

SULLA MULTIDIMENSIONALITÀ
DEL COSTITUZIONALISMO.
A PROPOSITO DI UN LIBRO
DI VINCENZO OMAGGIO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**



Sulla multidimensionalità del costituzionalismo.
A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio

On the multidimensionality of constitutionalism.
About a book by Vincenzo Omaggio

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Universidad Carlos III de Madrid
Email: fcojavier.ansuategui@uc3m.es

ABSTRACT

Il libro di Vincenzo Omaggio riflette sulle diverse dimensioni del costituzionalismo. La presente recensione ne analizza criticamente alcuni aspetti essenziali, con particolare riguardo al concetto di Costituzione, al tema della materializzazione della legge e al ruolo del giudice costituzionale.

The book of Vincenzo Omaggio dwells on the different dimensions of constitutionalism. This commentary critically analyses some of its fundamental aspects, especially focusing on the concept of Constitution, the materialization of law and the role of constitutional judges.

KEYWORDS

Costituzionalismo, Costituzione, materializzazione, giudice costituzionale

Constitutionalism, Constitution, Materialization, Constitutional judges

Sulla multidimensionalità del costituzionalismo. A proposito di un libro di Vincenzo Omaggio

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Per un filosofo del diritto, l'analisi del diritto del costituzionalismo può presentare alcuni vantaggi. In primo luogo, gli permette di constatare l'interesse che il modello giuridico del costituzionalismo riveste per la filosofia del diritto. In effetti, ritengo che il discorso giuridico del costituzionalismo presenti uno scenario particolarmente attrattivo per la filosofia del diritto, posto che al suo interno si ripropongono, con profili nuovi, i grandi problemi della filosofia del diritto (i temi classici) nella sua riflessione sul senso del diritto e nelle sue principali dimensioni funzionali: ad esempio, le questioni legate alla produzione normativa (nonché ai limiti del diritto), alla sua interpretazione e applicazione; le relazioni che intercorrono tra il diritto e la morale; i temi della sicurezza giuridica e delle esigenze argomentative del diritto. Tutto questo all'interno di un discorso in cui convivono approcci e metodologie di origine eterogenea e propri di tradizioni differenti quali la tradizione continentale e quella del *Common Law*. In secondo luogo, tale analisi consente di apprezzare gli aspetti positivi di un modo di fare filosofia del diritto, attento alle caratteristiche che presenta il diritto positivo. Ossia, si tratta di costruire una filosofia del diritto che non si dimentichi di essere innanzitutto filosofia *del diritto*. Si tratta di rivendicare una filosofia del diritto attenta ai dati che le vengono offerti dal diritto positivo. Non vi è dubbio che questa filosofia corra il rischio di avvicinarsi a una forma di sapere dogmatico, e pertanto la responsabilità della filosofia del diritto è quella di impostare un discorso che permetta di riconoscere la sua funzione sociale. Da questo punto di vista, la filosofia del diritto ha dinnanzi a sé la sfida di evitare la sacralizzazione del diritto, senza mai rinunciare alla propria funzione critica. E questo, sebbene il diritto in questione sia quello del costituzionalismo e dei diritti; vale a dire, il miglior diritto al quale la nostra esperienza storica ci permette di pensare. Il che non deve condurre a identificare tale modello con un "paradiso" per i diritti. In ogni caso, alla filosofia del diritto spetta il compito di evitare quella sacralizzazione della Costituzione che deriva dal confondere il testo costituzionale con un testo sacro.

* Recensione a V. OMAGGIO, *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015. Traduzione di Michele Zezza.

Ora, credo che la riflessione che ci propone Vincenzo Omaggio ci permetta appunto di apprezzare questi due vantaggi. Di fatto, offre un'ampia descrizione delle peculiarità del costituzionalismo e delle sue strutture istituzionali: quelle dello Stato costituzionale. La descrizione che l'autore propone del modello giuridico del costituzionalismo mi sembra ampiamente condivisibile. Se assumiamo come riferimento la caratterizzazione che Robert Alexy opera del costituzionalismo rispetto a quella del legalismo (valore/norma; ponderazione/sussunzione; onnipresenza della Costituzione/indipendenza del diritto infracostituzionale; onnipotenza giudiziaria basata sulla Costituzione/autonomia del legislatore ordinario), mi sembra che tutte queste dimensioni siano presenti, con maggiore o minor intensità, nel libro del Professor Omaggio.

