Vincenzo Omaggio

Lo Stato costituzionale e la crisi della politica *

1. Il costituzionalismo e i diritti

In quanto espressione di un riconoscimento dei diritti fondamentali, lo Stato di diritto costituzionale esprime il modello di cultura giuridica prevalente, se non dominante, in molti paesi a istituzioni democratiche mature, secondo modalità e gradazioni diverse, e rappresenta idealmente il cuore dell'Unione Europea[1], che nel Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali pone la persona al centro della propria azione. Nella prima parte del contributo disegnerò di questo modello una rapida silhouette evidenziandone alcuni tratti distintivi, mentre nella seconda parte segnalerò due elementi della sua crisi attuale. Difatti la circostanza che il modello si sia affermato negli ordinamenti giuridici democratici più avanzati e sia dominante nell'elaborazione culturale degli operatori del diritto e della politica di grado più elevato (istituzioni rappresentative parlamentari, corti supreme, autorità indipendenti, scienza giuridica) non esclude che sia accompagnato sul piano teorico da numerose critiche anche ben fondate e che mostri sul piano pratico incoerenze e limiti di realizzazione.

Sorto dalle tragiche esperienze dell'ultima guerra mondiale e dei

* Una prima versione più breve di questo saggio è apparsa in castigliano col titolo *El Estato constitucional del derecho y su crisis* in «Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la politica del derecho», vol.5, dicembre 2018.

1 L'art. 2 del Trattato di Lisbona identifica nei valori di dignità umana, libertà, democrazia e stato di diritto il patrimonio comune degli Stati membri in società caratterizzate dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne. Nel Preambolo della *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea* si legge che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà: l'unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto".

totalitarismi europei, che ne rappresentano l'antecedente diretto e decisivo, lo Stato costituzionale di diritto, come è noto, si distingue per alcuni caratteri peculiari: per aver introdotto costituzioni rigide (non modificabili mediante la legislazione ordinaria) e superiori alle leggi; per aver introdotto nei testi costituzionali, accanto alle regole formali e procedurali disciplinanti la produzione normativa, princìpi etico-politici contenenti diritti civili, politici, sociali ed economici, considerati come *indecidibili* (le leggi non possono decidere di violarli e non possono non tutelarli) e come *indivisibili* (i diritti sociali non sono separabili da quelli civili e politici); per aver introdotto un controllo di conformità costituzionale delle leggi, assegnato ai giudici e/o ad organi giurisdizionali *ad hoc*, come tribunali e corti costituzionali.

Queste scelte hanno prodotto l'effetto diretto di scomporre il tradizionale principio di legalità in due livelli: quello che era proprio dello Stato di diritto legislativo, espresso dalla subordinazione del potere esecutivo e giurisdizionale alla legge ordinaria, e un secondo livello più elevato, espresso dalla sottoposizione della legge medesima ai princìpi fondamentali, intesi non solo come limiti da non oltrepassare, ma come norme positive da attuare, seppure in una forma imprecisata, dovuta proprio al carattere fondamentale e insieme generico dei loro contenuti, sprovvisti di fattispecie puntuali. I princìpi veicolano un contenuto pregiato, i diritti fondamentali dei cittadini, sicché il costituzionalismo contemporaneo si configura anche come un "costituzionalismo dei diritti", espressione dell'età dei diritti, e le carte costituzionali si presentano indissolubilmente come "costituzioni di poteri" e come "costituzioni di diritti"[2]. In altre parole i diritti segnano oggi massicciamente lo spazio di legittimazione del discorso pubblico, per discussa e controversa che sia la loro definizione.

Cosicché l'aggiunta dell'aggettivo "costituzionale" allo Stato di diritto non ne disegna un semplice ampliamento, ma in qualche modo una trasformazione, un cambio di prospettiva, che può essere

2 M. LUCIANI, La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente, in Studi in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, vol. II, 1985, pp.497 e ss.

letto in una chiave discontinuista e antigiuspositivista, oppure in una chiave continuista, ancora giuspositivistica, come una sorta di perfezionamento del paradigma generale dello Stato di diritto e della sua logica di limitazione del potere, condotta all'estrema conseguenza della limitazione del potere legislativo sovrano[3]. In ogni caso c'è un dato inoppugnabile: la validità delle leggi è condizionata. Esse non rappresentano più il centro del sistema per molte ragioni che potrebbero qui essere richiamate[4], ma innanzitutto perché la costituzione prende il loro posto. È sempre Stato di diritto, Stato che si sottomette al diritto, ma il diritto a cui si sottomette non è più lo stesso. Dal principio di legalità si è passati al principio di costituzionalità.

Ciò vuol dire però che la costituzione stessa può e deve essere intesa in un senso differente rispetto al modello precedente di Stato di diritto legislativo. Anche la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 è una costituzione, ma è tutta basata sulle leggi: tutti i diritti entro le leggi, nessun diritto al di fuori delle leggi. I diritti sono naturali e imprescrittibili, ma il loro esercizio da parte di ciascun individuo non può essere determinato che dalla legge (art.4). Per assicurare i diritti serve l'onnipotenza della legge. E ciò in quanto solo la legge garantisce quella generalità e astrattezza, che rappresentano le basi della sovranità politica. L'art. 3 della *Dichiarazione* affermava che "il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione" e nessuno può esercitare un'autorità "che non emani espressamente da quella"; ciò vuol dire che per conservare legittimità la forma politica va preservata da qualsiasi volontà particolare, sempre arbitraria e corruttiva, e che la sovranità può esprimersi soltanto in quella forma generale e astratta che unicamente la

3 Per la tesi discontinuista, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; per la tesi continuista, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3/2010, pp.2771 e ss. In argomento, F.J. ANSUATEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derécho. Un enfoque filosófico-juridico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp.261 e ss. Una lettura tendente invece ad accomunare per certi versi i due autori è offerta da M. LA TORRE, «*Finché la società sarà questa*». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1/2010, pp.209 e ss.

4 Mi permetto di rinviare al riguardo al mio *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 25 e ss. e pp. 69 e ss.

legge sa offrire, assicurando nel contempo l'eguaglianza dei cittadini e la loro tutela da ogni abuso, come il *Leviatano* di hobbesiana memoria che dà forma e ordine alla massa degli uomini. La costituzione rivoluzionaria sette-ottocentesca è un modello monista, che conserva l'assolutezza del potere sovrano, pur trasferendolo dal monarca al popolo mediante il circuito "popolo-assemblea-legge". La realizzazione del suo compito storico – la liberazione della società dai vincoli tardo feudali – poteva realizzarsi unicamente per il tramite di leggi autoritative, non attraverso il riconoscimento di diritti autonomi[5]. La legge è il suo vero centro ordinatore, espressione della volontà generale e di un potere unitario detentore di sovranità.

Di un tale modello di sovranità si erge come interlocutore privilegiato l'individuo, in quanto la generalità e l'astrattezza sono qualità dell'individuo come ente omogeneo. L'omogeneità del soggetto politico che si esprime attraverso le leggi è l'altro elemento essenziale del quadro. Il senso di legalità e di sicurezza nasceva dalle strutture profonde della società[6]. Le leggi non avevano sopra di sé alcun parametro di legittimità, né alcun limite, ma neppure se ne avvertiva il bisogno[7]. La legge poteva tutto giuridicamente perché era vincolata materialmente a un contesto politico-sociale e ideale ben definito e omogeneo, offerto dai princìpi politici ed economici della borghesia trionfante[8]. Una società politica

5 G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, pp.111 e ss.

6 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p.3: "(…) il senso di sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande rivoluzione, è la nuova classe dirigente: è la portatrice di una tavola di valori in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi. (…) Il valore originario e fondamentale è costituito dall'individuo, dalla sua capacità di espandersi sulle cose esterne, di correre il rischio del successo e dell'insuccesso (…) Intorno all'individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni sociali".

7 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit. p.35.

