

Avvertenza

Ai sei capitoli, qui in parte rivisti, che costituivano il libro del 2015 *Saggi sullo Stato costituzionale* ho aggiunto due nuovi saggi. Il settimo capitolo *Lo Stato costituzionale e la crisi della politica* è apparso in forma più estesa in “Annali dell’Università Suor Orsola Benincasa”, 2019, pp. 233-259; l’ottavo capitolo *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti* è apparso in “Rivista di filosofia del diritto”, 1/2021, pp. 27-44.

Introduzione

Il presente volume è composto di otto capitoli, che riproducono momenti successivi di riflessione sullo Stato costituzionale democratico. Il primo è dedicato ai profili filosofico-politici connessi allo sviluppo dello Stato costituzionale dalle forme che lo hanno preceduto (Stato giurisdizionale, Stato legislativo) e presta una particolare attenzione alle trasformazioni subite dal concetto di costituzione. Il secondo si concentra sul processo di positivizzazione dei principi, di cui analizza soprattutto i riflessi sul piano della teoria giuridica, ad esempio in ordine alla dottrina delle fonti o alla certezza del diritto. Il terzo prende in esame il fenomeno macroscopico della crescita del ruolo della giurisdizione come espressione della crisi del sistema tradizionale delle fonti, tanto negli ordinamenti nazionali quanto nel contesto internazionale e transnazionale, valutandone anche i profili storico-politici alla luce dei valori della democrazia pluralista. Il quarto capitolo indaga i presupposti dell'argomentazione costituzionale e i suoi principali strumenti operativi, con speciale riguardo al concetto di ragionevolezza. Il quinto mette a tema la "costituzionalizzazione della persona" come esito di un percorso cominciato con l'individuo "astratto" delle prime gloriose costituzioni e codificazioni, di cui la persona, soggetto centrale dei diritti e delle libertà fondamentali, non rappresenta né la cancellazione né il disconoscimento, ma lo sviluppo e la concretizzazione. Il sesto capitolo discute i problemi legati alla democrazia costituzionale in quanto forma che la democrazia assume nel contesto dello Stato costituzionale in una guisa non propriamente tautologica, come pure potrebbe sembrare, ma con una peculiare fisionomia esaminata qui principalmente sotto il profilo del sindacato di costituzionalità delle leggi. Nel capitolo settimo, dopo una ricapitolazione dei tratti salienti del modello, si segnalano due aspetti critici della democrazia costituzionale, rinvenibili in sostanza nella crisi dello Stato sociale da cui

essa è fondamentalmente inseparabile. L'ultimo capitolo affronta il tema dei diritti oltre lo Stato, in particolare nel contesto della *governance* europea, dove si va a verificare la (scarsa) tenuta del principio decisivo dell'indivisibilità dei diritti civili, politici e sociali, a cui lo Stato costituzionale non può rinunciare.

Non sfuggerà al lettore attento la presenza costante di alcuni temi fondamentali, che in qualche modo ritornano in tutti i saggi, seppure considerati da prospettive diverse, a testimonianza di un nucleo cruciale di tesi che innervano e sostengono il libro. Basti pensare alla crisi della sovranità dello Stato e al rilievo crescente assunto dallo scenario internazionale, alla centralità dei principi giuridici con le loro caratteristiche normative, alla riemersione della filosofia pratica in uno con la riabilitazione dell'interpretazione giuridica, al significato del sindacato di costituzionalità delle leggi e alla tensione feconda tra diritto e politica.

Il punto di partenza del discorso, da cui si snoda il suo filo conduttore, è rinvenibile nella constatazione del "tramonto del Leviatano", ossia del superamento dell'idea di una sintesi politica unificante, in grado di assorbire senza residui la cittadinanza degli individui. Il dispositivo costituzionale degli Stati nazionali si fondava sulla legittimazione di un potere unico, capace di rendere uno il corpo politico. Il contratto sociale, concepito nell'ambito delle dottrine moderne del diritto naturale, poteva unire i diritti degli individui al diritto dello Stato come insieme di leggi, espressione di un potere impersonale. Esso manifestava così nel modo più lineare la derivazione dal basso dell'autorità, il senso dell'autorizzazione democratica.

La democrazia pluralista invece mette in discussione qualsiasi criterio assoluto, compreso il principio di maggioranza; gli atti di produzione e di applicazione del diritto richiedono un consenso "razionale", basato su valutazioni congruenti con l'assetto dei principi fondamentali dell'ordinamento. Ciò presuppone l'esigenza di riappropriarsi consapevolmente dei fondamenti extrapositivi della costituzione, che la cultura normativistica ha spesso trascurato come "non giuridici", in nome di un'esigenza formalistica di assunzione del diritto come dato in sé, privo di collegamenti con i suoi presupposti. Questa pretesa di neutralizzazione e di negazione del carattere pratico della conoscenza giuridica poteva fondarsi

solo sulla sovranità di un potere assoluto, tale da annullare i presupposti costituzionali e ricondurli alla logica di una norma puramente ipotetica, tautologica.

