

*Sul “neocostituzionalismo” di Susanna Pozzolo**

di Mario Perini**

SOMMARIO: 1 – *Cenni introduttivi*. 2 – *Il contenuto del libro*. 3 – *Alcuni dubbi*. 4 – *Alcuni possibili sviluppi*. 5 – *Una questione aperta*.

1. *Cenni introduttivi*

La recente monografia di Susanna Pozzolo¹, uscita per la serie teorica di “Analisi e diritto” della Giappichelli, riveste un grandissimo interesse per gli studiosi e i cultori del diritto positivo i quali si vedono facilitati nella lettura dall’approccio analitico proprio della scuola genovese – quella di Giovanni Tarello, per intendersi – alla quale l’autrice è legata. Molti utili spunti ne può trarre l’operatore giuridico al pari di colui che per esigenze scientifiche voglia farsi un quadro delle tendenze giuridiche al momento più in voga.

L’opera affronta temi di grandissima attualità nel campo del diritto pubblico, ma non solo di questo. Essa vuole essere una ricostruzione sistematica di un modello teorico che effettivamente risulta molto diffuso nella giuspubblicistica contemporanea², ma che finora era stato esaminato solo con riferimento a singole sue tesi senza averle ricomposte all’interno di un tratteggio unitario. È proprio dall’analisi di questi aspetti puntuali che muove l’autrice per accertare l’esistenza di un modello coerente sottostante. L’esame si concentra in particolare su tre autori: due giusfilosofi (Carlos Nino e Robert Alexy) e un giuspubblicista, attualmente membro della Corte costituzionale italiana (Gustavo Zagrebelsky).

Il modello teorico che viene delineato è quello che l’autrice denomina “neocostituzionalismo”, per distinguerlo dal Costituzionalismo tout court, e che si caratterizza per la convinzione dell’impossibilità di un approccio scientifico allo studio e alla pratica del diritto, per l’idea della superiorità assiologica della Costituzione, per il fondamentale rilievo rivestito dai “valori” nei sistemi costituzionali contemporanei, per l’importanza sempre crescente dei “poteri neutri” – e primo tra tutti il giudiziario – nella dinamica istituzionale contemporanea.

La tesi sostenuta dall’autrice riguarda due aspetti strettamente connessi tra loro: da un lato, l’opportunità di coniugare (anzi la logica complementarietà tra³) il

* Il testo riproduce, con alcune modifiche, la relazione tenuta in occasione del I Seminario dei giovani ricercatori di Filosofia del diritto, dal titolo “Teoria del diritto e del ragionamento giuridico”, svoltosi a Palermo il 12/4/2002.

** Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela internazionale dei diritti fondamentali (XIII ciclo); assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Economiche e di Governo dell’Università degli Studi di Siena, Via Mattioli 11, 53100 Siena; tel. 3382116609; e-mail: mperini@unisi.it

¹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.

² Cfr. A. Longo, *Valori, principi e Costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in “Diritto e società”, 2002, pp. 75-77 e bibliografia ivi citata.

³ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 35 e 147.

metodo positivista e qualunque forma di costituzionalismo che si voglia mantenere nelle linee del garantismo dal quale originariamente è sorto; dall'altro lato, il pericolo che il neocostituzionalismo, evidenziando istanze extragiuridiche (moralì), abbandonando il metodo positivista e valorizzando la funzione di soggetti operanti al di fuori del circuito democratico che trovano la loro legittimazione nelle conoscenze tecniche di cui sono depositari e nelle modalità procedimentali della loro azione, possa evolvere o venga applicato in modo antiliberal e antipluralista.

2. *Il contenuto del libro*

Il libro parte da tre aspetti specifici che emergono negli scritti di autori tra loro molto distanti per formazione, interessi e provenienza. Sebbene l'esame si concentri, per quanto riguarda il diritto pubblico italiano, sull'opera di Zagrebelsky – con brevi incursioni negli studi di Mortati, Crisafulli, Paladin, Dogliani e Bin –, colpisce il lettore, che non sia proprio del tutto all'oscuro della dottrina e della giurisprudenza costituzionali, quanto i profili messi in luce e soprattutto le loro applicazioni concrete siano profondamente diffuse nella cultura giuridica pubblicistica contemporanea.

Il primo aspetto trattato attiene ai "principi", alla loro diffusa utilizzazione da parte dei "neocostituzionalisti" e alla distinzione che di essi viene fatta rispetto alle regole (cap. II). Il secondo profilo riguarda i modelli di interpretazione dei testi giuridici, ed in particolare della Carta costituzionale, fatti propri dai neocostituzionalisti (cap. III). In particolare, viene rilevato come gli autori riconducibili a questa dottrina evidenzino l'impossibilità o comunque l'inadeguatezza di un approccio avalutativo al diritto e di conseguenza ritengano più corretta la ponderazione – il bilanciamento, nel linguaggio della Corte costituzionale – rispetto alla sussunzione e, però, cerchino di limitare la discrezionalità dell'interprete, derivante dal metodo adottato, riconoscendo efficacia giuridica vincolante ai valori (principi) contenuti nella Costituzione. Infine, l'autrice esamina l'idea di Costituzione che anima gli esponenti del neocostituzionalismo e le ricadute che questa idea ha sulla funzione giurisdizionale (cap. IV). In particolare, viene rilevato come il neocostituzionalismo tenda a rimettere l'attuazione dei valori costituzionali ai poteri neutrali e, primo tra tutti, a quello giurisdizionale. Quest'ultimo, però, è ancora organizzato secondo gli schemi ottocenteschi quando si era convinti che il giudice fosse "la bouche qui prononce les paroles de la loi", con la conseguente assoluta irresponsabilità delle sue azioni.

Dall'analisi di questi tre profili, l'autrice ricostruisce l'esistenza di una dottrina unitaria e coerente denominata appunto neocostituzionalismo, la quale si farebbe portatrice, in particolare, di una teoria (di un insieme di teorie) dell'interpretazione e di una teoria (un insieme di teorie) sulle fonti del diritto. Punti salienti della dottrina sarebbero costituiti da⁴: 1) una nozione di Costituzione riconducibile al "modello precettivo della Costituzione concepita come norma" – secondo la terminologia di Dogliani⁵ – vale a dire di un'insieme di norme giuridiche positive e

⁴ *Idem*, pp. 126-127.

