o procedura²², può essere un elemento parzialmente distorsivo del dibattito costituzionalistico e della dialettica scientifica nella nostra comunità²³.

Ciò è, evidentemente, molto diverso dall'impegno pubblico (ora si direbbe *public engagement*) che i costituzionalisti possono offrire, soprattutto nei tornanti più delicati della storia repubblicana, in quanto "minoranza critica"²⁴. Inutile dire che non sto affatto sostenendo una chiusura nei templi accademici e nelle sedi scientifiche. Però è ovviamente assai diverso offrire argomenti al dibattito pubblico, sino a schierarsi *contro scelte del potere* o, se ritenute utili, sostenerle *ex post*, dal partecipare attivamente all'elaborazione di quelle scelte, all'interno dei centri di potere.

Certo, anche questa partecipazione può avere gradi diversi: non è la stessa cosa essere un consigliere giuridico, anche di fiducia, o esse-

²² R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2009, p. 4026.

²³ Naturalmente l'aspirazione massima di ogni studioso di diritto costituzionale può legittimamente essere Palazzo della Consulta; eppure, questa aspirazione si combina con le possibilità di ingresso controllate dalla politica, sicché parte della dottrina potrebbe seguire percorsi intellettuali non sempre lineari.

²⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, cit., p. 112.

re integrato nell'apparato amministrativo del Governo. Molto dipende anche dall'onestà intellettuale con cui ci si approccia ai temi. Né con ciò voglio dire che chi opera in queste vesti non sia in grado di offrire contributi di alto livello scientifico.

Credo però che la domanda di fondo resti. Chi studia i limiti del potere politico, per dirla con la definizione classica, come può poi diventare consulente di chi governa? Può davvero tenere "la barra dritta"?

Per qualcuno la risposta può essere positiva, però, se così è, dovremmo tutti almeno concordare che quella non è ricerca scientifica. Non è il governo dei saggi o degli intellettuali; sono gli intellettuali che si prestano alle esigenze di governo.

A questo proposito cito un passaggio, di Giuliano Amato, in un podcast della Corte costituzionale dedicato alla libertà della scienza del 2021 in dialogo con Monica Guerritore. Amato sottolinea che la libertà della scienza è diversa e privilegiata rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, perché la libertà dell'arte e della scienza non cerca consensi, ma mira ad andare alla verità dei fatti²⁵.

Per concludere, vorrei rappresentare questo concetto con un'immagine. Nella cappella interna al palazzo della Sorbona, storica università di Parigi, c'è la tomba del Cardinale Richelieu, in posizione semi-distesa. Ai suoi piedi, prostrata dal dolore, sta la personificazione della Dottrina (con la D maiuscola)

Ciò rappresenta non solo una celebrazione delle qualità intellettuali e teologiche del cardinale, ma soprattutto una concezione del potere, di uno Stato assoluto, che vede ai suoi piedi la scienza.

Le arti e le scienze sono libere, recita l'art. 33 della nostra Costituzione. Credo che la libertà della scienza giuridica, costituzionalistica nella specie, passi anzitutto dal non prostrarsi di fronte al potere, anche quando si ha l'ambizione di poterlo controllare.

²⁵ M. GUERRITORE, G. AMATO, *Arte, scienza e libertà di pensiero*, Podcast della Corte costituzionale, 19 febbraio 2021.

RELAZIONI

GLOBALIZZAZIONE, CRISI DELLA DEMOCRAZIA E ALTERNATIVA COSTITUZIONALE

LUIGI FERRAJOLI

Sommario: 1. La crisi delle democrazie nazionali e dello stato di diritto determinata dalla globalizzazione. Quattro fattori di crisi. – 2. L'asimmetria tra economia globale e politica statale e la subalternità della seconda alla prima. – 3. La personalizzazione dei sistemi politici quale forma di governo funzionale alla subalternità della politica all'economia globale. – 4. L'alleanza tra liberismo e populismi, l'illusoria sovranità degli Stati e lo smantellamento dello stato sociale al servizio dei mercati. – 5. La passivizzazione e la spoliticizzazione della società e l'indebolimento di tutte le dimensioni della democrazia. – 6. L'alternativa costituzionale: l'espansione del costituzionalismo al di là dello Stato, all'altezza dei poteri globali.

1. *La crisi delle democrazie nazionali e dello stato di diritto determinata dalla globalizzazione. Quattro fattori di crisi*

Il nostro incontro, “Per un costituzionalismo critico”, non può che muovere dal riconoscimento che il costituzionalismo è oggi in crisi, e che la sua crisi equivale alla crisi della democrazia. Equivale, precisamente, alla crisi di entrambe le dimensioni della democrazia costituzionale quali sono venute affermandosi negli ordinamenti avanzati: in primo luogo della dimensione formale o politica, consistente nella rappresentatività popolare delle funzioni e degli organi di governo; in secondo luogo della dimensione sostanziale o garantista, sia liberale che sociale, consistente nei limiti e nei vincoli di contenuto imposti a tutti i poteri, primi tra tutti quelli di governo, dalla stipulazione costituzionale dei diritti fondamentali, di libertà e sociali, e dalle relative garanzie. La crisi investe, naturalmente, anche il modello dello stato di diritto, basato sul nesso tra stato e diritto positivo, fino a non molti decenni fa rimasto uno dei postulati del positivismo giuridico, della modernità politica e della scienza del diritto.

Oggi questi modelli stanno crollando. L'ultimo segno e fattore del crollo è il patto perverso tra le tre forze attualmente al governo – Fratelli d'Italia, Lega e Forza Italia – che si sono divisi l'azione di scem-

pio del nostro sistema costituzionale: il cosiddetto premierato elettivo concepito da Fratelli d'Italia, l'autonomia differenziata proposta dalla Lega e la riforma della giustizia pretesa da Forza Italia. Ma le radici della mutazione del nostro sistema politico sono assai più profonde, e affondano le loro radici negli ultimi 30 anni della nostra Repubblica. Affondano, precisamente, in quel misto di liberismo e di populismo che forma il sostrato culturale della crisi.

Come è stata possibile questa mutazione? Secondo la tesi che qui sosterrò, essa è stata determinata dalla globalizzazione dell'economia, non accompagnata da una parallela globalizzazione della politica e del diritto. Identificherò, nei paragrafi che seguono, quattro fattori o aspetti nei quali si è manifestata la crisi della democrazia provocata dalla globalizzazione. Il primo è la subalternità della politica all'economia per effetto dell'asimmetria tra il carattere globale della prima e quello locale della seconda. Il secondo è la verticalizzazione e la personalizzazione della politica che ne hanno rafforzato la potenza nei confronti della società e l'impotenza nei confronti dei mercati. Il terzo è stato l'alleanza tra liberismo e populismi, sulla base del loro scambio spregiudicato di favori. Il quarto è stato il distacco della politica dalla società e il conseguente indebolimento di tutte le dimensioni della democrazia. Contro questa deriva proporrò la rifondazione del costituzionalismo all'altezza dei poteri globali, dalla cui mancanza di limiti e vincoli costituzionali provengono oggi le minacce alle nostre democrazie e alla stessa sopravvivenza dell'umanità.

2. *L'asimmetria tra economia globale e politica statale e la subalternità della seconda alla prima*

Il primo fattore della crisi della democrazia e dello stato di costituzionale di diritto generata dalla globalizzazione consiste nell'asimmetria tra il carattere globale dei poteri economici e finanziari e il carattere locale dei poteri statali, sia governativi che giudiziari. È venuto meno, a causa di questa asimmetria, il rapporto tra poteri decisionali e popolo e perciò l'effettività del principio della rappresentanza politica. Le decisioni rilevanti non sono più prese da poteri statali, ma da poteri sovrastatali, o peggio da poteri di altri stati o, peggio ancora, dai poteri

economici del mercato; in tutti i casi da poteri non rappresentativi e sottratti a qualunque controllo popolare.

È inoltre venuta meno la coincidenza tra governanti e rappresentanti e tra governati e rappresentati. In un mondo di sovranità disuguali e di crescente interdipendenza, l'elezione di un presidente o di un parlamento da parte di un popolo non è affatto indifferente per il futuro degli altri popoli. Sicuramente, l'elezione di un presidente degli Stati Uniti ecologista o filo-nucleare, pacifista o bellicista, democratico o autoritario ha effetti decisivi sul futuro dell'ambiente e della pace per tutti gli abitanti del pianeta. Analogamente, la formazione di un governo laico o fondamentalista in Israele ha per i palestinesi conseguenze ancor più gravi che per gli stessi cittadini israeliani. In questi anni di declamazioni sovraniste sono assai pochi i popoli che possono dirsi sovrani nei loro paesi. I poteri dei mercati globali hanno inoltre aggredito anche la dimensione sociale o sostanziale delle democrazie nazionali, imponendo ai governi la demolizione delle garanzie del lavoro e la riduzione delle imposte sui grandi redditi e i grandi patrimoni e, conseguentemente, i tagli alle spese sociali.

In breve, la sovranità degli Stati, sbandierata dai populismi reazionari e tuttora alla base dell'odierno diritto internazionale, è stata sostituita dalla diretta sovranità dei mercati ai quali, ben più che agli elettori, la politica è chiamata a rispondere. I nostri governi non sono più neppure i comitati d'affari della borghesia, come scrisse Marx, quando ancora amministravano, appunto, gli "affari comuni" della borghesia¹. Oggi sono, in materia economica, istituzioni subalterne, incaricate di dare esecuzione ai dettami dei mercati decisi in sedi extra-statali. Ne è prova l'azione silenziosa e sostanzialmente occulta grazie alla quale la legge del mercato ha sostituito, quale vera norma fondamentale dell'ordine internazionale, tutte le carte costituzionali, nazionali e sovranazionali. "Sostenibilità economica" è la formula con la quale viene espressa la condizione cui sono sottoposte tutte le spese pubbliche o i progetti di riforma garantista volta a volta elaborati in materia di salute, di istruzio-

¹ «Il potere politico dello Stato moderno non è che un comitato, il quale amministra gli affari comuni di tutta quanta la classe borghese» (K. MARX, F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, [1848], in IDD., *Opere*, Roma, 1973, vol. VI, ottobre 1845-marzo 1848, p. 488).

ne, di lavoro, di cooperazione internazionale e di transizione ecologica. Si tratta, chiaramente, del ribaltamento della gerarchia dei valori disegnata da tutte le costituzioni avanzate; le quali, al contrario, vorrebbero le politiche economiche e fiscali funzionalizzate alla sostenibilità umana, alla sostenibilità democratica e alla sostenibilità ambientale².

3. *La personalizzazione dei sistemi politici quale forma di governo funzionale alla subalternità della politica all'economia globale*

Questa subalternità della politica e della sfera pubblica agli interessi e alla volontà dei grandi poteri economici e finanziari si è realizzata grazie a una semplificazione del sistema dei pubblici poteri. È questo il secondo fattore della crisi odierna delle democrazie: la realizzazione della cosiddetta “governabilità”, che designa l’opposto dell’autogoverno nel quale dovrebbe consistere la democrazia politica: non già il potere del popolo di governarsi, sia pure tramite rappresentanti, bensì la sua passiva condizione di oggetto di governo, e perciò la massima potenza della politica sulla società e sui diritti delle persone, quale condizione della sua massima impotenza e dipendenza dai mercati³. Perché la società sia governabile servono non già parlamenti pluralisti radicati nella società e nelle lotte sociali, bensì sistemi politici basati sulla centralità degli esecutivi, tanto meglio se personalizzati, grazie a riforme elettorali di tipo fortemente maggioritario come quelle realizzate in Italia in questi ultimi 30 anni.

Alla base di questa opzione per il primato dell’esecutivo e per il progetto del para-presidenzialismo voluto oggi, in Italia, dalla destra al

² Si veda, su questi valori, che non meno dell’efficienza e dell’autonomia individuale dovrebbero informare l’economia, il bel libro di R. SCHIATTARELLA, *I valori in economia. Dall’esclusione alla riscoperta*, Roma, 2022.

³ Giova ricordare che l’espressione “governabilità” entrò nel lessico politico soprattutto dopo l’uso fattone nel 1975 dal rapporto di M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione Trilaterale* (un consesso di circa 300 notabili in rappresentanza degli Stati Uniti, dell’Europa e del Giappone), [1975], tr. it., Milano, 1977, nel quale si affermò che i problemi della “governabilità” “nascono da un eccesso di democrazia” e si lamentò il sovraccarico delle domande di giustizia e di garanzie dei diritti, non sostenibile dai mercati.

governo c'è il rifiuto delle mediazioni politiche e sociali – di quella del Parlamento e di quella dei partiti – e la raffigurazione del presidente o del premier eletto dal popolo come espressione diretta ed organica della volontà popolare. “In termini pseudo-democratici”, scrisse Kelsen, “la formula del presidenzialismo suona press'a poco così: il popolo che forma lo Stato è un collettivo unitario omogeneo e ha quindi un interesse collettivo unitario che si esprime in una volontà collettiva unitaria. Questa volontà collettiva che sta al di là dei contrasti d'interessi e quindi al di sopra dei partiti politici è la ‘vera’ volontà dello Stato: non è creata dal parlamento, il quale è lo scenario dei contrasti d'interesse, dello smembramento partitico... Ne è artefice e strumento il capo dello stato”⁴. Ebbene, conclude Kelsen, “il carattere ideologico di questa interpretazione è palese”, dato che tale “volontà collettiva” non esiste, e la sua assunzione serve solo a “mascherare il contrasto d'interessi, effettivo e radicale, che si esprime nella realtà dei partiti politici e nella realtà, ancor più importante, del conflitto di classe che vi sta dietro”⁵.

Questa corruzione dell'immaginario collettivo è stata indotta, in Italia, dall'introduzione del metodo elettorale maggioritario e dall'abbandono del metodo proporzionale, che favorisce invece il pluralismo politico, lo sviluppo dei partiti e, per il loro tramite, la rappresentanza di interessi sociali e di opzioni politiche diverse e tra loro in conflitto. A seguito della crisi dei primi anni Novanta, i grandi partiti di massa che hanno fondato la democrazia italiana non hanno cambiato soltanto il nome. Hanno cessato di essere forze sociali, tramutandosi in mac-

⁴ H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?* (1931), tr. it. a cura di G. Geraci, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 275-276.

⁵ Ivi, pp. 276, 277 e 275. Il riferimento di Kelsen è alle tesi di C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, (1931), tr. it. di A. Caracciolo, Milano, 1981. C'è un passo bellissimo di Kelsen, che merita di essere ricordato, contro questa tentazione del governo degli uomini che sempre si ripropone nei momenti di crisi: “L'idea di democrazia implica assenza di capi. Interamente nel suo spirito sono le parole che Platone, nella sua Repubblica (III, 9) fa dire a Socrate, in risposta alla questione sul come dovrebbe essere trattato, nello Stato ideale, un uomo dotato di qualità superiori, un genio, insomma: ‘Noi l'onoreremmo come un essere degno d'adorazione, meraviglioso ed amabile; ma dopo avergli fatto notare che non c'è uomo di tal genere nel nostro Stato, e che non deve esserci, untogli il capo ed incoronandolo, lo scoteremmo fino alla frontiera’” (H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, [1929], cap. VIII, in ID., *La democrazia*, tr. it. a cura di G. Gavazzi, Bologna, 1981, p. 120).

chine elettorali, di fatto in appendici dei loro capi, o peggio in gruppi di potere e di interessi esposti a inquinamenti malavitosi. La proposta costituzionale dell'elettività del presidente del consiglio, oggi avanzata dalle destre al governo, sarebbe il punto d'arrivo di questo processo involutivo, che sconvolgerebbe l'attuale equilibrio dei poteri, neutralizzando sia il Parlamento che il Presidente della Repubblica. Il nostro sistema politico si trasformerebbe in un'autocrazia elettiva⁶, che solo ideologicamente potrebbe dirsi rappresentativa, dato che un organo monocratico, per sua natura, non può rappresentare la complessità e il pluralismo politico presenti nella società. Con due ulteriori deformazioni della nostra democrazia. La prima è la massima legittimazione del premier eletto dal popolo ad attuare le politiche illiberali e anti-sociali dettate dai mercati a vantaggio dei ricchi e in danno dei poveri. La seconda, forse la più importante per l'attuale partito di maggioranza relativa, è la rifondazione della Repubblica su basi opposte a quelle sulle quali è nata: non più l'antifascismo e la lotta di liberazione dall'occupazione nazista, ma il post-fascismo della destra odierna e la vecchia idea fascista della massima concentrazione dei pubblici poteri nella figura del capo del governo.

4. *L'alleanza tra liberismo e populismi, l'illusoria sovranità degli Stati e lo smantellamento dello stato sociale al servizio dei mercati*

Dai due fattori di crisi appena illustrati della democrazia costituzionale consegue un terzo fattore, consistente nell'alleanza tra liberismo e populismi di tipo nazionalista o parafascista. Le politiche liberiste promosse dai mercati globali hanno aggredito le garanzie e la stabilità dei rapporti di lavoro, così sopprimendo l'uguaglianza dei lavoratori nei loro diritti e disgregando l'unità, la solidarietà e perciò la soggettività politica di quello che chiamavamo movimento operaio. Hanno conseguentemente creato le basi sociali dei populismi, che le ideologie nazionaliste e razziste e le campagne demagogiche sulla sicurezza hanno riaggregato in chiave identitaria e reazionaria dando vita a nuove soggettività politiche basate sul rancore, sulla paura e sull'ostilità a

⁶ M. BOVERO, *Autocrazia elettiva*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015.

nemici comuni, identificati con i “differenti”, come sono i migranti e i piccoli delinquenti di strada e di sussistenza. Il conflitto sociale ha così cambiato direzione: non più la vecchia lotta di classe degli operai contro i padroni, ma la concorrenza al ribasso tra lavoratori precari e la lotta ai nuovi nemici, identificati con i soggetti più deboli della società; non più la lotta alle disuguaglianze, ma la lotta alle differenze.

A loro volta le destre populiste hanno ricambiato questo contributo al loro successo con quattro non meno rilevanti contributi al successo delle politiche liberiste. Il primo è consistito nel farsi strumenti di tali politiche a favore dei ricchi e contro i poveri, riducendo le imposte, abolendo sussidi e previdenze, tollerando ed anzi favorendo l’evasione fiscale e perfino promuovendo un diritto penale massimo e inflessibile per i deboli e minimo e garantista per i potenti. Il secondo contributo è stato il verboso e demagogico sovranismo, e perciò la tendenziale ostilità, in difesa di un’illusoria e ormai scomparsa sovranità nazionale, alle forme odierne di integrazione sovranazionale, dall’Unione Europea all’Onu, e ai limiti e ai vincoli che da una sfera pubblica sovrastatale potrebbero provenire ai mercati. Il terzo contributo, funzionale ai primi due e perfettamente congeniale a tutti i populismi, è stata la semplificazione dei sistemi politici, fino alla loro personalizzazione, di cui ho parlato nel paragrafo che precede. Il quarto e più disastroso contributo è stato lo smantellamento dello stato sociale, provocato dalla riduzione delle imposte, dalla privatizzazione dei servizi pubblici, in particolare della sanità e della previdenza, e, soprattutto, dalla crescita incontrollata dei fondi finanziari che si sono impossessati dell’economia reale e si sono trasformati nei nuovi sovrani globali⁷.

È esattamente questa la governabilità ottenuta rafforzando i governi, esautorando i parlamenti, distruggendo i partiti e verticalizzando i sistemi politici onde renderli funzionali alla loro subordinazione all’economia. Grazie ad essa la gerarchia dei poteri si è ribaltata. Al vertice si sono collocati quei nuovi sovrani assoluti che sono i mercati globali, i quali di fatto condizionano e orientano l’azione di governo, tanto re-

⁷ Sulla crescente potenza dei fondi finanziari si veda da ultimo A. VOLPI, *I padroni del mondo. Come i fondi finanziari stanno distruggendo il mercato e la democrazia*, Roma-Bari, 2024.

sponsabile nei loro confronti quanto irresponsabile nei confronti dei parlamenti e dei popoli che dovrebbe rappresentare. È una regressione di carattere neo-feudale dello stesso capitalismo liberista, sempre più dominato da mega-poteri economici e finanziari⁸, dai quali oltre tutto la politica, venuto meno il finanziamento pubblico, è finanziata. Per questa politica subalterna – la politica dei Trump, dei Bolsonaro, degli Orban, dei Miley, delle Meloni e dei Salvini – che aggredisce diritti sociali e lavoro, abbassa le imposte, tollera le devastazioni dell’ambiente, reprime o comunque emargina il dissenso e dà vita, con misure disumane contro i migranti, a un esercito di lavoratori clandestini, vulnerabili e senza diritti, non servono classi di governo formate da persone di valore e dotate di competenza e di spirito pubblico. Serve l’opposto: una corte di dipendenti che, come avviene in tutte le oligarchie, sono cooptati per la loro fedeltà ben più che per le loro capacità e la loro rappresentatività⁹.

5. *La passivizzazione e la spoliticizzazione della società e l’indebolimento di tutte le dimensioni della democrazia*

Il quarto fattore di crisi della democrazia politica è stato la passivizzazione della società, attestata dalla crescita progressiva dell’astensionismo elettorale. Fino agli anni Ottanta del secolo scorso la rappresentanza politica è stata mediata, organizzata e garantita, in Italia, dal

⁸ Cfr., in questo senso, Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo. Cosa ha ucciso il capitalismo*, (2023), tr. it. di S. Serù, Milano, 2023, capp. 5, 6 e 7.

⁹ In tutto il mondo la qualità del ceto politico è in questi ultimi decenni letteralmente crollata. “L’attuale Camera dei Comuni in Gran Bretagna”, ha scritto Tony Judt, *Guasto è il mondo* (2010), tr. it. di F. Galimberti, Roma-Bari, 2011, cap. V, p. 119, “è uno spettacolo desolante: un salotto di burocrati, yesman e marchettari professionisti, uno spettacolo sgradevole [...]. Il Senato statunitense, un tempo bastione del costituzionalismo repubblicano, è degenerato in una pretenziosa e disfunzionale parodia di ciò che era originariamente. L’Assemblea nazionale francese non aspira nemmeno allo status di ufficio di ratifica delle decisioni del presidente, che la scavalca a suo piacimento [...]. A prescindere dallo schieramento politico, Léon Blum e Winston Churchill, Luigi Einaudi e Willy Brandt, David Lloyd George e Franklin Roosevelt rappresentavano una classe politica profondamente sensibile alle proprie responsabilità morali e sociali [...]. Politicamente parlando la nostra è un’epoca di pigmei”. Rispetto a 15 anni fa, quando furono scritte queste parole, la qualità dei nostri governanti – si pensi solo a Donald Trump – è ulteriormente crollata.

radicamento sociale dei partiti, che sono stati i principali strumenti e fattori della costruzione della nostra democrazia. La crisi è stata provocata, fin dagli ultimi anni del secolo passato, dalla crescente separazione dei partiti dalle loro basi sociali: per la smobilitazione delle loro sedi territoriali; per la loro integrazione nelle istituzioni pubbliche fino a confondersi con esse; per la loro trasformazione in vaghi e generici partiti d'opinione; per la loro perdita di progettualità politica e di capacità di coinvolgimento ideale e di aggregazione sociale; per la loro sordità, il loro disinteresse e talora la loro ostilità ai movimenti sociali; per il venir meno del loro ruolo di luoghi di aggregazione collettiva, di dibattito pubblico e di partecipazione popolare alla formazione dei programmi e delle scelte politiche; per il mutamento intervenuto nelle forme della comunicazione politica – la televisione e la comunicazione digitale – tanto più efficaci nella conquista del consenso quanto più spregiudicate nella diffusione di notizie false e nella denigrazione degli avversari.

La passivizzazione della società determinata da questa verticalizzazione della politica può esprimersi in due forme. La prima consiste nella trasformazione degli elettori in spettatori e nella loro identificazione con i leader vincenti che si succedono sulla scena politica: non quindi nell'adesione a un partito sollecitata dall'incontro e dal confronto tra le persone e determinata dalla comunanza dei loro interessi, delle loro culture e dei loro valori, bensì nel rapporto diretto con il leader, secondo il tratto distintivo di tutti i populismi, in accordo con la già rilevata personalizzazione della rappresentanza. Se poi questo leader è un modello di illegalismo spregiudicato a sostegno dei propri interessi o peggio di ostentata disumanità nei confronti dei diversi come sono oggi i migranti, l'adesione alla sua persona si risolve nella corruzione del senso morale, cioè nell'assunzione, sull'esempio del capo, del proprio interesse personale oppure del rifiuto e del disprezzo per i diversi come criteri di valutazione e di azione politica.

La seconda forma di passivizzazione è quella che, contrariamente alla prima, si manifesta nell'indifferenza, nell'astensionismo e nell'antipolitica, cioè nel venir meno dell'opinione pubblica quale opinione sulle "questioni pubbliche", ossia di pubblico interesse, anziché sui propri interessi personali. L'opinione pubblica può essere oggetto di due possibili aggressioni. La prima è la diffusione di notizie false, l'omissione

o la deformazione di notizie vere, la diffamazione degli avversari e l'ottundimento delle coscienze e delle intelligenze. La seconda, che non esclude la prima, è quella che proviene dalla spolticizzazione, cioè dal venir meno degli interessi pubblici o generali quali criteri e ragioni della partecipazione e delle scelte politiche, a cominciare dal voto. Si possono avere opinioni di destra o di sinistra, conservatrici o progressiste e perfino liberali o illiberali. Ciò che di esse fa un'opinione "pubblica" o "politica" è l'interesse pubblico, anziché il tornaconto personale, cui essa è informata o intende informarsi. Questa seconda aggressione consiste nella rimozione dell'idea stessa di interesse generale dall'orizzonte politico dei cittadini e nell'aperta proposta dei loro interessi privati come i soli ed esclusivi criteri di valutazioni politica anche nell'esercizio del diritto di voto, fino alle forme delinquenziali del voto di scambio¹⁰. L'indifferenza dei cittadini per gli interessi generali e il loro isolamento nei loro interessi privati equivalgono a tanti minuscoli conflitti di interessi nell'esercizio dei diritti politici. Essi formano il miglior terreno di coltura della passivizzazione e della depressione politica e, con esse, della delega a un capo quale interprete degli interessi egoistici di tutti ed espressione organica della loro disgregazione sociale. Per questo sono promossi, incoraggiati e assecondati da tutti i regimi autoritari e da tutte le politiche demagogiche¹¹.

Rottura dei legami sociali e chiusura negli egoismi individuali sono peraltro in gran parte determinate dalla crescente solitudine delle persone, prodotta dal loro sostanziale abbandono da parte della sfera pubblica. La riduzione delle garanzie dei diritti sociali, la crescita delle disuguaglianze e della povertà, l'abbassamento dei salari e la precarietà del lavoro, sempre sull'orlo della disoccupazione e la fine dei partiti quali luoghi di partecipazione politica, sono i principali segni e fattori

¹⁰ Su questa corruzione dello spirito pubblico espresso dalla crescita "del numero di coloro che votano per interessi personali o particolari", è di grande attualità A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sulla rivoluzione sociale*, (1848), tr. it. in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, *La rivoluzione democratica in Francia*, Torino, 1969, pp. 270-271.

¹¹ Si ricordi un'altra pagina attuale di Tocqueville sul nesso tra depressione dello spirito pubblico, alimentato dai governi autoritari, e involuzioni illiberali, in A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, [1840], in ID., *Scritti politici cit.*, vol. II, Lib. II, parte II, cap. IV, p. 593 e parte IV, cap. VI, pp. 812-813.

del declino delle nostre democrazie. È evidente che le disuguaglianze e le precarietà di vita incidono, fino a svuotarle, su tutte e quattro le dimensioni della democrazia: sulla dimensione politica, sulla dimensione civile, su quella liberale e su quella sociale. Incidono anzitutto sulla dimensione politica: perché i ricchi possono esercitare sulla politica un'influenza enormemente maggiore dei poveri, i quali formano la massa principale dei non votanti e sono sostanzialmente esclusi, venuti meno i partiti, dall'elettorato passivo, riservato a chi può finanziare le costose campagne elettorali. Incidono, inutile dirlo, sulla dimensione civile della democrazia, che è quella del mercato e dei suoi rapporti di potere. Incidono infine sulla dimensione liberale e su quella sociale della democrazia, essendo evidente che i poveri hanno possibilità incomparabilmente inferiori di manifestare, di far pesare e prima ancora di formare il loro pensiero ed hanno garanzie infinitamente minori dell'istruzione, della salute e della sussistenza.

6. *L'alternativa costituzionale: l'espansione del costituzionalismo al di là dello Stato, all'altezza dei poteri globali*

Ma non è la crisi della democrazia l'effetto più grave della globalizzazione selvaggia della politica e dell'economia. Un effetto ancor più grave è la crisi dell'ordine internazionale e la sua progressiva deriva verso la guerra, le catastrofi ambientali e la crescita delle disuguaglianze e delle violazioni dei diritti umani. È un effetto inevitabile, dovuto all'assenza di una sfera pubblica globale all'altezza dei poteri selvaggi delle potenze militari e dei mercati, e perciò dei problemi vitali che pesano sul nostro futuro.

Per la prima volta nella storia l'umanità è infatti minacciata da sfide e aggressioni globali che richiedono risposte globali: il riscaldamento climatico, il pericolo di guerre nucleari, la crescita nel mondo delle disuguaglianze e delle violazioni dei diritti umani, il dramma dei migranti. La globalizzazione ha d'altro canto cambiato, nel mondo, la geografia dei poteri: i poteri politici ed economici che contano, quelli dal cui esercizio dipende il futuro dell'umanità, si sono in gran parte dislocati fuori dei confini degli Stati nazionali, sottraendosi al loro controllo politico e giuridico. Se il costituzionalismo è un sistema di limiti

e vincoli a poteri altrimenti selvaggi, allora o si porta all'altezza di tali poteri, oppure è destinato a non sopravvivere. O si costruisce una sfera pubblica globale, in grado di sottomettere tali poteri a limiti e a vincoli costituzionali, e perciò a liberare i poteri pubblici statali dalla loro subalternità ai mercati, oppure la democrazia è destinata a trasformarsi nell'illusione di una breve stagione del passato. Di più: se vogliamo che l'umanità sopravviva, è necessario un salto di civiltà, cioè un'espansione del costituzionalismo oltre lo Stato, all'altezza dei poteri globali da cui provengono le minacce più gravi al futuro dell'intero genere umano. È necessaria, in breve, un'internazionalizzazione del costituzionalismo o, che è lo stesso, una costituzionalizzazione del diritto internazionale.

Dobbiamo infatti prendere atto dell'inadeguatezza del costituzionalismo odierno a fronteggiare quelle aggressioni e quelle minacce globali. A causa dei limiti spaziali della loro validità, le costituzioni statali sono oggettivamente impotenti di fronte sia alle violazioni dei diritti fondamentali della grande maggioranza degli esseri umani, sia alle catastrofi planetarie in atto, destinate tutte ad aggravarsi. Solo un nuovo contratto sociale di carattere globale tra tutti gli Stati e i popoli del pianeta può pattuire, in forma vincolante, le garanzie della pace, dei diritti fondamentali di tutti gli esseri umani e dei beni vitali della natura.

Quel contratto fu stipulato, all'indomani della seconda guerra mondiale, mediante quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla Carta dell'Onu e dalle tante carte internazionali dei diritti umani. Ma esso è fallito – e non poteva non fallire – per due ragioni. La prima è stata la mancanza di rigidità di tali carte, non sopraordinate alle altre fonti, statali e internazionali, ed anzi la conservazione, nella Carta dell'Onu, della sovranità degli Stati e delle loro diverse cittadinanze, in palese contraddizione con i principi della pace e dell'uguaglianza. La seconda e ancor più grave ragione del fallimento di queste carte è stata la mancata previsione di quelle che possiamo chiamare le garanzie primarie dei principi della pace e dell'uguaglianza in esse stabiliti, senza le quali tali principi sono rimasti sulla carta per la grande maggioranza del genere umano.

Per questo è necessaria e urgente una rifondazione del patto di convivenza tra tutti i popoli e gli Stati del mondo che fu stipulato con la Carta dell'Onu, attraverso la sua trasformazione in una vera Costitu-

zione della Terra¹². Non si tratta di un'ipotesi utopistica. Si tratta della sola risposta razionale e realistica allo stesso dilemma che fu affrontato quasi quattro secoli fa da Thomas Hobbes: la generale insicurezza determinata dalla libertà selvaggia dei più forti, oppure il patto di convivenza pacifica basato sul divieto della guerra e sulla garanzia della vita. Con due differenze drammatiche tra la società naturale dell'*homo homini lupus* ipotizzata da Hobbes e lo stato di natura nel quale si trovano tra loro i 193 Stati sovrani e i grandi poteri economici e finanziari globali. La prima è che l'attuale società selvaggia dei poteri globali è una società popolata non più da lupi naturali, ma da lupi artificiali – gli Stati e i mercati – sostanzialmente sottrattisi al controllo dei loro creatori e dotati di una capacità distruttiva incomparabilmente maggiore di qualunque armamento del passato. La seconda è che, diversamente da tutte le altre catastrofi passate – le guerre mondiali, gli orrori dei totalitarismi – la catastrofe ecologica e quella nucleare sono in larga parte irreversibili, e forse non faremo in tempo a formulare nuovi “mai più”.

Di qui la necessità, prima che sia troppo tardi, di un nuovo contratto sociale tra tutti gli Stati e i popoli del pianeta che rimedi ai difetti della Carta dell'Onu e delle tante carte dei diritti fondamentali. Non basta, infatti, proclamare la pace e i diritti umani. È necessario introdurre, in una Costituzione della Terra, le loro garanzie, senza le quali pace e diritti sono destinati a restare promesse non mantenute. Le elencherò qui sommariamente: la rigidità della Costituzione globale, cioè la sua sopra-ordinazione a tutte le altre fonti, statali e internazionali; la garanzia della pace, mediante la previsione come crimini contro l'umanità della produzione e del commercio di tutte le armi; la garanzia dei beni vitali della natura, mediante la loro sottrazione al mercato, quali beni appartenenti a un demanio planetario; le garanzie dei diritti sociali alla salute, all'istruzione e alla sussistenza tramite la trasformazione dell'Organizzazione mondiale della sanità, dell'Unesco e della Fao in effettive istituzioni globali che garantiscano salute, istruzione e alimentazione di base; un'organizzazione mondiale del lavoro che assicuri garanzie

¹² Rinvio, sul progetto di una Costituzione della Terra, ai miei *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, 2021, a *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Milano, 2022 e a *Progettare il futuro. Per un costituzionalismo globale*, Milano, 2025, che recano in appendice una bozza di costituzione globale in 100 articoli.

tendenzialmente uguali a tutti i lavoratori; garanzie della sussistenza attraverso un reddito di base universale; un fisco globale progressivo, in grado di finanziare le garanzie e le istituzioni globali di garanzia; garanzie giurisdizionali, infine, a cominciare dall'istituzione di una Corte costituzionale planetaria in grado di censurare e rimuovere tutte le violazioni della Costituzione della Terra. Non si tratta neppure di un mutamento del paradigma costituzionale. Si tratta dell'attuazione di principi e diritti già scritti nelle carte internazionali vigenti: un'attuazione quindi giuridicamente dovuta, se prendiamo quei principi e quei diritti sul serio, oltre che necessaria ed urgente, dato che da essa dipende la sopravvivenza dell'umanità.

IL SUCCESSO DEL GIURISTA. IN UN MONDO DOMINATO DAGLI ECONOMISTI NEOLIBERALI

ALESSANDRO SOMMA

Sommario: 1. Il giurista occidentale e le ragioni del suo successo. – 2. – Il nuovo scenario: il diritto e i giuristi ai tempi dell'economica finanziarizzata. – 3. Il neoliberalismo e la subordinazione dell'immaginario giuridico all'immaginario economico. – 4. La dimensione istituzionale del neoliberalismo: dal federalismo hayekiano alla costruzione europea. – 5. Intermezzo: visioni oniriche attorno alla costruzione del diritto privato europeo. – 6. Tornare alla dimensione politica del diritto: dalla polverizzazione del potere al sostegno ai contropoteri socialmente deboli. – 7. A mo' di conclusione: sul costituzionalismo democratico e sociale. – 8. Segue: sul costituzionalismo critico e le sue possibilità.

1. Il giurista occidentale e le ragioni del suo successo

La tradizione giuridica occidentale viene di norma descritta come fondata sul divorzio tra il diritto e la politica, ignoto ad esempio al diritto socialista, e tra il diritto e la religione in quanto tratto distintivo in particolare del diritto islamico¹. Non si nega evidentemente che il diritto occidentale esprima opzioni riconducibili a idealità politiche o religiose, ma si precisa che queste rilevano nella fase in cui si confezionano i precetti: quando si confrontano diverse opzioni circa il modo di disciplinare un certo fenomeno e i termini del compromesso raggiunto esprimono il contenuto della regola. Poi però questa diviene parte integrante del sistema delle fonti del diritto, e da quel momento è amministrata da giuristi: detentori di un sapere specialistico con il quale attribuire un significato alla disposizione con modalità di ordine tecnocratico o comunque non volte a metterne in discussione il fondamento valoriale.

Più precisamente il giurista occidentale è colui il quale attribuisce un senso alle parole della fonte formale di produzione delle regole,

¹ Per tutti U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 5 ss. e G. MOURSOURAKIS, *Comparative Law and Legal Traditions. Historical and Contemporary Perspectives*, Cham, 2019, p. 154.

riuscendo nel merito a interpretarle in modo tale da ridurre il diritto alla legge. È quanto avviene ad esempio ricorrendo all'argomento psicologico, per cui l'interprete è chiamato a riferirsi alla volontà del legislatore, o all'argomento teleologico, che fa leva sulle finalità perseguite dal legislatore nel momento in cui ha formulato la regola, o ancora all'argomento storico, invocato per sostenere quanto è stata definita come ipotesi del legislatore conservatore². Così facendo il giurista alimenta l'ordinamento giuridico, il suo costituire un ordine in quanto tale capace di disciplinare ogni comportamento umano senza entrare in contraddizione.

Certo, da tempo si è denunciato il carattere tutto ideologico della raffigurazione dell'ordinamento come insieme completo e coerente di regole, in quanto tale privo di lacune e antinomie secondo l'immagine tradizionalmente alimentata dal «logicismo giuridico»³. E da tempo del positivismo giuridico si sono elaborate versioni meno rozze, per le quali si riconosce che il diritto comprende precetti non direttamente riconducibili al legislatore⁴, o che è ammissibile una contaminazione tra il diritto e le aspirazioni di chi lo applica⁵, o ancora che l'approccio avalutativo può essere superato⁶.