8 P.GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p.27: "(…) conquistato a fine Settecento il potere politico tanto agognato, si disegna il volto di uno Stato rigidamente mono-classe cercando però di dargli delle fattezze suadenti capaci di far dimenticare che alla iniqua dominanza dei ceti privilegiati dell'antico regime si era semplicemente sostituita la dominanza della intelligente e intraprendente classe borghese che aveva promosso e fatto la rivoluzione. La appropriata cosmesi giuridica fu, per l'appunto, offerta dalle fondazioni giusnaturalistiche del primo costituzionalismo. Tutto si misurava non su uomini in carne e ossa, ma su modelli disincarnati, su soggetti virtuali più simili a statue museali che a creature viventi. Il vizio stava soprattutto nella astrattezza del paesaggio disegnato (…) Il lavorare su modelli astratti

monoclasse non aveva bisogno di un controllo di costituzionalità delle leggi, giacché la sua omogeneità sociale era così forte da rendere assimilabili la figura astratta del soggetto giuridico, titolare potenziale di tutte le situazioni giuridiche, e la figura dell'uomo concreto inserito nei rapporti socio-economici effettivi (il soggetto proprietario e contrattante); il binomio Stato-individuo è così forte da apparire naturale al punto che, quando andrà in crisi, farà parlare di una crisi dello Stato *tout court*[9].

Al modello di sovranità basato sulla legge è subentrata "la sovranità della costituzione": ma quale costituzione? Una costituzione intesa adesso non più soltanto come manifesto politico, cioè come l'atto per eccellenza di autodeterminazione di un popolo e non più soltanto come la norma procedurale che fissa le regole del gioco, i rapporti tra i poteri pubblici, ma come norma giuridica in sé valida e vincolante a partire dai suoi princìpi programmatici La sovranità della costituzione indica ora la sua supremazia come norma giuridica in se stessa considerata, che richiede l'invalidazione delle leggi con essa contrastanti e consente la sua applicazione diretta da parte dei giudici ai fatti concreti ogni qual volta ciò sia tecnicamente possibile. Questi due rilevantissimi

---

permetteva, infatti, di dare a ciascuno il lievito della speranza lasciando intatte le disuguaglianze economiche e sociali del mondo presente". Di "aspetto mistificatorio" dell'operazione conosciuta come 'elaborazione del diritto civile a soggetto unico' parla G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, p.136: "il soggetto unico di diritto (civile) ci si rivela come soggetto particolare (e non l'uomo in universale) in quanto appunto maschio adulto e sano di mente".

9 SANTI ROMANO, nel suo *Lo Stato moderno e la sua crisi*, si prenderà il merito di restituirci una lucida comprensione della natura storicamente determinata del cosiddetto "Stato moderno", frutto dell'esperienza rivoluzionaria e viziato da un peccato originale, quello della semplicità. Lo Stato moderno "credette di poter trascurare una quantità di forze sociali (…) considerandole come semplici sopravvivenze storiche (…) non volle riconoscerne l'indistruttibile vitalità (…) Scelse così un'astratta dialettica Stato-individuo con l'enfatica proclamazione di una lunga serie di diritti per l'individuo, elargiti con "non costosa generosità" e con una scarsa protezione dei suoi interessi reali. Un sistema giuridico, costruito per l'atomismo della società monoclasse, si era trovato, secondo Romano, al cospetto di una società complessa, fatta di organizzazioni ed associazioni, tese a raggruppare gli individui in base ai loro interessi e mostrava ora la propria inadeguatezza. Il riconoscimento di una giuridicità autonoma alle molteplici formazioni sociali avrebbe consentito allo Stato di correggere "il suo riduzionismo illuministico" e di sviluppare "una più salda e organica compagine sociale". S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), Giuffrè, Milano, 1969, pp.13 e ss.

corollari ridimensionano le leggi e superano il dogma pubblicistico dell'*interpositio legislatoris*. Il superamento è teso essenzialmente al fine di individuare e tutelare i diritti fondamentali, rispetto ai quali l'*interpositio legislatoris* non appare più necessaria né sufficiente: non necessaria, perché l'attività di concretizzazione dei diritti può ben svolgersi in sede interpretativa, qualora manchi una sua disciplina legislativa, non potendosi consentire che la forza normativa della costituzione sia disattivata dall'inerzia del legislatore; non sufficiente, perché anche laddove vi sia una siffatta disciplina, essa può essere rimessa in discussione in sede giudiziaria sotto il profilo della tutela dei diritti sottostanti[10].

Il giudice allora non è più meramente sottoposto alla legge, a meno che non s'intenda, come recita la Legge Fondamentale tedesca, "sottoposto alla legge e al diritto", in quanto egli è adesso un controllore della legge e un suo interprete (il giudice ordinario e quello costituzionale). Non è più sostenibile perciò quanto i giuristi della scuola pubblicistica sostenevano un tempo e cioè che, per esser considerata pienamente norma giuridica, la costituzione aveva bisogno della forza della legge, perché solo la legge possiede una reale forza normativa[11].

Una delle principali novità dello Stato costituzionale consiste proprio nel rapporto diretto tra costituzione e giurisdizione[12]: quest'ultima è

10 Così, in termini del tutto condivisibili, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 130.

11 Era stato tra gli altri Vittorio Emanuele Orlando a segnalare "lo stato di disagio di tutto l'ordinamento giuridico ogni volta che un organo sovrano come il Parlamento venisse a trovarsi dal lato del torto dichiarato giurisdizionalmente", *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la costituzione del 1948*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1951, p.43. Alla vecchia concezione della costituzione come regolatrice dei poteri statuali si ispirava anche il pensiero di Oreste Ranelletti: "una costituzione deve essere la legge di organizzazione fondamentale dello Stato, quindi contenere ma anche limitarsi alle norme supreme che regolino l'ordinamento legislativo, governativo, giudiziario dello Stato, cioè degli organi costituzionali relativi, determinandone la costituzione, i poteri, i rapporti reciproci", ma "le materie diverse da quelle su indicate devono rimanere nella competenza della legislazione ordinaria (…) legiferando su quelle materie, entrando in dettagli, l'Assemblea Costituente ne usurpa le funzioni", *Note sul progetto di costituzione presentato dalla Commissione dei settantacinque all'Assemblea costituente*, in «Il Foro italiano», 1947, ora in *Scritti giuridici scelti*, I *Lo Stato*, Jovene, Napoli, 1992, p.549.

12 "La trasformazione intervenuta nel corso del Novecento consiste proprio in questo, nel ricrearsi di un rapporto diretto tra legislazione e giurisdizione come funzioni previste dalla

anch'essa una funzione costituzionale, equiordinata alla legislazione. Ciò non vuol dire sminuire il ruolo della legge, che conserva lo spazio maggiore nell'opera di concretizzazione della costituzione, ma significa riconoscere che questa "ha trovato una seconda via per affermare la propria normatività", la via giurisdizionale, equiordinata alla legislazione. Nel nuovo assetto non abbiamo più una linea retta "costituzione-legge-giudice", bensì un triangolo con il vertice, rappresentato dalla costituzione, e le due funzioni, legislativa e giurisdizionale, che si sviluppano rispettivamente sui due lati del triangolo, di modo che il processo di interpretazione e attuazione dei precetti della costituzione si svolgerà attraverso due strade e non più una sola[13].

La prima sentenza della Corte Costituzionale del 1956 stabilì che anche le norme programmatiche erano norme giuridiche a tutti gli effetti, tanto da consentire la dichiarazione di incostituzionalità delle vecchie leggi fasciste ancora presenti nei codici di diritto e di procedura[14]. Prendeva forma la cosiddetta "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico"[15],

---

costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente equiordinate. (…) che significa riconoscere che la costituzione ha trovato una seconda via per affermare la propria normatività, quella giurisdizionale, equiordinata alla prima", M. FIORAVANTI, *La costituzione ieri e oggi*, in *Atti dei Convegni Lincei*, Bardi Editore, Roma, 2009, p.29.

13 In tal senso, M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione*, in «Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale», 1/2016, pp.7 e ss, spec. p.15. Qui si osserva inoltre un superamento della "cultura del primato", in quanto "l'assetto dei poteri ha come caratteristica di fondo quella di lasciare irrisolta la questione della sovranità: una situazione che negli ordinamenti moderni e contemporanei, da Hobbes in poi, si era sempre cercato accuratamente di evitare", p.18.