⁵ M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 14-15.

fondamentali rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento. Queste regole sono costituzionali in ragione del loro specifico contenuto e non solo per la forma che rivestono (cfr. art. 16, Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789), la loro superiorità, cioè, dipende dal particolare valore che esprimono⁶; 2) la presenza nella Costituzione non solo di regole sulla produzione, ma soprattutto di norme esprimenti valori, in precedenza di esclusiva pertinenza della morale⁷; 3) la Costituzione sarebbe, dunque, assiologicamente superiore alle altre norme⁸ e costituirebbe il fondamento dell'intero ordinamento giuridico⁹; 4) la pervasività della Costituzione rispetto all'intero ordinamento giuridico o, detto altrimenti, la "costituzionalizzazione dell'ordinamento"¹⁰; 5) una distinzione qualitativa in senso forte tra regole e principi – questi ultimi espressione di valori¹¹; 6) la considerazione della Costituzione come norma diversa dalle altre e dunque da interpretare secondo modalità diverse e da parte di un giudice ad hoc¹²; 7) la volontà di limitare, da un lato, i poteri del legislatore – e dunque i pericoli derivanti dalla democrazia maggioritaria – e, dall'altro, la discrezionalità dell'interprete¹³; 8) la centralità negli ordinamenti contemporanei della funzione giurisdizionale al fine di realizzare questi ultimi obiettivi¹⁴ e la qualificazione della Corte costituzionale come vero sovrano, vale a dire il «gestore del costituzionalismo moderno»¹⁵.

Secondo l'autrice, questi caratteri del neocostituzionalismo farebbero dubitare della possibilità di ricondurre questa nuova dottrina 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 del discorso morale (valori e principi) spingerebbe a classificare questa dottrina come una nuova forma di giusnaturalismo. Ma, soprattutto, sarebbe pericolosa e controproducente la critica mossa dal neocostituzionalismo al metodo positivista, cioè a quel modo di approcciarsi al diritto come se fosse materia di una vera e propria "scienza" la quale richiederebbe di poter distinguere tra conoscenza e oggetto della conoscenza, tra discorso normativo e discorso descrittivo: «il costituzionalismo non solo è complementare al positivismo giuridico [metodologico], ma lo necessita. Esso, infatti, se vuole essere un mezzo efficace ai suoi scopi dichiarati di limitazione del potere e di tutela delle libertà, necessita di conoscere cosa il diritto è per poi proporre come dovrebbe essere strategicamente modificato»¹⁶. Se si contamina il diritto con la morale – in particolare, quella universale o individuale¹⁷ – e si esclude la possi-

⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 24-26; 34 e 38.

⁷ *Idem*, pp. 61, 147, 155 e 159.

⁸ *Idem*, p. 91.

⁹ *Idem*, pp. 105 ss.

¹⁰ *Idem*, cap. IV. In senso analogo vi è stato chi ha parlato di "pancostituzionalizzazione" dell'ordinamento: A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., p. 134.

¹¹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 45 ss.

¹² *Idem*, pp. 76 ss. e 100 ss.

¹³ *Idem*, pp. 34, 75 e 81.

¹⁴ *Idem*, cap. IV.

¹⁵ *Idem*, p. 104.

¹⁶ *Idem*, p. 147.

¹⁷ Su questi concetti, cfr. ad es., S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 152-159.

bilità di conoscere cosa “oggettivamente” sia il diritto, si viene ad attribuire poteri illimitati all’interprete e a permettere il prevalere di alcuni valori su altri.

3. *Alcuni dubbi*

Gli spunti offerti dalla lettura del libro della Pozzolo sono moltissimi e sembra dunque opportuno cominciare con alcune indicazioni critiche.

3.1. Anzitutto, non sembra di poter condividere una delle principali tesi di fondo del libro della Pozzolo, almeno nella formulazione acritica offerta dall’autrice. La scrittrice sostiene che quel particolare aspetto del positivismo, detto – con terminologia derivata da Bobbio¹⁸ – “metodologico”, non solo sarebbe essenziale per il costituzionalismo di matrice garantista, ma lo necessiterebbe logicamente. Pertanto, la critica neocostituzionalista a questo metodo risulterebbe profondamente inopportuna e contraria al fine (garantista) che lo stesso neocostituzionalismo si sarebbe prefissato.

Ciò che forse avrebbe meritato un maggiore approfondimento è l’acritica accettazione proprio della possibilità e della praticabilità di una metodologia positiva nei termini presentati da Bobbio. Tale convinzione trova forse la sua origine proprio in concezioni del modo di accostarsi al diritto che la stessa Pozzolo ritiene “vetero-positiviste”¹⁹, le quali non poco hanno contribuito a impedire di comprendere l’evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei e che sembrano ormai costituire delle vere e proprie “tesi caricaturali”²⁰.

I dubbi relativamente a questa acritica accettazione della metodologia positivista così come alla possibilità, praticabilità e utilità di un approccio “scientifico” al diritto che richiede di studiarlo in modo avalutativo e descrittivo, sono stati sollevati da esponenti della stessa scuola positivista²¹. In modo molto netto, ad esempio, 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

¹⁸ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.

¹⁹ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 142.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Per tutti cfr. U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Napoli, ESI, 1997. Con riferimento a posizioni parzialmente o totalmente al di fuori del positivismo giuridico, si possono invece richiamare: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 164 ss.; D. Zolo, *Il principato democratico*, Milano, Feltrinelli, 1996, pp. 41 ss.; P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2001, 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).

“descrittiva”. Questa idea bobbiana dell’avalutatività della scienza giuridica rappresenta un lascito, a mio parere indifendibile»²².

In modo meno netto, ma con grande dovizia di argomenti è stato Uberto Scarpelli nel 1965 a mettere in luce i limiti a 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. 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»²³.

Non ci sarebbe motivo di richiamare le tesi dello Scarpelli, se non fosse che, con riferimento al libro della Pozzolo, sembra trovare conferma che «perfino i giusfilosofi analitici italiani prestano nel migliore dei casi alle tesi di Scarpelli e al libro in cui egli le esprime, Cos’è il positivismo giuridico, l’omaggio formale di una menzione in nota e passano oltre»²⁴. Ciò, ovviamente, non sta a significare che le tesi dell’uno sono da preferire a quelle dell’altra, ma solo che a seguito delle convincenti critiche alla metodologia positivista espresse da diversi filosofi che continuano a muoversi nell’alveo del positivismo giuridico, l’accettazione di quella metodologia richiederebbe quantomeno di tenerne in conto e di tentare di fornire degli argomenti in contrario.

L’affermazione in base alla quale 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-giuridici²⁵, si fonda proprio su scelte di natura extra-giuridica o comunque metasistemica²⁶. 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 (nella 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 dunque mettendo da parte le proprie ideologie e le proprie convinzioni, se non ampiamente giustificata, potrebbe costituire una pericolosa mistificazione. In questo modo,

²² L. Ferrajoli, *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. Gianformaggio – M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 361.

²³ M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, in U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., p. 28.

²⁴ M. Jori, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo*, cit., p. 25.

²⁵ Ad es., S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 144.