Ciò nonostante una combinazione di giuspositivismo legislativo e scientifico, ovvero una riduzione del diritto alla legge mediata dalla sua riconduzione a una trama concettuale, resta il punto di riferimento almeno implicito del giurista occidentale. Se infatti questi registra, e non potrebbe fare altrimenti, la pluralità di letture che di un testo legislativo possono essere fornite, finisce poi inesorabilmente per esercitarsi nell'individuazione dell'unica lettura ritenuta corretta. Il giurista occidentale ammette insomma una sola interpretazione possibile tra le molte proposte entro la comunità scientifica, o individuate

² Per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1980, pp. 364 ss.

³ L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto*, Firenze, 1974, pp. 49 ss.

⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1994), 2^a ed., Torino, 2002, pp. 137 s.

⁵ Cfr. P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, Modena, 2013.

⁶ Per tutti L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma e Bari, 2007.

dalla giurisprudenza in sede di applicazione della regola di diritto al caso concreto: riconosce «una sola verità giuridica»⁷. Il che avviene anche nel momento in cui si ricorre all'ermeneutica per produrre una conoscenza ridotta all'individuazione, se non dell'unico significato, dei molti significati oggettivamente riconducibili a un testo, tanti quanti sono i contesti in cui esso viene interpretato: così concepita, l'ermeneutica si riduce a una «teoria della molteplicità degli schemi concettuali»⁸.

Tutto ciò corrisponde a ben vedere a una scelta obbligata. Il giurista occidentale è privo di legittimazione politica e dunque il motivo per cui viene ascoltato ha necessariamente a che vedere con la sua preparazione in termini tecnici o meglio tecnocratici. E se è vero che questo non è sufficiente a decretare il successo del giurista, è altrettanto vero che quanto si richiede in aggiunta alla sua preparazione tecnica non mette in discussione il suo rappresentarsi come il detentore di un sapere specialistico.

Ciò vale per il prestigio dato dalla sua sintonia con «i modelli di pensiero più in voga nell'ambiente in cui deve operare», e a maggior ragione per sua la capacità di risolvere effettivamente i problemi che gli vengono sottoposti. È dal concorso di questi due fattori, in combinazione con la strategia di legittimazione di tipo tecnocratico, che deriva il convincimento circa la «insostituibilità dell'opera del giurista e della cultura giuridica». Un convincimento tanto radicato da non essere intaccato dalle critiche che pure colpiscono ricorrentemente e in modo più o meno incisivo la figura del giurista. Ciò nonostante, per i più, «senza l'opera degli specialisti del giure non solo è impossibile giudicare, assistere, consigliare, ma non si può nemmeno legiferare, almeno se si intende procedere in modo organico e duraturo»⁹.

⁷ R. SACCO e P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7ª ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Milano, 2019, p. 56.

⁸ P.G. MONATERI, *Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma e Bari, 1998, p. 200.

⁹ A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro italiano*, 1983, V, c. 89 ss.

2. *Il nuovo scenario: il diritto e i giuristi ai tempi dell'economia finanziarizzata*

Queste conclusioni, formulate in tempi relativamente recenti, ben possono descrivere un paradigma che si rivendica affondare le radici nel tempo: risale al principio del Seicento per quanto attiene alla separazione tra il diritto e la politica¹⁰, e addirittura alla Riforma gregoriana se si discute del divorzio tra il diritto e la religione¹¹. E tuttavia sono conclusioni che non sembrano più essere attuali, o quantomeno non più così scontate. Non tanto perché si assista al rifiuto della dimensione tecnocratica e per tale via all'emarginazione del giurista in quanto ingegnere sociale decontestualizzato¹², capace di combinare le due varianti del giuspositivismo: accentuando ora la capacità di ridurre il diritto alla legge, ora l'abilità di riportare quest'ultima a una trama concettuale attraverso cui attribuirle senso compiuto. Il giurista è ancora al centro della scena, ma ha smesso di recitare un copione scritto da lui, come accadeva all'epoca in cui i testi normativi impiegavano un linguaggio composto soprattutto da concetti il cui significato era controllato dai cultori del diritto. Tanto da far dire ad alcuni che il giurista è il protagonista assoluto della mutazione giuridica, colui il quale sceglie in autonomia e sulla scorta di una propria cultura le regole di cui alimentare la circolazione, a fronte di una sostanziale irrilevanza nel merito di coloro i quali detengono il potere politico¹³.

Se anche si prescinde da letture palesemente prive di riscontri con la realtà, come quella proposta dai teorici dei trapianti giuridici, occorre ammettere che le cose hanno recentemente subito profondi mutamenti. E che questo è avvenuto per effetto delle trasformazioni subite dall'ordine economico, e più precisamente per l'avanzata della finanza

¹⁰ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., London etc., pp. 208 ss.

¹¹ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), Bologna, 1998, pp. 24 ss.

¹² M. BRUTTI, *La solitudine del presente*, in I. BIROCCHI e M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, pp. 295 ss.

¹³ Si tratta come è noto di un corollario della teoria dei trapianti giuridici: cfr. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Athens G., 1993, part. pp. 107 ss.

e il contestuale arretramento dell'economia reale. Una simile evoluzione ha infatti determinato il diffondersi di un linguaggio governato da espressioni il cui significato è interamente sottratto al controllo del giurista. Il linguaggio dell'economia reale lo vede protagonista in quanto essa si serve di concetti ereditati dalla tradizione: come contratto, proprietà o responsabilità civile. Concetti evidentemente ancora in uso, tuttavia combinati a costruzioni linguistiche in massima parte governate dalla scienza economica, come sono quelle utilizzate per indicare il funzionamento della finanza e di conseguenza per disciplinarla nella sua essenza di nuovo fondamento dell'ordine economico.

A queste condizioni il ruolo del giurista in quanto cultore del positivismo legislativo o scientifico si modifica radicalmente: egli diviene ora bocca delle leggi economiche, nella prima ipotesi, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nella seconda ipotesi. In ogni caso il giurista non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statale, oramai acquisito, che pure avrebbe potuto condurre a rifondare a suo favore l'autonomia del giuridico¹⁴.

Altrimenti detto, l'autonomia del giuridico risulta cancellata o quantomeno ridimensionata in modo determinante, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore esclusivo di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera parafrasi o riproduzione del discorso economico, il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli¹⁵.

Evidentemente il tema non è nuovo. Da tempo si discute del rap-

¹⁴ Già P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, pp. 551 ss.

¹⁵ Citazioni in A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 2018, pp. 79 ss.

porto tra diritto ed economia e in particolare dell'idea secondo cui il primo costituisce una mera forma e la seconda il reale contenuto delle relazioni di mercato e persino sociali in genere¹⁶. Nuova è però la realtà economica che produce l'emarginazione del giurista in quanto tecnocrate, alla base della sua incapacità di reagire in termini analoghi a quanto aveva fatto negli anni in cui l'affermazione della società industriale aveva imposto di innovare il suo sapere: quando il giurista aveva ricostruito la propria centralità rintracciando fuori dai confini del diritto romano, inadatto a disciplinare un ordine economico incentrato sulla produzione e il consumo di massa, i fondamenti per disciplinare fenomeni non costringibili entro schemi individualistici¹⁷.

Allora i nuovi strumenti furono elaborati a partire da un sapere prodotto e riprodotto in autonomia dai giuristi, capaci di adattare le loro costruzioni alla dimensione sociale indispensabile allo sviluppo dell'ordine economico¹⁸. Ora gli stessi giuristi si sono invece ridotti al ruolo di custodi delle sole norme sulle norme, in particolare quelle relative all'interpretazione o alla validità delle regole, rivelandosi però privi di influenza sulla sostanza delle relazioni di cui quelle norme si occupano. Senza alcuna possibilità di svolgere, pur in un contesto nel quale «la scienza del diritto ha un valore puramente pragmatico e strumentale», una «attività perfettamente autonoma» né tanto meno di rivendicare una «specie di fiera indipendenza»¹⁹.

Il tutto è aggravato da un fenomeno per molti aspetti paradossale, sul quale soprattutto i linguisti hanno concentrato le loro riflessioni: quello per cui, mentre il linguaggio economico conosce un momento di capillare diffusione alimentata dalla finanza virtuale, i cultori della scienza economica non si dedicano a chiarirne il significato a beneficio dei non addetti ai lavori. Tanto che si può parlare di una vera e propria «finanziarizzazione della lingua», coincidente oltretutto con un

¹⁶ Ad es. K. RENNER, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale* (1929), Bologna, 1981, part. pp. 46 ss.

¹⁷ Per tutti F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt M., 1974.

¹⁸ Cfr. A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, pp. 39 ss.

¹⁹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1937, pp. 5 s.

crescente impiego di espressioni anglofone fonte di ulteriori fraintendimenti²⁰, ovvero della «applicazione di un unico linguaggio, di un'unica retorica con i suoi stilemi, a tutte le situazioni comunicative»²¹.

Intendiamoci: l'incrocio tra il linguaggio del diritto e il linguaggio dell'economia e della finanza è fisiologico ove il primo intenda disciplinare le seconde, così come del resto avviene con i fenomeni sociali in genere. Se cioè il diritto intende occuparsi di tecnologie informatiche, o di salute pubblica o ancora di cambiamento climatico, non può evidentemente trascurare l'utilizzo delle espressioni e dei tecnicismi ricorrenti nelle scienze che si occupano di quelle tematiche. In questi ultimi casi il linguaggio del diritto si serve però del linguaggio specialistico senza subirlo o comunque riceverlo passivamente. Diverso il caso in cui il linguaggio del diritto viene sovrastato dal linguaggio delle altre scienze, come accade invece laddove si occupa di economia e di finanza: lì si realizza un disciplinamento del primo da parte delle seconde. Lì l'economia e la finanza producono «verità» capaci di orientare i comportamenti individuali e soprattutto di legittimare le decisioni politiche. Il tutto secondo uno schema non certo nuovo: «inventiamo un linguaggio basato su una teoria immaginaria», come le teorie economiche ricavate dall'*homo oeconomicus* quale tipo umano di riferimento, e «ce ne serviamo per piegare la realtà»²².

Si ricavano così ulteriori riscontri circa il persistente dominio di paradigmi tipici dell'epoca dominata dal positivismo giuridico: quando l'economia era desocializzata²³, e il diritto determinava lo stare insieme come società occultandone la dimensione politica. Ora come allora il linguaggio specialistico veniva utilizzato ad arte per produrre un simile risultato, se non altro perché indicava e indica tuttora la volontà di perseguire un «disegno di razionalizzazione e di disincantamento del mondo» e comunque di mettere «in ombra la complessità e tortuosità

²⁰ R. GUALDO, *L'italiano dell'economia*, Roma, 2023, pp. 21 e 34 ss.

²¹ J.-L. EGGER, *Dall'anatocismo allo spread: esperienze di linguaggio finanziario*, in C. MARAZZINI (a cura di), *L'italiano delle banche e della finanza*, Firenze, 2016, p. 46.

²² J.-P. FITOUSSI, *La neolingua dell'economia ovvero come dire a un malato che è in buona salute*, Torino, 2019, p. XII.

²³ K. POLANYI, *Economie primitive, arcaiche e moderne. Ricerca storica e antropologia economica* (1968), Torino, 1980, pp. 5 ss.

dei fattori storici»²⁴. Ora diversamente da allora il giurista opera tuttavia in funzione servente rispetto a una realtà per comprendere la quale occorrono strumenti di cui non dispone, conoscenze che gli sono estranee in quanto non contemplate dallo statuto epistemologico del suo sapere. E neppure lo possono essere, perché se lo fossero metterebbero in luce che l'ordine economico resta in balia di un suo disciplinamento di tipo tecnocratico, ma allo stesso tempo che nel merito il ruolo del diritto quale patrimonio sapienziale governato dai soli giuristi è divenuto marginale.

3. Il neoliberalismo e la subordinazione dell'immaginario giuridico all'immaginario economico

A queste condizioni il successo del giurista è minato nelle sue fondamenta: non è più sintonizzato con i modelli di pensiero diffusi nel contesto in cui opera e inoltre, dovendo maneggiare regole oramai intellegibili solo ricorrendo a campi del sapere diversi dal suo, è sempre meno capace di risolvere i problemi che gli vengono sottoposti. È allora giunto il momento di sviluppare nuovi paradigmi capaci di esaltare la dimensione valoriale e comunque non tecnocratica del fenomeno diritto, e di rifondare su di essi la legittimazione del giurista in quanto cultore di un sapere critico.

Prima di affrontare questo aspetto, occorre meglio mettere a fuoco le ragioni per cui il campo del giuridico ha perso la sua autonomia, o se si preferisce il campo dell'economico è divenuto il punto di riferimento per plasmarlo. Occorre cioè dire dell'ascesa del neoliberalismo prima come ideologia, e poi come pratica di governo dell'ordine economico e a monte punto di riferimento per concepire l'ordine politico. E occorre dire della dimensione istituzionale da cui trae fondamento la pervasività del neoliberalismo, se non altro perché deve essere necessariamente presa in considerazione nel momento in cui il giurista riflette sul modo di tornare ad avere successo.

Ci dedicheremo al neoliberalismo in particolare per mettere in luce

²⁴ R. CAPONI, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, pp. 354 e 362.

come la subordinazione del diritto all'economia sia costitutiva di questa ideologia e pratica di governo, che pure nasce per restituire centralità alla politica. I suoi iniziatori criticavano invero il liberalismo della mano invisibile muovendo dalla constatazione del suo fallimento su tutti i fronti. Nel mercato non aveva coordinato gli egoismi individuali in forme tali da rendere «il reddito annuo della società il massimo possibile»²⁵. E fuori dal mercato non aveva indotto i più abbienti a redistribuire in modo soddisfacente la ricchezza prodotta con il lavoro, a fare cioè «quasi la stessa distribuzione delle cose necessarie alla vita che si sarebbe realizzata se la terra fosse stata divisa in parti uguali tra tutti i suoi abitanti»²⁶. Di qui la richiesta di una mano visibile capace di evitare per un verso il fallimento del mercato, e per un altro il rovesciamento dell'ordine proprietario quale reazione a un simile fallimento: di qui la petizione di un protagonismo della politica o comunque di un governo dell'economia affidato a regole e istituzioni.

Più precisamente, per usare le parole pronunciate da colui il quale sul finire degli anni Trenta coniò l'espressione «neoliberalismo», questo concerne l'edificazione di uno «Stato forte e indipendente» a cui attribuire compiti di «severa polizia del mercato», per impedire così la «disintegrazione» sociale cui prelude il «rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza»²⁷. Non ne deriva però un primato della politica sull'economia: l'interventismo neoliberale deve avere carattere giuridico e non anche amministrativo²⁸, ed esprimersi con l'emanazione di leggi dello Stato chiamate a rispettare e dunque a riprodurre le leggi del mercato: per trasformare il principio di concorrenza in uno strumento di direzione politica dei comportamenti individuali²⁹. E soprattutto per evitare che l'ordine economico sia sopraffatto dall'azione di poteri organizzati e dunque capaci di inceppare il mecca-

²⁵ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni* (1776), 2^a ed., Roma, 2005, pp. 73 e 391.

²⁶ A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano, 2001, p. 376.

²⁷ A. RÜSTOW (1938), in S. AUDIER, *Le Colloque Walter Lippman. Naissance du néo-libéralisme*, Lormont, 2012, p. 469 s.

²⁸ Cfr. P. DARDOT e C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (2009), Roma, 2013, p. 176.

²⁹ Citazioni in A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, pp. 49 ss.

nismo concorrenziale: i cartelli tra imprese, ma anche e soprattutto le coalizioni di lavoratori e dunque i sindacati.

Si comprende così l'intento neoliberale di riservare al potere economico l'esatto opposto di quanto si promuove per il potere politico. Se il secondo deve essere concentrato e dunque statalizzato, il primo deve essere azzerato, spoliticizzato, ridotto all'irrelevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema. Altrimenti detto, l'individuo deve trovarsi solo di fronte al mercato, divenire soggettività «sterilizzata»³⁰ e dunque incapace di tenere comportamenti diversi dalla mera reazione automatica agli stimoli della concorrenza³¹. Il che, come abbiamo detto, vale per le imprese ma anche e soprattutto per i lavoratori: se non possono coalizzarsi, sono tenuti ad accettare il salario dell'entità corrispondente all'incontro di domanda e offerta di lavoro e non anche all'aspettativa di una vita dignitosa. E questo è decisamente in linea con il modo neoliberale di concepire la relazione di lavoro, per il quale essa deve essere sostanzialmente degradata a relazione di mercato qualsiasi³².

Insomma, per il neoliberalismo l'inclusione sociale deve coincidere con l'inclusione nel mercato. Essa non viene allora alimentata dai diritti di cittadinanza, bensì da quelli concernenti l'edificazione di un ordine entro cui le risorse sono distribuite attraverso il libero incontro di domanda e offerta. Un ordine nel quale i destinatari di quelle risorse sono identificati nella loro essenza di produttori o di consumatori, con la precisazione che i primi costituiscono un fronte nel quale sono inclusi i lavoratori: capitale e lavoro sono chiamati a comporre una entità pacificata e cooperativa, sebbene nell'ambito di un contesto istituzionale concepito per privilegiare il primo a scapito del secondo.

A queste condizioni il cultore del diritto è inevitabilmente e irrimediabilmente condannato a un ruolo residuale, incapace di incidere su dinamiche che non sono nella sua disponibilità e che gli impongono di operare come mero tecnocrate. Con l'aggravante che ora neppure è in

³⁰ G. PRETEROSS, *Teologia politica e diritto*, Roma e Bari 2022, p. 207.

³¹ F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, pp. 141 ss.

³² Citazioni in A. SOMMA, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma e Bari, 2024, pp. 43 ss.

grado di padroneggiare gli strumenti di cui è chiamato a servirsi: come abbiamo detto, il linguaggio e i saperi di cui si serve sono sempre più estranei al suo bagaglio sapienziale.

4. *La dimensione istituzionale del neoliberalismo: dal federalismo hayekiano alla costruzione europea*

Abbiamo detto che il modo neoliberale di intendere l'ordine economico, e di identificare di conseguenza i compiti da affidare all'ordine politico, è pervasivo. Abbiamo poi anticipato che la contagiosità del neoliberalismo dipende tra l'altro da architetture istituzionali capaci di assicurare la sua diffusione incontrastata. Motivo per cui il giurista intenzionato a tornare al successo deve prenderle in considerazione al fine di comprenderne il funzionamento e soprattutto identificare il modo di incepparlo.

Per considerare un simile aspetto occorre tornare agli anni in cui il neoliberalismo ha preso corpo come ideologia, e verificare come essa si sia intrecciata con un certo modo di intendere il federalismo, il tutto con particolare riferimento al contesto europeo: lì il dibattito era particolarmente vivace e attraversato da divisioni relativamente profonde³³. Si teorizzava invero un federalismo neoliberale, le cui coordinate sono state gettate da un padre nobile del neoliberalismo, ma si discuteva altresì di un federalismo in senso lato socialista: espressione che all'epoca poteva implicare una non meglio precisata carica antindividualista³⁴, ma che comunque segnalava una avversione nei confronti del paradigma neoliberale.

Cominciamo dal federalismo socialista, che possiamo illustrare al meglio attraverso gli scritti di Barbara Wootton: una sociologa, economista di formazione, annoverata tra i pensatori più brillanti della sua

³³ Citazioni in A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì se stessa e come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma e Bari, 2021, pp. 3 ss.

³⁴ Sulla scia di L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} ed., Paris, 1920, pp. 8 s., che non intendeva «aucune adhésion à un parti socialiste quelconque», ma semplicemente promuovere «une règle sociale s'imposant à l'individu».

epoca³⁵. Questa concepiva il federalismo come strumento con cui perseguire «l'uguaglianza economica e sociale» superando «il regime di classi», e imponendo una «disciplina collettiva della vita economica» soprattutto «mediante la sostituzione in larga misura della proprietà collettiva alla proprietà privata delle risorse industriali». Con la precisazione che simili propositi non si sarebbero perseguiti al meglio a livello nazionale: quello sovranazionale era il più adatto a favorire la diffusione della «solidarietà dei lavoratori», e in particolare a sostenere la volontà di «provvedere al miglioramento delle condizioni di lavoro e delle istituzioni sociali»³⁶.

Di tutt'altro segno il federalismo neoliberale, i cui tratti fondamentali sono stati identificati da Friedrich von Hayek nell'ambito di un acceso dibattito sulle ragioni della guerra come espressione immanente dell'ordine internazionale. L'economista austriaco, come anche Wootton, muoveva dal medesimo assunto messo al centro di un celeberrimo contributo di Immanuel Kant: che la sovranità nazionale era un catalizzatore di conflitti e che solo la dimensione federale avrebbe potuto «assicurare la pace». Aggiungeva però che questa dimensione non doveva riprodurre le dinamiche tipiche della statualità, e che per questo occorreva riconoscerle le sole prerogative necessarie e sufficienti a realizzare una «unione economica»³⁷.

Nel merito von Hayek non si concentrava più di tanto sull'architettura istituzionale da adottare. Si soffermava però in modo diffuso su quanto reputava un compito fondamentale della federazione, ovvero l'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione dei fattori produttivi in quanto espediente attraverso cui ottenere la moderazione fiscale degli Stati membri: una pressione fiscale elevata «spingerebbe il capitale e il lavoro da qualche altra parte». La libera circolazione consentiva insomma di spolticizzare l'ordine economico, dal momento che sottraeva alle «organizzazioni nazionali, siano esse sindacati, cartel-

³⁵ Ad es. A. OAKLEY, *A Critical Women*. Barbara Wootton, *Social Science and Public Policy in the Twentieth Century*, London, 2011.

³⁶ B. WOOTTON, *Socialismo e federazione* (1940), in BRUGMANS H. et al., *Federazione europea*, Firenze, 1948, pp. 192 s. e 208 ss.

³⁷ F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), Sovveria Mannelli, 2016, pp. 54 ss.

li od organizzazioni professionali», il «potere di controllare l'offerta di loro servizi e beni». Di più: se lo Stato nazionale alimentava «solidarietà d'interessi tra tutti i suoi abitanti», la federazione impediva legami di «simpatia nei confronti del vicino», tanto che diventavano impraticabili «persino le misure legislative come le limitazioni delle ore di lavoro o il sussidio obbligatorio di disoccupazione»³⁸.

Altrimenti detto, von Hayek non si limitava a evidenziare come la dimensione nazionale non fosse solo alla base del conflitto tra Stati: sosteneva anche e soprattutto che essa era responsabile del conflitto redistributivo, evidentemente collocato al centro delle sue preoccupazioni³⁹. Nel merito Hayek era convinto che quest'ultimo poteva essere impedito solo edificando un ordine economico nel quale i prezzi si formano per il solo effetto del libero incontro di domanda e offerta: un ordine nel quale «le varie comunità d'interesse si sovrappongano territorialmente e non si identifichino mai a lungo con gli abitanti di una particolare regione»⁴⁰. Di qui il perimetro delle prerogative federali, chiamate a edificare un ordine politico che faccia «a meno delle identità collettive» o in alternativa che renda «l'individualismo competitivo l'unica identità collettiva possibile»⁴¹. Attribuendo ai pubblici poteri il solo raggio di azione necessario e sufficiente a produrre un ordine economico impermeabile a qualsiasi intervento capace di mettere a rischio la riduzione dell'inclusione sociale a inclusione nel mercato.

5. Intermezzo: visioni oniriche attorno alla costruzione del diritto privato europeo

Si è detto che il neoliberalismo, non ultimo per il suo costituire il punto di riferimento per l'architettura istituzionale europea, ha fornito un contributo decisivo all'emarginazione del giurista in quanto

³⁸ Ivi, pp. 58 ss.

³⁹ A ben vedere non solo dei federalisti neoliberali, se è vero che la medesima considerazione per il conflitto redistributivo o di classe ha caratterizzato il celeberrimo Manifesto di Ventotene: cfr. A. SOMMA, *Contro Ventotene. Cavallo di Troia dell'Europa neoliberale*, Roma, 2021.

⁴⁰ Ivi, pp. 58 s.

⁴¹ G. PRETEROSSÌ, *Residui, persistenze, illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza e politica*, 2017, p. 113.

ingegnere sociale. Lo possiamo verificare in modo esemplare considerando il suo apporto alla costruzione del diritto privato europeo, da annoverare non a caso tra i settori dell'ordinamento più dominati dal linguaggio economico: motivo per cui «rappresenta una normazione peculiarissima, carica com'è di fattualità e di dimensioni tecniche dalle quali non sa e non vuole separarsi»⁴².

Questa situazione è particolarmente stridente con le aspettative dei cultori del diritto secondo cui proprio la costruzione del diritto privato europeo doveva rappresentare l'occasione per ripristinare finalmente un ruolo di primo piano del giurista tra le fonti di produzione del diritto. Il riferimento è ai cosiddetti Neopandettisti: espressione felice coniata per stigmatizzare la loro pretesa di un «coinvolgimento operativo delle fonti giusromanistiche» con cui alimentare «una tradizione unificatrice» buona a «tracciare le linee di un solido diritto privato comunitario»⁴³. Il tutto sulla scia di quanto il diritto romano ha rappresentato per l'elaborazione del diritto comune storico, ma anche e soprattutto per coloro i quali lo hanno attualizzato come trama concettuale per le loro costruzioni. La Neopandettistica vuole invero ripristinare il ruolo della dottrina nella sua essenza di fonte di produzione del diritto. Sottolineando nel contempo la circostanza per cui quel ruolo è stato affossato dalla codificazione in quanto forma di imposizione delle regole dall'alto, stigmatizzata esattamente come l'armonizzazione del diritto in area europea realizzata per il tramite di direttive e regolamenti⁴⁴.

A partire da questi propositi, i cultori del diritto romano hanno decretato la fine di una fortunata stagione di studi volti a esaltarne il carattere storico⁴⁵, e comunque a denunciarne l'utilizzo per le più disparate finalità di ordine politico normativo⁴⁶. Speravano di arrestare così

⁴² P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, p. 500.

⁴³ P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto* (2005-2006), Milano, 2009, p. 92.

⁴⁴ Per tutti R. ZIMMERMANN, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HART-KAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1994, pp. 65 ss.

⁴⁵ Inaugurata in particolare da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953.

⁴⁶ Citazioni in A. SOMMA, *Da Roma a Washington*, in P.G. MONATERI, T. GIARO e

il declino della materia, il cui statuto epistemologico veniva dunque ripensato alla luce di strategie accademiche, ma i risultati ottenuti sono stati effimeri e in ultima analisi controproducenti

E non poteva essere altrimenti. I Neopandettisti hanno esaltato il carattere individualista delle loro costruzioni, esemplificato al meglio da quanto affermato in materia di contratti: «che i contratti basati su null'altro che il consenso informale siano di norma vincolanti» è un principio di «diritto romano coperto di vestiti moderni... ora riconosciuto in tutti i sistemi europei occidentali»⁴⁷. Il diritto privato europeo in quanto diritto neoliberale non è però individualista, dal momento che si fonda su un sistema di libertà economiche funzionalizzate e dunque non riconosciute in termini assoluti, bensì solo nella misura in cui il loro esercizio alimenta l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine economico⁴⁸. Del resto le stesse istituzioni europee hanno reputato l'individualismo delle costruzioni romanistiche inadatto a un ordine economico incentrato sulla produzione e il consumo di massa: «le disposizioni tradizionali del diritto civile che disciplinano il contratto di vendita sono state redatte in base al paradigma dei due cittadini su base di uguaglianza, che stipulano un contratto in virtù del quale il primo trasferisce al secondo la proprietà di un bene che gli appartiene», motivo per cui risultano «inadatte alle realtà economiche attuali di produzione e commercializzazione di massa»⁴⁹.

A ben vedere, la scienza giuridica che si è messa a disposizione delle istituzioni europee per confezionare un diritto sovranazionale rispondente alle loro aspettative non ha ricalcato schemi di matrice individualista. Ciò nonostante il ruolo dei cultori del diritto non è mutato: anche in questo caso è rimasto sostanzialmente residuale o comunque inidoneo a consentire loro di alimentare l'autonomia del loro sapere,

A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, pp. 169 ss.

⁴⁷ R. ZIMMERMANN, *Roman Law an European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen etc., 1994, p. 72.

⁴⁸ Ad es. A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI e O. GIOLO (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, pp. 295 ss.

⁴⁹ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo* del 18 giugno 1996, Com/1995/520 def., p. 5.

e con ciò una autonoma visione circa il modo di disciplinare lo stare insieme come società.

Significativo da questo punto di vista quanto avvenuto in occasione del 6. Programma quadro di ricerca e sviluppo tecnologico dell'Unione europea (2002-2006), quando la Commissione promosse e finanziò la costituzione di una rete internazionale di studiosi del diritto privato europeo, affidandole il compito di fornire un Progetto di quadro comune di riferimento del diritto contrattuale europeo (*Draft common frame of reference*). Lì si è voluto ricondurre a unità le migliori soluzioni adottate a livello nazionale e l'*acquis communautaire*, fornendo così nell'immediato principi, definizioni e regole utili a migliorare la coerenza e la qualità del diritto europeo, oltre che la base per un possibile futuro «strumento opzionale»: un non meglio definito «*corpus* moderno di regole particolarmente adattate ai contratti transfrontalieri nel mercato interno»⁵⁰.

Nella redazione del Quadro comune di riferimento gli studiosi si sono però dovuti attenere alla massima secondo cui «il principio della libertà contrattuale è fondamentale», tanto che «qualora si intenda rendere obbligatoria l'applicazione di una norma, occorre indicarlo e giustificarlo». È stata inoltre costituita una commissione di portatori di interessi economici in cui erano rappresentati soprattutto imprese e professioni legali (Cfr-net), le cui indicazioni si sono rese sostanzialmente vincolanti per la rete di studiosi⁵¹.

Il Quadro comune di riferimento è stato completato sul finire degli anni Dieci del Duemila e ha riguardato un ambito decisamente più ampio rispetto a quello originariamente previsto: comprende «definizioni, principi e regole modello del diritto privato europeo»⁵². Nel frattempo è stato utilizzato come base per un ulteriore articolato confezionato su incarico della Commissione europea, interessata a incrementarne la

⁵⁰ Comunicazione *Migliore coerenza del diritto contrattuale europeo. Un piano d'azione* del 12 febbraio 2003, Com/2003/68 def.

⁵¹ *Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis* del 23 settembre 2005, Com/2005/456 def.

⁵² Cfr. C. VON BAR et al. (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2009.

pratica utilizzabilità del lavoro svolto. L'articolato, detto studio di fattibilità (*Feasibility study*), non ha però avuto particolari impieghi: ha semplicemente ispirato la redazione di una Proposta di regolamento «relativo a un diritto comune europeo della vendita»⁵³, peraltro successivamente ritirata.

Si illustra così nel migliore dei modi il ruolo effettivamente rivestito dagli studiosi nella costruzione del diritto privato europeo in quanto «cantiere aperto»⁵⁴. Se anche questi ultimi hanno incentivato lo sviluppo di una scienza giuridica europea, non le hanno restituito i fasti dell'epoca del diritto comune storico, quando poteva essere a buon titolo ritenuta fonte di produzione del diritto. Al contrario, i cultori del diritto sono stati degradati a meri traduttori in termini tecnici di volontà maturate in altri contesti, in particolare presso i centri di interessi economici, i quali se ne sono serviti per assumere la funzione di reali fonti del diritto privato europeo: si riduce a questo, oramai, il successo del giurista. La cui attività, almeno nel caso del Quadro comune di riferimento, è oltretutto rimasta in un cassetto, e nulla induce a pensare che lo lascerà mai.

6. *Tornare alla dimensione politica del diritto: dalla polverizzazione del potere al sostegno ai contropoteri socialmente deboli*

Abbiamo visto che il giurista occidentale appare oramai emarginato in quanto tecnocrate capace di governare lo stare insieme come società: non perché la tecnocrazia sia caduta in disgrazia, ma semplicemente perché il tecnocrate che ora va per la maggiore è l'economista. Abbiamo poi ricondotto questa situazione alla pervasività del neoliberalismo come ideologia e pratica di governo dell'ordine economico volta alla sua spolticizzazione, e detto della costruzione europea come dispositivo concepito per presidiare e alimentare questa deriva.

Possiamo a questo punto riflettere sulle vie di uscita che il giurista occidentale può tentare di percorrere per rimediare alla sua irrilevan-

⁵³ Proposta dell'11 ottobre 2011, Com/2011/635 def.

⁵⁴ G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in ID. et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, nuova ed., Roma e Bari, 2012, p. 341.

za. Consapevoli che quelle vie non produrranno forse un simile esito, ma se non altro allontaneranno il sospetto che il suo attuale inerzia sia dettata dalla volontà di essere complice nella costruzione e nel presidio di un ordine neoliberale, o sia in alternativa dovuta a una sorta di sindrome di Stoccolma: il meccanismo perverso per il quale il giurista occidentale sente l'irresistibile richiamo ad alimentare o comunque a non contrastare le dinamiche che lo condannano all'irrelevanza.

Nel merito ci occuperemo innanzi tutto della dimensione politica del discorso giuridico e della necessità che essa sia messa al centro delle strategie di legittimazione del giurista: in ultima analisi del suo ritorno al successo. Diremo poi dell'utilità di concentrarsi su un particolare aspetto della dimensione in discorso: il recupero del conflitto in quanto presupposto per la ripolitizzazione o se si preferisce risocializzazione dell'ordine economico. Il tutto nel solco del costituzionalismo democratico e sociale, le cui linee di fondo si possono del resto identificare per contrapposizione rispetto ai paradigmi neoliberali, contro la cui invadenza vuole costituire un argine.

Incominciamo con il primo aspetto: la sottolineatura della dimensione politica del discorso giuridico. Nel merito non ci concentreremo sulla necessità di una simile svolta, se non altro perché l'opportunità di muoversi in questa direzione non è certo una novità: è stata in più occasioni al centro del dibattito tra i cultori del diritto, non a caso soprattutto negli anni che hanno preceduto l'affermazione dei paradigmi neoliberali⁵⁵. Il tutto sulla base di argomentazioni che non hanno certo perso la loro attualità, e che potrebbero agevolmente tornare in auge se solo si superasse il luogocomunismo sul quale il neoliberalismo ha costruito e continua a costruire le sue fortune⁵⁶: circostanza evidentemente non relativa alle vicende del solo fenomeno diritto.

Ciò detto, è però opportuno sottolineare almeno un aspetto, utile a promuovere le ragioni di una ripolitizzazione del discorso attorno al diritto e con ciò a ridisegnare il ruolo dei suoi cultori: a ridefinire le

⁵⁵ V. da ultimo G. AZZARITI, A. DI MARTINO e A. SOMMA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. Un confronto di prospettive critiche*, Napoli, 2024.

⁵⁶ Da ultimo per tutti A. GUAZZAROTTI, *Debito e democrazia. Per una critica del vincolo esterno*, Milano, 2024 e F. MERLONI, *Diritti e pubbliche amministrazioni nell'austerità neoliberista. Storia di un abbandono*, Napoli, 2025.

modalità attraverso cui essi possono tornare al successo. Intendiamo la circostanza per cui l'interpretazione costituisce un'attività sicuramente rilevante sul piano filosofico, nel quale entra eventualmente in gioco il profilo del significato autentico di un testo, ma anche e soprattutto che essa rileva come pratica in senso lato politica. Una pratica relativa cioè al proposito di imporre uno specifico assetto nelle relazioni sociali, in funzione della quale il discorso giuridico rileva alla stregua di una grammatica del potere: un linguaggio edulcorato, convenzionalmente utilizzato per occultare le reali dinamiche della sua azione. Il tutto senza però trasformarsi in una pratica arbitraria, dal momento che sottolineare la valenza politica dell'interpretazione significa anche mettere in luce come l'esito finale debba «dare una risposta, in termini comprensibili e razionalmente accettabili dall'ambiente sociale circostante, alle esigenze che hanno determinato quelle aspettative»⁵⁷.

Questo modo di intendere l'interpretazione valorizza la circostanza per cui l'essenza del diritto va ricercata nel suo costituire uno strumento destinato alla distribuzione imperativa di risorse e valori, quindi una modalità per ricomporre conflitti attorno a più opzioni circa il modo di realizzarla. Certo, i precetti prodotti dal legislatore fotografano un certo compromesso, mentre l'ordinamento ritualizza e soprattutto individualizza, attraverso la disciplina di specifiche procedure, le controversie attorno alla loro applicazione. Ciò non determina peraltro la cessazione del conflitto, che risente oltretutto dei cambiamenti nei rapporti di forze che avevano ispirato la formulazione del precetto. Di qui il permanere del conflitto, che in parte avviene fuori dal campo del giuridico, e in parte utilizza l'interpretazione dei precetti e le procedure volte alla ricomposizione delle controversie per alterare i termini del compromesso raggiunto, se del caso sino a rovesciarlo⁵⁸.

Che il conflitto sia al centro della riflessione sul fenomeno diritto,

⁵⁷ Cfr. L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, pp. 346 e 350.

⁵⁸ È a ben vedere l'esito della combinazione tra il processo in quanto rito volto a individualizzare il conflitto sociale e il suo collegamento con il costituzionalismo democratico e sociale: soprattutto R. CAPONI, *Processo civile e conflitto sociale*, in A. SOMMA (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo tra le discipline*, Roma, 2024, pp. 97 ss.

lo si ricava in modo esemplare dalla Costituzione, che lo pone a fondamento dello stare insieme come società in forme da cui si ricava la radicale alterità rispetto al paradigma neoliberale⁵⁹. Se infatti quest'ultimo concerne la polverizzazione del potere economico, come sappiamo al fine di condannare i consociati a tenere i soli comportamenti descrivibili in termini di reazioni automatiche agli stimoli del mercato, il costituzionalismo democratico e sociale mira a realizzare lo schema opposto. Vuole cioè ricreare le condizioni per lo sviluppo di contropoteri economici, sul presupposto che il potere economico non può essere neutralizzato ma solo contrastato per il tramite di espedienti volti a consentire un confronto equilibrato: a utilizzare la forza giuridica per contrastare la debolezza sociale, o se si preferisce la debolezza sociale per contrastare la forza giuridica.

Proprio questo è a ben vedere il senso del principio di parità sostanziale, che può essere inteso come una modalità attraverso la quale i pubblici poteri redistribuiscono le armi del conflitto sociale. Il tutto sintetizzato nella formula per cui la Repubblica è chiamata a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione politica, economica e sociale: formula notoriamente contenuta nella Carta fondamentale italiana (art. 3), fondativa del costituzionalismo del dopoguerra o più precisamente del costituzionalismo sorto sulle ceneri del fascismo, anche quando la sua fine non ha coinciso con la conclusione del secondo conflitto mondiale. Tanto che disposizioni assimilabili a quella appena richiamata, relative cioè alla definizione del principio di parità sostanziale come relativo all'obbligo dei pubblici poteri di rimuovere gli ostacoli alla sua realizzazione, si trovano nelle costituzioni della Grecia (art. 25), del Portogallo (art. 81) e della Spagna (art. 9)⁶⁰.