14 La sentenza n.1/1956 respinse la distinzione delle norme costituzionali in "programmatiche" e "precettive" operata nel 1948 dalle sezioni unite penali della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. 7 febbraio 1948), recepita dalla V Sezione del Consiglio di Stato in una decisione dello stesso anno (Cons. St. sez. V, 26 maggio 1948) e accolta dalla dottrina. Ora la Corte Costituzionale stabiliva che "la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere dell'abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche". Così L. Casini (cur.), *La prima sentenza della Corte Costituzionale: memorie processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1/2006, pp.13 e ss., spec. p.23. Si veda anche (almeno) S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2004.

15 Sul tema della pervasione costituzionale dell'ordinamento, R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001, p.204 e ss; Id, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, pp.195 e ss; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), tr. it. a cura di L. Di Carlo, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 555 e ss.

per la quale tutte le norme vanno lette alla luce della costituzione e tutti i rapporti giuridici tra i cittadini sono potenzialmente sottoponibili in maniera diretta al dettato costituzionale. Si tratta di un aspetto di grande rilievo. Il superamento potenziale dell'intermediazione della legge ordinaria segna una riabilitazione dell'idea del diritto come sapere pratico; in questo senso è stato osservato[16] che lo Stato costituzionale ha portato con sé una trasformazione tale (una "mutazione genetica") da toccare la concezione stessa del diritto.

Sapere pratico vuol dire che i princìpi giuridici possono essere messi direttamente a contatto con la realtà dei fatti, anche senza la mediazione di un sistema logico e formalizzato di norme. Si capisce allora come vi sia al contempo una ripresa e un rafforzamento considerevoli del momento interpretativo e applicativo del diritto e un parallelo rafforzamento del ruolo del giudice. Se lo Stato di diritto legislativo ha segnato l'età del legislatore e dei parlamenti, lo Stato costituzionale coincide con l'età del legislatore e del giudice. Si stabilisce così quella sorta di felice connubio tra il giudice e le carte dei diritti – tanto nazionali quanto sovranazionali – che tanto caratterizza oggi la vita del diritto.

Da un lato i princìpi, assiologicamente orientati, proclamati come scelte di campo perentorie e irrevocabili, che eccedono il loro significato letterale e perciò sprigionano il proprio potenziale normativo proprio quando vengono a contatto con la realtà concreta e controversa dei rapporti sociali; dall'altro il giudice, che assume in modo crescente il compito di adeguare il diritto alla realtà e si propone credibilmente come fonte concorrente di produzione giuridica. Il momento giurisprudenziale riacquista così la sua centralità.

Alla base di tutto c'è propriamente l'esigenza di riappropriarsi consapevolmente dei fondamenti extrapositivi della costituzione, che una certa cultura normativistica aveva trascurato come "non giuridici", in nome di un'esigenza formalistica di assunzione del diritto come un dato in sé, privo di collegamenti con i suoi presupposti. Una tale pretesa di neutralizzazione (di negazione del carattere pratico della conoscenza giuridica) poteva trovare una solida base solo nella sovranità di un

16 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p.165.

potere assoluto, capace di annullare i presupposti costituzionali e ricondurli alla logica di una norma ipotetica, di una *Grundnorm*, come diceva Hans Kelsen.

Le costituzioni democratiche del Novecento invece non intendono presentarsi come ordinamenti "neutrali per quanto riguarda i valori", come recitava la celebre sentenza Lüth del Tribunale Costituzionale di Germania, ma trovano un fondamento assiologico nella dignità della persona umana con la logica dei suoi diritti inviolabili. È avvenuta una costituzionalizzazione della persona per la quale i diritti fondamentali ora contrassegnano marcatamente lo Stato costituzionale, che prende le mosse dalla dignità umana come sua premessa[17]. È come se i diritti si fossero in qualche modo emancipati dalla vicenda storica della modernità politica, trovando una sorta di autolegittimazione, superiore alla parzialità politica che li aveva prodotti e caratterizzata da un'universalità etico-giuridica superiore a qualsiasi dimensione statale. Non a caso questo modello trova una continuità ideale nello spazio sovranazionale, dove manca un'autorità politica riconosciuta e dove i diritti fondamentali chiedono in qualche modo di essere garantiti dall'umanità stessa, come scrisse Hannah Arendt[18], indipendentemente dalle cittadinanze nazionali. Nella sua dinamica si connettono due tesi di fondo: l'esistenza di un nesso immediato tra i diritti e la persona (una sorta di giusnaturalismo in senso lato) e la loro indipendenza dallo Stato, il loro proporsi non più come sua emanazione, ma "come criterio della sua legittimità"[19].

Bisogna fare adesso due importanti precisazioni: in primo luogo, la sovraelevazione del piano dei diritti fondamentali non vuol dire renderli astratti. Anzi, al contrario, quella formula prima usate della "costituzionalizzazione della persona" indica un passaggio dall'individuo del *Code Civil* – l'individuo universale, proprietario e contrattante – a

17 P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, (1983), tr. it. a cura di P. Ridola, Carocci, Roma, 2005, p. 177.

18 H.ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, (1951), tr. it. a cura di A. Guadagnin, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, .409.

19 P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p.46.

un soggetto in carne e ossa, colto nel concreto dei suoi bisogni, nella sua irriducibile singolarità, che di quell'individuo non rappresenta però la cancellazione o il disconoscimento, bensì lo sviluppo e la concretizzazione[20].

Come scriveva Bobbio[21], rispetto al soggetto-uomo delle Dichiarazioni rivoluzionarie, si è fatta valere l'esigenza di rispondere con ulteriori specificazioni alla domanda: quale uomo? quale cittadino? con un'attenzione crescente alle differenze (i fanciulli, le donne, gli anziani, i malati, gli indigenti, i lavoratori, i consumatori), alle condizioni concrete dell'esistenza. Lo scopo è quello di promuovere il disoccultamento delle differenze materiali, prima impercettibili nell'ambiente asettico delle relazioni individuo-Stato, e l'emersione degli ostacoli di ordine economico e sociale (come dice la nostra Costituzione) che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, in quanto limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Emerge così il peso e la rilevanza dei diritti sociali, dal momento che la mancanza di livelli accettabili di tutela assistenziale, sanitaria, educativa, lavorativa risulta di per sé lesiva della dignità della persona e ostativa di una piena espressione della sua personalità. Accade che tutti i bisogni umani – in quanto terreno di verifica della realizzazione della persona – sono potenzialmente espressioni della sua dignità e perciò meritevoli di tutela. Il costituzionalismo dei bisogni si apre a un costituzionalismo infinito, inesauribile, nella misura in cui non basta un'esistenza libera, ma occorre che sia "libera e dignitosa" (art. 36 Cost.), "dignitosa e indipendente" (art. 25 Carta di Nizza). Si comprende allora anche il peso rilevante acquisito in campo giurisprudenziale dalla categoria della ragionevolezza come canone ermeneutico onnicomprensivo dello Stato costituzionale contemporaneo, usato come complemento e appoggio a qualsiasi altro principio costituzionale[22], come ha sostenuto la nostra

20 S. RODOTÀ, Il diritto di avere diritti, Laterza, Roma-Bari, 2012; G.Peces Barba, *Diritti sociali: origine e concetto*, in «Sociologia del diritto», 1/2000, pp.3 e ss.