²⁶ U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., pp. 128-129; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 200-1; F. Bilancia, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 307.

infatti, il giurista, da un lato, si deresponsabilizza²⁷, quando invece proprio per il ruolo che riveste dovrebbe agire nella maniera più trasparente possibile rendendo palesi le sue scelte di fondo, dall'altro, con tutta probabilità, non fa altro che prendere per buono ciò che passa il convento aderendo, senza dirlo apertamente, alle scelte politico-ideologiche sottostanti al sistema giuridico di riferimento²⁸.

Ciò, inoltre, comporta anche un grave danno alla stessa "conoscenza" del diritto. Se, infatti, l'osservatore, osservando i fenomeni che studia, vi influisce²⁹, dovrebbe aver ben chiaro e soprattutto – se vuole essere "imparziale" – rendere palese il verso della sua influenza su quei fenomeni³⁰. Ciò non significa che la "scienza" giuridica possa essere coltivata solo da militanti di qualche genere di partito politico-ideologico, ma che proprio il "rigore scientifico" esige di mettere in luce e giustificare le proprie scelte di fondo suscettibili di incidere sullo studio e sull'applicazione del diritto³¹.

Tali convinzioni potranno anche consistere nella correttezza e utilità di un approccio metodologico positivista al diritto, ma pur sempre sarà necessario giustificare le scelte politico-ideologiche che ne sono alla base fornendo adeguati argomenti contrari alle critiche ad esso mosse.

Si tratta di cose molto note e dibattute tra i teorici e filosofi del diritto, ma che stentano a penetrare nella pratica del diritto dove sono ancora in molti coloro che danno per scontato che possa esistere un giudice "bocca della legge" o che sia comunque possibile un approccio "scientifico" al diritto³². Ciò non esclude che queste tesi possano essere scientificamente sostenute, ma ciò necessiterà di un ampio apparato giustificativo che tenga in debito conto delle critiche sollevate dai suoi detrattori.

²⁷ Questo pericolo è evidenziato, in tutt'altra prospettiva, proprio da S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 86.

²⁸ 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 giuridico*, cit., p. 212.

²⁹ 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», S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 58.

³⁰ Cfr. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, pp. IX-X, 209 ss. e 323 ss.

³¹ 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 giuridico*, cit., p. 211.

³² Si tratta di due aspetti distinti – l'uno relativo alla metodologia positivista, l'altro consistente in una tesi della teoria positivista -, ma che spesso dai pratici e dalla dogmatica del diritto – non anche dai teorici del diritto, tra i quali non sembra più esservi nessuno che crede in un giudice "bocca della legge" – vengono accomunati. Tra questi due aspetti non sembra esistere una dipendenza logica di tipo biunivoco. Peraltra, la tesi del giudice mero esecutore – "potere nullo" – sembrerebbe ammissibile solo ammettendo che il diritto possa essere conosciuto in modo avalutativo.

Pertanto, rimproverare al neocostituzionalismo di aver abbandonato la metodologia positivista – oltretutto proprio per le ragioni espresse dagli stessi filosofi positivisti – senza fornire la perdurante validità scientifica di quella metodologia pare risultare proprio in una accettazione acritica di tesi “vetero-positiviste”. Ritenere che possa esistere un giudice che sia “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” sembra essere una banalizzazione al pari del sostenere la possibilità di descrivere il diritto “per quello che è” e non per quello che l’osservatore sostiene (in modo argomentato) che sia.

In definitiva, il neocostituzionalismo, e penso soprattutto all’opera di Gustavo Zagrebelsky³³, ha avuto il grandissimo merito di divulgare tra gli studiosi di diritto positivo ciò che ormai da anni circolava tra le fila dei filosofi e in particolare tra i giusfilosofi, e cioè che non può esistere un osservatore assolutamente distaccato dal fenomeno che egli osserva; l’osservazione di un fenomeno influisce necessariamente sul fenomeno stesso.

3.2. Oltre all’acritica accettazione del metodo positivista, un’altro aspetto del libro della Pozzolo, che avrebbe forse meritato una più diffusa riflessione, riguarda la ricostruzione dei due modelli messi a raffronto: il “positivismo giuridico” e il “neocostituzionalismo”.

È risaputo che non esiste il positivismo giuridico, ma tanti quanti ne sono gli esponenti³⁴. Anche volendo fornire una definizione esplicativa³⁵ unitaria di questa corrente giusfilosofica occorre tenere conto, proprio secondo l’autrice³⁶, quanto meno di tre aspetti: il positivismo come metodo, il positivismo come teoria, il positivismo come ideologia³⁷. Si tratta, almeno secondo colui che 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. Accogliendo la tripartizione bobbiana, la Pozzolo deve, dunque, ammettere che: a) si può essere positivisti senza dover per forza accettare il metodo positivista; b) di conseguenza, il rifiuto del metodo positivista di per sé solo non comporta l’impossibilità di qualificare come positiviste certe posizioni dottrinali.

L’autrice, se nelle prime pagine del suo libro sembra avere ben chiari questi argomenti e, discutendo della compatibilità tra (neo)costituzionalismo e positivismo giuridico, precisa che il riferimento viene fatto a quello metodologico³⁸, successivamente sembra far coincidere pienamente, senza fornire spiegazione alcuna,

³³ Non solo *Il diritto mite*, ma anche *La Giustizia costituzionale* nonché altri interventi su diverse riviste, da *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione* del 1970 (in “Giurisprudenza costituzionale”) a *La dottrina del diritto vivente* del 1986 (sempre in “Giurisprudenza costituzionale”).

³⁴ Ad es., cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 125 ss.

³⁵ Su tale concetto, cfr. U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., pp. 14-16.

³⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., ad es., p. 1 e 143-144.

³⁷ È sufficiente il rinvio a N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* cit., in part. pp. 279 ss. In senso parzialmente difforme, cfr. U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, cit., in part., pp. 73 ss.

³⁸ Cfr. ad es., S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 9.

il metodo positivista con il positivismo *tout court*³⁹. Una volta giunti alla fine del libro, l'impressione che il lettore – almeno quello un poco frettoloso – ne trae è che l'incompatibilità tra neocostituzionalismo e metodologia positivista comporta l'impossibilità di qualificare questo nuovo movimento come positivista, o comunque come positivista almeno per alcuni suoi aspetti. Dunque, una conclusione parzialmente in contrasto con le premesse generali da cui la scrittrice prendeva le mosse: la possibilità, cioè, che una dottrina possa essere ricondotta al positivismo giuridico pur non aderendo a tutti quanti i suoi diversi aspetti.

