

"COSTITUZIONALISMO" ED ESPERIENZA POLITICO GIURIDICA

Danilo Castellano
Università degli Studi di Udine/Italia

SUMARIO: § 1. *¿Di che cosa parliamo?* § 2. *Significato di liberalismo.* § 3. *La storia del Costituzionalismo come inseguimento dell'utopia.* § 4. *Esigenze vere e risposte false.* § 5. *Le ragioni per le quali il Costituzionalismo è un problema per l'esperienza politico-giuridica.* § 6. *Parole conclusive.*

§ 1. ¿Di che cosa parliamo?

Si dice che il linguaggio sia il "luogo" del pensiero. Se il pensiero, però, non è apprensione del reale difficilmente il linguaggio può essere il suo "luogo". Se –come capita sempre più frequentemente– il pensiero pretende di essere tale perché pensiero di un'ideologia (che, in ultima analisi, è il tentativo di interpretare la realtà sovrapponendosi ad essa), esso non può avere un solo "luogo" ma ne avrà tanti, separati e recintati, quante sono le ideologie. È per questo che attualmente si usano spesso le stesse parole ma non si dicono quasi mai le medesime cose.

L'osservazione vale anche per il termine Costituzionalismo e, persino, per il termine Costituzione. Costituzionalismo e Costituzione, infatti, sono usati con una pluralità di significati. I giuspositivisti ritengono generalmente che la Costituzione sia un insieme di regole, poste convenzionalmente come fondamentali, che danno identità a un ordinamento¹⁾. La Costituzione sarebbe, quindi, la Legge fondamentale. Carl Schmitt, positivista ma positivista problematico, osserva, però, che

¹⁾ Cfr. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del Costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 1998², p. 3.

questo è l'ultimo e il meno importante dei significati del termine Costituzione⁽²⁾. E non parliamo qui del significato che essa ha, per esempio, per de Maistre⁽³⁾ e per molti autori che fin dall'antichità hanno studiato il problema politico-giuridico con metodo realistico. Gli stessi giuspositivisti, però, sono costretti ad osservare che il Costituzionalismo è "un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici"⁽⁴⁾. Dunque, il Costituzionalismo sarebbe la forma giuridica che deve assumere la dottrina politica liberale. Ed è per questo che il Costituzionalismo può essere considerato pregno di significato solamente se e nella misura in cui si riferisce a quello che alcuni giuristi chiamano l'ordine di valori costituzionali. In altre parole il Costituzionalismo è la dottrina della Costituzione liberale. Esso, perciò, è in sé e per sé il presupposto di ciò che attualmente si intende per Costituzione, ciò che la trascende e pretende fondarla.

§ 2. Significato di liberalismo

Così circoscritto, il Costituzionalismo è la dottrina che separa politica e morale, Stato e Chiesa; è la dottrina che fonda l'ordinamento giuridico sulla sovranità, ovvero in ultima istanza sul potere che non è né potere politico né potere giuridico, poiché pretende di esserne la loro condizione e il loro fondamento; è la dottrina che "tutela" i diritti dell'uomo [come vengono intesi dalla *modernità*⁽⁵⁾], poiché assume e rivendica la libertà come "libertà negativa" (come, cioè, libertà esercitata con il solo criterio della libertà, vale a dire con nessun criterio); è la dottrina che si illude di "controllare" l'esercizio del potere con la tecnica della divisione e della separazione "geografica" dello stesso; è la dottrina che ripone nella legge come sola decisione/comando proceduralmente corretti la garanzia dei diritti, ridotti (coerentemente anche se assurdamente) a *facultates agendi* basate sulle *normae agendi* (cosiddetto "Stato di diritto" che identifica erroneamente il diritto con la norma positiva la quale è molto meno della stessa legge).

²⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, Duncker e Humblot, 1928.

³⁾ Cfr. J. DE MAISTRE, *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane*, Milano, Scheiwiller, 1975.

⁴⁾ A. BARBERA, *Op. cit.*, p. 3.

⁵⁾ Sull'argomento si rinvia a D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003.

Il Costituzionalismo si presenta sotto molteplici forme: giacobina, liberale nel senso anglosassone, democratico-radical, "cattolico-liberale" e persino statalista (anche se ciò può sembrare a prima vista un'affermazione contraddittoria e insostenibile: Hegel, infatti, è sostenitore dello Stato totalitario al quale, però, riconosce e assegna l'esercizio della liberale "libertà negativa").

