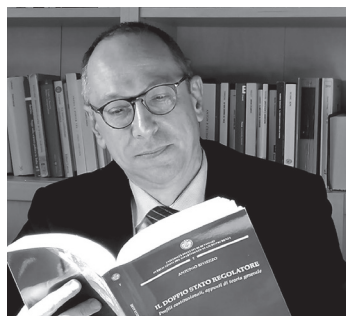


# La Carta “in gioco”

*Il malessere della Costituzione tra norma e politica*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – La “teologia dei diritti” come veicolo della globalizzazione. § 2. – La decisione costituzionale e la sua interpretazione. § 3. – Dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale a quello dei giudici. § 4. – Il conflitto e la sintesi.

AGOSTINO CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano, Mimesis, 2019, pp. 419.

## § 1. – *La “teologia dei diritti” come veicolo della globalizzazione*

L’ultimo libro di Agostino Carrino, *La Costituzione come decisione*, è un lavoro complesso, nel quale numerosi temi vengo sviluppati e convergono verso un nucleo concettuale progressivamente delineato nelle sue molteplici implicazioni, a cominciare da quella segnalata già nel sottotitolo, dove si enuncia l’intento polemico dell’opera «contro i giusmoralisti». In particolare, la critica dell’Autore si rivolge verso la “teologia dei diritti” alla base di molte correnti del pensiero giuridico contemporaneo, che trova nella dimensione sovranazionale il proprio ambiente privilegiato e nella quale si vede «lo strumento fondamentale della perpetuazione del dominio finanziario, dell’astrattismo sul concreto»<sup>1</sup> nello scenario della globalizzazione. Infatti, «il capitale agisce contro la politica attraverso i diritti e i ‘valori’, che snervano la politica e la rendono impotente dinanzi al capitale. In altri termini, non v’è contraddizione tra finanza globale e morale universale, perché la seconda serve appunto, permeando di sé il mondo del diritto e svuotandolo di ogni rigore, a rendere debole la politica»<sup>2</sup>.

Si tratta di un progetto la cui ricaduta sul piano sociale viene riconosciuta, da un lato, nella scomparsa dei rapporti di tipo verticale basa-

\* Università degli Studi Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> A. CARRINO, *La Costituzione come decisione*, Milano, Mimesis, 2019, 368. Da qui in avanti, il volume che si recensisce verrà indicato con l’acronimo Ccd.

<sup>2</sup> Ccd, 322.

ti sull'autorità e sui doveri per aprire la strada una struttura di relazione orizzontale incentrata esclusivamente sui diritti e, dall'altro lato, nell'allentamento dei vincoli interni alle singole comunità di fronte ad una visione globalizzante, sulla scorta dell'idea che «aver rivendicato i bisogni degli individui in quanto singoli non ha portato ad una maggiore coscienza del proprio essere persona, bensì ad un rafforzamento della omogeneità delle caratteristiche generiche entro una 'società' del tutto priva di uno specifico *humus*, anzi appunto solo universale, cosmopolita, equivalente, astratta»<sup>3</sup>.

In un'ottica giuridico-dogmatica, invece, il processo in atto viene ricollegato alla crisi le principali acquisizioni del diritto pubblico moderno, dall'idea di Stato a quella di democrazia, di cui si evidenziano la parabola discendente e le contraddizioni attraverso un percorso di ampio respiro sviluppato anche attraverso l'analisi di alcune delle principali correnti di pensiero dell'ultimo secolo. Con un approccio rispetto al quale punti di riferimento essenziali restano le teorizzazioni di Hans Kelsen e Carl Schmitt, rivisitati però in modo da metterne in luce la complementarietà, al di là della tradizionale contrapposizione innescata fin dagli anni Trenta del secolo scorso dalla polemica sul "custode della costituzione".

Più nello specifico, secondo Carrino, «sia l'approccio formale-normativo, sia quello concreto-decisionista non si escludono affatto, bensì si tengono necessariamente in un rinnovato tentativo di comprensione di una società sempre più complessa. Demonizzare il tema della decisione in favore della regola, ovvero la sovranità che decide sull'eccezione in favore della prevedibilità quale presupposto della certezza del diritto, significa non aver compreso che la politica moderna oscilla tra due punti estremi nel senso che il pendolo non può essere 'arrestato' in un punto mediano se non in astratto. La decisione è centrale per la creazione dell'ordine e quindi dello 'stato di quiete', ma lo 'stato di quiete', dove possono valere i normativismi *à la* Kelsen, è una formula ipotetica, perché nessuna realtà è immobile, ma sempre già passata nel momento in cui la si vuole spiegare o razionalizzare»<sup>4</sup>. Sebbene poi, nello svolgimento del saggio, l'attenzione si indirizzi soprattutto sul versante della decisione, considerato quello maggiormente compromesso nella situazione attuale.

