

OPAC SBN - Istituto centrale per il catalogo unico

Scheda: 3/5

Livello bibliografico	Periodico
Tipo documento	Testo a stampa
Titolo	Studi senesi : nel Circolo giuridico della R. Università
Numerazione	A. 1, n. 1 (1884)–
Pubblicazione	Siena : Facoltà di giurisprudenza dell'Università, 1884–
Descrizione fisica	v. ; 24 cm
Note generali	· Quadrimestrale, la periodicità varia.
Numeri	· [ISSN] 0039–3010 · [ISSN] 1592–1441 · [ACNP] P 00059134 · [ACNP] P 00230535
Comprende	· Scritti giuridici e di scienze economiche pubblicati in onore di Luigi Moriani nel 35. anno del suo insegnamento · La responsabilità penale di amministratori e Sindaci di società / Alessandra Rossi Vannini
Nomi	· Università degli studi di Siena : Facoltà di giurisprudenza
Classificazione Dewey	· 340.05 (20.) Diritto. Periodici
Lingua di pubblicazione	ITALIANO
Paese di pubblicazione	ITALIA
Codice identificativo	IT\ICCU\MIL\0075894

[Dove si trova](#)

MARIO PERINI

A PROPOSITO DI «NEOCOSTITUZIONALISMO»



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SIENA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE
2003



Per. MP2

COMITATO SCIENTIFICO

ASHWORTH - EMANUELE CASTRUCCI - GIULIO CIANFEROTTI - FLORIANA COLAO
DOMENICO COMPORTI - GIOVANNI COSÌ - PETER DENLEY - ENRICO DICIOTTI
GAETA - DENIS GALLIGAN - MARTIN GEBAUER - BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
ARDO MAZZA - STEFANIA PACCHI - VALERIA PIERGIGLI - FRANCESCO PISTOLESI
NA PULGAR - VITTORIO SANTORO - GIULIANO SCARSELLI - GERALD SPINDLER
EMANUELE STOLFI - MARCO VENTURA

DIRETTORE

PAOLO NARDI

VICE - DIRETTORI

SONIA CARMIGNANI - STEFANO PAGLIANTINI

COMITATO DI REDAZIONE

GIANDOMENICO COMPORTI - ROBERTO GUERRINI - PAOLO NARDI
MARIA LUISA PADELLETTI - ANDREA PISANESCHI - STEFANIA PACCHI

SEGRETARI DI REDAZIONE

GIAN LUCA NAVONE - MARIO PERINI

COMITATO PEER REVIEW

STEFANO AMBROSINI - ALBERTO CADOPPI - GIOVANNI D'AMICO
GIUSEPPE MANFREDI - VITO PIERGIOVANNI - FABRIZIO RAMACCI
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO - ROLANDO TARCHI

La redazione della rivista, che esce con periodicità semestrale, ha sede presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena. Manoscritti, opere da recensire, periodici in cambio debbono essere indirizzati alla Redazione della rivista. Gli autori riceveranno gli estratti in formato pdf (per la stampa in digitale di 50 estratti il costo è di euro 0,15 + IVA a pagina).

I testi sono preventivamente valutati dal Comitato scientifico e dal Comitato di redazione e possono essere sottoposti al giudizio in forma anonima di esperti esterni alla Facoltà (peer review).

Per abbonamenti ed acquisti rivolgersi a: Industria Grafica Pistolesi - Edizioni "Il Leccio" srl, 53035 Monteriggioni (Siena), via della Resistenza, 117, Badesse (Siena).

Condizioni di vendita (abbonamenti correnti):

un fascicolo separato:	Italia, € 17,00	Esteri € 30,00
un abbonamento annuo:	Italia, € 35,00	Esteri € 60,00

Condizioni di vendita arretrati (dall'annata 1984 inclusa):

un fascicolo separato:	Italia, € 20,00	Esteri € 30,00
un abbonamento annuo:	Italia, € 60,00	Esteri € 70,00

Reg. Trib. di Siena n. 28 del 14 dicembre 1984

ISSN 0039-3010

A PROPOSITO DI «NEOCOSTITUZIONALISMO»*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi - 2. Le ragioni storico-giuridiche - 2.1. La crisi della concentrazione statale del potere ed i tentativi di ricostituire un'unità ordinamentale - 2.2. La positivizzazione dei valori negli ordinamenti giuridici contemporanei - 2.3. Metodologie inadeguate e risposte della dottrina - 3. Gli attuali tentativi di ricostruzione sistematica: il neocostituzionalismo - 3.1. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? - 3.2. In particolare, il neocostituzionalismo positivista-garantista - 4. Questioni aperte.

1 – Cenni introduttivi

Queste considerazioni sono state suscitate da alcuni recenti interventi¹ e dalla percezione di diffusi atteggiamenti

* ...

*My mother told me good
my mother told me strong.
She said "be true to yourself
and you can't go wrong."
"but there's just one thing
that you must understand."
"you can fool with your brother –
but don't mess with a Missionary man"*

...

*Well the Missionary man
he's got God on his side.
He's got the Saints and Apostles
backin' up from behind.
Black eyed looks from those bible books.
He's a man with a mission
got a serious mind.*

...

Eurythmics, *Missionary Man*, 1986

¹ In particolare, cfr. T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino 2002; S. POZZOLO,

menti nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali. In particolare, non può essere sfuggito come alcuni giuspubblicisti e la stessa Corte costituzionale, oltre a molti giudici comuni, tendano ad attribuire, nello svolgimento delle loro rispettive responsabilità, un valore assolutamente pregnante alla Carta ricorrendo ad un metodo ben lontano dal formalismo giuridico dei decenni precedenti. A questo proposito pare sufficiente richiamare, a mero titolo esemplificativo: la diffusione di concezioni che assumono l'ordinamento quale sistema assiologicamente orientato², la dottrina dell'interpretazione adeguatrice³, la tecnica del bilanciamento e della ponderazione⁴, l'utilizzo della ragionevolezza come uno dei principali criteri di risoluzione delle controversie costituzionali⁵, la tesi dell'intangibilità di alcuni principi costituzionali

Neocostituzionalismo e positivismo giuridico, Torino 2001; G. BONCIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, Bologna 2000; L. PRIETO SANCHIS, *Costituzionalismo e positivismo*, in "Analisi e diritto", 1996, pp. 207 ss.; ID., *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2002, pp. 169 ss.

² Cfr., ad es., AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 2 voll., Milano 1985; A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in "Dir. soc." 2002, pp. 75-77 e bibliografia ivi indicata; C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della costituzione. Tra Stato, sovranità e soggetto costituente*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica" 2002, in part. pp. 146 ss. In senso critico, C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in "Rass. dir. pub." 1970, pp. 1 ss.

³ Cfr., ad es., M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in AA.VV., *Il giudizio delle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002 e bibliografia ivi citata.

⁴ Cfr., ad es., R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale cit.*

⁵ Cfr., ad es., L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, pp. 898 ss.; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella*

supremi⁶, la valorizzazione di centri di potere e di creazione del diritto estranei al circuito politico-rappresentativo, cui viene affidata l'attuazione di molteplici valori costituzionali⁷, l'avvicinamento - o meglio, il riavvicinamento - tra società e stato⁸ - o, più precisamente, tra società e diritto. Dall'insieme di queste sparse convinzioni, che a prima vista potrebbero sembrare non avere molto in comune, c'è chi ha ricostruito un modello teorico di riferimento cui è stato assegnato il nome di "neocostituzionalismo" per significare, da un lato, che esso si muove nell'alveo del "costituzionalismo" dei secoli precedenti⁹ - cioè di quei movimenti politici e giuridici che asseriscono la necessità di vincolare l'esercizio del potere in funzione della garanzia delle libertà individuali - e, dall'altro, che

giurisprudenza della Corte costituzionale, Milano 1994; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001.

⁶ Ad es., Corte cost., sentt. nn. 30/71, 31/71, 183/73, 1146/88, 232/90 e, in dottrina, ad es., M. TROPER, *La nozione di principio sovracostituzionale*, in "Analisi e diritto", 1996, pp. 255 ss.; L. PALADIN, "I principi fondamentali" della Costituzione repubblicana: una prospettiva storica, in "Giur. cost." 1997, pp. 3029 ss.; F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO - A.S. AGRÒ - A. CERRI, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997; M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Rigidità costituzionale: limiti e graduazioni*, Torino 1997. La tesi dei principi costituzionali supremi, come noto, è sottoposta a considerazioni critiche da parte di A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, in part. pp. 121 ss. e 136 ss.

⁷ Cfr., ad es., A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997.

⁸ Cfr., ad es., S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari 2002, in part. pp. 74 ss.

⁹ Sia sufficiente il rinvio a: J. LOCKE, *Two Treaties on Government* (1690); C.L. DE SECONDAT (barone di MONTESQUIEU), *Esprit des lois* (1748); A. HAMILTON - J. MADISON - J. JAY *The Federalist Papers* (1787-1788). Per una ricostruzione del costituzionalismo, cfr., ad es., Ch.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990; A. BARBERA - G. ZANETTI, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari 1997.

se ne distacca per le modalità specifiche della sua realizzazione.

Seguendo questa felice intuizione teorica, allora, sembrerebbe utile affrontare il tema in una prospettiva storico-dogmatica, cercando, se possibile, di indicare alcune possibili linee di ricerca sui problemi che il neocostituzionalismo pone. Per far ciò si esamineranno anzitutto le cause – storiche-giuridiche – che sono alla base della svolta neocostituzionalista per poi passare a tratteggiare le risposte che questo movimento ha tentato di offrire alla “crisi dello stato”, accennando ai principali caratteri che lo contraddistinguono, evidenziandone, infine, gli aspetti eventualmente suscettibili di maggiore approfondimento.

S'è accennato all'opportunità di avviare questa indagine con l'esame delle cause e, dunque, con la “descrizione” di dati storico-giuridici. Ciò vien fatto, però, nella piena consapevolezza – derivata proprio dall'insegnamento neocostituzionalista¹⁰ e ancor prima dallo stesso positivismo¹¹ – della impraticabilità, se non proprio dell'impossibilità, di una “scienza” avalutativa e meramente descrittiva dei fenomeni sociali e, in particolare, di quelli giuridici¹².

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, pp. 164 ss. Cfr. anche D. ZOLO, *Il principato democratico*, Milano 1996, pp. 41 ss.

¹¹ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* (1965), Napoli 1997.

¹² Sotto questo profilo vi è stato chi ha fatto riferimento a una vera e propria “illusione”, cioè “all'illusione, kelseniana e bobbiana, di una teoria “pura” o “formale” del diritto nel senso di “avalutativa”, ovvero meramente “descrittiva”, L. FERRAJOLI, *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. GIANFORMACCIO - M. JORI (a cura di), *Scritti per Umberto Scarcelli*, Milano 1997, p. 361. Lo stesso autore aveva già precisato questa sua convinzione in ID., *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione*, in L. GIANFORMACCIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino 1993, pp. 461 ss.

È stato, infatti, rilevato come l'oggetto delle scienze sociali, "reagisca alle percezioni degli osservatori le quali, a loro volta, ne condizionano gli sviluppi. Questo principio riflessivo indebolisce le pretese di fondo della scienza sociale di essere "scientifica", se non nel senso più generale del termine (ovvero di "ricerca della verità"). Nella scienza sociale l'obiettività non è mai assoluta"¹³. Di conseguenza, l'individuazione delle cause storico-giuridiche del neocostituzionalismo che si andrà a svolgere non è altro che una delle innumerevoli prospettive ricostruttive possibili e forse orientata proprio a dare un senso al neocostituzionalismo.

2 - *Le ragioni storico-giuridiche*

Al fine di poter comprendere le ragioni dello sviluppo dei diffusi atteggiamenti della cultura giuridica, soprattutto pubblicistica, cui si accennava, è opportuno partire dall'esame di tre fenomeni che sembrano costituire il substrato su cui le tesi neocostituzionaliste si sono sviluppate: 1) la crisi dello stato come istituzione in grado di fornire unità all'ordinamento giuridico e, più in generale, la crisi cui sono andate incontro quelle tesi che in vario modo hanno cercato di ridurre il fenomeno giuridico ad un unico principio fondante; 2) l'espresso inserimento, ed i motivi dell'inserimento, di istanze assiologiche (valori) tra il materiale giuridico positivo; 3) l'inadeguatezza del positivismo metodologico e, più in generale, la resistenza nella dogmatica e nella pratica del diritto a recepire gli argomenti sviluppati dal positivismo più maturo.

¹³ S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale ?*, Bologna 1998, p.

2.1 – *La crisi della concentrazione statale del potere ed i tentativi di ricostituire un'unità ordinamentale*

L'emergere del pluralismo nei suoi tre aspetti, sociale, istituzionale e normativo, sembra aver messo in crisi non solo l'istituzione "stato"¹⁴, ma più in generale tutte quelle tesi che in vario modo hanno tentato di ridurre ad un unico principio fondante gli ordinamenti giuridici contemporanei.

Questa crisi è un fenomeno globale che, peraltro, data la sua estrema complessità, non può forse essere colta con uno sguardo d'insieme, ma ha bisogno di approcci che ne evidenzino singoli suoi aspetti. La si può per esempio esaminare dalla prospettiva della sovranità o della rappresentanza politica o da quella del rapporto tra pubblico e privato in economia o ancora da quella delle fonti del diritto o degli organismi sopranazionali e transnazionali o dalla prospettiva dei diritti fondamentali. Dalla prospettiva della "sovranità", ad esempio, il fenomeno cui si allude è quello della "frammentazione e opacizzazione della sovranità, in termini di mutati attori e protagonisti del processo giuridico, nonché in termini di diverse modalità di produzione e funzionamento delle regole

¹⁴ La letteratura sul punto è ricchissima: cfr., ad es., S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit.; ID., *Lo spazio giuridico globale*, in "Riv. trim. dir. pub." 2002, pp. 323 ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in "Foro it." 2002, V, coll. 151 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000; S. CASSESE - G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano 2000; M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova 1998; AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 39 ss.; C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della costituzione* cit.

giuridiche”¹⁵; fenomeno che risulta per molti versi assimilabile a quello, tipico dei sistemi giuridici premoderni, della co-vigenza di più ordinamenti su un medesimo territorio. Più in generale, si fa riferimento alla riscontrata impossibilità di esprimersi in termini di “stato al singolare” in quanto “il singolare non c’è più”¹⁶.

Esaminando il fenomeno della rottura dell’unità statale anzitutto a livello sociale, si potrebbe rilevare in primo luogo che il pluralismo religioso¹⁷, ideologico, di classi economiche e da ultimo – almeno nel nostro paese – quello etnico hanno fortemente inciso sulla possibilità di trovare nelle popolazioni stanzianti su un determinato territorio un’entità unificante su cui e con cui possa fondarsi e legittimarsi uno stato che si occupi di governare questi conglomerati di individui e gruppi. Come recentemente rilevato, “nella società pluralistica è tutto diverso: più complicato e difficile. La legalità, ma anche la legittimità, e perfino la liceità – in quello che viene chiamato “Stato costituzionale” – non sono, ovviamente, la stessa cosa di quelle concepite nel cosiddetto Stato di diritto. Pluralità, e pluralismo, significano moltitudini di uomini e di donne sulla stessa scena. Moltitudini distinte, organizzate, composte; ma anche moltitudini approssimative, generiche, indeterminate. I contemporanei, ma anche i trapassati e anche i posteri: penso alla tutela del patrimonio archeologico o a quello storico, i percorsi delle strade o le costruzioni destinate ai vivi, vincolati al sacrosanto

¹⁵ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* cit., p. 7.

¹⁶ A. PREDIERI, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino 1998, p. 18. Sulla crisi del concetto di sovranità cfr. anche M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998.

¹⁷ Cfr., ad es., F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e chiesa*, Bologna 1974.

rispetto per le cose dei morti; o a tutte le tematiche dell'ambiente, intrinsecamente destinate a riguardare la vita di quelli che verranno, se e quando verranno. Ciascuno di noi, oggi, ha numerose e differenti appartenenze, spesso conflittuali e comunque potenzialmente in contrasto: le famiglie (quella di origine e quelle che si costruiscono), gli amici, gli affetti, le scuole frequentate, le lingue che si parlano, il lavoro, il tempo cosiddetto libero, le radici, la città, le nazionalità, le carte di credito, e così via. Il territorio è sempre meno univocamente significativo, date le pluriappartenenze¹⁸.

In secondo luogo, le nostre società si sono andate strutturando in modo da far lentamente venir meno la contrapposizione governanti-governati che costituisce uno degli elementi essenziali per l'esistenza di uno stato, almeno nei termini in cui fino ad oggi lo si è conosciuto. Il diritto, infatti, sempre più spesso sembra sgorgare spontaneamente dalla prassi, dalle relazioni tra privati individui e gruppi e sempre meno, soprattutto in settori strategici come quello economico e finanziario, sembra essere il prodotto dell'Ente titolare del monopolio della forza¹⁹. Questo riavvicinamento tra diritto e società²⁰, che acco-

¹⁸ C. RUPERTO, *La legalità costituzionale. Discorso letto nella Sala della Provincia autonoma di Bolzano il 17 novembre 2002*, in <http://www.giurcost.org/cronache/ruperto2002.html>, p. 5.

¹⁹ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* cit., coll. 151-164.

²⁰ Sul venire meno o comunque sull'attenuarsi della contrapposizione tra governanti/governati e, dunque, sul riavvicinamento tra diritto e società civile, cfr., ad es., A. PREDIERI, *L'erompere* cit., in part. pp. 8 ss. e 110-112; ID., *Euro Poliarchie* cit., in part. pp. 126-127; S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 75 ss., in part. pp. 75, 82, 99, 109-110; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in "Pol. dir." 2001, pp. 543 ss., in part. p. 576.

muna per alcuni versi il nostro Evo a quello Medio²¹, sembra costituire il primo – e forse principale – aspetto della crisi a cui si accennava.

Di questa trasformazione epocale si era già accorto chi²², pur ancora mosso dalla convinzione di poter individuare un principio unificante, aveva evidenziato che la politica non esauriva più il potere il quale “ormai è economico, religioso e culturale; pertanto il soggetto portatore di costituzione diventa più ampio, fino a rischiare di perdere una concreta definibilità nelle società complesse e pluraliste”²³. Se, pertanto, fino a ieri il diritto e, in particolare, il diritto costituzionale – che costituisce quella branca che si occupa specificamente dei modi e delle forme della limitazione del potere di supremazia – si era occupato esclusivamente del “politico”, ora lo “stato osmotico a compenetrazione continua e reciproca con la società”²⁴

²¹ In questo senso, cfr., ad es., S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 18, 52 e 64; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 2001, p. 31.

²² C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano 1998; ID., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962. In una prospettiva più sociologica che giuridica, analoghe intuizioni erano state avanzate dai sostenitori delle teorie delle élites (Mosca, Pareto e Michels) e rielaborate poi in campo più strettamente giuridico, ad esempio, da Dahl e Sartori: cfr. N. BOBBIO, voce *Elites, teoria delle*, in *Dizionario di Politica*, Torino 1983; R.A. DAHL, *Poliarchy, Participation and Opposition*, New Haven 1971; ID., *Dilemmas of Pluralist Democracies*, New Haven 1982; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è?*, Milano 1994.

²³ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari 2000, p. 122. Già lo Schmitt aveva evidenziato che “il problema decisivo del nostro contesto storico attuale [1971] riguarda il rapporto tra stato e politica. Una dottrina formatasi nel XVI e XVII secolo ... attribuiva allo stato un importante monopolio: lo stato classico europeo divenne l'unico soggetto della politica. Stato e politica furono indissolubilmente rapportati l'uno all'altra ... Il profilo classico dello stato svanì quando venne meno il suo monopolio della politica e si insediarono nuovi, diversi soggetti della lotta politica, con o senza stato, con o senza contenuto statale”, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna 1972, pp. 23-24.

²⁴ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 8.

avrebbe richiesto un radicale rinnovamento del metodo, ma soprattutto dell'ambito di indagine che tenesse conto di questo sempre più stretto riavvicinamento tra diritto e società al fine di poter indicare gli opportuni strumenti di limitazione delle nuove forme di manifestazione del potere.

La rottura dell'unità si è poi manifestata anche a livello istituzionale²⁵, dove si è assistito ad un fiorire di nuovi soggetti, pubblici, privati o misti pubblico/privato (*quangos*)²⁶, titolari di legittimi poteri di supremazia, ma estranei alla compagine statale tradizionale.

Sotto un primo profilo, è possibile notare come questo fenomeno di emersione di nuovi poteri si sia mantenuto, per un certo periodo, all'interno del fenomeno statale, anche se non dello stato-apparato, ma dello stato-ordinamento: regioni²⁷, poteri neutrali "tradizionali" (Corte costituzionale, Presidente della Repubblica; Corte dei Conti; Consiglio di stato; CNEL; ecc.); autorità ammini-

²⁵ Sul pluralismo istituzionale, sotto i suoi molteplici aspetti, cfr., ad es., S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 21 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., pp. XIV-XV, 240 ss. e 334 ss.; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* cit., p. 9 e cap. III.

²⁶ Si tratta delle *quasi-autonomous non governmental organisations*, anche denominati *fringe organisations*, autorità amministrative per lo più indipendenti dal controllo del governo cui è stata attribuito lo svolgimento di pubbliche funzioni, su cui cfr., ad es., P.P. CRAIG, *Administrative Law*, London 1989, pp. 71-73.

²⁷ È stato di recente rilevato che la modifica dell'art. 114 Cost. - realizzata con la legge cost. n. 3/01 - "sostituisce un modello di relazioni di tipo gerarchico e piramidale ("La Repubblica si riparte in Regioni Province e Comuni") con un altro di natura policentrica (o "a rete"), ispirata alle moderne realtà del *multilevel constitutionalism*" e si è poi precisato che "il nuovo testo dell'art. 114 Cost. ... delinea ... un sistema interistituzionale "a rete" secondo il quale tanto lo Stato, quanto gli altri livelli istituzionali sono, nella loro rispettiva autonomia organizzativa, normativa e politica, elementi costitutivi della Repubblica italiana", G. ROLLA, *L'autonomia dei comuni e delle province*, in T. GROPPI - M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino 2001, pp. 162 e 163.

strative indipendenti²⁸. In questa prospettiva anche gli organi giurisdizionali, tradizionalmente rappresentati come uno dei tre poteri in cui si struttura l'apparato centrale dello stato, sono stati trascinati da alcuni²⁹ - probabilmente incoraggiati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti fra poteri³⁰ - allo stato-ordinamento così da riavvicinarli alla società.