Passando al "neocostituzionalismo", la definizione offerta dalla Pozzolo risulta probabilmente del tutto convenzionale. L'impressione è che si tratti di "un obiettivo polemico costruito ad hoc"⁴⁰ elaborato utilizzando tesi provenienti da autori spesso molto distanti tra loro. Non solo non esiste autore che sostenga tutte le tesi indicate dall'autrice come esponenti il modello neocostituzionalista⁴¹ – ciò significherebbe ben poco, tenuto conto che si tratta della ricostruzione di un modello teorico-, ma soprattutto quest'ultimo, così unitariamente formulato, non è utile per comprendere le posizioni di ciascun singolo autore, producendo per converso, in determinati casi, proprio l'effetto di confondere le acque.

Secondo l'autrice, infatti, esiste incompatibilità tra neocostituzionalismo e positivismo giuridico: lo starebbe a dimostrare, ad esempio, la confusione che viene fatta tra discorso morale e discorso giuridico⁴² e in particolare l'introduzione della morale fra le fonti del diritto. 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 assolutamente che venga introdotta la morale tra le fonti del diritto. I valori di cui parla Zagrebelsky erano sì morali, in passato, ma ormai positivizzati in Costituzione⁴³. Se di morale si vuole parlare si tratta di una morale positiva o convenzionale, ma non certo della morale individuale o universale⁴⁴. Si tratta cioè di standard morali positivizzati che lo stesso positivismo ottocentesco annoverava nel materiale giuridico di un ordinamento (ad es., i concetti di "buona fede", "ordine pubblico", ecc.).

Ciò che alcuni neocostituzionalisti mettono in luce è che tali valori pur positivizzati non possono essere trattati alla stregua delle altre regole giuridiche, ma necessitano di un approccio, appunto di una metodologia, diversa rispetto a quella fatta propria dal positivismo (metodologico)⁴⁵. Si ritorna al punto di partenza: la

³⁹ Cfr. ad es., *Idem*, p. 11 (si parla di autori neocostituzionalisti che sono accomunabili «perché criticano il positivismo giuridico»), p. 26 (dove si parla di incompatibilità tra "costituzionalismo" e "positivismo giuridico"), p. 35 (di nuovo si parla di una contrapposizione tra neocostituzionalismo e positivismo giuridico *tout court*), p. 44, ecc. In modo particolarmente significativo, l'autrice afferma che «il Neocostituzionalismo pretende di espungere *tutti* gli aspetti giuspositivistici che in vario modo sono stati fondamentali per la costruzione dello stato di diritto» (enfasi aggiunta), *idem*, p. 124.

⁴⁰ *Idem*, p. 85.

⁴¹ *Idem*, pp. 126-127.

⁴² *Idem*, pp. 147 ss.

⁴³ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 155.

⁴⁴ Su questi concetti, cfr. *idem*, pp. 152-159.

⁴⁵ 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

critica del neocostituzionalismo riguarda soprattutto il metodo positivista e non il positivismo tout court. Nel caso di specie, dunque, il modello delineato dalla Pozzolo sembra eccessivamente riduttivo e poco utile per cogliere le più rilevanti implicazioni proprio delle tesi di quegli studiosi che l'autrice stessa assume a prototipo del neocostituzionalismo.

L'eccessiva semplificazione del modello di neocostituzionalismo proposto dalla Pozzolo, la si può cogliere anche con riferimento ad un'altra tesi che la stessa autrice ritiene centrale di questa corrente. Il neocostituzionalismo assegna un ruolo assolutamente centrale alla Costituzione tanto da considerarla come il momento fondante del sistema giuridico e in grado di penetrare in ogni suo singolo interstizio («pervasività della Costituzione» o «costituzionalizzazione dell'ordinamento»)⁴⁶.

La scrittrice sostiene anche che il neocostituzionalismo considera il contenuto o comunque la natura della Costituzione diversi rispetto alle altre norme dell'ordinamento, con la conseguenza che l'interpretazione della prima ha una sua specificità rispetto a quella delle seconde⁴⁷ essendo dunque necessario che questa operazione sia attribuita ad un organo ad hoc: appunto ad una Corte costituzionale. Tesi di questo genere sono state sì avanzate in passato dalla giuspubblicistica italiana⁴⁸, ma sono in via di definitivo abbandono sia da parte della dottrina⁴⁹ che soprattutto della giurisprudenza⁵⁰. La pervasività della Costituzione non è (empiricamente o logicamente) legata alla specificità dell'interpretazione costituzionale e alla riserva di giurisdizione costituzionale. Posizioni che a mio avviso possono essere ricondotte al neocostituzionalismo, nel senso che subito preciserò, non ammettono la specificità dell'interpretazione costituzionale e rimettono la sua applicazione/attuazione a tutti gli operatori giuridici (dalla Corte costituzionale, ai giudici comuni, al legislatore, alla pubblica amministrazione, alla dottrina, ai privati cittadini)⁵¹.

“diritto costituzionale” assomiglia ... allo stile, al modo di argomentare in “diritto naturale”», *ivi*, p. 157.

⁴⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. IV.

⁴⁷ *Idem*, p. 100.

⁴⁸ Cfr. C. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua validità*, in “Iustitia”, 1949; *Id.*, *Il ricorso in cassazione contro le decisioni delle giurisdizioni speciali*, in “Giurisprudenza completa della Cassazione civile”, XXVIII, 1949, p. 230; F. Pierandrei, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1962, pp. 552-553; L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 120 ss.; A. Spadaro, *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 “Quaderni costituzionali”, 1998, pp. 343 ss. Al di fuori dell'Italia, cfr. ad es. E. Forsthoff, *La trasformazione della legge costituzionale* (1959), ora in *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 199-200.

⁴⁹ Cfr., ad es., M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982; A. Anzon, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 1998, p. 1084.

⁵⁰ Corte costituzionale, decisioni nn. 138/98, 139/98, 113/00, 440/00, 387/99, 65/99, 174/99, 314/99, 13/00, 27/00, 158/00, 233/00, 276/00, 277/00, 592/00.

⁵¹ Ad esempio, in senso del tutto generale, si è espressa la Cassazione quando ha ritenuto che l'obbligo dell'interpretazione adeguatrice gravi su qualunque “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 pri-

3.3. Se allora si conviene 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 coerenza⁵² ad un sistema giuridico imploso⁵³, per mezzo di un metodo per certo diverso da quello positivista, sarebbe forse stato più utile individuare all'interno di questa dottrina almeno due diversi filoni, uno di matrice prettamente giusnaturalista, secondo le indicazioni offerte dalla Pozzolo, ma l'altro, con ogni probabilità, ascrivibile al positivismo giuridico.

Il primo di questi filoni individua il diritto in base a criteri di validità/esistenza extragiuridici, riconducibili ad ideali di giustizia universali⁵⁴. Il modello ricostruttivo di Susanna Pozzolo, 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 filoni⁵⁵, 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" secondo il lessico della Pozzolo⁵⁶ – nel senso di «una concezione del diritto così come questo è in realtà, e non come dovrebbe essere secondo certi principi»⁵⁷. Esso cioè può essere qualificato come una dottrina positivista «là dove si adotti una versione ampia del positivismo giuridico, cioè quella versione per cui il diritto è pro-

maria con forza di legge alla norma costituzionale che ne rappresenta il parametro di validità», Cass. civ., sez. I, 26 maggio 1980, n. 3440, in "Rassegna dell'Avvocatura dello Stato", I, 1981, p. 244.