21 N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 67 e ss.

22 M. CARTABIA, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994. Come si legge nella sentenza n.85/2013 della Corte Costituzionale italiana,

Corte costituzionale. La ragionevolezza rappresenta la regola di giudizio che misura la portata di tutti i princìpi in campo sapendo che ci sono sempre più princìpi contemporaneamente in gioco; ciascuno di essi nasce limitato e "si dà insieme al suo contrario"[23]. La solidarietà dei princìpi è la base della loro stessa ponderabilità, della loro forza relativa. In secondo luogo, il peso dei diritti e della loro tutela ha un impatto considerevole sul profilo della democrazia costituzionale, intesa come la forma che la democrazia ha assunto nello Stato costituzionale. Ciascuna democrazia è il frutto di un'esperienza storica peculiare. Quella costituzionale è una democrazia che, in virtù dei suoi presupposti, avanza pretese (inusitate) anche nei confronti del potere legislativo e gli impone limiti e responsabilità. I diritti fondamentali, in quanto diritti che la costituzione concede nei confronti del legislatore, "sono posizioni che, per definizione, fondano obblighi del legislatore e limitano le sue competenze" e se, per la tutela di questi diritti, è prevista una Corte costituzionale, allora il suo intervento non solo è permesso "ma anche prescritto"[24]. Ciò vuol dire in altri termini che l'affermazione e la trasformazione dei valori fondanti e dei diritti che questi tutelano non è più rimessa solo al confronto politico, e quindi non è più nella piena disponibilità del legislatore, perché questi sono stati incorporati nel diritto positivo tramite i princìpi fondamentali[25]. Cosicché il discorso sui valori ha adesso anche un versante giuridico, fatto di interpretazione e applicazione di diritti fondamentali e princìpi.

D'altronde è insita nel corredo genetico del costituzionalismo contemporaneo l'aspirazione a neutralizzare il problema del "fondamento dei diritti fondamentali", spostando l'attenzione dal

---

"La costituzione italiana, come le altre costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (…). Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale".

23 R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri, in La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Giappichelli, Torino, 2002, p.70.

24 R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p.577.

25 L. FERRAJOLI, Iura paria. *I fondamenti della democrazia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p.14.

piano filosofico o metafisico, su cui era prima collocato in cerca di una giustificazione, al piano giuridico, dove, una volta positivizzati, i diritti non hanno più bisogno di una fondazione, ma richiedono solo individuazione, interpretazione e applicazione. Ma proprio la necessità di dover interpretare i testi costituzionali in cui i diritti sono proclamati per individuarne il contenuto e delimitarne e specificarne i limiti e le modalità concrete di esercizio fa sì che il pluralismo dei punti di vista riproponga ineluttabilmente il conflitto culturale e politico sotto forma di conflitto delle interpretazioni. E poiché nello Stato costituzionale, come abbiamo visto, il diritto è saturo di diritti e princìpi[26], ne deriva che la tensione tra la gestione giudiziaria dei diritti e le prerogative delle istituzioni rappresentative tende fatalmente a crescere, con la conseguenza che lo spazio del legislatore (e della democrazia politica) si restringe significativamente[27]. Se intesa correttamente, non si tratta però della tensione che s'instaura tra due poteri "politici" nello stesso ambito, ma della tensione interna a una logica che ammette in via simultanea e interattiva un momento autoritativo e un momento giustificativo nello stesso ambito di legittimazione democratica. Alla luce della condivisione dei princìpi fondamentali la logica giustificativa affida all'argomentazione (giuridica) la tenuta complessiva del sistema di legittimazione integrando la pura gerarchia dei poteri. Non è più (solo) questione di stabilire "a chi spetti l'ultima parola"[28], ma di mostrare la qualità argomentativa della parola.

La democrazia costituzionale richiede dunque una particolare versione del costituzionalismo, quella che promuove un controllo di costituzionalità delle leggi come elemento necessario di limitazione

26 Secondo la Corte costituzionale italiana esiste un principio di costituzionalità, che comporta che il sindacato di costituzionalità debba "coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico" escludendo la configurabilità di zone immuni dal controllo. (sentenza n.387/1996).

27 G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, cit., p.71. In termini inequivocabili Robert Alexy: "Ciò che oggi sono i diritti fondamentali, lo sono soprattutto sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale federale. La scienza dei diritti fondamentali è diventata – malgrado la controversia sulla forza vincolante delle sue decisioni – in notevole misura scienza della giurisprudenza costituzionale", R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p.37.

28 M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp, 79 e ss; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., pp.210 e ss.

del potere (democratico) pur nella consapevolezza del carattere problematico della scelta, fino a vedervi un esito dilemmatico o paradossale. Il suo concetto pertanto non può essere utilizzato indiscriminatamente per tutte le democrazie e, con ogni probabilità, non è riferibile ai modelli democratici, non meno garantisti, di ispirazione britannica (il cosiddetto modello *commonwealth* di costituzionalismo)[29], che tale strumento non considerano necessario. La scelta per un organo giurisdizionale (accentrato e/o diffuso) si giustifica solo se si assume (ciò che non si assume ad esempio da parte dei *political constitutionalists* anglosassoni)[30] che la giustizia costituzionale è in primo luogo interpretazione e applicazione di testi normativi, di diritto costituzionale vigente, e non di moralità positiva, come avrebbe sostenuto John Austin. Solo a questa condizione, che vi siano dei testi da interpretare (contenenti diritti fondamentali) e non semplici pretesti, è possibile accettare un potere autonomo di tipo giurisdizionale; se si trattasse di semplici argomenti di discussione etico-politica, non avremmo motivi validi per sovrapporre al giudizio del legislatore quello di altri soggetti che non possono vantare alcuna superiorità su di lui. Il giudizio di costituzionalità, come ogni giudizio interpretativo, si avvale di dogmatica giuridica, di precedenti giudiziali, di tecniche argomentative e anche di valutazioni etico-politiche, la cui presenza non può essere cancellata, come dimostrato dall'insuccesso di tutte le teorie formalistiche.

2. Il costituzionalismo e la democrazia

Dunque la democrazia costituzionale che pratichiamo (o che ci sforziamo di praticare) ha una legittimità doppia, ambivalente, se vogliamo, anche ambigua. Si fonda sui diritti fondamentali come sulla sovranità popolare, assumendo che i due valori possano cooperare

29 In argomento, si veda il recente L. CORSO, *I due volti del diritto. Èlite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, Torino, 2016.
30 V. OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, cit., pp.151 e ss.

più di quanto possano divergere. Vi può essere tensione tra i due poli? Certamente sì, come può esserci tra costituzionalismo e democrazia. Ma noi non intendiamo rinunciare né all'uno né all'altra. Desideriamo una democrazia che si realizzi nella promozione dei diritti fondamentali e inviolabili della persona, senza i quali quella volontà comune che consideriamo sovrana non sarebbe in realtà la volontà comune. Senza la tutela dei diritti fondamentali non c'è sovranità[31].

Ciò vuol dire anche che non è corretta l'idea dei diritti come presupposti ontologici, isolati dallo spazio storico-normativo nel quale agiscono, consegnati alla scienza aristocratica dei giuristi e della alte corti. Non si tratta di diritti umani *sic et simpliciter* ma di diritti fondamentali, inseriti nell'ordinamento costituzionale; sono frutto di elaborazione conflittuale, di applicazione e di bilanciamenti ad opera dei legislatori, dei giudici e dei giuristi. I diritti non possono e non devono diventare fattori di isolamento, di neutralizzazione politica o di frustrazione dell'energia politica dei cittadini; al contrario, possono e devono rinvigorire il legame politico attraverso la discussione pubblica, conservandolo a un livello più elevato, emancipato dal mero scontro degli interessi sempre più chiusi, egoistici e tendenzialmente incomponibili. L'abitudine a ragionare e ad argomentare in termini di diritti (e di diritto) è salutare per la democrazia e l'uso pubblico della ragione può svolgere una funzione educativa. La discussione sui diritti, a partire dall'eguaglianza, è un presupposto importante dell'unità del popolo (sempre più disarticolato e sfuggente), come generatore di appartenenza, come fattore di integrazione civile, sociale e politica. I diritti quindi non sono materia da consegnare ai giuristi: se così fosse, che senso avrebbero le battaglie condotte per la loro conquista e per la loro difesa? Pertanto nessuna democrazia, neppure quella costituzionale, può permettersi di relegare in secondo piano la partecipazione dei cittadini, come se fosse una formalità o un prezzo da pagare alla retorica dell'eguaglianza politica. La cittadinanza attiva e la titolarità dei diritti fondamentali dotati della necessaria tutela giurisdizionale rappresentano i due pilastri dello Stato costituzionale, che vivono in un equilibrio che va conservato come un bene prezioso.

