

IL DIRITTO  
COME LIMITE  
DEL POTERE  
E IL DESTINO DEL  
COSTITUZIONALISMO  
UN COMMENTO AL VOLUME DI  
F.J. ANSUÁTEGUI ROIG

TOMMASO **GRECO**



Il diritto come limite del potere e il destino del costituzionalismo  
Un commento al volume di F.J. Ansuátegui Roig

Law as Limit of Power and the Fate of Constitutionalism  
A Commentary on the Book by F.J. Ansuátegui Roig

TOMMASO GRECO

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Pisa.  
E-mail: [tommaso.greco@unipi.it](mailto:tommaso.greco@unipi.it)

ABSTRACT

In questo articolo ricostruisco e discuto le tesi sostenute da F.J. Ansuátegui Roig relativamente alla natura dello stato costituzionale. In particolare mi soffermo sul rapporto di continuità storica con lo stato di diritto, da un lato, e con lo stato cosmopolitico, dall'altro lato. Queste riflessioni derivano da un modo particolare di intendere i relativi concetti e coinvolge la natura (descrittiva o prescrittiva) della teoria del diritto.

In this article I reconstruct and discuss the theses advanced by F.J. Ansuátegui Roig regarding the nature of the constitutional state. In particular, I consider the relationship of historical continuity between the constitutional state with the rule of law, on the one hand, and the cosmopolitan state, on the other hand. These reflections derive from a particular way of understanding the relevant concepts and involve the nature of the theory of law, whether descriptive or prescriptive.

KEYWORDS

stato di diritto, stato costituzionale, stato cosmopolitico, teoria del diritto, diritti umani

rule of law, constitutional state, cosmopolitan state, theory of law, human rights

# Il diritto come limite del potere e i destini del costituzionalismo

Un commento al volume di F.J. Ansuátegui Roig

TOMMASO GRECO

1. *Premessa* – 2. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato di diritto* – 3. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato costituzionale* – 4. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato mondiale*

## 1. *Premessa*

Se «il merito del costituzionalismo può essere quello di averci aperto orizzonti di comprensione e analisi»<sup>1</sup>, il merito del volume di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale* è quello di aver dato un contributo significativo a questa comprensione su diversi piani, permettendoci di fare alcune riflessioni che, muovendo dallo Stato costituzionale, si allargano a una più generale riflessione sul diritto e sui suoi destini.

Va detto innanzitutto che questo volume, pubblicato nella bella collana “Bibliotheca” diretta da Andrea Bixio, Pietro Rescigno e Francesco Riccobono, si presenta come un coronamento della relazione feconda che l’Autore intrattiene ormai da tanto tempo con la cultura filosofico-giuridica italiana, con la quale egli dialoga attivamente facendosi anche promotore di molte iniziative scientifiche ed editoriali volte appunto a tenere vivo un rapporto di reciproco arricchimento. Non è una battuta se dico che Ansuátegui è il più *italiano* dei filosofi del diritto spagnoli, e non solo per i rapporti di cui ho appena detto, ma anche per la sua profonda conoscenza del ricco (frastagliato?) panorama culturale offerto dalla nostra disciplina all’interno dei confini nazionali, dei quali, anche in questo volume, mostra una piena conoscenza e padronanza.

Una discussione sul libro dello studioso spagnolo pare assai opportuna perché permette di affrontare alcune questioni che sono al centro del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, ma che allo stesso tempo si connettono a problemi e domande ricorrenti, di cui il filosofo del diritto è chiamato a occuparsi inevitabilmente. Il libro si inserisce infatti, senza alcun dubbio, nel quadro del dibattito sul costituzionalismo e sulla natura (e i problemi) dello stato costituzionale, ponendo però questioni che incrociano i temi classici della teoria del diritto.