⁵² 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 University Press, Oxford, 1978, in part. cap. VII; più di recente Id., *Coherence in Legal Justification*, in AA.VV., *Theorie der Normen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 37 ss.

⁵³ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 107-108.

⁵⁴ Possono, ad esempio, essere ricondotti a questo filone: H. Heller, *Dottrina dello Stato*, Napoli, ESI, 1988 (su cui, per quanto qua interessa, cfr. G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, Laterza, 2000, 178 ss.; P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 81 ss.; 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. 241 ss.); 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.); l'idea americana delle *self evident truths* e la connessa tesi, sostenuta ad esempio da Hamilton, secondo la quale l'inclusione di un *bill of rights* nella Costituzione sarebbe risultata *unnecessary e dangerous* (cfr. lettera di Publius/Hamilton n. 84, *The Federalist Papers*).

⁵⁵ 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 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, Giappichelli, 2002); le posizioni dello Zagrebelsky contenute nelle opere citate sopra alla nota n. 33; R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988 (su questo autore, per i fini che qua interessano, cfr. G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 175 ss.).

⁵⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 125 ss.

⁵⁷ M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, cit., p. 120.

dotto solo dall'azione (sia pure inconsapevole) degli esseri umani»⁵⁸. È soprattutto a questo secondo filone che sembra opportuno fare qualche riferimento.

Non erano forse state proprio le idee settecentesche alla base del positivismo giuridico a sostenere la positivizzazione (allora si trattava del fenomeno della “codificazione”) dello *ius commune* e 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»?⁵⁹

Per questa seconda versione del “neocostituzionalismo”, il modello della Pozzolo 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 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*⁶⁰, l'altro che la nega; l'uno che vorrebbe il legislatore un mero esecutore della volontà costituzionale, vincolato alla sua puntuale attuazione⁶¹, l'altro che riconosce comunque un'ampia libertà al Parlamento⁶². E ancora, l'uno che, in caso di contrasto fra valori, riconosce la necessità della prevalenza di quello ritenuto fondamentale nel sistema morale di riferimento⁶³, l'altro che 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 assoluto e in ogni analoga fattispecie in cui quei valori risultino in contrasto⁶⁴; l'uno che, richiamando i principi di una morale (che si pretende) universale, tende a deresponsabilizzare l'interprete, l'altro che, imponendo un metodo razionale improntato alla trasparenza delle scelte politico-ideologiche di fondo dell'interprete, tende a renderlo pienamente responsabile delle proprie decisioni⁶⁵.

⁵⁸ *Idem*, pp. 129-130.

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 155. Si esprime in termini di «completamento del paradigma giuspositivistico», L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, Laterza, 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.

⁶⁰ Secondo la Pozzolo, invece, sarebbe il neocostituzionalismo in genere ad ammettere questa possibilità: cfr. S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 59.

⁶¹ *Idem*, pp. 12 e 105 ss.

⁶² Ad es., cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 210-212.

⁶³ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 73-74.

⁶⁴ A questo proposito, sia sufficiente il generico riferimento alla giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento.

⁶⁵ Il neocostituzionalismo, infatti, sostenendo l'impossibilità di un approccio valutativo al diritto e, nella sua versione positivista, non riconoscendo l'esistenza di un valore “morale” prevalente, richiede all'interprete di rendere assolutamente palesi le sue scelte di fondo in modo da poter con-

Ma 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 differenzierebbero 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 uno "giudice" speciale, solo competente ad applicare ed attuare la Costituzione.

Una possibile obiezione a questo abbozzo del modello Neocostituzionalista di matrice positivista, potrebbe rilevare la sua inutilità, in quanto, così delineato, il modello 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 secondo le felici intuizioni della Pozzolo: il porre la Costituzione, e in particolare i valori in essa espressi, al centro del fenomeno giuridico, al fine di riportare coerenza ad un sistema giuridico imploso⁶⁶ ricorrendo ad un metodo di approccio al diritto assolutamente diverso, se non proprio opposto, a quello positivista.

4. *Alcuni possibili sviluppi*

Sono molteplici gli spunti contenuti nel libro della Pozzolo che meriterebbero di essere approfonditi. Da un lato, l'indagine sul neocostituzionalismo permette ai giuristi positivi di sviluppare con maggiore consapevolezza le tesi proprie di questa dottrina e che fino ad oggi, pur risultando ampiamente diffuse, non erano ancora state ricondotte ad un disegno unitario; dall'altro, sembrerebbe particolarmente fruttuoso per la teoria del diritto il perfezionamento del modello della Pozzolo al fine di utilizzarlo come un possibile schema di lettura degli ordinamenti contemporanei; un modello che, per un verso, non abbandona le categorie tradizionali della scienza giuridica (fonti del diritto e loro criteri di ordinamento, validità e legittimazione, istituzioni, ecc.) e, per altro, le rielabora in modo originale.

trollare la razionalità della decisione. 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, Giappichelli, 1998, p. 249.

⁶⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 107-108.

4.1. Anzitutto, sembrerebbero assolutamente da sviluppare e approfondire gli aspetti della metodologia che caratterizza il neocostituzionalismo. Ritengo che il più grande pregio di questo movimento di idee stia proprio nell'abbandono del metodo positivista, o meglio vetero-positivista⁶⁷. Il neocostituzionalismo, sotto questo aspetto, non sembra aver operato una netta cesura con il positivismo giuridico e in particolare con la scuola analitica del diritto; le tesi che sviluppa, infatti, sono nate proprio nell'ambito di questi ultimi due indirizzi giusfilosofici⁶⁸. La sterilità di un'indagine mascherata sotto le false spoglie di una vera e propria "scienza" avalutativa e meramente descrittiva di una realtà che lo stesso interprete contribuisce a creare, è stata sotto molteplici profili affrontata dalle stesse scuole positiviste (dal realismo al positivismo "inclusivo").

Limitandosi alla riflessione svolta sul diritto (costituzionale) positivo, il grandissimo merito dei neocostituzionalisti⁶⁹ è stato forse quello di divulgare e approfondire proprio quelle tesi nate nell'ambito della più matura indagine positivista opponendosi frontalmente a quelle posizioni metodologiche vetero-positiviste ormai isterilitesi nella manualistica e dunque nel comune sentire dei giuristi⁷⁰.