Il tutto per chiarire che l'alternativa al fascismo non si costruisce limitandosi a ripristinare la democrazia politica, bensì edificando al suo fianco la democrazia economica, ovvero costruendo un argine contro il modo neoliberale di disciplinare il mercato. Quest'ultimo concerne

⁵⁹ O. CHESSA, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, pp. 97 ss.

⁶⁰ A. SOMMA, *Quando l'Europa tradì sé stessa e come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, cit., pp. 41 ss.

invero il ricorso ai pubblici poteri per imporre la concorrenza, quindi per rendere il capitalismo storicamente possibile⁶¹. Il costituzionalismo antifascista impiega invece quei poteri per difendere la società dal mercato, ovvero per ostacolare l'uso della concorrenza come strumento di direzione politica del comportamento dei consociati: per impedire che l'inclusione sociale sia ridotta a inclusione nel mercato.

Non è dunque un caso, se proprio i Paesi appena menzionati sono stati le vittime predestinate di quanto possiamo descrivere in termini di mercato delle riforme: il meccanismo per cui l'Europa unita ha concepito l'assistenza finanziaria agli Stati membri come contropartita per la realizzazione di riforme volte ad ancorarli al modo neoliberale di disciplinare l'ordine economico⁶². Meccanismo costitutivo della costruzione europea, poi utilizzato per scandire i principali passaggi della sua evoluzione, la cui virulenza si è sentita soprattutto in occasione della crisi del debito sovrano: quando i prestiti finalizzati a «salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme» sono stati concessi sotto «rigorosa condizionalità»⁶³. Il tutto inasprito in occasione della crisi pandemica, che si è detto di voler affrontare con strumenti diversi dal passato, e che ha invece costituito l'occasione per testimoniare la volontà incrollabile di rinsaldare la costruzione europea nella sua essenza di dispositivo neoliberale⁶⁴.

7. A mo' di conclusione: sul costituzionalismo democratico e sociale

Ma torniamo al principio di parità sostanziale e al suo costituire il fondamento di un ordine politico effettivamente capace di sovrastare l'ordine economico, o se si preferisce il fondamento di un ordine eco-

⁶¹ Come avvenuto con il fascismo: cfr. K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, p. 297.

⁶² Citazioni in A. SOMMA, *Il mercato delle riforme. Come l'Europa è divenuta un dispositivo neoliberale irrimediabile*, in E. MOSTACCI e A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, pp. 229 ss.

⁶³ Come precisa ora l'art. 136 Trattato funzionamento Ue, dopo la modifica introdotta in occasione del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011.

⁶⁴ Citazioni in A. SOMMA, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, 2023, pp. 165 ss.

nomico il cui assetto sia condizionato dall'esito di un conflitto sociale equilibrato.

Si sa che proprio questo meccanismo ha consentito di contrastare il «congelamento della Costituzione», ovvero di porre termine all'iniziale fase di sostanziale inattuazione della Carta fondamentale nelle disposizioni rilevanti per l'emancipazione individuale e sociale. Si sa cioè che quanto è stato efficacemente descritto come «disgelo costituzionale»⁶⁵ è avvenuto di pari passo con il riconoscimento dei lavoratori e delle loro organizzazioni come «strumenti indispensabili e privilegiati di attuazione del modello di società prefigurata dal programma costituzionale»⁶⁶. Tanto che, negli anni in cui si è assistito a una simile evoluzione, alcuni giunsero ad additare la Costituzione come punto di riferimento per una transizione incruenta al socialismo, realizzata non a caso insistendo in particolare sul principio di parità sostanziale⁶⁷.

Certo, non tutti si riconoscevano in questa impostazione, ritenuta non condivisibile per almeno tre ragioni fondamentali: la Carta fondamentale parla di lavoro salariato e dunque richiama la relazione di questo con il capitale, disciplina il credito e tutela con ciò il capitale finanziario, e protegge esplicitamente la proprietà privata e la libera iniziativa economica e pertanto «la ricerca del massimo profitto»⁶⁸. Se peraltro si riteneva la Costituzione italiana capace di sostenere persino un mutamento radicale di sistema, non era tanto per quanto afferma in materia di proprietà o di iniziativa economica, e più precisamente per gli spazi assicurati allo sviluppo di alternative alla loro declinazione individualistica⁶⁹. Centrale era il raggio di azione del conflitto sociale, della possibilità di plasmare l'ordine economico in base alle risultanze di una confrontazione tra capitale e lavoro e più in generale tra interessi

⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in F. BARBAGALLO et al. (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 2.2 (*La trasformazione dell'Italia. Sviluppo e squilibri*), Torino, 1995, pp. 115 ss.

⁶⁶ U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, in C. MORTATI et al., *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, vol. 1, Bologna 1975, pp. 189.

⁶⁷ C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, pp. 7 ss.

⁶⁸ U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, 2ª ed., Roma, 1977, pp. 13 ss.

⁶⁹ F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalista*, 2ª ed., Bologna, 1980, p. 8 ss.p

contrapposti, equilibrata in quanto disciplinata dal principio di parità sostanziale: «parametro alla stregua del quale vanno risolti i conflitti di interessi»⁷⁰.

Ma proprio questo raggio di azione sembra oramai irrimediabilmente ridimensionato, complice non a caso la progressiva emarginazione del lavoro in quanto motore del conflitto sociale. Questa non può peraltro essere considerata una evoluzione naturale di vicende sulle quali non si sono esercitati pesanti condizionamenti: la neutralizzazione del conflitto sociale si è ottenuta attraverso la spolticizzazione dell'ordine economico alimentata e presidiata dalla costruzione europea. È stata del resto esplicitamente concepita come il dispositivo attraverso il quale si è apertamente voluto imporre di «ripensare in profondità le leggi con le quali si è realizzato in Italia il cosiddetto Stato sociale» e di rimpiazzarlo con lo «Stato minimo»⁷¹.

Solo a queste condizioni si è potuto procedere allo sfregio della Carta fondamentale con l'accoglimento in essa di massime allineate all'ortodossia neoliberale, e nel contempo tradire quanto ancora testimonia il suo essere espressione del costituzionalismo democratico e sociale. Il tutto esemplificato al meglio dall'introduzione del principio del pareggio di bilancio di bilancio⁷², oltretutto per un eccesso di zelo e dunque in virtù di quella sindrome di Stoccolma cui abbiamo già fatto riferimento: l'Unione europea si era limitata a chiedere l'introduzione di cui parliamo con «disposizioni vincolanti e di natura permanente preferibilmente costituzionale»⁷³.

Il principio in discorso, rendendo impraticabile la traduzione in scelte politiche conseguenti degli esiti del conflitto sociale, altera a tal punto l'essenza keynesiana della Carta fondamentale, che secondo alcuni ben potrebbe fondare un ricorso ai controllimiti⁷⁴. Questi, però,

⁷⁰ C. VARRONE, *Uso alternativo del diritto privato e attuazione della Costituzione*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, vol. 2, Roma e Bari, 1973, p. 187.

⁷¹ G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana* (1993), Roma e Bari, 1996, pp. 432 ss.

⁷² Sebbene sotto le mentite spoglie dell'equilibrio di bilancio, come notoriamente affermato dall'art. 81 Cost. così come modificato dalla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1.

⁷³ Art. 3 Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria del 2 marzo 2012.

⁷⁴ O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in

sono notoriamente attivati unicamente per vicende di altro tipo: per contestare la prevalenza del diritto europeo sul diritto italiano in ordine a questioni sostanzialmente irrilevanti per il governo dell'ordine economico⁷⁵. Ma non è questo il punto: come abbiamo detto, la Costituzione italiana non è più espressione del costituzionalismo democratico e sociale o se si preferisce quest'ultimo si è affiancato a un costituzionalismo neoliberale come motivo ispiratore di fondo. Il tutto con il contributo non trascurabile del Titolo V, la cui riforma ha creato le basi per uno svuotamento dal basso del potere statale speculare rispetto a quello dall'alto realizzato attraverso la costruzione europea.

Insomma, la Costituzione italiana da tempo non può essere considerata «la più bella del mondo»⁷⁶, come si usa dire con una formula tanto suggestiva quanto forse evocativa di un passato glorioso, ma non certo esemplificativa di un presente di tutt'altro segno.

8. *Segue: sul costituzionalismo critico e le sue possibilità*

Se così stanno le cose, recuperare la «dimensione storico critica» del positivismo, per affermare che «oltre al dato posto dal legislatore c'è il contesto entro cui opera il diritto», rischia di non essere sufficiente⁷⁷. Nel tempo, infatti, è divenuto un contesto diverso da quello che ha ispirato la nascita della Costituzione italiana: è oramai distante da essa e lo è in modo che è difficile non reputare permanente e consolidato.

Neppure ci si può appellare a un «realismo critico» per valorizzare «il senso delle parole» e in particolare per negare la qualificazione di democratico a un ordine politico che, per un verso, riconosce la «derivazione popolare del potere» e, per un altro, alimenta una «progressiva verticalizzazione del potere nelle mani degli esecutivi senza la previsione di contrappesi»⁷⁸. Giacché il problema di fondo non è tanto il

Quaderni costituzionali, 2016, pp. 455 ss.

⁷⁵ Citazioni in A. SOMMA, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, pp. 101 ss.

⁷⁶ Ad es. B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista Aic*, 2022, 2, pp. 142 ss.

⁷⁷ G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, 2024, 3, pp. 11 ss.

⁷⁸ *Ivi*, pp. 8 s.

fenomeno in discorso, che pure è preoccupante, bensì lo svuotamento delle prerogative statuali per effetto di un vincolo esterno che ha reso effimero il potere dei governi nazionali, per quanto accentrato: il vincolo rappresentato dalla costruzione europea realizzata secondo quanto abbiamo visto essere il federalismo di matrice hayekiana. Segno del suo costituire una storia di successo e non anche, come pure si ama dire, una entità incompleta pronta a evolvere in forme tali da superare quanto si percepisce ora come una mancanza⁷⁹.

Il tutto mentre la contrarietà a Costituzione del vincolo esterno la accompagna fin dalla sua nascita. Si sa invero che la principale disposizione richiamata come base giuridica per l'appartenenza alla costruzione europea non può a ben vedere assolvere a una simile funzione. L'articolo 11 è stato scritto per fondare l'adesione alle Nazioni Unite e difatti concerne la limitazione ma non anche la cessione di sovranità⁸⁰, oltretutto a favore di un ente sorto per tutelare la pace e la giustizia tra le nazioni e non anche per realizzare tra esse una unione economica. Inoltre la limitazione in discorso deve avvenire in condizioni di parità, e per molti aspetti la costruzione europea si è sviluppata all'ombra di crescenti frizioni tra entità impari, come sono in particolare le frizioni che oppongono gli Stati debitori agli Stati creditori⁸¹.

Ma non è tutto. Il conflitto sociale equilibrato può avvenire solo entro un contesto nel quale si riconosce un'autorità attrezzata a redistribuire le relative armi, e solo nell'ambito di una comunità capace di tradurne l'esito in scelte concernenti la redistribuzione delle risorse. E in questa fase storica ciò può avvenire solo a livello statale, posto che il livello sovranazionale è concepito esattamente come strumento volto a neutralizzare il conflitto sociale, e comunque a disinnescare eventuali esiti redistributivi per il solo fatto di essere relativi a comunità entro cui non si conoscono vincoli solidaristici. Di qui l'assenza di spazi per

⁷⁹ Cfr. A. SOMMA, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile*, cit., pp. 161 ss.

⁸⁰ G. BASCHERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA e C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana*, Firenze, 1949, p. 41.

⁸¹ Per tutti A. GUAZZAROTTI, *Sub Art. 11*, in F. CLEMENTI et al. (a cura di), *La Costituzione italiana*, vol. 1, Bologna, 2018, p. 81.

essere «dalla parte dei diritti dei subalterni»⁸² e ottenere la loro tutela in un contesto diverso da quello nazionale: non certo per un pregiudizio nazionalista, speculare peraltro rispetto a un sovranazionalismo ideologico, ma semplicemente perché al contesto in discorso non vi sono alternative. Almeno per ora.

Se così stanno le cose, il costituzionalismo critico dovrebbe innanzi tutto porre il superamento del vincolo esterno come obiettivo centrale da perseguire, o se si preferisce il vincolo interno come perno attorno a cui sviluppare la propria riflessione. Con la precisazione che il vincolo interno non è rappresentato solo dai principi costituzionali, che come abbiamo detto comprendono oramai massime di ispirazione neoliberale⁸³. Esso concerne soprattutto il ripristino delle condizioni di un conflitto sociale equilibrato nella sua essenza di fondamento ineliminabile del costituzionalismo democratico e sociale, o più precisamente di un ritorno a questo tipo di costituzionalismo.

Altrimenti detto, per riparare il costituzionalismo guastato dall'ortodossia neoliberale non si può procedere come si reputa di poter fare con il diritto privato. Per quest'ultimo si può anche rivendicare la capacità di alimentare «discorsi di resistenza»⁸⁴, come avviene ad esempio da parte di coloro i quali rimediano all'inerzia del legislatore ricorrendo al contenzioso per promuovere istanze emancipatorie⁸⁵. Un simile uso del diritto pubblico appare invece difficilmente ipotizzabile dal momento che attiene al comportamento dei pubblici poteri, il cui comportamento è più efficacemente orientabile all'esito di dinamiche attivate attraverso le molte modalità attraverso cui si esprime la partecipazione democratica.

Di qui il senso del recupero della dimensione politica del diritto, che discende dal riconoscimento che la riscoperta del conflitto può riattivare il costituzionalismo come controllo sull'esercizio del potere. Di

⁸² G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, cit., p. 20.

⁸³ G. PRETEROSS, *Stato incostituzionale e vincolo esterno assoluto*, in *La fionda*, 2024, 2, pp. 7 ss.

⁸⁴ G. MARINI, *Trasformare la critica: diritti fondamentali, potere, conflitti sociali*, in A. SOMMA (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale*, cit., p. 282.

⁸⁵ Per tutti L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Torino, 2024.

qui l'invocazione a fondare su questo recupero il ripristino di una sintonia del giurista con i modelli di pensiero ricorrenti nell'ambiente in cui deve operare, a partire dalla quale ridefinire la propria legittimazione e in ultima analisi il proprio successo.

INTERVENTI

NOTE SUL METODO NELLO STUDIO
DEL DIRITTO PUBBLICO:
DIRITTO E POLITICA, COSTITUZIONE SCRITTA,
CONSTITUTIONAL MORALITY

FRANCESCO BILANCIA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Del permanente rischio di sovrapposizione tra morale, diritto e giustizia. – 3. La Costituzione e il problema dell'effettività. Il ruolo necessario del consenso popolare. – 4. Ancora sul rischio di sovrapposizione tra diritto e morale. – 5. L'indefettibile ruolo della comunità politica e l'essenzialità democratica della sovranità popolare.

1. *Premessa*

Al fine di giustificare l'orientamento tematico di queste brevi note sembra opportuno indicare, fin dalla premessa, alcuni elementi metodologici – non sembri un gioco di parole – utili proprio al fine di specificare che l'impostazione che si intende seguire muove proprio dal presupposto che le questioni evocate dal titolo non possono trovare un unico inquadramento teorico e che, per tale ragione, è sempre opportuno definire da subito alcune premesse stipulative. L'obiettivo di questa scelta consiste nel rendere evidenti fin dall'inizio quali siano i presupposti metodologici, quali gli oggetti di indagine che si intende privilegiare, quale sia il “punto di osservazione”¹ dal quale ci si intende

¹ Sulla questione della differenza tra il “punto di osservazione” da cui muove l'analisi, e il “punto di vista” culturale che orienta gli sviluppi del pensiero critico, per ciò stesso *normativo*, dovremo necessariamente tornare più avanti. Sul significato della seconda prospettiva, che presuppone però anche la consapevole collocazione dell'osservatore da uno specifico punto di osservazione, mi sembra esemplare l'approccio di Gianni Ferrara nell'*Editoriale* di presentazione del primo fascicolo della rivista *Costituzionalismo.it*, dal titolo *Le ragioni di una rivista nuova*, n. 1 del 2003, 5 febbraio 2003. Vi si legge della “proposizione di un punto di vista, che riteniamo di dover adottare come criterio di analisi, di elaborazione e di valutazione degli eventi, atti, rapporti, opere, che ineriscono al diritto costituzionale”, soprattutto per denunciare la crisi e la perdita di effettività dei denotati normativi di orientamento implicati dalla sovranità popolare, l'eguaglianza, la giustizia sociale, la stessa democrazia. Ho utilizzato in tal senso la medesima espressione nella *Avvertenza* che introduceva la prima edizione del mio *Corso di Diritto costituzionale*, Padova, 2008, laddove riferivo della “tensione per

porre, nella convinzione che la diversità di inquadramento teorico, di scelta del percorso tematico, lo stesso linguaggio e i concetti utilizzati, se non chiariti e convenzionalmente definiti a priori, renderebbero altrimenti impossibile o, almeno, molto difficile, il dialogo e il confronto tra impostazioni diverse o, più semplicemente, non allineate su oggetto, questioni, problemi, “punti di vista” prescelti².

Il titolo di questo contributo, inoltre, impone anche un secondo chiarimento, legato alla scelta della nota impostazione di Albert V. Dicey nel suo celebre saggio sulla Costituzione inglese³ con i riferimenti alla cd. *constitutional morality*⁴. In un sistema privo di costituzione scritta, infatti, la reazione alle eventuali violazioni dei precetti costituzionali, prima della evoluzione di questi in norme storicamente ricono-

un punto di vista...”, chiarendo che “Il metodo seguito... (è) contagiato dalla ideologia del costituzionalismo prescrittivo, con un occhio sempre attento alla materiale consistenza dei rapporti politico-sociali”. Il punto di vista interno di un pensiero che si assume come *normativo* in sé, cioè, viene descritto dal punto di osservazione esterno allo scenario analizzato.

² Mi è di soccorso quanto denunciato da G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, fin dalle primissime pagine, forse proprio con l'intento di comporre un terreno comune di riflessione critica che muova dai punti di vista, e quindi dal linguaggio, che non sarebbe possibile condividere se non attraverso la rivelazione delle proprie premesse teoriche. A volte le difficoltà di confronto derivano dal fatto che i diversi interlocutori, semplicemente, osservano oggetti differenti. Sulle questioni di fondo e, di nuovo, per la prospettiva di un impegno metodologico *normativo*, già ID., *Le ragioni per un impegno nuovo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2003; e, più di recente in ID., *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2024, Parte II, pp. 1 ss. La questione del “punto di vista” del giurista quale osservatore dei fenomeni indagati, come noto, è al centro della riflessione sul metodo di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, (OUP, 1961), tr. it. a cura di M.A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino (1965), 2002, spec. pp. 4 s., 105 ss., 116 s., 118 ss. Sull'argomento, altresì, J. HABERMAS, *Recht und Moral*, (Tanner Lectures 1986), Frankfurt a M., 1992, tr. it. a cura di L. Ceppa, Torino, 2007, p. 21, con riferimenti anche “alla distorsione del diritto avvenuta durante il periodo nazista”, su cui più diffusamente *infra*; ID., J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1992, tr. it. di L. CEPPA, *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013, p. 14 s.

³ *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (1908), 2nd ed. 1915 con l'aggiunta di un'Introduzione a seguito dell'approvazione del Parliament act del 1911, rist., Indianapolis, 1982.

⁴ Ne ho riferito diffusamente nel mio *Sovranità*, “Di alcune grandi categorie del Diritto costituzionale: Sovranità Rappresentanza Territorio”, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2017, spec. pp. 10 ss.

scibili mediante la configurazione di esse come *constitutional conventions*, avrebbe appunto assunto la consistenza nella sfera pubblica di veri e propri giudizi di *immoralità*. Soprattutto, data la premessa della indiscutibile sovranità parlamentare, con riferimento all'esercizio delle prerogative regie – quindi di governo⁵ – in direzioni non conformi ai presupposti giuridici di correttezza istituzionale. Con questi riferimenti tentando, così, di fare emergere in poche righe e fin da subito l'essenziale difficoltà di conciliare tra loro costituzione, diritto e morale⁶, secondo quegli approcci che proprio in quest'ultima dicotomia, e da diversi punti di vista, risolvono la definizione dell'indissolubile dilemma del metodo nello studio del diritto. Ecco, forse, potremo già dirci soddisfatti se, al termine di queste riflessioni, saremo riusciti almeno a definire il problema, i problemi, latenti in ogni analisi critica dei presupposti metodologici e delle differenze tra posizioni nello studio del diritto.

L'utilizzo dell'impostazione metodologica elaborata da Dicey in un contesto politico-istituzionale privo di costituzione scritta, infatti, dissvela immediatamente l'essenzialità della relazione tra diritto e morale, o tra diritto e politica, imponendo alla riflessione scientifica la necessità di isolare il *quid proprium* del fenomeno giuridico. Per orientare soltanto in seguito la riflessione critica sulle dinamiche osservate. Anticipando in parte le conclusioni, infatti, una volta rilevata la consistenza oggettiva della giuridicità nel momento storico dato, altra è la questione di esercitare motivatamente la professione di un atteggiamento culturale critico che non si isterilisca “nella contemplazione dell'esistente, già di per sé disdicevole perché ne è l'accettazione passiva e non può che risolversi poi nella sua apologia, che è l'apologia del potere”⁷. Come

⁵ Così Dicey, letteralmente, “*This system opposes unconstitutional legislation by means of moral sanctions, which resolve themselves into the influence of public sentiment*”, *op. ult. cit.*, pp. 124, 245 ss. Sul significato delle espressioni *sentiment, engagement* e, soprattutto, *opinion* in David Hume, all'emergere del “moderno” e, quindi, di una posizione di responsabile consapevolezza da parte dell'individuo nel contesto sociale e politico che seguì la caduta del principio di trascendenza torneremo più avanti.

⁶ Bastino i riferimenti alle riflessioni e ai problemi emergenti, ad esempio, dagli studi di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., spec. pp. 185 ss., 216 ss.; e J. HABERMAS, *Recht und Moral*, (Tanner Lectures 1986), cit., spec. pp. 5 ss.

⁷ Così espressamente G. FERRARA, *Le ragioni*, cit., p. 3.

avremo modo di chiarire in conclusione, infatti, oggi è essenziale recuperare il valore della dimensione umana, personale, di partecipazione diretta dell'individuo nella dimensione democratica in seno al sistema istituzionale della produzione giuridica, dovendosi all'opposto rifiutare, con la crisi della modernità, "una storia politico-sociale trascendente la volontà e l'azione umana"⁸; soprattutto dopo aver sperimentato nella storia contemporanea il successo della sovranità popolare, riuscita nell'intento di radicare nella dimensione dell'immanenza il fondamento di legittimità della politica e del diritto, come conseguenza della caduta del principio di trascendenza divina.

In questa prospettiva assume, pertanto, rilievo la questione del punto di osservazione e, di conseguenza, dell'oggetto osservato. Muovendo dall'ausilio rivelatore della nozione anglosassone di *constitutional morality* al fine di illuminare i confini tra diritto e morale (o diritto e politica) è possibile così osservare nella sua consistenza essenziale il *diritto*. Quest'ultimo assunto, però, non in astratto ma in relazione ad una determinata comunità politica, per dedurre dal principio di legittimità democratica il fondamento e la sostanziale rilevanza della forma legale quale connotato essenziale del fenomeno giuridico⁹. Processo analitico al quale è possibile accedere individuando proprio nella relazione tra forma legale e democrazia, tra giuridicità e sovranità popolare, la sfidante questione metodologica, questione alla quale intendiamo qui dedicarci proprio in questa prospettiva.

2. *Del permanente rischio di sovrapposizione tra morale, diritto e giustizia*

Della storica impostazione metodologica della *dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen possiamo dare per presupposti gli elementi essenziali, in particolare, per quel che qui più interessa – e per ritornare sulla questione da altro punto di vista – vale a dire la distinzione tra diritto e

⁸ *Op. ult. cit.*, p. 2.

⁹ La nostra riflessione assume ad oggetto il fenomeno giuridico proprio delle società ispirate – e conformate – da costituzioni democratiche ed è pertanto essenzialmente orientata alla osservazione di questo specifico contesto tematico.

morale¹⁰. Come vedremo riprendendo la ricostruzione teorica di Hart, infatti, questa distinzione tra diritto e morale, o tra diritto e giustizia, così come le riflessioni articolabili lungo la linea dicotomica tra diritto e politica, consentono di definire, almeno astrattamente, un confine tra la forma legale, quale esito prodotto degli sviluppi di un procedimento giuridicamente disciplinato dell'atto normativo¹¹, e la scelta politica che costituisce il contenuto della norma, sì positivizzata, ma appartenente alla sfera del merito politico (al contesto dei *morals*, per i giuristi anglosassoni). Come lontano riflesso del diritto naturale, infatti, nella dimensione sociale è spesso più evocativa del senso di giustizia la soluzione normativa dedotta nel contenuto del testo, che la forma legale di questo. Con la conseguenza, però, di confondere così il merito di una questione, il prendere posizione nella contesa giuridica secondo l'opzione prevalsa nel conflitto deliberativo in relazione al contenuto della norma, invece di dar rilievo al metodo mediante il quale tale soluzione sia giunta ad affermazione, il procedimento giuridico conformemente seguito nel rispetto del parametro legale-formale¹².

Non per dar rilievo a qualsivoglia sequenza procedimentale quale fondamento del percorso di adozione di una decisione politicamente rilevante, ma riferendoci a un procedimento legale democraticamente ispirato dal principio dell'essenzialità del voto libero, consapevole ed eguale, quale atto costituzionale dalla struttura deliberativa propria e qualificata dall'inquadramento normativo di un ordinamento democratico-rappresentativo, plurale¹³ e conflittuale. Mettendo, pertanto, in ri-

¹⁰ Muovo dalla prima edizione del saggio, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Wien, 1934), tr. it. con il titolo di *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, spec. pp. 47 ss., 56 ss., con *Prefazione* di Renato Treves, p. 21 per i riferimenti espressi alla ripubblicazione con il consenso dell'autore e con tale titolo della prima edizione.

¹¹ Come è noto questo approccio può non di rado condurre a estremizzazioni formalistiche – v., esemplarmente, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998 – essenziali nello studio del diritto, ma di più difficile inquadramento metodologico nel contesto valutativo proprio dei regimi a costituzione scritta, che assorbono nel diritto positivo anche i valori e i principi del costituzionalismo, a loro volta normativizzati in atti giuridici formali, seppur di origine filosofica. Rinvio all'impianto di fondo della teorica di G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Roma, 2006.

¹² G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, pp. 5 ss.

¹³ *Op. loc. ult. cit.*

gorosa sequenza gli elementi essenziali della centralità della sovranità popolare e dell'esercizio delle relative attribuzioni mediante procedure e forme legali, starei per dire appunto, "nelle forme e nei limiti della Costituzione". Ragionamento che sposta i denotati della positività, se vogliamo del positivismo, sul piano della normatività costituzionale, in un contesto di costituzione scritta, democratica e pluralista, a sua volta orientata da un progetto vincolante di trasformazione economico-sociale. Una costituzione che reca in sé la positivizzazione del principio di eguaglianza sostanziale¹⁴, attribuendo un tasso di normatività alla giustizia sociale, non affidata però alla creatività dell'interprete, ma delineata in specifiche disposizioni testuali, anch'esse sottoposte a vincoli giuridici di trattamento¹⁵ propri, secondo la loro natura di disposizioni normative costituzionali¹⁶.

Un nuovo positivismo, quindi, che assuma la prescrittività costituzionale quale orientamento e limite dell'interpretazione giuridica, perché soltanto entro limiti dati si ammetta la possibilità di esercizio di un approccio "valutativo" del dato normativo positivo ordinario¹⁷. Questa prospettiva reca con sé la delicata sfida di contenere le tensioni tra istanze democratiche e costituzione scritta e rigida, relazione che comporta una riconsiderazione anche del fondamento stesso della legalità, ponendo al centro della riflessione la questione della Costitu-

¹⁴ Rinvio a quanto in proposito in precedenza ritenuto in *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2010.

¹⁵ Questa prospettiva coinvolge la fondamentale tematica della legittimazione della giustizia costituzionale, soprattutto nei sistemi a sindacato accentrato. È uno dei temi affrontati con meditato spirito critico da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, spec. pp. 98 ss., 152 ss., 181 ss. Una esemplare ricostruzione del dibattito e delle questioni teoriche sottostanti, con un'attenta analisi nella dottrina, tra i molti, dei celebri lavori di Mezzanotte e Nania, in F. SAIITO, *Legittimazione della giustizia costituzionale e deferenza verso gli organi di indirizzo politico*, in *il Filangieri, Quaderno* 2024, p. 3 ss., spec. pp. 8 s., 35 ss.

¹⁶ Fin da Corte cost. n. 1 del 1956.

¹⁷ Come osserva, infatti, Gianni Ferrara, "Crediamo nel metodo del positivismo giuridico (nelle diverse declinazioni che storicamente ha assunto) come necessità prioritaria di analisi e di ricostruzione degli istituti e dei sistemi normativi. Ma lo crediamo insufficiente, almeno nell'attuale fase storica. Insufficiente e pericoloso per il costituzionalismo", proprio con l'intento di denunciare il "pericolo di un «giuridico» svincolato dalle domande della democrazia", *Le ragioni*, cit., loc. cit.

zione e della sua prescrittività, proprio laddove configuri un limite alla democrazia e alle sue istanze¹⁸.

Il che riporta al centro la questione del metodo, la rilevanza del rispetto della essenza profonda della giuridicità perché non prevalgano letture ideologiche e politicamente imposte, perché non si asseconi la tendenza alla pretesa dominante del politico, del soggettivismo, della forza del regime al potere. Qui, se vogliamo, si ritrovano le dicotomie del tempo presente, le radici profonde del populismo e del sovranismo in quella specifica declinazione teorica che pretende che nessun limite legale possa essere opposto alla sovranità popolare¹⁹, nella configurazione che di tale categoria sia assunta dal titolare della funzione di governo, dalla matrice istituzionalizzata del potere politico.

Questa specifica cautela è essenziale al fine di contrastare un ritorno della teoria della costituzione materiale, come costituzione fondamentale, quale strumento cioè di riequilibrio delle spinte dinamiche del mutamento costituzionale, asseritamente di matrice democratica, ma in realtà utilizzate strumentalmente quale grimaldello per scardinare il valore normativo della Costituzione²⁰. Questo è il processo che finisce con l'identificarsi in una vera e propria opposizione a tale valore normativo, considerato quale limite al movimento futuro dell'ordinamento agito dal potere sovrano (democratico?), alla forza frenante di una costituzione che sempre più viene considerata ideologicamente orientata, e in quanto documento politicamente contaminato, ritenuto

¹⁸ Della crescente tensione tra democrazia e costituzionalismo nel dibattito pubblico, nella dottrina politica, nella teoria del diritto e nella dimensione comparata si occupa, di recente, M. FICHERA, *The EU and Constitutional Time. The Significance of Time in Constitutional Change*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2023. Sul punto, ancora, F. SAITTO, *Legittimazione della giustizia costituzionale*, cit., pp. 38 s. Da questo lavoro emerge, inoltre, la rilevanza delle riflessioni di R. NANIA, *Su alcune questioni di metodo nell'insegnamento del diritto pubblico*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2 del 2014, pp. 1 ss., per quanto qui di interesse spec. 4 e, anche con riferimento a quanto oltre nel testo, p. 6 s.

¹⁹ Sia consentito il rinvio alle considerazioni formulate in *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato. Rivista semestrale di Scienza costituzionale e teoria del diritto*, n. 10/2018, pp. 341 ss.

²⁰ Si vedano, in proposito, le riflessioni di C. PINELLI, *La costituzione in senso materiale di Costantino Mortati*, in Id., *Costituzionalisti del Novecento*, Macerata, 2024, pp. 133 ss., spec. 137 ss.; sono grato a Francesco Saitto per aver richiamato la mia attenzione su questo saggio.

non più in linea con il regime al potere. È la ragione che deve spingere a ridare forza al denotato della prescrittività del tessuto normativo della Costituzione, alla normatività della forma, perché nel rispetto della legalità procedurale si recuperi il valore normativo profondo anche dei principi e dei valori in essa positivizzati. Soltanto in tal modo potendosi recuperare la forza legittimante dell'attitudine di *riconoscimento* quale categoria della legittimità dell'ordinamento, usando Hart, oltre Hart, per sostituire alla essenziale legittimazione propria, ma esclusiva, dei funzionari, dei giudici e dei professionisti del diritto, una più diffusa attitudine di riconoscimento radicata nella stessa comunità politica. Un ossequio alla giuridicità della Costituzione che muova dal rispetto delle sue forme legali, per condurre poi il consenso popolare legittimante anche sui contenuti di merito di tale strumento di chiusura dell'ordinamento²¹.

Così aprando al necessario legame tra volontà popolare e legalità costituzionale, argomento al quale dedicheremo ora alcune ulteriori riflessioni.

3. *La Costituzione e il problema dell'effettività. Il ruolo necessario del consenso popolare*

La professata opzione di metodo che ancora la nostra prospettiva di analisi al concetto di *validità* quale fondamento di legittimità dell'ordinamento e della Costituzione, orienta la nostra riflessione oltre la comoda strategia di ricorrere alla mera forza quale criterio di orientamento giuridico. Questa specifica professione del fondamento del "punto di vista" che si assume è particolarmente importante proprio nel momento presente, a fronte della tendenza, su scala europea e mondiale, ad attribuire un ruolo dominante alla sola forza conformativa del potere di governo, legittimato dalla spinta inerziale di un voto di mera

²¹ Insieme a S. Civitarese Matteucci, abbiamo provato a rideclinare il senso della teoria della "costituzione materiale" per accentuare l'inscindibile nesso tra forme legali e consenso popolare democratico, rivisitando perciò il senso profondo del ruolo della "norma di riconoscimento" di Hart in *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, in M. GOLDONI, M.A. WILKINSON (eds.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge 2023, pp. 233 ss.

investitura²². Come chiariremo in chiusura, l'essenziale riferimento al popolo e alla sua forza legittimante, che dall'avvento della *modernità* orienta il pensiero politico e la cultura giuridica ispirati dai valori del costituzionalismo, addirittura contaminando la *Restaurazione* in Europa dopo la sconfitta di Napoleone e la caduta del regime rivoluzionario del 1789²³, sta o cade unitamente alla costituzione democratica, alla legalità formale, alla *rule of law*.

L'attenzione deve pertanto ora concentrarsi sull'effettività della Costituzione, intesa come documento fondativo dell'ordinamento, nonché come specifica origine giuspolitica e fondamento dell'ordine repubblicano italiano del 1948. Effettività da misurarsi in diverse prospettive, riferendosi ai valori e ai principi di regime costituzionale incarnati nel testo²⁴; alla tenuta delle forme legali alle quali essa affida l'esercizio della sovranità popolare²⁵; alla lealtà delle forze politiche dominanti nei confronti del ruolo di chiusura e delle prescrizioni normative di

²² Rinvio al dibattito e ai sostanziosi saggi raccolti nel volume AA.VV., *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, *Costituzionalismo.it*, Quaderno n. 5, Napoli, 2024, volume peraltro pubblicato prima dell'elezione alla carica di 47° Presidente degli Stati Uniti d'America (2025) di Donald Trump; prima quindi dei sorprendenti atti eversivi dell'ordine costituzionale e della *rule of law* adottati dalla nuova presidenza nei soli primi mesi dall'assunzione dell'incarico, un florilegio dei quali è riportato nell'efficace commento critico di K.L. SCHEPPELE, *Trump's Counter-Constitution. "He who saves his Country does not violate any Law"*, in *Verfassungsblog*, 21/2/2025.

²³ Con il Congresso di Vienna e la restaurazione delle monarchie in Europa non tutto degli ideali rivoluzionari andò perduto, come noto. Come ci ricorda, nel suo splendido saggio, R. CALASSO, *La rovina di Kasch*, Milano, 1994, pp. 54 s., durante "il Congresso di Vienna... l'oggetto delle trattative" fu "il restauro della sovranità monarchica", e "per la prima volta in un incontro di potenti occidentali, ci si preoccupa del consenso dei popoli".

²⁴ Sul punto è bene chiarire che non si ritiene condivisibile la tesi che, in quanto "principi", i contenuti normativi della Costituzione si risolvano in principi morali, S. CIVITARESE, *Intervento in Il futuro del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 del 224, p. 22, non riconoscendo quindi valore alla loro positivizzazione *normativa*. V., *supra*, quanto ritenuto invece da Gianni Ferrara, *La Costituzione*, cit.

²⁵ Si pensi soltanto alla caduta di effettività del procedimento legislativo e alla perdita di prescrittività di fatto delle disposizioni di cui agli artt. 72 ss. Cost., con riferimento alla struttura bicamerale del procedimento; al ruolo delle commissioni parlamentari; al potere di emendamento dei singoli componenti delle Camere; alla effettiva partecipazione di questi a tutte le fasi di elaborazione e deliberazione dei testi in particolare, quanto alle leggi, al rispetto della disposizione che ne impone l'approvazione "articolo per articolo" e, soltanto in seguito, con votazione finale.

fondo di tale documento normativo. Consapevoli della scomparsa delle forze incarnate nei partiti della Assemblea costituente, scaturiti dal CNL e dalla lotta di *Liberazione*, è delle forze politiche e dei partiti contemporanei che si discute. Certi che in assenza di forza politica legittimante, in assenza di una sovranità attiva politicamente, non può confidarsi nella tenuta dell'ordine costituzionale²⁶.

Per questa ragione si ritiene rilevante riflettere sull'indispensabile connessione tra la Costituzione e il *riconoscimento* in essa della fonte normativa fondamentale. Riprendendo tesi già formulate altrove²⁷, pertanto, ci sembra importante insistere sulla relazione tra la legalità costituzionale e la costituzione materiale, assumendo di questa una declinazione democratica, una identificazione con la sovranità popolare, con il popolo, non quindi con il regime politico dominante. Da un lato, quindi, i principi costituzionali fondamentali, l'essenza della centralità della Costituzione; dall'altra un diffuso consenso popolare sulla posizione e sul ruolo di tale atto normativo fondamentale. Per individuare l'essenza della regola di *riconoscimento*, nel senso di Hart, nell'adesione convinta del popolo, dei singoli cittadini di cui all'art. 1 della Costituzione, alla legalità costituzionale, alla concezione (politicamente fondata) della normatività di tale relazione di identificazione e riconoscimento. Uno stabile, consapevole consenso ritenuto e manifestato da parte dei cittadini²⁸, individualmente e collettivamente, sull'essenza e il valore della Costituzione, del diritto quale matrice dell'ordine costituzionale.