## 2. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato di diritto*

Si può innanzitutto considerare come tesi fondante e notevole del lavoro che qui discutiamo, quella secondo cui il costituzionalismo rappresenti una modalità del diritto la cui logica appare sostanzialmente ineludibile se considerata all’interno della storia (del diritto) occidentale. Poiché, come dice l’Autore in apertura del suo volume, «le strutture politiche acquisiscono il proprio significato all’interno della storia»<sup>2</sup>, è proprio qui, sul piano della storia, che occorre cercare il significato delle tesi di Ansuátegui. E la tesi fondamentale appare innanzitutto come una tesi storiografica, se non addirittura di filosofia della storia, dal momento che uno degli argomenti ricorrenti è che lo stato costituzionale costituisca non la realizzazione di un modello radicalmente differente rispetto allo stato

<sup>1</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 100.

<sup>2</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 1.

di diritto bensì una sua quasi naturale evoluzione: «lo Stato costituzionale altro non è se non un prolungamento, uno sviluppo o una specificazione dello Stato di diritto»<sup>3</sup>.

Questa tesi storiografica rimanda però immediatamente ad una tesi teorica. Affinché possa darsi continuità (e non rottura) tra stato di diritto e stato costituzionale è necessario che il primo venga associato ad una certa accezione. E così è, in effetti, allorché l'Autore ricorre all'argomento secondo cui non si possa, dello stato di diritto, che avere una visione sostanziale, dal momento che quella formale non ha alcuna capacità di connotare in maniera specifica quella forma di stato. Se, infatti,

«l'aspetto distintivo dello stato di diritto è la soggezione del potere pubblico a norme giuridiche e il suo esercizio all'interno di un quadro stabilito dalle norme stesse, risulta poi difficile trovare un sistema giuridico in cui, quanto meno in forma minima, non si verifichi tale circostanza»<sup>4</sup>.

Insomma, se tutti gli stati sono stati di diritto per la semplice ragione che il potere viene esercitato secondo regole giuridiche, qualunque esse siano, allora questa nozione non ha più alcuna ragione (né utilità) di essere impiegata per designare (e catturare analiticamente) un determinato tipo di stato, come è quello che siamo abituati a chiamare “stato di diritto”<sup>5</sup>. La nozione di stato di diritto, dunque, può acquistare un senso teorico, oltreché pratico, soltanto là dove si presenti carica di un contenuto sostanziale (per quanto minimo), che è quello appunto difeso da Ansuátegui. Questo contenuto riguarda essenzialmente la *limitazione del potere attraverso il diritto*, che è la cornice dentro la quale si può comprendere la tesi della continuità tra stato di diritto e stato costituzionale.

Comprendere meglio quale sia il contenuto di questa concezione dello stato di diritto diventa dunque cruciale per cogliere il prosieguo della storia, incarnato dallo stato costituzionale. Per Ansuátegui, la nozione di stato di diritto include necessariamente «alcune esigenze materiali o sostanziali relative al contenuto della legge, che s'identificano essenzialmente con i diritti»<sup>6</sup>. La definizione, pertanto, è impegnativa: una tale concezione dello stato di diritto, infatti, afferma che «la legge ha come finalità la difesa, la garanzia e la protezione delle esigenze morali che si esprimono attraverso i diritti»<sup>7</sup>, esigenze che «in definitiva si ricollegano all'idea di autonomia individuale»<sup>8</sup>. Si potrebbe parlare a questo riguardo di un contenuto minimo dello stato di diritto: non è possibile, in altre parole, impiegare questa locuzione senza trascinarsi dietro quelle implicazioni di carattere sostanziale.

La definizione, come ho detto, è impegnativa perché produce domande su diversi piani. Al di là della sua verificabilità sul piano storico, non possiamo non domandarci: è ammissibile una definizione così “valutativa” di una nozione che generalmente viene impiegata – come ad esempio nella classica formulazione kelseniana – in maniera adiafora e avalutativa? In secondo luogo, cosa ne consegue in termini di rapporti tra diritto e morale? Se uno stato di diritto è uno stato che include necessariamente «imperio della legge e diritti fondamentali»<sup>9</sup>, dobbiamo concluderne che gli stati in cui questi due elementi non siano presenti sono stati di *non-diritto*? E per arrivare a una tale conclusione, possiamo rimanere su un piano meramente descrittivo? Sono temi ai quali il testo di Ansuátegui offre precise risposte, che qui è il caso di riprendere e discutere per offrire all'Autore e al lettore qualche spunto di riflessione.