31 L. FERRAJOLI, *Iura paria*, cit., pp.45-46.

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

Segnalo rapidamente solo due aspetti che evidenziano il cattivo stato salute della democrazia costituzionale: la crisi della rappresentanza politica e dei partiti e la crisi (alla prima strettamente collegata) dello Stato sociale, che sarebbe meglio definire in termini di destrutturazione. L'ascesa dello Stato sociale a partire dal secondo dopoguerra si è realizzata in stretta relazione con quella del partito di massa con "una corrispondenza e uno scambio tra prestazioni di tutela e di sviluppo sociale offerta dallo stato dei partiti e la legittimazione politica di questi ultimi"[32]. L'integrazione sociale era la funzione essenziale dei partiti: la crisi del movimento di integrazione delle classi non abbienti nel modello democratico unitamente ai processi di deformalizzazione della politica hanno sancito il loro declino inarrestabile.

Tale declino dei partiti, strumenti fondamentali di mobilitazione dell'opinione pubblica e dei cittadini[33], ha avuto un peso assai rilevante nello squilibrio del modello e nel passaggio alla postdemocrazia di stampo tecnocratico[34] oggi da più parti segnalata e che in verità non è affatto implicita nella democrazia costituzionale. Forse è implicita (o implicata) invece nelle trasformazioni della democrazia in quanto tale e in quei rischi evolutivi di cui ha parlato la scienza politica. Una storia lunga che comincia con Schumpeter e con il suo superamento

32 Così G. PALOMBELLA, *Stato dei partiti e complessità sociale*, Guida, Napoli, 1992, pp.37-38.

33 Sui rischi in termini costituzionali della depoliticizzazione della società democratica si è soffermato Maurizio Fioravanti: "Quello dei nostri Padri Costituenti, in Italia e in Europa, in pieno Novecento, era organizzata in partiti. Ora quei partiti, in quella forma, non li abbiamo più. (…) Non c'è supremazia della Costituzione senza società politica, e non c'è società politica senza stabili strumenti di partecipazione, e senza la ricerca, per quanto travagliata e problematica, di un principio di unità", M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato, I principi fondamentali della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p.50. Più in generale, cfr. D. PALANO, *La democrazia senza partiti*, Vita e Pensiero, Milano, 2015.

34 C. CROUCH, *Postdemocrazia* (2004), Laterza, Roma-Bari, 2009.

della dottrina classica della democrazia, per poi svolgersi secondo il modello della poliarchia con gli imperativi sistemici della riduzione della complessità, che hanno preso il posto della rappresentanza e della volontà popolare.

Un secondo aspetto di rilievo è dato dalla crisi del costituzionalismo sociale. Se è vero che il vecchio Stato di diritto non interventista è stato sostituito dal programma democratico di trasformazione sociale attraverso le istituzioni costituzionali, la democrazia costituzionale non può fare a meno dello Stato sociale: lo Stato sociale è, come diceva Böckenförde, "una logica conseguenza politica della democrazia"[35], perché è l'effetto della politicizzazione di ogni questione sociale. Chi mina lo Stato sociale, mina le basi della democrazia e ne sovverte il quadro materiale, perché la costituzionalizzazione della persona (che è lo stigma dello Stato costituzionale) si basa sull'indivisibilità dei diritti civili, politici, sociali ed economici. Il costituzionalismo dei diritti reclama perciò un rafforzamento dei diritti sociali sul piano teorico e sul piano pratico, se così si può dire, per uscire dalla situazione paradossale (nel senso del paradosso di Bossuet, descritto da Pierre Rosanvallon) in cui continuiamo a deplorare a parole ciò che consapevolmente generiamo nei fatti. Sul piano teorico occorre riconoscere la natura pienamente normativa dei diritti sociali, superando vecchie e discutibili distinzioni ideologiche tra diritti positivi e negativi, diritti naturali e artificiali, diritti costosi e non costosi; sul piano politico occorre ridare linfa a progetti avanzati di tutela del lavoro, della salute e dell'istruzione. Come sostenne Hermann Heller, la democrazia politica intende garantire a ogni cittadino pari possibilità di influire nella formazione dell'unità politica, ma le eccessive differenze sociali possono trasformare il *summum ius* in *summa iniuria*. Senza una ragionevole omogeneità sociale, l'eguaglianza formale può dare luogo alle più radicali diseguaglianze. Lo Stato sociale perciò lavora incessantemente all'integrazione e alla ricostruzione dell'omogeneità, riconoscendo

35 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia*, tr. it. a cura di O. Brino e M. Nicoletti, Giuffrè, Milano, 2006, p.494.

esplicitamente i diritti non di chi ha, di "chi è privo di qualcosa"[36], di chi soffre di un bisogno che ne impedisce la crescita, e chiede prestazioni pubbliche allo scopo di perseguire la propria libertà "attraverso lo Stato". Senza dubbio la destrutturazione del *Welfare* con una diminuita capacità di intervento e di controllo dell'economia finisce per privare partiti e parlamenti degli obiettivi e degli strumenti della rappresentanza e della decisione politica, accentuando la crisi funzionale degli attori politici la cui forza consisteva in buona sostanza nella capacità di conservare alla politica un dominio autonomo e un ruolo di guida dei processi economici[37]. Lo Stato sociale, nato per governare l'economia, finisce per piegarsi alle sue esigenze. La crisi economica in atto ha evidenziato il tema in modo allarmante anche e soprattutto nell'area della moneta unica europea. Le riforme finanziarie imposte ai paesi debitori colpiscono in modo particolare i diritti sociali, cioè una parte sostanziale dell'ordine costituzionale. Sebbene il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione ponga la persona "al centro della sua azione" e il Capo IV sia esplicitamente intestato al principio di solidarietà[38], si è sviluppata una prassi di consolidata disapplicazione, in violazione dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, che riconosce alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, che di fatto amputa la cittadinanza europea. In pari tempo il conflitto odioso tra paesi creditori e paesi debitori erode inesorabilmente lo spazio della solidarietà politica europea, come notò Jürgen Habermas.

36 G. PECES BARBA, *Diritti sociali*.., cit., p.44: Secondo Peces Barba si tratta di "(…) diritti di chi è privo di qualcosa; si reclama una prestazione che si giustifica come risposta a una carenza, a un bisogno che impedisce la crescita della persona"; p.49: "Diritti della persona concreta e situata in un determinato contesto in cui, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, alcune persone o gruppi vengono a trovarsi in condizioni sfavorevoli rispetto a quelle di altre persone o gruppi. Sono i diritti delle donne, dei minori, degli anziani, dei portatori di handicap, dei consumatori. Anche in questo caso si tratta di diritti che non sono diritti di tutti, degli uomini o dei cittadini, ma soltanto delle persone che hanno bisogno di essere protette".

37 M. DOGLIANI, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in «Democrazia e diritto», 1-2/2011, pp.491 e ss.

38 Al principio di solidarietà come "forma della redistribuzione intersoggettiva istituzionalizzata dallo Stato" si richiama S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p.31, sottolineando altresì l'autonoma rilevanza della solidarietà tra i principi dello Stato costituzionale (p.39). "Solidarietà va insieme a eguaglianza e a dignità della persona" per L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in «Costituzionalismo.it», 1/2006, pp.45 e ss, spec. p.52.

Sembra di poter dire che nella costruzione comunitaria ha preso corpo "un ordine naturale del mercato", che appare estraneo a quella forma equidistante dal liberalismo e dal collettivismo, che molte costituzioni (tra cui quella italiana) avevano assunto nel dopoguerra, con l'impegno di sottomettere alla costituzione tutti i poteri, anche quello economico, e francamente poco coerente con il costituzionalismo autenticamente inteso, come teoria della limitazione di tutti i poteri (non solo quelli pubblici ma anche quelli privati) e come garanzia dei diritti dei cittadini indivisibilmente considerati: diritti civili, politici, sociali ed economici. In altre parole la democrazia costituzionale sa di dover dirigere la sua attenzione allo Stato e al mercato perché sa che dall'uno come dall'altro possono venire le violazioni dei diritti della persona[39].