## § 2. - *La decisione costituzionale e la sua interpretazione*

Lo stesso titolo del libro segnala che il problema della "decisione" quale momento ineliminabile del fenomeno giuridico si pone innanzitutto con riferimento alla Costituzione, definita nei termini della «decisione politica fondamentale in forma di legge che un popolo, in quanto ente di cultura, assume sulle modalità e i contenuti della propria esistenza pre-

<sup>3</sup> Ccd, 22.

<sup>4</sup> Ccd, 98.

sente e futura»<sup>5</sup>. Non è evidentemente possibile qui entrare nel merito di una simile problematica, soprattutto se si considera come, secondo alcuni, «l'unico enunciato di teoria generale che è lecito sviluppare attorno al concetto di "costituzione" è proprio che non ci sia un oggetto designabile con il nome di "costituzione" che abbia caratteristiche così precise e univoche – ma, al tempo stesso, abbastanza ricche e significative – da rendere utile una sua trattazione in termini di teoria generale»<sup>6</sup>. Quindi, per cercare di seguire la linea del pensiero di Carrino ci si limita a mettere in evidenza che egli si pone in netta antitesi rispetto all'idea di considerare la Costituzione essenzialmente una legge (sia pur di livello superprimario), e cioè un «semplice insieme di norme promananti da un particolare documento normativo»<sup>7</sup>. Questo principalmente perché una tesi del genere ne consegnerebbe di fatto l'integrale monopolio nelle mani del potere giurisdizionale a scapito degli organi propriamente politici, soprattutto nella misura in cui i giudici (a cominciare dalla Corte costituzionale) siano investiti del compito «non di decidere una questione concreta secondo le norme dell'ordinamento gerarchicamente ordinato e verificando quali norme debbano essere applicate per decidere una questione secondo il diritto (l'ordine giuridico), ma di bilanciare – sul mero pretesto del caso concreto, che verrà risolto diciamo così di risulta – valori senza un fondamento storico-politico»<sup>8</sup>.

Viceversa, Carrino ritiene che occorra recuperare la dimensione "esistenziale" della Costituzione, che si cala nella storia di un popolo ed è il risultato, sempre modificabile, della scelta operata in sede costituente<sup>9</sup>. Più nello specifico, «in quanto progetto, ogni costituzione presuppone un soggetto decidente e non è quindi un caso che lo Stato post-costituzionale, fondato sulla metafisica dei diritti, contesta la 'nazione', perché vuole appunto sbarazzarsi di un soggetto, la nazione [...] che è il medio tra il passato e il futuro, dunque è l'elemento propriamente storico che rischia, se non messo da parte, di far saltare il formalismo cosmopolita dei diritti dichiarati pur senza essere garantiti»<sup>10</sup>. Cosicché lo scontro politico non risulta escluso dalla sfera costituzionale ma ne diviene anzi una componente essenziale sia nella fase iniziale sia in quella successiva di applicazione ed attuazione di quanto deciso, perché «le costituzioni sono meglio intese come programmi, come esortazioni, come direttive rivolte in primo luogo ai legislatori [...]: i cosiddetti principi costituzionali, quali la democrazia, la dignità dell'uomo, il lavoro, ecc. non sono 'norme' giuridiche,

<sup>5</sup> Ccd, 13.

<sup>6</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11.

<sup>7</sup> Ccd, 280. Il riferimento è ad A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2011, 500.

<sup>8</sup> Ccd, 127. «La costituzione intesa solo come legge rischia alla fine di portare o alla tirannia dei giudici o, il che è lo stesso, alla fine della politica» (Ccd, 40).

<sup>9</sup> «Se la costituzione, quindi, non è solo una legge (superiore), ma innanzi tutto una decisione (fondamentale), ne consegue che questa decisione non può che essere affermativa, ovvero esistenziale. Si potrebbe dire che è una decisione di auto-conservazione» (Ccd, 38).

<sup>10</sup> Ccd, 338.

ma forme ideologiche e valoriali di programmi politici di lotta, che presuppongono un conflitto sociale tra forze contrapposte»<sup>11</sup>.