<sup>3</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 41.

<sup>4</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 34.

<sup>5</sup> Sulla nozione, la storia e le varie declinazioni dello stato di diritto si vedano i saggi raccolti in COSTA, ZOLO 2006, e in PINO, VILLA (eds.) 2016, oltre a RIDOLFI 2017.

<sup>6</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 32.

<sup>7</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 32.

<sup>8</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 36.

<sup>9</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 37.

Innanzitutto, soffermiamoci sul tema della avalutatività e della connessione tra diritto e morale. La prospettiva assunta da Ansuátegui è esplicitamente quella positivista<sup>10</sup>. Egli difende però, sulla scia di Gregorio Peces-Barba, un positivismo giuridico che, pur volendo mantenere sul piano metodologico la distinzione tra descrittivo e prescrittivo, per essere «compatibile con le metamorfosi del costituzionalismo contemporaneo»<sup>11</sup> è chiamato ad includere nella nozione di diritto una serie di contenuti materiali, i quali forniscono «criteri di riconoscimento, senza che questo implichi – secondo l'Autore – alcuna contraddizione con l'idea dell'origine sociale delle fonti del diritto»<sup>12</sup>.

Una prima questione, si pone allora a questo livello: quanto è possibile mantenere la distinzione tra lo sguardo descrittivo e quello normativo se la nostra nozione di diritto include necessariamente una serie di contenuti morali? Che la connessione necessaria tra diritto e morale (più volte ribadita nel testo) non riguardi la morale “corretta” (come, anche qui ripetutamente, precisa Ansuátegui), non significa che non ne derivi la necessità, al momento di considerare la validità del diritto, di *valutarlo* anche dal punto di vista del suo contenuto: proprio ciò che la visione classica del positivismo giuridico vuole evitare. In altre parole, il riferimento a un significato “neutro” della morale, come quello al quale rinvia Ansuátegui, per cui veniamo convinti che «la separazione concettuale tra il diritto e la morale corretta è invece perfettamente compatibile con il riconoscimento della connessione necessaria tra il diritto e una qualche morale»<sup>13</sup>, non implica sempre e comunque una qualche forma di valutazione?

Inoltre, questa concezione può davvero conciliarsi con l'idea del diritto che permea la definizione dello stato di diritto che abbiamo visto poc'anzi, e che poi “scivola” su quella dello stato costituzionale? Mi pare che il rispetto della «specificità dei piani discorsivi»<sup>14</sup>, di cui parla Francesco Riccobono nella nota finale, rischi infatti di saltare se si prende sul serio il discorso di Ansuátegui. Ritorna quindi la domanda precedente: se la connessione necessaria tra diritto e morale si limita a un rapporto formale, tanto da far dire che «il diritto, in qualche modo, esprime una determinata concezione morale del bene e del male», come possiamo dire – rimanendo sul piano descrittivo – che lo stato di diritto implica invece un contenuto che sta inequivocabilmente (almeno per Ansuátegui, e anche per chi scrive) dalla parte del *bene*? Insomma: se il diritto può stare sia dalla parte del bene che dalla parte del male; e se lo stato di diritto sta dalla parte del bene, dal momento che include la limitazione del potere e la garanzia dei diritti, come è possibile conservare uno sguardo avalutativo e descrittivo quando si ha a che fare con quest'ultimo, o quanto meno quando dobbiamo decidere se uno stato è o no “stato di diritto”?