Da questa ricchezza di argomenti deriva la necessità di analizzare in dettaglio i diversi elementi di riflessione che il libro presenta. A tal fine, vorrei concentrarmi sulle parti più significative, adottando un duplice punto di vista: a) o perché credo che siano le più rilevanti rispetto al senso del costituzionalismo; b) o perché ritengo che la riflessione del Professor Omaggio sia suscettibile di qualche approfondimento o riformulazione.

Ma prima credo sia opportuno ricordare che nel libro ricorre una costante. Mi riferisco alla constatazione che il modello di diritto del costituzionalismo ci obbliga a riformulare determinati modelli di comprensione del diritto che finora hanno potuto funzionare come autentici paradigmi. Senza alcuna pretesa di esaustività, possiamo soffermarci su alcuni di essi. Ad esempio, mi sembrano particolarmente rilevanti le allusioni al "tramonto del Leviatano" (8); al rafforzamento della posizione e della funzione dei giudici (11), e in generale della categoria professionale dei giuristi (problema, quest'ultimo, non approfondito), che progressivamente vede aumentare il proprio potere politico – già denunciato da Tocqueville in termini di "aristocrazia dei giudici" – (75); ed è infine degno di nota che si riconosca che le Costituzioni contemporanee presentino una "fisionomia assiologicamente orientata" alla garanzia dei diritti (9). Tutti questi elementi mi sembrano di grande importanza, anche perché l'autore, fin dal principio della propria riflessione, colloca i diritti al centro del discorso costituzionalista. Credo sia questo il modo migliore per cogliere il senso storico – ma forse anche morale e politico – del costituzionalismo, il quale non concepisce lo Stato costituzionale soltanto come una proposta in relazione alla struttura dell'esercizio del potere politico, ma che vede i diritti e le libertà come un elemento della sua giustificazione che conferisce un significato all'intero modello.

Ora, nel concentrarmi su determinati aspetti della proposta di Omaggio, mi soffermerò su alcuni profili che riguardano essenzialmente: 1) la caratterizzazione del modello costituzionale; 2) la dimensione assiologica; 3) le tensioni istituzionali presenti nel modello. Come si potrà osservare – cercherò comunque di insistere su questo punto – non concepisco tali problemi come questioni indipendenti o separate.

1. Rispetto alla caratterizzazione del modello costituzionale, mi sembra opportuno sottolineare un punto rilevante, ossia che il costituzionalismo presenta un determinato modello di Costituzione, caratterizzata dalla sua posizione nel sistema e dal suo contenuto, nonché dalle sue funzioni. Si tratta di un modello che c'invita a riconoscere le dimensioni argomentative del diritto, con tutto ciò che implica rispetto alla riformulazione di un determinato modo di concepire l'ideale della sicurezza giuridica, ossia la certezza del diritto.

Data la morfologia del diritto, in cui assumono rilevanza i principi, le norme aperte, le dimensioni assiologiche, gli operatori del diritto, e il giudice in particolare, si trovano a svolgere nuovi incarichi e funzioni. In un periodo caratterizzato dalla «vocazione per la giurisdizione», è necessario riconoscere il nuovo protagonismo del giudice nella determinazione della risposta del diritto: il giudice non riproduce la risposta del legislatore, ma contribuisce a costruirla. E questo presenta due conseguenze: la prima per la certezza del diritto; la seconda, per la responsabilità del giudice.

Così, rispetto alla prima questione, Omaggio riconosce l'impossibilità di continuare a riflettere su un concetto "forte" di certezza (65). In effetti, non sembra pensabile un modello di certezza che s'identifichi con la conoscenza di alcune informazioni indiscutibili derivate dal contenuto delle norme. L'alternativa, per Omaggio, riguarda una maggiore garanzia dei diritti (66), in modo tale che si trasferisca l'aspettativa dei contenuti della decisione individuale e concreta ai fondamenti assiologici dell'ordinamento giuridico. Il problema – credo si possa aggiungere – di fronte al quale si trova il giudice è quello d'identificare tali fondamenti, compito difficile in società complesse dal punto di vista culturale e morale come le nostre. Per questo ha senso approfondire il discorso sulla responsabilità del giudice.