Sotto un diverso profilo, sono emersi soggetti privati o misti pubblico/privato i cui poteri di supremazia - originariamente attribuiti o riconosciuti da organi dello stato o da sue derivazioni (organizzazioni sovranazionali) - si sono poi affermati in via del tutto "spontanea". I primi, in ordine cronologico, ad apparire sulla scena sono stati inglobati nei due tradizionali circuiti del potere: rappresentativo-elettorale e "degli interessi socioeconomici aggregati e mediati dai gruppi"³¹. Si è in questo modo tentato di mantenere l'unità ordinamentale assimilando questi soggetti privati nella compagine statuale e trasforman-

²⁸ Su cui rimane fondamentale, dal punto di vista costituzionalistico, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994; cfr. anche di recente ID., *Profili di giustizia costituzionale delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Milano 2003.

²⁹ Cfr. F. MAZZARELLA, *Sull'"appartenenza" dei giudici*, in "Foro it.", V, 2000, coll. 178 e ss.; F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in "Noviss. Dig. it.", XIII, 1966, pp. 486-487; F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano* (edizione riveduta ed aggiornata a cura di L. BENVENUTI), Padova 1996, pp. 220 ss.; M. CAPURSO, *L'interpretazione giudiziaria*, in "Riv. Trim. dir. Pubbl." 1976, in part. pp. 1495-1503; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, pp. 53 ss., in part. nota n. 70; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in "Riv. dir. proc." 1964, pp. 210 ss.; in generale sul punto cfr. A. PIZZORUSSO, voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, XXXI, 1981, pp. 83 ss.

³⁰ Cfr., ad es., Corte cost., ordd. nn. 228 e 229 del 1975 e sent. n. 231 del 1975.

³¹ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 100; in generale, sui tre circuiti in cui si manifesta il potere legittimo, cfr. *Idem*, pp. 99 ss.

doli, talora, in veri e propri organi pubblici³². È stata questa, ad esempio, la sorte dei sindacati – e, più in generale, delle associazioni rappresentative – durante il periodo del corporativismo fascista, ma anche quella che avrebbero probabilmente avuto nella prospettiva dell'art. 39, commi II e ss., Cost. In altri casi (partiti politici), a questi soggetti, che pur hanno mantenuto una struttura organizzativa di tipo privatistico, è stato riconosciuto un ruolo costituzionale primario, ponendoli alla base del circuito fondante delle democrazie del Novecento (circuito elettorale-rappresentativo).

È, però, emerso un terzo circuito del potere, quello delle comunicazioni di massa, il quale – salvo alcuni tentativi di controllo da parte del circuito rappresentativo-elettorale (Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi³³; Ministero delle comunicazioni³⁴) e di inglobamento nella compagine statale attraverso la costituzione di aziende di stato (RAI) – non è stato così disponibile ad integrarsi nel *government* e a porsi al servizio delle sue funzioni. Anzi, la sua tendenza è stata quella di condizionarlo, pur mantenendosene istituzionalmente estraneo e nonostante immedesimazioni personali tra titolari di funzioni statali e

³² C'è stato chi ha ritenuto che la crisi dello stato sia stata anche determinata dall'impossibilità di ridurre le nuove forze emergenti all'unità statale: la crisi "dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atonomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato", S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, p. 23.

³³ Legge n. 103 del 1975.

³⁴ Ora regolato dal d.lgs. n. 300 del 1999 e successive modificazioni e integrazioni.

gestori dei media. Questo terzo circuito "in parte si sovrappone agli altri due e come tale ha immediate valenze politiche, quanto meno perché sottrae spazi alla precedente organizzazione del circuito elettorale, con un parlamento sempre meno tribuna e sempre più luogo per il circuito degli interessi, che, specularmente, diventano sempre più forti, imponendo nuovi modi diretti di comunicazione e senza intermediazione del primo circuito"³⁵.

Continuando ad esaminare la crisi dell'unità statale sotto il profilo istituzionale, sembra di poter individuare un ulteriore momento di forte rottura rispetto alla possibilità di ricondurre i poteri di supremazia al Monopolista della forza – allo stato – nell'emersione, soprattutto nel mercato, di centri di potere i cui scopi, nell'ambito di un'economia ormai globale, possono essere perseguiti solo operando al di fuori della compagine statale, anche se talvolta proprio al fine di influire su questa. Si fa riferimento a soggetti in grado di condizionare non solo la vita dei singoli individui, ma anche quella di intere nazioni. Questi soggetti, talvolta, hanno sì visto riconosciuta e garantita dallo stato o dalle associazioni di stati la posizione di potere ormai raggiunta, come nel caso degli arbitri internazionali³⁶, ma molto più spesso hanno preferito mantenere la loro caratterizzazione privatistica continuando a lucrare sulla supremazia di fatto - e dunque

³⁵ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 107.

³⁶ Il mondo dell'arbitrato internazionale costituisce "un club davvero esclusivo, in cui è il buon nome del professionista a costituire la base per lo scambio. ... gli arbitri «vengono selezionati per la loro "virtù" – capacità di giudizio, neutralità, competenza – e tuttavia sono retribuiti come se partecipassero ad affari internazionali. In termini sociologici, negli arbitrati internazionali, il capitale simbolico acquisito lungo una carriera di funzionario o di accademico viene trasformata in sostanza di moneta sonante»" e di potere, aggiungo: M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* cit., p. 51.

anche di diritto, secondo quella nota osmosi esistente tra fatto e diritto nell'ambito della *lex mercatoria* – raggiunta. Gli esempi sono innumerevoli. Si potrebbe accennare alle imprese sovranazionali (*transnational corporations*) e multinazionali³⁷, ai sindacati, quando non inglobati nell'apparato statale, come avviene nell'Italia repubblicana³⁸, alle *corporate law firms*, che rappresentano la principale "fonte di produzione del diritto" nelle grandi relazioni economiche³⁹, ma anche ai cittadini e alle imprese quando operano come agenti dell'interesse pubblico comunitario, a sfavore degli interessi pubblici nazionali⁴⁰, o a tutto il settore del *no profit*, latamente inteso, che sempre più spesso si addossa funzioni prima tradizionalmente di competenza statale (cultura, educazione, tutela ambientale, sanità, ecc.).

Lo stato, allora, compiendo un passo probabilmente epocale, si è visto costretto a sancire - anche se per ora in

³⁷ Cfr., ad es., F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., pp. 98 ss. È stato rilevato che "la *corporate governance* ..., cioè il potere di manovrare con le imprese leve economiche importanti e determinanti, talvolta assume un ruolo basilare a livello macro, non inferiore a quello della nomina dei rappresentanti politici", pertanto "la grande impresa è imprenditore politico, o quanto meno può diventarlo, nel senso in cui possiamo parlare di imprenditore politico quando ci riferiamo al partito, al movimento, al gruppo", A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., rispettivamente p. 13 nota n. 23 e p. 37; cfr. anche pp. 34-38.

³⁸ Essi rappresentano degli "aggregatori istituzionali" che "sommano i loro processi di negoziazione e di governo a quelli dell'apparato statale" (*Idem*, p. 68). I sindacati, soprattutto mediante la concertazione, ma non solo, divengono regolatori e codecisorii non solo di processi economici, ma anche di alcuni dei più importanti processi politici: cfr. *Idem*, pp. 68-69 e 122 ss.

³⁹ Cfr., ad es., M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* cit., in part. pp. 49 ss.

⁴⁰ Il fenomeno è esaminato da S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 100 ss.

modo abbastanza timido (cfr. art. 118, ult. co., Cost.) - questa situazione in cui funzioni sostanzialmente pubbliche vengono esercitate da soggetti privati, cioè completamente estranei alla sua struttura organizzativa e ai tradizionali circuiti di manifestazione del potere di supremazia. Sotto questo profilo il principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale non sembra costituire solo e tanto il ritrarsi dello stato da settori economici nella prospettiva di un improbabile ritorno al modello dello stato liberale di diritto e al *laissez faire*⁴¹, ma qualcosa di ben più radicale: il riconoscimento appunto della perdita del monopolio del potere legittimo da parte dello stato.

Nella nuova prospettiva che si apre, con esiti ancora assolutamente incerti, sembrerebbe opportuno accogliere il suggerimento di chi⁴² - per riferirsi alla cornice in cui si muove l'insieme organizzato di tutti questi soggetti pubblici e privati e che contiene i diversi circuiti di manifestazione del potere - mette da parte l'espressione "stato" e ricorre a quella di *politeia* per indicare "un complesso di realtà: è "la costituzione, allorché con essa indichiamo in

⁴¹ Peraltro, la tendenza recente è proprio quella ad un sempre più incisivo intervento pubblico anche se sotto nuove e variegate forme. Si tratta d'una tendenza che accomuna tutte le forze politiche sia di destra che di sinistra. Sulla contrazione delle sfera privata e sulle nuove modalità di intervento pubblico nei settori privati, cfr., ad es., G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino 1988, pp. 33-4; ID., *Qualche osservazione comparatistica in tema di diritto pubblico, diritto privato e diritti costituzionali*, in S. AMOROSINO - G. MORBIDELLI - M. MORISI (a cura di), *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino 2000, pp. 319 ss.

⁴² A. PREDIERI, *L'erompere* cit. ; ID., *Euro Poliarchie* cit. Come noto, "πολιτεία" è uno dei termini con cui in greco si indicava la Costituzione: cfr., ad es., Ch.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* cit., pp. 49 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, pp. 33 ss.

generale la struttura dell'uomo o della materia", non il semplice elenco delle istituzioni giuridiche. Con *politeia* intendo alludere all'insieme di insiemi dell'organizzazione politica, sociale, economica, tecnologica, "città e compagine civile", intesi come famiglia di costrutti imparentati l'uno con l'altro, con un ruolo dello stato che è nella *politeia*, ma non è la *politeia*"⁴³, vale a dire che "lo Stato-ente non è più il solo pubblico potere, dominante su una serie di enti minori diretti e controllati, ma è uno dei pubblici poteri esistenti, condizionato ... da altri poteri pubblici, alcuni di livello superstatale, altri di livello interno"⁴⁴.

A fronte di tali fenomeni, vi è stato allora chi si è chiesto "per quale ragione dovremo immaginare che gli stati siano le uniche istituzioni che esercitano autorità su altri fissando non solo le regole, ma le norme e le procedure abituali? Non è forse il momento di domandarsi se la discussione teorica del potere non sia stata eccessivamente centrata sullo stato e circoscritta nell'ambito dello stato?"⁴⁵. A queste domande non sono mancate risposte come quella di chi, nella prospettiva dell'attività di indirizzo politico, ha rilevato che "siamo stati caso mai noi incapaci di legger[e] nella chiave giusta, perché per lo studio della funzione di governo continuiamo ancora oggi

⁴³ A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., pp. 10-12. In greco, con "πολιτεία" si indicava "innanzi tutto lo Stato com'è attualmente: è un termine il quale comprende tutte le innumerevoli caratteristiche che determinano la peculiare natura di uno Stato, incluse la struttura sociale ed economica e le materie di governo nel senso moderno", Ch.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* cit., p. 49. Sul valore, se meramente descrittivo o anche parzialmente prescrittivo, della "πολιτεία", cfr., ad es., le contrapposte tesi di Ch.H. McILWAIN, *Op. ult. cit.*, pp. 49 ss. e M. DOGLIANI, *Introduzione* cit., pp. 37 ss.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, voce *Amministrazione pubblica*, in *Enc. sc. soc.*, I, 1991, p. 193.

⁴⁵ S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?* cit., p. 57.

a concentrarci su una visione tutta interna alla istituzione governo ..., precludendoci lo spettro ben più ampio lungo il quale questa funzione si esercita. Basti dire che, se quello spettro lo si prendesse davvero in tutte le sue angolature, uno studio adeguato sulla funzione di governo dovrebbe partire dalla premessa che a pluralizzarsi sono stati non soltanto i suoi interlocutori, ma i suoi stessi titolari. Funzione di governo, infatti, esercitano oggi non soltanto i governanti degli Stati, ma quelli di molteplici enti substatali come pure il Consiglio Europeo e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite⁴⁶.

Passando, infine, ad esaminare la crisi dell'unità dello stato sul fronte normativo, cioè analizzando il fenomeno dalla prospettiva delle fonti del diritto, si è fatto notare che la "globalizzazione" appare anche "come uno svuotamento del vecchio monopolio di produzione detenuto e gestito gelosamente dallo Stato, svuotamento già realizzato e tuttora in via di realizzazione mediante l'emersione di nuovi soggetti creatori ed elaboratori di norme, col conseguente vistoso risultato del decentramento e della frammentazione della produzione giuridica, nonché della sua privatizzazione"⁴⁷.

I primi evidenti cenni di questa crisi sono affiorati parallelamente all'emergere di nuovi soggetti, pubblici e privati, in grado di influenzare l'andamento dello stato, inteso come organizzazione politico-economica.

⁴⁶ G. AMATO, *La funzione di governo oggi* (Ricordando Alberto Predieri), relazione al *Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Palermo 8-10 novembre 2001, in <http://www.associazione-deicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200111/amato.html>, p. 6; ora in AA.VV., *Annuario 2001: il Governo*, Padova 2002.

⁴⁷ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 2000, p. 5.

Da un lato, ad esempio, lo sforzo di incanalare nei processi istituzionali pubblici lo scontro sindacale si manifesta col corporativismo e si estrinseca negli accordi economici e nei contratti collettivi di cui agli artt. 5-7, disp. prel. c.c., e 2067 ss., c.c. L'anomalia che questi atti fanno penetrare nel sistema delle fonti non viene meno nel periodo repubblicano; essa è solo destinata a cambiare forma e ad acquistare importanza. Già nel disegno mai realizzato del Costituente si potrebbe notare come non sia venuto meno il tentativo di ricondurre il potere normativo di soggetti privati (sindacati) all'apparato statale; così anche nelle forme successive con cui nel corso dei decenni si è in alcuni casi attribuita efficacia generale ad accordi tra privati o tra privati e enti pubblici⁴⁸. Un sintomo del fallimento di tutti i vari tentativi messi in atto per ricondurre questi poteri normativi privati alle fonti di produzione statale è forse sancito dalla giurisprudenza in tema di retribuzione "equa e sufficiente" la quale, sebbene da taluno interpretata come semplice "espressione giudiziale dell'equità del caso singolo"⁴⁹, sembra costituire nella sostanza un riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* di alcune clausole degli accordi collettivi⁵⁰, atti tra privati, in base ad un'interpretazione "integrativa" dell'art. 36 Cost. La rilevanza normativa del fenomeno sindacale quale espressione di gruppi privati in grado di produrre regole giuridiche vincolanti sembra poi emergere con tutta evidenza nel fenomeno della concertazione ed in particolare negli accordi trilaterali tra Governo, Confindustria e Confederazioni sindacali dei lavoratori⁵¹.

⁴⁸ Cfr., ad es., art. 6, l. n. 93/83.

⁴⁹ G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna 1992, p. 168.

⁵⁰ Sul contratto collettivo come fonte del diritto, cfr. *Idem* pp. 173 ss; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità* cit., p. 572.

⁵¹ Cfr., ad es., G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale* cit., pp. 33 ss. e 111 ss.

Da un altro lato, la crisi del monopolio statale della produzione normativa si è manifestata quando nella struttura dell'ordinamento giuridico, parallelamente all'emersione di nuovi centri di potere estranei all'apparato centrale dello stato, alcune materie sono state attribuite alla competenza regolativa esclusiva o concorrente di queste istituzioni. Il criterio di competenza, infatti, è stato sì ricondotto al sistema – da alcuni riducendo il sistema al criterio gerarchico: è la Costituzione, fonte gerarchicamente superiore, che riserva le competenze (Zagrebelsky); da altri riducendolo al criterio di competenza: la Costituzione come unico atto provvisto della competenza delle competenze (Esposito, Modugno) –, ma ha sempre rappresentato un'incrinatura, difficilmente ricomponibile, alla sua intelaiatura originaria⁵².

È soprattutto con il delinearsi dei nuovi rapporti economici e finanziari mondiali, sempre più evidenti soprattutto a seguito del crollo del blocco sovietico, che lo stato, questa volta nella sua accezione di stato-ordinamento, sembra aver perso il monopolio della produzione normativa, o almeno una parte rilevantissima della produzione normativa, vale a dire quella che concerne i grandi movimenti di capitali e le grandi concentrazioni di potere economico. È ormai copiosissima la letteratura giuridica relativa alla *lex mercatoria*⁵³, al cosiddetto *soft law*⁵⁴, al diritto prodotto dalle *corporate law firms*⁵⁵, ai

⁵² Cfr., in generale, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, pp. 80 ss.

⁵³ Cfr., ad es., F. GALCANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2001.

⁵⁴ A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano. 1. le fonti scritte*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino 1998, pp. 299 ss.

⁵⁵ Cfr., ad es., M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione* cit., pp. 49 ss. In particolare, è stato rilevato che “chi analizza le conseguen-

codici di autoregolamentazione⁵⁶, al peso sempre più crescente delle consuetudini⁵⁷ e delle prassi commerciali⁵⁸ nonché del diritto giurisprudenziale, soprattutto nei paesi a diritto codificato⁵⁹, al diritto creato dalle autorità indipendenti "destinato a svilupparsi autonomamente tra le pieghe del diritto legislativo e anche di quello comunitario"⁶⁰. Gli sforzi fatti per leggere questi fenomeni come materiali estranei al diritto positivo o per ricondurli all'interno del tradizionale sistema delle fonti - anziché

ze istituzionali della globalizzazione segnala, fra l'altro, come i processi di produzione normativa vedano oggi il ruolo crescente di un nuovo attore: le grandi compagnie multi- o trans-nazionali, e per esse il loro braccio giuridico, ovvero le grandi *law firms*, a loro volta organizzate e operanti su scala planetaria. Indica, più di preciso, come il diritto vivente che oggi regola le grandi transazioni economiche, ma anche le micro-transazioni di massa su beni o servizi di consumo, non scaturisca più, in prevalenza, da leggi dello Stato, ma in misura crescente si identifichi in corpi di regole prodotte dalle stesse imprese che di quelle operazioni e transazioni sono le protagoniste: regole forgiate tecnicamente, nelle clausole dei contratti scritti per esse dai legali che le assistono", V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in "Pol. dir." 2001, p. 531.

⁵⁶ Cfr., ad es., F. CAFAGGI, *Crisi della statualità* cit.

⁵⁷ Si è rilevato che "la dottrina crede di sapere che in Italia la consuetudine è in vigore solo se richiamata dalla legge; e che essa è verbalizzata nelle raccolte delle Camere di commercio. ... Questo atteggiamento si attaglia bene al civilista che ha scelto la posizione del positivismo e dello statalismo giuridico, nonché al civilista che non ha scelto nulla, e si è lasciato imprestare le conclusioni dei giuristi positivisti e statalisti. Tuttavia, più di un dato dovrebbe turbare le visioni troppo lineari e pacifiche di chi ha sistemato le cose in questo modo", R. SACCO, voce *Fonti non scritte nel diritto italiano*, in "Dig. disc. priv., sez. civ.", *Agg.*, 2000, p. 421.

⁵⁸ È stato evidenziato, ad esempio, un "*primato della prassi*" negli ordinamenti contemporanei (P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 2000, p. 239) o, in altre parole, che "la pratica conforma il diritto" (S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., p. 93, cfr. anche pp. 115-116).

⁵⁹ Cfr., ad es., L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.

⁶⁰ M. MANETTI, *Profili di giustizia costituzionale delle autorità indipendenti* cit., p. 227.

usarli proprio per riscrivere lo stesso sistema delle fonti - potrebbero forse essere destinati a cedere dinanzi alla realtà delle forze in gioco⁶¹. La vischiosità delle ricostruzioni dogmatiche si trova a dover fare i conti con una attualità per molti versi profondamente diversa da quella che ha ispirato le costruzioni normative del XIX e XX secolo.

Per la verità, cominciano sempre più spesso a comparire interventi che tentano di superare le "mitologie giuridiche della modernità"⁶². Molti di questi sono diretti a fornire riletture di istituti e fenomeni giuridici consolidati che si era sempre cercato di mantenere ancorati ai tradizionali miti del passato nonostante la loro sostanziale trasfigurazione. In particolare, si pensi ai recenti studi sull'efficacia *ultra partes* del contratto e, in particolare, alle condizioni generali di contratto, ai contratti uniformi, ai contratti associativi, ai contratti collettivi di lavo-

⁶¹ Sotto questo profilo, anche se dalla prospettiva della cooperazione internazionale, è stato rilevato che una reazione che si riscontra comunemente "è quella culturale, di chi, abbarbicato all'idea di Stato, riduce tutto questo fiorente mondo di relazioni ultrastatali a prodotto dello Stato, sostenendo che esso è il frutto di sue autolimitazioni. Chi ragiona in tal modo, però, non si rende conto che c'è una differenza tra la fase genetica e quella dello sviluppo: quegli stessi rapporti che si stabiliscono in virtù di autolimitazioni degli Stati si sviluppano, poi, per forza propria e finiscono per imporsi agli Stati", S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., p. 34. Ancora più netto è il giudizio di questo autore quando sostiene che "altri dirà che questi nuovi paradigmi sono riducibili ai vecchi modelli. O li rifiuterà, in nome di un diritto meno molle. Se non si può essere d'accordo con i *laudatores temporis acti*, che credono di potere turare i buchi dei problemi dell'universo con i loro berretti da notte e si può nutrire qualche dubbio che i nuovi paradigmi si possono prestare ad abusi, consentendo una facile manipolazione di istituti giuridici disponibili e "porosi", sotto la pressione degli interessi, si deve, però, accettare l'invito della nuova realtà a battersi con essa, semmai con forze maggiori e con strumenti di analisi più sofisticati di quelli qui utilizzati", *Idem*, pp. 135-136.