Non sono affatto sicuro, insomma, che nella prospettiva assunta da Ansuátegui si possa dar conto, come pensa Riccobono, di quella dimensione del “valore cattivo”, la cui rimozione viene imputata al costituzionalismo da tutti i critici della “moralizzazione del diritto”<sup>15</sup>. Se si vuole rimanere fermi alla prospettiva positivista – con la sua pretesa di approcciare il diritto da un punto di vista descrittivo – dubito che vi si possa includere una concezione che rende necessario valutare il contenuto materiale delle norme per accertarne la validità<sup>16</sup>. Quindi, delle due, l'una: o si abbandona il positivismo, almeno nella sua versione metodologico-kelsenian-bobbiana, con la sua ferma e incrollabile pretesa descrittiva, riconoscendone la limitatezza su un piano generale e ammettendo che essa non è in grado di “catturare” il fenomeno del costituzionalismo; oppure,

<sup>10</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>11</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>12</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 57.

<sup>13</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 71.

<sup>14</sup> RICCOBONO 2020, 210.

<sup>15</sup> RICCOBONO 2020, 211. Cfr. altresì, oltre a RICCOBONO 2021, CARRINO 2019 e PINTORE 2023.

<sup>16</sup> Questa, infatti, come scrive l'Autore, è «una delle dimensioni del giuspositivismo più problematiche per quanto riguarda la teoria della produzione normativa nello scenario costituzionalista» (ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 96).

se si vuole ancora difendere quella fortezza, si deve ammettere che la difesa dello stato (di diritto) costituzionale non può essere fatta se non riconoscendo che, *almeno in quel caso*, si sta facendo un discorso che si pone su un piano normativo. È lo stesso Ansuátegui, d'altra parte, a riconoscere che «nel momento in cui la validità delle norme viene a dipendere non soltanto dalle sue dimensioni autoritative, bensì anche da quelle giustificative, la neutralità nell'identificazione del diritto sembra risultare impossibile»<sup>17</sup>.

### 3. *Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato costituzionale*

La mia impressione è che si debba cogliere l'occasione delle aporie a cui dà luogo il costituzionalismo per rendere evidente un problema che in realtà è sempre esistito: parlo del rapporto problematico tra la teoria del diritto e il suo oggetto. Un rapporto che, a dispetto di ogni più pura intenzione scientifica, non può mai essere raffigurato come una mera descrizione "dall'esterno". In altre parole, l'oggettività delle affermazioni che la teoria e la scienza giuridica producono relativamente al loro oggetto di studio si collocano pur sempre in un contesto che richiede loro di adottare dei criteri e di fare delle valutazioni ad essi conseguenti, ciò che non può mai essere classificato come "descrizione" di un qualcosa che si trova "lì davanti": perché, evidentemente, quei criteri e quelle valutazioni contribuiscono a creare l'oggetto che si pretende di descrivere (da questo punto di vista, è difficile che i giuristi possano mai presentarsi come meri "custodi del diritto", per dirla con Aldo Schiavello<sup>18</sup>).

Ciò vale a maggior ragione se si fa un passo avanti nel confrontarsi con le tesi di Ansuátegui e si prende sul serio la tesi della continuità/sviluppo tra stato di diritto e stato costituzionale. Com'è noto, non si tratta di una tesi scontata. Si è insistito molto, ad esempio, sul fatto che solo con l'avvento dello stato costituzionale entri in crisi quel paradigma della sovranità sul quale era ancora incentrato lo stato di diritto e che questo abbia comportato anche un significativo passaggio di poteri dalle mani del legislatore, rappresentante della sovranità, ai giudici, custodi dei diritti proclamati nella Costituzione<sup>19</sup>. Gustavo Zagrebelsky, da parte sua, pur riconoscendo che lo stato di diritto indica «una direzione di sviluppo dell'organizzazione dello Stato»<sup>20</sup>, ha rappresentato il passaggio allo stato costituzionale come un «un vero e proprio mutamento genetico», nel quale si è realizzata una rivoluzione nei punti di riferimento dell'ordinamento giuridico<sup>21</sup>. Ciò perché il costituzionalista torinese impiega un concetto ampio di stato di diritto che può essere riempito di contenuti tra loro assai diversi<sup>22</sup>. La tesi di Ansuátegui, come già ricordato poc'anzi, è che invece i due momenti si pongano lungo una linea continua, sulla quale l'uno è premessa e l'altro conseguenza; ed è una tesi che si regge sull'assunzione di un punto di vista ben determinato, che a questo punto occorre approfondire: e cioè quello relativo al rapporto tra diritto e potere.