Si ripropone così, per certi versi, lo schema sostenuto nei primissimi anni di vita della Repubblica italiana, quando la Cassazione aveva introdotto la suddivisione delle norme costituzionali in programmatiche e precettive di applicazione immediata e di applicazione non immediata<sup>12</sup>, successivamente abbandonata dalla Corte costituzionale fin dalla sua prima sentenza, nella quale, anche sulla scorta delle elaborazioni teoriche di Vezio Crisafulli<sup>13</sup>, affermò che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche [...] non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche [...]; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione»<sup>14</sup>. E, in una simile prospettiva, si contesta pure la classificazione delle Costituzioni in rigide e flessibili giacché «il rifiuto della flessibilità [...] non ha altro significato che togliere alla politica la capacità e la possibilità di decisione in nome di una tavola prima di norme – e fin qui le cose potevano andare –, poi di 'valori' e di 'principi' la cui conoscenza è stata riservata ad una esigua minoranza di illuminati (più o meno 'di Baviera')»<sup>15</sup>. Per cui si ritiene ineludibile il riconoscimento di un qualche coefficiente di modificabilità della disciplina costituzionale, con un risultato, per certi versi, opposto a quello raggiunto da chi sostiene che alcune Carte generalmente considerate flessibili, come lo Statuto albertino, siano in realtà massimamente rigide in mancanza di una esplicita previsione sul procedimento per la loro revisione<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Ccd, 372. Per una posizione profondamente diversa cfr. R. BIN, *op. cit.*, 19 ss., il quale ritiene, al contrario, che le Costituzioni del secondo Novecento, nei confronti delle quali si indirizzano le critiche di Carrino, si caratterizzano proprio per il fatto di incorporare il conflitto sociale. In particolare, per i costituenti italiani «il cuore del problema di cui la rigidità costituzionale avrebbe dovuto fornire la risposta riguardava la piena inclusione del conflitto sociale nel "giardino" delle istituzioni e delle procedure costituzionali» (19). Infatti, «nello Stato liberale di diritto il congegno della riserva di legge era sufficiente a garantire a un Parlamento socialmente omogeneo il potere di preservare la propria visione dei diritti e dell'ordine sociale: la sovranità della legge vi è perciò predicata come dogma indiscutibile. Nello Stato costituzionale il principio di legalità è salito di un piano e con esso il controllo giurisdizionale. Che i diritti siano oggi ciò che dice la Corte costituzionale è l'ovvia, ancorché approssimativa, conseguenza della costituzione pluralista, che congela tutti i cataloghi dei diritti ponendoli al riparo dalle decisioni della maggioranza politica in carica, affidandone la custodia a un organo – la Corte costituzionale – necessariamente sottratto al circuito della rappresentanza» (21).

<sup>12</sup> Sezioni unite penali, sentenza del 7 febbraio 1948.

<sup>13</sup> V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 51 ss.

<sup>14</sup> Considerato in diritto della sentenza n. 1 del 1956.

<sup>15</sup> Ccd, 325.

<sup>16</sup> A. PACE, *La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4085 ss. Cfr. però al riguardo R. BIN, *op. cit.*, 14, il quale, a parte la scelta non revocabile circa la rinuncia del sovrano all'assolutezza del proprio potere, afferma che «la natura "flessibile" dello Statuto deriva dall'elemento strutturale a cui già Bryce attribuiva la genesi della flessibilità, ossia il fatto che il "nucleo duro" dello Statuto istituiva "un'unica autorità legislativa" a cui attribuiva il potere di modificare le leggi che ritenga fondamentali. [...] Lo "scopo" dello Statuto era di segnare un passaggio definitivo ("perpetuo" e "irrevocabile", appunto) nel

