

*Io, in fondo, detesto il potere.
Amo istintivamente
lo Stato di diritto e il costituzionalismo
perché avverto che se è vero che il potere è necessario,
è comunque importante ostacolarlo,
limitarlo,
tagliargli le ali.*
(Lorenza Carlassare, 2009)

*Il diritto è limite.
È limite, soprattutto, perché va oltre il solitario,
supera il sé, se il sé è solo.
È limite nel e per il plurale.
Il diritto è pluralità.
L'umano fuori dalla pluralità umana infatti non esiste.*
(Gianni Ferrara, 2019)

SEZIONE I

POTERE, DIRITTO, ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. Essere costituzionalista. Una doverosa premessa. – 2. Potere, diritto e Costituzione. – 3. Le trasformazioni del potere. – 4. Diritto in senso oggettivo e diritto in senso soggettivo. – 5. Ordinamento e ordinamenti. Sintetiche definizioni. – 6. Lo Stato come ordinamento. – 7. Lo Stato (italiano) nei rapporti con alcuni altri ordinamenti.

1. *Essere costituzionalista. Una doverosa premessa*

La posizione del diritto costituzionale nell'ambito delle scienze giuridiche è analoga a quella dell'anatomia nell'ambito delle scienze medi-

che. Conoscere la Costituzione è come conoscere il corpo umano. Nei rapporti con gli altri studiosi del diritto, il costituzionalista si trova in una posizione non dissimile da quella dell'anatomista nei confronti dei medici specialisti. Per riprendere una simpatica considerazione di un grande Maestro della nostra disciplina, se «gli specialisti sono coloro che fanno quasi tutto su quasi niente», il costituzionalista è studioso che «sa quasi niente su quasi tutto» (Silvestri). Un modo diverso per esprimere la nota metafora – che si deve a Santi Romano, grande costituzionalista del passato – che vuole il Diritto costituzionale “tronco” dell'albero da cui si diramano le varie discipline (i diversi “rami”), in ragione del fatto che alla sua base vi è lo studio della Costituzione.

*Il ruolo del
costituzionalista*

Già qui si potrebbe però introdurre una significativa distinzione, specificando meglio cosa si possa o si debba intendere con il termine “costituzionalista”, se questi non vada in un certo senso distinto dallo “studioso di diritto costituzionale”.

In effetti, il “costituzionalista” intende per “Costituzione” non qualsiasi “documento” che abbia quel nome e che regoli l'esercizio dei pubblici poteri, credendo fermamente nel fatto che per aversi “Costituzione” sia necessario che i poteri siano separati tra di loro e che i diritti di ciascuna persona siano riconosciuti e garantiti. È lo schema dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata in Francia nel 1789, ove si legge perentoriamente che «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

Quella formula è stata poi arricchita dall'obiettivo della giustizia sociale, riguardato come esigenza imprescindibile nelle Costituzioni del XX secolo, per una reale, concreta, affermazione dei diritti. È il grande “salto di qualità” del costituzionalismo, che si traduce in ambizione normativa non solo nei confronti del potere politico ma anche del potere economico, entrambi sottoposti ai limiti e alle regole del governo dello Stato sociale. Il tutto in funzione della persona, della sua libertà reale; nella consapevolezza, espressa mirabilmente da Aldo Moro in Assemblea Costituente, che persona «non è soltanto singolo», «non è soltanto individuo», ma «società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato» (seduta del 24 marzo 1947).

Questi sono i valori base del costituzionalismo, la cui difesa non può che trasformarsi anche in impegno civile per chi si professi “costituzionalista”, per chi non si limiti a studiare e a spiegare le “regole” del diritto costituzionale, quali che siano i principi che sovrintendono i concreti modi in cui il potere possa essere esercitato.

Per lo studioso di diritto costituzionale la Costituzione potrebbe essere qualsiasi documento al quale sia dato quel nome; per il costituzionalista la Costituzione è tale a condizione che limiti il potere al fine di garantire i diritti. Di qui anche una certa “riluttanza” del costituzionali-

sta nei confronti del potere, che il mero studioso di diritto costituzionale potrebbe non incontrare, rivelandosi con minore difficoltà disponibile a porsi al suo servizio, a divenirne “consulente” nelle varie forme possibili.

Certo il “costituzionalista” deve essere anche studioso di diritto costituzionale, deve conoscere approfonditamente le singole regole che interessano l’esercizio dei poteri pubblici. Ma non si deve limitare a “contemplare” quelle regole e soprattutto a giustificarne letture che siano quelle più consone al libero dispiegamento del potere. Deve, insomma, sapere “ciò che è”, ma non rassegnarsi al “che così sia”.

Sono, mi sento, un costituzionalista e non soltanto uno studioso di diritto costituzionale. Preferisco subito comunicarlo al lettore, per rendere chiara la linea di questo *Corso*.

2. *Potere, diritto e Costituzione*

L’oggetto principale dello studio del Diritto costituzionale è senz’altro il *potere*, le forme e i modi della sua regolazione e del suo esercizio, nonché, in particolare, della sua limitazione, a garanzia dei diritti di ciascuno e di tutti.