Qui si può intanto sottolineare un primo aspetto, sebbene non ci sia modo di soffermarsi: nel modo in cui Ansuátegui presenta il modello dello stato costituzionale appare evidente che ogni teoria del diritto si trascina dietro una teoria del potere, e viceversa. Avere una certa idea di cosa sia il diritto significa – implicitamente o esplicitamente – averne una su cosa sia il potere. Questo emerge chiaramente sia da quanto l'Autore afferma in alcuni passaggi del suo volume (quando ad esempio afferma esplicitamente che un potere non regolato è puro arbitrio), sia da alcuni problemi che vengono in esso discussi, come ad esempio quello della creazione giudiziale del diritto (a cui è dedicato il cap. 5 del volume). Ad ogni modo, il punto rilevante ai nostri fini è

<sup>17</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 96.

<sup>18</sup> Cfr. SCHIAVELLO 2017.

<sup>19</sup> Cfr. ad. es. i lavori di Vincenzo Omaggio: OMAGGIO 2011 e OMAGGIO 2022.

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, 1992, 20.

<sup>21</sup> ZAGREBELSKY, 1992, 39. Cfr. anche SCHIAVELLO 2022, 4 ss.

<sup>22</sup> Cfr. ZAGREBELSKY 1992, 20 ss.

che il costituzionalismo, per Ansuátegui, è quella particolare concezione del diritto che si afferma nell'epoca che Maurizio Fioravanti ha chiamato della «costituzione dei moderni», concezione fondata «sull'idea di *limite*, ossia sulla rivendicazione della necessità urgente di limitare il potere, la quale rimanda a sua volta «alla rivendicazione dei diritti degli individui»<sup>23</sup>. Potremmo dire, riprendendo quanto Ansuátegui dice a proposito di un passaggio ulteriore sul quale ci soffermeremo nel prossimo paragrafo, che la sua è una visione “ottimistica”, in quanto non vede il superamento dello stato di diritto da parte dello stato costituzionale come frutto di un limite del primo che deve essere rimediato nel secondo, bensì come esito di una «vocazione espansiva» del diritto medesimo che conduce a una sempre più decisa limitazione del potere e a un riconoscimento sempre più largo dei diritti dei cittadini.

Mi pare di poter dire che, nella visione di Ansuátegui, ciò che caratterizza lo stato di diritto, prima, e lo stato costituzionale, poi – e che non può non caratterizzare anche gli ulteriori sviluppi degli ordinamenti in senso cosmopolitico – è una certa modalità del rapporto tra diritto e potere, caratterizzata da una «progressiva razionalizzazione delle strutture giuridico-politiche», che non si estrinseca però sul piano formale ma si concretizza nell'affermare «le “ragioni dei diritti”, di fronte alle “ragioni della politica”»<sup>24</sup>. È lo “spirito” dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 a manifestarsi e a produrre i suoi effetti, nelle modalità che ogni epoca consente e richiede. In questo senso, nella lettura dello studioso spagnolo, quello dallo stato di diritto allo stato costituzionale appare solo come un passaggio di grado, quantitativo più che qualitativo, e lo dimostra il modo in cui viene trattato ad esempio il tema della crisi della legge, che egli interpreta non come crisi di un determinato e specifico atto normativo, bensì di nuovo come trasferimento di determinate modalità regolative dalla legge alla Costituzione. È in quest'ultima che bisogna ora andare a cercare quelle esigenze di generalità e astrattezza che un tempo si realizzavano nella legislazione: ma si tratta pur sempre di affermare e realizzare quell' “imperio della legge” che è alla base delle due diverse modalità politico-giuridiche dello stato di diritto e dello stato costituzionale. I cambiamenti che ciò comporta sul piano dell'assetto istituzionale – leggi: la necessaria creazione delle Corti costituzionali – e sul piano della prassi giuridica – leggi: la necessità «di rimodulare l'argomentazione in modo tale da non rinunciare a valori come la prevedibilità, l'imparzialità, la sicurezza, l'uguaglianza nell'applicazione della legge»<sup>25</sup> – pur venendo puntualmente rilevati e sottolineati da Ansuátegui, si presentano non come effetto di un cambio di paradigma, potremmo dire con Thomas Kuhn, bensì come trasformazioni interne ad un unico paradigma: «tanto il principio di legalità quanto quello di costituzionalità implicano un'idea di controllo, di limite, di soggezione al diritto»<sup>26</sup>.