Dopodiché, un approccio del genere ha inevitabili conseguenze anche sul piano dell'attività interpretativa ed in proposito il bersaglio di Carrino è il *Richterstaat*, lo Stato dei giudici. Ma questo non lo conduce a teorizzare un regime di regole alle quali il potere giudiziario si debba attenere quando interpreta (ed applica) la Costituzione, alla stregua di chi, tra l'altro, riferisce anche all'interpretazione a livello superprimario la disciplina prevista in via generale dall'art. 12 delle Preleggi, dove si stabilisce che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»<sup>17</sup>. Piuttosto, l'autore de *La Costituzione come decisione* orienta il suo ragionamento nel senso di ridimensionare la normatività della Carta costituzionale, in modo da liberare il campo all'azione degli organi politici (Governo e Parlamento), coerentemente con l'idea che «interpretare la costituzione come una decisione 'in forma di legge' significa che essa è una cornice che non può essere considerata finita nel momento in cui, in quanto legge, entra in vigore, ma è un progetto aperto, una struttura *in progress*, 'vivente', aperta a interpretazioni plurali (oggettivamente e soggettivamente) in conflitto, che deve essere continuamente rifinita»<sup>18</sup>. Anche se tale approccio risulta fortemente dissonante rispetto all'opinione comune (diffusa non solo tra i tecnici ma pure tra i comuni cittadini) che vede nella Costituzione un limite all'esercizio del potere. Tant'è che lo stesso Carrino non si pone in un'ottica unilaterale, adottando un approccio sincretistico in virtù del quale «si tratta di superare l'alternativa secca 'classica' tra decisione e norma, tra Schmitt e Kelsen, per riportare entrambi entro una visione unitaria, che tiene insieme decisione e norma, astratto e concreto, produzione e concretizzazione in una concezione che in ultima analisi considera l'unità come elemento centrale di ogni considerazione scientifica del diritto, unità tanto politica (Schmitt) quanto epistemologica (Kelsen)»<sup>19</sup>.

---

processo di *allargamento* delle istituzioni coinvolte nell'esercizio del potere sovrano, non già quello di *limitare* tale potere».

<sup>17</sup> A. VIGNUDELLI, *op. cit.*, 47 ss. Com'è noto, peraltro, la riferibilità di tale previsione all'interpretazione costituzionale è assai controversa e lo stesso Carrino propende per una risposta di segno negativo, nella misura in cui «c'è un problema della ulteriore degenerazione del processo di tecnicizzazione del mondo e del diritto rispetto al quale non basta il richiamo al rispetto per esempio dell'art. 12 delle Preleggi sostenendo che esso si applica anche all'interpretazione della Legge fondamentale (costituzione), trattandosi appunto di legge. Tesi abbastanza solitaria, oggi, e sempre meno apprezzata in dottrina, innanzi tutto perché la costituzione è successiva alle Preleggi». Anche se poi afferma che, «in realtà, la sostanza del problema è come sempre politica e ciò vale per l'esperienza tedesca come per quella italiana: chi afferma che l'art. 12 non può applicarsi all'interpretazione della costituzione [...] lo fa perché è convinto che la costituzione viene prima dello Stato [...]. L'altra, opposta opinione, è quella secondo cui lo Stato viene prima della costituzione e che ogni Stato si dà una costituzione, che è comunque subordinata allo Stato quale entità primigenia del vivere associato di una comunità» (Ccd, 264-265)

<sup>18</sup> Ccd, 48. Più nello specifico, «se la costituzione è anche decisione, cioè un atto politico, un governo o un parlamento hanno l'obbligo di 'interpretare' la costituzione nel momento in cui prendono una decisione. E si tratta di un obbligo che può anche preliminarmente constatare che la decisione da prendere può andare in una direzione contraria alla costituzione intesa come legge» (Ccd, 34).

<sup>19</sup> Ccd, 248.

§ 3. – *Dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale a quello dei giudici*

In una prospettiva più generale, i vari elementi oggetto del serrato esame sopra brevemente ripercorso, *in primis* la c.d. “teologia dei diritti”, si inscrivono nella figura dello Stato costituzionale, ricostruita a livello teorico facendo riferimento ad «alcuni profili di novità che investono tutti i diversi piani su cui l’esperienza del costituzionalismo liberale si era andata sviluppando nel corso del XIX e del XX secolo. Questi piani riguardano in particolare: a) il ruolo da assegnare alla *Costituzione* in quanto Carta dei valori; b) i caratteri della *sovranità*; c) il modo di operare del *principio di legalità*; d) la misura e le forme di *tutela dei diritti fondamentali*»<sup>20</sup>. Mentre le conseguenze sul piano della concreta esperienza giuridica sono state elaborate dal neocostituzionalismo essenzialmente attraverso tre tesi. La prima riguarda la connessione tra diritto e morale, in virtù della quale «la morale non sarebbe più esterna al diritto positivo, come nello Stato legislativo, ma interna; tramite i principi costituzionali il diritto incorporerebbe valori morali». Con la seconda si afferma «la distinzione *forte*, ossia strutturale e dicotomica, tra *regole* e *principi* [...]. Le regole sarebbero prescrizioni ipotetiche nella forma ‘Se fatto x allora conseguenza y’ [...]; i principi, norme con premessa aperta o prive di premessa». La terza stabilisce «la distinzione tra *deduzione*, tipo di applicazione esclusivo delle regole, e *bilanciamento*, tipo di applicazione esclusivo dei principi»<sup>21</sup>.