Nei sistemi costituzionali contemporanei, pluralisti e conflittuali, questo forte legame di legittimazione non può che radicarsi in ossequio al rispetto delle disposizioni che disciplinano, in particolare, lo svolgimento delle fasi e delle azioni della democrazia costituzionale, le regole sostantive e procedurali che definiscono i processi deliberativi²⁹ per

²⁶ F. BILANCIA, *Sovranità*, cit., spec. pp. 31 ss., 38 ss.

²⁷ F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, cit.

²⁸ Intesi, si ripete, a differenza di quanto ritenuto da Hart, come le persone comuni, starei per dire i "tutti" di cui all'art. 49 della Costituzione, non soltanto i giuristi e gli "addetti ai lavori" (giudici, avvocati, funzionari, esponenti della classe politica).

²⁹ G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, spec. pp. 3 ss., 216 ss., soprattutto per l'inquadramento/contenimento della c.d. "soluzione procedurale dei conflitti" nella necessaria dimensione sociale del diritto, nella concretezza della "dialettica sociale".

ricondurli alla volontà delle istituzioni rappresentative³⁰. Ferma, pertanto, la prescrittività delle disposizioni costituzionali, anche di quelle relative ai caratteri e ai principi dell'ordinamento democratico-sociale e di garanzia dei diritti di libertà e di eguaglianza, il cuore di questa relazione di *riconoscimento* deve ancorare al consenso popolare soprattutto le forme legali dei processi decisionali, prima ancora che non i valori, i contenuti politici delle sintesi di principi e interessi³¹; e, certamente, comunque non la volontà politica delle forze dominanti assunta a riferimento normativo. Una relazione essenziale, quella tra normatività della Costituzione e realtà sociale, purché non si dia legittimazione alla incerta via dell'interpretativismo giudiziale, all'uso di valori, principi, e diritti quale bagaglio di riferimento per il dominio di instabili soluzioni giurisprudenziali, che se ammissibili in riferimento ai cd. casi difficili, privi quindi di fattispecie, rischia di aprire la strada, in seno alla vita ordinaria dell'ordinamento, a pericolose forme di soggettivismo.

Questa è una delle più importanti cautele da assumere e professare affinché l'insistenza sulla normatività della Costituzione non ridondi in quelle forme di approccio analitico allo studio del diritto che del formalismo assumono il tratto più esasperato, quello del distacco dalla realtà sociale, quindi dai bisogni e dagli interessi dei consociati. Così aumentando le occasioni di quella deriva soggettivista³², già denunciata, che viaggia in direzione esattamente contraria alla necessaria procedimentalizzazione della sintesi e dell'assorbimento in decisioni, riconosciute da tutti, di tali conflitti, alle forme istituzionali della democrazia e della legalità formale condivisa.

Per restare ancora un istante sul significato e sui pericoli del *soggettivismo*, è forse opportuno richiamarne anche la declinazione che rende evidenza alle possibili derive autoritarie insite in tale approccio. Questa

³⁰ Seguendo l'insegnamento di G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., loc. cit.

³¹ Di quelle prospettive controfattuali e trasformative dell'esistente in cui si sostanzia il conflitto politico costituzionalmente legittimato, ma da condurre a sintesi mediante le forme legali delle procedure democratiche. Sul valore della legittimazione costituzionale del conflitto sociale e sulle prospettive di assorbimento di questo nell'ordinamento, tra volontà popolare e "sovranità della costituzione", ancora G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, cit., spec. pp. 275 ss.

³² Mi sembra proprio la preoccupazione che emerge, fin dalle prime pagine, dal saggio di M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit.

espressione è di norma utilizzata per esporre un'attitudine di critica alle derive solipsistiche e autopoietiche della formalizzazione esasperata del pensiero analitico, anche se in queste ultime una qualche dimensione pratica è comunque predicabile secondo le dottrine del costituzionalismo. Mi riferisco all'obiettivo, a ben vedere incarnante almeno una funzione costituzionale di "limite", volta a irretire e inquadrare le forme dell'arbitrio dell'interprete in un contesto dogmatico oggettivante, in un rigoroso linguaggio di logica giuridica che imponga un essenziale onere di argomentazione tecnica contro le fughe ideologiche del decisore. Ma esiste anche un'altra evidente conseguenza dell'apertura metodica al *soggettivismo*, quella che consiste nell'astrazione dei principi di regime, che li affranchi dal dato normativo positivizzato, in spregio allo stato di diritto e ai suoi principi. Una delle più frequenti cause della caduta della legalità costituzionale, infatti, risiede proprio nella pretesa non contrastata dell'autorità politica di ridefinire i contenuti della legalità, o addirittura sospenderne l'efficacia, con la sintesi della propria dottrina politica³³, attribuendo carattere *normativo* alla propria ideologia, così sostituendo la forza costituzionale dell'oggettività normativa con il volontarismo incontrollato.

Sia chiaro, rischi di volontarismo soggettivista sono insiti anche negli approcci di pensiero critico, ma di norma questi sono lealmente assistiti da una specifica forma di trasparente e dichiarata consapevolezza, né si nascondono dietro presunti elementi di fatto o valori asseritamente "oggettivi". I regimi autoritari, al contrario, agiscono esattamente seguendo questa modalità propagandistica, con l'ulteriore aggravante di avere la forza della coercizione a sostegno della propria contro-nar-

³³ Riferendo delle importanti riflessioni di B. RÜTHERS, *Die Unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1968), Tübingen, 2012; ID., *Ideologie und Recht im Systemwechsel. Ein Beitrag zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe*, München, 1992; ID., *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, 2014-2016, tr. it. di G. STELLA, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodo. Un saggio*, Modena, 2018, spec. pp. 45 ss., ne ho già trattato nel mio *I limiti alla revisione costituzionale. Cultura dominante, dogmatica giuridica e formalismo al cospetto dei mutamenti di regime*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1 del 2019, spec. pp. 3 ss. Sulla questione qui evocata resta insuperata la riflessione di E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1941), tr. it. dell'edizione tedesca del 1974 (*Der Doppelstaat*, Frankfurt a. M.-Köln), Torino, 1983, con *Introduzione* di Norberto Bobbio.

razione³⁴. Il che conduce alla rapida rottura di quell'indispensabile legame tra il consenso dell'individuo comune e l'effettività e la stabilità dell'ordine costituzionale in quanto fondato sulla legittimazione popolare. Tanto più aperta, plurale e conflittuale è invece la comunità politica di riferimento, tanto più essenzialmente legale-procedurale dovrà essere il fondamento del principio di legittimità, laddove valori, fini politici dell'ordinamento e scelte di merito compongano un magma conflittuale, che è proprio della democrazia in senso sostanziale.

4. Ancora sul rischio di sovrapposizione tra diritto e morale

Chiarito, almeno si spera, di non voler assumere un approccio di metodo che spezzi l'inscindibile nesso tra giuridicità dell'ordinamento e realtà sociale³⁵, possiamo quindi tornare a riflettere invece sulla necessaria distinzione tra diritto e morale (o politica)³⁶. La versione più attuale di questa dicotomia oppone le categorie del *diritto* e della *giustizia*, per ricomporre la relazione tra esse attraverso la mediazione del diritto stesso. Il bene e il male, il giusto e l'ingiusto, infatti, in assenza di una qualificazione normativa, così come del resto accade per l'opposizione uguaglianza-disuguaglianza, uguaglianza formale e giustizia sociale, rischiano di rimanere formule vuote, incomplete, se non vengono riempite di significato almeno per quanto attiene ai concetti di uguaglianza e differenza. Come osserva Hart, trattare "casi uguali in maniera uguale" è espressione sospesa se non si chiarisca cosa debba intendersi per "uguale"³⁷. Il che, peraltro, sposta poi il dilemma sul fronte dell'applicazione della norma, perché in astratto "somiglianze e

³⁴ Per una riflessione critica sulla pressione dei regimi autoritari addirittura in relazione alla fortuna di specifiche derive del metodo giuridico è esemplare la riflessione di K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (Berlino, 1960), tr. it. a cura di S. VENTURA, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1970.

³⁵ In riferimento alla interpretazione costituzionale è quasi scontato il rinvio ai saggi raccolti nel celebre volume a cura di N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, elaborati proprio in riferimento alla più ampia considerazione per i processi di contaminazione tra i testi normativi e i conflitti sociali emergenti all'attenzione dell'ordinamento, finalmente aperto all'attuazione costituzionale.

³⁶ Muoverò dalle riflessioni di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 186 ss.

³⁷ Ivi, p. 187.

differenze rilevanti fra individui, delle quali deve occuparsi la persona che applica il diritto, sono determinate dal diritto stesso”³⁸. Ma poi in concreto, come si vede, nel processo applicativo si aggiunge l’incognita dell’elemento personale, del ruolo dell’interprete/applicatore del diritto. In effetti, aggiunge Hart, di norma chi critica il diritto per la sua “ingiustizia” non si ferma al momento applicativo, perché giudica le leggi stesse come ingiuste o ingiuste³⁹. Il che chiude il cerchio nella sfera dell’indecidibile. “Differenze fondamentali nelle generali concezioni morali e politiche possono condurre a differenze e contrasti insanabili relativamente a quali caratteristiche degli esseri umani devono essere considerate rilevanti per la critica del diritto come ingiusto”⁴⁰.

Con il paradosso di dover ammettere che, in effetti, religione e morale – che di norma stabilizzano i regimi autoritari mediante l’ipostatizzazione di una propria soggettiva idea di giustizia del diritto – nel caso dei regimi democratici, aprendo la strada a processi valutativi plurali e tra loro equivalenti, in quanto non imposti con la forza dal potere ma espressione di libertà individuale, al contrario effetti destabilizzanti, proprio per l’ammettere alla soglia del giuridicamente rilevante qualunque potenziale posizione morale, o politica o, appunto, religiosa.

E allora ad ogni valutazione circa la “giustizia o ingiustizia di una legge si può ribattere con affermazioni contrarie ispirate a una morale differente”⁴¹, o a una differente opzione politica, o religiosa. Considerazione che ci riporta dritti verso l’opzione autoritaria, laddove in una determinata società finiranno con l’opporvi una moralità sociale, condivisa, o imposta, o accettata dai più, e la morale individuale, potenzialmente contrastante o addirittura inconciliabile con la prima⁴². O, al contrario, per considerare la prima inconciliabile con la seconda, che verrà sopraffatta allora con l’uso della forza, al servizio della morale, della politica o della religione dominanti e non più esclusivamente del diritto. Si apre l’inquietante via dell’illegittimità delle idee, degli atti e dei comportamenti per contrasto con la morale dominante, non per la

³⁸ *Ivi.*, p. 188.

³⁹ *Ivi.*, p. 189.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ivi.*, p. 191.

⁴² *Ivi.*, p. 198.

violazione di norme di diritto. O, altrimenti detto, come osservato in apertura con riferimento al giudizio dei consociati sugli abusi delle prerogative da parte del potere nel regime anglosassone senza costituzione scritta – la *constitutional morality* di Dicey – con riferimento alle azioni degli individui, e alle convinzioni e alle idee di ciascuno, si darà rilievo al valore morale degli obblighi, a un'idea di diritto “accettato come moralmente obbligatorio”⁴³, invece che prodotto dell'autorità legittima ai sensi della legalità formale costituzionale.

L'attenzione si sposta però così sul riconoscimento da parte dei consociati della legittimità dell'ordinamento non più per la scaturigine delle relative norme da procedure legali condivise, ma per i contenuti di valore delle norme, per i contenuti di giustizia, o morali, o religiosi dei comandi e delle prescrizioni. Per la loro aderenza alla volontà del potere, non per la loro qualificazione giuridica in base alle procedure legali. Processo che rapidamente travolgerà anche la prescrittività della Costituzione, delle sue forme e dei suoi contenuti di valore. Di questo ci occuperemo nel prossimo paragrafo, ma il quesito latente, a questo punto, non è più eludibile, ed è opportuno formularlo: “la stabilità degli ordinamenti giuridici dipende in parte da questi tipi di corrispondenza con la morale”⁴⁴? In questo quesito si delinea l'essenza della questione dei rapporti tra diritto e politica, già nella sua formulazione, lasciando da parte come in effetti meno rilevante la risposta possibile. Perché è già la domanda a illuminare per sé la questione⁴⁵. Con la necessaria consapevolezza che una delle opzioni apre il terreno al potere creativo degli interpreti, soprattutto dei giudici. Rendere, cioè, giustizia tra gli

⁴³ Ivi., pp. 236 s.

⁴⁴ Siamo di nuovo alla rilevanza, quale strumento essenziale di legittimazione, del contenuto di valore delle norme giuridiche, dei fatti, delle opzioni ideologiche e politiche delle soluzioni concrete, insomma, del merito, *merits*, *morals* e non più della giuridicità del diritto in base alle forme della sua produzione. Mi ero già occupato dell'opposizione di queste due prospettive ormai più di venticinque anni fa, nel mio *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, pp. 300 ss., al quale faccio rinvio soprattutto per la rilevanza della letteratura *ivi* richiamata.

⁴⁵ “Un concetto di diritto che ci permetta di distinguere l'invalidità di una legge dalla sua immoralità, ci mette in grado di vedere la complessità e varietà di queste diverse questioni; mentre un concetto ristretto di diritto che nega validità giuridica alle norme inique ci può impedire di vederle”, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 246.

interessi in conflitto in base a criteri sostanziali di valore, a principi morali, utili in quanto se condivisi “rendono accettabili le sentenze”⁴⁶.

Ma non si esce dall’orizzonte per cui, se si ritiene necessaria una connessione tra diritto e politica (morale), “la morale, con la quale il diritto deve conformarsi se vuole essere buono, consiste nella moralità accettata dal gruppo del cui diritto si tratta”⁴⁷, che deve perciò stesso assumere se stesso come omogeneo, identitario e quindi unitariamente “rappresentato” da un’autorità monocratica. Il diritto non è più, allora, nella disponibilità delle norme giuridiche sul cambiamento dei suoi contenuti mediante procedure legali democratiche, ma irrigidito in dati materiali sostanzialmente radicati nella società⁴⁸, nella parte dominante, tradizionale, escludente e più omogenea di essa. Peraltro, come visto più sopra, nei regimi autoritari questa visione viene spesso imposta con la costrizione attraverso la giuridificazione forzosa dei suoi contenuti in forme legali⁴⁹.

5. *L’indefettibile ruolo della comunità politica e l’essenzialità democratica della sovranità popolare*

Nella medesima dimensione problematica, opponendo moralità e positività del diritto, Jürgen Habermas pone la questione di come fondare, in senso inverso, la legittimità sulla legalità⁵⁰. Nella duplice intenzione di allontanarne la comprensione fenomenica da un lato dalla tradizione, che radica l’interpretazione e, in sostanza, la produzione giuridica su principi morali dati, i quali finiscono con il fungere da freno all’evoluzione normativa progettata e sostenuta dalle istituzioni democratiche, quindi congelando la stessa costituzione in un’idea trascendente e non disponibile alla sovranità popolare; e, dall’altro, da

⁴⁶ Ivi, pp. 238 s., soprattutto per i rilievi critici a fronte dei rischi che nei casi concreti possa anche accadere che quegli stessi valori siano, al contrario, violati o aggirati dall’attività normativa dei giudici.

⁴⁷ Ivi, p. 239.

⁴⁸ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., *Prefazione alla presente edizione italiana*, VII.

⁴⁹ Con il paradosso per cui “l’idea di un potere legislativo morale con la competenza di creare e mutare la morale, è ripugnante all’intera nozione di morale”, *op. ult. cit.*, p. 208, corsivo mio.

⁵⁰ *Recht und Moral*, (Tanner Lectures 1986), cit., pp. 5 ss., 20 s.

un'impostazione politica che al contrario consegna tutto nella disponibilità della legge, della produzione normativa delle istituzioni al potere, fossero anche democraticamente fondate, ma con ciò perdendo quelli che oggi qualificheremmo come valori dello stato di diritto, a partire dal senso del limite giuridico proprio delle costituzioni positive. In un caso sostenendo una teoria della de-formalizzazione del diritto, di nuovo attratto dal dominio della morale; nell'altro ad un'opprimente giuridificazione degenerativa, che nell'astrazione formalizzatrice⁵¹ chiuda ogni possibile ingresso agli interessi e ai bisogni individuali.

La conclusione è nota: secondo Habermas la "legalità può generare legittimità solo nella misura in cui l'ordinamento giuridico (...) dia una risposta al fabbisogno di giustificazione conseguente al farsi positivo del diritto", istituzionalizzando procedimenti decisionali ispirati dalla razionalità formale, ma che restino "*permeabili* ai discorsi morali"⁵². Di quest'ultima necessità daremo, qui, una lettura ispirata agli ideali democratici, di cui in poche righe richiameremo l'insorgenza nella formazione della cultura giuridica contemporanea. Non prima di aver però ribadito la nostra insistenza sull'essenziale ruolo legittimante della norma di *riconoscimento* quale fondamento delle fonti di produzione giuridica. Una norma che sia causa della legittimazione delle "norme secondarie", come definite dalla dottrina di Hart, tra le quali le norme sulla normazione, le norme sul mutamento del diritto, le norme sul regime giuridico degli atti normativi.

Il "governo delle leggi", secondo le categorie tradizionali, presuppone però una percezione, un radicamento popolare del concetto di "leggi", e del *riconoscimento* di tali atti come tali, come fonti normative in quanto adottate mediante una procedura legale anch'essa fondata sul *riconoscimento* da parte dei consociati della relativa struttura e funzione.

Un imprescindibile ruolo del popolo quindi, dei cittadini, dell'individuo comune quali fonte di identificazione della legalità formale, delle istituzioni giuridiche, delle procedure decisionali, degli atti qualificati dall'ordinamento come fonti del diritto.

Il che ci riporta al ruolo delle istituzioni, nella prospettiva del cit-

⁵¹ Ivi, pp. 20 s., 24 ss.

⁵² Ivi, pp. 32 s., corsivo nel testo.

tadino comune, del popolo, di come gli individui appartenenti alla comunità politica osservano, percepiscono, valutano e reagiscono all'attività dei pubblici poteri, all'emanazione dei relativi atti giuridici. Denis Galligan parla in proposito di sguardo, scrutinio, vigilanza, giudizio quali attitudini originate dalla prima emersione storica di forze sociali idonee a mettere in discussione, come pure a fornire consenso, al potere, definendo la sostanza profonda della legittimazione costituzionale di tali forze⁵³. Potremmo chiederci se questo rimandi a una qualche responsabilità nella percezione del proprio ruolo, nel senso comune, da parte del popolo, vista l'attuale situazione di crisi delle istituzioni democratiche e della partecipazione politica, i vari populismi e sovranismi che caratterizzano l'esperienza politica contemporanea, ma qui non potremo affrontare questa differente, seppur parallela, questione⁵⁴.

Ci interessano di più, invece, i riflessi sui processi di legittimazione costituzionale dell'attitudine del cittadino comune verso il potere, il ruolo di quello che Galligan qualifica come "the gaze of the People". Scrive, infatti: "The people's being able to gaze on leaders is a form of engagement, subtle but potentially effective, a form the leader finds hard to escape. Vigilance..."⁵⁵, quindi. Nel contesto della sua riflessione questo "vigilare" assume un ruolo centrale. Piuttosto che misurarsi con la tradizionale questione del se il popolo sia, o sia mai stato, il fondamento dell'autorità costituzionale, se questa sia emersione dell'esercizio della sovranità popolare, Galligan riflette sulla relazione del cittadino comune con l'autorità di governo, con il potere politico, attraverso un'analisi di quelle che noi chiameremmo le diverse forme di governo, le "forme costituzionali"⁵⁶.

Questa relazione ha subito, nella storia costituzionale, una profon-

⁵³ Mi riferisco all'ultimo lavoro, *Keepers of the Common Good. The People, Opinion, and the Social Foundations of Constitutional Authority*, Oxford, 2024, dal quale emerge una specifica forma lessicale per definire il ruolo del popolo, dell'individuo comune nell'emersione delle strutture costituzionali, "gaze", "vigilance", "engagement", "sentiment" e "opinion", qui con specifico riferimento a David Hume.

⁵⁴ D.J. GALLIGAN, *Keepers of the Common Good*, cit., in effetti, riferisce delle conseguenze degli appelli al popolo in ottica identitaria e del connesso rischio di "crossing the constitutional boundary".

⁵⁵ Ivi, p. 370.

⁵⁶ Ivi, pp. 235 ss.

da evoluzione, muovendo dalla mera sudditanza, all'acquiescenza; dal semplice potere di eleggere dei rappresentanti, ad una seppur sfumata più influente capacità politica di influenzarne le scelte⁵⁷. Da cui emerge una specifica teoria del concetto di "autorità costituzionale", in seno alla quale il popolo trova collocazione quale elemento costitutivo. Che porta l'autore a elaborare uno specifico linguaggio, che ridia senso alla contrapposizione tra *forma* e *sostanza*, alle nozioni di *autorità*, *opinione*, *umore politico/fiducia* ("sentiment"), *atteggiamento politico* e *attitudine ad agire*, *interessi*, etc.

Approccio critico che pone al centro della riflessione, nel proprio contesto storico-filosofico, le linee di fondo del pensiero di due importanti filosofi, ritenuti non a torto i fondatori del pensiero moderno, David Hume e Giambattista Vico. Si è spesso indugiato sulla tesi della contraddittorietà del pensiero di Hume⁵⁸, soprattutto a confronto con le lucide riflessioni di Hobbes del *Leviathan*. Forse però è più corretto soffermarsi sull'eccezionale originalità dell'approccio di tale studioso, non contraddittorio, ma capace di misurarsi con le contraddizioni dei suoi tempi, dovute alla rapidità delle trasformazioni culturali in corso quali conseguenza dei radicali mutamenti sociali e politici. Hume è un filosofo della transizione, testimone del passaggio da uno scenario ordinato, governato da schemi sociali strutturati stabilmente da un ambiente normativo di sintesi della poliarchia medievale, ad una realtà emergente caratterizzata invece da uno stato di sostanziale *disordine*, non ancora un nuovo ordine metodologicamente definito. Un sistema sociale nel quale, per la prima volta, gli individui venivano costretti dagli eventi, dalla necessità, a trovare una propria collocazione nella società. Una stagione di rinnovata consapevolezza, quindi⁵⁹.

⁵⁷ Ed è qui che emerge più forte il condizionamento del pensiero di Hume, laddove questa capacità di influenzare prende le forme di "sentiment and disposition; opinion, engagement, vigilance, scrutiny" e, infine, "censure", *op. cit.*, p. 74. "If government is to serve the people's well-being, the people need to be on the inside, able to exert influence on rule, keep it under watch, and hold it to account", ancora D.J. GALLIGAN, *Keepers*, p. 348.

⁵⁸ Rinvio alle stimolanti riflessioni critiche di L. COBBE, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, Macerata, 2014.

⁵⁹ Sono debitore, di nuovo, alla proposta ricostruttiva di cui al saggio di L. COBBE, *Il governo dell'opinione*, cit., spec. pp. 7 ss., 183 ss.

In questo contesto, infatti, l'opinione personale del singolo individuo, il proprio credo, assumeranno un significato dalle conseguenze storiche e politico-filosofiche senza precedenti⁶⁰. Un nuovo sistema sociale stava prendendo forma. Sistema nel quale le relazioni personali e sociali cominciarono ad assumere un ruolo cruciale, generando l'emersione di quell'*opinione* che, nel tempo, diverrà una categoria del potere politico. Così Galligan, indagando sulle conseguenze epocali della crisi costituzionale inglese degli anni 1646–1648, fase storica caratterizzata dalla dominanza degli elementi di *disordine*, in rottura della tradizionale stabilità delle forme istituzionali del sistema di governo misto, illumina l'importante novità del ruolo del popolo, degli individui comuni, quali protagonisti della storia a venire, in attesa della ritrovata stabilità che seguirà gli esiti della *Glorious Revolution*. Come ricordato da Cobbe, tra l'altro, Hume non aveva avuto il tempo di conoscere le trasformazioni culturali che saranno in seguito generate dalle Rivoluzioni americana e francese, eppure fu capace di cogliere i sintomi ed elaborare il ruolo da protagonista che una nuova idea di libertà individuale avrebbe di lì a poco proiettato sulle forme istituzionali, generando una stabilità emergente proprio dalla vibrante turbolenza delle trasformazioni in atto. Intuì che era in corso quella che, con le categorie contemporanee, avremmo chiamato una transizione, che qualificò ridefinendo le coordinate filosofiche e politiche per interpretare e qualificare i profondi mutamenti in corso di accadimento. Un momento di rottura, ma allo stesso tempo di evoluzione, nel corso del quale si sarebbe venuto definendo un nuovo ordine politico e istituzionale. Una trasformazione che Hume non si limitò a cogliere e descrivere, ma che contribuì a generare strutturandone le fondamenta teoriche.

Ma, come accennato, la riflessione di Galligan è fortemente orientata anche dal pensiero di Giambattista Vico⁶¹. Una ricostruzione ricca, meditata e perfettamente inquadrata nella sua riflessione sulle trasformazioni indotte dalla modernità sulla posizione e sul ruolo del popolo nella Costituzione. Non faremo espressi richiami agli innumerevoli

⁶⁰ Rimando alle considerazioni di D.J. GALLIGAN, *Keepers of the Common Good*, cit., soprattutto nella Parte I.

⁶¹ Ivi, spec. pp. 39 ss., ma *passim*.

spunti deducibili da un'analisi così ampia e dettagliata, limitandoci a pochi elementi utili a concludere queste brevi note sul metodo⁶². In primo luogo la relazione condizionante tra realtà e costruito di senso. Per come il portato di significato nella lettura della realtà sociale sia ricomposto ad opera della ridefinizione storica di essa e della sua narrazione. In questo contesto emerge il dato di mutamento più profondo, la radicale trasformazione di senso indotta dall'avvento del *moderno*. Il superamento della trascendenza quale fondamento del principio di legittimità, la sua sostituzione con l'orizzonte dell'immanenza, rechanano con sé un'idea di società non più governata per investitura dell'autorità divina ma per via dell'azione umana, dell'*opinione* quale matrice del *riconoscimento* e del consenso verso le istituzioni politiche e il loro diritto. Uno slittamento non soltanto materiale, politico e filosofico, ma altresì una riqualificazione semantica, mossa dalla separazione, evento di fondamentale novità, tra conoscenza e potere. La scoperta e la comprensione della realtà, finalmente, troveranno fondamento nel potenziale politico dell'umano, dell'individuo e non più nella verità rivelata dalla autorità religiosa che si fa politica attraverso la narrazione ufficiale sanzionata dall'autorità dello stato assoluto.

Una modernità, in effetti, fondata sulla ritrovata consapevolezza del proprio ruolo da parte di un'umanità che non è più convinta che la propria condizione terrena dipenda da Dio, e che forse il divino sia piuttosto indifferente a questa condizione. Un vero e proprio "punto di svolta", la creazione di un nuovo "punto di vista" sul mondo e sulla realtà politica, caratterizzati l'uno e l'altra dall'essenziale apporto di rinnovamento dell'individualità del soggetto, del proprio giudizio sulla società, sul governo della comunità e il suo diritto. Un'*opinione* il cui significato acquisisce una nuova centralità proprio perché la "conoscenza" stessa, presupposta in quanto *rivelata*, è entrata in un vortice di ontologica crisi. Nella storia del pensiero giuridico, per riportare nella nostra dimensione iniziale queste ultime considerazioni, queste

⁶² Per un'approfondita riflessione sul pensiero di Vico in chiave di letture fenomenologica del mutamento, con un approccio di matrice storico-materialistica e una costante attenzione al ruolo dell'umano, resta imprescindibile la lettura di G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, pp. 265 ss., 285 ss., 314 ss.

trasformazioni affiancheranno il parallelo indebolimento del formalismo astratto, argomento centrale nella prospettiva seguita, se soltanto si pensi alla circostanza che il riferimento culturale prevalente nell'analisi di Gianbattista Vico era stato il diritto romano⁶³.

Così giustificando anche i riferimenti dedicati, in apertura, alle tesi di Dicey sulla c.d. *constitutional morality*, che in questa prospettiva concorre a illuminare il valore del senso comune, del consenso popolare, dell'*opinion*, del rispetto da parte dei componenti della società politica, della comunità – almeno di quelli tra essi dotati di maturità e consapevolezza – nei confronti delle forme legali. In quanto il senso della legalità nell'opinione comune dota di legittimazione il sistema istituzionale e il suo diritto, quale esito della condivisione da parte di tutti del valore delle forme legali-costituzionali di esercizio dei poteri sovrani. Stiamo, cioè, alludendo a forme di consenso popolare non meramente indirizzate a sostenere le scelte di un *sovrano*, sia questo “dotato” o meno di investitura diretta, ma le regole formali, procedurali, il baluardo normativo a salvaguardia dei contenuti di valore della Costituzione. Sul presupposto che l'eguaglianza e la giustizia sociale abbiano una prospettiva, nella dimensione costituzionale, soltanto laddove sia assicurata la tenuta della legittimazione delle forme legali di esercizio del potere; una tenuta radicata nella società, se si voglia continuare a considerare imprescindibile, sul piano politico e giuridico, certo, ma anche su quello fattuale materiale, che il principio di legittimità si fondi proprio sulla sovranità popolare⁶⁴, sul consenso dei consociati, almeno a far data dall'affermazione dei caratteri essenziali della *modernità*.

⁶³ Non sembra superfluo ricordare che *La Scienza Nuova* di Vico (Le tre edizioni del 1725, 1730, e 1744 sono ora pubblicate a cura di M. Sanna e V. Vitiello, con un approfondito *Saggio introduttivo* di quest'ultimo che muove proprio dal “concetto di moderno”, per i tipi di Bompiani, Milano, 2013), è stata scritta in italiano, abbandonando la tradizionale lingua dell'accademia. Questo slittamento linguistico ha concorso a rinforzare la separazione tra filosofia e filologia, un punto che Denis Galligan ha acutamente segnalato nella sua analisi. Oltre a ribadire la rilevanza della centralità del linguaggio, e l'emersione di una nuova lingua della scienza.

⁶⁴ Come già rilevato in F. BILANCIA, *Sovranità*, cit., pp. 10 ss., 38 ss.; F. BILANCIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *The Material Constitution and the Rule of Recognition*, cit., spec. pp. 242 ss.

GIUDICI E LEGGE: UNA QUESTIONE DI *PHRONESIS*

CLAUDIO DE FIORES

Sommario: 1. La nozione aristotelica di *phronesis*. – 2. La *phronesis* tra disposizione e norma. – 3. La *phronesis* tra diritto vigente e diritto vivente. – 4. La dimensione normogenetica della *phronesis* e la rottura del metodo aristotelico. – 5. *Phronesis* e ragionevolezza. – 6. *Phronesis* e razionalità.

1. La nozione aristotelica di *phronesis*

L'idea, praticata e diffusa nel XIX secolo, secondo la quale ogni disposizione ammetterebbe un'unica e sola interpretazione ha da tempo disvelato le sue crepe. La cultura giuridica del Novecento, sconfessando l'integralismo normativo e il rigido determinismo interpretativo di matrice illuminista, ha privilegiato un diverso modello interattivo tra legge e giudice. Un modello di impronta aristotelica e, pertanto, non più imperniato sulla passività del giudice, stantio recettore della norma, ma sulla sua attiva azione di mediazione tra legge e fatto.

Ed è proprio lungo questo crinale che, ai nostri tempi, è tornata ad assumere rilevanza giuridica e pregnanza concettuale la questione della *phronesis* (φρόνησις). Questione quanto mai controversa anche sul piano terminologico¹, sebbene il suo perimetro d'azione rimanga quello rigorosamente tracciato da Aristotele, nel primo e sesto libro dell'*Etica nicomachea*.

In Aristotele la *phronesis* è il «ragionamento pratico»² che postula una scelta sull'agire concreto. Diversamente dall'*epistème* e dalla

¹ Sul punto, persuasivamente, R. DOTTORI, *Il concetto di phronesis in Aristotele e l'inizio della filosofia ermeneutica*, in *Paradigmi*, 3/2008, p. 1 che annota: «il concetto di *phronesis* è in latino tradotto con *prudentia*, d'onde la *jurisprudentia*, il cui compito è appunto quello del giudicare, o dell'applicare la legge al caso particolare: in tedesco la *jurisprudentia* è detta infatti anche *Judikatur*. Tradurlo ora nella lingua italiana non è una impresa facile, poiché manca, come molto spesso in rapporto alla lingua greca, un vocabolo unico equivalente. Possiamo infatti tradurlo sia con ragionevolezza, sia con saggezza, sia con giudizio, ove con questo indichiamo non la semplice capacità di giudicare, cioè il poter giudicare, ma il *saper giudicare*».

² ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, Bari-Roma, 1999, VI, 1140b, 231.

techne, la *phronesis* non indica, pertanto, quali sono i fini dell'azione umana e non traccia i contenuti dell'universale, ma indica attraverso quali mezzi raggiungere quei fini e come l'universale si declina nel particolare³. D'altra parte, chi giudica – ammoniva Aristotele – delibera «non sui fini, ma su ciò che porta al fine»⁴.

È pertanto la *phronesis*, la sola virtù in grado di guidare il giudice nella contingenza, nella «pratica», nella «prassi». E «la prassi riguarda i casi particolari»⁵. E con questo significato («*phronesis est prudentia in rebus*»), la nozione di *phronesis* è stata successivamente assunta dal diritto romano⁶ e poi tramandata nel diritto medievale e anche oltre⁷. Al punto che finanche Hegel, secoli dopo, sarebbe approdato alla medesima conclusione, rilevando che se è la funzione legislativa dello Stato a «determinare» e «stabilire l'universale»⁸, fino a farne il «fine della sua attività essenziale»⁹, a instaurare «immediatamente» una attiva «relazione con l'elemento particolare della società civile» sono, invece, i «poteri giudiziari e di polizia»¹⁰.

Come ogni altro ingrediente dell'azione giudiziale anche «la *phronesis* è legata al contesto»¹¹. E a connettere testo e contesto, universale e particolare non può che essere il giudice: il depositario della *phronesis*, colui che discerne, con «prudenza», fatti e norme. La sua è una «sag-

³ Sul punto, fra i tanti, L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Id., F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p. 150 che opportunamente rileva come «l'applicazione del diritto è un processo di integrazione reciproca dell'individuale e dell'universale».

⁴ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., III, 1112b, p. 91.

⁵ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., VI, 1141b, p. 237.

⁶ CICERONE, *Dei doveri*, Milano, 1994, XLIII, p. 121.

⁷ La formula «*phronesis est prudentia in rebus*» è stata, nei secoli a venire, fatta propria dalla teologia medievale, dalla scuola del diritto di Bologna (XII secolo) e, nel corso del Seicento, ricorrentemente impiegata anche Germania. In particolare, da J. MICRAELIUS, *Lexicon philosophicum terminorum philosophis usitatorum*, Augsburg, 1653, p. 830.

⁸ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Roma-Bari, 1994, § 273, p. 218.

⁹ Ivi, § 303, p. 243.

¹⁰ Ivi, § 287, p. 233.

¹¹ C.B. CASTRO, *Contro la predizione e la ripetizione: l'esemplarità*, in *Fil. pol.*, 2/2018, p. 262.

gezza in situazione»¹². Una «*saggezza pratica*»¹³ che il giudice dovrà dimostrare di possedere nell'avviare e presiedere ogni singolo passaggio del processo: quando si troverà ad esaminare il contenuto della legge, ad accertare i fatti, a ponderare l'incidenza della legge sui fatti e dei fatti sulla legge¹⁴. E questo perché «ogni passaggio dalla disposizione ai fatti, e dai fatti alla disposizione, contribuisce all'ampliamento del movimento interpretativo, che include sia la determinazione del significato della disposizione, sia la comprensione del caso»¹⁵.

Un discrimine, quello aristotelico, fatto proprio dalla scienza giuridica contemporanea che vede nell'ermeneutica la «concretizzazione del diritto»¹⁶, una «*attività eminentemente pratica* [...] giustificata e condizionata dai casi pratici e finalizzata alla loro risoluzione»¹⁷. E pertanto «*legata alle esigenze dell'agire rispetto ai casi*»¹⁸. D'altronde – era solito ribadire Gadamer – «il sapere pratico, la *phronesis*, è un altro genere di sapere. Il che significa anzitutto che esso è orientato alla situazione concreta. Deve quindi cogliere le “circostanze” nella loro infinita varietà»¹⁹.

2. La *phronesis* tra disposizione e norma

Lungo questo crinale si colloca anche la riflessione di Vezio Crisafulli. Punto di approdo del discorso crisafulliano sull'interpretazione è la concettualizzazione del rapporto tra mezzo e fine, tra *legis-latio* e *legis-executio*, tra particolare e universale, tra norma e disposizione. Dove – com'è noto – per disposizione, Crisafulli intende il testo, l'e-

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Frammenti di *phronesis* sono rinvenibili anche nell'ordinamento italiano. Si pensi all'art. 116 c.p.c. che, al primo comma, recita: «il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti».

¹⁵ G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge*, in Id., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 160.

¹⁶ K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 39.

¹⁸ Ivi, p. 40.

¹⁹ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 2012, p. 67.

nunciato letterale «nella sua unità dialettica di forma e contenuto»²⁰. Esso per inverarsi nella dimensione sociale ha però bisogno di calarsi nella vita, assumendo il caso particolare. E, per questa via, farsi norma.

La norma origina pertanto, in Crisafulli, dall'impatto tra disposizione e fatto, tra enunciato e applicazione, tra attività interpretativa e prodotto dell'interpretazione²¹. Concetto, quest'ultimo, al quale Crisafulli attribuisce «un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andare del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in funzione dell'ordinamento complessivo e su di esso, perciò, si riflettono altre norme a questo appartenenti»²².

Ciò implicherebbe, secondo Crisafulli, che un'indefinita «pluralità di norme» siano «deducibili dalla stessa disposizione»²³: «tante [...] quanti gli interpreti»²⁴ e quanti sono i casi che l'interprete si trova ad esaminare.

E questo perché l'interpretazione non si limita esclusivamente ad adattare la disposizione alla fattispecie. Ma deve fare i conti con il caso concreto, del quale parte integrante è anche il *petitum*²⁵. Solo attraverso una coerente ponderazione di questi ingredienti il cd. circuito ermeneutico è in grado di funzionare, combinando «nel modo più soddisfacente possibile le esigenze del caso e quelle del diritto»²⁶, le «ragioni» delle parti e le «ragioni» del giudice o, per meglio dire, il suo «*intimo convincimento*». Dimensione, questa, che «rinvia all'idea di uno spazio

²⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Padova, 1993, II, p. 46.