Non sembra, infatti, possibile negare che tra i giuristi positivi, e soprattutto tra gli operatori pratici, le tesi prevalentemente seguite in modo assolutamente acritico riguardino: 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 impossibile⁷¹; 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 che, con grandissima efficacia, sono state qualificate come «mitologie giuridiche della modernità»⁷², cioè di miti «che hanno giocato un ruolo tanto fondativo nel progetto giuridico borghese, [ma che] non reggono di fronte ai bisogni e alle richieste della società contemporanea, estremamente complessa sotto i profili sociale, economico, tecnologico»⁷³.

La metodologia di cui il neocostituzionalismo si fa portavoce, sviluppando gli spunti offerti dallo stesso positivismo, è, dunque, in primo luogo – sempre limi-

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Cfr. ad es. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.

⁶⁹ E penso soprattutto allo Zagrebelsky: cfr., in part., G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., cap. VII.

⁷⁰ 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 "Politica del diritto" 1996, p. 360.

⁷¹ Cfr., ad es., Ch. Perelman, *Logica giuridica e nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁷² P. Grossi, *Oltre le mitologie della modernità*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2000, pp. 217 ss.

⁷³ *Idem*, p. 238.

tandosi allo studio del diritto positivo – un tentativo di divulgare tra gli operatori pratici quelle critiche al metodo positivista che per troppo tempo erano rimaste relegate agli studi di filosofia e teoria del diritto.

4.2. In secondo luogo, il metodo neocostituzionalista 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)⁷⁴. Si tratta di un metodo che utilizza come principale strumento la razionalità, ed in particolare la razionalità rispetto allo scopo⁷⁵, almeno per quanto riguarda il neocostituzionalismo di matrice positivista⁷⁶. È questo, infatti, il tipo di razionalità che meglio è in grado di realizzare ciò che gli operatori giuridici sono chiamati a fare 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 la Pozzolo che questo metodo presenti ancora molte zone di ombra, ma la soluzione non sembra che possa consistere nel ritorno ad una metodologia positivista; sicuramente non è 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 lecito 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»⁷⁷ trovandosi alla presenza di «un contesto politico e culturale omogeneo e ... situazioni sociali di gran lunga più stabili di quelle attuali»⁷⁸. 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 ha come suo compito primario quello di costruire un ordinamento giuridico coerente o più semplicemente un ordinamento giuridico⁷⁹.

⁷⁴ Sotto questo profilo si è anche parlato di «concezioni valoriali dell'ordinamento», A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., p. 77, nota n. 6.

⁷⁵ 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, Edizioni di Comunità, 1980, p. 23.

⁷⁶ Per il neocostituzionalismo di matrice giusnaturalista, si potrebbe forse sostenere che la razionalità di cui si fa portatore sia invece 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., p. 22.

⁷⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 201.

⁷⁸ *Idem*, p. 200.

⁷⁹ «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

Pertanto, un altro grandissimo merito che sembra si possa ravvisare nel neocostituzionalismo consiste proprio nella trasparenza delle sue scelte di fondo. Il positivismo (metodologico) le aveva – 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»⁸⁰.

La trasparenza che il neocostituzionalismo impone all’interprete, chiunque esso sia, dovrebbe essere fortemente apprezzata e incoraggiata 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 ci si possa accostare al diritto in maniera 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 chiamato a compiere delle scelte «genuinely addresses himself to the question with a mind which is open to persuasion»⁸¹. E ciò potrebbe essere fatto chiarendo quali sono le proprie personali posizioni con riferimento all’oggetto del discorso.

4.3. Superando gli aspetti della metodologia neocostituzionalista, merita davvero grande attenzione la risposta che questo movimento ha cercato di offrire alla rottura dell’unità sociale, istituzionale e normativa delle democrazie pluraliste contemporanee⁸². Il neocostituzionalismo offre interessanti strumenti per dare – se non un’unità, forse al momento irraggiungibile, quantomeno – coerenza ai nostri sistemi giuridici. Ovviamente si tratta di una delle tante possibili proposte teoriche che si agitano nella cultura giuridica contemporanea. Come noto vi è chi invece

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.

⁸⁰ M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, cit., p. 327.

⁸¹ W. Wade, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 492.

⁸² Sulla dissoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei e sulle diverse teorie che nei modi più vari hanno cercato di ricomporre ad unità il sistema, cfr. ad esempio: F. Bilancia, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002; P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit.; M. Luciani, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, Cedam, 1998, pp. 731 ss.

sostiene la recessività del fenomeno "Costituzione"⁸³, o chi trova la soluzione nell'affidarsi unicamente alle leggi del mercato e alla sua mitologica autoregolamentazione (anarcocapitalismo⁸⁴), vi è chi crede di poter risolvere la crisi contemporanea riscoprendo alcuni dei tratti caratterizzanti del medioevo ecc.

A fronte di questa molteplicità di tesi, perché allora prestare particolarmente attenzione a quelle proposte dal neocostituzionalismo ?

Un qualche tipo di "ordine", di "coerenza" pare indispensabile al fine di assicurare certezza e dunque sicurezza nei rapporti sociali. Il neocostituzionalismo, a differenza di altre dottrine, lo fa rivendicando un rinnovato ruolo del diritto sia rispetto alla violenza, di eserciti o di leggi "ottriate", che rispetto alla forza brutta delle regole economiche.

La risposta alla crisi degli ordinamenti contemporanei offerta da questo movimento – e penso, in particolare, al suo filone positivista – consiste nel porre al centro di un sistema il diritto e anzitutto la Costituzione con i suoi valori⁸⁵ in modo da far loro pervadere l'intero ordinamento⁸⁶. Sono poi i componenti di quel sistema, soggetti pubblici e privati, che contribuiscono a dare coerenza all'ordinamento portando i valori costituzionali in ogni suo interstizio. Questa risposta allora convince e sembra meritevole di essere coltivata in quanto a differenza di altre tesi, essa è estremamente garantista e pluralista⁸⁷, almeno nella versione positivista del neocostituzionalismo.

4.4. Altro aspetto particolarmente fecondo di possibili sviluppi, riguarda il ricorso a schemi che per molti versi richiamano quelli medioevali.

⁸³ G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., in part. pp. 256 ss.; F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, cit.

⁸⁴ Su cui, cfr., ad es., G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 233 ss.

⁸⁵ In questo senso si possono leggere le belle parole del Predieri che si riferisce allo «stato poliarchico o pluralista che 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 conflitti, nel rifiuto di un rovesciamento dell'ordine, nella complementarietà dell'efficienza e dell'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 stessi», A. Predieri, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 187.

⁸⁶ In ciò si notano non poche somiglianze con la tesi dell'"integrazione" avanzata dallo Smend: R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., in part. pp. 271 ss. Tali somiglianze sono evidenziate anche da A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., p. 94. Tra gli altri aspetti, quello che maggiormente differenzia lo Smend dalle recenti tendenze neocostituzionaliste consiste nel fatto che mentre il primo, al pari di altri suoi contemporanei, era «ossessionato dalla questione della minacciata o compromessa unità dello Stato» (G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., p. 178), il neocostituzionalismo non vuole ritrovare un'unità statale – forse definitivamente persa –, ma solo riportare coerenza nei sistemi giuridici contemporanei i quali peraltro si sviluppano ben al di là della realtà nazionale.