In tale contesto, Carrino pone in evidenza la contraddizione originaria della cultura liberale, in cui, da un lato, si affida il governo al popolo (o meglio, alla maggioranza) e, dall’altro lato, si indica quale suo compito principale la tutela dei diritti e delle libertà individuali, non essendo chiaro «per quali ragioni e per quali motivi un qualunque aggregato di individui “liberi” accetterà una serie di scelte politiche che possono confliggere con le scelte degli altri consociati, in certe circostanze persino una maggioranza»<sup>22</sup>. Ciò nondimeno, egli rivendica «la *forza di civiltà* delle conquiste dello Stato di diritto prima che questo, divenuto ‘costituzionale’, si abbandonasse ai furori agramantici dei valori e dei principi del neocostituzionalismo»<sup>23</sup>, poiché i concetti classici della divisione dei poteri, della sovranità politica e del principio di legalità «hanno certamente una funzione anche ideologica, di conservazione del potere borghese, ma non possono certo essere buttati a mare come residui di un’epoca passata

<sup>20</sup> E. CHELLI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, in IDEM, *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di M. Manetti, Modena, Mucchi, 2015, 82. Segnatamente, «per “Stato costituzionale” non s’intende semplicemente quello Stato di diritto che ad un certo punto della sua vicenda storica [...] si è dotato di una Costituzione rigida e di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi» ma si ritiene che esso, pur rimanendo all’interno «della vicenda più complessiva dello Stato moderno europeo» segni un cambiamento radicale rispetto all’esperienza dello Stato di diritto (M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 200).

<sup>21</sup> M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012, 28 ss.

<sup>22</sup> Ccd, 186.

<sup>23</sup> Ccd, 254.

in nome di un primato della giurisdizione che rischia solo di aggravare la crisi della politica e della sua autonomia»<sup>24</sup>.

Più nello specifico, a destrutturare l'impianto classico sarebbe stata in primo luogo la metamorfosi della legislazione, ormai definitivamente privata degli originari caratteri della generalità e dell'astrattezza e frammentata in una pluralità di interventi particolari, di modo che «dalla legge-provvedimento siamo oramai passati alla fase dei meri provvedimenti in forma di legge, messi in essere in maniera confusa da un 'legislatore' ignaro del significato stesso del concetto di legge»<sup>25</sup>. E contestualmente si sarebbe assistito ad una crescita esponenziale della funzione giurisdizionale ai danni di quella legislativa e soprattutto di quella esecutiva, mentre «lo Stato di diritto si fonda sull'idea di una funzione giudiziaria indipendente e questa indipendenza va mantenuta e difesa, ma al giudice come terzo rispetto a un conflitto concreto, non al giudice come parte, che quindi non giudica ma pre-giudica, o al giudice come coscienza dell'umanità nel caso delle corti costituzionali»<sup>26</sup>. Con un complessivo indebolimento della componente autoritaria della dimensione pubblica, dissimulata dietro la presunta neutralità della giurisdizione senza tenere adeguatamente conto del fatto che lo Stato moderno «contiene in sé un nocciolo di discrezionalità, connaturato alla sua stessa genesi in quanto Stato 'assoluto' agli albori dell'epoca della secolarizzazione, che il costituzionalismo si è sforzato di mitigare, limitare, regolare, ma che diventa pericoloso proprio non appena - e tutte le volte che - esso viene misconosciuto, trascurato, irrazionalmente represso o 'rimosso', semmai nella forma della presunta sovranità assoluta, una veste che consente operazioni ideologiche di questo tipo»<sup>27</sup>.

La ricognizione dei fattori di crisi dello Stato di diritto, peraltro, si muove in parallelo con quella concernente le difficoltà attraversate dai sistemi democratici, in coerenza con lo stretto legame esistente tra le due figure, espresso dal rilievo che «lo Stato liberale è il presupposto non solo storico ma giuridico dello Stato democratico», e quindi essi «quando cadono, cadono insieme»<sup>28</sup>. In particolare, Carrino individua il punto debole delle democrazie contemporanee nell'attribuzione al Parlamento

<sup>24</sup> Ccd, 239.