Per quanto concerne invece la seconda questione, il protagonismo del giudice (Omaggio parla a questo proposito di una «sovraesposizione della figura del giudice», 73) riguarda in primo luogo la responsabilità nella determinazione del contenuto dei diritti (il che implicherebbe, in ogni caso, un "moderato cognitivismo etico", 71) da parte del giudice e, in secondo luogo, la nuova posizione da lui occupata, posizione che implica un «sensibile indebolimento della dimensione collettiva della politica» (75). Qui Omaggio sta introducendo alcuni degli argomenti su cui si basa il costituzionalismo politico (o popolare), a cui si riferisce il VI capitolo del libro nella sua riflessione sulla difesa della democrazia. Ritorno in seguito su questo punto.

Quanto ora mi preme sottolineare è che Omaggio riconosce che il *Rule of Law* «sembra il modello istituzionale più confacente a un contesto sovranazionale e ultrastatale che, facendo della pluralità delle fonti giuridiche un suo contrassegno rilevante, ha restituito ai giudici e ai giuristi l'antico lignaggio» (83). Ora, nonostante il tema del costituzionalismo globale o sovranazionale non sia particolarmente approfondito (in realtà si tratta di un libro sullo Stato costituzionale), intendo svolgere una breve riflessione a questo proposito.

Personalmente, ritengo che il Professor Omaggio abbia ragione a segnalare che nell'articolazione delle strutture giuridiche sovranazionali ci troviamo di fronte a diversi problemi: in primo luogo, è difficile trovare un centro al quale attribuire il potere e al quale rivolgerci (84); in secondo luogo, vi è poi il problema del deficit democratico. Ma credo che sia possibile andare oltre e approfondire la questione delle carenze delle strutture giuridiche sovranazionali rispetto alle esigenze del *Rule of Law*. In questo senso, è opportuno ricordare che Dicey identifica tre aspetti distintivi del *Rule of Law*: 1) il principio di legalità; 2) l'uguaglianza di fronte alla legge; 3) la tutela dei diritti. Naturalmente, questi tratti sono poi problematici nella loro applicazione all'ambito sovranazionale.

Rispetto al principio di legalità, è bene ricordare che di fronte alle posizioni che evidenziano la capacità del diritto internazionale di regolare le relazioni internazionali (Kelsen), altri autori come Morgenthau hanno difeso posizioni realiste. Ma il problema – al di là delle sfide poste dal diffondersi del modello dell'universalità dei diritti – ha radici nell'affermarsi dell'uguaglianza di fronte alla legge, poiché non credo che esista oggi un'autorità in grado di applicare il diritto internazionale a tutti i soggetti – pubblici e privati – così che ancora permangono ambiti di immunità (“vuoti di diritto”, nella terminologia di Luigi Ferrajoli). Il costituzionalismo globale o cosmopolita implica il riconoscimento di una certa operatività delle strutture istituzionali statali nell'ambito sovranazionale. Non è solo una questione di esigenze materiali legate all'universalità dei diritti; ci troviamo – anche – di fronte a esigenze istituzionali.

2. In diverse occasioni il Professor Omaggio sottolinea la rilevanza delle dimensioni assiologiche che caratterizzano lo Stato costituzionale, il cui significato emerge in maniera evidente nella positivizzazione di valori, principi e diritti. In questo senso, fa riferimento: alla materializzazione del diritto; all'eticizzazione della Costituzione; all'insufficienza di un concetto di validità esclusivamente formale; alla necessità di un *moral point of view* nell'interpretazione; e infine allo scambio di corrispondenze tra Matteucci e Bobbio sul tema della contraddizione tra costituzionalismo e positivismo giuridico.