Ora, verrebbe da pensare che una tale lettura “continuista” sia resa possibile dall'essersi collocati in un punto di osservazione posto talmente in ‘alto’ da far sfumare le differenze: più ci si allontana dall'oggetto osservato, in effetti, meno si colgono i tratti del paesaggio. Ma non è questo il caso: Javier Ansuátegui si è buttato invece proprio “nel mezzo della mischia”, osservando dall'interno i movimenti dello stato costituzionale per coglierne, non solo e non tanto i singoli elementi, ma soprattutto la logica più essenziale. Per cui: certamente ci sono elementi singoli molto cari all'Autore, come la garanzia dei diritti che si connette a sua volta ad un fondamento individualistico<sup>27</sup>, ma c'è innanzitutto la consapevolezza che la logica dello stato costituzionale implichi un superamento della classica distinzione tra i due livelli della legalità e della legittimità, perché «la presenza, all'interno di un ordinamento giuridico, di norme attributive di diritti fondamentali dotate di rango costituzionale determina delle ripercussioni sugli aspetti formali e sostanziali della validità delle norme»<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 11.

<sup>24</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 21.

<sup>25</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 51.

<sup>26</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 42.

<sup>27</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 7.

<sup>28</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 41.

Tema cruciale quant'altri mai, questo, che tra le altre cose si connette con la questione che abbiamo incontrato nel primo paragrafo e che mi permetto di rilanciare nuovamente perché qui appare massimamente evidente quanto ogni operazione compiuta dai giuristi agisca e retroagisca sul sistema giuridico, condizionandone la dinamica. In altre parole, quel nesso particolare tra diritto e potere che è al centro dell'impresa costituzionalistica può funzionare soltanto in quanto sul piano della vita del diritto si compiano determinate operazioni. Operazioni che non riguardano soltanto il legislatore, i giudici e i funzionari, ma anche lo scienziato del diritto, chiamato – anche suo malgrado – a cooperare a quell'impresa. Se il giurista opera sul piano della legalità/validità, e se però questo piano è strettamente connesso (per non dire sovrapposto) a quello della legittimità, non è difficile derivarne la portata normativa dei discorsi dei giuristi.

Questa constatazione deve valere come richiamo a quella responsabilità, che Ansuátegui lega decisamente alla cultura giuridica costituzionalistica. La consapevolezza del ruolo che i giuristi svolgono è il primo elemento di quell'approccio critico che per il nostro Autore è un vaccino con il quale il giurista deve «immunizzarsi», ciò che gli consentirà «di non diventare un mero servo del potere»<sup>29</sup>. A maggior ragione quando i punti fermi della cultura positivista sembrano vacillare, e in particolare vacilla proprio quello che ne aveva costituito il caposaldo, e cioè la certezza del diritto. Se il diritto, oltre che mite, può essere definito – con una bella immagine che occorrerà valorizzare – come *sfuocato*, allora si capisce definitivamente che il giurista non è più colui che lavora con un manufatto già bell'e compiuto che gli viene consegnato dal legislatore (come ancora pensava Piero Calamandrei<sup>30</sup>), ma è anche lui una sorta di (aiuto-)fabbro che contribuisce a forgiare il manufatto medesimo.