<sup>25</sup> Ccd, 330. «La legge non ha più da molto tempo la sacralità che pretendevano di assegnarle i costituenti francesi, ma non è nemmeno più la legge di cui Franz Neumann studiava il 'cambiamento di funzione' negli anni Trenta del secolo scorso; anche rispetto al 'legislatore motorizzato' di Carl Schmitt le cose, oramai, sono molto cambiate, al punto che la legge è oramai semplicemente la risposta contingente che si dà (l'impersonale è indicativo) a stati di crisi o di emergenza puntuali» (Ccd, 262)

<sup>26</sup> Ccd, 146. «lo Stato costituzionale che si è sempre contrapposto al *Machtsstaat* non era ancora la finzione, il paravento, l'escamotage di una politica dei diritti affidata alle 'cure' di una consorte di *philosophes* e di giudici intoccabili. Il *Rechtsstaat* si fonda sull'indipendenza dei giudici (già l'autonomia è discutibile), non sul potere dei giudici» (Ccd, 292)

<sup>27</sup> Ccd, 140.

<sup>28</sup> N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, 7. Segnatamente, «Stato liberale e Stato democratico sono interdipendenti in due modi: nella direzione che va dal liberalismo alla democrazia nel senso che occorrono certe libertà per l'esercizio corretto del potere democratico, e nella direzione opposta che va dalla democrazia al liberalismo nel senso che occorre il potere democratico per garantire l'esistenza e la persistenza della libertà fondamentali» (*ibidem*).

di un ruolo di governo per il quale esso sarebbe del tutto inadeguato. «In altre parole, ciò che fa problema è la democrazia parlamentare, il grande tabù intoccabile della scienza costituzionale. [...] Lo 'Stato costituzionale' non è la risposta, come immagina qualcuno, alla crisi dello Stato legislativo: è solo la foglia di fico messa sopra la crisi ricorrente e insuperabile del parlamentarismo»<sup>29</sup>. E di nuovo si cerca una soluzione nel recupero della sfera della decisione, contestando l'idea di una democrazia cosmopolita e partecipativa, considerata «una narrazione che mistifica processi reali in ideali politici, che travisa trasformazioni socio-economiche effettive in finalità normative che spesso coincidono con gli interessi di minoranze finanziarie assai agguerrite, queste sì veramente 'cosmopolite' avendo quale unico interesse l'accumulazione del profitto»<sup>30</sup>.

Nel dettaglio, si ritiene che debba essere profondamente ripensata la relazione tra i due modelli del governo delle leggi e del governo degli uomini perché «un 'governo delle leggi' non è mai esistito e mai esisterà, almeno sulla terra: esistono solo governi degli uomini e tutto dipende, sempre, oltre che dalle circostanze, dalla qualità degli uomini che governano e da come governano. Ed è sul *come* che il principio del governo delle leggi si manifesta decisivo»<sup>31</sup>. Il che porta a riequilibrare il baricentro dell'apparato istituzionale a favore del potere esecutivo, auspicando, nel contempo, che vengano reintrodotti nel sistema «i controlli ai vari livelli, la discrezionalità responsabile, la legittimazione diretta, dal basso, dei vari momenti decisionali, 'autocratici', entro la struttura complessivamente democratica [...] dello Stato, uno Stato con un parlamento più agile, qualitativamente superiore, che faccia poche leggi e controlli gli altri poteri o funzioni dello Stato»<sup>32</sup>. In vista di un recupero dell'idea di *civitas*<sup>33</sup> quale riferimento essenziale dell'esperienza politica (e giuridica), in contrapposizione al processo di globalizzazione in atto, sulla base della convinzione che in futuro la democrazia sarà repubblicana e non più liberale e non passerà «attraverso il parlamentarismo, ma solo attraverso la diffu-

<sup>29</sup> Ccd, 270.

<sup>30</sup> Ccd, 216. «Ciò che appare evidente è il frantumarsi dell'illusione propria della modernità borghese di una società fondata sulla rappresentanza in senso privatistico, che alla lunga, nonostante le buone intenzioni iniziali, ha rotto la possibilità di una decisione politica fondamentale quale insita nella omonia» (Ccd, 324).

<sup>31</sup> Così Carrino nella intervista a cura di Giuseppe Acocella riportata in appendice al volume (Ccd, 410), nella quale afferma altresì di continuare «a credere che nella vecchia opposizione tra governo delle leggi (in sé impossibile) e governo degli uomini bisogna imparare a riconoscere le ragioni del vecchio Creonte senza distruggere quelle di Antigone» (Ccd, 404).