Il costituzionalismo c'invita a riflettere su una positivizzazione o costituzionalizzazione del diritto naturale in cui la tensione tra l'essere e il dover essere *del* diritto arriva a permeare lo stesso sistema giuridico, risolvendosi in una tensione tra l'essere e il dover essere *nel* diritto. È su questo punto – e qui Omaggio ricorda Zagrebelsky – che emerge un certo collegamento tra il modello costituzionale e il giusnaturalismo. Ricordiamo peraltro che Zagrebelsky delinea un modello giuridico concepito «come se vigesse il diritto naturale». Mi sembra sia questo un tratto ricorrente del costituzionalismo. Non dimentichiamo poi che, in Spagna,

Luis Prieto ha segnalato l'esistenza di un'affinità funzionale tra il costituzionalismo e il giusnaturalismo.

Mi preme ora soffermarmi sul significato di tale somiglianza, che probabilmente si può affermare a partire dal momento in cui siano previsti limiti materiali all'interno del diritto. Detto questo, in realtà tali limiti sono sempre esistiti, sebbene non nella forma di diritti fondamentali. Mi risulta difficile immaginare un diritto senza alcun tipo di limite nel suo contenuto. Tutti i sistemi giuridici prevedono dei riferimenti ultimi che determinano la validità delle loro norme. Questo poi non significa che tali riferimenti meritino un giudizio morale positivo o negativo. Ma, in definitiva, ogni sistema giuridico assume un punto di vista sulla giustizia, qualunque esso sia. E il punto di vista sulla giustizia che assume il diritto del costituzionalismo è quello dei diritti e dei valori che ne costituiscono il fondamento.

Un'altra forma in cui si esprime il diritto naturale potrebbe poi consistere nell'esistenza di un diritto di rango superiore rispetto al diritto positivo. Tale diritto superiore potrebbe essere: a) un diritto sovrapositivo; b) il diritto della Costituzione. Nel primo caso ci troviamo di fronte a un contesto tipicamente giusnaturalista, anche se sinceramente non credo che qualcuno potrebbe difenderlo a meno di non appartenere dichiaratamente a questa corrente. Nel secondo caso, invece, il diritto "sovraordinato" è quello della Costituzione, e pertanto la supremazia in questione è di carattere "infrasistemico", ossia originata da una determinata decisione del potere – che dovrebbe essere inteso in termini di potere costituente. Può anche essere che tale preminenza sia determinata dalla "superiore dignità" dei contenuti del diritto.

In definitiva, quanto intendo evidenziare è che l'affinità tra giusnaturalismo e costituzionalismo riguarda tanto l'esistenza di strategie di limitazione del potere, quanto piuttosto il fatto che tali strategie s'identificano con un modello determinato, quello dei diritti fondamentali. Nel costituzionalismo i diritti naturali si sono convertiti in diritti umani o fondamentali. Credo sia questo l'elemento che consente di stabilire un legame di parentela tra il giusnaturalismo e il positivismo, e non il semplice fatto che l'esistenza del diritto sia condizionata da un punto di vista materiale.

Tali diritti fondamentali sono interpretati nell'ottica dello spostamento della considerazione dall'individuo alla persona. Nel libro, molto opportunamente, si riconosce che i diritti non sono quelli di un soggetto astratto e decontestualizzato. Sulla scorta di quanto affermato da Bobbio, il soggetto dei diritti è un soggetto *concreto*, che occupa determinate posizioni, personali e sociali, che meritano una specifica protezione. In questo senso, Omaggio sottolinea la dimensione sociale o collettiva della dignità umana, che è ben presente nella Costituzione italiana a partire da un'interpretazione sistematica del diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 (143).

3. L'ultimo insieme di problemi su cui intendo concentrarmi riguarda le tensioni istituzionali presenti nel sistema giuridico-politico dello Stato costituzionale, come conseguenza dell'esistenza di meccanismi di difesa della Costituzione. Credo che il libro offra una descrizione adeguata al riguardo. Nello Stato costituzionale la legge perde il suo ruolo di fonte onnipotente del diritto. Questo implica una riformulazione degli ambiti della sovranità popolare, nonché la necessità di riconsiderare il concetto di democrazia (a pagina 159, non a caso, si parla di un nuovo modello democratico), qualora si voglia continuare a mantenere un legame tra costituzionalismo e democrazia. In questo senso, è necessario lavorare con un modello materiale o sostanziale di democrazia che non si limiti a concepirla esclusivamente in termini di suffragio o di maggioranze, ma che includa i diritti come elemento concettuale della democrazia. In questo modo, si può affermare, da una parte, che non esiste democrazia senza diritti; dall'altra, che i diritti sono realmente operativi solo in contesti democratici.