In tal senso la separazione tra società e Stato e tra economia e politica fa parte dello strato più profondo del costituzionalismo, "nato in opposizione allo Stato patrimoniale dell'*ancien régime* come istituzione politica separata dalla società e come sfera pubblica eteronoma rispetto ai poteri privati, a garanzia degli interessi generali e dei diritti di tutti"[40]. Ben si comprende perciò oggi il ricorso in ambito europeo e sovranazionale, anche in sede di interpretazione e applicazione dei testi fondativi, al concetto di *rule of law*. Esso è senz'altro più adatto ad affrontare le sfide della globalizzazione, in virtù della sua innata propensione giurisdizionale. Nel contempo però inevitabilmente finisce per "destatualizzare" lo Stato di diritto[41], depotenziando il suo carattere "sociale", di *sozialer Rechtsstaat* nel senso della tradizione tedesca. Nato prima dello Stato moderno e fuori di esso, il *rule of law*[42] non è partecipe

39 "Si potrebbe anche dire: la Costituzione soccorre sempre il più debole, il Pubblico quando è invaso arbitrariamente dal Privato, e viceversa", così M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato,* cit., p.46.

40 L. FERRAJOLI, *Iura paria..*, cit., p.26. "Il ribaltamento del rapporto tra poteri economici e poteri politici – non più i primi subordinate e regolati dai secondi, ma viceversa – equivale perciò al venir meno di un tratto costitutivo della modernità giuridica e politica", ibidem.

41 Così R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, il Mulino, Bologna, 2016, p.44.

42 Sul punto in questione cfr, L. FERRAJOLI, *Iura paria*, cit., pp.4-5, il quale sostiene che "il *rule of law* inglese, pur rappresentando la prima esperienza di stato di diritto in senso forte è sempre rimasto legato alla tradizione del *common law* e non perciò riconducibile a nessuno dei due modelli qui distinti di stato di diritto (…) non essendo qualificabile né come stato di diritto

del movimento di democratizzazione dello Stato (e ad opera dello Stato) che ha dominato il Novecento. Il suffragio universale ha portato dentro le istituzioni rappresentative il conflitto sociale, il progetto di mutamento dell'ordine sociale e il superamento degli ostacoli che limitano di fatto la libertà dei cittadini, che presuppone a sua volta la capacità del potere politico di farsi soggetto promotore della trasformazione, di operare le politiche redistributive alla base del riconoscimento dei diritti sociali. A differenza dello Stato sociale di diritto che ha caratterizzato nei tratti più profondi e innovativi lo Stato costituzionale contemporaneo, il *rule of law* non si coniuga fisiologicamente con i diritti sociali e rischia di dare luogo a una versione dimidiata della tutela dei diritti fondamentali. Molte decisioni importanti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Viking, Laval, Rüffert) testimoniano il carattere recessivo dei diritti sociali e della tutela del lavoro rispetto ai diritti del mercato. Non si vedono perciò le premesse per una riproduzione nell'ambito europeo, tanto meno sulla scena globale, di quell'equilibrio faticosamente conquistato all'interno degli Stati costituzionali tra diritti di libertà e diritti di giustizia. La crisi della sovranità può e deve essere letta anche sotto questo profilo.

Il governo dell'"antisovrano"[43], inteso come quel dispositivo che prova a nascondere in ogni modo il proprio esercizio del potere mascherandolo con la necessità di leggi obiettive e che si presenta appunto come ordine naturale del mercato, erode la sovranità degli Stati. Ebbene, dal punto di vista del costituzionalismo dei diritti, il ridimensionamento degli Stati è una buona notizia solo per coloro che immaginano i diritti unicamente

---

legislativo né come stato di diritto costituzionale". In altri termini il *rule of law* è una forma di limitazione del potere in senso forte, in quanto i poteri sono vincolati sia in ordine alle forme che ai contenuti, cioè al rispetto dei diritti fondamentali. Ma tale rispetto si esprime nella forma spontanea da parte di legislatore e giudici, in quanto i princìpi sono radicati culturalmente e socialmente nel comune senso civico. Tuttavia, in assenza di una costituzione formale, manca la positivizzazione dei princìpi e, di conseguenza, anche la rigidità della costituzione e il sindacato di costituzionalità affidato ad organi giurisdizionali. Nel sistema anglosassone, come spiegò ALBERT VENN DICEY (*Introduzione al diritto costituzionale*, 1885, tr. it. a cura di A.Torre, il Mulino, Bologna, 2003, p.239), il diritto costituzionale "è il risultato e non la fonte dei diritti individuali", i quali nascono dalle decisioni dei giudici che ne hanno stabilito la tutela.

43 M. LUCIANI, *L'antisovrano e le crisi delle costituzioni, in Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, pp.731 e ss.

come pretese contrapposte al potere dello Stato; se invece si conviene che i diritti rappresentino anche pretese *attraverso lo* Stato, allora bisogna ammettere che la crisi della sovranità non colpisce solo gli Stati ma anche i diritti dei cittadini mettendone a repentaglio la tutela efficace. Il costituzionalismo dei diritti richiede un potere politico democratico che assicuri questa funzione attiva, realizzatrice dei diritti sociali. Il *deficit* di tutela dei diritti sociali dell'UE è tutt'uno con un *deficit* di esercizio politico europeo, mentre sopravvive solo quello competitivo e diseguale degli Stati membri, come dimostra il confronto tra Stati creditori e Stati debitori, retto dal criterio della stretta condizionalità[44]. Come è noto, la concessione dei prestiti è condizionata all'attuazione di riforme di politica finanziaria che vanno a colpire i diritti sociali, cioè un campo essenziale dell'ordine costituzionale.

E se i diritti sociali hanno un peso rilevante nel costituzionalismo democratico contemporaneo, bisogna chiedersi quale futuro si profila per i diritti fondamentali nel tempo della crisi economica[45], o per meglio dire delle ricorrenti crisi economiche, che sembrano ormai parti integranti del nostro modello di sviluppo economico.

Sotto questo profilo gli Stati europei hanno dovuto fare un passo indietro rispetto al cammino tracciato dalle costituzioni democratiche più avanzate, se è vero che un buon "governo della legge" deve proteggere il debole dal potente, come ha sostenuto Joseph Stiglitz[46]; e ciò è dovuto anche all'impossibilità di sottoporre alle regole dello Stato sociale di diritto quei poteri economici privati che "la libera circolazione ha sottratto al controllo statale e la dimensione globale ha potenziato a dismisura"[47].

44 M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in «Materiali per la storia della cultura giuridica», XLVII, 1/2007, pp.31 e ss.

45 A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, in «rivistaaic.it», n.4/2011; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in «rivistaaic.it», n.4/2013; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in «www.consultaonline», 2012; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in «Koreuropa. Rivista elettronica del Centro di Documentazione europea dell'Università Kore di Enna», n. 1/2012, pp.83 e ss; S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo*, in «Koreuropa…», n.6/2015, pp.107 e ss; *Id, Stato e diritti sociali. Fra Costituzioni nazionali e Unione Europea*, Liguori, Napoli, 2009.

46 J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza* (2012), tr. it, a cura di M.L. CHIESARA, Einaudi, Torino, 2013, pp.303 e ss.

47 R. BIN, ult. cit., p. 54.

In definitiva, le ricorrenti crisi finanziarie portano allo scoperto un'autentica crisi costituzionale nella misura in cui si ripercuotono sulla disponibilità delle risorse pubbliche necessarie all'esercizio delle funzioni dello Stato sociale. Così lo Stato costituzionale, nato come Stato sociale e Stato dei partiti, manifestazioni di una democrazia costituzionale che coniugava libertà e giustizia sociale, mostra i segni della propria decadenza insieme con quei princìpi e valori che animano il costituzionalismo del secondo dopoguerra, inteso come "Stato sociale di diritto" secondo la formula di Forsthoff. Non si tratta perciò soltanto del fallimento di un modello politico-economico, ma della messa in discussione della costituzionalizzazione della persona e della sua dignità, cioè del presupposto irrinunciabile del sistema democratico che ci sforziamo di praticare. Quindi una crisi di diritto e di democrazia.