Si deve a Hans Kelsen, come spesso accade, la descrizione più nitida della prestazione fondamentale della costituzione in un sistema normativistico, fondato sul diritto come dato in sé. Quando si cerca il fondamento di validità di una costituzione originaria, non derivata da altre norme positive, e si rinuncia a ricondurla a istanze metagiuridiche (Dio o la natura), possiamo trovare soltanto una norma presupposta – che Kelsen chiamava *Grundnorm* – o che dobbiamo presupporre, per poter interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e di tutti gli atti produttivi di diritto secondo un senso oggettivo. La *Grundnorm* è la costituzione in senso logico-giuridico, il punto di partenza del procedimento di produzione del diritto, che nel contempo presuppone una certa costituzione efficace nel suo complesso. Il suo contenuto prescrive che *bisogna comportarsi secondo la costituzione*.

Di modo che essa non rinuncia mai alla propria natura ipotetica: fonda la validità di qualsiasi ordinamento giuridico positivo, senza identificarsi con alcuna delle regole contenute in esse. Per ciascuna costituzione è condizione logico-trascendentale, che rende possibile trasformare atti soggettivi in norme giuridiche valide e vincolanti.

Le costituzioni contemporanee invece hanno superato il dispositivo ipotetico posto al loro fondamento, dandosi una fisionomia assiologicamente orientata, almeno per quanto riguarda la difesa dei diritti fondamentali. Ad esempio, nella celebre sentenza Lüth del Tribunale Costituzionale tedesco si sostiene che la *Grundgesetz* “non vuole essere un ordinamento neutrale per quanto riguarda i valori” e che il suo sistema di valori, basato sulla dignità della persona umana, deve valere come decisione fondamentale del diritto costituzionale per tutti gli altri ambiti del diritto. Le costituzioni contemporanee, o gran parte di esse, esibiscono principi esplicitamente proclamati, a differenza di quanto avviene nella legislazione, dove le scelte di valore restano deliberatamente non esplicitate, in ossequio alla funzione esonerante delle leggi rispetto alle controversie sui fini ultimi. Esse rinvergono il proprio fondamento assiologico nella dignità della persona umana con la

logica dei suoi diritti inviolabili e l'assumono come premessa accanto al principio della sovranità popolare e con pari forza legittimante. Come se i diritti si fossero in qualche modo emancipati dalla vicenda storica della modernità politica, vantando adesso una sorta di autolegittimazione superiore alla parzialità politica che li aveva prodotti e caratterizzata da un'universalità etico-giuridica. Non a caso trovano la loro dimensione ideale nello spazio sovranazionale, al di sopra di qualsiasi autorità statale, garantiti dall'umanità stessa, come avrebbe detto Hannah Arendt. Senza per questo divenire più astratti ma, al contrario, rispondendo in modo più aderente alle domande provenienti dall'uomo e dal cittadino "in carne e ossa", con un'attenzione crescente alle differenze (i lavoratori, i consumatori, i fanciulli, le donne, gli anziani, i malati, gli indigenti) e alle condizioni concrete dell'esistenza, allo scopo di promuovere il disoccultamento delle differenze materiali, impercettibili nell'ambiente asettico delle relazioni tra individuo e Stato.

L'autofondazione dei diritti ha avuto un peso e un impatto considerevoli sul profilo della democrazia costituzionale, intesa come la forma che la democrazia assume nello Stato costituzionale. I sistemi di democrazia costituzionale presentano una fisionomia dualistica piuttosto inedita nella tradizione occidentale: la forma di una tensione tra il fondamento e l'esercizio dell'autorità politica e la garanzia di diritti di libertà e di giustizia superiori alla legge positiva, tra la democrazia e il costituzionalismo, nozioni provenienti da contesti storici e ideologici ben diversi. Come è stato più volte notato, l'espressione "democrazia costituzionale" può configurarsi tanto come un ossimoro quanto come una tautologia. La sua pratica è fondata sull'assunto della compatibilità tra sovranità democratica e limitazione del potere, ma il suo equilibrio è sovente instabile e precario, come testimoniano i rapporti conflittuali tra le Corti e il potere politico.

Tutte le dinamiche dello Stato costituzionale conducono in effetti a un rafforzamento del ruolo dei giudici e in generale del ceto dei giuristi.