Un concetto materiale o sostanziale di democrazia – mi pare – permette inoltre di inquadrare correttamente il problema della tensione tra costituzionalismo e democrazia. Come noto, in alcune occasioni sono state evidenziate le contraddizioni tra democrazia e costituzionalismo, arrivando ad affermare che «il costituzionalismo è intrinsecamente antidemocratico» (Stephen Holmes). E questo dal momento che il costituzionalismo include meccanismi istituzionali destinati a limitare l'ambito di autonomia normativa del potere democratico. In questo senso, credo che la tensione tra diritti e democrazia sia di tipo funzionale e non concettuale: l'affermarsi della cultura dei diritti ha come effetto la limitazione del potere democratico; ma, d'altra parte, la democrazia non può esistere senza diritti.

Ora, emergono qui due questioni in particolare, sulle quali vorrei appunto soffermarmi. La prima è la tesi dell'irresponsabilità del giudice. La seconda riguarda invece il significato del costituzionalismo politico (o popolare).

In relazione alla prima, all'interno del libro, il Professor Omaggio si sofferma sull'importanza della funzione giudiziaria nel modello giuridico dello Stato costituzionale. Tale funzione presenta elementi rilevanti per la natura argomentativa del diritto e per la necessità dell'esercizio della ragionevolezza, che richiedono l'interpretazione e l'applicazione del diritto e, in ultima istanza, della Costituzione, così come per la sua posizione di garante della Costituzione. Ma in varie occasioni Omaggio revoca in dubbio che nel modello giuridico dello Stato costituzionale vi sia qualcuno che possa realmente disporre dell'ultima parola: «in una democrazia costituzionale – è stato osservato – nessuno ha l'ultima parola, semmai ha la penultima. La deliberazione democratica è un processo circolare, produttivo di decisioni provvisorie e revocabili, che non prevede una decisione finale, in quanto nessun soggetto, nessun organo costituzionale può appropriarsi della volontà popolare» (14); e più avanti: «la gestione dei diritti è condivisa tra giudici e legislatore, in una dinamica in cui nessuno effettivamente detiene l'ultima parola» (93).

Personalmente, ritengo che, in realtà, nello Stato costituzionale esista un soggetto dotato dell'ultima parola nell'interpretazione della norma: il giudice costituzionale. E per questo motivo ci troviamo di fronte a un sistema che al suo interno include alcune tensioni. Il ruolo che il giudice costituzionale riveste – ma lo stesso vale per tutti gli operatori del diritto – gli assegna una responsabilità giuridica, ma anche politica (contrariamente a quanto si afferma nelle pagine 157-158). Se per irresponsabilità politica s'intende che il giudice non può esser rimosso dalla sua carica, diversamente da quanto succede con il legislatore, allora il giudice è effettivamente irresponsabile. Ma la responsabilità del giudice costituzionale va in un'altra direzione, dal momento che, da una parte, la decisione che è chiamato a prendere non è l'unica possibile (ha quindi la responsabilità di giustificare la propria decisione); e, d'altra parte, tale decisione contribuisce a definire il significato e il contenuto del modello giuridico-politico. Si potrebbe anche dire che la responsabilità del giudice costituzionale non sia giuridicamente istituzionalizzata, ma mi sembra difficile sostenere che egli sia privo di responsabilità politica – sebbene essa non sia esigibile attraverso meccanismi istituzionalizzati – posto che le sue sentenze sono dotate di rilevanti effetti politici.