Appendice. La crisi dell'Europa

Già da un po' di anni si era diffusa l'idea di un momento "tocquevilleano" dell'Unione Europea. Si avvertiva la sensazione che l'istituzione europea avesse ormai superato la sua fase "aristocratica", in cui i valori fondativi erano stati assicurati mediante l'accordo elitario prima dei padri fondatori e poi dei rappresentanti dei governi, che sulla loro scia avevano continuato con sagacia un progetto lungimirante, che a un certo punto sarebbe potuto sfociare perfino in una costituzione europea[48]. Perché Tocqueville? Perché il vecchio liberalismo, quello dei Guizot e dei Royer Collard, aveva inteso raccordare uguaglianza e aristocrazia politica: una società civile egualitaria, fondata sull'universalità dei diritti individuali, e una società politica elitaria, basata sui meriti, sulle qualità, sul censo, tenuta rigorosamente al riparo da quella democrazia sempre pericolosa - "violenta e bancarottiera", diceva Royer Collard – eversiva delle libere istituzioni. Sarà Tocqueville, liberale di specie nuova, a prendersi il compito di rielaborare le categorie della libertà con l'affermazione della

48 K. NICOLAÏDIS, *UE: un moment tocquevillien*, in «Politique étrangère», 3/2005, pp. 497 e ss.

democrazia come destino dei popoli civili.
Già da un po' di anni ci si chiedeva dunque se fosse giunto il momento tocquevilleano. Sembrava evidente che il processo di integrazione, largamente affidato alla prassi intergovernativa e scandito dal progressivo raggiungimento di risultati comunemente reputati importanti dal punto di vista economico e giuridico, non potesse proseguire "senza che i cittadini se ne accorgano", per citare Dahrendorf, ovvero senza che, mediante un adeguato investimento ideale, si affrontasse il livello della rappresentanza politica e della partecipazione democratica necessarie a un'autentica cittadinanza europea. Era già chiaro che la costruzione europea, cresciuta a piccoli passi, diventava ormai un problema politico, con l'esigenza non più rinviabile di superare l'approccio empirico e di darsi una dimensione sociale e politica. Era arrivato il momento di stabilire in altri termini cosa si voleva diventare.
A piccoli passi ci si è spinti fino alla moneta comune, sempre nell'ottica dei cosiddetti "dispositivi inducenti", vale a dire secondo la solita logica progressiva e incrementale[49]. Così come era stato per i diritti, dove si era sperato che, partendo da una Carta dei diritti fondamentali (2000), avremmo indotto il processo di costituzionalizzazione dell'Unione, si è pensato allo stesso modo che dove c'era una moneta comune avremmo potuto costruire un sistema economico-sociale comune. L'Europa ha camminato a lungo con forme di legittimazione diverse da quella democratica, con legittimazioni di tipo negoziale, propria del diritto internazionale, e di tipo funzionale, capace di "portare risultati". Era un'Europa che si muoveva dentro i confini dei trattati e dava la sensazione di poter sempre e solo aggiungere qualcosa agli Stati, senza togliere niente a nessuno. Non era così naturalmente, ma questa era la percezione. Eravamo perciò tutti europeisti. Anche nella politica nazionale l'Europa era la stella polare. Dopo la caduta del muro di Berlino l'Unione Europea era divenuta il punto di riferimento ideale, culturale e politico. Poi diventerà più modestamente "il vincolo esterno". E oggi per molti "il nemico esterno".

49 La nozione di "dispositivo inducente" è messa a fuoco da A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, FrancoAngeli, 2016.

Cosa è avvenuto di nuovo nel frattempo? È accaduto che tra le speranze inducenti e i traguardi attesi si è frapposta la crisi finanziaria ed economica, la crisi dell'euro e la crisi politica dell'Europa dovuta alle scelte di *governance* nella gestione della crisi medesima. Tutti i nodi vengono al pettine. Aggiungeva Leonardo Sciascia: quando c'è un pettine. E qui sembrava che il pettine non ci fosse, finché non si è materializzato sotto forma di crisi economica, la più terribile dal dopoguerra. La gestione della crisi ha segnato la fine dei dispositivi inducenti, ha svelato il *deficit* di solidarietà tra i Paesi membri e il ritorno alle logiche intergovernative con la divisione tra Stati virtuosi (creditori) e Stati inaffidabili (debitori)[50]. Per non dire della gestione dei flussi migratori, che si è rivelato un altro importantissimo banco di prova della scarsa tenuta solidale dell'Europa. Per di più le strategie con le quali la crisi è stata affrontata hanno finito per innescare una contro-storia relativa all'Unione nel suo complesso, una contro-narrazione che non è quella scritta nel Preambolo del Trattato, che parla di "un'unione sempre più stretta tra i Paesi aderenti", ma che oggi riflette e fa riflettere sull'impronta geneticamente liberista del progetto europeo fin dalla sua origine, su cui per molto tempo era sembrato lecito sorvolare. Oggi che la perdita della sovranità monetaria senza una logica solidale in termini di politica sociale e fiscale lascia indifesi i Paesi "periferici", si parla diffusamente dell'euro come del "cavallo di Troia" della finanza internazionale per l'affermazione di un progetto neoliberista penetrato dentro le mura sotto le sembianze di un'unione più stretta.

Che fare adesso? Qual è la nostra prospettiva ora che il progetto europeo è al cospetto dei popoli, che per la prima volta possono fermarlo riportando indietro l'orologio della storia? La vecchia domanda sulla forma politica europea si ripropone oggi con un'urgenza mai così allarmante. La crisi di cui ancora soffriamo, crisi economica, sociale e politica, è tale da farci comprendere che ormai il coinvolgimento reale dei cittadini è stato portato così avanti che non è più possibile gestirlo con le vecchie logiche oligarchiche eterodirette.

50 A. GUAZZAROTTI, *cit.*, p.28 e ss. Sulla crisi europea come crisi del principio di solidarietà, S. GIUBBONI, *Solidarietà,* in «Politica del diritto», XLIII, 4, 2012, pp.525 e ss, spec. pp.547 e ss.

Come si sa, il diritto dell'Unione è in gran parte un diritto giurisprudenziale, nato dall'affidamento alla Corte di Giustizia di una funzione nomofilattica stabilita dal Trattato di Roma. Tale versante giudiziale si è sviluppato senza grandi ostacoli, fino a costruire un nuovo ordinamento del tutto inedito, basato sulla tutela anche sovraesposta dei diritti di libertà e di proprietà, intesi quasi come diritti naturali, mentre il versante politico-democratico si è mantenuto in larga parte nei confini tradizionale del diritto dei trattati.

Ma fino a che punto è possibile costruire un ordine europeo su una sola gamba, ossia solo sul versante dei giudici? La sensazione è che siamo giunti al punto-limite oltre il quale non si può procedere per via incrementale o funzionale, cioè non si possano accrescere ancora le competenze dell'Unione e disapplicare il diritto nazionale, né cedere altre quote di sovranità. Per costruire una prospettiva credibile occorre rafforzare l'altra gamba, quella debole. Cominciando dalle condizioni per uno spazio di dibattito e di conflitto democratico dentro le istituzioni europee, per il quale servono strutture di sostegno che al momento risultano troppo fragili. Il riferimento non è al conflitto tra i Paesi, ma al conflitto democratico tra i cittadini dell'Unione, cioè all'attivazione delle condizioni di quel conflitto sociale e di quel pluralismo costituzionalmente regolato, che rappresentano il frutto più maturo dello Stato costituzionale contemporaneo e di quelle "tradizioni costituzionali comuni", non riducibili alle libertà del mercato, al libero movimento delle persone, dei capitali, dei beni e delle imprese. Le tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri sono state oggetto di un rinvio molto selettivo, da cui è risultata un'interpretazione riduttiva e amputante.