⁶² P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità* cit., pp. 217 ss.

ro⁶³. In tutti questi casi, sostenere che il vincolo prodotto a carico di soggetti terzi o quello non voluto dalle parti contraenti "deboli" non sia un vincolo giuridico, ma di mero fatto o che comunque esso sia in qualche modo giustificabile in base alle singole norme che prevedono l'efficacia *ultra partes* del contratto, pare sminuire, se non proprio mascherare, la complessità del fenomeno che si verifica nella realtà di tutti i giorni. Sembra, in particolare, che la prescrizione del codice per cui il l'accordo "ha forza di legge" (art. 1372, c.c.) abbia inaspettatamente indicato la direzione verso cui si sarebbe poi sviluppato il modello contrattuale. È fin troppo ovvia, ma non per questo priva di significato, la constatazione che nella conclusione di contratti per l'acquisto di beni di consumo o per l'utilizzo di servizi, i soggetti "deboli" – che non sono per forza solo i singoli cittadini dinanzi alle società transnazionali, ma che possono essere anche, ad esempio, singole banche rispetto a grandi gruppi creditizi – sono vincolati da regole eteroprodotte. Si dice comunemente che l'interessato al bene o servizio resta comunque "libero" di sottoporsi a quel regolamento contrattuale, decidendo di acquistarlo o di non acquistarlo, ma non si considera che anche per le tradizionali regole giuridiche vale lo stesso: l'obbligo, o comunque la regolamentazione, scatta solo se si decide "liberamente" di porre in essere il comportamento descritto nella "premessa minore". Non si tiene neppure in conto che, in taluni casi, è oggi data ai privati la possibilità di scegliere l'ordinamento giuridico cui sot-

⁶³ Cfr., ad es., V. ROPPO, *Il contratto* cit.; ID., *Contratti standard*, Milano 1989; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità* cit.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova 1994; G. ALPA, voce *Contratti di massa*, in "Enc. dir., Agg.", I, 1997, pp. 403 ss.; A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., pp. 107 ss.

toporsi⁶⁴. Con ciò non si vuole in alcun modo assimilare regole contrattuali eteroprodotte a norme giuridiche generali ed astratte, ma solo suggerire che le ricostruzioni tradizionali potrebbero forse andare un po' strette alla complessità della realtà contemporanea.

In definitiva, sembra evidenziarsi una "perdita di centralità del monopolio pubblico statale della produzione normativa"⁶⁵, non solo a favore di enti pubblici comunque riconducibili all'ordinamento statale, ma anche e soprattutto a favore di soggetti privati, soprattutto nei settori centrali delle economie contemporanee. Anche questo fenomeno rafforza la convinzione di un riavvicinamento tra diritto e società⁶⁶ che sembra essere uno dei caratteri salienti dei nuovi ordinamenti giuridici in via di formazione. La stessa Unione Europea, per bocca della Commissione, sembra volere puntare su questo carattere

⁶⁴ Cfr., ad es., S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 112 ss.; ID., *Lo spazio giuridico globale* cit., pp. 337-339.

⁶⁵ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità* cit., p. 549. Analogo giudizio è espresso, ad esempio, da A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 8; S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., p. 49; P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità* cit., p. 239. Sotto questo profilo, sembra opportuno registrare l'opinione - forse troppo pessimista - di chi ha affermato che "l'analisi empirica ... dimostra, purtroppo, che tale portato di senso [che la costituzione determini principalmente da quali organi e attraverso quali procedimenti debbono essere create le norme giuridiche] non è più, oggi, rinvenibile nella costituzione formale: le norme generali non sono più prodotte nella "forma" politica indicata dalla legge fondamentale. Qui affiora il dato più sconcertante della realtà che si descrive, la trasformazione, cioè, dalla forma di stato repubblicana in qualcosa di profondamente diverso. ... la fonte sulla produzione non risiede più nella Costituzione, non è più fondata sulla sovranità popolare; la produzione giuridica non è più incentrata sulla legge generale, la forma della legge non rappresenta più l'essenza della forma di stato; la rappresentatività dell'autorità politica non sembra più essere un dato essenziale dell'ordinamento giuridico (ormai non più esclusivamente statale)", F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., pp. 111-112, cfr., anche, pp. 311 ss.

⁶⁶ Cfr. sopra nota n. 20.

emergente tramite il principio della sussidiarietà orizzontale e dunque individuando nella società una possibile fonte di produzione di norme giuridiche. Come si legge, infatti, nella Relazione della Commissione al Consiglio europeo, avente ad oggetto "legiferare meglio 1999"⁶⁷, "a titolo della sussidiarietà, la Commissione continua anche ad esplorare, nella misura del possibile, alternative alla legislazione. ... La Commissione dà inoltre spazio all'autoregolazione".

Questo primo fenomeno, che sembra essere una delle cause del neocostituzionalismo e che, per semplicità, si è deciso di denominare "rottura dell'unità statale"⁶⁸ nei suoi tre profili, sociale, istituzionale e normativo, evidenzia probabilmente l'indebolimento e la progressiva dissoluzione di quello che è stato considerato il carattere essenziale dello stato moderno, cioè la "concentrazione del potere"⁶⁹ e, in particolare, la sua struttura a piramide⁷⁰. Negli ordinamenti contemporanei, infatti, è sempre più evidente come "i poteri pubblici, ai diversi livelli, si sovrappongono e si intrecciano, ma i conflitti vengono evitati grazie all'incompiutezza e alla fluidità, per cui come nell'ordinamento dell'Europa medievale, nessuna istituzione è totalizzante e prevale l'"*indirect rule*". La

⁶⁷ Relazione della Commissione al Consiglio, 3/11/1999, COM (1999) 562.

⁶⁸ In senso parzialmente analogo, c'è chi ha parlato di "processo di oggettivizzazione dello Stato": C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della costituzione* cit., pp. 109-110.

⁶⁹ Cfr., ad es., U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., pp. 151-152; G. ZACREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 20-38; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 42, 44 e 46.

⁷⁰ Come noto, la metafora dello "stato - piramide" contrapposta a quella dello "stato - arcipelago" è stata coniata dal Predieri. Cfr., ad es., A. PREDIERI, *L'erompere* cit.; ID., *Euro Poliarchie* cit.

storia dei poteri pubblici, dal Medioevo in poi, ha visto un moto pendolare di dispersione e concentrazione, ma non intorno agli stessi poteri. La fase attuale vede prevalere la dispersione e la frammentazione⁷¹.

I fenomeni disgregativi della concentrazione statale del potere, a cui si è fatto cenno, sono diventati di grande evidenza solo di recente, ma avevano fatto capolino già alla fine del XIX secolo. È per questo che alcuni studiosi, sensibili e attenti ai sintomi di queste trasformazioni, probabilmente epocali, cercarono, in vario modo, di ricomporre quell'unità che si stava lentamente dissolvendo.

Ciò che sembrava accomunare tutti questi tentativi di ricomposizione a sistema della frammentazione che via via si stava producendo nell'ordinamento giuridico era una qual certa "ossessione" della "questione della minacciata o compromessa unità dello Stato"⁷². Tutti questi sforzi, pur partendo da premesse spesso inconciliabili tra loro, ruotavano attorno alla nozione di "stato", ente pubblico per eccellenza, e, in particolare, alla sua (pretesa) unità. Proprio sotto questo profilo, si potrebbe fin d'ora notare che queste dottrine erano già destinate a divenire impraticabili in una situazione in cui il diritto e il potere "legittimi" (o meglio "legittimati") non fossero più manifestazione unica dello "stato", bensì fossero promanati da una pluralità di centri di potere, pubblici e privati, nazionali e internazionali, di cui lo stato talvolta (politica monetaria, politica internazionale, ecc.) non fosse neanche il più importante. Alcuni di questi autori si erano perfettamente resi conto di essere gli epigoni di quella forma politica denominata "stato" e del suo diritto, il diritto pubblico: "io sono l'ultimo, consapevole rappresentante

⁷¹ S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., p. 64.

⁷² G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., p. 178.

dello *ius publicum Europaeum*, l'ultimo ad averlo insegnato e indagato in senso esistenziale, e ne vivo la fine come Benito Cereno visse il viaggio della nave pirata"⁷³.

L'unità la si era ricercata, anzitutto, da un punto di vista soggettivo, individuandola ora in un fattore preesistente al diritto, quale lo Spirito del popolo o la comune coscienza sociale (dottrine organiciste)⁷⁴, ora nello stato, quale unità politica decisionale di un popolo, e in particolare in una sua specifica istituzione (Capo di stato, legislatore, ecc.) in grado di mantenere tale unità nelle società pluraliste⁷⁵. A fronte di tutti questi tentativi, però, si è fatto notare che "nello "stato sociale di diritto", nello stato pluralistico dei partiti, si è ... visto, non l'arricchimento delle forme "classiche" di organizzazione del politico, ma la fine dell'epoca statuale iniziata con la neutralizzazione del conflitto del Cinquecento-Seicento, per l'impossibilità d'individuare, e di ritrovare, quella decisione fondamentale, sovrana e neutrale, dalla quale era scaturito lo stesso Stato moderno"⁷⁶. L'inadeguatezza di queste dottrine a descrivere e costruire gli ordinamenti contem-

⁷³ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus*, Milano 1987, p. 78.

⁷⁴ Cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 39 ss.

⁷⁵ Il riferimento è naturalmente a C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984; ID., *Il Custode della Costituzione*, Milano 1981. Quanto all'aspetto del pensiero dello Schmitt relativo alla ricerca di unità, cfr., ad es., G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 100 ss.; P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino 1999, pp. 7-12 e 50-55. Il decisionismo e la centralità della "nazione", quale "forma di vita elementare" entro la quale e a partire dalla quale si sviluppa ogni relazione sociale, è presente anche in Heller "prima maniera", cioè grosso modo fino al 1927: cfr. M. LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno" 2000, pp. 247 ss., 260-261 e 291.

⁷⁶ M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993, p. 39.

poranei sembra andare di pari passo con la crisi della nozione di "sovranità"⁷⁷, nei suoi profili sia interni che internazionali. Né il popolo, ormai polverizzato, né lo stato, ormai estremamente disgregato, potrebbero costituire il fulcro attorno al quale ricomporre la pluralità di istituzioni e fonti normative: "le grandi personificazioni del passato sono alle nostre spalle: il sovrano, il popolo, il legislatore, lo Stato come persona"⁷⁸.

Altre dottrine avevano perseguito il "mito" dell'unità statale riconoscendo il compito unificante al/i partito/i, e dunque all'indirizzo politico e alla funzione di governo. Pur alla presenza di una frammentazione a livello sociale, l'unità sarebbe stata realizzata tramite la mediazione partitica che sarebbe stata in grado di incanalare la pluralità di voci presenti nella società in un unico flusso, l'indirizzo politico, appunto⁷⁹. L'evoluzione economica, politica e costituzionale dei nostri ordinamenti ha, però, messo in crisi anche questi sforzi di attribuire la funzione unificante delle nostre società alla politica e, in particolare, al soggetto o ai soggetti titolari dell'indirizzo

⁷⁷ Cfr., ad es., L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari 1997.

⁷⁸ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano* cit., p. 65.

⁷⁹ I riferimenti non sono al solo Mortati, ma anche a Heller, "seconda maniera", cioè degli anni successivi al 1927 e in particolare alla sua postuma e incompiuta "Dottrina dello stato". Cfr., C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* cit.; ID., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in "Enc. dir.", XI, 1962, in part. pp. 169 ss.; H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Napoli 1988. L'aspetto delle opere di questi due autori relativo alla ricerca di unità tramite l'indirizzo politico è sottolineato da: M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano* cit., pp. 74 ss.; M. LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo* cit., pp. 291 ss.; P. PINNA, *La Costituzione* cit., pp. 76 e 123 ss. Sull'indirizzo politico come funzione unificante, cfr. E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, Bologna 1997, pp. 7 ss.; e soprattutto E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano 1961.

politico. Specialmente gli studi del Predieri⁸⁰, come recentemente evidenziato⁸¹, hanno messo in luce che la funzione di governo è ormai dispersa tra una moltitudine di soggetti, pubblici e privati, nazionali e internazionali, e che, dunque, "non esiste - e non ha senso per noi che esista - un organo che incarni e renda concreto il principio dell'esistenza spirituale del popolo, trasformando in volontà unica la pluralità dei voleri esistenti in natura"⁸².

Altri, pur avanzando una dottrina dello stato "senza soggetto" - e dunque in realtà "senza Stato"⁸³ - avevano operato sul piano "puramente" normativo pensando di trovare un'istanza unificante nella norma fondamentale logicamente presupposta all'ordinamento giuridico⁸⁴: "quella che razionalisticamente è indicata come (ipotetica) norma base esprime in realtà l'esigenza di unitarietà del sistema, ove lo si consideri nel suo complesso, in sé e quindi distaccato da ogni altro sistema"⁸⁵. Anch'essi si sono, poi, trovati a fare i conti con la dispersione del potere di produrre norme tra enti appartenenti a sistemi di riferimento spesso tra loro non comunicanti, ma che, all'interno di un medesimo territorio o con riferimento ad un medesimo gruppo, si vanno a sovrapporre⁸⁶. Pur ridu-

⁸⁰ Cfr., ad es., A. PREDIERI, *L'erompere* cit.; ID., *Euro Poliarchie* cit.

⁸¹ G. AMATO, *La funzione di governo oggi* cit.

⁸² *Idem*, p. 5.

⁸³ Cfr. C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della costituzione* cit., pp. 117 ss.

⁸⁴ La norma fondamentale di Kelsen, come noto, ha la "funzione di dare fondamento alla validità di un ordinamento giuridico positivo, cioè un ordinamento coercitivo statuito con atti della volontà umana ed efficace nelle sue grandi linee", H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1975, p. 227.

⁸⁵ C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, I, Napoli 1992, p. 81.

⁸⁶ Cfr., ad es., H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Napoli 1984; ID., *La dottrina pura* cit.; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino 1991.

cendo un ordinamento giuridico ad un insieme di norme individuabili attraverso criteri di riconoscimento e ritenendo la validità come categoria fondamentale per la sua ricostruzione, sembrerebbe però necessario ammettere la convivenza nei nostri sistemi di una pluralità di tali criteri ognuno dei quali riconducibile a un sistema normativo autonomo ugualmente vincolante per un medesimo gruppo di individui⁸⁷. In sostanza, la disomogeneità qualitativa del materiale normativo applicabile ad una determinata classe di soggetti - fenomeno tipico degli ordinamenti contemporanei - rende probabilmente inutilizzabili quelle dottrine che si affidano ad criterio normativo unitario di ricostruzione del sistema. Anche sotto il profilo normativo, dunque, sembra essere cambiata la struttura dell'ordinamento, "non più piramide, ma rete"⁸⁸ o - detto altrimenti - "arcipelago"⁸⁹.

In conclusione, la prima ragione che sembra aver condotto all'elaborazione di quelle tesi che vanno sotto il nome di neocostituzionalismo sembra essere costituita dalla rottura dell'unità statale, dal punto di vista sociale, istituzionale e normativo, cioè, in particolare, dalla crisi della concentrazione statale del potere e dalla sensazione dell'inadeguatezza delle dottrine che avevano in passato variamente tentato di ricostruire tale unità.

2.2 - *La positivizzazione dei valori negli ordinamenti giuridici contemporanei*

Il secondo fenomeno da valutare riguarda il contenuto delle norme giuridiche negli ordinamenti contempo-

⁸⁷ Cfr., ad es., F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., in part., pp. 112-113, 288, 309-310 e 316.

⁸⁸ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 31.

⁸⁹ *Idem*, p. 41.

ranei e, in particolare, la presenza di molteplici "valori" nel materiale giuridico, soprattutto tra le fonti di grado più elevato. Occorre precisare fin d'ora che sarà tralasciata ogni considerazione relativa alla distinzione tra regole e principi⁹⁰, in quanto non pare rilevare ai fini del presente discorso, essendo sufficiente notare che un valore può essere contenuto o comunque ricavato (principio implicito) da una norma che ha l'aspetto di una regola, così come vi sono principi che non esprimono valori. Ciò che preme evidenziare è semplicemente che nelle costituzioni e, più in generale, negli ordinamenti del secondo dopoguerra "concetti tradizionalmente metagiuridici, primo tra tutti quello della dignità umana, non solo sono stati sempre più spesso positivizzati ma hanno addirittura assunto una natura indefettibile ed una importanza fondante rispetto all'intero ordinamento giuridico"⁹¹.

⁹⁰ La distinzione tra regole (*rules*) e principi (*principles*) è una tra le più dibattute in dottrina. Cfr., ad es., A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999, in part., pp. 427 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra "applicazione di regole ed argomentazione basata su principi"*, in "Riv. intern. fil. dir." 1985, pp. 65 ss.; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Perequazione, eguaglianza e principi dell'ordinamento*, in "Giur. cost.", 1978, pp. 710 ss.; F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in "Enc. dir.", vol. XXX, 1980, pp. 730 ss.; R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London 1978; ID., *A matter of principle*, Cambridge (Mass.) 1985; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in "Dir. e società", 1986; S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in "Enc. dir.", vol. XXXV, 1986, pp. 494 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in "Dir. e società", 1987, pp. 181 ss.; R. BIN, *Diritti ed argomenti* cit., pp. 9 ss.; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in "Giur. cost.", 1997, pp. 3066 ss.

⁹¹ A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 98. C'è stato chi ha affermato che "le costituzioni sono divenute costellazioni di concetti indeterminati, di richiami a nozioni di valori che debbono essere bilanciati", A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 32, cfr. anche pp. 91 e 99.

Non si tratta per certo di un fenomeno nuovo. Anche negli ordinamenti liberali e, in particolare, nelle codificazioni dei secoli XIX e XX si trovano infatti riferimenti a concetti indeterminati espressione di valori fortemente radicati nella società. La vera novità riguarda tre aspetti: a) la moltitudine di valori presenti nelle costituzioni contemporanee e, più in generale, nel diritto dei nostri giorni; b) la varietà di valori, ognuno corrispondente ad un diverso sistema ideologico-morale di riferimento; c) il "peso" (efficacia, valore, grado) che questi valori hanno all'interno di un ordinamento.

I primi due aspetti evidenziati sembrano comportare una conseguenza profonda con riferimento alla stessa idea di Costituzione. Come noto, molto diversi sono stati i significati assunti da questo termine nel corso dei secoli: dalla registrazione di un determinato assetto di potere al tentativo di plasmare le istituzioni e la società secondo modelli ideali⁹². A partire dalla Rivoluzione francese, ma probabilmente già con l'*Instrument of Government* (1653) di Cromwell⁹³, con il termine "Costituzione" si indica generalmente una decisione politica fondamentale e giuridicamente vincolante⁹⁴ contenente un progetto di società da realizzare, e racchiusa in un documento scritto.

⁹² Sul punto cfr., ad es., S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino 2001, pp. 17-26; Ch.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* cit.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale* cit.; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, pp. 11 ss.; G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal medioevo inglese al 1791*, Torino 1991.

⁹³ A sostenere che l'*Instrument of Government* sia il primo o uno dei primi esempi di una moderna costituzione scritta è A. PACE, *Potere costituente* cit., pp. 30-33 e 107-108 nota n. 28

⁹⁴ Sul punto, ampiamente, A. PACE, *Potere costituente* cit.

Finché il progetto di società da realizzare era unico, era stato possibile continuare a giustificare quell'unità di cui si discorreva in precedenza pur alla presenza dei primi sintomi della frantumazione dello Stato-persona⁹⁵.

Viceversa, l'introduzione nelle costituzioni contemporanee di una molteplicità di valori, ognuno corrispondente ad un diverso progetto di società da realizzare ha profondamente trasformato l'idea stessa di Costituzione. Essa rappresenterebbe ora una cornice invalicabile all'interno della quale convivono numerosi modelli ideali, nessuno dei quali - proprio per l'esigenza del loro contemporaneo mantenimento - potrebbe essere pienamente e compiutamente realizzato. Sotto questo profilo è stato evidenziato che "i principi della costituzione non sono il fondamento del progetto costituzionale dei vincitori, unitario e rigido, che pretende di essere soltanto attuato; sono piuttosto l'identificazione dello sfondo di possibili intese e processi di unificazione politica; sono cioè non un disegno precisamente definito e consegnato dal potere del costituente a quello costituito per la sua realizzazione, ma una prospettiva, il campo delle opportunità da scoprire e da coltivare con la pratica politica democratica-pluralista"⁹⁶.

Infine, il "peso" assunto dai valori all'interno dell'ordinamento giuridico ha prodotto profonde modificazioni con riferimento a tre momenti cardine⁹⁷: la fondazio-

⁹⁵ Uno dei tentativi più innovativi per cercare di ricostruire l'unità dello stato si deve alla teoria dell'integrazione di R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano 1988 (su questo autore, per i fini che qua interessano, cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 175 ss.). Egli, però, al pari di altri suoi contemporanei, rimaneva ancora "ossessionato dalla questione della minacciata o compromessa unità dello Stato", G. VOLPE, *Op. ult. cit.*, p. 178.

⁹⁶ P. PINNA, *La Costituzione* cit., p. 149.

⁹⁷ Cfr. A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit.

ne e il mantenimento degli ordinamenti giuridici; la fase della produzione normativa, da un lato, producendo dei vincoli positivi al legislatore e, dall'altro, ponendo le basi giustificative per autonomi centri di potere normogeno (ad es. quello delle Autorità amministrative indipendenti o delle istituzioni comunitarie e internazionali); quella dell'applicazione del diritto, dove si manifesta la "pervasività" della norme costituzionali⁹⁸.

In particolare, il "peso" rivestito dai valori⁹⁹ positivizzati all'interno di un ordinamento giuridico, sembra derivare non solo dalla superiorità gerarchica delle fonti in cui essi sono contenuti¹⁰⁰, e talvolta dall'espressa previsione del diritto positivo¹⁰¹, ma soprattutto dal riconoscimento che ne fa l'interprete o, più precisamente, qualunque operatore giuridico¹⁰². Pertanto, la stabilità degli ordinamenti (la "rigidità" delle loro costituzioni) sembrerebbe dipendere non solo dalla sorte delle disposizioni

⁹⁸ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., cap. IV. In senso analogo vi è stato chi ha parlato di "pancostituzionalizzazione" dell'ordinamento: A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 134.