Con riguardo alla seconda questione, ritengo che tanto il significato del costituzionalismo politico (o popolare), quanto il senso delle sue critiche verso la giustizia costituzionale (trattate dall'autore nell'ultima parte del libro), si possano appunto ravvisare nel fatto che il giudice ha l'ultima parola. Il costituzionalismo popolare rivendica che non vi sia nulla «al di fuori delle circostanze politiche»; che la Costituzione non sia la migliore strategia per garantire i diritti; che il processo politico sia sempre la soluzione più legittima ed efficace per risolvere i conflitti. Secondo tale prospettiva, nella tensione tra la razionalità politica del legislatore e la razionalità “elitaria” del giudice, non si vede per quale motivo il giudice dovrebbe avere la capacità – di cui sarebbe invece privo il legislatore – di risolvere i conflitti; non si capisce perché il giudice dovrebbe garantire gli interessi e i diritti dei cittadini meglio dei cittadini stessi. In definitiva – si sostiene – la stessa presenza del giudice costituzionale presuppone una sfiducia ingiustificata verso il cittadino e un misconoscimento dell'importanza del diritto al voto in democrazia.

Ritengo che in democrazia vi siano validi argomenti per difendere «*the dignity of legislation*» (Waldron), posto che il discorso sulla legittimità del legislatore e della politica deliberativa non sembra incontrare un'alternativa (in termini democratici). Ma mi sembra vi siano ragioni per dubitare del carattere autenticamente “costituzionalista” del costituzionalismo politico.

Innanzitutto, conviene chiarire quale significato si attribuisce qui al costituzionalismo: si tratta di una filosofia sui limiti del potere. Probabilmente, la prospettiva sui limiti (giuridici) del potere non è approfondita nel costituzionalismo politico. Nel tentativo di limitare il potere – e senza dimenticare che i limiti di cui stiamo parlando sono di carattere giuridico –, il costituzionalismo popolare

dovrebbe trovarsi in condizioni di rispondere in maniera soddisfacente all'interrogativo se la Costituzione disponga di un'alternativa: esiste un sistema migliore rispetto alla costituzionalizzazione dei diritti e alla predisposizione di meccanismi di difesa della Costituzione?

In questo senso, sembrerebbe che la preoccupazione principale del costituzionalismo politico sia più quella di vedere chi ha l'ultima parola, che di assicurare la garanzia dei diritti. D'altra parte, occorrerebbe precisare per quale motivo, date determinate condizioni – le “*assumptions*” a cui si riferisce Waldron: a) istituzioni democratiche e suffragio universale; b) istituzioni giudiziarie efficienti; c) impegno nella difesa dei diritti da parte delle istituzioni e degli individui; d) disaccordo sui diritti –, non sia giustificato attribuire a un potere non elettivo il controllo della legislazione. È quindi opportuno interrogarsi sull'alternativa alla garanzia giudiziaria della Costituzione. Senza dimenticare che, nei conflitti tra diritti, il legislatore è comunque coinvolto. Ora, lo lasciamo intervenire nella risoluzione del conflitto? Se così fosse, tenderebbe a scomparire l'idea stessa di un soggetto imparziale. Non è forse più corretto affermare che appunto il costituzionalismo politico, quando mette in discussione la garanzia giurisdizionale della Costituzione, non sta criticando solo il ruolo del giudice costituzionale ma la stessa figura del giudice, terzo e imparziale, che decide il conflitto? Teniamo presente che non è solo il giudice costituzionale a presentare un deficit di rappresentatività: nemmeno il giudice ordinario è elettivo.

Omaggio ci propone poi di confidare nel valore di una cultura giuridica in grado di superare le tensioni del costituzionalismo. Sarebbe opportuno chiedersi se questa cultura giuridica possa realmente risolvere le contraddizioni tra il costituzionalismo giuridico e il costituzionalismo politico o popolare. Se è vero che l'esistenza di una tale cultura giuridica (e politica) è di vitale importanza per il funzionamento di ogni sistema giuridico, d'altra parte non sembra essere la miglior soluzione quella di affidare la garanzia dei diritti nelle mani della cultura giuridica della società. Non si può trascurare che ci troviamo di fronte a società plurali nelle loro concezioni del bene: nella tensione tra il buono e il giusto, è sempre necessario che qualcuno determini il contenuto del giusto. E non sembra verosimile che si possa rinunciare ad un soggetto terzo e imparziale, in grado di dirimere i conflitti: questo soggetto è appunto il giudice, senza il quale qualsiasi concezione del diritto risulterebbe difficilmente riconoscibile.