⁸⁷ *Contra*, S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., cap. V.

È ormai ampiamente diffusa la convinzione che la complessità contemporanea abbia molti punti di contatto con il medioevo⁸⁸: perché allora non riesaminare, adattandole ai sistemi contemporanei, proprio le elaborazioni di quel periodo, almeno le più fertili? Non sembra in nessun modo che ciò significhi un “ritorno alla barbarie” sia perché occorrerebbe sapere come misurare la “civiltà” di un ordinamento giuridico rispetto ad un altro sia soprattutto perché di rielaborazione e adattamento di alcuni schemi giuridici si tratterebbe e non di riesumazione di un ordinamento ormai superato.

Il neocostituzionalismo, spesso inconsapevolmente, sembra proprio rielaborare il materiale normativo ed istituzionale contemporaneo secondo schemi molto simili a quelli medievali: la legislazione come manifestazione di *ius dire*, *soft law*, ragionevolezza⁸⁹, fonti-fatto, ecc. Ma ciò lo fa in funzione dichiaratamente garantista e al di fuori di una ispirazione morale unitaria che era propria di quel periodo storico. Diversamente dalla morale universale che ispirava l'ordine giuridico medioevale, il neocostituzionalismo propone una vasta pluralità di valori (positivi) fondanti che trovano le loro radici in altrettanti sistemi morali o politico-ideologici di riferimento (il cristianesimo, il liberalismo, il socialismo, l'ecologismo, ecc.). Nessuno di questi, almeno nella versione positivista della dottrina, è destinato a prevalere sugli altri.

4.5. Un altro spunto di grandissimo interesse del modello neocostituzionalista riguarda la nozione di Costituzione la quale non è più solo la fonte delle fonti, ma riveste il ruolo ben più importante di fondare l'intero sistema.

Il porre la Costituzione al centro del fenomeno giuridico permette di superare abbastanza agevolmente i limiti di tutte quelle tesi che viceversa ruotano attorno alla nozione di “Stato”. Ormai sembra esservi un quasi generale consenso nel rilevare che questa entità, se non nell'immediato presente, almeno in un futuro non troppo lontano, sia destinata ad essere definitivamente superata. La Costituzione, viceversa, sebbene nei suoi connotati moderni sia spesso connessa allo stato nazionale, sembra suscettibile di vivere autonomamente, magari con nomi diversi (Dichiarazioni Universali dei diritti, Trattati multilaterali ecc.)⁹⁰.

Il modello di Costituzione a cui il neocostituzionalismo fa riferimento consiste in un documento ricco di valori e principi che richiedono di essere di volta in vol-

⁸⁸ Si pensi alla centralità del “diritto” anziché del “Principe” (il Sovrano); al riavvicinamento tra società e diritto; all'idea della legislazione come “attuazione” di un ordine giuridico superiore, dunque assimilabile per certi versi ad un'attività di *ius dicere*; alla riscoperta del valore dei fatti, che premono sul diritto affinché si affermi una soluzione adeguata; al sempre maggiore rilievo delle fonti-fatto; al lento riaffermarsi della giurisprudenza come fonte del diritto anche nei paesi a diritto codificato; al ruolo sempre più incisivo svolto dalla dottrina nella costruzione degli ordinamenti contemporanei; alle nuove relazioni tra fonti, sempre meno improntate alla gerarchia; ecc.

⁸⁹ Interessantissimi spunti ricostruttivi di questo concetto con riferimento a schemi medioevali sono offerti da F. Mazzarella, *La ragionevolezza nella storia. Osservazioni storico-giuridiche in tema di giustizia sostanziale*, in AA.VV., *Alla ricerca del diritto ragionevole tra ordinamento costituzionale ed ordinamento comunitario*, Atti del seminario di studi tenutosi a Palermo il 15 febbraio 2002 (in corso di pubblicazione).

⁹⁰ Cfr. 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*, vol. I Torino, Giappichelli, 2001.

ta ponderati tra di loro. Non si tratta di un atto che traccia confini netti tra poteri o tra individui, ma indica i soli punti cardinali che ogni operatore giuridico deve tener presente nel dare coerenza al materiale normativo sottostante al fine di offrire soluzioni adeguate ai casi concreti che si presentano alla sua attenzione⁹¹.

Sotto questo profilo, non pare irrilevante notare che nella giuspubblicistica contemporanea ed in particolare nello studio del diritto pubblico dell'economia – angolo visuale privilegiato per cercare di comprendere la complessità del presente – risultino ampiamente sfruttate le metafore della “rete”⁹² del “network”⁹³, della “ragnatela”⁹⁴, cioè la configurazione dell’ordinamento come un sistema reticolare, composto da più ordini o subsistemi interconnessi tra loro⁹⁵. Si è giunti così a parlare di “Costituzione reticolare”⁹⁶ 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. È una rete interattiva, l’influenza reciproca tra i nodi genera decisioni di tutto il sistema»⁹⁷.

Non pare allora fuori luogo per descrivere questa idea di Costituzione la metafora dell’arcipelago tanto cara al Predieri: «la metafora dell’arcipelago, da cui siamo partiti, 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»⁹⁸.

4.6. Nella visione neocostituzionalista, la coerenza, l’ordine non è un dato anteriore alla società e che trova la sua disciplina nella Costituzione, appunto reticolare, ma risulta prodotta dall’opera di tutti i soggetti dell’ordinamento che utilizzano i punti cardinali tracciati nella Costituzione per creare appunto quell’ordine⁹⁹.

⁹¹ Con riferimento ai conflitti fra poteri dello Stato una ricostruzione per molti versi simile a quella tratteggiata è sostenuta da: R. Bin, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁹² Cfr. ad es. A. Predieri, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., in part. pp. 140 ss.

⁹³ Cfr., ad es., M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1996.

⁹⁴ A. Longo, *Valori, principi e Costituzione*, cit., pp. 144 e 147 ss.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ In particolare, cfr. P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit.; O. Chessa, *La tutela dei diritti oltre lo Stato*, cit.

⁹⁷ P. Pinna, *La Costituzione e la giustizia costituzionale*, cit., p. 99.

⁹⁸ A. Predieri, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli editori, 1997, pp. 122-123.

⁹⁹ Cfr. ad es. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 163, 167-168, e in gen. cap. VII.