²¹ Sul discrimine tra attività e prodotto si rinvia a G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 39 ss.

²² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 46.

²³ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, p. 208.

²⁴ Ivi, p. 209 (nota 47).

²⁵ Sulla distinzione tra fatto e caso si rinvia, in particolare, a G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, pp. 183-184; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012, pp. 87-88 per il quale «anche il fatto va interpretato» e solo allora «il "fatto interpretato" si trasforma così propriamente in un caso da decidere»; A. GARAPON, *Del giudicare*, Milano, 2001, p. 269 per il quale il giudice, esaminato il fatto sulla base del «*come se*», approda alla sentenza, da questi posta come «la regola più appropriata per il singolo caso».

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 41.

interiore in cui il giudice deve tornare, dopo che le parti avranno tentato di convincerlo attraverso le loro argomentazioni»²⁷.

Diversa è invece la congettura nella quale il giudice, al momento di decidere, si trova di fronte a un «conflitto insanabile» tra diritto e caso. In quest'ipotesi – chiarisce Zagrebelsky – «si dovrà mettere in discussione la norma stessa»²⁸. E «tra il diritto e il caso, cioè le esigenze del caso, l'ordinamento sceglie queste ultime»²⁹.

Ciò che i sostenitori del modello aristotelico contestano agli eredi dell'illuminismo giuridico è pertanto la loro congenita incapacità di fare i conti con la polisemia del testo, il carattere complesso dell'ordinamento, il tecnicismo sotteso alla dimensione normativa, il linguaggio «opaque» del diritto e, infine, l'«*open textured*»³⁰ della legge intesa quale componente integrante di ogni disposizione normativa. Fattori questi che combinati fra loro inducono a ritenere, sulla scia della riflessione kelseniana, che «l'interpretazione della legge non deve condurre necessariamente a un'unica decisione come la sola esatta, bensì possibilmente a varie decisioni che hanno tutte il medesimo valore, in quanto corrispondono alla norma da applicarsi, anche se una soltanto tra esse nell'atto della sentenza diventa diritto positivo»³¹.

Una sorta di *summa divisio* già tracciata da Aristotele sotto forma di discriminare tra sapere universale e sapere tecnico e da questi posta a fondamento della nozione stessa di *phronesis*. Per circoscrivere la diversa natura dei due saperi, nell'*Etica nicomachea*, il filosofo greco ricorre – com'è noto – al celebre esempio della costruzione dell'opera (*ergon*), dove il manovale (colui che detiene il sapere pratico e agisce sulla base della contingenza e della situazione concreta) integra/corregge il sapere dell'architetto (colui che detiene il sapere universale).

Specularmente, assumendo le medesime fattezze e impiegando il medesimo approccio integrativo-correttivo, opererebbe anche il giudice: «E questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge,

²⁷ A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., p. 270.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, p. 184.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2005, p. 372.

³¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1952, p. 121.

nella misura in cui essa viene meno, a causa della sua formulazione universale»³².

Ma nella *Grande Etica*, Aristotele va ancora oltre e rileva che, sebbene «nell'architettura c'è, da un lato, quello che chiamiamo architetto e, dall'altro, sottoposto ad esso, il costruttore [...] quest'ultimo è colui che è in grado di costruire la casa»³³. Ne discende che, assunti i termini del rapporto, «l'immagine del “dover essere” su cui l'uomo si orienterebbe nel suo agire è qualcosa di profondamente diverso dall'*eidos* di cui dispone l'artigiano per realizzare l'opera: mentre la prima è semplicemente uno schema non determinabile se non nella situazione concreta, l' “universale” di cui dispone l'artigiano è perfettamente determinato prima della sua applicazione, e precisamente da ciò a cui dovrà servire l'opera da realizzare»³⁴.

Ma è proprio questo l'arcano concettuale, l'enigma di sistema con il quale siamo ancora oggi chiamati a fare i conti. E che, traslato in termini costituzionali, vorrebbe dire che è vero che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101.2 Cost.). Ma è anche vero che chi stabilisce qual è il contenuto della legge e «qual è il diritto valido per un determinato caso concreto»³⁵ è il giudice³⁶. E, questo perché, nella vita della

³² ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., V, 1137b, p. 215.

³³ ARISTOTELE, *Grande Etica*, in Id., *Le tre etiche*, Milano, 2008, I, 34, 1198b, p. 5.

³⁴ F. VOLPI, *Ermeneutica e filosofia pratica*, in *Fil. pol.*, 3/1998, p. 377.

³⁵ E. DICOTTI, *Verità e incertezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 81.

³⁶ È da queste premesse che trae forza il “realismo giuridico” scandinavo e in particolare la riflessione di Alf Ross. Per il giurista danese l'architrave di sostegno su cui poggiano le complesse dinamiche del diritto è l'interpretazione che Ross declina sotto due diverse forme: «interpretazione mediante il significato» e «interpretazione mediante verifica» (A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino, 1990, p. 111). Per i teorici del realismo giuridico, l'interpretazione giudiziale è la sola ad avere carattere risolutivo (di un caso concreto), autoritativo (in ragione della sua immediata riconducibilità alla volontà dello Stato), effettivo (perché direttamente incidente sui fatti). Ne discende che il giudice, svolgendo una funzione dello Stato, non può in alcun modo sottrarsi all'esercizio delle proprie competenze e al suo ruolo che, nel caso di specie, è innanzitutto quello di tracciare «una strada per arrivare alla norma di condotta che gli serve per la decisione» (A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 72). Posizioni, queste, sostenute in Italia, in quegli stessi anni, soprattutto, da Tullio Ascarelli che, altrettanto convintamente, asseriva che «la norma giuridica vive come “norma” solo nel momento nel quale viene applicata e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo ... e cioè la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma» (T. ASCARELLI-

norma, «il ruolo del giudice non è ... meno importante di quello del legislatore e può persino essere più decisivo, in virtù dell'importanza del momento applicativo»³⁷.

Assecondando questo crinale interpretativo, anche Crisafulli ritiene che il *senso* dell'ermeneutica sia uno soltanto: ricavare, da un enunciato letterale *posto* (la disposizione), un significato *possibile* (la norma) ... tra vari significati *possibili*. E, come direbbe Hart, «compiere un atto che ha il carattere di una scelta tra alternative»³⁸. Tra variabili di sistema, tra soluzioni concrete, tra prassi. E questo perché – come evidenziato anche da Hans Kelsen – «l'interpretazione compiuta dalla scienza giuridica non può consistere in altro che nel ricavare tutti i possibili significati di una norma giuridica»³⁹.

Ne discende, secondo questo orientamento culturale, che il diritto positivo non è un insieme di disposizioni poste dal legislatore. Né tanto meno quest'ultime possono essere, *ab origine*, ritenute entità astratte «già del tutto tracciate semanticamente»⁴⁰. Le disposizioni normative per essere efficaci hanno bisogno di tradursi in «atti di positivizzazione sperimentati»⁴¹. Insomma – come scrive Knut Olivecrona – sono «i tribunali che, dopotutto, *fanno diritto*»⁴².

Ma con quali ricadute sul terreno giuridico? Quali gli effetti sullo Stato costituzionale? Quali le conseguenze sul principio di legalità? E quali le ripercussioni sulla stessa certezza del diritto, destinata in siffatto contesto ad assumere una valenza recessiva sul piano ordinamentale, a tutto vantaggio dell'indeterminatezza dell'agire giuridico, della casualità, dell'*arbitrio* dell'interprete?

LI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 352). Punto di approdo di queste tendenze, come meglio si dirà nelle pagine successive, sarà la concezione pos-moderna del diritto di Paolo Grossi per il quale «il vero diritto positivo non è *quello* posto da un'autorità legittima, bensì *quello* che l'interpretazione/applicazione immerge nella positività della società e rende sostanzialmente e non solo formalmente positivo» (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 109).

³⁷ G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 152.

³⁸ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 1991, p. 149.

³⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 389.

⁴⁰ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (1964), Napoli, 2010, p. 40.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1972, p. 149.

3. *La phronesis tra diritto vigente e diritto vivente*

Per Aristotele, è il caso concreto a disvelare l'imperfezione della legge. Ecco perché a sanarla non può che essere il giudice. È a questi che spetta assicurare l'«equità» (*epieikeia*), procedendo alla «correzione della legge, nella misura in cui essa viene meno a causa della sua formulazione universale»⁴³. E il giudice dovrà farlo con «approccio critico» (*synesis*) e «saggezza» (*phronesis*)⁴⁴, ma non per contraddirne la ratio o il fine, così come posto dal legislatore, ma semmai per raccordare fine e ratio alla sua applicazione⁴⁵.

Conclude Aristotele:

«quando la legge si pronuncia in generale, nell'ambito dell'azione accade qualcosa che va contro l'universale, è giusto correggere l'omissione là dove il legislatore ha tralasciato il caso e ha sbagliato perché si è pronunciato in generale; correzione che lo stesso legislatore avrebbe proposto se fosse presente, e avrebbe formulato nella legge, se avesse saputo»⁴⁶.

Di qui la distinzione sottesa alla filosofia aristotelica fra diritto vigente e diritto vivente: se al legislatore spetta la funzione di modellare il diritto vigente, al giudice tocca invece il compito di forgiare il diritto vivente. Una sorta di *summa divisio* fatta propria dal costituzionalismo moderno e sulla quale si fonda «il senso e la valenza garantista della separazione dei poteri: né il legislatore può produrre il diritto vivente,

⁴³ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., V, 1137b, p. 215.

⁴⁴ Così A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano, 2023, p. 75 che dal binomio aristotelico *synesis* («perspicacia») – *phronesis* («saggezza») fa discendere un modello di giudizio che «non ha per oggetto realtà eterne o immobili, bensì realtà particolari».

⁴⁵ Sul punto, in particolare, G. PELLEGRINI, *L'agire fra normatività ed ethos. L'ermeneutica come filosofia pratica e le aporie della fondazione dell'etica*, in *Iride*, 2/2001, p. 350 che rileva che «seppure è vero che Aristotele parla di una *phronesis epiktike* cioè di una dimensione «imperativa» della saggezza, il fatto che essa sia volta a determinare «ciò che si deve fare o meno», non significa affatto che la filosofia morale abbia lo scopo di fondare razionalmente questo «dover essere» nella forma di norme universali di comportamento e di assicurare a priori la loro applicabilità alle determinate situazioni concrete». Sul punto di veda anche A. DE NITTO, *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori*, Lecce, 2002, pp. 128 ss.

⁴⁶ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., V, 1137b, p. 215.

né il giudice può produrre il diritto vigente»⁴⁷. Ciò che è però venuto mutando nel corso del tempo è l'ampiezza dei rispettivi campi d'azione. Perché, in questi anni, lo spazio del diritto vivente è venuto espandendosi oltre misura, limitando e svilendo la nozione stessa di diritto vigente⁴⁸. E ciò non solo a causa della già evidenziata polisemia del linguaggio normativo, ma anche e soprattutto in ragione della crescente complessità dell'ordinamento giuridico.

Le categorie normative prodotte dalla cultura liberale (la legge generale e astratta) potevano funzionare (e hanno funzionato) solo in società omogenee. Esse non potevano però reggere all'urto del conflitto di classe che avrebbe, in breve tempo, messo in discussione non solo la generalità della norma, ma anche la sua astrattezza⁴⁹.

Il mito della società omogenea aveva repentinamente ceduto il passo al moltiplicarsi degli interessi che animavano e animano le società disomogenee. E anche l'ordinamento giuridico avrebbe repentinamente cessato di essere un sistema coerente di norme, per trasformarsi in un caotico assemblato di lacune normative. È da questo caos che avrebbe tratto la propria forza l'interprete. E, attraverso l'interprete, l'ermeneutica giuridica con i suoi dispositivi ordinatori (interpretazione logico-sistematica; analogia; ragionevolezza): strumenti, formule, metodi ritenuti basilari e anzi imprescindibili per raccordare il diritto vivente al diritto vigente.

In questo abisso ermeneutico è venuta, ancora una volta, stagliandosi, ma con modalità nuove e sempre più problematiche, la *phronesis*. Una sorta di valvola di compensazione alimentata dal riprodursi, in forme nuove, della crisi della legge, dalla dirompente caduta di prescrittività delle costituzioni, dallo stato degenerativo delle democrazie rappresentative. Fattori questi che hanno contribuito a ridisegnare pro-

⁴⁷ L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma, 2024, p. 101

⁴⁸ A segnalare queste tendenze è, fra gli altri, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 83 per il quale «il sintagma 'diritto vivente' respinto senza esitazioni dai sacerdoti del vecchio culto legislativo segnala con efficacia il fenomeno dell'espansione giudiziale e il nuovo ruolo che il giudice italiano si è dovuto accollare».

⁴⁹ Per più approfondite considerazioni su questo punto si rinvia a C. DE FIORES, *Le crisi della legge. Trasformazioni dello Stato-nazione e produzione normativa*, in ID. (a cura di), *Lo stato della democrazia*, Milano, 2003, pp. 88-115.

fondamente lo spazio d'azione della *phronesis*, a tal punto da indurre il giudice ad agire in combinazione, ma talvolta anche al di fuori del perimetro virtuoso del circuito aristotelico.

Un pericolo imminente, ma allo stesso tempo atavico, proprio perché sotteso agli equilibri congeniti che sorreggono la nozione di *phronesis*. Equilibri precari, dei quali anche Aristotele non aveva esitato a evidenziare la fragilità e le cattive ricadute negli «ordinamenti politici dei primitivi, come Omero li ha rappresentati»⁵⁰.

Una condizione morbosa destinata a infettare i rapporti tra politica e giurisdizione. Condizione che il filosofo greco fa risalire alle pratiche di commutazione dell'applicazione della legge in creazione di una nuova legge, del *giudizio in fine* normativo, della scelta in principio: «ognuno smette di cercare come agire quando ha ricondotto a se stesso il principio»⁵¹.

Non è un caso che Aristotele insista ripetutamente sui pericoli che potrebbero discendere dalla commistione tra sapere tecnico e sapere pratico, tra politica e giustizia, tra *scelta* e *fine*: «il volere è soprattutto relativo al fine, mentre la scelta è di ciò che porta al fine»⁵².

Consentire al sapere pratico (e quindi al giudice) di ingerirsi e condizionare la sfera del sapere tecnico (e quindi della politica) vorrebbe dire esporre il sistema ad uno stato di *Versagen*. E questo perché il giudice anziché «utilizzare al meglio le regole e le "pedine" di cui dispone»⁵³, per declinare sul piano ermeneutico, i fini in scelte, si troverebbe a selezionare esso stesso, oltre agli strumenti da impiegare, anche gli obiettivi da perseguire⁵⁴, snaturando il tal modo il nesso legge-applicazione e,

⁵⁰ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, cit., III, 1113a, p. 93.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ivi, III, 1111b, p. 87. D'altra parte – come è stato lucidamente evidenziato – «che l'universale non sia dato *sotto forma di regola* non significa, tuttavia, che *non* sia dato: altrimenti chi giudica giudicherebbe senza criterio, e il suo giudizio sarebbe arbitrario» (V. MATHIEU, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989, p. 67). Sul punto si veda altresì G. NICOLACI, *Premesse aristoteliche per l'universale ermeneutico*, in ID., L. SAMONÀ (a cura di), *L'universale ermeneutico*, Genova 2003, p. 236 che richiama il metodo aristotelico declinandolo sotto forma di «scelta della regola sotto la quale collocare l'istanza specifica in base alla quale operare».

⁵³ M. MIGLIORI, *Prefazione*, in ARISTOTELE, *Le tre Etiche*, cit., XXXIX.

⁵⁴ Sul punto persuasivamente S. FELLINA, *La politica e i suoi rapporti con l'etica nella filosofia pratica aristotelica*, in *Intersezioni*, 3/2008, p. 373 che chiarisce come «sulla base

per questa via, la stessa matrice dialettica del «procedimento deliberativo [che] prende forma tramite l'individuazione di un fine generale e la scelta sui mezzi per realizzarlo in concreto»⁵⁵.

Una patologia prodotta dall'ermeneutica e che l'ermeneutica dei nostri tempi ha, nel corso del tempo, elevato a sistema. D'altra parte, è proprio da tale commistione che origina ciò che Gadamer definisce il «perfezionamento creativo della legge»⁵⁶ al quale il giudice addiviene sulla base di una «giusta valutazione dell'insieme»⁵⁷. E, che in termini non dissimili, Paolo Grossi avrebbe coerentemente declinato nei termini di «opera ... creativa dell'ordine giuridico»⁵⁸.

Due le premesse metodologiche dalle quali questo orientamento parrebbe prendere le mosse. Da una parte la «rifondazione epistemologica dell'interpretazione e dell'applicazione della legge operata sulla base della centralità assegnata al caso concreto oggetto del giudizio»⁵⁹. Dall'altra la costruzione della centralità del procedimento giudiziale, presentato da Gadamer come sfera e spazio di applicazione delle scienze pratiche⁶⁰. Non a caso discrimine concettuale posto a fondamento dell'ermeneutica gadameriana è il concetto aristotelico di equità, inteso dal filosofo tedesco quale variante della nozione aristotelica di *phronesis*⁶¹.

Com'è noto, la scoperta dell'«attualità ermeneutica di Aristotele»⁶²

di quanto detto la *phronesis* verrà ad essere essenzialmente la capacità di deliberare: che questa deliberazione sia intesa come concretizzazione o *specificazione* del fine generale, o come *esempio* del fine o come individuazione dei *mezzi* per raggiungere un fine, la *phronesis* non delibera sul fine stesso se non in senso lato». Su posizioni affini, ma con toni più sfumati ed equivoci anche L. CORSO, *La virtù del giudice fra emozioni, giustizia particolare e ruolo istituzionale. Un abbozzo a partire da Aristotele*, in *Ars interpretandi*, 1/2022, p. 60 che rileva che «la *phronesis* contribuisce alla scelta dei fini, ma si tratta fondamentalmente dell'abilità di afferrare le ragioni eterogenee e calibrate sul caso specifico».

⁵⁵ C. AGNELLO, *La proairesis aristotelica e l'idea di universale ermeneutico*, in *Studi in onore di Giuseppe Nicolaci*, Palermo, 2018, p. 90

⁵⁶ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 681.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 110.

⁵⁹ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, p. 18.

⁶⁰ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 645 ss.

⁶¹ Ivi, p. 657.

⁶² Ivi, p. 645.

viene condotta da Gadamer con un occhio costantemente rivolto alla dimensione giuridica e, segnatamente, al rapporto tra diritto e giustizia. E, nell'assecondare questa prospettiva, il filosofo tedesco non esita a riproporre, la metafora aristotelica dell'artigiano e dell'architetto. Ma, una volta trasposta sul terreno giuridico, la considera fallace:

«Per contro, la condizione di colui che “applica” la giustizia è del tutto diversa. È vero che anche lui dovrà, nel caso concreto, prescindere dall'esattezza rigorosa della legge. Ma quando ciò accade, non è perché non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Quando così ci si stacca dalla legge non si fanno dunque delle “riduzioni” della giustizia, ma anzi si trova ciò che è più giusto»⁶³

Ci si imbatte così in un iter argomentativo che Gadamer conduce su un piano talmente inclinato da travolgere finanche le coordinate aristoteliche sulle quali si fonda la virtù della *phronesis* («la virtù della deliberazione prudente»)⁶⁴. A tal punto da indurre “il manovale” ad agire senza una rete normativa di protezione, alla disperata ricerca del bene e del giusto. Ma disapplicando il sistema ternario aristotelico (*phronesis-epieikeia-nomos*) e sciogliendo il giudice da ogni *coercitione prudentiae*, questi si troverebbe fatalmente ad agire quale infallibile detentore della morale: «arbitro in terra del bene e del male»⁶⁵.

Il giudice, abdicando così alla funzione che gli è propria, non sarebbe più subordinato alla legge, ma eserciterebbe una funzione concor-

⁶³ Ivi, p. 657. Ad aderire alla soluzione prospettata da Gadamer è anche M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2015, p. 93 per il quale «le caratteristiche di ciò che un artigiano vuole produrre sono già determinate in base all'uso cui l'opera deve servire. Ciò che conta, in definitiva, è l'abilità tecnica dell'artigiano nella realizzazione del progetto, già perfettamente definito prima dell'inizio dell'opera. Diverso, invece, è il caso di chi segue delle regole di condotta per orientare l'agire». Si tratta però di una soluzione argomentativa che non persuade. In entrambi i casi, l'artigiano e il giudice sono tenuti a realizzare il progetto architettonico e normativo, impiegando gli strumenti “tecnici” di cui dispongono con saggezza e prudenza. Non si comprenderebbe pertanto per quale ragione questa regola di condotta debba valere solo per il manovale, ma non per il giudice al quale si consentirebbe addirittura di “staccarsi” dalla legge.

⁶⁴ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 667.

⁶⁵ La formula è di F. DE ANDRÈ, *Un giudice*, in *Non al denaro non all'amore né al cielo*, Milano, 1971.

renziale con la legge stessa, trasformandosi, per questa via, in soggetto produttore di nuovo diritto e fattore di «sviluppo dell'intero sistema normativo»⁶⁶.

Un vero e proprio travisamento di poteri e funzioni dalle implicazioni quanto mai regressive sul piano della tenuta dell'ordinamento, perché destinate a compromettere le fondamenta dello Stato di diritto e la dimensione cogente del principio di legalità⁶⁷.

Ma al di là dei riflessi ordinamentali, andrebbero parimenti indagate le conseguenze che l'assunzione del modello etico-integralista della *phronesis* tende oggi a innescare anche sull'azione interpretativa del giudice e, quindi, sull'ermeneutica, specificatamente considerata. Perché è evidente che il progressivo indebolimento del vincolo normativo innescato da un uso smodato della *phronesis* rischia di compromettere non solo la fisiologia del sistema, ma le fondamenta stesse della funzione ermeneutica: non più sistema di regole, ma azione autoriflessiva condotta dal giudice. Né potrebbe essere diversamente: la dimensione soggettiva dell'agire giudiziale – proprio perché soggettiva – non è il portato delle idee che dimorano, in senso platonico, nell'iperuranio (*ὑπερουράνιος*). Ma il riflesso, sul piano individuale, della realtà storica e dei rapporti egemonici ad essa sottesi. Versante questo ampiamente indagato dal pensiero marxiano dal quale abbiamo appreso che «la coscienza non può in alcun caso essere un che di differente dall'esser-cosciente, e l'essere degli uomini è il concreto processo della loro esistenza. Se in ogni forma ideologica gli uomini e le loro relazioni sembrano rovesciate analogamente a quanto accade nella camera oscura, tale fenomeno discende dal processo storico della loro esistenza ... non è la coscienza determinare l'esistenza, ma è al contrario, l'esistenza a determinare la coscienza»⁶⁸.

Un assunto fatto proprio, nel corso del Novecento (seppure sulla

⁶⁶ G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, p. 65. Sul punto, si veda anche, fra i tanti, G. PELLEGRINI, *L'agire fra normatività ed ethos*, cit., pp. 335 ss.

⁶⁷ Sul «decadimento della cultura del principio di legalità», in particolare, «nell'ambiente giudiziario amministrativo contemporaneo», si rinvia al risalente (ma ancora attuale) contributo di A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità* in *Dir. pubbl.*, 1/1995, pp. 95-96.

⁶⁸ K. MARX, *L'ideologia tedesca* (1845-1846), Milano, 2011, pp. 343-345.

base di un percorso controverso, critico, ma anche fecondo con il marxismo)⁶⁹, dalla scuola di Heidelberg che nell'indagare la dimensione ermeneutica, alla luce delle basi speculative della filosofia pratica, ha finito con il trasformare l'ermeneutica in una dimensione dell'agire, sganciata dal diritto scritto e da ogni altro vincolo eteronomo. Ma non dalla condizione storica e sociale degli individui. E, nel caso di specie, di chi giudica. Ecco che «la decisione, allora, scaturendo da un colloquio serrato che il giudice intrattiene anche con se stesso, assumerà la forma di una ricostruzione *interiore* del processo»⁷⁰.

Siamo in presenza di un denotato di sistema veicolato dall'ermeneutica gadamariana (e postgadamariana) e che è alla base della moderna nozione di *phronesis*, intesa quale azione soggettiva in grado di condizionare ogni attività che «si svolge sotto condizioni contingenti»⁷¹. Compresa la decisione del giudice. Azione autoriflessiva *par excellence* per mezzo della quale «il testo entra nel mondo dell'interprete e si inserisce nella sua esperienza esistenziale, personale e professionale. Il comprendere è sempre legato ad un punto di vista vitale... In questo senso l'ermeneutica è legata al soggetto, al fatto che la soggettivazione comporta punti di vista particolari e specifici, ma è soprattutto legata alla intersoggettività»⁷².

Secondo questa impostazione, a dirigere l'agire del giudice è pertanto la ragione pratica, sotto forma di discernimento individuale e di coscienza sociale. Scriveva, nella seconda metà del secolo scorso, Rüdiger Bubner: «Io non posso scrollarmi di dosso che sono nato in questo secolo e non in uno passato, in questo paese e non in un altro, forgiato da una certa tradizione e non da un'altra. L'appartenere a una classe sociale, l'istruzione, la lingua, la mia biografia, la mia concreta esperienza è sempre davanti a me ... La ragione pratica ha il suo posto nella storia e non nell'aldilà»⁷³.

⁶⁹ M. COSENTINO, *La phronesis dei moderni. Neoaristotelismo, post-hegelismo e la filosofia di Rüdiger Bubner*, Milano, 2017, pp. 196 ss.

⁷⁰ A. GARAPON, *Del giudicare*, cit., p. 269.

⁷¹ M. COSENTINO, *Ragione legislatrice e contingenza nel neoaristotelismo di Rüdiger Bubner*, in *Riv. int. fil. dir.*, 3/2010, pp. 421-422.

⁷² G. ZACCARIA, *Introduzione*, in Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. X.

⁷³ R. BUBNER, *Geschichtsprozesse und Handlungsnormen. Untersuchungen zur praktischen Philosophie*, Frankfurt, 1984, pp. 241-242.

4. La dimensione normogenetica della *phronesis* e la rottura del metodo aristotelico

È dalla rottura del sistema ternario nicomacheo (*phronesis-epieikeia-nomos*) che discende l'ardito tentativo perseguito da Gadamer di utilizzare Aristotele ... contro Aristotele. E la ragione è evidente: in Gadamer la decisione del giudice cessa di essere *proairesis* (decisione strutturata secondo *nomos* e *phronesis*)⁷⁴ per trasformarsi in procedimento deliberativo autoriflessivo. Una lettura che scardina le fondamenta del metodo e della *Politica* aristotelica:

«l'uomo è la migliore delle creature, così pure quando si stacca dalla legge e dalla giustizia è la peggiore di tutte. ... perciò, senza virtù, è l'essere più sfrontato e selvaggio. Ora la giustizia è elemento dello Stato; infatti, il diritto è il principio ordinatore della comunità statale e la giustizia e determinazione di ciò che è giusto»⁷⁵

Obiettivo sotteso all'impiego, in senso aristotelico, della *phronesis* «non è allora quello di creare un sapere alternativo a quello del politico e della *polis* ma semmai quello di esplicitare, chiarificare e sistematizzare il sapere già agito nelle diverse circostanze e realtà politiche: è forse con questo intento classificatorio e sistematico che si spiega una certa aderenza alla *empeiria* anche nel caso della proposta dello "stato ideale"»⁷⁶.

All'opposto, il modello ermeneutico post-gadameriano, elevando il fatto a «valore [...] costitutivo del diritto»⁷⁷, determina fatalmente uno slittamento sistemico dell'azione giudiziaria da risoluzione pratica del caso normativamente orientata ad «apporto creativo dell'interprete»⁷⁸.

⁷⁴ Sul punto si rinvia a A. FERNANI, *Quando la buona legge è "curativa". Tra νόμος e φρόνησις: cura di se stessi e cura della comunità in Aristotele*, in *πηγή/fons*, 6/2021, pp. 49 ss.

⁷⁵ ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 2, 1253 a, Roma-Bari, 1997, p. 7.

⁷⁶ S. FELLINA, *La politica e i suoi rapporti con l'etica nella filosofia pratica aristotelica*, cit., p. 390.

⁷⁷ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 82.

⁷⁸ G. ZACCARIA, *Introduzione*, cit., p. X.

Un fenomeno sempre più consolidato nel diritto civile⁷⁹. E che oggi tende minacciosamente ad affermarsi anche nel diritto penale con l'obiettivo esplicito di «ripensare il problema della legittimazione del giudice, svincolandola dalla rigida soggezione alla legge»⁸⁰ (ci si riferisce a quel controverso fenomeno giuridico che si è soliti chiamare «diritto penale giurisprudenziale»)⁸¹.

La svolta normogenetica, recepita nel diritto penale anche sotto forma di «tipizzazione interpretativa [...] dei precetti contenuti nelle norme incriminatrici»⁸², deve molto al «grandioso ripensamento»⁸³ dell'ermeneutica così come operato da Gadamer e alla sopravvenuta celebrazione del filosofo tedesco, soprattutto da parte della letteratura giuridica italiana: il «mentore privilegiato dei giuristi»⁸⁴, «il naturale cordone ombelicale fra riflessione filosofica e riflessione giuridica»⁸⁵, il solo in grado di imprimere al diritto «un'autentica rivoluzione copernicana, squarciando il velo della vecchia mitologia»⁸⁶.

Ed è lungo questo crinale che si colloca la riflessione giuridica di Paolo Grossi. Bersaglio polemico del giurista fiorentino è il diritto moderno: un diritto «sclerotico»⁸⁷, chiuso in se stesso e presidiato da obsolete «divinità protettive: divisione dei poteri, legalità, gerarchia delle fonti, certezza del diritto e via dicendo»⁸⁸. Insomma, un diritto ispira-

⁷⁹ Sul punto si rinvia, in particolare, al volume di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 87 ss.

⁸⁰ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, p. 176.

⁸¹ Sulla nozione e i caratteri del cd. «diritto penale giurisprudenziale» si vedano, in particolare, i contributi critici di G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro italiano*, 1988, pp. 484-494; L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1991. Ma anche quelli adesivi di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., pp. 131 ss.; P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"* (2020), in ID., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, pp. 99 ss.

⁸² M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 117.

⁸³ P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (2010) ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 35 (nota 61).

⁸⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 108.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 132.

⁸⁷ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 111.

⁸⁸ *Ivi*, p. 112.

to ai principi dell' «assolutismo giuridico»⁸⁹ e, pertanto, incardinato, sul «monopolio giuridico da parte dello Stato»⁹⁰, sulla «mitizzazione legislativa» e sulla «legolatria più spinta»⁹¹, così come ereditati dalla tradizione dell'illuminismo giuridico:

«pertanto, credo proprio che il primo lavacro culturale da compiere da parte del giurista di *civil law* sia di detergere il fondo del suo animo dai residui post-illuministici che vi sono sedimentati e che hanno alterato la criticità delle sue capacità cognitive»⁹²

Alla produzione legislativa e al suo ritmo «lento, distratto, bassamente prono alle voglie dei partiti politici»⁹³, Paolo Grossi non esita ad opporre i ritmi vitali connessi alla «formazione spontanea del diritto»⁹⁴.

La prospettiva tracciata dal celebre storico del diritto è netta e mal si presta ad equivoci di sorta: «ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante»⁹⁵. A cominciare dal mercato, perché nel mondo globale, così come descritto da Grossi, anche «la prassi economica si fa produttrice di diritto» e pretende «arnesi giuridici nuovi»⁹⁶.

È a partire da questa inedita chiave di lettura della crisi della legge che prende corpo il «diritto pos-moderno» di Grossi. Un diritto che trae la sua forza dalla società, dai rapporti sociali, dagli scambi economici, dalla vita dei territori. In questo nuovo ordinamento orizzontale a occupare una posizione centrale è il giudice: istituzione non più

⁸⁹ P. GROSSI, *Oltre la legalità* (2019), in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 5.

⁹⁰ Ivi, 13.

⁹¹ P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione* (2002), in ID., *Società, diritto, Stato*, Milano, 2006, p. 239.

⁹² P. GROSSI, *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito della interpretazione nel diritto pos-moderno* (2017), in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 76.

⁹³ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), in ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 287.

⁹⁴ P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico* (2003), in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 138.

⁹⁵ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 28.

⁹⁶ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., p. 287.

soggetta alla legge, ma in grado di instaurare con la legge un rapporto diretto, mediato dalla ragion pratica, dal «fatto vitale della spontanea vita associata»⁹⁷, dalla «carnalità del diritto»⁹⁸.

È al giudice, recettore e «trincea dell'esperienza quotidiana»⁹⁹, che spetta, pertanto, secondo il Grossi, non solo il compito di interpretare la norma, ma anche di correggerne i contenuti al fine di sintonizzarla con i rapporti di forza, con lo stato delle relazioni economiche, con le istanze del mercato.

Insomma, per Paolo Grossi, la vecchia architettura dello Stato-nazione è stata definitivamente travolta dai processi di globalizzazione e grazie al sopravvento del diritto pos-moderno oggi «si relegano finalmente in soffitta le crocifissioni di tanti giudici inchiodati alla tirannide di un testo invecchiato forse anche iniquo rispetto alla mutata realtà sociale» e si attenua, per questa stessa via, «la durezza della norma che la rapidità del mutamento (quella rapidità che constatiamo quotidianamente) rivela insopportabile»¹⁰⁰. Di qui l'emersione spontanea di «un diritto che orecchia i bisogni della prassi economica»¹⁰¹. E che allo stesso tempo vuole farsi sistema, «costruire strumenti ordinativi ad essa speculari e di essa tutelatori energici»¹⁰²:

«se gli istituti della globalizzazione giuridica emergono dalla prassi economica e sono rivolte a soddisfare esigenze di carattere economico, è essenziale l'apporto dei giuristi per tradurre le percezioni economiche in disciplinamenti giuridici»¹⁰³

Ed è in questo contesto che Grossi, assecondando i principi delle incalzanti «teorie economiche del diritto»¹⁰⁴ e con il concorso attivo di

⁹⁷ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 104.

⁹⁸ P. GROSSI, *L'identità de giurista oggi* (2010), ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 127.

⁹⁹ P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"* (2020), in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 114.

¹⁰⁰ P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione*, cit., pp. 244-245.

¹⁰¹ Ivi, p. 246.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ P. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale* (2013), in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 59.

¹⁰⁴ Sulla «teoria economica del diritto» e sugli incalzanti tentativi di rifondare

una certa parte della dottrina pubblicistica¹⁰⁵, sferra il suo durissimo attacco all'oramai «anacronistico» principio di legalità:

«il vocabolo/concetto 'legalità' sa di passato, di passato remoto; è un fossile lontano, che rinvia a un momento in cui il diritto fu ridotto a un solo produttore, lo Stato, e a una sola manifestazione/fonte, la legge [...] è semplicemente antistorico perpetuare oggi una nozione di legalità cristallizzando e immobilizzando i suoi contenuti esaltati da tanti nostri illuministi»¹⁰⁶

Ed è, secondo Grossi, questo sistema di «credenze» che deve essere oggi rovesciato, riconoscendo finalmente al giudice una funzione attiva e normogenetica, la sola in grado di ricomporre la «frizione fra testo e vita, fra immobilità del comando e mobilità della società»¹⁰⁷.

Lungo questo asse si è venuta dipanando anche la riflessione di Giuseppe Zaccaria il cui contributo alla scienza dell'interpretazione giuridica merita di essere attentamente segnalato. Zaccaria nel tentativo di ricondurre l'ermeneutica e, segnatamente, l'esercizio della *phronesis* nell'alveo dello schema aristotelico sviluppa il suo discorso muovendosi nel solco tracciato da Heck della «obbedienza pensosa» (*denkender Gehorsam*)¹⁰⁸ del giudice alla legge. Una postura che ammette che da una medesima disposizione il giudice possa ricavare più «interpretazioni, tutte legittimamente sostenibili»¹⁰⁹, ma nel rispetto delle coordinate sottese al principio di legalità. E quindi senza mai sfociare «in arbi-

l'ordinamento a partire dalle istanze espresse da «una economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi», fino a farne un «mero accessorio dei rapporti dell'economia» si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 206.

¹⁰⁵ Sui tentativi di liquidare «questa nozione *passe-partout* che continuiamo per stanchezza a chiamare principio di legalità» si veda anche S. CASSESE, *Alla ricerca del sacro Graal. A proposito della rivista 'Diritto pubblico'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 796.

¹⁰⁶ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 5.

¹⁰⁷ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 106.

¹⁰⁸ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civilistische praxis*, 1914, p. 112.

¹⁰⁹ G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto: un'evoluzione storica e teorica* (2007), in *Id.*, *La comprensione del diritto*, cit., p. 14.

trio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo»¹¹⁰. Perché ciò che non si può ammettere è una «creatività male intesa» consistente nella «volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge. La direzione delle innovazioni possibili prodotte per via interpretativa è cioè, in ogni caso, prefissata dal contesto linguistico entro cui il giudice opera, contesto che seleziona le interpretazioni accettabili, facendo decadere quelle non compatibili con il sistema giuridico-culturale di riferimento»¹¹¹.

Ciò non impedisce, tuttavia, a Zaccaria di prendere atto che il mito illuminista che raffigurava il giudice come la *bouche de la loi* è stato travolto dall'irruzione delle società complesse. E che il «dogma di origine liberale che vincola l'interprete ad un rigido rispetto del principio di legalità»¹¹² ha in questi anni subito vistosi cedimenti. Ma questa fisiologica sovraesposizione del giudice alle fibrillazioni della società non può essere passivamente recepita sul piano giuridico e sociale, senza ponderarne le conseguenze. E anzi necessita di essere adeguatamente arginata dall'adozione di efficaci dispositivi di controllo sulla magistratura, dal momento che «non si può e non si deve esercitare una funzione *irresponsabilmente*»¹¹³.

Perché sarà pur vero che ad alimentare il protagonismo della magistratura e a fomentare la cd. «politicalità» della sua azione sia stato, in questi anni, il repentino declino delle istituzioni rappresentative. Ma ciò non può indurci ad essere spettatori inermi. L'espansione del ruolo della magistratura va contenuta e soprattutto va raccordata al modello di giurisdizione iscritto nella Costituzione repubblicana. Quello di un ordine e non di un potere, di un'autorità legittimata ad agire in conformità con la legge e non a generare un proprio indirizzo politico.

Di qui l'esigenza di recuperare seppure in forme nuove il canone

¹¹⁰ G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione* (2006), in ID., *La comprensione del diritto*, cit., p. 159. Analogamente A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., p. 110 che affronta la questione del giudizio in termini di «operazione intellettuale creativa, ma non arbitraria».

¹¹¹ G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, cit., p. 161.

¹¹² G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 15.