La sua multiforme fenomenologia non deve trarre in inganno. Uno storico, uno dei maggiori storici del liberalismo europeo ha giustamente scritto che la *Dichiarazione dei diritti* è la matrice di tre rivoluzioni: "una rivoluzione liberale *stricto sensu*, una rivoluzione democratica e una rivoluzione sociale: ma tutte e tre –afferma Guido De Ruggiero– non rappresentano che l'espansione progressiva di un medesimo spirito individualistico, spinto fino all'exasperazione estrema del socialismo; esse pertanto rientrano tutte egualmente nella storia della mentalità liberale"⁽⁶⁾. C'è, dunque, un minimo comune denominatore che sta alla base del Costituzionalismo; esso sta nel *razionalismo* individuale, politico e sociale⁽⁷⁾, che è l'essenza della dottrina liberale.

§ 3. La storia del Costituzionalismo come inseguimento dell'utopia

Non c'è dubbio che la storia moderna e contemporanea, soprattutto quella occidentale (ma ora - sembra - anche quella orientale), sia caratterizzata dal tentativo di instaurare, prima, e di riformare, poi, il Costituzionalismo. Essa è l'epifania del *riformismo di una rivoluzione* (e, perciò, rivoluzione esso stesso), perché è caratterizzata da una corsa continua all'innovazione come riparazione "di ciò che non va"; vale a dire essa è la ricerca continua di rimedi alle insufficienze e agli errori causati dai vari modelli proposti, di volta in volta, dal Costituzionalismo attraverso la Costituzione. L'epoca delle *rivoluzioni* (gloriose e non gloriose, americana e francese), è stata la stagione della grande illusione secondo la quale la Costituzione come "documento" (per usare un'espressione di Augusto Barbera) avrebbe rappresentato la garanzia "politica" del rispetto dell'esercizio del diritto di "libertà negativa", sia

⁶⁾ G. DE RUGGIERO, *Storia del Liberalismo europeo*, Bari, Laterza, 1925, 1959 (6ª ed.), p.76.

⁷⁾ Cfr. SARDA y SALVANY, *El Liberalismo es pecado*, s.i.l e s.i.d., p. 9.

che essa fosse considerata di per sé garanzia di eguaglianza (dottrina *stricto sensu* liberale) sia che essa, per essere tale, avesse bisogno dell'eguaglianza sostanziale (dottrina marxista). Quello che rileva è il fatto che per il Costituzionalismo vale l'affermazione esplicita e chiara dell'Assemblea legislativa francese del 26 agosto 1789 secondo la quale "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution" (art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino). Tralasciando per il momento la grande questione della natura dei diritti, non c'è dubbio che la Costituzione è ridotta qui a mero strumento di "garanzia" che si pensa possa essere tale solo se c'è la separazione formale dei poteri. Va notato, però, che la concezione montesqueiana della divisione dei poteri porta alla "limitazione" del potere ma non all'intrinseca sua regolamentazione. Il confine fra poteri è "geografico" come "geografico" –lo accenneremo fra poco– è il diritto; il potere è (e non potrebbe essere altrimenti) di necessità intrinsecamente non regolamentato, poiché se avesse una natura diversa dal solo potere sarebbe un potere "qualificato" dall'aggettivo che lo accompagna: politico, morale, giuridico, religioso, potestativo, reale e via dicendo. La sua qualificazione, dettata dalla sua natura, sarebbe il criterio intrinseco e legittimerebbe anche il suo esercizio. Ciò, però, rappresenterebbe la confutazione radicale della "libertà negativa" sulla quale poggia la dottrina liberale avendone fatto la sua essenza.

§ 4. Esigenze vere e risposte false

Che l'esercizio del potere richieda di essere regolamentato è un'esigenza giusta e razionale, si tratti del cosiddetto "potere pubblico" o del cosiddetto "potere privato" (definizione convenzionale e assolutamente infondata). A tal fine è, però, del tutto inidoneo (anche se non assolutamente inutile) il "controllo" esterno, anche quando esso è esercitato attraverso la legge (positiva), considerata come solo comando del sovrano (volontà dello Stato, del popolo, della contingente maggioranza), accompagnato dall'effettività. La legge, infatti, per essere veramente tale deve "penetrare" la natura delle cose; non può ignorarla. Il grande giuspubblicista italiano Vittorio Emanuele Orlando sottolineò, per esempio, l'assurda pretesa di Napoleone I di definire "atto" anziché "contratto" la donazione, anche se a questa richiesta dell'allora "potere pubblico" si piegarono immediatamente diversi

"giuristi" francesi⁽⁸⁾. D'altra parte, per limitarci a un secondo esempio, il potere morale e giuridico della "patria potestà" non è un potere arbitrario: non è arbitrario nella sua definizione e per quel che attiene al suo recepimento nel diritto positivo, cioè da parte del legislatore; non è arbitrario nel suo esercizio, cioè da parte dei genitori. Ciò che lo regola intrinsecamente è il bene del minore che deve essere aiutato a crescere e maturare nel rispetto e in conformità alla sua natura umana.