⁹⁹ Come noto, accanto alla gerarchia formale possono ravvisarsi, quantomeno, altri due criteri gerarchici: quello logico, attiene alla struttura del linguaggio, e quello assiologico, che si realizza quando si tratta "una norma (o la sua disposizione, o la sua fonte) come 'fondamento' di altre norme". Su questi concetti, cfr. R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1997, pp. 463 ss.; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè 1977; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, pp. 318 ss.

¹⁰⁰ E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge*, cit., 428; R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., par. 3(4).

¹⁰¹ Cfr., ad es., G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in "Giur. cost.", 1970, p. 916; L. VENTURA, Art. 54, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma 1985, pp. 16 ss. e 28-29.

¹⁰² R. GUASTINI, *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in "Analisi e diritto" 1992, p. 194.

costituzionali, ma anche (e soprattutto) dall'atteggiamento assunto degli operatori giuridici: dalla Corte costituzionale alla dottrina, dagli avvocati ai gruppi di pressione. A tal proposito, non sembra irrilevante notare che l'affermazione dell'esistenza di alcuni principi inviolabili sia stata sostenuta proprio da operatori giuridici altamente qualificati, Corte costituzionale e dottrina (*juris periti*)¹⁰³, piuttosto che "scritta" nel testo costituzionale. Di conseguenza, la stabilità degli ordinamenti contemporanei non sembra il prodotto di un'unica variabile rappresentata ora da un unico organo, manifestazione dell'unità decisionale del popolo (il Costituente) - come nel caso delle costituzioni che ci hanno immediatamente preceduto - ora dalla stabilità delle relazioni di potere esistenti nella società - come accadeva per i sistemi antecedenti alla Rivoluzione francese -, bensì dall'insieme di questi fattori nonché dalla continua riaffermazione e rifondazione dei valori condivisi.

La positivizzazione di una moltitudine di valori diversi e il "peso" che essi hanno assunto sembrano aver comportato una modificazione qualitativa del diritto contemporaneo e anzitutto di quello costituzionale, dalla cui prospettiva si rende evidente come "l'attuale ordinamento (e non solo quello italiano), a seguito dell'ingresso nella Carta fondamentale di enunciati, che pur essendo giuridici, hanno un forte orientamento assiologico, conosca nel

¹⁰³ Cfr. sopra nota n. 6, cui adde N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in "Giur. cost.", 1998, pp. 1891 ss. Si è sostenuto che nella fascia costituzionale "imperava un diritto di valori sovracostituzionali interni al sistema, superiori alle norme costituzionali in quanto intangibili da queste ultime e perciò non suscettibili di revisione, collegati a valori costituzionali che, essendo paritari, esigono una ponderazione e un bilanciamento", A. PREDIERI, *L'erompere cit.*, p. 32.

proprio funzionamento una *intersezione tra criteri nomostatici e nomodinamici*, vale a dire che le norme conoscono la propria validità, e dunque la propria esistenza, non solo in relazione al fatto empirico della loro posizione ma anche in relazione alla loro compatibilità sostanziale con i principi cardine del sistema¹⁰⁴.

D'altronde, una neutralizzazione del contenuto assiologico delle norme positive esprimenti valori e, dunque, una ricostruzione delle relazioni normative del nostro ordinamento solo in base a criteri gerarchici, logici e formali, non sembrerebbe "storicamente" corretta. S'intende dire che l'esigenza di valutare le disposizioni costituzionali non solo per le parole e le norme in esse espresse, ma anche e soprattutto per gli ideali in esse rintracciabili deriva anzitutto da considerazioni di ordine storico. È forse il caso di ricordare a questo proposito Gustav Radbruch il quale, nel corso di un ciclo di conferenze successive alla fine della II Guerra Mondiale, evidenziò che "la dottrina secondo cui il diritto non è altro che quanto dichiarato da una legge positiva, aveva reso la giustizia tedesca [nel periodo nazionalsocialista] priva di risorse di fronte alla crudeltà e all'ingiustizia una volta che queste ebbero indossato gli abiti della legge positiva. Cosa si poteva dire, adesso, dei crimini commessi durante il periodo nazista sotto la copertura di leggi simili?"¹⁰⁵: le

¹⁰⁴ A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 104. Come noto, la distinzione tra ordinamenti nomostatici e ordinamenti nomodinamici risale a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952. Cfr. anche L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Torino 1991.

¹⁰⁵ Cfr. J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna 1996, p. 468. Su questi temi affrontati dal Radbruch, cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (Begriff und Geltung des Rechts 1992), Torino 1997, cap. II.

Costituzioni del secondo dopoguerra sono appunto un tentativo (forse imperfetto) di dare una risposta a questi interrogativi.

La positivizzazione di un'ampia serie di valori negli ordinamenti contemporanei è, infatti, il risultato delle distruzioni che dalle cinquecentesche guerre di religione ai genocidi per motivi razziali, passando per le dittature ideologiche, hanno devastato la nostra storia. Non si tratta assolutamente di fare del facile pietismo, ma soltanto di intendere le ragioni più profonde che stanno alla base della positivizzazione di una molteplicità di valori corrispondenti a sistemi ideologici profondamente diversi¹⁰⁶. Sono probabilmente considerazioni che stanno al limite del "giuridico", le quali, però, nello studio e nell'analisi del diritto costituzionale non dovrebbero forse essere trascurate¹⁰⁷. Questa sembra "la lezione che dobbiamo trarre da tale esperienza [l'autore si riferisce in particolare ai campi di concentramento nazisti], che più di ogni altra mette in questione l'uomo in quanto immagine di Dio: devono insomma scendere in campo tutte le forze dell'educazione morale insieme ad una vigilante attenzione politica contro questa bestia [il razzismo] mai sopita che si nasconde nella nostra imperfetta condizione umana"¹⁰⁸.

La profonda convinzione che si cela dietro molti e fondamentali istituti giuridici contemporanei e in partico-

¹⁰⁶ Analoghe considerazioni si ritrovano in A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 97: "gli orrori causati dal conflitto mondiale, contribuirono, nel secondo dopoguerra, alla penetrazione, nelle varie carte fondamentali degli stati moderni, di una serie di postulati dalla forte connotazione etica, prevalentemente riguardanti i diritti fondamentali"

¹⁰⁷ Sulla strettissima connessione tra sfera politica e sfera giuridica nell'ambito del diritto costituzionale, cfr., ad es., A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., pp. 43 ss.

¹⁰⁸ H. JONAS, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Genova 1993, pp. 47-48.

lare nel campo del diritto pubblico è l'idea del *bad man*¹⁰⁹, che non implica necessariamente sfiducia nell'uomo e nelle sue possibilità. Dovrebbe, infatti, essere ormai penetrato nella coscienza giuridica, soprattutto per merito della speculazione storica e politologica, che per realizzare un'ideale, quale la tutela delle libertà individuali, sia grandemente opportuno partire dal presupposto che il titolare di un potere normalmente non agirà per il bene degli altri uomini. Questa premessa risultava ben chiara già ai fondatori della moderna scienza costituzionalista: "*if men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary*"¹¹⁰.

È pur vero che tutte queste ragioni che stanno alla base dell'introduzione del pluralismo di valori nelle costituzioni contemporanee, normalmente rigide e garantite, non hanno carattere (giuridicamente) vincolante essendo libero l'interprete, lo studioso di non tenerle in considerazione e dunque di continuare a ridurre l'ordinamento giuridico ad un insieme di parole (disposizioni normative)

¹⁰⁹ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 140.

¹¹⁰ Publius/Madison, Lettera n. 51, *The Federalist Papers*. In senso analogo si possono richiamare Hume e Mill quando sostengono che: "*in constraining any system of government, and fixing the several checks and controls of the constitution, each man ought to be supposed a knave, and to have no other end, in all his actions, than private interest*" (D. HUME, *On the independency of Parliament*, in *Essays, Moral, Political and Literary*, Oxford 1963, pp. 117-118) e "*the very principle of constitutional government requires it to be assumed that political power will be abused to promote the particular purposes of the holder; not because it is always so, but because such is the natural tendency of things, to guard against which is the special use of free institutions*" (J.S. MILL, *Considerations on representative government*, in *Essays on Politics and Society*, Toronto 1977, p. 505). Sul principio dei reciproci controlli e bilanciamenti e sul suo strettissimo collegamento al tema della libertà individuale, cfr., ad es., G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale* cit., pp. 61 ss.

e norme negando il suo carattere assiologicamente orientato, ma si tratterebbe probabilmente di una scelta di politica del diritto ben precisa, tesa a disconoscere l'intima essenza degli ordinamenti contemporanei. Anche la ricostruzione in senso assiologico del diritto è forse il frutto di una precisa posizione ideologica sottostante¹¹¹, ma questa sembra avere un carattere meno soggettivo corrispondendo appunto a quelle profonde ragioni che sono all'origine degli ordinamenti contemporanei.

Quello che si è andato dicendo finora quanto al peso dei valori nel nostro ordinamento non presuppone in alcun modo che si stia attribuendo alla morale il compito di fondare il diritto e dunque che queste considerazioni si stiano muovendo nella prospettiva di un modello giusnaturalista. Anche perché la positivizzazione di tali valori li priva di alcune caratteristiche che essi presentano nel discorso morale quale, in particolare, la loro assolutezza. Viceversa, quelle tesi che circoscrivono i valori giuridicamente rilevanti unicamente a quelli contenuti in testi normativi posti dal costituente o da qualche potere costituito sembrano rappresentare un "completamento del paradigma giuspositivistico"¹¹². Si potrebbe, dunque, riconoscere una dimensione assiologica del diritto senza per questo dover accedere all'idea che sia la morale (universale, positiva, convenzionale, individuale) a fondare l'ordina-

¹¹¹ Sulla difficoltà di sostenere l'avalutatività della scienza del diritto e sul probabile condizionamento ideologico di ogni ricostruzione scientifica del diritto, cfr., ad es., U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit.

¹¹² L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001, p. 35. Analogamente è stato sostenuto che "l'allocatione di un cosmo definito di valori che abbia rilevanza nel mondo del diritto, può ricercarsi solo quale portato di un atto che ha, o che dovrebbe avere, i caratteri della *posizione giuridica*" (enfasi dell'autore), A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 79.

mento positivo o comunque che tra gli strumenti di soluzione delle controversie giuridiche vi siano anche criteri morali. Il "fatto" che vi siano valori nell'ordinamento e che essi siano forse qualcosa "di più" delle norme non esclude che queste entità appartengano al diritto positivo - cioè al diritto "prodotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani"¹¹³ - e siano da trattare con metodo giuridico -, il problema poi sarà di determinare quale metodo giuridico.

2.3 - Metodologie inadeguate e risposte della dottrina

Si giunge così al terzo fenomeno che sembra essere alla base delle moderne tendenze della giuspubblicistica riconducibili alla nozione di neocostituzionalismo¹¹⁴: la reazione al positivismo ed in particolare a quel suo particolare aspetto, detto - con terminologia derivata da Bobbio¹¹⁵ - "metodologico". Come noto, sotto questo pro-

¹¹³ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori* cit., p. 130.

¹¹⁴ La strettissima connessione esistente tra le reazioni alla metodologia positivista e lo stato costituzionale è evidenziata da A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 99, il quale sostiene che il "mutamento che ... segna il passaggio dallo "Stato di diritto" allo "Stato costituzionale", fu anche il portato di una profonda sfiducia verso il metodo positivista le cui strutture dogmatiche, impostate dal punto di vista giuridico ad un approccio rigidamente formale e dal punto di vista etico su posizioni decisamente non cognitive, si erano dimostrate da sole insufficienti ad impedire la dissoluzione dello Stato di diritto". Più in generale, la stretta connessione tra la metodologia giuridica e il suo oggetto (in particolare, il diritto costituzionale) è evidenziata, tra gli altri, da A. RUGGERI, *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in "Dir. soc." 2000, pp. 141 ss.; ID., *Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in "Pol. dir." 1996, pp. 343 ss.; AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997. In generale, sul metodo giuridico cfr., di recente, L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano 2002, in part. pp. 1-61.

¹¹⁵ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1979.

filo, il positivismo giuridico esige "di trasformare lo studio del diritto in una vera e propria scienza che abbia gli stessi caratteri delle scienze fisico-matematiche, naturali e sociali. Ora, il carattere fondamentale della scienza... consiste nella sua avalutatività, cioè nella distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore, e nella rigorosa esclusione di questi ultimi dall'orizzonte dello scienziato, al quale spetta di formulare soltanto giudizi di fatto" (enfasi dell'autore)¹¹⁶.

Questa metodologia trova tuttora ampio spazio in gran parte della manualistica e, soprattutto, è comunemente accolta dalla maggior parte dei pratici del diritto¹¹⁷, nonostante sia stata oggetto di energiche critiche proprio da parte di molti giuspositivisti.

L'inadeguatezza della metodologia positivista¹¹⁸ deriva, in parte, dal mutamento del suo oggetto, cioè del materiale normativo che compone gli ordinamenti giuridici attuali, e, soprattutto, da una sua intrinseca debolezza dovuta alla difficoltà di giustificare la tesi che vuole lo studio del diritto una vera e propria "scienza" meramente descrittiva e avalutativa.

In primo luogo, dunque, le categorie fondamentali

¹¹⁶ *Idem*, p. 255. Su questo profilo, cfr., ad es., G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., pp. 69 ss.

¹¹⁷ Sotto questo profilo, è stato sostenuto ad esempio che "questa vocazione alla scienza del diritto è quella che è stata affermata dal positivismo acritico nel corso dell'Ottocento - anche se c'è una distanza tra questa rappresentazione della realtà e la realtà stessa - e resta ancora oggi molto spesso, come un residuo, nell'idea che, per lo più inconsciamente, hanno di loro stessi i giuristi che svolgono il diritto in pratica (in primo luogo i giudici). Ma è appunto un residuo spiegabile solo con la vischiosità storica", G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 38.

¹¹⁸ Cfr., ad es., F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., cap. I e p. 221. In generale, cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo* cit.

della metodologia positivista (ad es., validità, efficacia) sembrano inadeguate a spiegare il diritto contemporaneo sempre più intriso di valori¹¹⁹, sempre più costruito da principi anziché da regole¹²⁰, sempre meno "insieme di comandi emanati dal sovrano"¹²¹, sempre più orientato a persuadere anziché costringere¹²², sempre più fattuale, sempre meno definibile unicamente in funzione della sua struttura formale, prescindendo completamente dal suo contenuto. La legalità costituzionale - è stato recentemente sostenuto - "implica giudizi non già soltanto di "conformità" ..., ma più propriamente di "compatibilità" o di congruità rispetto ad una serie molto ampia di variabili, che attengono al piano degli interessi sostanziali. E richiede, se mi posso esprimere così, non già misurazioni come verifica di superfici, quanto, piuttosto, ponderazioni proprio come attribuzioni di pesi"¹²³. D'altronde, la convinzione della praticabilità di una scienza del diritto meramente descrittiva e avalutativa ha probabilmente contribuito a impedire di comprendere l'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei.

Sempre sotto questo profilo, la metodologia positivi-

¹¹⁹ Ad es., A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., il quale tra l'altro ha rilevato che l'inclusione "nell'ambito giuridico di elementi appartenenti al mondo dell'*ethos* ha modificato non solo i contenuti della normazione (ed in special modo della normazione costituzionale) ma ha successivamente indotto la dottrina a rileggere in un'ottica differente le stesse *strutture di relazione* che le unità giuridiche costruiscono tra loro. Insomma la riconduzione del diritto positivo ad un fondamento etico, è un fenomeno che nato come contenutistico è divenuto *strutturale* perché, oramai, attinente alle stesse categorie di produzione, modificazione (e soprattutto interpretazione) del sistema giuridico" (enfasi dell'autore), pp. 101-102.

¹²⁰ Ad es., G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit.

¹²¹ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., p. 164.

¹²² Ad es., A. PIZZORUSSO - S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano* cit., pp. 299 ss.

¹²³ C. RUPERTO, *La legalità costituzionale* cit., p. 5.

sta, come è stato recentemente rilevato¹²⁴, è legata a doppio filo all'idea di "stato" ed in particolare a quella di "stato sovrano"¹²⁵. La profonda crisi che la sovranità e, più in generale, lo stato stesso sta subendo (cfr., sopra, par. 2.1) non può dunque non aver influito sulla capacità esplicativa della metodologia positivista.

In secondo luogo, è proprio la stessa possibilità, praticabilità e utilità di un approccio "scientifico" al diritto che è stata revocata in dubbio, anche da esponenti della stessa scuola positivista¹²⁶. In modo molto netto, ad esem-

¹²⁴ È stato in particolare evidenziato che "l'operazione compiuta da questo genere di giuspositivismo è apparentemente semplice. Si afferma innanzitutto la specificità della "scienza" giuridica in quanto indipendente per un verso dalla filosofia morale e politica, e per altro verso dalla sociologia e dalla scienza politica. La avalutatività e la "purezza" sembrano costituire l'ideale metodologico di questa scuola. La sua mossa teorica decisiva non è però tanto questa della separatezza della conoscenza giuridica quanto quella della proiezione di tale specificità della "scienza" sull'oggetto della scienza medesima. In questa prospettiva la scienza si giustifica non per esigenze metodologiche, ma in quanto essa corrisponde ad un certo oggetto che è originariamente autonomo e "puro", una versione particolare del Sollen, ad istituzioni e concetti giuridici di cui lo Stato è quello fondamentale; l'esistenza di una scienza autonoma dello Stato finisce per sancire l'esistenza autonoma (amurale, a-politica, a-sociale) dello Stato", M. LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar* cit., pp. 263-264.

¹²⁵ È lo stesso Bobbio che rileva come l'esclusione di giudizi di valore dal diritto e, dunque, il carattere avalutativo del suo studio sia stato possibile "definendo il diritto come un insieme di comandi emanati dal sovrano", N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., p. 164.

¹²⁶ Per tutti cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit. Sull'argomento, ma con riferimento a posizioni parzialmente o totalmente al di fuori del positivismo giuridico, si possono richiamare: G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 164 ss.; D. ZOLO, *Il principato democratico*, Milano 1996, pp. 41 ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., il quale sostiene di temere "l'inquinamento - ché sarebbe tale - di una nozione dell'interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello iudex come servus legis, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello" (p. 163).

pio, v'è stato chi ha ritenuto che "la prima condizione [per la rifondazione della filosofia analitica italiana] è la rinuncia all'illusione, kelseniana e bobbiana, di una teoria "pura" o "formale" del diritto nel senso di "avalutativa", ovvero meramente "descrittiva". Questa idea bobbiana dell'avalutatività della scienza giuridica rappresenta un lascito, a mio parere indifendibile"¹²⁷.

Con grande dovizia di argomenti era stato Uberto Scarpelli fin dal 1965 a mettere in luce i limiti cui va incontro la metodologia positivista. In estrema sintesi "la grande idea di Scarpelli in questo libro [Cos'è il positivismo?], insieme semplice e di vasta portata, è la sua originale difesa politica del positivismo giuridico. Essa comporta un capovolgimento della abituale difesa "scientifica" del giuspositivismo, nella forma consolidata del giuspositivismo analitico agli inizi degli anni sessanta. Secondo Scarpelli, il modello di metodo giuridico del giuspositivismo, come precisato da Kelsen, Bobbio e Hart, riproduce in modo abbastanza fedele l'atteggiamento del moderno giurista positivo nel suo momento cognitivo. Ebbene, secondo Scarpelli, anche questo modello di descrizione giuspositivista del diritto è compromesso da scelte etico-politiche [e non potrebbe non esserlo]. Ciò nonostante, queste scelte, una volta evidenziate, sono difendibili sul piano etico-politico, con argomenti etico-politici. In altre parole per Scarpelli la giurisprudenza moderna di improntata giuspositivista non è una scienza ed è bene che non lo sia"¹²⁸.

¹²⁷ L. FERRAJOLI, *Filosofia analitica del diritto* cit., p. 361.

¹²⁸ M. JORI, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., p. 28. In senso analogo, cfr. G. BOGNETTI, voce *Federalismo*, in "Dig. disc. pub.", VI, 1991, pp. 292-293. Per una critica al positivismo quale atteggiamento conoscitivo basato sull'avalutatività e sulla distinzione tra discorso descrittivo e discorso precettivo, cfr. - oltre ai testi

La tesi per cui l'identificazione di ciò che costituisce diritto deve avvenire in base a caratteristiche formali (ad esempio, l'autorità che emana le norme) senza dunque far ricorso ad elementi extra-giuridici¹²⁹, si fonda proprio su scelte di natura extra-giuridica o comunque metasistemica¹³⁰. Detto in modo molto banale, quel non so che di poco chiaro che in un modo o in un altro compare nel momento fondativo di un ordinamento in ogni formulazione giuspositivista (nel *rule of recognition* di Hart, alla base della *Grundnorm* di Kelsen, ecc.), forse altro non è che l'emergere delle scelte politico-ideologiche dei sostenitori di quelle tesi.

Una volta che questa circostanza è stata messa in luce, il richiamare la suadente tesi per cui è possibile accostarsi al diritto come si fosse scienziati e mettendo, dunque, da parte le proprie ideologie e le proprie convinzioni, se non ampiamente giustificata, potrebbe costituire una pericolosa mistificazione. In questo modo, infatti, il giurista, da un lato, si deresponsabilizzerebbe¹³¹, quando invece proprio per il ruolo che riveste dovrebbe agire nella maniera più trasparente possibile rendendo palesi le proprie scelte di fondo, dall'altro, con tutta probabilità, non farebbe altro che prendere per buono ciò che passa il

poco sopra citati - L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari 1999, pp. 102 ss.; V. VILLA, *Conoscenza del diritto e concetto di diritto positivo*, Torino 1993; G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., pp. 165 s.

¹²⁹ Ad es., N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., p. 168; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 144.

¹³⁰ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., pp. 128-129; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 200-201; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico* cit., p. 307.

¹³¹ Questo pericolo è evidenziato, in tutt'altra prospettiva, da S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 86.

convento aderendo, senza dirlo apertamente, alle scelte politico-ideologiche sottostanti al sistema giuridico di riferimento¹³².