¹¹³ M. RAMAT, *Responsabilità politica della magistratura*, in *Foro amm.*, 1969, p. 16.

costituzionale dello *iudex sub lege* (art. 101.2 Cost.). Canone indefettibile posto dalla Costituzione a presidio della civiltà giuridica e a sugello del legame che tiene unito il giudice alla legge. E la giurisdizione alla democrazia.

A tracciare i confini dell'azione del giudice non è pertanto la morale, ma il diritto e, segnatamente, il testo normativo. Testo che il giudice è tenuto a interpretare, raccordandolo alla *ratio legis* (cosa diversa dall'*intentio legislatoris*) e ai principi costituzionali. Insomma – rileva Zaccaria – nella società contemporanea, la «soggezione del giudice alla legge, superato il vecchio paradigma giuspositivistico, deve essere riletta come soggezione alla legge in quanto coerente con la Costituzione»¹¹⁴. E se ciò gli fosse impedito dai contenuti della legge, il giudice avrebbe a sua disposizione una sola e obbligata strada da percorrere: porre la questione di legittimità costituzionale.

Un tentativo «moderno e avanzato», finalizzato a ridefinire i confini dell'azione giudiziaria e, soprattutto, ad arginare gli «spensierati teorici dell'interpretazione»¹¹⁵, impegnati a dissolvere il principio di legalità, «il *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegnando al legislatore e ai giudici un ruolo paritario nella produzione delle norme penali»¹¹⁶. Una sortita che ha, in questi anni, inquietato ampia parte della scienza giuridica preoccupata dei rischi che potrebbero derivare da una disinvolta archiviazione del «principio di legalità quale fondamento del paradigma garantista»¹¹⁷. E, soprattutto, timorosa per le inevitabili conseguenze che «questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione» potrebbe in futuro innescare sulle «libertà fondamentali» e sulla «tenuta dell'intero edificio dello stato di diritto con il suo insieme di garanzie contro l'arbitrio, altrimenti assoluto, nell'esercizio del potere giudiziario»¹¹⁸.

Siamo in presenza di tendenze che sarebbe sbagliato liquidare come marginali, estemporanee, di recente formazione. Tendenze incipienti

¹¹⁴ G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 153.

¹¹⁵ G. MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, p. 1267.

¹¹⁶ Ivi, p. 1255.

¹¹⁷ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, cit., p. 20.

¹¹⁸ *Ibidem*.

alimentate dalla (presunta) crisi degli Stati e, più specificatamente, dal consolidarsi dei processi di «formazione di un sistema giuridico per via giudiziaria nello spazio globale»¹¹⁹. Si tratta, al contrario, di tendenze risalenti nel tempo. Tendenze che hanno attraversato la storia del Novecento, condizionato i paradigmi culturali, forgiato la dottrina giuridica europea. E tutto ciò al fine (più o meno) esplicito di sganciare l'azione interpretativa del giudice dal testo normativo, riconoscendo ad essa la stessa postura nomopoietica della legge.

Ci si riferisce, in particolare, al normativismo kelseniano, per il quale il giudice è sì soggetto alla legge, ma solo sul piano procedimentale e solo ai fini del riconoscimento della validità formale delle sue decisioni. Non lo sarebbe però sul terreno dei contenuti. Né sul piano del rispetto dei dispositivi sostanziali veicolati (attraverso la norma) dal legislatore. E questo perché mentre, sul piano sistemico, il giudizio dissolve ogni costruzione ermeneutica incardinata sul discrimine tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*¹²⁰, sul piano sostanziale (e quindi sul piano della conformità della decisione ai contenuti della legge) tutte le soluzioni giudiziali alla fine «si equivalgono, anche se poi una sola di essa diventa diritto nella sentenza»¹²¹. Ne discende sul piano ordinamentale che sebbene la «produzione di norme generali» (universali) sia compito del legislatore, la produzione delle «norme individuali» (particolari) spetta invece al giudice¹²².

La conclusione alla quale la “teoria dell’interpretazione” approda non lascia dubbi in merito. È «il giudice [che] crea il diritto e anch’egli, in questa sua funzione, è relativamente libero»¹²³ (al pari del legislatore). E questo vorrebbe dire che, nei vigenti ordinamenti, il giudice si trova nelle condizioni sistemiche di per sé idonee a «produrre una

¹¹⁹ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 144. Sulla metamorfosi del potere giudiziario trasformato dai processi di globalizzazione in «organo di una società civile ormai cosmopolita» si veda F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 202.

¹²⁰ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 217 ss. Distinzione ripresa, fra gli altri, anche da G. ZACCARIA, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 160.

¹²¹ H. Kelsen, *Sulla teoria dell’interpretazione* (1934), in Id., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 162.

¹²² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 111.

¹²³ H. Kelsen, *Sulla teoria dell’interpretazione*, cit., p. 165.

norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare»¹²⁴, con la conseguenza «inevitabile» che sarà il giudice a decidere «nella veste di legislatore delegato anche nei casi nei quali il legislatore originario vorrebbe che si applicasse la sua legge»¹²⁵.

Si è soliti ribadire che la dottrina della creatività giudiziale, in polemica con la tradizione del positivismo giuridico, avrebbe, in questo ambito, scientemente operato per rovesciare il dispositivo di matrice hobbesiana «*auctoritas, non veritas facit legem*», opponendo ad esso la formula «*veritas, non auctoritas facit legem*». In realtà, su questo terreno, l'ermeneutica postgadameriana ha fatto molto di più. Ma anche di meno. Di più perché ha tentato forzatamente di sovvertire i rapporti tra legislazione e giurisdizione. Di meno perché nel perseguire tale obiettivo si è «limitato» a sostituire una «*auctoritas*» con un'altra, un potere con un altro, la politica con l'autorità giudiziaria. Né avrebbe potuto essere diversamente: «l'*esperienza di verità* cui tende l'ermeneutica, *nel diritto*, irrimediabilmente e inesorabilmente, si imbatte nell'autorità»¹²⁶.

5. *Phronesis e ragionevolezza*

Parte integrante della *phronesis* è la ragionevolezza. Ne è persuaso Serge Latouche che la raffigura nei termini di «saggezza del ragionevole»¹²⁷. Ma anche Gadamer, che però avverte:

«il nostro bisogno pratico di ragionevolezza esige tuttavia che noi pensiamo i nostri scopi con altrettanta determinatezza dei loro mezzi corrispondenti e cioè che noi siamo in grado, nel nostro agire, di preferire consciamente una possibilità di azione a un'altra»¹²⁸

¹²⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 388.

¹²⁵ H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 170.

¹²⁶ A. Catania, *Riconoscimento e potere*, Napoli, 1996, p. 129. Sul punto persuasivamente M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 394 che intravede in tutte «le dottrine della creatività giudiziale ... un sottile sentimento antipolitico» che si sostanzia, anzitutto, nella «svalutazione del testo degli enunciati legislativi».

¹²⁷ P. Latouche, *La sfida della ragione mediterranea*, in *Inoltre*, 1999, p. 146.

¹²⁸ H.G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 655.

E ciò al preminente fine di ricomporre, sul piano giudiziale, ciò che il legislatore ha separato, scomposto, spezzato. Di qui il delinearsi di «una nozione alternativa di *ragionevolezza* che, prendendo spunto dalla *phronesis* aristotelica, si presenterà come alternativa più duttile per affrontare i conflitti pratici e giuridici»¹²⁹. Soprattutto nell'ambito del giudizio sulle leggi, al punto che la *ragionevolezza* è stata, nel corso del tempo, elevata a «principio o canone pervasivo nella giurisprudenza costituzionale»¹³⁰.

Generato dal principio di eguaglianza, il giudizio di *ragionevolezza* si è poi, nel corso del tempo, rapidamente affrancato dal suo alveo originario. A tal punto da essere oggi divenuto una pratica sempre più diffusa, sul terreno giurisprudenziale, ma sempre meno ancorata, sul piano giuridico-costituzionale, all'art. 3 Cost. E ciò, soprattutto, a causa dell'avvenuta funzionalizzazione dell'agire *ragionevole* alla teoria dei valori¹³¹. Teoria che, assecondando gli scivolosi crinali del sillogismo giuridico, tende oggi a privilegiare un modello di *concretizzazione* del diritto affidato, più che al testo, allo svolgimento di procedure *ragionevoli* e all'assunzione, sul piano etico, di precise istanze argomentative. E questo perché «l'ermeneutica riconosce la validità non solo degli strumenti della metodologia giuridica, ma anche delle forme argomentative tipiche del ragionamento etico»¹³².

Di qui la tendenza del giudice delle leggi a «ricercare *il fondamento giustificativo della disciplina normativa*, per controllarne la corrispondenza, non già solo a un esterno parametro (la disposizione costituzionale), ma ad un interna istanza di plausibilità o persuasività, ossia di *ragionevolezza*, che consenta l'attuazione dei su detti valori»¹³³.

Anche, in questo caso, siamo però in presenza di tendenze che non possiamo definire recenti, né tanto meno accidentali.

Una prima significativa svolta su questo terreno si ebbe già con la

¹²⁹ M. MANGINI, *Etica democratica. Una riflessione sui valori etici nella società liberale*, Torino, 2013, p. 9.

¹³⁰ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 9.

¹³¹ Per una più approfondito svolgimento su questo punto si rinvia a C. DE FIORES, *Interpretazione per valori e principio di ragionevolezza*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, I, pp. 463 ss.

¹³² G. ZACCARIA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 154.

¹³³ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 10.

sent. n. 46/1959 (a breve seguita dalla sent. n. 15/1960) con la quale il giudice costituzionale rilevava che, nel giudizio di eguaglianza, «non basta accertare che la norma non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti dal primo comma dell'art. 3», dovendo ritenersi violato il medesimo principio anche «quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni».

Facendo leva su tali premesse metodologiche, il sindacato di eguaglianza fuoriusciva così, già nei primi anni di attività della Corte, dal tradizionale schema binario (imperniato sul rapporto esclusivo tra norma impugnata e parametro costituzionale) per abbracciare un modello giudiziale più aperto e articolato, di tipo ternario: norma impugnata, principio costituzionale di eguaglianza e *tertium comparationis*.

Una soluzione tarata sul fatto, coerente con il *kairos* aristotelico, ma per i teorici del creazionismo giurisprudenziale ancora insufficiente. Ad essere criticata, in particolare, era la sua rigidità, la struttura del giudizio da molti ritenuta «retorica»¹³⁴, il suo impianto inutilmente «replicativo» degli schemi ermeneutici sottesi al ragionamento per analogia¹³⁵.

La conclusione a cui questo orientamento culturale sarebbe tempestivamente approdato non lascia adito a dubbi. Da essa abbiamo appreso che lo schema ternario nasce carente e si sviluppa in modo fallace. Talmente fallace che oramai lo stesso «giudizio della Corte, per ciò che attiene alla sua struttura, si sviluppa a prescindere da ogni richiamo all'art. 3 Cost.»¹³⁶.

Una presa di posizione netta che origina da quanto avvenuto, tra gli anni '80-'90 del secolo scorso, in sede giurisprudenziale, prima con la sent. n. 567/1987 e successivamente con la sent. n. 421/1991. Sen-

¹³⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 47 per il quale «prevalentemente "retorico" è il ricorso all'eguaglianza per il solo scopo di "neutralizzare", nell'apparente rigore del ragionamento "trilaterale", decisioni che sono necessariamente assunte con riferimento ad un parametro sostanziale».

¹³⁵ In questo senso, in particolare, L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, I, Torino, 1987, p. 325.

¹³⁶ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 61.

tenze che recidendo ogni rapporto con l'art. 3 Cost., primo comma, hanno surrettiziamente (auto)attribuito al giudice costituzionale il potere di vagliare le scelte del legislatore anche sul piano della loro *intrinseca* ragionevolezza «a prescindere da ogni riferimento a *tertia comparationis*»¹³⁷.

Sul piano teorico, la questione è stata, in passato, significativamente posta da Robert Alexy che ha individuato il fondamento della ragionevolezza e la «soluzione ottimale» della sua applicazione traendoli non dalla sfera del giuridico, ma direttamente dalla morale. Alexy richiama il modello aristotelico, ma ne dissolve la portata ancorando il sapere pratico non alla legge (seppure al fine di adeguarla al caso concreto), ma alla morale:

«nell'ambito del diritto risolvere una questione pratica significa dire ciò che è dovuto. Ma tra i principi pertinenti per la soluzione di una questione pratica se ne trovano sempre alcuni che appartengono a una qualche morale»¹³⁸

Ne discende che il giudice nello svolgimento delle sue funzioni assume solo esteriormente («formalmente») una decisione di tipo giuridico, ma nei contenuti opera secondo i canoni del «giusto»: «egli decide il contenuto sulla base di ragioni morali, secondo la forma sulla base di ragioni giuridiche»¹³⁹.

Ecco allora svelato l'arcano della *phronesis* così come intesa dal pensiero postgademeriano e dai teorici della morale. Nella loro visione, il giudice, nello svolgere le proprie funzioni, non è più esclusivamente soggetto alla legge (ordinaria o alla legalità costituzionale nel caso della

¹³⁷ *La giustizia costituzionale del 2006* – Relazione del Presidente Franco Bile, in *Consulta OnLine*, 2006, p. 86. Relazione dalla quale apprendiamo, altresì, che misurando la «ragionevolezza intrinseca della norma in contestazione ... la Corte valuta o la coerenza della disciplina contestata con la *ratio* che la anima o la proporzionalità fra la disciplina e il risultato che essa vuole perseguire o la equità delle scelte legislative».

¹³⁸ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 79.

¹³⁹ Ivi, p. 80. Sul punto si rinvia alla riflessione critica di LORD REID, *The Judge as Law Maker*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 12/1972, 22 che, già nei primi anni Settanta del secolo scorso, considerava «scandaloso constatare che i giudici creino diritto, anziché dichiararlo».

Corte), ma opererebbe piuttosto sulla base di precetti di tipo morale che solo grazie alla mediazione giuridica formale e al tipo di decisione presa (sentenza, ordinanza) assumeranno, di volta in volta, i contenuti del diritto:

«ciò che l'immagine suggerisce è, in estrema sintesi, l'idea di una decisione guidata (non da regole o principi astratti, dotati di precise condizioni di applicazione e ordinati secondo una gerarchia predeterminata, ma) dalla virtù della ragionevolezza (*phronesis*): da una capacità, almeno in parte di carattere intuitivo, di individuare una linea di condotta che risponda in modo adeguato alle peculiarità del caso in esame»¹⁴⁰

È lungo questo crinale che è venuta consolidandosi la cd. cultura neocostituzionalista. Cultura che da una parte teorizza la compresenza necessaria di diritto e morale, «cosicché il diritto si impregna di valori morali e politici ed intrattiene una connessione necessaria con la morale»¹⁴¹. Dall'altra sussume la ragionevolezza quale istanza risolutiva di composizione di ogni conflitto, l'unico dispositivo idoneo – grazie alle virtù del bilanciamento ad esso sottese – di assicurare la pacifica coesistenza tra le diverse istanze che animano il testo costituzionale. Si tratta di una posizione ampiamente argomentata da Ronald Dworkin che, in *Law's Empire*, approda alla conclusione che è la sostanza morale (*substance*) a permeare il diritto e a consentire al giudice di “disvelare” la soluzione più corretta al caso.

A questo (idealtipo di) giudice, Dworkin darà il nome di *Ercole*: un «giudice immaginario» smisuratamente assennato (perché munito di *integrity*). E, in quanto tale, «dotato di un potere intellettuale di una pazienza sovrumana che faccia propria la concezione del diritto come integrità»¹⁴².

Ma la morale e la *phronesis* non sono sinonimi. Né la nozione di *integrity* può essere assunta alla stregua di una variabile dipendente di quest'ultima: «la *substance* fa riferimento soltanto ai principi morali,

¹⁴⁰ B. CELANO, *Giustizia procedurale pura e teorie del diritto*, in *Riv. inter. fil. dir.*, 3/2002, p. 105.

¹⁴¹ R. ZACCARIA, *Sul bilanciamento nel diritto*, in ID., *Postdiritto*, cit., p. 233.

¹⁴² R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Milano, 1989, p. 225.

dunque, rispetto alla *phronesis* manca del tutto l'attenzione di Ercole nei confronti dell'etica in senso stretto»¹⁴³.

Ecco così delineati i due fronti portanti della teoria neocostituzionalista. Da una parte l'affermazione del «vincolo di connessione» tra morale e diritto che Dworkin declina nei termini di «*moral reading*»¹⁴⁴. E, quindi, di un procedimento ermeneutico in base al quale «l'argomentazione giuridica è un'argomentazione tipicamente e passivamente morale»¹⁴⁵.

Dall'altra l'elevazione della «*political morality*» a fondamento del diritto costituzionale¹⁴⁶. A presidiarne il primato non può che essere la Corte suprema: l'élite illuminata della nazione («elite legal profession») ¹⁴⁷, appositamente selezionata per operare ai vertici dell'ordinamento nelle vesti di «custode della morale»¹⁴⁸. Insomma – chiosa Dworkin – «una corte *attivista*, nel senso che deve essere preparata a formulare e a rispondere a questioni di moralità politica»¹⁴⁹.

La virtuosa propensione del giudice a comporre i conflitti, attraverso l'esercizio della ragionevolezza, allude fatalmente a una «edulcorata visione di un mondo interamente pacificato, nel quale i valori sociali di riferimento sono stati recepiti (positivizzati) una volta per tutte nelle costituzioni o nelle carte internazionali dei diritti»¹⁵⁰. Ma il diritto con il quale siamo quotidianamente chiamati a fare i conti non è un diritto pacificato. E il mondo in cui esso opera non è un mondo senza conflitti. Non tenerne conto è rischioso. Ecco perché le soluzioni avanzate in questi anni dall'offensiva neocostituzionalista appaiono temerarie: esse

¹⁴³ M. MANGINI, *Etica democratica. Una riflessione sui valori etici nella società liberale*, cit., p. 75.

¹⁴⁴ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996 per il quale «i giuristi e i giudici nella loro attività quotidiana, trattano istintivamente la Costituzione come se esprimesse precetti morali astratti da applicare a casi concreti sulla base di giudizi morali calibrati nella contingenza» (p. 3).

¹⁴⁵ R. DWORKIN, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 158.

¹⁴⁶ R. DWORKIN, *Freedom's Law*, cit. p. 2 che vede nel *moral reading* il vettore in grado di condurre la «political morality into the heart of constitutional law».

¹⁴⁷ Ivi, p. 29.

¹⁴⁸ Ivi, p. 3.

¹⁴⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 261.

¹⁵⁰ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023, p. 13.

«non menano alla salvezza, ma alla perdizione»¹⁵¹, non puntano alla *phronesis*, ma al *kaos*.

6. *Phronesis e razionalità*

La «saggezza del ragionevole (*phronesis*)» non coincide però con «l'impero del razionale»¹⁵². E «non è detto che ciò che è “meramente razionale” sia anche ragionevole»¹⁵³.

Non tutti però ne sono persuasi. Non è un caso che ad essere prevalsa, in questi anni, è una diversa idea di ermeneutica. Un modello di segno opposto dal quale abbiamo appreso che la *phronesis* è parte integrante della razionalità. E questo perché lo stesso «argomentare dialettico è presente sui due piani in cui si muove la razionalità pratica: la *phronesis* e la scienza etica»¹⁵⁴. Di qui l'equazione ragionevolezza-razionalità. Un binomio stringente e destinato, nel corso degli anni, a divenire un dato di sistema, un'idea consolidata, un'acquisizione di senso comune. Anche sul piano giurisprudenziale.

Le formule impiegate, in sede di giudizio delle leggi, sebbene stilisticamente variegata, appaiono tutte concordi nella sostanza e convergenti nei contenuti. E tali da sospingere, in più circostanze, il giudice costituzionale a dichiarare illegittima una norma perché «priva di razionalità» (sentt. n. 98/1975, n. 114/1994; n. 381/2006); connotata da «inequivoca irrazionalità» (sentt. n. 155/1990, n. 74/2008); da «irrazionalità intra legem» (sentt. n. 86/2013, n. 208/2020, n. 233/2022, n.

¹⁵¹ Ivi, p. 261.

¹⁵² P. LATOUCHE, *La sfida della ragione mediterranea*, cit., p. 146 che considera il binomio razionalità-ragionevolezza foriero di soluzioni epistemologiche fuorvianti che non fanno i conti con la «doppia natura della *phronesis*, natura tecnica e natura etica» (p. 148).

¹⁵³ G.H. VON WRIGHT, *Images of Science and Forms of Rationality in The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leiden, 1993, p. 173, per il quale «la razionalità, se raffrontata con la ragionevolezza, concerne anzitutto la correttezza formale del ragionamento e l'efficacia dei mezzi impiegati in vista di un fine ... I giudizi di ragionevolezza sono, invece, orientati ai valori. Essi riguardano il modo corretto di vivere e ciò che giusto o sbagliato per l'essere umano. Ciò che è ragionevole è, naturalmente, anche razionale, ma non è detto che ciò che è “meramente razionale” sia anche ragionevole».

¹⁵⁴ I. YARZA, *La razionalità dell'etica di Aristotele. Uno studio su Etica Nicomachea*, Roma, 2001, I, p. 47.

95/2024); da «irrazionalità intrinseca» (sentt. n. 215/1983; n. 58/2006; n. 433/2008, n. 96/2012, n. 166/2018, n. 197/2023); da «irrazionalità irrefutabile» (sentt. n. 81/1992, n. 126/2021). O, più genericamente, da «irrazionalità manifesta» (sentt. n. 7/1987, n. 274/1997, n. 202/1999, n. 138/2011, n. 220/2015).

Anche per il giudice delle leggi, in definitiva, la razionalità altro non è che una declinazione della *phronesis*, intesa quale variabile dipendente del criterio di ragionevolezza: «è razionale ciò che è agito in conformità alla ragione»¹⁵⁵.

Tuttavia, nel caso del principio di razionalità, è possibile riscontrare l'insistenza di un ulteriore campo di innesto. Un crinale compulsivo e *sui generis* del quale non possiamo trascurare i contenuti. Né tantomeno le implicazioni. Ci si riferisce al nesso razionalità-economia e più precisamente alla nozione di «razionalità economica» intesa come «razionalità dell'agire economico»¹⁵⁶.

A partire dalla fine del secolo scorso, la «razionalità economica» ha avuto il suo sopravvento ovunque, divenendo il «metro di orientamento» delle relazioni sociali, dell'azione politica degli Stati, delle giurisprudenze costituzionali. Un fenomeno pervasivo, in questi anni, venutosi aggravando, soprattutto a seguito dell'inasprirsi della «crisi della ragione politica, che è alla base della crisi della ragione giuridica, provocata dal primato accordato alla ragione economica»¹⁵⁷.

Si tratta di due dimensioni (dominio del capitale ed espansione delle giurisdizioni) intimamente intrecciate e complementari. E che, come tali, vanno assunte. Non comprenderemmo altrimenti la ragione della crescita smisurata degli arbitrati quale modello alternativo di giustizia: un vero e proprio sistema giudiziario «parallelo», incardinato sulla supremazia del «giudice privato (l'arbitro), al quale i moduli contrattuali impongono usualmente che sia rimessa la decisione»¹⁵⁸. Né per quali ragioni ci si è, in questi anni, «consegnati» a un sistema ibrido di

¹⁵⁵ F. RIMOLI, *Razionalità e ragionevolezza nel processo di positivizzazione del diritto: riflessioni brevi su una prospettiva teorica*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 2914.

¹⁵⁶ L. GALLINO, *Razionalità*, in *Dizionario di sociologia*, Torino, 2003, p. 556.

¹⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 23.

¹⁵⁸ P. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*, cit., p. 60.

composizione delle controversie qual è quello delle *authorities*: autorità “amministrative” sui generis, dotate di poteri paragiurisdizionali e poteri normativi. E, quindi, in grado di regolare e governare la vita sociale (dalla privacy al diritto di sciopero). La cultura giuridica neoliberale li ha sempre definiti “poteri neutrali”. E tali effettivamente sono. E lo sono in quanto perseguono una finalità di fondo: neutralizzare il conflitto e imbrigliarne la forza¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Per più ampie ed esplicite considerazioni su questo punto, si rinvia a C. DE FIORES, *Sulle perversioni del neoliberalismo e sui suoi riflessi costituzionali*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 1/2020, pp. 147 ss.

GOVERNABILITÀ IN SENSO “INGEGNERISTICO” E RAPPRESENTANZA PROPORZIONALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE NELLA PROSPETTIVA DEL «COSTITUZIONALISMO CRITICO»

ANDREA DEFFENU

Sommario: 1. Governabilità e semplificazione dei sistemi politici. – 2. La governabilità intesa in senso «ingegneristico» e la legislazione elettorale. – 3. La governabilità secondo la Corte costituzionale. – 4. La governabilità nel disegno di legge costituzionale Meloni-Casellati.

1. Governabilità e semplificazione dei sistemi politici

Le presenti riflessioni originano dalle parole di Luigi Ferrajoli, secondo cui la semplificazione dei sistemi politici è uno dei processi degenerativi di quest'epoca e, di conseguenza, la forma del “governo forte”, espressione del principio maggioritario, è quella più funzionale alla logica dei mercati¹. A conferma di ciò vorrei mostrare, con lo sguardo del «costituzionalismo critico»², come un incredibile «apparato retorico»³ abbia trasformato il concetto di governabilità – inteso in senso antitetico alla rappresentanza – in uno dei postulati più pericolosi dell'ideologia neo-liberista e anti-democratica, facendolo assurgere a principio in grado, come vedremo, sia di entrare, nella giurisprudenza costituzionale, nel gioco del bilanciamento con la rappresentanza proporzionale⁴, sia di porsi quale presupposto concettuale delle proposte di revisione costituzionale più recenti, così da soverchiare il principio democratico della rappresentanza, marginalizzandolo e trasformandolo in un principio tutt'al più da tollerare, se non addirittura da sacrificare⁵.

¹ Si veda il saggio di L. FERRAJOLI, *Globalizzazione, crisi della democrazia e alternativa costituzionale*, pubblicato in questo Volume, pp. 19 ss.

² G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, pp. 1 ss.

³ Si veda il saggio di A. SOMMA, *Il successo del giurista in un mondo dominato dagli economisti neoliberali*, pubblicato in questo Volume, pp. 31 ss.

⁴ V. *infra*, § 3.

⁵ V. *infra*, § 4.

Si tratta di un fenomeno di una gravità tale da meritare un supplemento di riflessione.

2. *La governabilità intesa in senso «ingegneristico» e la legislazione elettorale*

Sono noti gli argomenti impiegati in dottrina e nel dibattito politico per spiegare, giustificare, difendere le leggi elettorali maggioritarie in nome della «governabilità». Sembra essersi diffusa, in sostanza, l'idea secondo la quale «governabilità» e «rappresentanza» si rapporterebbero tra loro come principi/obiettivi ontologicamente inconciliabili e che, di conseguenza, il compito del legislatore, in sede di scrittura della disciplina elettorale, consisterebbe nel ponderarli tra loro. In questi termini, per i difensori delle esigenze della «governabilità» una legge elettorale volta a garantire il massimo della funzione rappresentativa dell'assemblea parlamentare (si pensi ad un sistema elettorale proporzionale con correttivi deboli o assenti) comporterebbe il sacrificio pressoché totale del principio di governabilità e quindi, a cascata, implicherebbe maggioranze instabili, governi precari, difficoltà/incapacità di elaborare e attuare politiche pubbliche efficaci; al contrario, una legge elettorale preordinata al fine di favorire o garantire la «governabilità» (si pensi a una formula maggioritaria uninominale o alla soluzione *majority-assuring* prevista dalla oggi superata legge n. 52/2015) favorirebbe/determinerebbe maggioranze coese, governi di legislatura, *policy making* efficaci, pur implicando ineluttabilmente la riduzione, più o meno ampia, del tasso di rappresentatività dell'organo elettivo.

La posizione sopra riassunta, che ho volutamente estremizzato per renderla nel modo più chiaro possibile, non mi convince affatto. Infatti, ritengo che si possa riflettere della questione «governabilità» in rapporto alla legge elettorale in una prospettiva differente rispetto a quella qui criticata, ovvero che si possa cogliere della «governabilità» una dimensione non antitetica, ma complementare e integrativa con il principio di rappresentatività, così da renderla compatibile con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale repubblicano. Quello che viene spesso presentato come assioma indiscutibile (in sintesi: maggiore governabilità = minore rappresentatività; maggiore rappresentatività

= minore governabilità) e che sorregge molti degli argomenti difensivi delle leggi elettorali maggioritarie e della proposta di elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri, tale non è, risultando tutt'al più una delle *doctrines* sulle questioni elettorali e istituzionali alla quale è possibile, ovviamente, aderire o al contrario opporre altre, a mio parere più aderenti e compatibili con i principi di fondo della Costituzione italiana.

La dottrina della «governabilità», che pare oggi dominante nel dibattito italiano, ricorda per alcuni tratti, come è stato messo in luce con efficacia⁶, la polemica antiparlamentare e anti-proporzionalistica di fine Ottocento, poi tornata in auge alla fine dello scorso secolo. A partire dal dibattito sui presunti limiti e criticità della forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione italiana e sviluppatosi subito dopo la sua entrata in vigore, «la retorica della governabilità si è imposta con sempre maggiore forza, secondo un significato e con finalità, tuttavia, molto distanti dalle riflessioni da cui avevano preso le mosse i Costituenti»⁷. Messe da parte le riflessioni sul rapporto tra crescita delle domande sociali e ingovernabilità del sistema democratico dalle quali si erano mosse le notissime proposte elaborate dalla Trilaterale «... di esse in Italia ci si è appropriati per convalidare e consolidare le tesi più diverse sulla necessità di rafforzare l'esecutivo e verticalizzare il funzionamento dell'assetto di governo, in primo luogo attraverso l'investitura diretta del Capo dello Stato ovvero del “Capo dell'esecutivo”»⁸.

Si è affermata, in sostanza, una versione “ingegneristica” della «governabilità», in forza della quale per superare la supposta instabilità governativa, ritenuta fonte di politiche pubbliche inefficaci, sarebbe necessario operare artificialmente sulla formazione delle maggioranze in Parlamento al fine di favorire o addirittura garantire un governo di legislatura. E infatti, come sappiamo, tra i possibili interventi riformatori finalizzati a raggiungere tale obiettivo sono stati elaborati (e in parte approvati) anche quelli destinati a introdurre una legislazione elettorale

⁶ E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, pp. 39 ss.

⁷ Ivi, p. 41.

⁸ Ivi, pp. 42-43.

“maggioritaria”, tale da creare le precondizioni richieste dalla dottrina della «governabilità». È all’interno della filosofia della «governabilità» e della democrazia maggioritaria, dunque, che devono essere interpretate, seppur con diverse sfumature, la sequenza di leggi elettorali approvate negli ultimi decenni dal Parlamento italiano.

Si pensi, ad esempio, alla ben nota disciplina elettorale introdotta, in un recente passato, dalla legge n. 52/2015⁹. Secondo i suoi sostenitori in Parlamento, tale disciplina era espressione di un ragionevole equilibrio tra la «governabilità» del Paese, intesa come obiettivo positivo da raggiungere, e la funzione rappresentativa dell’Assemblea elettiva, intesa come vincolo negativo non superabile oltre una certa soglia. Detto in altri termini, per ottenere una maggiore «governabilità», ovvero più stabilità del Governo e maggiore capacità decisionale dello stesso, si sarebbe dovuta parallelamente ridurre la capacità rappresentativa del Parlamento¹⁰. È uno schema di ragionamento che, *mutatis mutandis*, è stato seguito anche in sede di redazione della legislazione elettorale successiva, fino alla oggi vigente legge n. 165/2017.

Siamo di fronte a quella che potremmo qualificare, come più sopra si accennava, come una versione “ingegneristica” della «governabilità» e che fa leva sul presunto legame necessario tra legge elettorale, «governabilità» e forma di governo: le elezioni del Parlamento non servirebbero più (o solamente) per rappresentare, ma (soprattutto) per stabilire chi vince e quindi governa. In questa prospettiva, la capacità rappresentativa dell’assemblea parlamentare potrebbe essere alterata e quindi sacrificata (anche se non è sempre chiaro quale sia il limite massimo) per consentire il raggiungimento dell’obiettivo «governabilità».

⁹ Legge elettorale sulla quale è intervenuta la sent. n. 35/2017 della Corte costituzionale.

¹⁰ Questo ragionamento si ricava con estrema chiarezza, tra i tanti, in alcuni passaggi di un intervento della relatrice dell’allora disegno di legge in materia elettorale svolto nella prima commissione della Camera dei deputati. Dopo aver richiamato i vincoli al legislatore derivanti dalla sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale la relatrice rilevava l’opportunità di elevare la soglia necessaria per ottenere il premio di maggioranza, allora fissata al 37%, «allo scopo di rendere compatibile con i canoni costituzionali la divaricazione – inevitabile per garantire la governabilità – tra la composizione dell’organo della rappresentanza politica e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto».

3. La governabilità secondo la Corte costituzionale

Neppure la Corte costituzionale è riuscita ad arginare concettualmente l'affermazione di questo modo di intendere la governabilità. Infatti, la versione «ingegneristica» della governabilità è stata, almeno in parte, assorbita anche dalla giurisprudenza costituzionale nelle decisioni in materia elettorale ove ha evocato, e non marginalmente, la «governabilità», qualificandola ora come obiettivo costituzionalmente legittimo, ora come obiettivo di rilievo costituzionale bilanciabile con il principio di rappresentatività del Parlamento.

Si pensi, su tutte, alla ben nota sentenza n. 1/2014, che in ben cinque passaggi si sofferma sulla «governabilità» e indica gli effetti sistemici che essa sarebbe in grado di produrre nell'ordinamento. Nel rileggere questa decisione, al di là dell'aspetto positivo legato al *dictum* trasparente, in sostanza, una sorta di adesione «acritica» alla governabilità intesa nel senso sopra indicato.

Innanzitutto, nel punto 3.1 del *Considerato in diritto* il giudice delle leggi, nell'individuare la *ratio* delle disposizioni elettorali impugnate, afferma che esse «sono dirette ad agevolare la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale, ciò che costituisce senz'altro un obiettivo costituzionalmente legittimo». In un secondo e in un terzo passaggio dello stesso punto la Corte osserva, inoltre, che le norme censurate perseguono, rispettivamente, il «... legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari e quindi di stabili governi ...» e il fine «... della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare». Nel punto 4 del *Considerato in diritto*, infine, la Corte rileva che lo scopo delle norme della cui incostituzionalità si dubita è di «... garantire la stabilità di governo e l'efficienza decisionale del sistema ...» e che la disciplina elettorale relativa, in particolare, al Senato «... rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo ...».

Le prime quattro affermazioni richiamate esplicitano e chiariscono che cosa la Corte intenda per «governabilità» e vanno lette assieme perché si completano vicendevolmente (la quinta proposizione, al contra-

rio, può essere tralasciata perché ha un contenuto meramente ripetitivo delle altre). La «governabilità», dunque, per il giudice delle leggi è un obiettivo di rilievo costituzionale – generabile da una certa normativa elettorale – volto a, in sequenza: a) agevolare la formazione di una adeguata, nel senso di stabile, maggioranza in Parlamento; b) favorire la formazione di stabili governi; c) garantire la stabilità del governo del Paese; d) rendere più rapido ed efficiente il processo decisionale nell’ambito parlamentare; e) garantire l’efficienza decisionale del sistema. Detto in altri termini, forti correttivi alla formula proporzionale e quindi al principio di rappresentatività dell’assemblea parlamentare come la previsione di un premio di maggioranza, sarebbero costituzionalmente ammissibili (sempre che siano proporzionati e ragionevoli) in quanto portatori del contrapposto interesse, costituzionalmente rilevante, alla «governabilità».

La premessa della Corte secondo cui «rappresentanza» e «governabilità» sono bilanciabili (pur senza determinare il sacrificio eccessivo della prima) in quanto per ottenere governabilità, stabilità ed efficienza deve essere ridotto il tasso di rappresentatività del Parlamento è, ripetuto, espressione di una ideologia, quella della «governabilità» “ingegneristica”, che trova radici non tanto nei principi costituzionali quanto piuttosto in un certo dibattito politico e dottrinario.

La Corte costituzionale, in sostanza, accoglie acriticamente e con pienezza, quasi si trattasse di considerazioni incontrovertibili, l’idea che la «governabilità» così intesa possa essere favorita, agevolata, garantita da una legge elettorale che comporti il sacrificio più o meno ampio della rappresentatività dell’organo parlamentare: si tratta di uno dei punti più rilevanti (e meno felici) della sentenza n. 1/2014, non attentamente considerato dalla dottrina. Accogliere tra le motivazioni della decisione questa idea di «governabilità», difatti, significa nulla più che aderire ad una concezione ideologicamente distorta della democrazia, posizione questa che muove dal presupposto – opinabile – che i regimi politici “maggioritari” funzionerebbero meglio di quelli “consensuali”; che i sistemi elettorali proporzionali, al contrario di quelli maggioritari, genererebbero instabilità e inefficienza; che la capacità rappresentativa dell’organo parlamentare dovrebbe o potrebbe essere artificialmente alterata dalla disciplina elettorale al fine di raggiungere l’obiettivo della

governabilità, e così via. Ma tutte queste affermazioni se non dimostrate giuridicamente, assumono il valore di meri postulati, nulla di più. A conferma di quanto qui affermato è sufficiente rinviare ai noti studi di Lijphart, che mostrano come il concetto di governabilità vada inteso in una prospettiva differente e più costituzionalmente “sensibile”, si potrebbe aggiungere, oltretutto come capacità di governo del Paese, se si vuole dello Stato-comunità. Lijphart dimostra come in certi contesti le democrazie consensuali, che tipicamente adottano leggi elettorali proporzionali, funzionano “meglio” (*rectius*, garantiscono maggiore governabilità) delle democrazie maggioritarie, che al contrario si caratterizzano per il prediligere leggi elettorali maggioritarie¹¹. Questo dimostra come la versione “ingegneristica” della governabilità sia solamente un mero postulato ideologico e che il legame tra «governabilità» e legge elettorale non sia affatto ontologicamente necessario.

4. La governabilità nel disegno di legge costituzionale Meloni-Casellati

L'assorbimento del postulato ideologico qui criticato, oltretutto l'adesione acritica alla concezione “ingegneristica” della governabilità, che nel dibattito politico è diventata un vero e proprio luogo comune, ha portato ad un'ulteriore avanzata di questa impostazione anche sul versante della revisione costituzionale¹². Appare emblematico, in questi termini, il disegno di legge costituzionale volto a introdurre il cosiddetto premierato elettivo e in corso di esame in Parlamento¹³.