«Nel momento in cui prendiamo coscienza della presenza di dimensioni che non possono essere affrontate in una prospettiva esclusivamente formale o autoritativa, esigendo un superamento del formalismo nella produzione normativa, corriamo il rischio di far perdere terreno alla chiarezza con cui identifichiamo il diritto. Il problema che sto ponendo, pertanto, è se insieme al diritto mite possiamo parlare di un diritto sfuocato, con le relative implicazioni sul piano morale e della sicurezza giuridica»<sup>31</sup>.

Le «implicazioni sul piano morale e della sicurezza giuridica», in questo caso, sono in gran parte nelle mani dei giuristi. Sta a loro far sì che un ordinamento che si presenta strutturalmente «con lacune, contraddizioni e inesattezze nella formulazione dei propri enunciati»<sup>32</sup> – e che si presenta in questo modo perché chiamato a giocare «la sfida di regolamentare una società plurale, complessa, molteplice nelle sue espressioni e proposte morali e ideologiche», nonché caratterizzata «da un notevole ritmo di trasformazione»<sup>33</sup> – incarni al meglio le premesse e le promesse di quella impresa giuridico politica che dallo stato di diritto ha portato, idealmente e con mille peripezie, alla realizzazione dello stato costituzionale<sup>34</sup>.

#### 4. Il diritto (e la scienza giuridica) nello stato mondiale

La tesi della continuità tra stato di diritto e stato costituzionale acquista ancora maggior forza e pregnanza se si valorizza, nel discorso di Ansuátegui, la proiezione in avanti che lascia intravede-

<sup>29</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 142.

<sup>30</sup> Cfr. CALAMANDREI 2008.

<sup>31</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 100.

<sup>32</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 118.

<sup>33</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 117.

<sup>34</sup> Sui compiti e le responsabilità della cultura giuridica, in particolare costituzionalistica, ha richiamato l'attenzione assai di recente G. Zagrebelsky. Cfr. ZAGREBELSKY 2023.



re. Lo stato costituzionale, infatti, non è altro che «uno stadio nell'evoluzione storica dei diritti e delle libertà: un processo la cui tendenza porta verso l'affermazione dell'universalità dei diritti»<sup>35</sup>. Appare dunque chiaro perché all'inizio di questo scritto ho parlato di filosofia della storia. Quella che lo studioso spagnolo mette in atto nelle sue pagine è infatti una lettura del cammino storico del diritto che si proietta decisamente verso il futuro. Ancor più decisamente rispetto ad altre letture, che pure intravedono una evoluzione dello stato costituzionale nella direzione di uno «stato internazionale»<sup>36</sup>, quella di Ansuátegui mi pare segnata da una disposizione che non saprei definire diversamente che *fiduciaria*. Doppia, anzi: perché se «la peculiarità del costituzionalismo contemporaneo all'interno della storia della nostra cultura giuridica [è] espressione di una fiducia nel diritto»<sup>37</sup>, a maggior ragione è espressione di questa fiducia la convinzione che il costituzionalismo possa riproporre le sue esigenze e i suoi canoni su un piano globale.

Il ragionamento che Ansuátegui sviluppa nel capitolo dedicato alla universalità dei diritti è tutto segnato da questa doppia fiducia. Per quanto egli veda e sottolinei i molti problemi che l'universalismo si porta dietro, non c'è alcun dubbio che i diritti hanno, per lo studioso spagnolo, una strutturale (potremmo chiamarla ontologica) propensione a valere universalmente: «l'idea secondo cui i diritti umani sono universali fa probabilmente parte delle nostre intuizioni basiche e fondamentali riguardo ai diritti»<sup>38</sup>. Ed è proprio qui che si mostra, anche su questo piano, come il diritto e il discorso che si fa su di esso (nella veste di diritti) siano strettamente intrecciati. Mai come in questo caso, l'essere e il dover essere del diritto (e dei diritti) si sovrappongono, chiamando in causa il lavoro dei giuristi. Riferendosi alle norme delle Dichiarazioni che affermano l'universalità di certi diritti, Ansuátegui afferma che