<sup>32</sup> Ccd, 415-416. Cosicché si prefigura l'attribuzione «alla rappresentanza parlamentare non tanto e non essenzialmente di un potere legislativo che gli sfugge, di fatto, sempre più, quanto - come è stato giustamente sostenuto - di un potere di legittimazione delle leggi decise non più solo materialmente, ma alla fine anche formalmente, altrove (com'è ovvio, nell'ambito del potere 'esecutivo', ma si potrebbe immaginare anche rispetto al potere del giudice delle leggi)» (Ccd, 212).

<sup>33</sup> «Liberi è possibile esserlo solo in comunità, entro una comunità politica, una comunità di uomini liberi (Aristotele) che partecipano alle decisioni per dare un limite al potere, tendenzialmente assoluto, come sadianamente assoluto è l'impulso dei nuovi teologi dei diritti a costruire nell'etereo delle loro astrazioni diritti autofondati che servono solo a rendere gli uomini schiavi di pretese universali astratte» (Ccd, 294).

sione dei poteri a livello locale, accentrando contemporaneamente il potere di decisione ultima e di 'garanzia della costituzione' in un punto neutrale ma sovrano, che ovviamente non può essere un giudice»<sup>34</sup>.

#### § 4. - *Il conflitto e la sintesi*

Quelli sin qui proposti sono solo alcuni dei numerosi spunti di riflessione offerti dal saggio di Carrino, che si muove su un orizzonte di ragionamento molto largo anche sulla scorta della sua profonda conoscenza della letteratura giuspolitica nonché della sua sensibilità storico-culturale contemporanea e la cui cifra metodologica si può forse riscontrare in un approccio "realistico" e non ideologico alla ricerca scientifica. A cominciare dalla presa d'atto che la pratica del diritto conseguente all'impostazione giusmoralista «ha *effettivamente e realmente* modificato l'impianto costituzionale generale, sicché la difesa dello Stato di diritto non può non passare attraverso la constatazione che oggettivamente la legislazione è oggi sempre più impotente rispetto al potere del giudice quale soggetto (forse necessariamente) prevaricante»<sup>35</sup>. E dunque la reazione rispetto allo *status quo* non può consistere nella riaffermazione astratta dei principi della democrazia liberale, ma si deve necessariamente muovere sul piano della concretezza contrapponendo al giusnaturalismo dei diritti umani un giuspositivismo «inteso come realismo politico e non come dogma - ben superato nei fatti - della sacralità della legge; come rispetto della legalità in nome di una legittimità politica»<sup>36</sup>.

Per questo, tornando al cuore della monografia, relativamente alla Costituzione si auspica «la ripresa del discorso sul potere costituente, di un potere che ovviamente appare essere il contrario di un sistema della certezza e della legalità formale, ma che costituisce, però, a ben vedere, l'ultima possibilità di salvezza quando certezza, legalità e ordine si addomesticano agli interessi di pochi. Potere costituente di fatto o virtuale è ciò che dà legittimità ad una costituzione, perché significa affermare qualcosa sul futuro di

<sup>34</sup> Ccd, 408. In particolare, ciò che «pone la differenza tra un guardiano della costituzione in senso sostanziale e un guardiano (giudice) nel senso delle attuali corti costituzionali è rappresentato dal fatto che la legittimità delle attuali corti costituzionali non è data dalla 'sostanza' materiale (storica ed esistenziale) della costituzione quale decisa da un popolo ma dai cataloghi dei diritti universali dell'uomo, diritti che si sottraggono alla realtà storico-esistenziale e si pongono come sovrani rispetto al singolo popolo, togliendo ad esso ogni dimensione di autonomia. Non si tratta, allora, di negare valore ad un guardiano delle costituzioni, pur nei limiti di procedure rinnovate cui abbiamo fatto cenno, ma di capire se questo guardiano può essere veramente un giudice o non dovrebbe essere piuttosto un istituto diverso, che non agisca nelle forme del processo» (Ccd, 369).