Ciò, inoltre, potrebbe comportare un danno alla stessa "conoscenza" del diritto. Se, infatti, l'osservatore, osservando i fenomeni che studia, vi influisce¹³³, dovrebbe aver ben chiaro e soprattutto - se vuole essere "imparziale" - rendere palese il verso della sua influenza su quei fenomeni¹³⁴. Ciò non significa che la "scienza" giuridica possa essere coltivata solo da militanti di un qualche partito politico-ideologico, ma che proprio il "rigore scientifico" esigerebbe di mettere in luce e giustificare le proprie scelte di fondo suscettibili di incidere sullo studio e sull'applicazione del diritto¹³⁵.

Si tratta di aspetti noti e ampiamente dibattuti tra i teorici e filosofi del diritto, ma che stentano a penetrare nella pratica del diritto dove sono ancora in molti coloro che accettano acriticamente il positivismo metodologico. È probabile che le difficoltà di circolazione dei modelli metodologici - le quali, a lungo andare, potrebbero produrre una scissura incolmabile tra teoria e filosofia, da

¹³² In altre parole, "la scienza e la pratica del diritto giuspositivistiche nel loro approccio a un sistema di diritto positivo dal punto di vista interno suppongono l'accettazione del principio fondamentale del sistema e l'accettazione del principio fondamentale del sistema dipende da una scelta politica che mette in gioco la coscienza di ciascuno ed i suoi valori morali e politici", U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., p. 212.

¹³³ Cfr. sopra nota n. 13.

¹³⁴ Cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari 1999, pp. IX-X, 209 ss. e 323 ss.

¹³⁵ Sempre utilizzando le parole dello Scarpelli, "prima e essenziale condizione del valore morale e politico di una scelta, quale che sia la direzione, è la consapevolezza, la consapevolezza delle alternative: mentre è cattiva ogni posizione che comporti il mascheramento e lo snaturamento di una scelta", U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit.

un lato, e pratica e dogmatica del diritto, dall'altro - siano state acuite dalla artificiosa separazione che, anche in sede accademica, è stata compiuta tra diritto positivo e teoria/filosofia del diritto. Il virtuoso circuito di comunicazione tra questi due settori strettamente interdipendenti del sapere giuridico ben funzionante in passato, grazie anche al fatto che nella medesima persona si assommavano talvolta competenze in entrambi i campi¹³⁶, si è andato via via deteriorando e contemporaneamente si è assistito alla sempre maggiore astrazione della teoria del diritto a cui è corrisposto un appiattimento della dogmatica su posizioni ormai inaridite non più in grado di spiegare i sistemi giuridici in vigore. Il pericolo, ovviamente, è, da un lato, nella sterilità di indagini teoriche totalmente disancorate dal dato positivo e, dall'altro, nell'appiattimento della giuspubblicistica ad una mera "descrizione" di aspetti ormai secondari dei moderni ordinamenti senza riuscire a coglierne le principali novità e a ricostruirle nell'ambito di un disegno sistematico unitario o anche nella spregiudicatezza di tesi non sorrette da un adeguato apparato teorico.

Ciò che ormai da qualche anno si agita nella giuspubblicistica italiana¹³⁷, sembra, dunque, essere la rea-

¹³⁶ A mero titolo esemplificativo, quanto all'Italia, si pensi al Santi Romano e, quanto alla Germania, al Rudolf Smend.

¹³⁷ Cfr., ad es., i saggi di G. ZAGREBELSKY da *Il diritto mite* cit. a *La Giustizia costituzionale* (Bologna 1988) agli interventi su diverse riviste, da *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione* del 1970 (in "Giur. cost.") a *La dottrina del diritto vivente* del 1986 (sempre in "Giur. cost."); o quelli di A. RUGGERI, in particolare i 7 volumi finora pubblicati degli *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti* (Torino 1992, 1996, 1999, 2000, 2002 e 2003), ma già il suo *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative* (Milano 1977); o ancora quelli di A. SPADARO da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici* (Napoli 1990) a *Contributo per una teoria della costituzione. I. Fra*

zione ad un metodo, quello positivista, ormai inadeguato e rappresenta un importante sforzo di "divulgare", tra gli studiosi di diritto positivo, le idee e le tesi che ormai da anni circolavano tra le fila dei filosofi e in particolare tra i giusfilosofi.

3 - Gli attuali tentativi di ricostruzione sistematica: il neocostituzionalismo.

Dinanzi ai tre fenomeni cui si è accennato, la dottrina così come gli operatori giuridici - soprattutto delle istanze giurisdizionali superiori, per la loro funzione non solo limitata a risolvere specifiche controversie ma anche a fornire basi sistematiche alla futura giurisprudenza - hanno assunto una pluralità di atteggiamenti. Vi è stato, ad esempio, chi ha sostenuto la recessività del fenomeno "costituzione"¹³⁸; o chi ha creduto di trovare la soluzione nell'affidarsi unicamente alle leggi del mercato e alla sua mitologica autoregolamentazione (anarcocapitalismo¹³⁹); o

democrazia relativista e assolutismo etico (Milano 1994) oltre ai diversi interventi su riviste da *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità* (in "Quad. cost." 1998) a *Gli effetti costituzionali della c.d. "globalizzazione" - Storia di una metamorfosi: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali* (in "Pol. dir." 1998) a *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"* (in "Dir. soc." 1991). Sempre a mero titolo esemplificativo, si potrebbe richiamare: R. BIN, *Diritti e argomenti cit.*; ID., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in "Riv. dir. cost." 1996, pp. 1 ss.

¹³⁸ G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento cit.*, in part. pp. 256 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico cit.*; V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto cit.*, pp. 532-533.

¹³⁹ Su cui, cfr., ad es., G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento cit.*, pp. 233 ss.

ancora chi ha pensato di raccogliere spunti dal passato, in particolare dal Medioevo, per leggere gli ordinamenti contemporanei¹⁴⁰; o chi ha posto al centro del fenomeno giuridico la costituzione e i suoi valori ricorrendo ad una metodologia giuridica profondamente diversa da quella positivista. Quest'ultima tendenza è stata recentemente ricostruita secondo linee unitarie e ad essa è stato attribuito il nome di "neocostituzionalismo"¹⁴¹. È appunto su questa dottrina che sembra opportuno soffermarsi per svolgere alcune osservazioni.

3.1 – Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi ?

Questa dottrina¹⁴² ruota attorno a tre temi principali: il materiale normativo, di cui gli ordinamenti contemporanei sono composti e, dunque, una particolare attenzione ai "principi" ed ai "valori"; una metodologia adeguata allo studio e alla pratica del diritto che, pur evidenziando il ruolo creativo dell'interprete, cerchi di limitarne la discrezionalità; un modello di Costituzione precettiva che costituisca il fondamento legittimante dell'intero ordinamento e la cui attuazione sia rimessa non solo agli organi democraticamente eletti e ai poteri neutrali - primo tra tutti, a quello giurisdizionale - ma anche a tutti gli operatori giuridici e, dunque, in definitiva, alla società stessa.

Secondo una prima ricostruzione che è stata offerta

¹⁴⁰ Cfr., ad es., P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit.

¹⁴¹ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit.

¹⁴² Per una critica a questo atteggiamento dottrinale, cfr., di recente, J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in "Quad. cost." 2002, pp. 521 ss. In una prospettiva più vasta e con riferimento a singoli aspetti di questa dottrina, cfr. D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico*, Roma 1998.

di questa corrente di pensiero¹⁴³, essa si caratterizzerebbe per una teoria (un insieme di teorie) dell'interpretazione e di una teoria (un insieme di teorie) sulle fonti del diritto. Punti salienti della dottrina sarebbero costituiti, in primo luogo, da una nozione di Costituzione riconducibile al "modello assiologico della Costituzione concepita come norma" – secondo la terminologia di Dogliani -, vale a dire un insieme di norme giuridiche positive e fondamentali rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento. Queste regole sarebbero costituzionali in ragione del loro specifico contenuto e non solo per la forma che rivestono¹⁴⁴, la loro superiorità, cioè, dipenderebbe dal particolare valore che esse esprimono. In particolare, nella Costituzione albergherebbero non solo regole sulla produzione, ma soprattutto norme esprimenti valori, in precedenza di esclusiva pertinenza della morale. In secondo luogo, la Costituzione sarebbe assiologicamente superiore alle altre norme e costituirebbe il fondamento dell'ordinamento giuridico così da pervaderlo interamente¹⁴⁵. In terzo luogo, si dovrebbe ammettere una distinzione qualitativa in senso forte tra regole e principi – questi ultimi espressione di valori - e pertanto una diversità della Costituzione rispetto alle altre norme, da interpretare secondo modalità diverse e da parte di un giudice *ad hoc*. In quarto luogo, vi sarebbe una tendenza volta a limitare, da un lato, i poteri del legislatore – e dunque i pericoli

¹⁴³ Cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit.

¹⁴⁴ Secondo un'idea risalente fin alla Rivoluzione francese. Come noto, all'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 si legge che "*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*".

¹⁴⁵ In senso analogo vi è stato chi ha parlato di "pancostituzionalizzazione" dell'ordinamento: A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 134.

derivanti dalla democrazia maggioritaria – e, dall'altro, la discrezionalità dell'interprete. Infine, si potrebbe ravvisare la centralità negli ordinamenti contemporanei della funzione giurisdizionale al fine di realizzare questi ultimi obiettivi e la qualificazione della Corte costituzionale come vero sovrano, vale a dire il “gestore del costituzionalismo moderno”.

Il modello neocostituzionalistico così ricostruito, però, sarebbe difficilmente riconducibile nell'alveo del costituzionalismo, nato e sviluppatosi in funzione di garanzia delle libertà individuali e collettive (garantismo e pluralismo). L'abbandono di una prospettiva non cognitivista in etica e in particolare l'introduzione nel diritto positivo di elementi propri del discorso morale (valori e principi) spingerebbe a classificare questa dottrina come una nuova forma di giusnaturalismo. In questo modo, sempre secondo questa prima ricostruzione, contaminando il diritto con la morale – in particolare, quella universale o individuale¹⁴⁶ – e escludendo la possibilità di conoscere cosa “oggettivamente” sia il diritto, si verrebbe ad attribuire poteri illimitati all'interprete e a permettere il prevalere di alcuni valori su altri¹⁴⁷, con il conseguente contrasto con i principi garantistici che ispirano il costituzionalismo.

Per tentare di rispondere a questi dubbi avanzati da chi per primo ha creduto di individuare in tendenze ampiamente diffuse nella giuspubblicistica contemporanea una comune dottrina, occorre anzitutto sgombrare il

¹⁴⁶ Su questi concetti, cfr., ad es., S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo*, cit.

¹⁴⁷ Come noto, secondo lo Schmitt la tirannia di un valore o di un gruppo di valori costituirebbe l'inevitabile conseguenza della loro introduzione all'interno degli ordinamenti giuridici e del discorso giuridico: C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* cit.

campo da una questione che potrebbe essere meramente terminologica: rifiutare il positivismo metodologico, come accade con gran parte degli atteggiamenti riconducibili al neocostituzionalismo, conduce di per sé stesso al di fuori del positivismo *tout court*?

È risaputo che non esiste il positivismo giuridico, ma tanti positivismi quanti ne sono gli esponenti¹⁴⁸. Anche volendo fornire una definizione esplicativa¹⁴⁹ unitaria di questa corrente giusfilosofica occorre tenere conto quanto meno di tre aspetti: il positivismo come metodo, il positivismo come teoria, il positivismo come ideologia¹⁵⁰. Si tratta, almeno secondo chi per primo ha formulato questa proposta interpretativa, di aspetti tra loro indipendenti; vale a dire che si possono avere posizioni che fanno proprie le tesi del positivismo metodologico, ma non quelle del positivismo ideologico e teorico, oppure tesi che accolgono i postulati del positivismo ideologico, ma non anche quelle del positivismo metodologico, e così via. Ne segue che il rifiuto del metodo positivista, e delle tesi ad esso correlate, non conduce di per sé stesso ad una dottrina al di fuori del positivismo giuridico *tout court*.

Quanto poi alla critica relativa alla pretesa riconducibilità del neocostituzionalismo al giusnaturalismo e, in particolare, alla sua natura intrinsecamente antigarantista, occorre rilevare che il modello neocostituzionalista, sebbene unitario in alcuni suoi aspetti, sembra poi distinguersi in due tendenze profondamente diverse.

¹⁴⁸ Ad es., cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 125 ss.

¹⁴⁹ Su tale concetto, cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., pp. 14-16.

¹⁵⁰ Si sufficiente il rinvio a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* cit., in part. pp. 279 ss e a S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 1 e 143-144. In senso parzialmente difforme, cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., in part., pp. 73 ss.

Non solo, infatti, non sembra esistere autore che sostenga tutte le tesi sopra indicate come caratteri distintivi del neocostituzionalismo - ciò significherebbe ben poco, tenuto conto che si tratta della ricostruzione di un modello teorico -, ma soprattutto quest'ultimo, così unitariamente formulato, non sembra utile per comprendere le posizioni di ciascun singolo autore, producendo per converso, in determinati casi, proprio l'effetto di confondere le acque.

La pretesa incompatibilità tra neocostituzionalismo e garantismo sarebbe una conseguenza della confusione tra discorso morale e discorso giuridico - e specialmente dell'introduzione della morale fra le fonti del diritto -, nonché della sopravvalutazione del ruolo degli operatori giuridici, depositari di un sapere tecnico, ed in particolar modo dei giudici, senza che sia affrontata la questione di chi controlla i controllori¹⁵¹. Secondo queste critiche, una chiara dimostrazione di ciò si ritroverebbe nell'opera di un caposcuola del neocostituzionalismo: Gustavo Zagrebelsky.

Ora, pur non volendo svolgere opera di esegesi autentica del pensiero altrui, l'opera di Zagrebelsky non sembra che possa essere riduttivamente letta come manifestazione di una tendenza di tal genere. Con ciò non si vuole sostenere che dalle pagine di quest'autore non traspaia una riscoperta di alcune posizioni di stampo giusnaturalista, ma ciò non significa introdurre la morale tra le fonti del diritto. I valori di cui parla Zagrebelsky erano sì morali, in passato, ma ormai positivizzati in Costituzione¹⁵². Se di morale si vuole parlare, si tratta di

¹⁵¹ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., rispettivamente pp. 147 ss. e 91 ss.

¹⁵² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 155.

una morale positiva o convenzionale, ma non certo della morale individuale o universale¹⁵³. Si tratta cioè di standard morali positivizzati che lo stesso positivismo ottocentesco annoverava nel materiale giuridico di un ordinamento (come accadeva, ad es., con i concetti di "buona fede", "buon costume", ecc.). La positivizzazione di tali valori fa perdere loro l'assolutezza che li contraddistingue nel discorso morale e ne permette il reciproco bilanciamento e ponderazione.

Ciò che alcuni neocostituzionalisti mettono in luce è che tali valori pur positivizzati non possono essere trattati alla stregua delle altre regole giuridiche, ma hanno bisogno di un approccio - appunto di una metodologia - *diversa* rispetto a quella fatta propria dal positivismo (metodologico)¹⁵⁴.

Altrettanto si può dire con riferimento al ruolo assegnato agli operatori giuridici all'interno del modello neocostituzionalista. Vi è sì una loro valorizzazione, ancor più evidente se il ruolo loro riconosciuto dalle recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali è messo a confronto con quello proprio della mitologia positivista (*"la bouche qui prononce les paroles de la loi"*). Ciononostante non sembra si tratti di trasferire dai rappresentanti del popolo a istituzioni neutrali la funzione di indirizzo politico e, in particolare, quella di produzione normativa, ma in definitiva di bilanciare la libertà degli organi democraticamente eletti con la tutela di valori ampiamente condivisi per mezzo di poteri neutrali che agiscano secondo moduli

¹⁵³ Su questi concetti, cfr. *idem*, pp. 152-159.

¹⁵⁴ In particolare, Zagrebelsky sostiene che di fronte a questi valori costituzionali, il modo di argomentare diviene simile a quello proprio del diritto naturale: "lo stile, il modo di argomentare in "diritto costituzionale" assomiglia ... allo stile, al modo di argomentare in "diritto naturale"", G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 157.

procedimentali che assicurino imparzialità e partecipazione diretta degli interessati. Ciò che viene descritto e, allo stesso tempo, avanzato come proposta è che nello stato costituzionale non vi è più e non dovrebbe più esserci un unico "padrone del diritto", ma quest'ultimo è e dovrebbe essere il prodotto di una pluralità di soggetti che si appoggiano su principi di legittimazione differenziata¹⁵⁵.

Con tutta probabilità, l'impressione di una sopravvalutazione degli organi neutrali e tecnici nelle posizioni neocostituzionaliste deriva dalla circostanza che l'analisi e le tesi avanzate nell'ambito di questa corrente di pensiero si concentrano proprio sui circuiti diversi da quello classico elettorale-rappresentativo, forse anche come reazione alla loro passata sottovalutazione. In estrema sintesi, mentre sul circuito elettorale-rappresentativo c'è ormai poco da aggiungere alla riflessione giuridica e politica degli ultimi due secoli, quello del ruolo e del potere delle istituzioni neutrali è un terreno ancora poco esplorato. Questa maggiore attenzione per giudici, autorità indipendenti, centri di potere privato, in molti casi non postula o sottintende un rifiuto o limitazione degli organi democraticamente sostenuti, ma solo un loro bilanciamento e controllo ad opera di altri centri di potere proprio in base alla idea centrale del costituzionalismo garantista: *checks and balances*¹⁵⁶, principio che dal piano dello stato-apparato dovrebbe venire esteso a quel-

¹⁵⁵ In questo senso cfr., ad es., G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 208-213; A. PREDIERI, *L'erompere* cit., pp. 99 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale* cit., pp. 330 ss.

¹⁵⁶ Cfr. sopra nota n. 110. Detto in altri termini, "i due elementi fondamentali correlativi del costituzionalismo, per i quali tutti coloro che amano la libertà devono battersi, sono i limiti giuridici al potere arbitrario e una completa responsabilità politica del potere ... innanzi al popolo", Ch.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* cit., p. 167.

lo dello *politeia* e, dunque, applicato in riferimento a qualunque centro di potere di supremazia, indipendentemente dalla sua natura pubblica, privata o mista pubblico-privato.

Si potrebbe allora avanzare un'ipotesi ricostruttiva delle recenti tendenze neocostituzionaliste meno lineare di quella unitaria precedentemente richiamata, ma forse maggiormente esplicativa.

Anzitutto, è possibile convenire che il carattere qualificante del neocostituzionalismo consiste nel porre la Costituzione, e in particolare i valori in essa espressi, al centro del fenomeno giuridico, al fine di riportare coerenza¹⁵⁷ ad un sistema giuridico imploso¹⁵⁸, per mezzo di un metodo per certo diverso da quello positivista¹⁵⁹. All'interno di questa unitaria tendenza di molta della giuspubblicistica contemporanea è, però, possibile individuare almeno due diversi filoni: uno di matrice prettamente giusnaturalista; l'altro, con ogni probabilità, ascrivibile al positivismo giuridico e con caratteri schiettamente garantisti.

Il primo di questi filoni individua il diritto in base a criteri di validità/esistenza extragiuridici, riconducibili ad ideali di giustizia universali¹⁶⁰. Il modello ricostruttivo

¹⁵⁷ Utilizzando il termine "coerenza", non ci si riferisce alla semplice assenza di contraddizioni in un ordinamento, ma a qualcosa di più ampio concernente l'armonia dell'intero sistema. Si vuole cioè alludere all'idea di "coherence" secondo le tesi di D.N. MacCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford 1978, in part. cap. VII; più di recente ID., *Coherence in Legal Justification*, in AA.VV., *Theorie der Normen*, Berlin 1984, pp. 37 ss.

¹⁵⁸ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 107-108.

¹⁵⁹ In estrema sintesi, "occorre respingere l'idea della trattazione scientifica del diritto attuale alla stregua di una disciplina logico-formale", G. ZACREBELSKY, *Il diritto mite* cit., rispettivamente pp. 167.

¹⁶⁰ Possono, ad esempio, essere ricondotti a questo filone: H. HELLER, *Dottrina dello Stato*, Napoli 1988 (su cui, per quanto qua interessa, cfr. G.

richiamato all'inizio del presente paragrafo, se riferito a questo primo filone, ha una funzione "esplicativa" veramente efficace. Riesce, cioè, particolarmente utile a chiarire, nell'ambito di una visione generale, i singoli orientamenti ad esso ascrivibili.

Il secondo di questi filoni¹⁶¹, viceversa, pur ponendo la Costituzione e i suoi valori al centro del fenomeno giuridico ed esigendo un approccio a questo secondo una metodologia *diversa* da quella positivista, può forse essere qualificato come una concezione positiva del diritto – un tipo di "*sophisticated positivism*"¹⁶² – nel senso di "una concezione del diritto così come questo è in realtà, e non come dovrebbe essere secondo certi principi"¹⁶³. Esso cioè può essere qualificato come una dottrina positivistica "là

VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari 2000, 178 ss.; P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino 1999, pp. 81 ss.; M. LA TORRE, *Un giurista nel crepuscolo di Weimar* cit., pp. 241 ss.); A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit.; il "controllo di costituzionalità" svolto in funzione conservatrice dalla giurisprudenza comune sulla base dell'art. 109, I co., Costituzione di Weimar (sul punto, cfr. ampiamente G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 78 ss.). Questo primo filone è stato da alcuni studiato sotto il nome di "dottrina costituzionalistica di ispirazione giusnaturalista", cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., p. 31.

¹⁶¹ Sul quale cfr., ad es., L. PRIETO SANCHÍS, *Costituzionalismo e positivismo* cit., pp. 218 ss. A questo filone potrebbero essere ricondotti i seguenti orientamenti: la dottrina dell'interpretazione adeguatrice (sulla quale sia consentito rinviare a M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione* cit.); le posizioni dello Zagrebelsky contenute nelle opere citate sopra alla nota n. 137; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano 1988 (su questo autore, per i fini che qua interessano, cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 175 ss.); le tesi del Predieri contenute ad es. in A. PREDIERI, *L'erompere* cit.; ID., *Euro Poliarchie* cit. È probabilmente riconducibile a questo secondo filone il "costituzionalismo temperato" di Alexy, su cui cfr., ad es., G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., pp. 51 ss.

¹⁶² S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 125 ss.

¹⁶³ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori* cit., p. 120.

dove si adotti una versione ampia del positivismo giuridico, cioè quella versione per cui il diritto è prodotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani"¹⁶⁴.