L'elaborazione, l'interpretazione, l'applicazione e la concretizzazione assumono un peso crescente in un contesto normativo dominato da principi fondamentali a carattere etico-politico e se-

gnato dalla destrutturazione del vecchio sistema delle fonti di impronta statalista. Lo sviluppo dell'ambito sovranazionale, la trasformazione profonda del diritto internazionale, la frammentazione dello spazio globale, ponendo in rilievo la crisi delle istituzioni politiche, evidenziano le potenzialità ordinanti delle giurisdizioni. La costruzione dell'Europa su basi giuridiche più che politiche dimostra che un ordine giuridico può in larga misura prescindere da un potere legislativo comune e da un potere esecutivo accentrato, ma non può esistere senza giudici capaci di pronunciarsi su regole condivise e di risolvere le controversie.

Occorre riconoscere obiettivamente che il pluralismo dello Stato costituzionale esprime nel suo complesso anche una riduzione della capacità propulsiva dei soggetti politici, dell'azione politica collettiva. Il centro di gravità della democrazia si è spostato verso l'amministrazione della giustizia, i cui valori (trasparenza, contraddittorio, imparzialità, procedura, motivazione) appaiono in qualche modo più legittimanti o più credibili dell'esercizio della volontà politica. Si tratta di un fenomeno insito nella dialettica dualistica di cui si è detto, conseguente alle sue dinamiche, ma non privo di rischi. La storia ha mostrato che la legittimazione del potere mediante il diritto ha una portata più ampia della sua legittimazione democratica. Per via democratica essa può riguardare esclusivamente la legge: quindi si depotenzia inesorabilmente – e di fatto si è depotenziata – con l'indebolimento del ruolo della legge nell'ambito dei sistemi giuridici.

Il potere giudiziario esercita oggi un crescente contrappeso al potere legislativo e in tal modo rappresenta un'istituzione fondamentale per la vita politica democratica. Attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi ha poi acquisito, come già notò Tocqueville, un *immense pouvoir politique*. E tuttavia, come ricordava Jürgen Habermas, in ogni giustizia costituzionale si annida il pericolo di un paternalismo incompatibile con l'autodeterminazione democratica. Senza la diffusione delle idee nel tessuto sociale e l'esercizio costante delle prerogative proprie dei soggetti politici incombe il rischio della depressione dello spirito pubblico.

La cittadinanza attiva e la titolarità dei diritti fondamentali dotati della necessaria tutela giurisdizionale rappresentano pertanto i due pilastri dello Stato costituzionale, che vivono in un equili-

brio che va conservato come un bene prezioso, oggi minacciato. Questo modello così promettente, che sembra assicurare tutto a tutti (Stato di diritto, pluralismo culturale e sociale, eguaglianza politica, tutela dei diritti fondamentali, sovranità popolare e democrazia), che in teoria dipana tutti i nodi e le contraddizioni, soffre un *deficit* di realizzazione, che oggi mette in discussione alcuni dei suoi valori fondanti. Il difficile equilibrio sembra essersi rotto.

Segnalo rapidamente solo due aspetti che evidenziano il cattivo stato salute della democrazia costituzionale: la crisi della rappresentanza politica e dei partiti e la crisi dello Stato sociale.

L'ascesa dello Stato sociale a partire dal secondo dopoguerra si è realizzata in stretta relazione con quella del partito di massa. L'integrazione sociale era la funzione essenziale dei partiti: la crisi del movimento di integrazione delle classi non abbienti nel modello democratico unitamente ai processi di deformalizzazione della politica hanno sancito il loro declino inarrestabile.

Il declino dei partiti, strumenti fondamentali di mobilitazione dell'opinione pubblica e dei cittadini, ha avuto un peso assai rilevante nello squilibrio del modello e nel passaggio alla postdemocrazia di stampo tecnocratico oggi da più parti segnalata.

Un secondo aspetto di rilievo è dato dalla crisi del costituzionalismo sociale. Se è vero che il vecchio Stato di diritto non interventista è stato sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali, la democrazia costituzionale non può fare a meno dello Stato sociale: lo Stato sociale è, come diceva Böckenförde, "una logica conseguenza politica della democrazia", perché è l'effetto della politicizzazione di ogni questione sociale.

I diritti sociali dunque rappresentano oggi l'integrazione necessaria di un sistema di diritti non assicurando i quali "non c'è costituzione", per ricordare il celebre art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Questa fondamentale prestazione dello Stato è stata possibile in virtù della sua natura territoriale, legata a uno spazio limitato. I diritti, seppure fondamentali per l'uomo e quindi universali, si sono realizzati in una dimensione circoscritta, quella dello Stato come "universale particolare", dove è avvenuta la loro determina-

zione e il loro passaggio dall'astratto al concreto. Lo spazio giuridico sovrano ha favorito la concretizzazione, perché ha dato luogo a quei processi di conflitto, di legittimazione e di rappresentanza politica sfociati infine nella democrazia.