Diritto e potere

Il potere è volontà che si impone in diverse forme e in differenti modi, come la storia umana ci insegna. Studiarlo vuol dire interrogarsi sulla sua legittimazione, cogliendo subito la relazione con il diritto, che dovrebbe avere proprio la funzione di regolarlo e limitarlo.

Non v’è dubbio che il concetto di potere richiami l’idea di relazione, di espressione, appunto, del potere di uno o di alcuni su altri (il potere come dominio, individuale o collettivo, come forza), accompagnandone l’evoluzione storica: dal contesto familiare a quello statale sino alla dimensione globale. È una prospettiva verticale, transitiva, che si struttura attorno alla coppia comando/obbedienza, funzionale ad assicurare l’ordine costituito.

Nel mondo antico, ad esempio, la traslazione dalla sfera privata alla sfera pubblica delle relazioni di potere è ben rappresentata dall’aristotelica analogia proposta tra l’autorità esercitata dal marito sulla moglie e quella esercitata nella città e tra l’autorità esercitata dal padre sui figli e quella praticata dal re. Il potere regio diviene estensione quantitativa del potere patriarcale (nei regni ereditari) o del potere del padrone sugli schiavi (nei regni dispotici), con una significativa differenza, nella qualità del comando, rispetto ai regimi costituzionali, in cui gli ordini sono dati a persone libere ed eguali (Portinaro).

È il potere in funzione dell’ordine, ingrediente essenziale della struttura di qualsiasi sistema, che però si scontra nella modernità con una

forte rivendicazione di partecipazione della comunità nell'assunzione delle decisioni che la riguardano. È l'ambizione del costituzionalismo: non già negare il potere, essenziale per una convivenza ordinata, ma disciplinarlo, dividerlo, separarlo, al fine, come si è già scritto, di garantire i diritti di ciascuno e di tutti.

Non si vuole più identificare il potere con il mero arbitrio, la brutta forza, la pura rappresentazione di egemonia, ma renderlo espressione di consenso, condivisione, cooperazione nell'interesse comune. Si vuole un potere formato dal diritto, in cui l'orientamento delle condotte non sia esito di un'imposizione, ma conseguenza di un agire insieme.

Dalla dimensione transitiva alla dimensione intransitiva

È il passaggio (non sempre riuscito) da una dimensione transitiva (imposizione verticale della propria volontà) a una dimensione intransitiva (esito di un interscambio orizzontale tra eguali) che, per quanto per molti aspetti vaga e indeterminata, sembra essere ambizione legittima in un contesto democratico. È una prospettiva che esalta l'aspetto comunicativo e partecipativo, rifiutando l'idea della "delega" in nome di un'appartenenza "diffusa".

Le Costituzioni moderne hanno proprio questa ambizione, nel perseguimento della quale ascrivono poteri, pongono le regole essenziali per il loro esercizio, accompagnandole con le previsioni degli opportuni, necessari, controlli rivolti ad evitare il superamento di limiti, di quei confini posti a presidio dell'interesse di tutta la comunità di riferimento. E, insieme, riconoscono e garantiscono i diritti, predicando l'effettività del loro esercizio, anche attraverso la rimozione degli "ostacoli" che a ciò si frappongono, quale condizione per una compiuta partecipazione di ciascuno alla vita politica, economica e sociale della comunità di appartenenza.

Ma le Costituzioni vivono ormai in una realtà più articolata, non contenibile nella dimensione statualistica, e devono fare i conti con la consapevolezza che i sistemi complessi si governano attraverso il coordinamento di sottosistemi. È quanto accade a livello europeo e nella dimensione globale, richiedendo una rivisitazione delle categorie classiche del diritto costituzionale e imponendo una nuova riflessione anche per le problematiche legate alla limitazione del potere. Non solo: la conquista democratica avutasi con l'acquisizione di una concezione intransitiva di potere, attraverso l'assunzione della sua dimensione orizzontale, è messa paradossalmente in discussione dalla rivoluzione digitale che stiamo vivendo. All'illusione del possibile potenziamento di un potere "diffuso" per il tramite delle nuove tecnologie si accompagna sempre più la delusione per lo scarso rilievo della effettiva partecipazione di ciascuno, ormai immerso in reti impersonali, nel governare processi sempre più complessi, esposti al dominio e alla manipolazione di pochi (Cartabia-Ruotolo).

Il potere rischia così di tornare ad essere esclusivamente forza o pu-

ra rappresentazione di egemonia, riducendosi le effettive possibilità per ciascuno di trovare ascolto, di effettivamente rivendicare – secondo la nota formula di Hannah Arendt – che il potere «non appartiene a nessuno in particolare, ma è potenzialmente di ognuno e di tutti».

3. Le trasformazioni del potere

A Lucrezio si deve la nota e attualissima affermazione secondo la quale il potere è cosa vuota, che non si lascia prendere. Mai, come oggi, esso ci appare sempre più sfuggente.