È soprattutto a questo secondo filone cui sembra opportuno fare qualche ulteriore riferimento, tenuto conto soprattutto della sua maggiore rispondenza alle convinzioni garantiste e relativiste di chi scrive.

Non erano forse state proprio le idee settecentesche da cui si è poi sviluppato il positivismo giuridico a sostenere la positivizzazione (allora si trattava del fenomeno della "codificazione") del diritto e, in particolare, dei principi di diritto naturale? Come allora non ritenere espressione di questa medesima tendenza il neocostituzionalismo di matrice positivista per il quale "i principi stabiliti dalla Costituzione ... rappresentano il massimo atto di orgoglio del diritto positivo, in quanto costituiscono il tentativo di "positivizzare" quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani"¹⁶⁵?

Per questa seconda versione del neocostituzionalismo, il modello di chi per primo ha delineato questa dottrina¹⁶⁶ presenta proprio quegli inconvenienti che si sono poco sopra espressi e che lo rendono scarsamente utile in funzione esplicativa.

Sebbene questi due filoni abbiano in comune l'idea della centralità della Costituzione e una metodologia diversa da quella positivista, presentano poi dei caratteri

¹⁶⁴ *Idem*, pp. 129-130.

¹⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 155. In senso analogo, l'ex Presidente della Corte costituzionale ha di recente parlato di "processo di costituzionalizzazione dei diritti naturali, attuato attraverso la fissazione di principi e valori immodificabili", C. RUPERTO, *La legalità costituzionale* cit., pp. 3-4.

¹⁶⁶ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit.

profondamente diversi. L'uno che pone a fondamento di un sistema giuridico valori appartenenti ad una morale (che si pretende) universale, l'altro che li individua solo in quelli espressamente positivizzati nella Carta e vivificati dalla *juris prudentia*; l'uno che di conseguenza ammette l'interpretazione *contra legem*, l'altro che la nega; l'uno che vorrebbe il legislatore un mero esecutore della volontà costituzionale, vincolato alla sua puntuale attuazione, l'altro che riconosce comunque un'ampia libertà al Parlamento¹⁶⁷.

E ancora, quello di stampo giusnaturalista che, in caso di contrasto fra valori, riconosce la necessità della prevalenza di quello ritenuto fondamentale nel sistema morale di riferimento¹⁶⁸; quello di matrice positivista/garantista che, viceversa, sostiene che il contrasto vada risolto per mezzo di ponderazioni e bilanciamenti tra valori senza che l'uno possa prevalere, o comunque prevalere in modo assoluto¹⁶⁹ e in ogni analoga fattispecie in cui quei valori risultino in contrasto¹⁷⁰; il primo che, richiamando i principi di una morale (che si pretende) universale, tende a deresponsabilizzare l'interprete, il secondo che, imponendo un metodo razionale improntato alla trasparenza delle scelte politico-ideologiche di fondo dell'interprete, tende a renderlo pienamente responsabile delle proprie decisioni¹⁷¹.

¹⁶⁷ Ad es., cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 210-212.

¹⁶⁸ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 73-74.

¹⁶⁹ *Contra*, cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* cit., in part. pp. 7 e 22 ss.

¹⁷⁰ A questo proposito, sia sufficiente il generico riferimento alla giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento.

¹⁷¹ Il neocostituzionalismo, infatti, sostenendo l'impossibilità di un approccio avalutativo al diritto e, nella sua versione positivista, non riconoscendo l'esistenza di un valore "morale" prevalente, richiede all'interprete

La più rilevante differenza tra questi due filoni del neocostituzionalismo sembra riguardare l'interpretazione costituzionale e la Corte costituzionale. In particolare, è solo per quello di matrice positivista che le norme costituzionali non si differenzerebbero qualitativamente dalle altre norme e dunque anche la loro interpretazione dovrebbe svolgersi secondo i medesimi criteri tra i quali specialmente l'interpretazione adeguatrice. Infatti, i valori al centro delle tesi di questo filone del neocostituzionalismo sono standard sì morali ma ormai positivizzati; essi si riscontrano principalmente nella Costituzione "formale" ma non solo: la materia costituzionale può trovare disciplina anche in fonti diverse. Pertanto, a tutti coloro che entrano in relazione con il diritto (ad ogni "operatore giuridico") spetta il compito di "costituzionalizzare l'ordinamento"; l'altro filone, viceversa, rilevando la differente natura dei principi costituzionali rispetto alle altre norme giuridiche, sostiene l'esclusiva competenza di un "giudice" speciale, solo competente ad applicare ed attuare la Costituzione. La Corte costituzionale verrebbe, dunque, ad assumere una posizione del tutto preminente nell'ordinamento giuridico¹⁷².

di rendere assolutamente palesi le sue scelte di fondo in modo da poter controllare la razionalità delle sue decisioni. Sotto questo aspetto, l'interprete si trova in una posizione diametralmente opposta rispetto a quella che avrebbe se accogliesse un positivismo *a la* Kelsen: "se si sostiene che, all'interno di una determinata cerchia di possibilità interpretative, propendere per l'una o per l'altra soluzione è una semplice questione di gusto personale, la conseguenza immediata è quella di deresponsabilizzare l'interprete: egli non si preoccuperà più di tanto di quale scelta fare né, e direi tanto meno, avrà interesse a presentare agli altri interpreti argomenti a sostegno della propria scelta", A. SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino 1998, p. 249.

¹⁷² Lo Spadaro, ad es., parla di "una nozione di Costituzione fortemente "segnata" dal ruolo del principale organo di garanzia del "sistema": la

Una possibile obiezione a questo abbozzo del modello neocostituzionalista di matrice positivista, potrebbe rilevare la sua inutilità, in quanto, così delineato, esso potrebbe essere semplicemente ricondotto, da un lato, al costituzionalismo *tout court* e, dall'altro, al positivismo *tout court*. Tale obiezione, però, non terrebbe conto proprio di quegli elementi che in generale servono ad individuare il neocostituzionalismo: il porre la Costituzione, e in particolare i *valori* in essa espressi, al centro del fenomeno giuridico, al fine di riportare coerenza¹⁷³ ad un sistema giuridico imploso¹⁷⁴ ricorrendo ad un metodo di approccio al diritto per certo diverso da quello positivista.

3.2 – In particolare, il neocostituzionalismo positivista-garantista

Esaminando più in profondità il neocostituzionalismo di matrice garantista, il primo aspetto da considerare è la nozione che in esso viene data di Costituzione. Allo scopo è possibile prendere a prestito le suggestive parole del Predieri: lo "stato poliarchico o pluralista ... si connota e si articola in un testo costituzionale e in un ipertesto metaforico (in quanto non è necessario e di solito non c'è uno scritto che lo consolidi) che sta a monte. Questo ipertesto (uso la parola come metafora, perché a stretto rigore un testo non c'è) è il patto sociale su cui lo stato si fonda e sul quale determina i suoi valori fondamentali che possono riassumersi, per quanto riguarda l'Italia, l'Europa, il mondo occidentale, nella gestione dei conflit-

Corte costituzionale", A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., p. 39.

¹⁷³ Nel senso precisato sopra alla nota n. 157.

¹⁷⁴ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., pp. 107-108.

ti, nel rifiuto di un rovesciamento dell'ordine, nella complementarietà tra l'efficienza e l'equità, nell'assunzione di una funzione pubblica di promozione, emancipazione, di partecipazione e di sviluppo individuale e collettivo, nel miglioramento della qualità della vita, come obiettivi e insieme parametri quando vadano ponderati interessi, ma anche i valori stessi¹⁷⁵.

Per il neocostituzionalismo, dunque, la Costituzione che è posta al centro del fenomeno giuridico non è solo quella contenuta in un documento scritto e garantito da un particolare procedimento di revisione, ma anche (soprattutto) un insieme di regole e valori ampiamente condivisi, talvolta scritti in documenti normativi, anche di grado gerarchico inferiore, talvolta addirittura contenuti in fonti fatto (consuetudini costituzionali), che si caratterizzano per la loro assoluta irrevocabilità¹⁷⁶. La loro superiorità non dipende tanto dalla gerarchia formale¹⁷⁷, cioè dalla positiva fissazione da parte di una fonte superiore di criteri di validità relativamente a fonti subordinate, ma da quella assiologica, che si realizza quando si tratta "una norma (o la sua disposizione, o la

¹⁷⁵ A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., p. 187.

¹⁷⁶ Sebbene si muova in una prospettiva giusnaturalista, anche lo Spadaro ritiene necessario per il giurista, che si occupa della Costituzione, di valutare quantomeno tre suoi profili: quello della Costituzione formale/vigente, quello della costituzione ideale/materiale e quello della costituzione reale/vigente. Cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., pp. 33 ss.

¹⁷⁷ Su questi concetti cfr. ampiamente G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, pp. 318 ss.; R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., par. 1; ID., *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, in , 1992, pp. 192 ss.; A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in "Riv. trim. dir. pubbl.", 1981, pp. 11 ss.; ID., *Delle fonti del diritto. Artt. 1-9*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna - Roma 1977, pp. 103 ss.

sua fonte) come "fondamento" di altre norme¹⁷⁸. La superiorità assiologica dei valori e delle regole costituzionali, in parte, deriva dalla superiorità gerarchica del documento in cui tali norme sono spesso contenute¹⁷⁹, in parte, è fissata dal diritto positivo¹⁸⁰ e, soprattutto, è istituita dallo stesso interprete¹⁸¹.

Si spiegherebbe allora come sia stato possibile sostenere l'esistenza di principi costituzionali fondamentali non modificabili dal legislatore costituzionale (limiti taciti o assoluti alla revisione)¹⁸². Se infatti la superiorità gerarchica dei valori costituzionali dipendesse (solo) dalla forma da essi rivestita, non si potrebbe non convenire che la loro sorte sia legata a doppio filo con quella

¹⁷⁸ R. GUASTINI, *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, cit., p. 194; ID., *Gerarchie normative*, cit., par. 3(4). Altri utilizzano l'espressione "gerarchia strutturale" o "strumentale": G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 504-505; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Artt. 1-9*, cit., pp. 7 ss. Sul punto cfr. anche A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., pp. 247 ss.

¹⁷⁹ "La superiorità dei principi costituzionali rispetto alle regole legislative dipende dalla loro posizione nella gerarchia delle fonti", E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge* cit., p. 428. Il Guastini ritiene che "talora le gerarchie assiologiche si riflettono in altrettante gerarchie materiali", R. GUASTINI, *Gerarchie normative*, cit., par. 3(4).

¹⁸⁰ Così, con riferimento all'art. 54 Cost., G. ZAGREBELSKY, *Appunti* cit., p. 916. In senso analogo si è espressa la Cassazione: il "limite della soggezione alla Costituzione non è espresso nell'art. 113, comma 2, c.c., perché già derivante in via generale dalla stessa Costituzione (artt. 54 e 101 Cost.), nonché dal principio di gerarchia delle fonti", Cass. civ., Sez. Un., 15 ottobre 1999, n. 716, par. 2.8, diritto.

¹⁸¹ Che la gerarchia assiologia sia prevalentemente opera dello stesso interprete, è sostenuto, ad es., da R. GUASTINI, *L'illegittimità delle disposizioni e delle norme*, cit., p. 194. Per una parziale critica di questa tesi si veda A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza*, cit., pp. 254 ss. Quest'ultimo autore ritiene che l'interprete sia condizionato dalla "ideologia oggettivatasi nella normativa costituzionale di valore" (ivi, p. 254).

¹⁸² Cfr. sopra nota n. 6.

del testo in cui sono contenuti e, in particolare, alla resistenza passiva di cui esso è dotato¹⁸³. Il punto è che la superiorità gerarchica di questi valori - e in parte la loro stessa precettività giuridica - potrebbe, in realtà, dipendere non solo dalla volontà del legislatore, concretizzata in un documento scritto, ma (anche e soprattutto) dalla comunità sociale e, anzitutto, da quella scientifica e degli operatori giuridici nel loro complesso. Ciò non sembra comportare il carattere pre-giuridico (o pre-positivo, che dir si voglia)¹⁸⁴ di tali valori e, dunque, l'accettazione di una qualche forma di giusnaturalismo, ma solo il rilievo che il diritto (positivo) è prodotto da una pluralità di soggetti, di cui fa parte anche il legislatore il quale, però, non li esaurisce. Ciò non sembra comportare neppure che si debba ammettere l'esistenza di un potere giuridico costituente a carattere permanente¹⁸⁵, anzi uno dei fenomeni da cui partono le recenti tendenze neocostituzionaliste è la constatazione della disgregazione dell'unità statale, anche nel suo aspetto originario di potere costituente¹⁸⁶.

La Costituzione a cui fanno riferimento le recenti tendenze neocostituzionalistiche, dunque, può essere contenuta in un documento scritto, ma non si esaurisce mai in questo, nel senso che in esso deve necessariamente trovare un appiglio testuale, ma la vaghezza degli enunciati che caratterizzano le disposizioni costituzionali contemporanee permettono una loro integrazione ad opera di tutti gli operatori giuridici, in via interpretativa o consuetudinaria. Pertanto anche un paese come il Regno Unito

¹⁸³ Cfr. molto chiaramente A. PACE, *Potere costituente* cit., pp. 127 ss.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 131.

¹⁸⁵ Sul punto cfr. *Idem*, pp. 105 ss.

¹⁸⁶ Cfr. sopra par. 2.1.

potrebbe condividere una nozione di Costituzione di questo genere¹⁸⁷, essendo difficilmente ipotizzabile uno *statute* diretto ad alterare il *rule of law*¹⁸⁸. Essa, nel suo nucleo, è sempre rigida - anzi "pietrificata"¹⁸⁹ - e garantita, non tanto da un procedimento di revisione o da un organo di giustizia costituzionale, quanto dall'insieme degli operatori giuridici e, in particolare, dagli equilibri dinamici che tra loro si instaurano.

Riprendendo lo spunto del Predieri dal quale si era partiti, la Costituzione rappresenterebbe un limite (giuridico) invalicabile nella sua parte di "ipertesto metaforico" - una sua trasformazione porterebbe ad un'entità in alcun modo paragonabile alla precedente¹⁹⁰ -, e una parte che, pur formalmente rigida, è suscettibile di essere progressivamente modificata secondo i processi in essa indicati ed integrata tramite interpretazione e consuetudini. Non sembra che si tratti della pura e semplice riproposizione della tesi mortatiana della costituzione in senso materiale, sia perché nel neocostituzionalismo manca l'idea di differenziazione - tra vincitori e vinti, tra partiti di maggioranza e di opposizione, tra classe governante e governata - che costituisce la *condicio sine qua non* dell'i-

¹⁸⁷ In senso parzialmente analogo, ad es., N. MATTEUCCI, *Introduzione*, in C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* cit., pp. 14-17. Contra, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 162.

¹⁸⁸ Cfr., ad es., G. GROTANELLI DE' SANTI, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei: Gran Bretagna*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* cit., vol. II, pp. 1251-1253.

¹⁸⁹ A. PACE, *Potere costituente* cit., p. 71.

¹⁹⁰ Sull'instaurazione di un nuovo ordinamento giuridico, cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, I, Milano 1950, pp. 107 ss.; A. PACE, *Potere costituente* cit., pp. 97 ss.

del Mortati¹⁹¹, sia perché la costituzione materiale ra postulare una preminenza della politica rispetto al diritto¹⁹² laddove il neocostituzionalismo sembra invece avere la priorità del fenomeno giuridico rispetto a quello politico, sia infine per l'assenza - nelle recenti tendenze giuspubblicistiche - a rincorrere il mito dell'unità del diritto, il quale invece sembra caratterizzare la tesi mortatiana¹⁹³.

La Costituzione, nel senso specificato, costituisce il fondamento dell'ordinamento giuridico, nel senso che i principi in essa contenuti sono utilizzati per ricomporre la frammentazione che caratterizza i sistemi giuridici contemporanei. Questo compito spetta a tutti gli operatori¹⁹⁴ non al solo legislatore, o legislatore costituzionale, ed anzi mira la coerenza¹⁹⁵ - non unità¹⁹⁶ - tra le norme e le istituzioni che compongono l'ordinamento¹⁹⁷. Carattere delle recenti tendenze neocostituzionaliste è la consape-

¹⁹¹ G. ZACREBELSKY, *Premessa*, in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* cit., pp. XXIX-XXXI.

¹⁹² P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit., pp. 130.

¹⁹³ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* cit., ad es., pp. 74-79 ss.; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 119 ss.

¹⁹⁴ Sul fondamentale ruolo svolto, ad es., dalla dottrina nella ricostruzione di *coherence* nell'ambito di ciascun sistema giuridico, o più semplicemente sull'opera di creazione di un sistema giuridico coerente, cfr. D.N. MACCORMICK, *The ideal and the Actual of Law and Society*, in J. TASIIOULAS (ed.), *Law, values and social practices*, Aldershot 1997; Z. BANKOWSKI, D.N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, J. WROBLEWSKI, *On Method and Methodology*, in D.N. MACCORMICK - R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting statutes: A comparative Study*, Aldershot 1991.

¹⁹⁵ Cfr. sopra nota n. 157.

¹⁹⁶ Cfr., ad es., S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale* cit., pp. 329 ss.

¹⁹⁷ Sul concetto di coerenza dell'ordinamento nel suo complesso, cfr., ad es., D.N. MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford 1978, art. cap. VII; più di recente ID., *Coherence in Legal Justification*, in ID., *Theorie der Normen*, Berlin 1984, pp. 37 ss.

volezza della impraticabilità, da un lato, e dell'inopportunità, dall'altro, di ridurre ad unità la complessità contemporanea. Ciò che perseguono è appunto la coerenza, la ragionevolezza di questi insiemi e non il mito di un unico principio ordinatore il quale si porrebbe in contrasto con il pluralismo che qualifica i sistemi giuridici contemporanei¹⁹⁸.

Questa tendenza ad abbandonare ogni velleità unificatrice, a livello sociale, istituzionale o normativo, per dirigersi verso la ricerca di coerenza del sistema giuridico, da alcuni autori è stata letta anche come un abbandono dell'assolutismo giuridico che caratterizzava lo stato di diritto legislativo¹⁹⁹. In particolare, per superamento dell'"assolutismo" si è inteso il venir meno dell'accentramento della produzione normativa - e dunque del potere politico - nelle mani di un unico ente e la dispersione di questo potere tra una pluralità di soggetti, pubblici e privati. In questa ottica, ogni centro di potere normativo, ogni istituzione pubblica e privata²⁰⁰ tende a trasformarsi nel centro di insiemi che si intersecano tra di loro, nessuno dei quali, però, in grado di comprendere interamente tutti gli altri. Ve ne sono sì alcuni che inglobano una gran-

¹⁹⁸ Sempre prendendo a prestito le parole del Predieri, "poliarchia significa, come dice in modo felice Mireille Delmas Marty, pensare il multiplo senza ridurlo. Né, aggiungo io, scomporlo", A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., p. 36.

¹⁹⁹ Cfr., in part., P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; ID., *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 20 e 154; ID., *Pagina introduttiva* cit. In senso parzialmente analogo, cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 68-69; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo* cit., pp. 218-219; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 221-222.

²⁰⁰ Non è un caso che molte di queste recenti tendenze si muovano nell'ambito del (neo) istituzionalismo, sul quale, di recente, cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori* cit., pp. 119 ss.

de parte degli altri insiemi, ma non arrivano mai a comprenderli nella loro interezza²⁰¹.

Secondo la visione neocostituzionalista, la disgregazione della società e l'assoluta ingovernabilità del sistema che potrebbe derivare dai fenomeni di frammentazione del potere e di moltiplicazione dei centri da cui esso si irradia verrebbero impediti ponendo una molteplicità di valori costituzionali condivisi come punti cardinali entro i quali ciascun sistema deve muoversi e che tracciano solo i confini invalicabili all'interno dei quali sono ammesse molteplici possibilità di implementazione²⁰². Ne conseguirebbe che "tutto tende a diventare centro[;] non vi è: "mezzo né circonferenza, ma se vuoi, in tutto è mezzo ed in ogni punto si può prendere parte di qualche circonferenza a rispetto di qualche altro mezzo e centro". Non c'è centro, perché il centro altro non è se non i valori dominanti. "La perdita di centro diviene il nuovo mito della coscienza contemporanea", che sostituisce il mito di uno stato centrale sovrano, ma anche quello di un'agorà ... Tutto diventa interconnesso, tutto si intreccia, tutto è centro e periferia, con le implicazioni sul rapporto tradizionalmente simmetrico egemonia-subordinazione, che viene negato tanto nella negoziazione ... quanto nella giuridicizzazione della protesta"²⁰³.

Nella visione neocostituzionalista, la coerenza²⁰⁴ non sembra essere un dato anteriore alla società e che trova la sua puntuale disciplina nella Costituzione, ma risulta

²⁰¹ Questa immagine è in parte mutuata da A. PREDIERI, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari* cit., in part. p. 112.

²⁰² P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit., p. 155.

²⁰³ A. PREDIERI, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari* cit., p. 112.

²⁰⁴ Cfr. sopra nota n. 157.

prodotta dall'opera di tutti i soggetti dell'ordinamento²⁰⁵ che utilizzano i punti cardinali tracciati nella Costituzione per creare appunto quell'ordine²⁰⁶.

La Costituzione costituirebbe il quadro di riferimento cui ricondurre la complessità normativa, istituzionale e sociale del tempo presente, per mezzo dell'opera di *tutti* gli operatori giuridici²⁰⁷ chiamati a portare coerenza alla realtà, partendo proprio da essa e ricorrendo a schemi *razionali* flessibili che evitino di far prevalere una visione del mondo rispetto ad un'altra²⁰⁸. La coerenza del sistema sarebbe dunque ricostruita *a posteriori* dal materiale esistente²⁰⁹ e non è più data *a priori* in base

²⁰⁵ Cfr. sopra nota n. 194.

²⁰⁶ Cfr. ad es. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., pp. 163, 167-168, e in gen. cap. VII.