La questione che va affrontata oggi riguarda la collocazione dei diritti fondamentali nello spazio deterritorializzato e ubiquo della *governance*, in particolare in quello delle istituzioni europee.

Il cambio di spazialità depoliticizza la questione dei diritti, storicamente costruita sulla base del conflitto e della rappresentanza, che animavano la dimensione dello Stato.

Occorre ora considerare in che modo si possono riambientare i diritti (indivisibili) nel mutato contesto depoliticizzato. In particolare, occorre vedere se la fisiologica tendenza extraterritoriale di diritti intesi come "fondamentali" possa convivere con il loro concreto esercizio, senza evaporare in normativismo astratto. Caduta (in via tendenziale) la distinzione interno/esterno che rendeva concreta la delimitazione del campo di effettività delle politiche e delle risorse necessarie alla loro attivazione col sostanziale primato della politica, matura il rischio che la logica del soggetto individuale, collegato alle norme sovrastatali (il mercato), resti l'unica in vigore. Nell'unico spazio "deterritorializzato" la fonte dalla legittimità potrebbe ridursi al diritto "naturale" del singolo alla difesa anche contro gli Stati dei propri diritti di libertà, proprietà, movimento e commercio. Il modello ordoliberal in vigore nell'Unione Europea, senza i necessari bilanciamenti, non appare in grado di riproporre le logiche di integrazione sociale che, nelle sue versioni migliori, proprio nei paesi europei lo Stato costituzionale ha saputo promuovere.

I

Trasformazioni del diritto nello Stato costituzionale

1. *Stato costituzionale e pluralismo politico*

Secondo un orientamento largamente condiviso, lo Stato costituzionale contemporaneo si presenta come la forma giuridica di una democrazia pluralista¹, espressione di una società aperta, fondata sulla pari legittimazione di tutte le componenti culturali e politiche. La trama di una democrazia pluralista è segnata dalla diversità, cioè dal fatto di manifestarsi come realtà policentrica e poliarchica, articolata in una molteplicità di aggregati, organi e competenze che non dipendono da un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la complessa mappatura tracciata dal disegno costituzionale. Al fondo di questo policentrismo c'è una delle componenti più significative del costituzionalismo contemporaneo, l'abbandono dell'idea che l'unità culturale costituisca la base necessaria di una comunità politica pacifica e relativamente stabile² e l'affermazione che il pluralismo degli interessi e delle visioni del mondo sia non solo un dato di fatto incontestabile, ma un dato positivo, un bene per la società stessa.

Dal punto di vista istituzionale ciò implica che nessun soggetto (neppure un sovrano) dispone a titolo esclusivo dell'esercizio del potere sovrano, ma che tutti i soggetti concorrono a tale eserci-

¹Uno per tutti: P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, (1982), tr. it. a cura di J. LUTHER, Carocci, Roma, 2001, p. 31.

²B. CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in *Identità, diritti e ragione pubblica in Europa*, a cura di I. TRUJILLO, F. VIOLA, il Mulino, Bologna, 2007.

zio³. In tal senso è molto difficile ravvisare nel legislatore “l’espressione della nazione”, anche quando rappresenti una maggioranza politica preponderante, come non è possibile ravvisare nella legge l’espressione dell’unità politica, ma soltanto di una parte della società medesima, di una delle sue parti. I diversi gruppi sociali, portatori di interessi e progetti contrastanti, ma in nessun caso così forti da porsi come esclusivi e dominanti – e quindi da formare la base materiale della sovranità statale nel senso tradizionale –, assegnano alla costituzione il compito di realizzare le condizioni della vita in comune, non più quello di realizzare un progetto predeterminato di bene comune⁴, il cui esito dipenderà dagli equilibri contingenti e mutevoli che le forze sociali e politiche sapranno raggiungere, sarà il risultato di un processo di compensazione fra idee e interessi divergenti.

La sovranità appartiene, si dice, alla costituzione con il suo complesso di principi, regole e istituzioni, che è come dire che la sovranità non si dà più nel suo significato peculiare che ha accompagnato l’intera vicenda dello Stato moderno. In una democrazia costituzionale – è stato osservato – nessuno ha l’ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare⁵.