Dagli ultimi decenni del Novecento stiamo assistendo, infatti, a una sua costante “metamorfosi”: al suo “trasloco” «verso nuove residenze sia in sedi internazionali, sia specialmente in sedi private», con la dismissione dei «consueti abiti istituzionali sotto l’egida del diritto pubblico», e alla sua trasformazione, al cambiamento del suo modo di essere, trainato soprattutto dagli «spiriti animali» del capitalismo (Ferrarese). Un peso rilevante in questi processi hanno avuto le evoluzioni delle tecnologie (specie informatiche), che sembrano ormai sfuggire alla regolazione della politica, guidate piuttosto dai poteri privati e in particolare dalle grandi imprese del web.

*La metamorfosi
del potere*

È un potere “mobile”, non residenziale, che supera i confini dei territori nazionali, capace di autorappresentarsi, di esprimersi in forma *soft*, nella veste ambigua della *governance* – termine di derivazione aziendalista, che allude a una maggiore partecipazione nell’assunzione di decisioni prese in realtà «lontano dalle sedi democratiche, ai margini del sistema rappresentativo» (Bin) –, che vale a segnare (e a legittimare) il coinvolgimento dei privati nei processi regolativi su questioni di pubblica rilevanza (Ferrarese).

In un processo di progressiva delegittimazione della democrazia rappresentativa, la *governance* diviene l’etichetta buona per giustificare la spoliazione istituzionale del potere, per favorire il trionfo della “nuova *lex mercatoria*”, intesa come «diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati» (Galgano), in una dimensione transnazionale che si rivela essenziale non più soltanto e tanto per le esigenze del commercio quanto per quelle della finanza (Ferrarese).

Trionfano gli anglicismi – per tutti l’*accountability*, forse traducibile come “rendicontabilità” – che tendono a offrire una sintetica giustificazione del fenomeno, alludendo a una apertura e a una trasparenza dei processi decisionali che è solo parziale, se non apparente, perché nel

«doppio fondo» della valigia della *governance* ci sono poteri privati spesso incontrollati e opachi (Ferrarese).

Le stesse organizzazioni internazionali, istituite in maniera crescente specie per rispondere alle nuove esigenze del commercio e della finanza su scala globale (si pensi alla Banca Mondiale, al Fondo Monetario Internazionale, all'Organizzazione Mondiale del Commercio), hanno gradualmente acquisito indipendenza dagli Stati, che pure le hanno costituite, in una dimensione di de-politicizzazione e de-istituzionalizzazione dell'economia (Ferrarese) funzionale ad assicurare la piena libertà di decisione dell'operatore economico, che «propende per sua non natura per non restringersi in spazi delimitati e per allargare quanto più possibile gli orizzonti del proprio agire», non ponendosi «eccessivi scrupoli di tutela dei diritti e delle libertà altrui» (Nocilla). Non è più la politica che pone limiti all'economia, ma quest'ultima a liberarsi dai vincoli politici, dalle interferenze statali che possano ostacolare la piena realizzazione del libero mercato (Ferrajoli). Ciò ha provocato, tra l'altro, le avversioni e le reazioni anti-storiche di coloro che ritengono possibile un ritorno al passato, predicato nella forma di un sovranismo rivolto non alla ricerca di strumenti di governo dei processi di internazionalizzazione, ma alla esclusiva, strenua, difesa della propria identità. Ne è testimonianza, negli ultimi anni, la nascita e la crescita dei partiti o dei movimenti sovranisti, non solo ostili alle organizzazioni internazionali in genere, ma inclini alla rinnegazione del multiculturalismo e persino alla riproposizione di forme di discriminazione razziale del tutto estranee rispetto alle conquiste di civiltà del costituzionalismo novecentesco.

Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri

Difficile riproporre, in tale mutato contesto, i principi propri del costituzionalismo, trovando strumenti idonei per la limitazione di poteri de-territorializzati. Pur constatando che esistono strutture relativamente indipendenti preposte a garanzia dell'osservanza di principi e regole di talune organizzazioni internazionali (ad esempio, nell'Organizzazione Mondiale del Commercio, nota con l'acronimo WTO, e nell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, nota con l'acronimo ILO), le «isole di legalità» auto-garantite non paiono strumenti sufficienti per l'affermazione del costituzionalismo nella dimensione mondiale (Silvestri).

Le strade praticabili sembrano, alla fine, due: quella, assai ambiziosa, di una Costituzione della Terra, che istituisca un demanio planetario a tutela dei beni vitali della natura, metta al bando le armi, introduca un fisco globale e idonee istituzioni mondiali di garanzia in difesa delle libertà fondamentali e in attuazione dei diritti sociali di tutti (Ferrajoli); quella della «integrazione sostanziale», che porti a un avanzamento costante sul piano globale del nucleo essenziale del costituzionalismo, facendo leva, con il contributo, a diversi livelli, anche degli organi giurisdizionali, sulla «forza generativa dei principi» e abbandonando «il fondamento dell'autorità del potere, per volgersi verso il fondamento