Non prenderò in esame l'intero testo, ma solamente quello che diverrebbe il comma 3 del nuovo articolo 92 della Costituzione se il disegno di legge costituzionale fosse approvato. Si tratta, difatti, di una norma estremamente significativa per l'idea di «governabilità» che esprime: «La legge disciplina il sistema per l'elezione delle Camere e del

¹¹ A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2014.

¹² Non è certo una novità. Per il passato sia consentito rinviare ad A. DEFFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Torino, 2006.

¹³ Si tratta dell'A.S. n. 935 recante “Modifiche alla parte seconda della Costituzione per l'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri, il rafforzamento della stabilità del Governo e l'abolizione della nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica”, approvato dal Senato e, nel momento in cui si scrive, all'esame della Camera dei deputati.

Presidente del Consiglio, assegnando un premio su base nazionale che garantisca una maggioranza dei seggi in ciascuna delle Camere alle liste e ai candidati collegati al Presidente del Consiglio, nel rispetto del principio di rappresentatività e di tutela delle minoranze linguistiche»¹⁴. Si tratta di una previsione insidiosa: da un lato introdurrebbe nella Costituzione del '48 l'idea "forte" della governabilità intesa come "premio" in seggi da assegnare alla maggioranza, dall'altra derubricherebbe la rappresentatività a mero principio da salvaguardare, sullo stesso piano della tutela delle minoranze linguistiche. È evidente che non si può, nello stesso tempo, per il principio di non contraddizione, garantire la maggioranza con un premio espressamente previsto in Costituzione, premio per sua natura foriero di imprevedibili effetti dis-rappresentativi e, nello stesso tempo, rispettare il principio di rappresentatività del Parlamento. La proposta normativa richiamata non è altro che il tentativo di introdurre, da parte di forze politiche che non si riconoscono nei principi fondativi della Costituzione del '48, istituti o principi con i primi manifestamente incompatibili. Saremmo di fronte alla definitiva assimilazione, in Costituzione, della «governabilità» intesa in senso meramente «ingegneristico» e alla conseguente affermazione dell'idea secondo cui la funzione rappresentativa del Parlamento sarebbe ancillare, secondaria, sacrificabile rispetto alle esigenze di stabilità dell'Esecutivo¹⁵: è un tentativo di riforma costituzionale che, osservato con lo sguardo del costituzionalismo critico, non può essere accettato e contro il quale è necessario lottare e contrapporsi.

¹⁴ Questa norma è contenuta nell'art. 5 del disegno di legge costituzionale in esame.

¹⁵ Si è affermato, con ragione, che «... la proporzionale è l'unico sistema che non si presta alle prevaricazioni di una parte sulle altre, cioè che esclude l'eventualità che la legge elettorale, invece di servire come espressione della sovranità dei cittadini, sia fatta con l'intenzione di vincere la partita e sconfiggere gli avversari» (G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2014, p. 2982).

LA FIDUCIA NELLA RAPPRESENTANZA COME PREMESSA DI METODO DEL COSTITUZIONALISMO CRITICO

MICHELE DELLA MORTE

Sommario: 1. La governabilità come fattore di risoluzione della crisi democratica. – 2. La narrazione anti-rappresentativa e la critica costituzionale. – 3. Cosa ci dicono i recenti tentativi di riforma costituzionale?. – 4. L'era degli squilibri. – 5. Tornare alla rappresentanza (e alla partecipazione).

1. La governabilità come fattore di risoluzione della crisi democratica

In un contributo pubblicato agli inizi degli anni '80, a ridosso dei lavori della Commissione bicamerale Bozzi, operante nel corso della XI legislatura, a cui si deve il primo importante tentativo di ipotizzare, nella sede parlamentare, un'ampia rivisitazione della forma di governo repubblicana, la dottrina ha approfondito le teorie della crisi della democrazia che avevano alimentato il dibattito tra i componenti dell'organismo.

I campi presi in considerazione furono i seguenti: a) la crisi di rappresentanza; b) la crisi decisionale; c) la crisi fiscale¹.

In merito al primo profilo, concernente la crisi di rappresentanza, la dottrina giunse a considerarla, nel solco di una scia di autori impegnati su questo tema, la “versione nobile liberal e progressista” dei problemi connessi alla governabilità in Italia². Al centro della ricostruzione, e, in fondo dei complessivi dibattiti dell'epoca, l'antica *querelle* tra forma del sistema politico ed emersione di nuovi bisogni e nuove istanze incapaci di essere soddisfatte non tanto dalla democrazia nel suo complesso, come volevano, ad esempio, gli estensori del rapporto alla Trilaterale alla metà degli anni '70 (sul quale si tornerà in seguito), quanto dal sistema democratico organizzato in *quella* forma di governo, ovvero nella forma di governo parlamentare a debole razionalizzazione soste-

¹ Cfr. G. PASQUINO, *Teoria e prassi dell'ingovernabilità nella Commissione per le riforme istituzionali*, in *Stato e mercato*, 15, 1985, p. 366.

² Ivi, p. 367.

nuta da una legge elettorale di stampo proporzionale. In tal senso, un particolare accento era posto sull'incapacità delle Camere di fornire risposte eque, rapide e convincenti alle domande crescenti anche in funzione del sistema di *welfare* allora in azione.

Nel merito, le principali soluzioni ipotizzate – con diversità di vedute a seconda del posizionamento dei gruppi politici rappresentati nella Commissione Bozzi – spingevano per un recupero del ruolo delle assemblee rappresentative, proponendone, tuttavia, un aggiornamento in termini di funzionalità e – solo come conseguenza di quella – di rappresentatività³. In questa direzione, riforma della legislazione elettorale e auto-riforme della politica (del sistema dei partiti, del sistema sindacale, prospettive neo-corporativiste, finanziamento pubblico ecc.) rappresentarono, sin d'allora, opzioni passate in rassegna.

In realtà, il fenomeno della crisi della rappresentanza, si dimostrava, già all'epoca, difficile da risolvere, soprattutto a causa delle enormi questioni teoriche che la stessa nozione implica di per sé; la rappresentanza, se politica, se fondata, com'è, sulla libertà di mandato (art.67 Cost.) sconta, infatti, un'imperdonabile irriducibilità funzionale, che si riflette nella tensione nei confronti di una rappresentatività che non riesce – né può riuscire – mai a soddisfare definitivamente⁴.

La conclusione della dottrina, in quell'occasione, fu, dunque, improntata ad un realismo critico: “nessun specifico istituto, nessuna specifica organizzazione, nessun specifico meccanismo garantisce di per sé l'esistenza di efficace rappresentanza politica”, laddove la parola “efficace” sembrava suggerire, seppur implicitamente, l'esigenza di proteggere gli assetti istituzionali e statali da crisi ripetute, naturali in virtù della menzionata connotazione aporetica della rappresentanza e delle

³ Sulla rappresentatività ancora utile il riferimento a T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 11^a ed. (a cura di G. Silvestri), Milano, 2005, 223, che ha da tempo spiegato che tale nozione, diversamente dalla rappresentanza, attiene al momento della libertà, trovando il suo fondamento nel “consenso, nella corrispondenza (in senso etimologico) popolare, in una parola nella consonanza che si viene a stabilire fra governanti e governati quando i primi riescono a tradurre in formule giuridiche, e quindi a tutelare, i valori che si manifestano come preminenti nella comunità che li ha espressi”.

⁴ Su questi argomenti cfr. B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna, 1999, pp. 12 ss. Più di recente, interessanti spunti teorici in I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

possibili (si consideri anche il contesto dell'epoca) tendenze assembleari, o, ancora, *radicalmente* partecipative⁵.

Il secondo argomento evocato dalla dottrina, la crisi decisionale, aveva ad oggetto il Governo e, di conseguenza, la sua autorità e la sua legittimità, in funzione di un'unità impensabile da raggiungere, come si accennava, per mezzo della rappresentanza, che, di lì a qualche anno, sarebbe stata, infatti, declinata in prospettiva *decidente*. Colse nel segno, dunque, chi individuò proprio in quel preciso momento l'avvio di un complesso iter di riforme rivolto a valorizzare gli aspetti decisionisti e le strategie dell'azione politica a livello di "governi" (nazionale, regionale, locale), che iniziarono ad essere considerati assi portanti di una concezione *efficiente* della democrazia⁶.

Nell'ottica della governabilità, come incremento della capacità decisionale, ogni realistica soluzione del problema transitava per la revisione costituzionale della forma di governo, anche nel verso della legittimazione popolare diretta del suo vertice⁷. L'idea di fondo che sostenne il campo dei fautori della trasformazione attraverso la governabilità, era che la crisi democratica derivava dalla "crisi dell'assetto complessivo dell'Esecutivo; dalla struttura del Governo, dai rapporti tra Esecutivo e Legislativo, dai rapporti tra Esecutivo e Pubblica Amministrazione e, infine, dai rapporti tra Esecutivo e Autonomie locali"⁸.

Tra le strade utili per giungere ad un rafforzamento del Governo, in quell'occasione, e successivamente, furono avanzate determinate soluzioni strutturali-organizzative, con particolare riferimento alla riforma dell'ordinamento della Presidenza del Consiglio e, come complemento quasi necessario, riforme inerenti al disciplinamento del Parlamento. Al sistema stabile e solido, si sarebbe potuti e dovuti giungere, insom-

⁵ Cfr. G. PASQUINO, *op. cit.*, p. 373.

⁶ G. BUCCI, *Stato democratico sociale e "bonapartismo mercatista"*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, V, Napoli, 2009, spec. p. 1838, secondo il quale la "Commissione Bozzi lasciò disseminati, sul tragitto della politica parlamentare, una serie di detriti che furono utilizzati nelle occasioni successive". Sull'opera complessiva della Commissione cfr. G. FERRARA, *Le risultanze della Commissione Bozzi: un giudizio*, in *Dem. e dir.*, 1985, pp. 7 ss.

⁷ Cfr. G. PASQUINO, *op. cit.*, p. 378.

⁸ *Ibidem*.

ma, attraverso due strade complementari e contestuali: rafforzare il Governo e rendere efficace e produttiva l'azione delle Camere.

Tale ultima concezione era, infatti, fondata sulla premessa secondo la quale un Governo forte dell'investitura popolare diretta avrebbe potuto esercitare le sue funzioni senza eccessivi impedimenti, anche tramite un utilizzo più ampio del decreto-legge, corredato dalla proposizione di correlate questioni di fiducia⁹.

Consolidare l'Esecutivo (e la sua azione) e ripensare il Parlamento (e la sua azione), si presentavano, insomma, come facce della stessa medaglia, segnata dal luccichio della governabilità.

Nella terza prospettiva richiamata dalla dottrina, quella della crisi fiscale, il tema si poneva (e ancora si pone, seppur con complicazioni ulteriori) in riferimento alla relazione tra progressività, accumulazione e re-distribuzione. Un campo particolarmente complesso, quello indicato, che intrecciava da vicino i problemi che all'epoca iniziavano a manifestarsi con urgenza: crescita inflazionistica e garanzia dell'ordine dei bilanci, statali e locali. Un tema cruciale, in effetti, e di grande portata, per certi aspetti decisivo, che allora era oggetto di attenzione con riferimento alle teorie del c.d. ciclo economico-politico e nella direzione di un inasprimento dei vincoli di spesa, nell'ottica di una loro razionalizzazione.

La Commissione non giunse, per contrasti interni alle forze politiche in quella sede rappresentate, a trovare soluzioni idonee per nessuno dei problemi esaminati. In tal senso l'invito della dottrina era diretto ad approfondire meglio quelle stesse teorie, al fine di garantire la realizzazione di future riforme in grado di garantire un maggior equilibrio tra Stato e mercato, tra capitalismo e democrazia, tra istituzioni e cittadini¹⁰.

Il motivo che mi ha indotto a riassumere, seppur sinteticamente, quell'analisi è che essa è rivelatrice di alcune componenti di fondo del discorso dell'in-governabilità che hanno continuato a mostrarsi nel corso degli anni, con particolare riferimento a tre radicalismi: *a*) il primo è riferibile alla trasformazione *radicale* di uno dei campi prima richiamati per effetto delle dinamiche dell'ordinamento nazionale ed euro-uni-

⁹ Ivi, pp. 382 ss.

¹⁰ Ivi, pp. 393-394.

tario (la crisi fiscale); *b*) il secondo all'implementazione *radicale* delle soluzioni ipotizzate con riferimento alla crisi decisionale; *c*) il terzo all'abbandono, altrettanto *radicale*, dei tentativi di interpretazione (e di possibile risoluzione) della crisi imperniati sulla rappresentanza, con l'unica eccezione costituita, nel recente passato, dalla riforma indirizzata a ridurre drasticamente il numero dei parlamentari, che da decenni, costituiva, per la verità, oggetto di riflessione incrociata in ambienti conservatori e progressisti e che era stata valutata positivamente dalla stessa Commissione Bozzi (che, tuttavia, non era giunta a formalizzare la misura del "taglio")¹¹.

L'esperienza istituzionale degli ultimi decenni, in particolare dopo l'avvento del maggioritario, dimostra, infatti, che la gran parte delle soluzioni in quel momento teorizzate riferite alla crisi di decisione hanno trovato effettivo compimento, e, in senso inverso, che la prospettiva di pensare la crisi democratica (che ancora perdura) nel verso della rappresentanza e della conseguente rappresentatività, non ha ricevuto la stessa attenzione¹². Si può dire, al contrario, che essa si presenta, oggi, in forme molto più gravi che all'epoca, con conseguenze di evidente rilievo sul potere effettivo del Parlamento e sul complessivo assetto della sovranità popolare.

Per certi aspetti, la rappresentanza è oggi un rimosso, come valore e, per quanto qui di interesse, come metodo continuo e democratico di analisi e conseguente soddisfazione dei bisogni, nel presupposto della consonanza tra rappresentati e rappresentanti (rappresentatività)¹³.

¹¹ Opportunamente C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari, tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, ricorda che la riduzione del numero dei parlamentari altrimenti nota come "tagliapoltrone"⁹ – era già, nel maggio del 2018, un punto qualificante del Contratto per il Governo del cambiamento della allora maggioranza "giallo-verde" (M5S e Lega). In argomento cfr. anche G. AZZARITI, *La trappola. A proposito del referendum sulla riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, 1, 2020.

¹² Cfr. M.A. GLIATTA, *La dialettica della centralità. Studio sull'iniziativa legislativa del Governo*, Napoli, 2021. Sulle *worst practices* indotte dal maggioritario (e consolidate nel corso del tempo) cfr. le puntuali osservazioni di N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *astrid-online.it*.

¹³ In argomento cfr. i diversi saggi contenuti nel volume di A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015.

2. *La narrazione anti-rappresentativa e la critica costituzionale*

A distanza di più di quarant'anni, il compito di chi si riconosce negli obiettivi di un costituzionalismo orientato alla critica del contingente è, allora, quello di provare ad invertire in qualche modo una narrazione che prosegue imperterrita, di denunciare la riproduzione di schemi discorsivi che paiono privi di alternative, di introdurre movimento in un pensiero sulle istituzioni, sulla loro funzione, sulla loro garanzia, che, oggi, sembra bloccato, o, comunque, rimesso alle sole ragioni del presente. Di continuare a riflettere, dunque, nella consapevolezza che la democrazia costituzionale impone, in funzione della sua stessa esistenza, di proseguire a pensare la rappresentanza come condizione di struttura inalterabile, che ha il compito di progettare, se non di creare, un ordine democratico che, altrimenti, non potrà mai venire ad esistenza¹⁴.

La conseguenza del rifiuto di “cercare ancora” soluzioni alla crisi democratica imperniate sull'indefettibilità dei processi rappresentativi, non potrebbe che essere quella di rassegnarsi a considerare la rappresentanza politica come un “relitto semantico”: tendenza, peraltro, che oggi, paradossalmente, accomuna esponenti del funzionalismo, del decisionismo e del partecipazionismo radicale, quest'ultimo incline a rifugiarsi in moderne utopie, che, per quanto suggestive, scontano irriducibili aporie teoriche e pragmatiche¹⁵.

Al riguardo, un tentativo più subdolo – al quale pure è dato assistere – è quello di pensare la rappresentanza come forma politicamente vuota, alterandone surrettiziamente la natura in favore di un'accezione privatistica (*Vertretung*), fondata, a differenza della prima, sulla capacità di “raccolgere, in certo modo per via sostitutiva o luogotenenziale, una volontà già esistente o determinata”¹⁶.

¹⁴ Cfr. B. ACCARINO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ La principale, tra queste, è rappresentata dalla democrazia deliberativa, sulla quale dirimenti appaiono le ‘ argomentate osservazioni di B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 9, 2009; cfr. anche B. ACCARINO, *op. cit.*, p. 13: “Non è sorprendente che alla sempre più frequente domanda se la rappresentanza sia, in una società moderna dominata dalla differenziazione e dal pluralismo, un relitto semantico d'altri tempi, venga data una risposta nettamente affermativa da Niklas Luhmann”.

¹⁶ Cfr. B. ACCARINO, *op. cit.*, p. 14.

Come insegna la storia, sotto la maschera dell'agente, del mandatario, dell'amministratore fiduciario, del portavoce, si nasconde, infatti, il volto del potere privato, dal momento che se la rappresentanza politica è una finzione, la sua conversione privatistica serve solo a ribadire la trasformazione dei bisogni (mobili) in interessi (fissi), che induce i loro portatori, principali agenti economici e sottostanti gruppi di interesse, a celebrare la mediazione come simulacro e a considerare la rappresentanza come rappresentazione¹⁷.

Il motivo del fallimento sostanziale di ogni proposta indirizzata a pensare la soluzione della crisi democratica nel verso della rappresentanza (legge sui partiti; finanziamento pubblico ecc.) è, dunque, da ricercare nel progressivo affievolimento della cornice teorica di fondo. Su di essa, come aveva intuito la dottrina prima richiamata, occorre, allora, continuare a ragionare, nella consapevolezza delle difficoltà di un percorso che, in Europa e nel mondo, si presenta sempre più difficile.

La semplificazione, del resto, costituisce l'esito della riduzione della complessità.

3. Cosa ci dicono i recenti tentativi di riforma costituzionale?

Ancora oggi, il dibattito sulla necessità di riforme costituzionali sconta l'egemonia acquisita nel tempo dalla logica e dallo stesso linguaggio della governabilità.

Il disegno di legge sul premierato presentato dal Governo Meloni come vessillo irrinunciabile del manifesto di rinnovamento istituzionale di cui vuole essere protagonista, intende far compiere un vero e proprio salto di qualità alla teoria della governabilità, declinata, stavolta senza infingimenti di sorta, nel verso della monocrazia collegata ad un Parlamento posto sostanzialmente alle dipendenze del Premier, anche grazie ai vantaggi in tal senso offerti da una legge elettorale prefigurata (per

¹⁷ Non è un caso che, oggi, le attività di *lobbies* siano ricondotte da molti alla categoria della partecipazione politica. Sull'evoluzione del concetto di rappresentanza degli interessi e sullo stato attuale della legislazione in materia cfr. R. DI MARIA, *Dalla regolamentazione parlamentare della attività di rappresentanza degli interessi ad una legislazione organica in materia di lobby? Una ipotesi di integrazione istituzionale del "processo di nomopoiesi sociale"*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2017.

quanto al momento il dibattito in argomento sia segnato da deprecabile oscurità) come strumento per garantire al Presidente direttamente eletto una maggioranza fedele¹⁸.

Ancora una volta, dunque, si è costretti a ricordare che tra *premiership* e rappresentanza parlamentare e politica non vi è necessaria antinomia. Sappiamo, infatti, che non è vero che la “*premiership*” si sia consolidata a danno della rappresentanza in tutti gli Stati a regime parlamentare. Anche le *premiership* forti poggiano, infatti, sulla rappresentanza la loro stessa primazia. Lo confermano l’esperienza inglese e quella tedesca. Esperienze che, nel rivelare elementi di personalizzazione e di plebiscitarismo, li contengono all’interno della rappresentanza partitica che resta comunque incombente e avvolgente nell’attività parlamentare oltre che sede del potere di ultima istanza¹⁹.

La tendenza emersa in Italia da anni, che il premierato vorrebbe estremizzare, è, invece, quella rivolta a trasformare i partiti in comitati elettorali di un *leader-premier*, titolare di un potere preminente in tutte le fasi del processo politico-istituzionale, a partire da quella relativa alla predisposizione delle candidature (stante che quella delle primarie si è rivelata essere una legittimazione truffaldina)²⁰. Una tendenza che – come si diceva – poggia su sistemi elettorali ad effetti distorsivi che, tuttavia, scontano i vincoli di ordine generale apposti nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017).

Riprendendo le osservazioni mosse da autorevole dottrina in ordine a precedenti tentativi di riforma, anche il premierato si propone l’obiettivo di trasferire al Presidente eletto “il potere politico connesso alla rappresentanza. La conseguenza è che, mentre la storia della forma di

¹⁸ Molto critico sul premierato il giudizio di G. AZZARITI, *Forme di governo e complessità della democrazia*, in G. AZZARITI, M. DELLA MORTE (a cura di), *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, *Costituzionalismo.it, Quaderno n. 5*, Napoli, 2024, p. 4, secondo il quale la riforma fa leva sull’istinto di sottomissione che attraversa le moltitudini nei periodi di sconforto e disillusione verso le istituzioni, quando non si riesce più a confidare sulla propria forza di soggetti politici organizzati e ci si consegna al comando di una persona cui si affida la propria salvezza. Una servitù volontaria.”

¹⁹ Cfr. G. FERRARA, *Modifiche costituzionali e forma di governo*, in *Questione giuridica*, 2, 2016, p. 36.

²⁰ Sul metodo delle primarie consigliata la lettura di L. GORI, *Le elezioni primarie nell’ordinamento costituzionale*, Napoli, 2018.

Governo parlamentare è storia, pur non lineare, dell'attrazione del potere Esecutivo nell'area della rappresentanza, dalla opposta sequenza partito – comitato elettorale di un *leader*, *leadership* conseguentemente potenziata, sistema elettorale ad effetti maggioritari falsati, *premiership* legittimata dall'elezione, consegue l'attrazione della Rappresentanza nell'area monocratica dell'Esecutivo. È quanto dire che il parlamentarismo che si vuole e si sta instaurando in Italia è quello che lo snatura. Ne determina la mutazione genetica”²¹.

Proiettandosi su tutti i luoghi in cui si realizza l'equilibrio costituzionale, tale *snaturamento* si ripercuote, ovviamente, sulla partecipazione politica che la rappresentanza deve innervare. Se la società è de-rappresentata, come potrebbe mai essere politica la forma partecipata? Cosa dovrebbe integrare, anche nel senso della responsabilità, la partecipazione? Sotto questo aspetto, il premierato è un disegno veramente perverso, nel senso indicato dalla dottrina, secondo la quale in molti casi, gli sforzi politici di riforma non farebbero altro che esasperare le situazioni che si propongono di sanare (ammesso che sia *veramente* quello l'obiettivo)²².

4. *L'era degli squilibri*

L'ambizione dei riformatori è quella di rovesciare, forse definitivamente, una forma di governo che, per decenni, ha dato buona prova di sé, consentendo all'Italia di superare – non senza sofferenza e contraddizioni, sia chiaro – periodi difficilissimi della sua storia e di produrre innovazioni che, ancora oggi, caratterizzano il suo tessuto sociale ed economico²³.

Da dove nasce questa esigenza? La risposta, dalla Trilaterale in avanti, è scontata. L'obiettivo di una parte del potere divenne quello di ripensare la democrazia nel verso del ripristino dell'autorità come

²¹ Cfr. G. FERRARA, *op. cit.*, p. 38.

²² Cfr. A. HIRSCHMANN, *Retoriche dell'intransigenza. Perversità, futilità, messa a repentaglio*, Bologna, 2017.

²³ Cfr. G. AZZARITI, *Appunto per l'audizione innanzi alla commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica sull'elezione diretta del presidente del Consiglio dei ministri (ddl nn.935 e 830)*, *Senato della Repubblica*, 5.12.2023, pp. 1 ss.

tecnica di governo dinamica del sociale. Da quel momento la dissociazione tra gli assi portanti della sovranità sarebbe dovuta divenire definitiva: o autorità o libertà, ed era facile prevedere quale delle due sarebbe alla fine prevalsa.

Le parole di Gianni Agnelli, risalenti alla prefazione all'edizione italiana del Rapporto originariamente redatto nel 1975 da Crozier, Huntington e Watanuki, non potevano essere più chiare: "Perché un sistema democratico non sia origine della sua stessa fine e non precipiti verso l'anarchia occorre che ogni crisi di identità (per cui i cittadini non si riconoscono più nell'autorità) non venga considerata un definitivo momento di rottura, ma un momento di gestione della società stessa"²⁴. Sono parole che toccano al cuore il tema della forma di governo (se non, direttamente, della forma di stato), chiamata in tutto il mondo a ridefinirsi in funzione di una società che doveva divenire, appunto, governabile e flessibile.

Chi ha ragionato criticamente sul maggioritario e sulla sua cultura, ha segnalato che il principale effetto del suo avvento fu quello di produrre un'alterazione significativa della rappresentanza, giudicata "ininfluente a fronte del grande vantaggio: la governabilità", la cui ipervalutazione condusse alla conversione di senso dello stesso principio di maggioranza nei procedimenti rivolti alla formazione della rappresentanza politica²⁵. Secondo i sostenitori di quel modello, partiti leggeri e rappresentanza selezionata avrebbero consentito minore frammentazione politica e decisioni più rapide: condizioni ritenute necessarie per il transito ad una modernità capitalistica sempre più esigente.

Le riforme che si intenderebbero introdurre rappresentano un cambio di passo drastico in quella direzione, proprio perché, sin dalla sua introduzione, il maggioritario, sia nella versione uninominalista, sia qualora collegato a premi di maggioranza, non ha funzionato. I suoi presunti automatismi non hanno prodotto i risultati attesi: la frammen-

²⁴ Cfr. M.J. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi delle democrazie. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*, Milano, 1977, p. 4.

²⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2008; P. CARETTI, *Principio maggioritario e democraticità del sistema costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 200, p. 8.

tazione non si è riordinata, il trasformismo non è diminuito. Né si dica che abbia contribuito ad arginare le crisi di sistema o a salvaguardare il sistema partitico: le vicende dei diversi governi tecnici succedutisi nel corso degli anni smentiscono qualsiasi tentativo di interpretazione ottimistica.

Sul piano della narrazione, il discorso è diverso: il maggioritario è progressivamente divenuto una nevrosi che ha infestato menti e coscienze, deprimendo la complessità sociale, alterando il dibattito pubblico ed impoverendo la cultura della mediazione. Frasi ripetute come un mantra da politici e media irresponsabili (“conoscere il vincitore il giorno stesso delle elezioni”) sono divenute la normalità di un sistema dipendente, in larghissima misura, dagli interessi economici dei gruppi di potere, che, come è noto – e come dimostrano le stesse recentissime vicende della rielezione di Donald Trump – farebbero volentieri a meno della democrazia e delle sue pretese lungaggini, in nome di un populismo tecnocratico che spaventa non poco.

Le riforme che il Governo Meloni intenderebbe introdurre suggeriscono che ora è finalmente giunto il momento di andare oltre, di fare quanto il maggioritario non è riuscito a fare appieno, di ostacolare il riprodursi delle condizioni per una società democratica plurale, aperta, solidale, improntata all’uguaglianza e all’emancipazione.

5. Tornare alla rappresentanza (e alla partecipazione)

Oggi, il premierato, vuole suggellare la realtà di un esecutivo già forte, se non fortissimo, che da molti, troppi anni, esercita i suoi diversi poteri (nell’attività legislativa, di coordinamento, di nomina, in sede europea) in piena autonomia decisionale. Il problema costituzionale non è, dunque, oggi, quello dell’efficienza, quanto, semmai, quello, ben diverso, dell’eccessiva concentrazione di poteri in capo al governo (o ai governi, se si considera anche il livello regionale e locale), che ha avuto, quale conseguenza, quella di “assorbire quasi per intero le funzioni di altri poteri”, a discapito della sostenibilità dell’equilibrio sistemico complessivo²⁶.

²⁶ Cfr. G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 5.

Delle funzioni anche del popolo, soggetto della sovranità, che, qualora il progetto divenisse realtà, non potrebbe, al contrario di quanto afferma la relazione introduttiva del disegno di revisione presentato dal Governo Meloni, determinare nulla di rilevante; né la politica nazionale, attraverso i partiti o in altre forme (art. 49 Cost.); né, ovviamente, l'indirizzo politico.

L'attuale astensione di massa, con il cosiddetto "partito dell'astensione" vicino al 40%, non può certo essere attribuita unicamente alle carenze delle regole costituzionali relative al Governo, sebbene queste potrebbero essere riconsiderate in un'ottica democratica. Le cause di questo fenomeno, molteplici e di diversa natura, includono sicuramente la crisi profonda delle culture politiche. Questa è al contempo causa ed effetto del processo di neo-individualizzazione promosso dalla strategia neoliberale, che ha progressivamente eroso il valore dell'appartenenza politica e, con esso, l'identità dei partiti, dentro e fuori del Parlamento. Si è trattato, come si è accennato poc'anzi, di un processo lungo e insidioso, che, oggi, trova riscontro anche nei progetti di riforme preparatorie al premierato, destinate, nelle intenzioni del Governo, a modificare le strutture fondamentali della società costituzionale, come scuola, università e lavoro.

Similmente si dica dell'autonomia differenziata (L. n. 86 del 2024), frutto avvelenato della revisione del titolo V Cost., opportunamente contenuta, nei mesi scorsi, da una decisione attesa e condivisibile della Corte costituzionale che ha ribadito con fermezza la natura solidale e non competitiva del regionalismo italiano (sent. n. 192 del 2024).

Invertire la tendenza, come si diceva in precedenza, significa, allora, non abdicare ai dettami della *marktkonforme Demokratie* e, dunque, non proseguire a pensare la governabilità come soluzione, la riduzione degli spazi rappresentativi e partecipativi come obiettivo, il popolo come strumento²⁷. A ciò non può reagirsi, insomma, se non riproducendo incessantemente, in quel che residua dello spazio pubblico, le ragioni a sostegno della rappresentanza politica, o, uti-

²⁷ Sulla formula cfr. C. CROUCH, *Quanto capitalismo può sopportare la società?*, Roma-Bari, 2014.

lizzando una precisazione di Laura Ronchetti, della rappresentanza costituzionale²⁸.

Perché ciò avvenga – tornando alle considerazioni introduttive di questo breve saggio – è tuttavia indispensabile conservare la fiducia nella possibilità stessa di pensare (prima) e risolvere (poi) la crisi democratica attraverso la rappresentanza, i suoi soggetti, le sue procedure, i suoi spazi, i suoi vincoli. Solo dopo sarà possibile iniziare collettivamente a progettare riforme in linea con la tradizione della democrazia costituzionale italiana, che consentano di coniugare stabilità degli esecutivi, flessibilità della politica, autonomia del Parlamento e funzione degli organi di garanzia, *in primis* del Presidente della Repubblica. Sul piano della modellistica, gli strumenti di razionalizzazione del parlamentarismo non mancano. Nella prospettiva da ultimo indicata, l'attenzione, come parte della dottrina suggerisce da tempo, va rivolta, principalmente, al sistema istituzionale tedesco, al modello del Cancellierato ed ai congegni costituzionali operanti, in quella nazione, da adattare, tuttavia in funzione dell'unicità del nostro sistema politico (sfiducia costruttiva; fiducia al solo Presidente del Consiglio; nomina e revoca dei singoli ministri), nonché, ovviamente, al sistema elettorale proporzionale con clausola di sbarramento, che andrebbe tuttavia modulato al fine di garantire in qualche modo il pluralismo politico e partitico²⁹. Altrettanta attenzione andrebbe rivolta all'eventuale superamento del bicameralismo, che, oggi effettivamente “vive una torsione senza precedenti” simboleggiata dalla primazia sostanziale, relativamente all'*iter legis*, del c.d. monocameralismo alternato³⁰.

²⁸ Cfr. L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015.

²⁹ In questa direzione muove la condivisibile riflessione di G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 9 che, tuttavia privilegia, in ordine al potere di nomina e revoca dei ministri, la soluzione della proposta del Presidente del Consiglio al Capo dello Stato, che resterebbe dunque titolare del potere di ultima parola. Sulla sfiducia costruttiva contemplata dalla Legge fondamentale tedesca, con osservazioni utili anche in relazione all'esperienza spagnola e belga, cfr. l'accurata analisi di M. FRAU, *La funzione (faintesa) della sfiducia costruttiva*, in *Rivista AIC*, 4, 2023.

³⁰ Cfr. A. VERNATA, *Bicameralismo dimezzato, perimetro costituzionale e sostanzialità delle forme. Il monocameralismo come limite e fondamento*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2022, p. 149: “Il monocameralismo alternato sta infatti assumendo i caratteri di una vera e propria regola dell'*iter legis*, alimentando una visione asfittica dell'organo parla-

Solo tornando alla rappresentanza, insomma, il costituzionalismo democratico, per rispondere ad una domanda posta alcuni anni fa da Gaetano Azzariti, potrà sopravvivere³¹.

mentare, quale mero ostacolo da contenere – o aggirare – per conseguire l’attuazione del programma di Governo, prima, e del Piano nazionale di ripresa e resilienza, oggi.”

³¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo democratico può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

AL RIPARO DEI FONDAMENTALI: SOVRANITÀ POPOLARE E PRINCIPI. IL CASO DEL NUOVO PRINCIPIO ECOLOGICO

LAURA RONCHETTI

Sommario: 1. «Fondamentali» sono i «principi». – 2. La “nutritiva” funzione costruttiva dei principi nello sviluppo ordinamentale. – 3. Interpretazione non libera ma «favolosa» della Costituzione. – 4. L'art. 5 Cost. come recente terreno di prova: la lettura costituzionalmente vincolata dell'ultimo comma dell'art. 116 Cost. – 5. Il caso paradigmatico del nuovo ultimo comma dell'art. 9 Cost. – 6. I «tipping points» del costituzionalismo: il «mandato» ecologico.

1. «Fondamentali» sono i «principi»

Nella riflessione sull'attualità di un «costituzionalismo critico»¹ per affrontare il «bivio»² storico che stiamo vivendo, s'intende sottolineare la necessità di forgiare le analisi e le proposte di senso del costituzionalista poggiando sempre sui Principi fondamentali della Costituzione: rileggerli, misurare la portata semantica di ogni loro singola parola e dell'intreccio indissolubile tra di loro con la concretezza dell'ordinamento e, quindi, inverare la loro insostituibile forza normativa.

Se la Costituzione è normativa, i suoi Principi, con tutta la loro natura programmatica e interpretativa, sono normativi rispetto al resto della Costituzione.

Come scriveva Vezio Crisafulli, «l'adozione di un principio implica, sempre, (...) l'adozione di una determinata linea di sviluppo dell'ordinamento» non solo per la sua efficacia «programmatica» che costituisce un «indirizzo di legislazione», ma anche per la sua «funzione costruttiva che lo caratterizza dinamicamente tra le norme del sistema» tramite la sua «efficacia interpretativa»³.

¹ G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, pp. 1 ss.

² Di «umanità al bivio» parla il sottotitolo del libro di L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Torino, 2022 così come G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021.

³ Così V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, ora in ID, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, p. 135.

Questa limpida e insuperabile lezione insegna al costituzionalista a non lasciarsi irretire dalle cedevolezze di un pensiero giuridico che si sente a proprio agio soltanto con la prescrizione precisa e incondizionata che lascia margini interpretativi stretti e angusti. Se è innegabile il conforto di una disposizione cristallina, non di meno l'esperienza giuridica, spesso singolare, crea scompiglio tra fatto e norma. È proprio in questi grovigli o «garbugli» di manzoniana memoria che l'interprete deve ricorrere ai principi che tra le norme vantano una peculiare efficacia.

L'efficacia dei Principi Fondamentali secondo Crisafulli, infatti, svolge una doppia valenza: da un lato programmatica, dall'altro costruttiva-interpretativa. Il costituzionalista è chiamato, dunque, a compiere lo sforzo, da un lato, di valutare l'indirizzo politico perseguito con la legislazione a partire dalla portata semantica della linea di sviluppo dell'intero ordinamento ricavabile dai Principi; dall'altro, di cogliere come il portato di senso dei Principi stessi investa l'interpretazione delle altre norme costituzionali. Quest'impostazione trova giuridicamente forma nell'invalidabile forza passiva dei Principi fondamentali non solo alla loro formale eliminazione ma anche alla loro sostanziale irrilevanza perseguita tramite un'interpretazione da essi disancorata, con profili di illegittimità insuperabili in entrambe le ipotesi⁴. Sebbene l'inderogabi-

⁴ Ci si limita a richiamare la sent. n. 1 del 1956 laddove è scritto che «potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione» e la sent. n. 1146 del 1988 laddove si afferma che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

lità dei Principi fondamentali sia condizione condivisa con le norme della Parte I della Costituzione dedicata ai *Diritti e doveri dei cittadini* la forza normativa dei primi costringe entro determinati limiti sostanziali, non solo la revisione della sua Parte II, ma anche l'interpretazione dell'intera Costituzione: i diritti e i doveri quale massima espressione della divisione orizzontale dei poteri intesa come sovranità popolare diffusa sotto forma di situazioni giuridiche soggettive⁵ e l'*Ordinamento della Repubblica* quale sapiente manifestazione di un equilibrio tra poteri consono all'inveramento dei Principi fondamentali stessi⁶.

La scaturigine di tutta la trama costituzionale va rinvenuta nell'art. 1 della Costituzione che con l'attribuzione al popolo della sovranità assume quest'ultima nella sua concezione «prettamente moderna»⁷ che impone la «specificazione del [suo] modo d'essere» ponendosi «come logico fondamento dell'ordine democratico»⁸.

⁵ Come già sostenuto in precedenti occasioni, si aderisce alla configurazione delle situazioni giuridiche soggettive di T. MARTINES, *Introduzione al diritto costituzionale*, Torino, 1994, p. 15, considerando ogni soggetto «titolare, pro capite, di una particella di sovranità» di cui la Costituzione attribuisce al popolo soprattutto l'esercizio che è «praticamente è tutto» altrimenti la mera titolarità è «nulla» (C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, in ID, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 10). Sintesi di questo pensiero è la definizione di L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998³, p. 272, che nella sovranità vede «la risultante dell'esercizio di tutti i diritti propri dei cittadini, sia come singoli sia nelle formazioni alle quali appartengono». L. CARLASSARE, *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, in ID (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*. Atti del Convegno di studio di Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, 2004, p. 6, ne sottolinea un carattere essenziale, vale a dire che deve trattarsi di un esercizio permanente: «la sovranità del popolo (...) significa esercizio effettivo e continuo dei diritti costituzionalmente garantiti al fine di influenzare le decisioni degli organi supremi».