Se lo scopo principale della democrazia costituzionale è stato "quello di istituzionalizzare il conflitto sociale tra capitale e lavoro e di governarlo con gli strumenti della democrazia rappresentativa", il diritto sovranazionale invece "ha inteso soprattutto regolare i conflitti connessi all'interdipendenza economica degli Stati membri e alla circolazione dei fattori di produzione, in vista della promozione di assetti di

mercato efficienti"[51]. Di modo che rimaneva sommerso il contrasto tra la dimensione economica, fatta oggetto di politiche di integrazione, e quella sociale, lasciata agli Stati e abbandonata alle inevitabili differenze. Il genoma plurale dell'ordinamento europeo ha privilegiato lo strumentario teorico liberista[52] con conseguente insonorizzazione dei conflitti sociali che gli Stati nazionali avevano faticosamente portato in evidenza. È stato il suffragio universale a portare dentro le istituzioni rappresentative il conflitto sociale; è stata la costituzione rigida a incorporare il progetto di mutamento dell'ordine sociale e il superamento degli ostacoli che limitano di fatto la libertà dei cittadini, che presuppone a sua volta la capacità del potere politico di farsi soggetto promotore della trasformazione, di operare le politiche redistributive alla base del riconoscimento dei diritti sociali. Come è stato possibile lungo il secolo scorso garantire l'equilibrio tra sviluppo industriale, inclusione sociale, tutela del territorio e difesa delle istituzioni democratiche? È stato possibile attraverso la politica, con il potere della politica. A un certo punto però, sull'onda della globalizzazione, si è diffusa l'idea che la politica non servisse più a tale scopo, anzi fosse di ostacolo alla realizzazione degli obiettivi che l'economia globalizzata poteva raggiungere autonomamente, un ostacolo al pieno dispiegamento del potenziale dell'economia.

Di conseguenza il progetto d'integrazione si è edificato sui diritti di libertà economica, potenziandoli ad un livello ormai sovralegislativo, e ha trascurato i diritti sociali e la loro propria forza di integrazione. Anche la Carta di Nizza ha goduto di un eccessivo ottimismo in ordine alle sue potenzialità in un contesto rivelatosi incapace di compensare gli squilibri economico-sociali. Basti guardare altresì alla discussione sulla cosiddetta "tutela multilivello", che propugna il principio della massima intensità della tutela dei diritti in un sistema formato da diversi livelli di Carte e di giurisprudenze. Ma il presupposto di questa tutela è la coassialità

51 Così, in termini del tutto condivisibili, A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 42.

52 Sul punto ancora A. SANDULLI, cit., p. 54. Si vedano anche le considerazioni seguenti sullo scivolamento del diritto europeo verso l'economia e la finanza, alle pp.62 e ss.

dei sistemi, come è stato autorevolmente sostenuto di recente[53]. Cioè è necessario che la tutela si realizzi mediante cerchi concentrici coassiali, "ruotanti intorno allo stesso asse di principi e valori fondamentali"[54]. Ebbene, un tale presupposto non c'è. La Costituzione italiana, la CEDU (Carta europea dei diritti dell'uomo) e la Carta di Nizza, incorporata nel Trattato di Lisbona, non sono coassiali. I loro punti di bilanciamento, come si dice quando si parla di tutela dei diritti fondamentali, non sono allineati, perché non si riferiscono allo stesso sistema di diritti. E ciò è dovuto alle diverse origini, alle ragioni genomiche che hanno guidato i passaggi fondativi dell'UE, dal piano Marshall, amministrato dall'ECA, alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), ben prima del Trattato di Maastricht, sempre coerentemente improntate a uno spirito liberista. La tecnocrazia è stata una decisione preliminare, volta a promuovere stabilità monetaria, contrazione della spesa pubblica e politiche fiscali di incentivo a profitti e investimenti, ben prima dell'istituzione della moneta unica.
Ma è del tutto inutile compiacersi ora delle "originarie contraddizioni del disegno dell'Unione", cui magari imputare le colpe della crisi attuale[55]. Che l'integrazione europea sia sempre stata orientata alla realizzazione del mercato non vuol dire che debbano esistere solo diritti del mercato. E la storia ce lo dimostra: si è via via affermata la tutela di diritti anche diversi, come l'ambiente, la lotta all'inquinamento, la sicurezza dei consumatori, il divieto di lavoro minorile e quant'altro. Nulla vieta che si possano proteggere anche altri diritti, come il livello salariale minimo, la sicurezza del posto di lavoro, il trattamento pensionistico, sui quali si sta consumando la "decostituzionalizzazione" dell'Unione Europea[56]. Non

53 R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 69 e ss.
54 Ivi, p.69.
55 C. MARGIOTTA, *Il diritto della crisi europea e la crisi del diritto europeo, in Europa: diritto della crisi e crisi del diritto. Austerità, diritti, cittadinanza*, a cura di C. MARGIOTTA, il Mulino, Bologna, 2018, p.12.
56 Nel novembre 2017 a Göteborg è stato approvato l'*European Pillar of Social Rights.* È articolato in tre capitoli: I Eguali opportunità di accesso al mercato del lavoro; II Eque condizioni di lavoro; Cap.III. Protezione sociale e inclusione. La direzione è quella giusta, in quanto si pone l'obiettivo di equilibrare le priorità economiche e le performance sociali dell'UE, di ridurre lo squilibrio tra dimensione economica e dimensione sociale del processo di integrazione e affrontare per questa via il crollo della percezione di legittimità dell'Unione, aggravatosi a seguito

lo vieta il mercato in sé, che è una pura costruzione artificiale, senza alcun fondamento "naturale". Semmai lo vieta una certa ideologia del mercato, che vuole collocarlo al di sopra di tutto, delle stesse istituzioni democratiche, come se fosse l'unico elemento unificante, alla luce di una logica contromaggioritaria presa in prestito curiosamente dalla teoria costituzionalistica. Così come i princìpi supremi dell'ordinamento costituzionale sono così preziosi che vengono messi al riparo dalle deliberazioni politiche, se è il libero mercato che va salvaguardato ad ogni costo, allora non si può che sottrarlo alle regole delle istituzioni democratiche.

Averlo inteso in questi termini oppure continuare ad intenderlo in questi termini, in senso antagonistico rispetto a politiche efficaci di redistribuzione della ricchezza, significa riprodurre sulla scena europea la logica del vecchio liberalismo (cioè l'insonorizzazione del conflitto), che teneva separati l'ordine economico, inteso come garanzia di civiltà, e il conflitto sociale, inteso come fonte di disordine civile e politico. Una logica che le costituzioni democratiche hanno faticosamente superato aprendo le porte delle istituzioni politiche al pluralismo attraverso il suffragio universale e il riconoscimento dei diritti sociali. Ora si tratta di rifare lo stesso percorso dentro le istituzioni europee. Non è facile ma è necessario, se vogliamo tornare a guardare con fiducia al futuro

---

della crisi economica, della Brexit e della difficile gestione dei flussi dei migranti. Lo scopo è quello di promuovere una convergenza sociale verso l'alto dei Paesi dell'eurozona e poi dell'UE e dare forma a un modello di *welfare* europeo, che possa ispirare tutte le politiche nazionali. Ma affinché il PESR possa tradursi in qualche risultato tangibile, serve una volontà politica che sembra carente sia da parte degli Stati nazionali sia da parte della Commissione europea.

Sul piano teorico c'è qualcosa in più anche rispetto alla Carta di Nizza. C'è il diritto a un eguale accesso alla protezione sociale per tutti i lavoratori, a prescindere dal tipo di lavoro, il diritto ad avere salari equi, che garantiscano standard di vita dignitosi e il diritto per i minori svantaggiati a un percorso di formazione e inserimento, il reddito minimo e le prestazioni di disoccupazione. Però nel contempo il *Preambolo* (i punti 18 e 19) ricorda che lo scopo del *Pillar* non può che essere naturalmente limitato ai "poteri e compiti attuali dell'Unione, come conferiti dai Trattati", senza implicarne una possibile estensione. Si precisa che le misure adottate devono rispettare le differenze culturali e socio-economiche dei diversi Stati membri, nonché la sovranità nell'ambito delle politiche sociali e non devono mettere in discussione gli equilibri finanziari degli Stati medesimi. Si profila quindi il solito rischio di inconsistenza, di incapacità di produrre effetti concreti nel breve-medio periodo, finendo per accendere speranze che vengono poi disattese.