³ E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006. Ha osservato Pietro Costa che “(...) si affermano ordinamenti caratterizzati da un programmatico intreccio fra la tradizione democratica ottocentesca e un composito e articolato ‘linguaggio dei diritti’ di lontana ascendenza giusnaturalistica. La parola d’ordine del nuovo costituzionalismo è una democrazia che si realizza nella promozione dei diritti fondamentali e inviolabili della persona: appunto uno Stato democratico-costituzionale, capace di congiungere il potere del *demos*, la sovranità popolare, con la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti”, P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 7-8.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 9.

⁵ Così M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 79 ss. In senso contrario J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford,

Questa analisi del pluralismo politico, largamente acquisita, forse anche banale, deve essere riguardata come revisione (e tendenziale superamento) di un blocco di concetti nati dalla scienza politica moderna, specialmente nella sua variante continentale, a cui con ogni probabilità nessuno intende rinunciare: diritti degli individui, uguaglianza, libertà, popolo, potere, rappresentanza. Cosicché il tema diviene improvvisamente meno banale.

La democrazia moderna, in quanto pensata come forma costituzionale che ha nella sovranità l'elemento cardine, mostra il crisma di una razionalità formale, quella medesima razionalità dell'individualismo moderno che oggi appare in discussione. La sua base risiede nel pluralismo ideologico, nel primato delle opinioni circa il bene e il male, discussione inaugurata da Hobbes. Tale prospettiva, nel negare un orizzonte comune di giudizio sulle condotte umane, crea uno spazio vuoto che può essere colmato solo dalla volontà. Il popolo libero è l'insieme di tutti gli individui eguali e il suo comando illimitato è l'unica volontà che il corpo politico può esprimere sulla scena pubblica. Il rapporto tra soggetto individuale e soggetto collettivo, tipico della democrazia moderna, sorge quindi per sostituire la costituzione in senso pre-moderno, nella quale da una parte gli ordini e i ceti offrivano la mediazione politica del territorio, dall'altra il monarca assicurava l'istanza di comando che risultava essere, pertanto, solo uno degli elementi del quadro costituzionale. Il potere non è perciò sovrano; la costituzione non è un suo prodotto sistematico e intenzionale. Le regole costitutive si affermavano piuttosto come cristallizzazioni di rapporti e di equilibri fra le diverse forze costituzionali concorrenti, ciascuna interessata a promuovere le proprie istanze.

La costituzione in senso moderno al contrario si è imposta come norma costitutiva e regolativa della vita politica, nata per sovrastare i rapporti di forza fra i soggetti coinvolti, per conformare a sé i rapporti costituzionali materiali e per annullare le differenze determinate fra le parti, riducendole a quelle indeterminate fra gli individui. Il nesso così allestito tra sovranità e rappresentanza porta dentro di sé un'aporia che proprio nell'epoca contempora-

1999, p. 290, che ricorda come in ogni organizzazione politica vi sia sempre un sovrano.

nea emerge in tutta la sua portata. La vicinanza del cittadino al potere contiene un autentico impedimento alla partecipazione⁶, dal momento che, mediante la funzione rappresentativa (ogni potere sovrano, pur provenendo dal basso, è espresso in realtà dall'alto), il potere è già di tutti, e non c'è un altro modo di prendere parte a qualcosa che già ci appartiene in virtù di un atto fondativo. Il superamento del mandato imperativo indica propriamente che non si deve esprimere alcuna volontà determinata, ma che occorre dichiararsi autori di azioni di cui altri sono attori. Il rapporto tra costituzione e territorio⁷ è segnato da un profilo ambiguo, inseparabile dalla vicenda moderna: la formazione di un'istanza politica dotata di sovranità richiede di dare un fondamento territoriale all'obbligazione politica, a scapito di qualunque altro rapporto con la terra. Ma al contempo il territorio, acquistando una funzionalità sempre più politica, viene svuotato di ogni valenza tradizionale, consuetudinaria, particolaristica e ridotto a spazio di unificazione e di esercizio del potere statale, ossia è ridotto ad ambito di validità giuridica. Pensiamo alla figura che campeggia sul frontespizio di *Leviathan*: i cittadini non possono stare di fronte al sovrano perché sono dentro di lui, costituiscono il suo corpo e la sua volontà politica. Ubbidire al sovrano significa ubbidire a ciò che si è voluto, dunque a sé stessi. Tuttavia la nostra è l'epoca che ha definitivamente rivelato che il popolo che comanda e nel contempo ubbidisce non è più un'unità sintetizzabile in termini formalmente compiuti. Residuano sempre differenze, nelle quali risiede il tema post-moderno della pluralità. L'ideale della democrazia non può ridursi al diritto di voto consistente in una delega ai professionisti della politica; questo aspetto tecnico-istituzionale sarebbe privo di senso se prima ancora non vi fosse la democrazia intesa come partecipazione attiva alla vita pubblica. E ciò è reso possibile dal pluralismo della società civile, che vuol dire in primo luogo pluralità di azioni umane organizzate in forma associativa, mediante formazioni sociali indipendenti, ciascuna caratterizzata

⁶G. DUSO (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma, 2004, specialmente l'Introduzione, p. 9 ss.