Il diritto deve certamente tutelare la libertà ma, per fare ciò, non può assumerla come "negativa". Se l'assumesse come "negativa" esso si porrebbe come (almeno parziale) sua negazione: il diritto sarebbe inevitabilmente "limite" della libertà anziché essere suo potenziamento. La "cosa" è particolarmente evidente nel campo del diritto pubblico che, se chiamato a tutelare la "libertà negativa", dovrebbe in ultima analisi farsi garante dell'anarchia. Taluni ordinamenti giuridici, che hanno sostanzialmente accolto questa *ratio*, si sono trovati, poi, di fronte ad aporie, cioè a strade senza uscita. Basterebbe pensare, per fare un solo esempio, all'obiezione *di coscienza* [che non è l'obiezione *della coscienza*⁽⁹⁾] che, riconosciuta come inalienabile diritto soggettivo a livello di diritto costituzionale, viene poi posta nel nulla nel caso in cui lo Stato non sia in grado di prestare a livello sanitario la richiesta pratica dell'aborto procurato (ritenuto necessario per la salute della gestante). L'ordinamento giuridico italiano, per esempio, cade in questa radicale e insuperabile contraddizione (Legge n. 194/1978), poiché, da una parte, ancora l'obiezione *di coscienza* al ritenuto diritto alla sola soggettiva coerenza e, dall'altra, s'impegna a garantire la pratica di un'opzione (altrettanto soggettiva e ritenuta diritto soggettivo) come quella dell'aborto procurato, soprattutto se questo viene invocato per ragioni di salute della gestante (la quale, in realtà, è sempre nella condizione di poterle invocare, poiché la salute, secondo la previsione di legge, investe ambiti generalissimi, non solo la salute del corpo ma anche gli aspetti psicologici, *lato sensu* considerati). Non solo. Qualche ordinamento giuridico (quello italiano, per esempio) consente di partorire in incognito. La norma dell'ordinamento

⁸⁾ Cfr. V. E. ORLANDO, Discorso all'Assemblea Costituente del 10 marzo 1947 in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei Deputati-Segretariato Generale, 1970, p. 298.

⁹⁾ Sull'argomento di veda D. CASTELLANO, *Obiezione di coscienza e pensiero cattolico*, ora in ID., *La razionalità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pp. 25-44.

italiano (D.P.R. n. 396/2000), occasionata da una finalità apprezzabile (consentire la nascita del concepito la cui vita la madre avrebbe soppresso invocando la legge dell'aborto procurato), che diritto tutela? Sicuramente quello della madre di liberarsi di ogni obbligazione naturale e di ogni obbligo positivo legati al fatto del concepimento e della nascita del figlio. Si nega che dal fatto nasca il diritto. Non sarebbe più valido insomma il broccardo secondo il quale *ex facto oritur ius*. Perciò non rilevano i diritti del figlio che, anche se affidato e/o adottato, non viene a trovarsi nella condizione naturale e giuridica della stragrande maggioranza dei figli legittimi. Il citato D.P.R. n. 396/2000 tutela sì la "libertà negativa" della madre ma, per fare ciò, è costretto a misconoscere il diritto del figlio a vedere adempiute le obbligazioni naturali dei genitori verso di lui. Il diritto finisce così per negare la sua natura e la sua funzione. L'eterogenesi dei fini che i diritti umani e il Costituzionalismo (inteso –come abbiamo detto– come "movimento ... volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici") raggiungono (e che qui è stata brevemente esemplificata), dimostra che il Costituzionalismo attraverso le Costituzioni liberali o liberaldemocratiche non riesce a rispondere alle esigenze vere poste dall'esperienza politica e da quella giuridica. Non riesce a rispondere a queste esigenze a causa del suo *razionalismo* che, pur essendo la forma positiva del *nihilismo*, resta una risposta irrazionale e, perciò, erronea alle istanze della giustizia che comprende anche il valore della libertà e quindi il dovere/diritto della medesima.