La Costituzione costituisce il quadro di riferimento cui ricondurre la complessità normativa, istituzionale e sociale del tempo presente, per mezzo dell'opera di tutti gli operatori giuridici¹⁰⁰ 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'altra. La coerenza del sistema è dunque ricostruita a posteriori dal materiale esistente¹⁰¹ e non è più data a priori in base a qualche ordine trascendente, sia esso posto da un vero e proprio Dio oppure da uomini (il Sovrano) o enti (lo Stato) divinizzati¹⁰².

In questa valorizzazione del ruolo di ciascun operatore giuridico e più in generale di ciascun soggetto dell'ordinamento, si può 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 valori¹⁰³, 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 continuamente¹⁰⁴.

¹⁰⁰ 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 neo-costituzionalismo 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, Giuffrè, 1967. Con specifico riferimento alle convenzioni costituzionali, cfr. G.U. Rescigno, *Ripensando le convenzioni costituzionali*, in "Politica del diritto", 1997, pp. 520 ss.

¹⁰¹ «Il "sistema" non è ma *si fa*, poggiando su in numeri 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, Giappichelli, 1996, p. 242.

¹⁰² 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 suprema; 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 giuridico*, cit., p. 92.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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 consape-

4.7. Tra i soggetti chiamati a dare coerenza al sistema, grande rilievo – ma non esclusivo – hanno quegli organi che agiscono secondo modelli di legittimazione razionale: giudici, autorità indipendenti, poteri “neutrali” ecc.

È proprio la razionalità dell’agire secondo lo scopo¹⁰⁵ un tratto caratterizzante del metodo neocostituzionale, almeno nella sua versione positivista, ed è forse proprio questo che potrebbe costituire un modello alternativo di legittimazione del potere il quale se sapientemente bilanciato con le istanze democratiche, potrebbe garantire un equilibrio assai benefico per le libertà individuali.

Pare assolutamente corretto affermare che «tra democrazia e costituzione ... sembra esservi tensione»¹⁰⁶, almeno nella concezione che della seconda ha il neocostituzionalismo. Sembra proprio che questa tensione sia 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, è possibile evitare i gravissimi pericoli di degenerazione cui essi possono andare incontro. Sotto questo profilo, il neocostituzionalismo non sembra fare altro che sviluppare uno dei cardini del costituzionalismo ottocentesco: la divisione dei poteri nella sua accezione continentale di checks and balances. In questo senso e con grande equilibrio, 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”»¹⁰⁷.

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

vole, di quello che si cura del suo essere spirituale e in questo ambito cerca il suo perfezionamento», G. Zagrebelsky, *Introduzione*, in R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., p. 15.

¹⁰⁵ Cfr. sopra nota n. 75.

¹⁰⁶ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, 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 Review”, 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 Review”, 2002, pp. 237 ss.

¹⁰⁷ M. Midiri, *La Corte, la politica, i giudici (il dilemma di Ambrosini)*, in “Politica del diritto” 2001, p. 460.

indipendenti e giudici sembrano avvicinarsi di più a queste esigenze, alle quali si conformano»¹⁰⁸.

Ciò che dunque persegue il neocostituzionalismo – e si fa riferimento alla sua versione positivista –, e che costituisce anche ciò che lo rende una teoria da tenere in grandissima considerazione, è una conservazione e un potenziamento del garantismo e del pluralismo in perfetta linea con il costituzionalismo dei secoli precedenti al fine, da un lato, di superare i limiti dell'assolutismo giuridico dello Stato di diritto legislativo¹⁰⁹ 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.

5. Una questione aperta

Occorre pienamente concordare con la Pozzolo che il problema fondamentale per il costituzionalismo garantista riguarda la limitazione del potere. Pertanto, l'individuazione di soggetti in grado di svolgere un controllo sui titolari di un potere sposta il problema sui controllori: «chi controlla il controllore?»¹¹⁰.

Nel modello di neocostituzionalismo delineato dall'autrice, la Corte costituzionale finisce per rappresentare l'autentico sovrano del sistema, essendo in grado di controllare le scelte del legislatore (anche di quello costituzionale) e rappresentando il soggetto al quale primariamente è attribuito il compito di “costituzionalizzare l'ordinamento”. La concentrazione di tutto questo potere nelle mani di un unico soggetto – peraltro posto al di fuori del circuito democratico-rappresentativo – contraddirebbe l'ispirazione garantista che il neocostituzionalismo pretenderebbe di avere. Ci si affiderebbe ad un “buon giudice dotato di buon senso” convinti che agirà per il meglio: ma cosa succederebbe se ciò non avvenisse?

È comune insegnamento della speculazione storica e giuridico-politologica – oltre che frutto di semplice buon senso – che per realizzare un ideale, quale la tutela delle libertà individuali, sia grandemente opportuno partire dall'opposta premessa del bad man¹¹¹; cioè dal presupposto che il titolare di un potere normalmente non agirà per il bene degli altri uomini.

¹⁰⁸ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 58. Su questo aspetto del pensiero dell'autore, cfr. G. Amato, *La funzione di governo oggi (Ricordando Alberto Predieri)*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Palermo 8-10 novembre 2001.

¹⁰⁹ Mi riferisco in particolare alla tesi chiaramente esposta da Paolo Grossi, ma che traspare anche nelle opere di molti altri autori: P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* cit., pp. 20 e 154; Id., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 2000, pp. 1 ss.; 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.

¹¹⁰ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 138.

¹¹¹ *Idem*, p. 140. Ed, infatti, “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”: sono parole di Publius/Madison nella lettera n. 51, *The Federalist Papers*.

Quello espresso dall'autrice è un dubbio da tenere in grandissima considerazione, sempre che si opti per mantenere il (Neo)costituzionalismo nell'alveo del costituzionalismo garantista dei secoli precedenti. Occorre peraltro ribadire che l'"onnipotenza" del giudice costituzionale¹¹² e la fiducia in un "buon giudice dotato di buon senso"¹¹³ non costituiscono tesi genericamente riferibili al neocostituzionalismo, ma solo a quello che ho definito di stampo giusnaturalista (cfr. sopra par. 3.3). L'altro filone, quello che ho stipulato di chiamare positivista, non le accetta rimettendo a tutti gli operatori giuridici, secondo le loro specifiche competenze e responsabilità, il compito di dare coerenza all'ordinamento e dunque, in un certo senso, attribuisce loro proprio la funzione di costruire un ordinamento.

Ciò non significa assolutamente che il problema dal quale si era partiti sia stato definitivamente risolto. Infatti, 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 giuristi»¹¹⁴ 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 sostanza la scelta o la preferenza che viene fatto di prospettare è quella del rinsaldarsi dei 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, assieme ai circuiti della legittimazione razionale.

¹¹² Contro questa tesi 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 esaudivisi», Corte cost., sent. n. 106/02, par. 3, considerato in diritto.

¹¹³ Nega questa prospettiva, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 140-143.

¹¹⁴ S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 137-138.