⁷M.R. FERRARESE, *Stati e processo di modernizzazione*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 35, 2006, p. 5 ss.

da finalità settoriali specifiche. Alla base della società non c'è l'individuo irrelato, ma i gruppi sociali, che in maniera spontanea producono contesti vitali quanto tendenzialmente disordinati, segnati cioè da un disordine produttivo⁸, che, da un lato testimonia la ricchezza della compagine sociale e dall'altro invoca l'istituirsi di una relazione con la società politica ispirata all'ideale della cooperazione⁹.

L'idea moderna del governo come mero potere esecutivo cade di fronte a una pluralità di soggetti che gli resistono e gli stanno di fronte, rivendicando una dimensione politica propria, refrattaria alla sintesi rappresentativa, in quanto articolata in forme e misure di aggregazione molteplici ed eterogenee, che a loro volta mobilitano nuove, o talvolta vecchie e risorgenti, modalità di espressione giuridica, come testimoniato dalla ripresa del contratto o della giurisdizione come fonti concorrenti di diritto.

La *governance* oggi al centro del dibattito, con la caduta della *ratio* sovrana degli Stati e con lo sviluppo del diritto transnazionale e sovranazionale, ha anche un'origine interna, se è lecito ancora esprimersi secondo la vecchia dicotomia interno/esterno che ha accompagnato le vicende della modernità giuridica. La *governance* si configura come risposta alla pluralità, in termini sempre meno riconducibili a istanze unitarie, in uno scenario in cui la fattualità mostra una rinnovata capacità normativa¹⁰ grazie alla riemersione della nozione di interesse particolare, disabilitata per lungo tempo dai dispositivi teorici dello Stato di diritto continentale e annullata dalla dicotomia pubblico/privato. La società complessa che abbiamo di fronte rimette in discussione il rapporto verticale

⁸M. MAGATTI, *Per la società civile. La centralità del 'principio sociale' nelle società avanzate*, Franco Angeli, Milano, 1997; P. DONATI, *Teoria relazionale della società*, Franco Angeli, Milano, 1991.

⁹Il rapporto tra società civile e società politica, per la sua complessità, non trova in queste pagine lo spazio che merita, se non per un aspetto, quello riguardante la funzione del diritto e il suo ruolo di mediazione e integrazione, che nello Stato costituzionale hanno subito trasformazioni rilevanti.

¹⁰“(…) la *governance* si configura piuttosto come una grande (e pesante) “pancia” capace di contenere tutto: la *ratio* pubblica, ma anche gli interessi particolari, la logica del governo, ma anche quella della partecipazione, il consenso ma anche il dissenso”, M.R. FERRARESE, *op. cit.*, p. 3.

tra sovranità e territorio, consentendo a quest'ultimo di riaprirsi a forme autorappresentative che allargano, ma complicano allo stesso tempo e "irrazionalizzano", i processi decisionali.

Il discorso qui lambisce senza affrontarlo un tema di grande rilevanza nella tradizione di studi filosofico-giuridici, quello dell'effettività¹¹. È stato detto che ci troviamo di fronte a "un'esplosione dell'effettività del diritto", laddove essa si sganci da una prospettiva ordinamentale (di tipo statutale o soltanto giuridica, nel senso kelseniano), e che appare evidente come l'effettività abbia smesso di porsi dal punto di vista teorico come un presupposto non problematico, una mera *condicio sine qua non* del funzionamento dell'ordinamento giuridico. Se il progetto moderno si esprimeva nella potenza normativa del diritto, nella sua capacità di modellare il mondo sociale bisognoso di regole, attraverso un'azione fondamentalmente sanzionatoria, adesso occorre interrogare la realtà sociale che propone alle norme contenuto e sostanza. Il *factum* ha un rilievo sul piano giuridico non in quanto è previsto, ma in sé, autonomamente, in virtù della giuridicità che la normalità dei fatti in senso istituzionale è in grado di esprimere, in quanto elemento interno del fenomeno giuridico considerato complessivamente, cioè in quanto componente essenziale del diritto. Ciò equivale a riconoscere che la regolamentazione legislativa presuppone concetti di normalità del tutto indipendenti da essa; al punto che, come scriveva Carl Schmitt, "in loro mancanza, la regolamentazione stessa diventa del tutto incomprensibile e non si può più assolutamente parlare neppure di 'norma'"¹². In altri termini, una