§ 5. Le ragioni per le quali il Costituzionalismo è un problema per l'esperienza politico-giuridica

Il già citato Vittorio Emanuele Orlando, "liberale", osservò (ed è significativo che lo abbia fatto in sede di discussione generale del Progetto di Costituzione della Repubblica italiana); Vittorio Emanuele Orlando, dicevamo, osservò che "le Costituzioni le fanno assai più il costume, assai più la maniera della loro attuazione, anziché la fredda redazione degli articoli"⁽¹⁰⁾. Questa via storico-pragmatistica non è considerata (e tanto meno accolta) dal razionalismo del Costituzionalismo il quale preferisce, invece, fare leva sugli "articoli" per imporre un cambiamento, talvolta una rivoluzione. È per questo che il Costituzionalismo predilige nelle Costituzioni la loro parte dedicata ai principi sui quali dovrà basarsi

¹⁰⁾ Cfr. V. E. ORLANDO, Discorso cit. p. 288.

l'ordinamento giuridico piuttosto che la parte dedicata all'organizzazione dello Stato. La Costituzione, infatti, viene intesa dal Costituzionalismo come strumento per imporre rapidamente la realizzazione di un modello di società elaborato sulla base di un'ideologia.

Il *costruttivismo politico* (benché - com'è noto - non si identifichi *tout court* con il Costituzionalismo) ne è stato una forma manifesta. Esso –lo ha sottolineato, per esempio, il maestro di Bobbio, l'italiano Gioele Solari⁽¹¹⁾– ha creduto di poter trasformare il politico in costituzionale. In altre parole, il patto sociale (assunzione ipotetica assolutamente irrealistica), il cui contenuto è raccolto nella e documentato dalla Costituzione, segnerebbe la nascita della società politica. Questa, non esistendo prima del patto (avendo una genesi volontaristica), non sarebbe naturale né naturalmente ordinata alle esigenze della natura dell'uomo. Essa, inoltre, non essendo naturalmente regolamentata, sarebbe plasmabile a piacimento dei consociati come una qualsiasi società per azioni. Per il costruttivismo il Costituzionalismo coincide con l'ordinamento giuridico costituzionale il quale pone e garantisce i diritti fondamentali, definiti spesso inviolabili, e perciò mette anche i confini tra Stato e cittadini. Il Costituzionalismo del costruttivismo politico assume, quindi, la libertà come libertà "negativa" (quella che, per esempio, Hobbes chiamava libertà naturale); ritiene che il potere politico si identifichi con il potere e che, pertanto, esso sia un male, anche se di esso non ci si può liberare (è la tesi della Arendt, per esempio); fonda il diritto, in particolare quello pubblico, sulla sovranità (filosoficamente intesa) e, perciò, ancora una volta fa ricorso al potere non qualificato per tentare di fondare il diritto, giustificato solamente in quanto strumento di una finalità convenzionale assegnata allo Stato⁽¹²⁾.

Altra forma, all'apparenza (ma solo all'apparenza) più "realistica" e meno "astratta", attraverso la quale il Costituzionalismo si rende strumento per la realizzazione di un modello ideologico di società, è la politologia che si presenta come "nuova scienza" politica, il cui gnosticismo

¹¹⁾ Cfr. G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1962, in particolare p. 65.

¹²⁾ Per le caratteristiche dello Stato moderno e del Costituzionalismo, nella vasta letteratura, si può vedere per gli aspetti descrittivi N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, 1997², e, in senso problematico, M. AYUSO, *?Después del Leviathan?. Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, Dykinson, 1998².

è stato in parte illustrato per esempio da Voegelin⁽¹³⁾. Anch'essa, in ultima analisi, fa del potere il fondamento del potere politico che, in maniera elastica e dinamica, dà contenuti sempre diversi all'ordinamento giuridico, anche a quello costituzionale. L'ordine giuridico coincide e deve coincidere con l'ordine sociologico effettivo. Esso è la rappresentazione del modo, contingente e talvolta effimero, di essere della società definita "civile". Il Costituzionalismo si rispecchia nella Costituzione che, a sua volta, è specchio della società. Può, però, un ordinamento giuridico, in particolare, un ordinamento giuridico costituzionale, basarsi sulle rappresentazioni dell'ordine sociologico? In altre parole può il diritto avere per fondamento una verità costituitasi tale perché "condivisa" e, in quanto condivisa (in modo almeno maggioritario), imposta alla società come norma dalla società o dalle componenti sociali maggioritarie ed egemoni? È il problema che incontra anche il *repubblicanesimo globale* contemporaneo che ritiene che l'ordine costituzionale sia una costruzione necessaria e ineludibile ma componibile e scomponibile a piacimento. Esso radicalizza così, da una parte, le premesse della dottrina politologica e, dall'altra, cerca di nobilitare ciò che nobilitabile non è: il mero potere, infatti, tale è e tale resta e, anche se usato con le armi di cui la natura ha dotato l'uomo, esso resta brutale qualora non sia regolamentato da criteri intrinseci, fondati sulla natura delle "cose" che l'intelligenza umana è chiamata a cogliere⁽¹⁴⁾.