²⁰⁷ Dunque, non solo il giudice costituzionale, o più in generale i giudici comuni, ma ogni soggetto che si trovi ad operare con il diritto, sia esso un attore istituzionale (legislatore, pubblica amministrazione, giudici, autorità indipendenti, ecc.) sia esso un soggetto privato (avvocato, consulente, dogmatico e teorico del diritto, commentatore, cittadino, ecc.). Anche sotto questo profilo, il neocostituzionalismo sembra riprendere uno degli aspetti più brillanti della costruzione medievale: l'ordinamento giuridico scaturisce dalla realtà rielaborata da tutti gli attori sociali (commercianti, giurisperiti, corporazioni, l'imperatore, ecc.) e non da un unico centro di potere (il Sovrano). Sul ruolo dei giuristi in genere nella creazione di un ordinamento giuridico, cfr. ad es. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967. Con specifico riferimento alle convenzioni costituzionali, cfr. G.U. RESCIGNO, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in "Pol. dir." 1997, pp. 520 ss.

²⁰⁸ Si pensi, in particolare, al ruolo della ragionevolezza. Su cui di recente cfr. F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in "Rivista di Storia del Diritto Italiano" 2002, in corso di pubblicazione.

²⁰⁹ "Il "sistema" non è ma si fa, poggiando su innumerevoli punti di equilibrio segnati dalla mano degli operatori politico-istituzionali prima, del giudice (se del caso) poi" (enfasi dell'autore), A. RUGGERI, *Sistema delle fonti, ordinamento pluralista, garanzie costituzionali*, in A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. II. Studi degli anni 1992/95*, Torino 1996, p. 242.

a qualche ordine trascendente²¹⁰, sia esso posto da un vero e proprio Dio oppure da uomini (il Sovrano) o enti (lo Stato) divinizzati²¹¹.

Il sistema sarebbe dunque costantemente costruito e aggiornato da diversi soggetti, pubblici e privati, nessuno dei quali in grado di incarnare un principio unificatore. Ciò che permetterebbe a tutte queste istituzioni di tendere ininterrottamente verso un *ordo*²¹² è il substrato in cui esse si muovono: il diritto, "prodotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani"²¹³ e il metodo razionale per la sua "conoscenza" ed applicazione. Si tratta forse della rivincita della *rule of law*²¹⁴ nei paesi a diritto codificato, in quegli ordinamenti cioè in cui il diritto era servito (anche) per imporre la volontà - il comando

²¹⁰ In questo senso invece sembrerebbe orientato l'intervento di C. RUPERTO, *La legalità costituzionale* cit., p. 2.

²¹¹ Anche quella sviluppata dal positivismo sembra più simile ad una "teologia morale" che ad una scienza: "davanti al teologo come davanti al giurista giuspositivista non è un'esperienza assiologicamente indifferenziata, da organizzare in un sistema di spiegazioni e di previsioni; è un'esperienza da cui emerge e su cui sovrasta un insieme di norme istituite da una volontà superna; c'è questo insieme di norme al di sopra, e gli eventi prendono un posto nella trama delle norme e ricevono dal rapporto con le norme un valore. ... Sennonché il teologo studia (o crede di studiare) le norme stabilite da una volontà eterna ed immutabile; mentre il giurista giuspositivista dedica le sue fatiche a norme poste, ahimè, dalla volontà di esseri umani, mutevole, effimera, soggetta alle rapide ingiurie del tempo", U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit., p. 92.

²¹² Si usa l'espressione latina come sinonimo di sistema, ordinamento. Il termine italiano "ordine" non rende appieno questa idea, richiamando alla mente sia un qualche senso di cogenza che di compiutezza. Diversamente, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 13-15.

²¹³ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori* cit., p. 130.

²¹⁴ Per la differenza tra *rule of law* e "principio di legalità" ("stato di diritto") così come inteso nell'Europa continentale, cfr., ad es., G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico* cit., vol. I, pp. 43 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto* cit., pp. 24-28.

del sovrano, appunto - dei gruppi che di volta in volta salivano al potere²¹⁵ e si era identificato con la legge del Parlamento²¹⁶.

Viceversa, nella valorizzazione del ruolo di ciascun operatore giuridico - e più in generale di ciascun soggetto dell'ordinamento - che viene fatta dal neocostituzionalismo garantista si può forse scorgere proprio quell'insieme di idee che stanno alla base della *rule of law* e che permeano di sé l'illuminismo giuridico²¹⁷: la preesistenza del diritto rispetto alla forza e alla politica e l'obbligo di queste di sottoporvisi. Nel neocostituzionalismo di matrice positivista, il diritto, che preesiste al fenomeno politico e più in generale al potere, non è un preteso diritto "naturale" individuabile tramite l'uso della ragione umana, come per l'illuminismo giuridico, bensì un insieme di valori e di regole che gli uomini hanno, dopo sanguinose lotte, posto alla base dei loro rapporti.

Forse, la differenza tra l'illuminismo giuridico e questo tipo di neocostituzionalismo si regge semplicemente su di una contingenza storica: alla fine del Settecento i diritti e i principi promossi dalla dottrina non erano stati ancora positivizzati e pertanto si rendeva necessario ricorrere ad un mitologico diritto naturale in cui si pretendeva che essi stessero scritti; al giorno d'oggi invece quei valori e principi sono stati codificati a livello nazionale, sovranazionale e internazionale e non vi è più la necessità di andarli a ricercare in un qualcosa di diverso

²¹⁵ Cfr., ad es., G. AMATO, *Forme di stato e forme di governo* cit., pp. 43-44; P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità* cit.

²¹⁶ Su questi concetti, cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., cap. II.

²¹⁷ Su cui cfr., ad es., G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1992, pp. 223 ss.

dal diritto prodotto dagli uomini. Ciò che oggi sembra rendersi necessario è, viceversa, il loro mantenimento nonché il costante perfezionamento e arricchimento dei cataloghi in cui essi sono contenuti.

Nella valorizzazione di ciascun operatore giuridico si può poi ravvisare una fortissima valenza democratica. Non si tratta della democrazia assolutizzante à la Rousseau: non si chiede infatti ai cittadini di distogliersi dalla cura dei propri interessi per dedicarsi alla gestione di una invasiva *res publica*. Viceversa ogni soggetto, proprio continuando a coltivare i suoi interessi e valori²¹⁸, può far emergere, tramite lo scontro e l'incontro con gli interessi e i valori altrui, un ordine che non sarà mai definitivo ma destinato a perfezionarsi continuamente²¹⁹.

S'è già notato il rilievo che, tra tutti gli operatori giuridici, assumono gli organi neutrali, ed in particolare quelli giurisdizionali²²⁰, cioè quegli organi che agiscono secondo modelli di legittimazione razionale²²¹: giudici, autorità indipendenti, poteri "neutrali", ecc.

²¹⁸ A tale proposito, lungi dal riecheggiare la tesi, per molti versi utopica, della "mano invisibile" di Adamo Smith, sia sufficiente il rinvio alla lettera n. 51 di Publius/Medison, *The Federalist Papers*, che "contiene l'enunciazione netta e lucida di come il contrasto con gli interessi possa essere utilizzato come un sistema di regole per ottenere l'interesse generale" (A. PREDIERI, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari* cit., p. 116). Sulle dottrine che in vario modo nel corso del '900 hanno sostenuto tesi per alcuni versi analoghe, cfr. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento* cit., pp. 214-237.

²¹⁹ In ciò si potrebbe notare un'altra vistosa differenza con la teoria smendiana dell'integrazione in base alla quale "la tendenza all'integrazione è propria non di chiunque, ma del cittadino consapevole, di quello che si cura del suo essere spirituale e in questo ambito cerca il suo perfezionamento", G. ZACREBELSKY, *Introduzione*, in R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* cit., p. 15.

²²⁰ Cfr. sopra par. 3.1.

²²¹ Che la legittimazione dei poteri "neutrali" nello stato costituzionale si fondi proprio sull'esercizio della razionalità, è riconosciuto, ad es., da L. PRIETO SANCHÍS, *Costituzionalismo e positivismo* cit., pp. 212-215, in par. p. 214.

Proprio la razionalità dell'agire secondo lo scopo²²² sembra essere un tratto caratterizzante del metodo neocostituzionale, almeno nella sua versione positivista, ed è forse quella che potrebbe costituire un modello alternativo di legittimazione del potere il quale, se sapientemente bilanciato con le istanze democratiche, potrebbe garantire un equilibrio benefico per le libertà individuali.

Se pare corretto ritenere che "tra democrazia e costituzione ... sembra esservi tensione"²²³, allora la principale aspirazione degli ordinamenti contemporanei dovrebbe consistere nel perseguire "un giusto equilibrio tra il principio democratico, valorizzato in costituzione attraverso gli istituti della democrazia politica, ... e l'idea, insita in tutta la tradizione costituzionalistica, dei *limiti della politica*, da fissare mediante forza normativa della costituzione, e in particolare attraverso il controllo di costituzionalità" (enfasi dell'autore)²²⁴.

Proprio questa tensione potrebbe essere favorevole allo sviluppo delle libertà individuali. Infatti, solo a patto che nessuno dei due principi di legittimazione del potere - la democrazia e la razionalità dell'agire - prevalga, sarebbe possibile evitare i gravissimi pericoli di degenerazione cui essi possono andare incontro. Sotto questo profilo, il neocostituzionalismo non sembra fare altro che sviluppa-

²²² Cfr. infra nota n. 251.

²²³ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 93. Su tale "tensione" cfr., di recente, J. TULLY, *The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy*, in "The Modern Law Rev." 2002, pp. 204 ss.; R.E. BARKOW, *More Supreme than Court? The fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in "Columbia Law Rev." 2002, pp. 237 ss.; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., pp. 85 ss.; L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale* cit., pp. 199 ss.

²²⁴ M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna 1999, p. 161.

re uno dei cardini del costituzionalismo ottocentesco: la divisione dei poteri nella sua accezione continentale di reciproci controlli e bilanciamenti. In questo senso si è sostenuto che "se alcuni esprimono allarme per la concorrenza fra apparati giudiziari e organi rappresentativi nella formulazione delle direttive relative al mutamento giuridico, occorre pur riconoscere che la relativa "autonomia" della sfera della politica dell'interpretazione giudiziaria (e, segnatamente, della giurisprudenza costituzionale) stempera la cultura – politica e giuridica – dominante, a salvaguardia dei principi fondamentali dell'organizzazione sociale. Contrappeso, dunque, rispetto alle spinte per un "sistema lineare"²²⁵.

In questa prospettiva, pertanto, sembrerebbe un errore richiedere di rendere più "democratici" i poteri neutrali. La loro essenza e soprattutto la loro funzione di limitazione del potere non potrebbe essere più salvaguardata se questa richiesta venisse accolta. Il loro potere, infatti, "è contropotere in forza del suo peso e della sua diversa legittimazione, che dispiega la sua virtualità in un momento in cui abbiamo visto l'incremento del potere giudiziario che diventa amministratore e legislatore, che risponde a domande della società, in cui il circuito non elettivo formula domande al potere giudiziario, che, del pari, non è elettivo, privilegiando un momento non elettivo, al quale vengono contrapposti la partecipazione nel procedimento, la professionalità del decisore, il suo non essere di estrazione partitica, la sua non responsabilità verso il governo (ma, caso mai, come autoresponsabilità di coscienza, di etica, di professionalità, verso la comunità). Autorità amministrative indipendenti e giudici sem-

²²⁵ M. MIDIRI, *La Corte, la politica, i giudici (il dilemma di Ambrosini)*, in "Pol. dir." 2001, p. 460.

brano avvicinarsi di più a queste esigenze, alle quali si conformano²²⁶.

Peraltro, quanto affermato con specifico riferimento alla razionalità rispetto allo scopo, che per il neocostituzionalismo dovrebbe essere posta a fondamento dell'agire di ogni operatore giuridico, potrebbe far pensare che esso sostenga l'identità tra realtà e razionalità e l'interpretazione della storia come un piano provvidenziale in continuo compiersi²²⁷, o peggio ancora che esso ritenga che l'attuale sia il migliore dei mondi possibili²²⁸. Invero, da un lato, come si è notato nel par. 2.2, il neocostituzionalismo prende origine proprio dall'idea del *bad man* e dalla sfiducia nella storia e, dall'altro, rimette ad una pluralità di soggetti, anziché ad uno solo (il Sovrano, chiunque esso sia), la costruzione di un *ordo* che non esiste nelle cose ma è il prodotto delle azioni, talvolta inconsapevoli, degli uomini. La minaccia alle libertà dell'uomo è appunto resa meno probabile proprio dalla pluralità di fonti normative e dei centri di potere i quali svolgono anche la funzione di contrappesi reciproci.

In questo senso il neocostituzionalismo si inserisce a pieno titolo nel filone garantista²²⁹ del costituzionalismo

²²⁶ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., p. 58. Su questo aspetto del pensiero dell'autore, cfr. G. AMATO, *La funzione di governo* oggi cit.

²²⁷ Si tratta come noto di alcune delle tesi sostenute da G.W.F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia* (Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 1837), Firenze 1963, in part. vol. I, La razionalità della storia.

²²⁸ "Pangloss insegnava la metafisico-teologo-cosmologo-scempiologia. Egli dimostrava mirabilmente che non c'è effetto senza causa ... essendo tutto quanto creato in vista di un fine, tutto e necessariamente inteso al fine migliore. ... Ne consegue che coloro i quali hanno affermato che tutto va bene, han detto una castroneria. Bisognava dire che meglio di così non potrebbe andare", F.M. AROUET (VOLTAIRE), *Candido* (Candide, 1759), Milano 1981, pp. 3-4.

²²⁹ Con il termine "garantismo" si allude ad una filosofia politica "che richiede al diritto e allo stato l'onere della giustificazione esterna sulla base

dei secoli precedenti in quanto si propone, da un lato, di superare i limiti dell'assolutismo giuridico dello stato di diritto legislativo²³⁰ e, dall'altro, di evitare il ritorno ad un nuovo medioevo in cui domini un unico sistema di valori, sia esso di impronta religiosa o economica o scientifica o di altra natura. Una valorizzazione, dunque, del pluralismo (sociale, istituzionale e normativo), che viene sviluppato anche per fondare una serie di controlli e bilanciamenti tra diversi centri di potere non più circoscritti alla sola compagine dello stato-apparato.

L'unità cui in passato si tentava di ricondurre i fenomeni sociali, istituzionali e normativi permetteva di rendere molto più semplice e lineare il perseguimento della tutela delle libertà individuali, era infatti sufficiente operare su di un solo centro di potere nell'ambito di un unico sistema giuridicamente rilevante (lo stato-apparato). Tale semplicità, però, poteva essere sfruttata - come in effetti è avvenuto nel secolo scorso - proprio per perseguire progetti di società profondamente illiberali. Il porre, viceversa, l'accento sulla complessità e sul pluralismo, nel senso sopra accennato, costituisce sì un'operazione ben più dif-

dei beni e degli interessi alla cui tutela e garanzia essi sono finalizzati", cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Torino 1989, p. 893 ss. In particolare, "il sostantivo "garantismo" deriva da "garanzia". Nel linguaggio moderno, "garanzia" (e i vocaboli corrispondenti nelle altre lingue) designa il sostegno, il supporto, il riparo, la difesa, la tutela di qualcosa. Nel lessico politico, quando si parla di garanzia, e di garantismo, si intende indicare i sostegni, supporti, ripari, difese, tutele che accedono ad un bene specifico, e questo bene specifico è costituito da posizioni degli individui nella società politica, cioè dalle libertà individuali. Quando si parla di garantismo, si parla di difesa e sostegno delle libertà individuali", G. TARELLO, *Due volti del garantismo: difesa delle libertà e conservazione degli assetti economici*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna 1989, p. 345.

²³⁰ Cfr. retro nota n. 199.

ficile, ma sarebbe probabilmente in grado di garantire in modo più stabile il fine della tutela delle libertà individuali. L'equilibrio del sistema si caratterizzerebbe per la sua dinamicità e deriverebbe dal controllo reciproco e dal bilanciamento tra gruppi, istituzioni e valori, nessuno dei quali legittimato ad imporsi in via definitiva sugli altri.

Il perseguimento di questo equilibrio non sarebbe prodotto dalla ricerca di una pretesa razionalità nella realtà - come accadeva per l'*ordo* giuridico medioevale²³¹ - o dallo stato - inteso come struttura fortemente razionalizzata e regolata dall'esterno, secondo il modello europeo continentale degli ultimi due secoli²³² -, ma dall'autoregolazione e in particolare dall'azione ragionevole di tutti gli operatori giuridici secondo le loro rispettive responsabilità seguendo i punti cardinali fissati dai valori costituzionali positivi.

Si capisce, allora, perché le metafore maggiormente sfruttate nelle recenti tendenze che si agitano nel diritto pubblico e, in particolare, nello studio del diritto pubblico dell'economia - angolo visuale privilegiato per cercare di comprendere la complessità del presente - siano quelle della "rete"²³³, del "*network*"²³⁴, della "ragnatela"²³⁵, cioè la configurazione dell'ordinamento come un sistema reticolare, composto da più ordini o subsistemi interconnessi tra loro²³⁶. Si è giunti così a parlare di "Costituzione reti-

²³¹ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale* cit.

²³² Cfr. P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit., in part. pp. 33 ss.

²³³ Cfr. ad es. A. PREDIERI, *Euro Poliarchie* cit., in part. pp. 140 ss.

²³⁴ Cfr., ad es., M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Oxford 1996.

²³⁵ A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., pp. 144 e 147 ss.

²³⁶ Per indicazioni bibliografiche, cfr. F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo* cit., p. 97, nota n. 166, cui adde S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., pp. 17, 21, 35, 65, 131.

colare²³⁷ in quanto “gli ordinamenti democratico-pluralisti non hanno una base, né un vertice. L’immagine che li esprime non è quella della piramide, dritta o rovesciata che sia, ma quella della rete. L’idea dei processi decisionali democratico-pluralisti è resa non dalla metafora dell’orologio o della bilancia ..., ma da quella della rete: l’immagine cioè di una struttura che si compone di tanti nodi, che integrati fra loro, ciascuno per la sua parte, concorrono alla formazione delle decisioni del sistema. Il sistema è reticolare, è l’organizzazione dei molteplici nodi che dialogano e interagiscono tra loro. E’ una rete interattiva, l’influenza reciproca tra i nodi genera decisioni di tutto il sistema”²³⁸.

Sembra, però, che la metafora dell’arcipelago sia quella più adatta a rendere l’idea di Costituzione secondo le recenti tendenze neocostituzionaliste: “la metafora dell’arcipelago ... ha il merito di aver posto in piena luce la complessità della società e dello stato e l’abbandono dell’illusione algoritmica ... così come dell’irraggiungibile unità della società di massa e la convinzione che del ritorno alla navigazione fra le isole, alla cibernetica nel senso etimologico di pilotaggio, non ignorando che ad di là dell’arcipelago c’è il pelago ignoto, il mare aperto del nuovo mondo in cui tutto è da capire e le estrapolazioni del passato possono servire sino ad un certo punto, anzi poco”²³⁹.

La Costituzione italiana del 1948, forse proprio per la sua origine di patteggiamento tra diversi e talvolta

²³⁷ In particolare, cfr. P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit.; O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in R. NANIA e P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I vol., Torino 2001.

²³⁸ P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit., p. 99.

²³⁹ A. PREDIERI, *L'erompere* cit., pp. 122-123.

opposti progetti di società, si presta probabilmente ad una lettura di questo tipo. I molteplici valori in essa espressi, riconducibili a una pluralità di distinte ideologie, non imporrebbero una scelta politica precisa - l'idea di un ipotetico Sovrano che pretende la sua realizzazione come unico progetto legittimo di società - bensì "vanno concretizzati, resi capaci di regolamentazione, vanno quindi sviluppati, implementati (riempiti)"²⁴⁰.

Questo compito, come sostenuto in molteplici occasioni dalle supreme magistrature, s'imporrebbe a tutti i livelli, legislativo, esecutivo, giurisdizionale e più in generale a livello interpretativo/applicativo, in quanto "i precetti costituzionali si pongono ... rispetto la legge ordinaria non solo come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità"²⁴¹, costituendo dunque obbligo per qualunque interprete quello di fornire una lettura delle disposizioni normative in conformità ai precetti costituzionali, "essendo l'interprete tenuto ad una esegesi costituzionalmente corretta della norma denunciata"²⁴².

Nella dottrina neocostituzionalista diviene dunque centrale il metodo degli operatori giuridici²⁴³ in quanto, se

²⁴⁰ P. PINNA, *La Costituzione e la giustizia costituzionale* cit., p. 155.

²⁴¹ Corte costituzionale, sent. 440/00, par. 4, considerato in diritto.

²⁴² Corte costituzionale, sent. n. 387/99, par. 9, considerato in diritto.

Si riferisce genericamente agli "interpreti" anche la sent. n. 65/99, par. 8, considerato in diritto. In senso ancor più generale si esprime la Cassazione facendo riferimento alla figura dell'"operatore giuridico": "di fronte ad una molteplicità di letture della disposizione legislativa, fra diverse norme che se ne possono trarre l'operatore giuridico - come noto - deve privilegiare quella che consente di adeguare la norma primaria con forza di legge alla norma costituzionale che ne rappresenta il parametro di validità", Cass. civ., sez. I, 26 maggio 1980, n. 3440, in "Rass. Avv. St.", I, 1981, p. 244.

²⁴³ In questo senso, infatti, si orienta molta della produzione dottrinale di quegli autori che si sono ricondotti al neocostituzionalismo: cfr., ad es.,

essi contribuiscono alla creazione del sistema giuridico, devono farlo in piena consapevolezza e responsabilità, tenuto conto che uno dei migliori baluardi della libertà contro l'arbitrio del potere è proprio la responsabilità (politica e giuridica) dei suoi titolari. Un metodo che mascherasse tale attività creativa dietro le mentite spoglie di una mera esecuzione del comando di un Sovrano opererebbe nel senso di rendere irresponsabili coloro dai quali, non indirettamente - come mere bocche della legge - , ma direttamente come codecitori veri e propri dipendono gli interessi e le libertà di ogni singolo cittadino.

Il neocostituzionalismo, pertanto, ha cercato di fornire un'alternativa a quella metodologia vetero-positivista ormai da molti ritenuta inadeguata²⁴⁴, un'alternativa ad una "scienza" avalutativa e meramente descrittiva dei fenomeni giuridici, ad una teoria "pura" o "formale" del diritto.