¹¹ A. CATANIA, *Effettività e modelli di diritto*, in ID., (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 33 ss.; qui si legge tra l'altro: "Kelsen esalta la prospettiva tecnica, costruttivista e politica del diritto moderno. Eppure, nel momento stesso in cui la libera di ogni residuo di sostanzialismo e di oggettivismo, nel momento in cui si rifiuta di farla "dipendere" dall'universo sociale, dal consenso, dai valori che integrano il sociale (...) la consegna al nichilismo della decisione e la svuota di capacità di rappresentare a pieno il complesso ruolo del diritto nella società", p. 36. Nello stesso volume si segnala P.P. PORTINARO, *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, p. 323 ss.

¹² C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, (1934), tr. it., in ID., *Le categorie del politico*, a cura di G. MIGLIO, P. SCHIERA, il Mulino, Bologna, 1972, pp. 259-260.

norma può esibire tutti i caratteri canonici dell'inviolabilità che si ritengono necessari, ma essa regola una situazione solo nella misura in cui si riferisce a un "tipo" concreto presupposto come normale¹³.

Come si vede, c'è una presa di distanza vistosa dal modello sistemico, autoreferenziale di matrice giuspositivistica, che s'ispirava al diritto come a un prodotto "a denominazione di origine controllata", con riferimento a una precisa gerarchia delle fonti normative e a un'applicazione tecnica affidata in via esclusiva a soggetti abilitati. Lo Stato legale-razionale riconosceva come diritto soltanto ciò che rispondeva a precisi criteri, secondo lo schema di un sistema autopoietico chiuso normativamente, che non si evolve con la società, ma che la regola regolando sé stesso. Oggi l'ordine giuridico si pone tendenzialmente in forma aperta, pronto a recepire nuovi soggetti e nuove forme di partecipazione giuridica. La rappresentazione macroscopica della nuova tendenza è offerta dal contesto globale, in cui la negazione della logica autopoietica è più palese: atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e, piuttosto che essere ammessi alla giuridicità mediante soggetti ufficiali, sono essi medesimi a costituirsi in soggetti attivi, a vario titolo e senza una precisa fisionomia. Tale de-formalizzazione del diritto globale ammette un numero imprecisato di soggetti (non più suscettibili di enumerazione esaustiva), in quanto non si dà più un'autorità unica che li ammetta alla partecipazione.

2. Un nuovo costituzionalismo

All'indomani della Seconda Guerra Mondiale, dopo l'esperienza dei totalitarismi e della guerra civile europea, "si è riaperta

¹³ Sulla struttura del "tipo" occorre segnalare almeno due contributi fondamentali di area tedesca, recentemente tradotti in italiano per la cura di G. CARLIZZI: ARTH. KAUFMANN, *Analoga e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, (1982), tr. it., Vivarium, Napoli e W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, (1968), tr. it., ESI, Napoli, 2007.

una stagione feconda per il costituzionalismo”¹⁴: nella cultura politica delle democrazie pluraliste si è riaffermata una supremazia della costituzione. Siffatta supremazia risulta dal concorso di due fenomeni distinti benché collegati: la giuridificazione della costituzione e la “costituzionalizzazione” dell’ordinamento, intesa come la sua diffusione pervasiva su tutte le parti del sistema giuridico.

Sotto il primo profilo si osserva il declino di quella concezione “intensamente politica”¹⁵ dell’attuazione della costituzione, tipica della tradizione europea continentale di matrice rivoluzionaria, sorretta dalla forza propulsiva dei soggetti costituzionali (popolo, parlamento, partiti), cui tende a sostituirsi una nozione di costituzione emancipata dal presupposto di un’unità politica, intesa prevalentemente come norma giuridica da interpretare in sede giurisdizionale. Maurizio Fioravanti ha parlato di un processo di dissociazione tra politica e costituzione, in cui quest’ultima è sempre più oggetto di interpretazione da parte dei giudici¹⁶ e delle corti, mentre la prima è sempre meno impegnata in attività di ordine costituzionale. In tal senso si comprende anche la pervasività della costituzione, quando questa si sviluppa al di là delle funzioni di organizzazione, distribuzione e limitazione dei poteri pubblici in direzione della regolazione diretta dei rapporti sociali¹⁷, favorendo così la sovrainterpretazione del testo costituzionale, che si esprime a sua volta attraverso interpretazioni adeguatrici della legislazione ordinaria ed elaborazione di regole e principi (espliciti o impliciti), idonei a disciplinare direttamente i rapporti e le controversie. In quanto testo da interpretare, la costituzione acquista forza obbligatoria nella misura in cui è capace di “dare risposte ai

¹⁴ P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, Einaudi, Torino, 1996, p. 5 ss.