⁶ Si rinvia a G. AZZARITI, *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione*, in *Nomos*, n. 1/2016, pp. 1 ss., che ricorda le parole di C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, 1945, p. VI: «una costituzione non consiste in una serie di articoli più o meno ben allineati, e neppure in un complesso di uffici e di istituti giuridici, ma è invece una totalità di vita associata, un organismo vivente».

⁷ M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Padova, 1951, p. 89, secondo cui la sovranità popolare «esige il riconoscimento dell'individuo quale fonte suprema del diritto e rappresentante di una frazione uguale della volontà popolare».

⁸ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12 Costituzione*, Bologna, 1975, p. 2.

2. La “nutritiva” funzione costruttiva dei Principi nello sviluppo ordinamentale

Di particolare interesse è l'espressione «funzione costruttiva» che Crisafulli affida alle disposizioni di principio della Costituzione. Si tratta di sintagma proprio anche della scienza che studia l'alimentazione per indicare le attività svolte dalle sostanze c.d. plastiche che permettono la formazione di nuove cellule per l'accrescimento o che riparano le cellule che si usano giornalmente per le attività vitali dell'organismo, quasi a voler indicare veri e propri “materiali da costruzione”, mattoncini, nutrimenti, dell'ordinamento costituzionale. Se, quindi, operazioni ermeneutiche di singole disposizioni dovessero prescindere dall'apporto significativo dei Principi fondamentali si sottrarrebbe all'ordinamento la propria linfa vitale.

Ogni Principio deve trovare «specificazione» e «conferma» nel resto della Costituzione, secondo un rapporto tra principi e le sue Parte I e Parte II delineato almeno sin dalla sentenza n. 33 del 1960 sulle relazioni tra art. 3 e art. 51⁹. Proprio l'art. 3 al suo comma 2 impone al costituzionalista anche di prendere in considerazione quel «di fatto» su cui s'inserisce la norma, non per accettarlo così com'è ma per leggerlo con le lenti della lotta alle disuguaglianze e, quindi, della lotta per il diritto. Con questo spirito l'ordinamento deve svilupparsi, secondo il principio di rango costituzionale che deve guidare l'indirizzo politico di qualunque maggioranza.

È nella natura particolarmente evidente nei Principi ma tipica di

⁹ La citata decisione della Corte costituzionale espressamente afferma: «non può essere dubbio che una norma che consiste nello escludere le donne in via generale da una vasta categoria di impieghi pubblici, debba essere dichiarata incostituzionale per l'irrimediabile contrasto in cui si pone con l'art. 51, il quale proclama l'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive degli appartenenti all'uno e all'altro sesso in condizioni di eguaglianza. Questo principio è stato già interpretato dalla Corte nel senso che la diversità di sesso, in sé e per sé considerata, non può essere mai ragione di discriminazione legislativa, non può comportare, cioè, un trattamento diverso degli appartenenti all'uno o all'altro sesso davanti alla legge. Una norma che questo facesse violerebbe un principio fondamentale della Costituzione, quello posto dall'art. 3, del quale *la norma dell'art. 51 è non soltanto una specificazione, ma anche una conferma* [corsivo nostro]». Per il significato storico di questa decisione Vd. B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 5/2021, pp. 31 ss.

tutte le norme costituzionali, d'altra parte, di essere il frutto della costituzionalizzazione di uno o più principi politici, come sottolineava Ferrara¹⁰. Questi Principi costituiscono «le forme e i limiti» «principali»¹¹ e preminenti in cui si può esercitare la sovranità popolare ai sensi dell'art. 1 Cost¹².

Nessun libero mandato può contrapporsi a questi principi che, indicando la strada, al tempo stesso la delimitano affidando alla Repubblica compiti e obiettivi. L'assoluta discrezionalità legislativa, dunque, è morta con l'avvento delle Costituzioni ma anche la sua configurazione come mero rispetto della ragionevolezza «meramente interna» appare inadeguata rispetto alla normatività della Costituzione: in caso di tentativi di sabotaggio della Costituzione da parte degli organi di indirizzo politico dello Stato la rivendicazione di attuazione della Costituzione a partire dai suoi Principi fondamentali non viola la sovranità popolare, costituendone viceversa una «forma» prevista per invertere i «limiti» che la stessa Costituzione le pone ai sensi dell'art. 1.

3. Interpretazione non libera ma «favolosa» della Costituzione

Quanto più prende piede e si afferma l'infondata idea che invece la sovranità popolare, quella indicata come vera e autentica, sarebbe libera dai limiti e dalle forme costituzionali tanto più l'ermeneutica costituzionale diventa terreno di contesa tra scorribande revisioniste, trasformazioni deformanti le forme delle convivenze e fortini da rinforzare. L'arrocco, prima di essere sotto scacco, è una mossa saggia ma solo se è preparatorio di un nuovo posizionamento che va immaginato: traslando dalla scacchiera alla operazione ermeneutica, l'attuale contesto di disorientamento mi pare richieda al costituzionalista anche uno sforzo d'immaginazione che non sia fantasticherie ma, viceversa, «fantasia»¹³

¹⁰ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

¹¹ Il sostantivo principio deriva da *principium* che a sua volta è derivato di *princeps*, *-cipis* nel significato di «primo» da cui deriva l'aggettivo principale.

¹² E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 122, sottolineando proprio il passaggio del riconoscimento al popolo della sovranità.

¹³ Impossibile non richiamare P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in *Quaderni fio-*

intesa come forza creativa fondante nel processo conoscitivo che possa offrire chiavi d'interpretazione attendibili in grado di trasformarsi in esperienze giuridiche¹⁴.

Oggi questa «fantasia» potrebbe evitare «la barbarie»¹⁵, come ricorda Azzariti richiamando il pensiero di Vico: il filosofo, storico e giurista napoletano colloca, infatti, la fantasia nell'ambito di quelle «acuttezze» che gli esseri umani «ingegnosi e profondi» sono capaci di far «balenare» grazie alla propria riflessione su «favolosi principi»¹⁶.

Se si deve guardare «il passato che illumina l'interpretazione giuridica del presente»¹⁷, deve essere altrettanto chiaro che *come* si racconta la storia modifica l'interpretazione dei fatti e delle connesse esperienze giuridiche.

La storia delle forme della partecipazione al potere di decidere le norme che si applicano al soggetto, una storia che ha subito ripetuti e repentini contraccolpi, torna oggi ad essere un crinale determinante per le forme della convivenza in un mondo globalizzato¹⁸. In *Democracy Unmoored*¹⁹, Issacharoff offre un'analisi di come i movimenti populistici sabotano le istituzioni politiche dall'interno e minando le democrazie costituzionali in tutto il mondo al punto da renderle, tramite una vera e propria «corruzione» del concetto di sovranità, disancorate, disormeggiate, alla deriva: fattori socio-economici quali il deterioramento della classe media e la sensazione di essere stranieri nel proprio Paese indeboliscono il popolo a fronte di «minacce» politiche quali il crescente dominio dell'esecutivo, la scarsa o nulla dimensione deliberativa e i partiti «svuotati», creando una struttura favorevole a una nuova

rentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Vol. 15, n. 1/1986, pp. 589-592, che definiva appunto la fantasia come «sostegno essenziale d'ogni capacità creativa».

¹⁴ Così nel mio *Nessuna predestinazione. Soggetti del mutamento e fantasia*, in *Lo Stato*, n. 19, 2022, pp. 367-372, in dialogo con G. AZZARITI G., *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit.

¹⁵ G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, cit.

¹⁶ G. VICO, *Vita scritta da sé medesimo*, Quaderni di logos, Napoli, 2012, p. 5.

¹⁷ Come ha felicemente scritto E. GROSSO *L'uso della storia nella Lezione di Leopoldo Elia*, in M. DOGLIANI (a cura di), *La Lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, 2011, p. 138.

¹⁸ G. FERRARA, *Il diritto come storia*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2005, pp. 1 ss., ora in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, pp. 1 ss.

¹⁹ S. ISSACHAROFF, *Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty*, Oxford, 2023.

forma di politica in cui i populistri rivendicano l'approvazione popolare, financo quella dei presunti popoli dei corregionali.

4. *L'art. 5 Cost. come recente terreno di prova: la lettura costituzionalmente vincolata dell'ultimo comma dell'art. 116 Cost.*

Un esempio di particolare attualità della proposta di metodo qui offerta è il processo di c.d. attuazione dell'autonomia differenziata.

Il principio fondamentale dell'art. 5 Cost. certamente «non si risolve nelle regole»²⁰ poste nel Titolo V della Parte II, ma anzi governa, dirige, indirizza l'interpretazione di questo Titolo²¹ che deve essere coerente con la portata costituzionale del principio autonomistico²², come ha confermato la Corte costituzionale nelle due decisioni recenti sull'autonomia asimmetrica. Nel valorizzare la collocazione del principio autonomistico tra i fondamentali della nostra Costituzione²³ a svelare di per sé l'irrevocabilità del modello autonomistico di convivenza politica, è imprescindibile calarlo nel tessuto complessivo dei Principi supremi dell'ordinamento. La sentenza n. 192 del 2024²⁴ afferma, infatti, che la facoltà di attribuire autonomia differenziata *ex* ultimo comma dell'art. 116 «non può essere considerata come una monade

²⁰ B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia e le sue regole*, in S. TROILO, B. PEZZINI (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*. Atti del Convegno di Bergamo, 6-7 giugno 2014, Collana del Gruppo di Pisa, Napoli, 2015, p. XVI.

²¹ Il principio autonomistico non esaurisce la propria influenza nel solo Titolo V dedicato agli enti costitutivi della Repubblica e ai loro rapporti, ma è innegabile che la tenuta e la portata del principio *ex* art. 5 Cost. siano state messe alla prova in modo particolare dalle vicende del Titolo V.

²² Si rinvia al mio *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018.

²³ G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Art. 1-12, Bologna, I, 1975, p. 277. In modo analogo si espresse T. Perassi in Assemblea costituente il 24 marzo 1947 quando disse che «in queste disposizioni generali, secondo un'espressione molto felice del Presidente della Commissione [Ruini] si vuole definire il volto della Repubblica in tutti i suoi aspetti. Alcuni di questi aspetti sono indicati negli articoli 1, 2 e 3 che stiamo esaminando. Ma vi è un altro aspetto ed è quello concernente il modo di essere della Repubblica, per quanto riguarda la sua articolazione».

²⁴ Si veda il numero 18/2024 di Astrid-online.it dove a proposito della già «storica» (E. CHELI, *La forma dello Stato regionale in una storica sentenza della Corte costituzionale*) sentenza E. BALBONI parla di «un esigente ed ambizioso manuale»; C. BUZZACCHI «di un «modello per il sistema regionale "differenziato"»; P. CARETTI di «un po' d'ordine».

isolata, ma deve essere collocata nel quadro complessivo della forma di Stato italiana, con cui va armonizzata». Se Esposito coglieva l'indissolubile connessione tra l'*incipit* dell'art. 5 (La Repubblica) e l'art. 1 della Costituzione («L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro») l'inciso «una e indivisibile» esprime il rapporto di «compresenza e dialettica» tra il pluralismo – politico, sociale, religioso, scolastico, economico – e la «nozione unitaria di popolo» quale «comunità politica» formata sulla base di un «nucleo di valori condivisi (...)» che si rispecchiano nei principi fondamentali» (sent. n. 192 del 2024).

I Principi, dunque, sono il collante del popolo della Repubblica italiana. Il principio autonomistico, in particolare, va interpretato alla luce dei principi fondamentali che lo anticipano, con riferimento al principio personalista e di solidarietà *ex* art. 2 e al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: il collante che consente alla Repubblica di essere una e restare indivisibile è, secondo Costituzione, la lotta alle diseguaglianze tra persone, tra gruppi e tra territori garantendo i diritti inviolabili alla persona in quanto tale a prescindere dalla sua residenza ed esigendo quei doveri di solidarietà politica, sociale ed economica che impongono di percepire ed esercitare la propria autonomia nella consapevolezza dell'interdipendenza che lega gli uni agli altri/e. Perché «il popolo e la nazione sono unità non frammentabili»²⁵ e, in nome di infondati «popoli regionali», non possono crearsi tra Regioni «paratie stagne a dividerle» (sent. n. 192 del 2024)²⁶. È entro questo quadro interpretativo, dunque, che deve restare imbrigliata la lettura dell'ultimo comma dell'art. 116: di conseguenza la abnorme e deformante visione della facoltà di determinare asimmetria regionale di cui era espressione la legge n. 86 del 2024 c.d. Calderoli è stata oggetto di un «massiccio effetto demolitorio» (sent. n. 10 del 2025) con interventi di tipo caducatorio, sostitutivo e additivo, nonché con decisioni interpretative di rigetto.

²⁵ Si esprimeva in termini simili la precedente sentenza n. 118 del 2015 a proposito dell'illegittimo quesito referendario veneto sull'indipendenza della Regione, quando affermava che «il pluralismo sociale e istituzionale e l'autonomia territoriale (...) non possono essere estremizzati fino alla frammentazione dell'ordinamento».

²⁶ Di pericolo di «frammentazione del popolo sovrano» parlavo nel mio *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *questa Rivista*, n. 1/2018, p. 10.

La nota scarsa effettività delle pronunce interpretative di rigetto²⁷ di per sé rendeva lungimirante la permanenza dell'interesse a promuovere un referendum abrogativo della Legge Calderoli ma, come è noto, con la decisione n. 10 del 2025 la Corte costituzionale ha assunto una pronuncia d'inammissibilità. Senza qui poter compiutamente esprimere le proprie profonde riserve sull'inquadramento dell'istituto referendario discendente da tale decisione²⁸, la «interpretazione sistematica dell'ultimo comma dell'art. 116», in quest'ultima sentenza più incentrato sul principio di sussidiarietà²⁹, conferma quanto sia stata con la decisione di merito richiamata «incisa nella sua architettura essenziale, lasciando in vita un contenuto minimo» della Legge Calderoli.

Il principio autonomistico è compatibile soltanto con una struttura istituzionale imperniata sulla consapevolezza dell'interdipendenza, sui doveri di solidarietà tra soggetti o di leale collaborazione tra istituzioni,

²⁷ Sia sufficiente ricordare la storia del reato di incitamento a pratiche contro la procreazione, dapprima oggetto di una decisione interpretativa di rigetto, la sent. n. 9 del 1965, per poi essere dichiarato incostituzionale con la sent. n. 49 del 1971 perché «vi sono stati casi in cui nella pratica giudiziaria è stata disattesa l'interpretazione della Corte, e la norma è stata ritenuta applicabile nel suo senso letterale, indipendentemente dalla connessione, in essa ravvisata dalla Corte, con la difesa del buon costume». Cfr. A. PIZZORUSSO, *Dalle "doppie pronunce" alle decisioni "overruling"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, pp. 527 ss. nonché V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, pp. 377 ss.

²⁸ Mi limito a ricordare che non solo «il referendum è per il popolo una scuola politica» di «educazione civile» che «sviluppa nel popolo il senso della responsabilità politica e rafforza i legami della convivenza civile» ma anche che la scelta dell'abrogazione tramite il Sì così come il No per la perdurante vigenza di un'intera legge sono modi di partecipazione popolare alla formazione dell'ordinamento, come insegna T. PERASSI, *Le attuali istituzioni e la bancarotta del parlamentarismo*, Pavia, 1907, ristampato con il titolo *Il parlamentarismo e la democrazia*, Roma, 1946, pp. 92-93, in parte ripubblicato in *questa Rivista*, n. 2/2017. La Costituzione garantisce il diritto da parte del corpo elettorale di potersi esprimere sull'intento del comitato promotore o di cinque regioni di far decadere una disciplina organica di un oggetto perché ideata, costruita e strutturata in conformità a un determinato indirizzo politico perseguito dalla maggioranza del momento. Se quell'indirizzo in gran parte è direttamente in contrasto con la Costituzione, al punto da essere annullato dalla Corte, la restante parte, per quanto minima, non può essere sottratta alla prova dello scollamento sul tema tra rappresentanza politica proiettata in parlamento e maggioranza del corpo elettorale.

²⁹ «Nell'interpretazione sistematica dell'art. 116, terzo comma, Cost., letto alla luce del principio di sussidiarietà» (sent. n. 20 del 2025, pt. 10.1).

senza i quali non è perseguibile la tensione verso l'unità intesa come coesione. In questa chiave si compie la complementarità tra la dimensione individuale e quella ordinamentale dei diritti al riparo dai Principi fondamentali. La solidarietà implica la presa in carico dell'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale: il principio autonomistico avulso dall'orizzonte dell'eguaglianza sostanziale, infatti, rischia di ridursi a mera competizione e pura petizione di indifferenza per le sorti del resto della Nazione con la pretesa di praticare sostanzialmente indipendenza. La dimensione relazionale dell'autonomia, a partire dalla consapevolezza che implica interdipendenza, viceversa corrisponde più propriamente alla posizione giuridica che si fonda e si basa sul riconoscimento e sulla promozione della solidarietà e della pari dignità sociale.

5. *Il caso paradigmatico del nuovo ultimo comma dell'art. 9 Cost.*

È opportuno fare tesoro di questo paradigma ermeneutico dei Principi rispetto all'integrazione dell'art. 9 Cost. avvenuta con consenso pressoché unanime³⁰ nel 2022³¹: per la prima volta nella storia costituzionale italiana sono stati toccati i Principi fondamentali secondo una scelta foriera di non poche insidie³².

Alla luce della radicalità della scelta d'intervenire sul nucleo duro della Costituzione, altrettanto ambiziosa dovrebbe essere la postura dell'interprete alla ricerca delle *innovazioni* e non solo delle *novazioni* che le nuove norme recano al nostro ordinamento³³, offrendo letture ermeneutiche all'altezza della portata innovativa di un nuovo principio

³⁰ A ben vedere si sono astenuti (e in un caso voto negativo) solo esponenti di FDI.

³¹ La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*.

³² Evidenziate tra gli altri da C. DE FIORES, *Le insidie di una riforma pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *questa Rivista*, n. 2/2021, pp. 150 ss. Di «pericoloso precedente» parla G. AZZARITI, *Appunti per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, pp. 67-77.

³³ A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, 18 marzo 2024, in *cortecostituzionale.it*, afferma: «l'approvazione a larghissima maggioranza di una riformulazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione, che recepisce indirizzi per larga parte già seguiti da questa Corte, è quantomeno segno di una maggiore consapevolezza dei temi da affrontare» [corsivo nostro].

fondamentale: integrare la sua interpretazione quale opera di mera revisione di “bilancio”³⁴ di quanto già deducibile dall’insieme dell’ordinamento individuando, dunque, il *quid novi* che la novella introduce in sé e i suoi effetti ermeneutici, intrecciati con l’«attualità»³⁵ dei principi fondamentali preesistenti, sul resto della Costituzione.

Se nel secondo comma dell’art. 9 l’indissolubile intreccio tra Natura e Cultura emerge plasticamente nel connubio tra bellezza naturale e pregio artistico, tra memoria storica e contesto paesaggistico in quelle reciproche implicazioni che nel concetto di “tutela” richiedono rispetto per il passato (conservazione) così come innovazione anch’essa rispettosa della bellezza, nel nuovo terzo comma emerge un più forte vincolo al mantenimento o al raggiungimento di un equilibrio ecologico che tuteli l’ambiente nel suo insieme, in una visione ecocentrica comprensivo delle reti sociali degli essere umani, con i suoi ecosistemi abitati e composti da tante biodiversità, compresa quella del genere umano con le sue differenti culture è la presa d’atto, con uno scarto ontologico dirimente, che il genere umano è parte della Natura, non un soggetto ad essa esterno³⁶. L’autonomia costituzionale, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 105 del 2024, che così emerge per la tutela ambientale è indiscutibile e consente di individuare un vero e proprio *nuovo principio ecologico*, che si affianca all’ambiente come “valore” nel perseguimento delle politiche pubbliche.

Che possa considerarsi superata la fallacia di un’impostazione an-

³⁴ Si riprende qui la distinzione tra riforma di bilancio e di programma colta da G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, pp. 1187-9 e richiamata proprio per distinguere tra quelle in questa sede denominate novazioni e innovazioni da M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente*, cit., p. 298. E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della costituzione*, in *questa Rivista*, n. 1/2022, p. 2, distingue invece tra efficacia dichiarativa ed efficacia costitutiva della revisione.

³⁵ M. DELLA MORTE, F.R. DE MARTINO, L. RONCHETTI (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant’anni*, Bologna, 2020.

³⁶ La scelta di collocare un ultimo comma all’art. 9 che sancisce che la Repubblica «tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni» è felice nella misura in cui ricollega e connette l’esplicito nuovo vincolo di indirizzo politico alla storica «tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione» di cui al comma precedente che già aveva fornito la base giuridica più solida per una visione ecocentrica.

tropocentrismo emerge dalle specificazioni della nozione di ambiente rappresentate dalle parole «biodiversità»³⁷ e «ecosistemi»³⁸, immediatamente seguite dal riferimento esplicito agli esseri umani, tramite il termine «generazioni», nonché agli «animali» come esseri non umani sensienti. L'insieme di queste sfaccettature della nozione convenzionale e unitaria di ambiente consente di fuoriuscire dalle prospettive squisitamente territorialiste per passare a visioni complessive dell'equilibrio ecosistemico, in una dimensione comprensiva degli esseri umani³⁹. Che si tratti di dimensione comprendente gli esseri umani è confermato in particolare dalla nozione stessa di biodiversità⁴⁰ che si riferisce alla ricchezza di vita sulla terra nel suo complesso e, quindi, non solo alla varietà di piante, animali e microrganismi, di geni che essi contengono, di complessi ecosistemi che essi costituiscono nella biosfera ma anche alla diversità culturale umana.

La prospettiva ermeneutica secondo cui l'ultimo comma dell'art. 9 così come novellato nel 2022 introduce un nuovo principio ecologico costringe a una nuova lettura più complessa del principio della pari dignità sociale così come anche il principio personalista ne viene travolto, delineando nell'ambito del principio ecologico una innovativa situazione giuridica soggettiva di immediata tutela dell'equilibrio ecologico, in quanto preconditione dell'effettività dell'esercizio della

³⁷ Termine citato in almeno cinquanta decisioni della Corte costituzionale.

³⁸ Valorizza i riferimenti alla biodiversità e agli ecosistemi D. PORENA, «Anche nell'interesse delle generazioni future», in *Federalismi.it*, 2022, XV, p. 123; R. BIFULCO, *Ambiente e cambiamento climatico nella Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, p. 139, le definisce «parti costitutive» dell'ambiente.

³⁹ Di diverso avviso S. GRASSI, *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2023, p. 222, che afferma: «certamente il richiamo a termini propri delle scienze ambientali, conferma che il nuovo principio indica il rispetto della natura come valore in sé, quale elemento fondante dell'intero ordinamento. Ma questa impostazione non sembra andare al di là dell'indicazione dell'ambiente come presupposto per l'esercizio dei diritti dell'uomo, sottolineando il profilo dei doveri di solidarietà a garanzia della natura e degli equilibri ecologici. Il valore delle risorse e degli equilibri ambientali resta comunque ancorato all'impostazione antropocentrica, che prevale in quasi tutte le costituzioni vigenti e nel diritto internazionale ed europeo».

⁴⁰ A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in AAVV, *Trattato di Diritto dell'ambiente*, II, M.R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *La tutela della natura e del paesaggio*, Milano, 2014, pp. 739 ss.

multidimensionalità dei diritti costituzionali in termini, civili, sociali e politici⁴¹.

Nella sentenza n. 105 del 2024 si «consacra» proprio quella «sempre più moderna interpretazione» (sent. n. 361 del 1987) che già negli anni Ottanta la Corte costituzionale offriva: la tutela dell'ambiente non è solo un valore, ma un diritto soggettivo attinente alla persona e interesse dell'intera collettività, ribadendo quanto testualmente scritto nella sentenza n. 210 del 1987.

6. I «*tipping points*» del costituzionalismo: il «mandato» ecologico

La citata pronuncia del 2024 individua uno scarto innovativo tra l'*ante* e il *post* revisione nella consacrazione del «mandato di tutela» dell'ambiente perché la «efficace difesa» dell'ambiente «vincola così, esplicitamente, tutte le pubbliche autorità ad attivarsi». Emerge così la responsabilità delle istituzioni a garantire i diritti ecologici. La pronuncia n. 105 si concentra in modo particolare sulle modifiche introdotte all'art. 41, da considerarsi quindi «conferma e specificazione» del nuovo principio ecologico: la tutela dell'ambiente «assurge ora a limite esplicito alla stessa libertà di iniziativa economica, il cui svolgimento non può «recare danno» – oltre che alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, come recitava il testo previgente dell'art. 41, secondo comma, Cost. – alla salute e all'ambiente».

Si tratta di un «divieto» in contrasto con il quale «nessuna misura potrebbe legittimamente autorizzare un'azienda a continuare a svolgere stabilmente la propria attività»: la parola divieto sembrerebbe voler superare le ristrettezze del mero limite esterno sebbene questa eventuale nuova effettività non abbia trovato applicazione nel caso Priolo.

Con una soluzione decisamente ossimorica, infatti, la Corte costituzionale applica al caso Priolo Gargallo⁴², «riscrivendo» con una doppia tecnica (interpretazione conforme e additiva a rime baciata) una delle prime norme adottate dal nuovo Governo dopo la revisione del 2022,

⁴¹ Si rinvia al mio *Ecocostituzionalismo. La sovranità popolare di fronte alla crisi ecologica*, Napoli, 2024.

⁴² R. BIN, *Il «caso Priolo»: scelta politica vs. bilanciamento in concreto (in margine alla sent. n. 105/2024)*, in *Consultaonline*, n. 3/2024, pp. 1058 ss.

la versione monocratica del “modello ILVA” condannato pochi giorni dopo anche dalla Corte di Giustizia dell’UE per «temporaneità perpetua» del perdurare del degrado ambientale⁴³: in caso di pericoli gravi e rilevanti per l’integrità dell’ambiente e della salute umana è necessario sospendere le attività e, quindi, il termine per applicare le misure di protezione previste dall’autorizzazione all’attività industriale non può essere prorogato ripetutamente.

Se oggi si proclama all’ultimo comma dell’art. 9 un nuovo principio, la sua portata ermeneutica segna la linea di sviluppo dell’ordinamento costituzionale al tempo del c.d. Antropocene, vale a dire l’era geologica attuale in cui l’ambiente terrestre – nell’insieme delle sue caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche – viene fortemente condizionato, su scala sia locale sia globale, dagli effetti dell’azione umana, con degrado in particolare dell’atmosfera. Oggi la Costituzione offre un più chiaro principio ecologico che occupa la nostra normatività, rappresentando un criterio ermeneutico di ogni politica ma anche un vero e proprio limite del libero posizionamento del nostro Stato nello spazio sovranazionale e una nuova “forma” nell’esercizio della sovranità interna.

Prendere sul serio questo cambio di paradigma, significa risignifi-

⁴³ Dopo le cinque condanne dell’Italia da parte della Corte europea per i diritti umani tra il 2019 e il 2022 sul caso Ilva, anche la Corte di giustizia dell’Unione europea, l’organo giurisdizionale di un ordinamento che si fonda sulla libertà di circolazione dei mezzi di produzione, ha emesso nel 2024 una sentenza storica contro le violazioni della direttiva sulle emissioni industriali compiute dallo stabilimento siderurgico Ilva di Taranto: CGUE, causa C-626/22, Ilva e a., 25 giugno 2024. Secondo la Corte di giustizia, innanzitutto, la nozione di «inquinamento» ai sensi della citata direttiva include i danni sia all’ambiente che alla salute umana. Si profila, quindi, un’interpretazione irrelata tra «la tutela e il miglioramento della qualità dell’ambiente» e «la protezione della salute umana» in quanto «due componenti strettamente collegate» della politica dell’Unione in materia ambientale: proprio «alla luce dello stretto collegamento esistente tra la protezione dell’ambiente e quella della salute umana», un livello elevato di protezione della salute umana non può essere conseguito senza un livello elevato di tutela dell’ambiente, per la salvaguardia del diritto di ognuno a vivere in un ambiente atto a garantire la sua salute ed il suo benessere». Sebbene le autorità nazionali competenti dispongano di un «margine di discrezionalità» (concetto ben diverso da assoluta discrezionalità) nell’ambito della valutazione che esse sono chiamate a realizzare al fine di determinare le sostanze inquinanti che devono essere oggetto di valori limite di emissione nell’autorizzazione all’esercizio di un’installazione, questa discrezionalità si può esercitare solo rispetto alle «sostanze inquinanti che si ritiene abbiano un effetto trascurabile sulla salute umana e sull’ambiente».

care i fondamentali e gli apici del diritto costituzionale secondo quello che chiamo ecocostituzionalismo⁴⁴.

Eco declina un costituzionalismo agganciato alla salvaguardia dell'equilibrio dell'unità ecologica degli ecosistemi composti da organismi viventi (esseri umani, animali e vegetali) e da materia inorganica, con l'intento di fuoriuscire dal falso dilemma del bilanciamento esterno al rapporto tra esseri umani e ambiente e, viceversa, di ancorare le forme della convivenza umana agli altri elementi ecologici che si aggregano con le persone formando i nostri ecosistemi. Un ecocostituzionalismo dovrebbe proprio agire sul rapporto tra ambiente e gli altri diritti, in particolare quelli d'iniziativa economica e di proprietà, dando chiara priorità assiologica all'integrità dei sistemi ecologici quale principio della responsabilità personale e collettiva verso, non la natura in sé, ma proprio verso il genere umano che ne è parte, quale espressione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, economica e politica ex art. 2 Cost e della pari dignità sociale.

La preservazione degli equilibri ecosistemici, pur nella loro dinamicità, assurge in questa chiave a bene davvero primario e assoluto che, in quanto tale, impone un bilanciamento diseguale con ogni altra libertà: tali libertà non ne saranno compromesse perché il mantenimento degli equilibri ecologici è in realtà una preconditione per il loro stesso esercizio. Non si tratta di difendere la Natura in quanto tale ma proteggere noi stessi in quanto elementi dell'ecosistema⁴⁵.

È urgente mutare la collocazione costituzionale dell'ambiente: da

⁴⁴ Sin dal mio *Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente e garanzia dei diritti costituzionali. Per un eco-costituzionalismo in nome della giustizia ambientale*, in M. CECCHETTI, L. RONCHETTI, E. BRUTI LIBERATI, *Tutela dell'ambiente: diritti e politiche*, Napoli, 2021, pp. 59-118.

⁴⁵ Anche se a tecnologia molto avanzata, infatti, restiamo organismi biologici che fanno parte dell'ecosistema: le reti sociali umane sono una componente biologica degli ecosistemi, un tutt'uno con la rete ecologica. Se conveniamo che la specie umana è parte dell'insieme Natura, non ci resterà che abbandonare la visione duale dell'antropocentrismo nella quale noi siamo i soggetti di diritto e la Natura è composta da singoli possibili oggetti di nostra proprietà, a nostro uso e consumo, per abbracciarne viceversa una ecocentrica; in questa ottica in quanto componenti individualmente e socialmente di un sistema di ecosistemi, il mantenimento di un equilibrio infra e inter ecosistemico in modo che non sia compromessa la qualità della nostra esistenza, che tipo di situazione giuridica esiste? è fonte di situazioni giuridiche soggettive fondamentali.

mero settore delle politiche a disposizione delle maggioranze a un plesso di situazioni giuridiche soggettive appartenenti alla singola persona e ai soggetti collettivi caratterizzato dall'inviolabilità. Preservare gli equilibri ecosistemici, infatti, richiede un "bilanciamento diseguale" tra diritti, in coerenza con un costituzionalismo basato sulla «pari dignità sociale» ex art. 3 della Costituzione, che deve dare priorità a quelli che sono diritti ecologici perché sono preconditione di effettività di tutti i diritti inviolabili: una situazione giuridica complessa e multidimensionale che prefigura in termini civili, economici e sociali diritti e doveri che le istituzioni devono riconoscere e tutelare anche imponendone il rispetto ai privati riempiendo di nuovo significato il contratto sociale costituzionalizzato.

La Corte di Strasburgo, dopo le varie condanne per l'ILVA, ha sanzionato l'Italia anche per la disastrosa gestione della c.d. terra dei Fuochi definita come «fenomeno di inquinamento diffuso e su vasta scala derivante non da un incidente isolato, ma dallo scarico illegale, dal seppellimento e/o abbandono incontrollato di rifiuti pericolosi, speciali e urbani, spesso associato al suo incenerimento, effettuato nel corso di decenni, in maniera frequente descritto come "sistematico"».

In questa recentissima sentenza *Cannavacciuolo* della Corte Edu⁴⁶ si fa espresso riferimento alla modifica dell'art. 9 e dell'art. 41. L'interpretazione del terzo comma dell'art. 9 Cost. si intreccia, dunque, con le recenti novità giurisprudenziali che ad ogni livello (nazionale, sovranazionale, comparato) sembrano il precipitato di un mutamento in corso mosso anche da una nuova concezione dell'ambiente diffusa nel tessuto sociale che lotta per il diritto, un diritto ecologico appunto.

La sovranità popolare deve maturare e non aggirare questo nuovo limite costituzionale che modifica le forme del suo esercizio⁴⁷.

⁴⁶ CORTE EDU, *Cannavacciuolo e altri c. Italia*, Ricorso n. 51567/e altri, 30 gennaio 2025.

⁴⁷ Di *L'evoluzione della forma di Stato verso un Eco-Welfare State* parla G. MARCHETTI, *Il "principio fondamentale ambientalista" nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*, Torino, 2024.

CONCLUSIONI

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO

GAETANO AZZARITI

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 costituzioni 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

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 nel fascicolo n. 1 del 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 nei fascicoli n. 1 e n. 2 del 2004, nonché in *Costituzionalismo.it. Archivio*, Torino, 2006, pp. 22 ss); quello svolto in occasione dei 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ad Ascoli, i cui atti sono stati curati da Marco 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 incluse nel fascicolo n. 2 del 2010.

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 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 vogliano 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, 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

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

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 fon-

damento, 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. Questa 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 riguar-

da 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 legiti-

timità. 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 indeterminazione 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

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

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 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

⁷ Secondo la celebre indicazione di C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven Verlag, Köln 1950 (vedi la traduzione italiana di E. CASTRUCCI, a cura di F. Volpi: *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "Jus publicum europaeum"*, 2ª ed., Milano 1998, spec. alle pp. 19 ss.).

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 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 mu-

tamenti 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 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 for-

⁸ Vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, 9ª ed., Padova, 1975, p. 148.

te 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.

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 giuridi-

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

co 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 attaccamento alla *forma* del diritto. Sbagliato sarebbe declinare il positivismo 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 su-

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

periore 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 rappresentatore 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

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.

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 storica 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 legitti-

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.

mità 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 temperie 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, rappresentando 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.

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*, pubblicato nel fascicolo n. 2 del 2010.

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 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, solo la conquista di un'egemonia può sostenere la nostra particolare idea di

¹⁴ Vedi gli editoriali del 2003 citati.

¹⁵ Si utilizza l'espressione di 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.

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 su 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 sembra 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 questa 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 *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, spec. a pp. 29 ss.

¹⁸ Vedi in particolare *I costituzionalisti al tempo di babele*, pubblicato nel fascicolo n. 2 del 2010 e 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 precettivo. 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 superare le contrapposizioni infeconde che oggi sembrano prevalere tra un cosmopolitismo irenico e uno statualismo identitario. Una falsa antitesi che spesso 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 ov-

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.

vero 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 costituzionale 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

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

²¹ *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*, *Costituzionalismo.it*, fascicolo n. 1 del 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, 14^a ed., 2020.

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 riconoscimento 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, ciascuno 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 "rottture" 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 dalla 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

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*, pubblicato nel fascicolo n. 2 del 2010.

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) 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 costi-

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.

tuzione. 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 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

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

²⁷ Sul punto non posso che rinviare ai pioneristici 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 – *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), ristampa, Napoli, 2007.

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 assai dubbia validità nell'Europa continentale attraversata – da sempre e ai giorni nostri con particolare livore polemico – da una forte propensione all'erosione 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 della *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

²⁸ Espliciti sul punto, con riferimento all'esperienza inglese, tanto W. BAGEHOT, *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, p. 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»).

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 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 superiore 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

³⁰ I passi richiamati sono le celebri indicazioni formulate di Montesquieu in *Lo spirito delle leggi*, al libro XI, capo IV (vedi la tr. it. a cura di Sergio Cotta, Torino, 2ª ed., 1965, Vol. 1, p. 274).

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 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

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, 2018. Per approfondimenti sul punto vedi quanto rilevato nel mio *Diritto e conflitti*, cit., pp. 54 ss.

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.

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.

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, 7^a ed., 1980, p. 43.

Quaderni della rivista "Costituzionalismo.it"
Volumi pubblicati

Fuori collana

Costituzionalismo.it. Archivio, a cura di G. Azzariti, Torino, 2006

Collana Editoriale Scientifica

1. *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, a cura di M. Ruotolo, 2008
2. *Costituzionalismo.it. Archivio 2006-2008*, a cura di F. Bilancia, 2011
3. *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, a cura di G. Azzariti, 2022
4. *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, a cura di G. Azzariti, 2022
5. *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, a cura di G. Azzariti e M. Della Morte, 2024

Finito di stampare nel mese di maggio 2025
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

Il volume si interroga sul ruolo che i costituzionalisti oggi devono o possono esercitare per preservare un pensiero critico e non arreso di fronte all'incombere di un susseguirsi di crisi – passaggi d'epoca – che attraversano tanto il mondo del diritto quanto quello più propriamente politico. Un diritto sempre più fragile, spesso disatteso, sostituito dalla politica di potenza. Ci si deve abbandonare al dominio del mercato e al predominio delle superpotenze globali o si può ancora affermare la necessità di dare regole alla convivenza civile facendo prevalere principi "costituzionali", quali sono la libertà, l'eguaglianza e la solidarietà tra i popoli? Si può continuare a parlare di un diritto inalienabile alla dignità umana di fronte all'infamia delle guerre di sterminio e al silenzio generalizzato dei paesi cosiddetti civili di fronte all'orrore della politica? Ma veramente la pace può essere preservata solo attraverso le armi e non più dunque attraverso il diritto, tutto ridotto a puri rapporti di forza? Ha ancora spazio un'idea di costituzionalismo democratico, conflittuale e pluralista? Per il diritto costituzionale moderno, che nasce con l'ambizione di fondare per poi limitare i poteri, sono queste questioni decisive e non riducibili alla stantia e ripetuta divisione tra coloro che si limitano a lamentarsi dello stato di cose presenti e coloro che inneggiano al nuovo, comunque esso si manifesti. I contributi di questo volume si ispirano piuttosto al faticoso principio spinoziano del "né ridere, né piangere, ma capire".

euro 16,00

ISBN 979-12-235-0310-2