§ 6. Parole conclusive

Il Costituzionalismo nasce e si muove entro la sfera di una visione pessimistica dell'uomo anche se i rimedi da esso proposti e le soluzioni politico-giuridiche da esso indicate sono tentativi ottimistici (qualche volta ingenui) di soluzione delle questioni fondamentali della politica e del diritto.

Quello che va brevemente notato in sede conclusiva è il fatto che il razionalismo, che lo caratterizza, non gli consente di dare risposte se non all'interno del sistema assunto. Queste, quindi, possono essere coerenti ma non sono necessariamente fondate e, per giunta, come abbiamo notato,

¹³⁾ Cfr. E. VOEGELIN, *The new science of politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1952.

¹⁴⁾ Aristotele osserva giustamente che ciò è essenziale per affrontare la questione della comunità politica e del suo ordinamento giuridico e che lo Stato deve trovare il suo fondamento teorico per legittimare il "comando politico" che è comando di uomini liberi ed uguali ad uomini altrettanto liberi ed uguali (cfr. ARISTOTELE, *Politica*, rispettivamente I, 1253a e III, 1277b).

si sono rivelate inidonee per la stessa soluzione del problema che il Costituzionalismo si prefiggeva di risolvere. Ciò rivela che il Costituzionalismo rinuncia (anzi, è costretto a rinunciare) ad interrogarsi sulla questione del potere, la quale è la questione delle questioni della politica e del diritto pubblico. Il Costituzionalismo, infatti, la ritiene risolta *a priori* in presenza del consenso, anche se questo fosse inteso come mera adesione a un progetto qualsiasi. Lo rivela il modo con il quale esso pone il problema del "potere costituente". Questo, infatti, non è considerato semplicemente ordinatore (il che implicherebbe innanzitutto la conoscenza della natura e del fine della comunità politica) ma costitutivo dell'ordine giuridico della società e, quindi, della società politica in sé. Non a caso è stato scritto che la Costituzione è la porta attraverso la quale il momento astratto dello Stato entra nella vita e nella realtà¹⁵. Lo Stato, perciò, si identifica con il suo ordinamento giuridico inteso come istituzione.

La rinascita del diritto internazionale, avviata dopo la seconda guerra mondiale, e la globalizzazione in atto, da una parte, l'affermarsi della dottrina politologica, dall'altra, hanno messo in crisi la vecchia dottrina del Costituzionalismo: non è più, infatti, l'ordinamento giuridico (magari considerato "chiuso") la condizione del diritto.

Intendiamoci: talune esigenze poste dal Costituzionalismo sono esigenze vere. Lo abbiamo già riconosciuto. Quello che si rivela inaccettabile è la soluzione che il Costituzionalismo offre sulla base di premesse altrettanto inaccettabili, innanzitutto perché "convenzionali". Inaccettabile è anche la principale funzione che esso assegna all'ordinamento giuridico talvolta apertamente in contrasto con la tradizione del diritto civile e del diritto penale che è pure parte, sia pure parte ritenuta subordinata rispetto alla Costituzione, dell'ordinamento giuridico. Il che è un'ulteriore conferma del suo razionalismo che "piega" la giustizia alle pretese dell'ideologia che sorregge il Costituzionalismo e che si "concretizza" nelle moderne Costituzioni.

¹⁵ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Verlesungen über die Philosophie der Geschichte*, trad. it. vol. I, Firenze, La Nuova Italia, 1941, 1967², p. 138. Per il Costituzionalismo hegeliano non rileva la difesa dei diritti della persona (ritenuta un accidente), considerati inesistenti prima del diritto dello Stato, quanto il problema del raggiungimento con la migliore sicurezza possibile del fine dello Stato. La tesi è stata divulgata da diversi giuristi positivi fra i quali primeggia Santi Romano.