¹⁵ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 17.

¹⁶ E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, il Mulino, Bologna, 1999; G. ZAGREBELSKY, *Il giudice come artefice delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

¹⁷ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 306 ss.

problemi del nostro presente”¹⁸. È stato osservato che si è consumata la “presunzione assoluta di legittimità della costituzione”¹⁹ e che è diventata dubbia l’esistenza di un debito di fedeltà verso la volontà costituente originaria, mentre acquista sempre più spazio il punto di osservazione da cui interroghiamo la costituzione e scegliamo le domande da rivolgerle. “Se la costituzione rivoluzionaria si diceva positiva – afferma Zagrebelsky – perché creata una volta per tutte con un atto di volontà iniziale, chiuso nel tempo e irripetibile (...), la costituzione del pluralismo contemporaneo si può dire positiva in quanto ricrea continuamente dal concorso di molteplici volontà”²⁰ che la ridefiniscono continuamente nella sua portata storico-concreta.

Un’evoluzione di questo genere può essere giudicata secondo prospettive divergenti: si può ritenere che il *vuoto di fondamento* sia salutare e propizio per liberare finalmente le ragioni del diritto e dei diritti dal dominio assolutistico della politica, ovvero si può temere che il vuoto sia (stato) riempito da un potere giurisdizionale, lanciato ben oltre i suoi confini, fino a paventare la rinascita di una sorta di Stato giurisdizionale con cui la civiltà giuridica europea ha già chiuso i conti. Non è mia intenzione arbitrare contese tanto impegnative, tuttavia considero importante segnalare la rilevanza di un tema che, d’altra parte, occupa una porzione cospicua del dibattito più avvertito tra filosofi, teorici del diritto e giuristi sul futuro della costituzione. Da un lato si segnala l’insufficienza del vecchio schema costituzionale, che lasciava in ombra la dimensione della cittadinanza come titolarità di diritti plurali e differenziati e pertanto bisognosa di istituzioni imparziali di natura giurisdizionale; dall’altro si avverte il timore di indebolire lo Stato di diritto, concedendo un credito eccessivo ai custodi della costituzione (che potrebbero portarci verso una “costituzione dei custodi”)²¹.

¹⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 18.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, cit., p. 35 ss.

²⁰ *Ult. cit.*, p. 75.

²¹ P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 30.

Uno dei temi oggi più impegnativi per la nostra riflessione è dato dalla costruzione di un modello di costituzione capace di armonizzare il principio democratico (funzione costituzionale di indirizzo), frutto di scelte libere e mutevoli, e la tutela dei diritti fondamentali (funzione costituzionale di garanzia), scongiurando esiti monistici in una direzione o nell'altra. Più che di un ritorno allo Stato giurisdizionale, si dovrebbe parlare di una fase nuova, che in un certo senso riproponga – intrecciandoli in forme diverse – elementi preesistenti della plurisecolare vicenda dello Stato moderno.

Se lo Stato costituzionale riprende la vocazione pluralistica dello Stato giurisdizionale, da cui è inseparabile un rafforzamento della giurisdizione, indispensabile al governo di una realtà territoriale complessa, nel contempo, esso conserva e valorizza gli elementi irrinunciabili dell'esperienza dello Stato moderno con la sua ricerca di un centro e di un'unità politica. “Lo Stato costituzionale – ha scritto Fioravanti – può essere considerato come una sorta di esito complessivo, entro cui confluisce e precipita l'intera esperienza dello Stato europeo”²²; e oggi esso è chiamato a realizzare contemporaneamente il principio antico della consociazione, basato sull'equilibrio e sulla garanzia tra le parti, e quello moderno della decisione rappresentativa dell'unità. Lo Stato contemporaneo, forte di questa capacità di articolazione, è divenuto soggetto sul piano sovranazionale di una nuova complessa trama istituzionale, nella quale gli Stati nazionali non sono più sovrani *uti singuli*, ma soltanto *uti socii*²³, insieme con altri soggetti pubblici e privati, e nella quale lo Stato medesimo non sarebbe mai potuto entrare restando ancorato alle categorie dominanti del diritto pubblico statale, fondato sul principio di sovranità.

Talvolta questo passaggio centrale viene colto sotto la forma di una riflessione sulla nozione del *rule of law*. Gianluigi Palombella ha sottolineato il contenuto storico-istituzionale del *rule of*

²² M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 20-21.

²³ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2003. Si veda ancora di CASSESE il brillante volumetto *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.