<sup>35</sup> Ccd, 268. «Si può discutere se il potere del giudice dipende dall'impotenza della politica o l'impotenza della politica dipende dal potere del giudice [...], ma il risultato, allo stato dei fatti e fino a quando non sorgerà una nuova, dignitosa classe politica, è che le cose non cambieranno il loro senso» (*ibidem*). E in altra parte l'Autore chiarisce inoltre di non essere affatto «contro i giudici, senza i quali talvolta le cose andrebbero anche peggio, specie per quanto riguarda la corruzione pubblica» ma di essere «contro quella pseudo-politica che per impotenza, ignavia o altro lascia che a decidere siano altri da sé, si tratti delle burocrazie di Bruxelles, dei giudici di Lussemburgo o di quelli della Consulta» (Ccd, 411).

<sup>36</sup> Ccd, 278.

chi ha dato o conferma quella stessa costituzione. L'elemento della decisione politica orientata al futuro è allora ciò che veramente conferisce legittimità alla costituzione o, meglio, alla interpretazione costituzionale»<sup>37</sup>.

Tuttavia, in un simile scenario si potrebbe forse vedere il rischio che la Costituzione finisca per perdere di utilità: «a che serve, infatti, una Costituzione cui non si riconosce più il carattere *a priori* – ossia la natura normativa – ovvero la capacità di stabilire limiti e vincoli – ossia “orizzonti” – che siano di per sé dotati di un qualche significato (normativo) per la società cui la stessa Costituzione appartiene?»<sup>38</sup>. E non si può sfuggire al dubbio che la reazione contro l'eccesso di tutela attribuita ai diritti dell'uomo più che del cittadino (o forse piuttosto contro le mistificazioni di una retorica globalista che invero negli ultimi tempi sembra sottoposta ad un significativo ripensamento) finisca per risolversi in una compressione di quelle libertà che già in un passato non troppo lontano hanno incontrato ostacoli molto seri rispetto alla loro compiuta esplicazione. Ma qui Carrino con molta probabilità risponderebbe, hegelianamente, che va assegnato alla storia il compito di trovare la sintesi, attraverso il conflitto delle diverse forze in campo, specialmente «tra le due forme di politica che hanno caratterizzato la modernità, la politica delle fede e la politica dello scetticismo»<sup>39</sup>, senza pretendere che alla dottrina spetti una funzione di vigilanza critica sul rispetto delle regole da parte dell'apparato istituzionale (anche al fine di incentivare il controllo democratico sul suo operato) e limitandosi ad offrire un contributo di conoscenza al confronto dialettico insito nella società<sup>40</sup>.

### Abstract

The contribution reviews Agostino Carrino's essay *La Costituzione come decisione* reconstructing its conceptual framework and highlighting, even with a critical slant, some of its implications on the theoretical-general level, especially with regard to the issue of the normativity of the Constitutional Charter.

<sup>37</sup> Ccd, 365. Per Carrino «ciò che più conta, oggi, è una politica del diritto, ovvero, meglio, un diritto politico (così si chiamava una volta il diritto costituzionale, prima che fosse *saisi* dalla giustizia costituzionale), contro altri diritti politici. Dove la lotta è *'um die Verfassung'*, per la costituzione, per la sua conquista, ovvero per la sua piegatura a prospettive determinate: la costituzione, in effetti, è oramai da intendere come una legge superiore ma ordinaria, vincolata alle norme supreme racchiuse nel 'codice' dei diritti quale viene gestito dalle corti nella 'interpretazione' che ne danno. Si tratta dell'opposizione tra chi vuole piegare la costituzione sulla politica e chi vuole piegarla sul diritto, ovvero sui diritti» (Ccd, 254).

<sup>38</sup> A. BALDASSARRE, *La normatività della Costituzione e i suoi «nemici»*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 38.

<sup>39</sup> Ccd, 240.

<sup>40</sup> ««In quest'ottica ciò che è doveroso fare è cercare di mettere in guardia contro fenomeni degenerativi quali, per quanto riguarda il nostro tema, la rassegnazione diffusa a causa della oggettiva impotenza del popolo rispetto ai momenti decisionali. Viviamo in uno Stato parlamentare dove il parlamento non conta nulla, in uno Stato costituzionale dove la costituzione cede dinanzi alle superiori e non scritte 'tavole dei valori', in uno Stato di diritto dove il fondamento di quello Stato, la divisione dei poteri, cede dinanzi al debordare del potere giudiziario in assenza di 'controlimiti' degli altri poteri, in una democrazia dove il potere del corpo elettorale, se non vogliamo usare il termine 'popolo', è di fatto inesistente perché la rappresentanza si disinteressa dall'inizio alla fine dei voleri e soprattutto degli interessi oggettivi (cioè pubblici) dei rappresentati» (Ccd, 250).