Il neocostituzionalismo, peraltro, non sembra aver operato una netta cesura con il positivismo giuridico e in particolare con la scuola analitica del diritto; le tesi metodologiche che sviluppa, infatti, sono nate proprio nell'ambito di questi ultimi due indirizzi giusfilosofici²⁴⁵. La sterilità di un'indagine dissimulata come una vera e propria "scienza" avalutativa e meramente descrittiva di una realtà che lo stesso interprete contribuisce a creare, è

retro note nn. 160, 161 e 137, cui *adde* R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano 1998; L. PRIETO SANCHÍS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale* cit., in part. pp. 179 ss. Che sia proprio una diversa metodologia a caratterizzare il movimento che si è definito neocostituzionalismo, è sostenuto anche da A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., pp. 77 e 95 ss.; in senso problematico, cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Op. ult. cit.*, pp. 179-180.

²⁴⁴ Cfr. sopra par. 2.3.

²⁴⁵ Cfr. ad es. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo?* cit.

stata sotto molteplici profili affrontata dalle stesse scuole positiviste (dal realismo al positivismo "inclusivo"). Il neocostituzionalismo²⁴⁶, dunque, sembrerebbe aver divulgato e approfondito proprio quelle tesi nate nell'ambito della più matura indagine positivistica opponendosi frontalmente a quelle posizioni metodologiche vetero-positiviste ormai isterilitesi nella manualistica e nel comune sentire di alcuni giuristi²⁴⁷.

Tra i diversi giuristi positivi, e soprattutto tra gli operatori pratici, sono tuttora ampiamente seguite, spesso in maniera acritica, molte tesi proprie del metodo vetero-positivista: l'interpretazione come attività incentrata su asserzioni ritenute "vere" anziché giustificate razionalmente; l'attuazione del diritto come meccanica applicazione di regole a casi concreti; l'ammissibilità di "sillogismi" come deduzioni logiche di giudizi di valore (conseguenza giuridica) da giudizi di fatto (fattispecie concreta) ignorando del tutto che tale operazione è *logicamente* impossibile²⁴⁸; la convinzione o comunque la "nostalgica aspirazione" a credere ad un giudice "*bouche qui prononce les paroles de la loi*"; l'idea che per ogni fattispecie concreta il diritto offra una e una sola soluzione corretta. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, ma sembra inutile dilungarsi su convinzioni tanto diffuse da essere qualificate come "mitologie giuridiche della modernità"²⁴⁹.

²⁴⁶ Penso soprattutto allo Zagrebelsky: cfr., in part., G. ZAGREBELSKY, *Il diritto* mite cit., cap. VII.

²⁴⁷ Sotto questo profilo, vi è stato chi ha parlato di studi sulle fonti ancora ostaggio di uno "schiacciante, onnipervasivo formalismo": A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in "Pol. dir." 1996, p. 360.

²⁴⁸ Cfr., ad. es., Ch. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano 1979.

²⁴⁹ P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità* cit.

Il metodo (o i metodi) dei neocostituzionalisti cerca di offrire una chiave di lettura degli ordinamenti giuridici contemporanei che tenga conto del materiale di cui sono composti (valori accanto a regole) e delle concezioni ideologiche che li ispirano (libertà individuale, uguaglianza, pluralismo, democrazia)²⁵⁰. Si tratta di un metodo (metodi) che utilizza come principale strumento la razionalità, ed in particolare la razionalità rispetto allo scopo²⁵¹, almeno per quanto riguarda il neocostituzionalismo di matrice positivista²⁵². È questo, infatti, il tipo di razionalità che meglio è in grado di realizzare il compito e le connesse responsabilità che spettano agli operatori giuridici nelle democrazie contemporanee: la ponderazione e il bilanciamento di contrapposti argomenti e valori per giungere a decisioni sì autoritative, ma giustificate razionalmente e dunque controllabili dall'opinione pubblica, senza che possano essere imposti valori "assoluti" impensabili in un ordinamento pluralista.

Si può concordare con chi ritiene²⁵³ che questo meto-

²⁵⁰ Sotto questo profilo si è anche parlato di "concezioni valoriali dell'ordinamento", A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione* cit., p. 77, nota n. 6.

²⁵¹ Agisce in maniera razionale rispetto allo scopo "colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, misurando razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco", M. WEBER, *Economia e società*, I vol., Milano 1980, p. 23.

²⁵² Viceversa, si potrebbe forse sostenere che la razionalità di cui il neocostituzionalismo di matrice giusnaturalista si fa portatore sia quella rispetto al valore. Come noto, agisce in maniera razionale rispetto al valore "colui che - senza riguardo per le conseguenze prevedibili - opera al servizio della propria convinzione relativa a ciò che ritiene essergli comandato del dovere, dalla dignità, dalla bellezza, dal precetto religioso, dalla pietà o dall'importanza di una "causa" di qualsiasi specie", M. WEBER, *Economia e società* cit., I vol., p. 22.

²⁵³ Cfr., ad es., S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., in part. capp. III e IV.

do presenti ancora molte zone di ombra, ma la soluzione non sembra poter consistere nel ritorno ad una metodologia vetero-positivista; non pare, cioè, corretto tornare ad una metodologia positivista che non abbia prima fatto i conti con le critiche ad essa mosse dagli stessi positivisti. In passato era forse legittimo pensare ad una "scienza" avalutativa e meramente descrittiva in quanto "il diritto poteva permettersi di essere essenzialmente un diritto "per regole" in quanto era già risolto il problema dei valori fondanti"²⁵⁴ trovandosi alla presenza di "un contesto politico e culturale omogeneo e ... situazioni sociali di gran lunga più stabili di quelle attuali"²⁵⁵. Mutato il contesto di riferimento, moltiplicatisi i valori fondanti dei sistemi contemporanei, abbandonato ormai il monopolio statale della produzione giuridica, riconosciuta l'influenza dell'applicazione (e dello studio) del diritto sulla sua creazione, si è resa anzitutto opportuna la trasparenza delle scelte politico-ideologiche alla base della metodologia giuridica - scelte che necessariamente ogni approccio al diritto implica e non potrebbe non implicare - la quale sembra avere come suo compito primario quello di costruire un ordinamento giuridico coerente o più semplicemente un ordinamento giuridico²⁵⁶.

Sotto questo profilo, dunque, il neocostituzionalismo avanza una forte richiesta di trasparenza nelle scelte di fondo di ciascun operatore. Il vetero-positivismo le aveva -

²⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 201.

²⁵⁵ *Idem*, p. 200.

²⁵⁶ "Ordinamento significa l'atto di ordinare, del mettere ordine; e ordine è nozione preziosa almeno in un suo aspetto: fa i conti con la realtà sottostante, la presuppone nella sua onticità se vuol raggiungere il fine di ordinarla e non di coartarla; di conseguenza, ne registra e ne rispetta tutta la complessità", P. GROSSI, *Oltre le mitologie della modernità* cit., p. 226.

erano quelle proprie dello stato di diritto e della società borghese liberale – ma fingeva di non averne, di essere mera “scienza” al servizio della comprensione e descrizione avalutativa della “realtà” giuridica. Viceversa, al neocostituzionalismo “è ben noto anche – soprattutto allo “scienziato” del diritto – che il suo lavoro, la sua proclamata “scienza”, può avere un impatto drammatico sulla legislazione e sulla costruzione di un paese. E per questo, per influenzare i giudici, legislatori e costituenti, il più delle volte si scrive nelle riviste giuridiche e si pubblicano ponderose monografie “dogmatiche”. Non può dunque il “dogmatico”, lo “scienziato” del diritto, nascondere la propria responsabilità morale dietro una assai sospetta rivendicazione della *Wissenschaftlichkeit*, della “scientificità”, dunque della neutralità morale, della propria opera”²⁵⁷.

La trasparenza che il neocostituzionalismo richiede dall’interprete, chiunque esso sia, sembrerebbe da apprezzare e incoraggiare sia per ragioni di “onestà intellettuale” che al fine della responsabilizzazione dell’operatore giuridico. Ciò non significa assolutamente, come già detto, che lo studio e l’attuazione del diritto debba essere rimesso nelle mani dei militanti di un qualche partito politico-ideologico, ma solo che, non essendo più sostenibile che si possa accostarsi al diritto in maniera totalmente avalutativa, le posizioni di fondo di ciascuno siano esaurientemente chiarite al fine di garantire la disponibilità degli altri partecipanti ad ascoltare ed eventualmente a fare propri gli argomenti del primo. Infatti, al fine di realizzare nel discorso giuridico ciò che gli anglosassoni chiamano *fairness* – con termine che non a caso non trova corrispondenti in italiano – è indispensabile che chi è chia-

²⁵⁷ M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori cit.*, p. 327.

mato a compiere delle scelte "*genuinely addresses himself to the question with a mind which is open to persuasion*"²⁵⁸. E ciò richiede anzitutto di chiarire quali siano le proprie personali posizioni con riferimento all'oggetto del discorso.

4 – Questioni aperte

È noto che al centro del dibattito svolto nell'ambito del costituzionalismo vi sia la questione della limitazione del potere, anzi il termine "costituzionalismo" è usato come sinonimo di "dottrina della limitazione giuridica del potere". Ne consegue che se il neocostituzionalismo vuole mantenersi all'interno di questo orizzonte garantista, deve individuare limiti a qualunque forma di potere, assicurando che l'arbitrio sia evitato. Pertanto, una volta che il neocostituzionalismo ha evidenziato il ruolo "politico" svolto nella creazione del sistema giuridico da ogni operatore giuridico ed in particolare da tutta una serie di organi "neutrali", tra cui principalmente quelli giurisdizionali, si pone l'esigenza di una limitazione del potere di questi "nuovi" attori istituzionali.

In particolare, questa esigenza si pone con estrema evidenza nei confronti della Corte costituzionale e in genere di tutti quegli organi (giurisdizionali e indipendenti) cui spetta l'opera di "costituzionalizzazione dell'ordinamento", i quali sono in grado di attuare i valori costituzionali operando sulle norme prodotte dall'organo democraticamente eletto. Diviene, dunque, necessario per il neocostituzionalismo fornire una convincente risposta alla domanda: "chi controlla il controllore?". In nessun

²⁵⁸ W. WADE, *Administrative Law*, Oxford 1988, p. 492.

caso ci si potrebbe affidare ad un "buon giudice dotato di buon senso", nella convinzione che egli agirà per il meglio, posto che "*the very principle of constitutional government requires it to be assumed that political power will be abused to promote the particular purposes of the holder; not because it is always so, but because such is the natural tendency of things, to guard against which is the special use of free institutions*"²⁵⁹.

Ciò che viene in luce in questa sede non è il problema di una pretesa "onnipotenza" del giudice costituzionale²⁶⁰, non costituendo questa una tesi riferibile al neocostituzionalismo di matrice positivista di cui qua si discorre²⁶¹, il quale rimette a tutti gli operatori giuridici, secondo le loro specifiche competenze e responsabilità, il compito di dare coerenza²⁶² all'ordinamento creando diritto vincolante per i cittadini orientandosi con i punti cardinali fissati in Costituzione, ma appunto il problema più generale della limitazione di qualunque potere di supremazia il quale goda di una qual certa libertà di manifestazione.

Sebbene il neocostituzionalismo di matrice positivista attenui il pericolo di un "governo dei giudici", esso, però, lascia forse aperta la strada ad un "governo dei giu-

²⁵⁹ J.S. MILL, *Considerations on representative government* cit., p. 505.

²⁶⁰ Contro la tesi della configurabilità di un organo "onnipotente", si può leggere, ad esempio, un recentissimo intervento della Corte costituzionale la quale, pur continuando ad esprimersi in termini – forse superati dalla complessità contemporanea – di "sovranità", ha sostenuto che "l'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità "appartiene" al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi", Corte cost., sent. n. 106/02, par. 3, considerato in diritto.

²⁶¹ Cfr. sopra par. 3.1.

²⁶² Cfr. sopra nota n. 157.

risti"²⁶³ a causa del grande peso rivestito in questa dottrina dall'"operatore giuridico", cioè dal depositario di una conoscenza tecnica a molti preclusa. Chi controlla, allora, questi controllori? Se il neocostituzionalismo si vuole mantenere nel solco garantista tracciato dal costituzionalismo dei secoli precedenti occorre che si confronti molto seriamente con questa domanda.

In questa sede la domanda può solo essere posta ed eventualmente possono essere tracciate le possibili linee di approfondimento. Una questione assolutamente preliminare da affrontare dovrebbe riguardare la stessa possibilità di un controllo sull'operato di questi soggetti. Il rifiuto, da parte del neocostituzionalismo, della metodologia positivista e, pertanto, di considerare il metodo giuridico come una "scienza" avalutativa e meramente descrittiva, potrebbe infatti torcersi a suo danno rendendo impossibile la valutazione dell'operato dei controllori se non in base a giudizi del tutto soggettivi e, perciò, non razionalmente giustificabili. Tale questione preliminare in parte potrebbe venire superata rilevando che il neocostituzionalismo respinge sì "l'idea della trattazione scientifica del diritto attuale alla stregua di una disciplina logico-formale"²⁶⁴, ma non dubita in alcun modo della necessità di una

²⁶³ S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo* cit., p. 137-138. Si tratta di un tema fin troppo noto per il quale sia sufficiente richiamare il dialogo tra Socrate e Glaucone contenuto all'inizio del VI libro della Πολιτεία di Platone: "poiché i filosofi sono coloro che riescono ad arrivare a ciò che sempre permane invariabilmente costante, mentre coloro che non ci riescono, ma si perdono nella molteplicità del variabile non sono filosofi, a quali spetta la funzione direttiva dello stato? - Come dobbiamo esprimerci, disse, per dare una risposta appropriata? - Così, risposi; costituire guardiani quelli che diano garanzia di saper custodire le leggi e le tradizioni degli stati", PLATONE, *La Repubblica*, libro VI, 484-485, in ID., *Opere complete*, vol. VI, Bari 1973, p. 205. Vd. anche il libro V, 473-474, in IDEM, pp. 195-196.

²⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* cit., p. 167.

juris prudentia come attività fondata sulla ragione²⁶⁵ nel suo duplice significato di facoltà universale di guida delle azioni umane e di procedimento specifico di conoscenza, in particolare discorsivo (anche se non sillogistico). La rinuncia alla metodologia positivista non comporterebbe l'impossibilità di un controllo sull'attività degli operatori giuridici e, dunque, la rassegnazione all'arbitrio individuale²⁶⁶. Mettere da parte il metodo logico-formale non impedisce, ad esempio, il ricorso alla dialettica antica come modello di ragionevolezza²⁶⁷, alla logica discorsiva²⁶⁸ e, più in generale, alla fondazione razionale delle decisioni giuridiche²⁶⁹ con la conseguente possibilità di controllo sugli operatori giuridici che basano la loro legittimazione proprio sulla razionalità dell'agire orientata allo scopo. Anzi, rifiutando la tesi formalista per cui l'interprete si limiterebbe a conoscere ed eseguire comandi altrui e, viceversa, mettendo bene in chiaro che la sua è attività, sì razionale, ma ampiamente discrezionale, ne conseguirebbe una piena presa di coscienza delle responsabilità su di esso gravanti.

La possibilità di controllo sull'attività degli operatori giuridici che contribuiscono alla costante costruzione e fondazione dell'ordinamento sarebbe inoltre resa possibi-

²⁶⁵ *Idem*, pp. 167 ss.

²⁶⁶ Sul punto, cfr., ampiamente, G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., pp. 153 ss.; L. PRIETO SANCHIS, *Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale* cit., pp. 194 ss.

²⁶⁷ Cfr. E. BERTI, *La dialettica antica come modello di ragionevolezza*, in "Ars Interpretandi" 2002, pp. 17 ss.

²⁶⁸ Cfr., ad es., Ch. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica* cit. Secondo alcuni, la "nuova retorica" del Perelman costituisce proprio l'anticipazione del metodo neocostituzionalista: G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., p. 176, nota n. 65.

²⁶⁹ Cfr., ad es., R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica* cit.

le in quanto i valori alla luce dei quali il diritto viene conosciuto e prodotto sono esclusivamente quelli positivi e non altri, siano essi radicati nella coscienza individuale dell'interprete o nella società in cui esso si trovi ad operare. È pur vero che i valori positivizzati nelle costituzioni contemporanee sono in grado di assumere i contenuti più vari, ma sembra risultare piuttosto chiaro il confine entro cui tale contenuto debba essere mantenuto: si può, ad esempio, discutere se la dignità umana ammetta o meno trattamenti sanitari obbligatori particolarmente invasivi oppure forme particolarmente incisive di restrizione della libertà personale, ma non sembra che questo valore possa consentire torture fisiche. Ciò non tanto in base a considerazioni tratte dal giuspositivismo analitico relative all'estensione di significato dell'espressione linguistica "dignità umana", ma per valutazioni razionalmente giustificabili relative al valore che tale espressione linguistica esprime. Peraltro, a meno di ricadere in molte delle obiezioni sollevate contro il positivismo metodologico²⁷⁰, quanto detto non dovrebbe condurre ad aderire a posizioni "cognitive"²⁷¹, le quali considerano l'interpretazione una "scoperta" di una qualche idea di "Verità".

Sotto questo profilo preliminare, dunque, è forse possibile riconoscere che "i principi costituzionali limitano la discrezionalità per almeno due motivi legati tra loro: primo, perché suppongono la cristallizzazione dei valori che chiudono l'ordinamento e gli conferiscono senso; secondo, perché richiedono (o si identificano con) un tipo di ragionamento molto più complesso di quello sussuntivo

²⁷⁰ Cfr. retro nota n. 128.

²⁷¹ Peraltro, posizioni "cognitiviste" sono sostenute da alcuni autori riconducibili al neocostituzionalismo, soprattutto al filone giusnaturalista: cfr. G. BONGIOVANNI, *Teorie "costituzionalistiche" del diritto* cit., pp. 154 ss.

tradizionale: un ragionamento che si inserisce proprio là dove prima si supposeva che regnasse la discrezionalità²⁷².

Una volta che si fosse preliminarmente affrontata la questione della possibilità di un controllo, si porrebbe quella relativa al soggetto attivo di tale controllo: *chi controlla i controllori*? In particolare, non si potrebbe prescindere dal cercare un equilibrio tra l'esigenza di un effettivo controllo su qualunque titolare di un potere di supremazia e la necessità di evitare un regresso all'infinito (chi controlla dovrebbe essere a sua volta controllato e così via). Il neocostituzionalismo garantista sembrerebbe orientato a riconoscere tale compito alla *politeia*²⁷³ e più precisamente a ciascuno dei suoi componenti²⁷⁴ tramite reciproci controlli e bilanciamenti. Sotto questo profilo, sembrerebbe che la maggior garanzia contro i possibili arbitri e abusi di un controllore sia costituita dalla pluralità²⁷⁵ e assoluta indipendenza dei centri di controllo²⁷⁶. In questa direzione sembra muoversi la giurisprudenza costituzionale e ordinaria quando esclude una riserva a favore della Corte costituzionale del potere di attuare la Costituzione, in particolare mediante l'interpretazione adeguatrice, rimettendo invece a qualunque operatore giuridico questo compito. Oppure la giurisprudenza for-

²⁷² L. PRIETO SANCHIS, *Costituzionalismo e positivismo* cit., p. 214.

²⁷³ Cfr. sopra note nn. 42-43.

²⁷⁴ C'è chi, ad esempio, affida il ruolo di controllore dei controllori alla "comunità politica", alla "comunità scientifica" ed in particolare a quella giuridica: A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione* cit., p. 40.

²⁷⁵ Con grande lucidità, si sono evidenziate "le garanzie che l'ordinamento giuridico globale dà, per la sua dispersione su più soggetti, per le sue divisioni interne, per il suo policentrismo. Queste sono molto più rassicuranti di un potere centrale sottoposto ad un'improbabile democrazia cosmopolita", S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale* cit., pp. 332-333.

²⁷⁶ Ad es., cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato* cit., in part. pp. 109 ss. quanto al potere giurisdizionale.

matasi nell'ambito dei conflitti tra i poteri dello stato che riconosce questa qualifica ad ogni singolo organo giurisdizionale, permettendo di configurare il giudiziario come potere diffuso. Medesima direzione sembrano avere quelle normative, nazionali e comunitarie, istitutive delle autorità amministrative indipendenti e quelle che fanno di imprese e cittadini "strumenti dell'attuazione del diritto comunitario e di verifica della conformità dell'attività dello Stato alla disciplina sovranazionale"²⁷⁷.

Un'ulteriore questione che si porrebbe, infine, potrebbe riguardare gli strumenti mediante i quali sia possibile controllare i controllori. Se il loro potere si legittima, secondo le tesi neocostituzionaliste di matrice positivista, in base alle modalità del suo esercizio, appunto razionale secondo lo scopo, gli strumenti non potrebbero essere altri che quelli necessari a garantire tale tipo di razionalità – e dunque controllabilità – di azione. Anzitutto, dunque, trasparenza in tutte le sue diverse accezioni – disponibilità delle informazioni utili, conoscibilità e comprensibilità degli atti, partecipazione degli interessati, motivazione degli atti, ecc. – e poi regole procedurali certe e predefinite, indipendenza e autonomia degli organi collegata ad un sistema che ne assicuri una accurata preparazione tecnica e rigorose responsabilità giuridiche, un'ampia garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, nelle sue molteplici manifestazioni – dalla libertà di informare a quella di essere informati e di esprimere le proprie opinioni –, che permetta alla *public opinion*²⁷⁸ di emergere dalla società assicurando, dunque, un continuo scambio tra governanti e governati.

²⁷⁷ *Idem*, p. 109.

²⁷⁸ Per la precisazione di questo concetto si rinvia ovviamente a A.V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (Law & Public Opinion in England, 1905), Bologna 1997.

Peraltro, come già accennato²⁷⁹, l'evidenziazione da parte del neocostituzionalismo dei circuiti di potere alternativi a quello rappresentativo-elettorale non può far perdere d'occhio l'esigenza - che diviene sempre più ineludibile - di rinsaldare i tradizionali circuiti di legittimazione democratica, in particolare - se non è troppo utopistico - tramite il ravvivarsi dell'interesse dei cittadini per la gestione della cosa pubblica e con essa per la tutela delle libertà individuali.

MARIO PERINI

²⁷⁹ Cfr. sopra note nn. 155-156 e testo ad esse correlato.