«gli effetti pratici della norma, l'effettivo adeguarsi della realtà al messaggio del contenuto normativo, non è una conseguenza diretta della mera esistenza della norma, ma implica l'applicazione della norma, da parte dell'operatore giuridico o dei destinatari della norma medesima, alle circostanze concrete, adottando a tal fine precise misure o adeguando certi comportamenti. Questo permette di capire in che senso vadano intesi quegli enunciati normativi che affermano l'universalità dei diritti. Accanto all'interpretazione secondo cui questi testi affermano che i diritti sono (*de facto*) universali, si colloca anche l'altra, a mio avviso più realista, per la quale ciò che si dice è che i diritti *devono essere* universali»<sup>39</sup>.

Se le cose stanno così, *chi* più dei giuristi è chiamato ad affermare la normatività universale dei diritti? Chi più dei giuristi può dare voce alla «fiducia nella capacità del diritto di controllare, razionalizzare e limitare l'esercizio del potere politico»<sup>40</sup> anche su scala globale?

Ancora una volta, si tratta di riaffermare la stessa logica che porta alla limitazione del potere attraverso la tecnica dei diritti: abbiamo a che fare con la nuova tappa nello sviluppo di una «dinamica espansiva, che affonda le proprie radici nel cosmopolitismo del progetto illuminista»<sup>41</sup>. Quel che importa, almeno in questa sede, è che non si tratta soltanto di «un programma per il futuro», da affidare alle mani dei politici, e che dovrebbe portare a proteggere i diritti «di fronte a tutti i poteri, politici ed economici»<sup>42</sup>. Si tratta innanzitutto di affermare sul piano della teoria che l'universalità dei diritti è *pensabile* perché era già contenuta nel nucleo della strategia filosofico-politica e giuridica centrata su di essi. In questo senso, allo stesso modo in cui lo stato costi-

<sup>35</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 24.

<sup>36</sup> Cfr. ad es. BARBERIS 2022, 39 SS.

<sup>37</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 172.

<sup>38</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 144.

<sup>39</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 152.

<sup>40</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 172-173.

<sup>41</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 175.

<sup>42</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 178.

tuzionale rappresentava la continuità logica dello stato di diritto (vedi *supra*), si può «pensare al cosmopolitismo come un ulteriore perfezionamento del costituzionalismo»<sup>43</sup>.

I problemi cominciano, se mai, nel momento in cui ci si rende conto che lo scenario in cui si deve realizzare questo ulteriore passaggio è completamente differente. Se la trasformazione dello stato di diritto in stato costituzionale si è potuta realizzare all'interno del contesto politico fornito dallo stato (nazionale), il nuovo passaggio richiede un salto decisamente più difficile, se non addirittura azzardato. Perché può non esserci alcun dubbio sul fatto che ci sia «continuità concettuale e pragmatica tra costituzionalismo e cosmopolitismo» e che quindi «il costituzionalismo, portato alle sue ultime conseguenze, conduc[a] al cosmopolitismo»<sup>44</sup>; bisogna capire però come si fa – con quali strumenti teorici e con quali soluzioni pratiche – a passare dall'uno all'altro, portando l'uno dentro l'altro. Se il costituzionalismo è innanzitutto limitazione del potere attraverso il diritto e i diritti, sappiamo bene che esso ha potuto funzionare all'interno di una cornice istituzionale che era allo stesso tempo anche geografica e territoriale, con tutto ciò che questo comporta – e Ansuátegui lo sottolinea<sup>45</sup> – in termini di appartenenza e di solidarietà tra cittadini e tra cittadini e istituzioni. Per quanto appaia difficile immaginare di andare oltre lo stato – «che senso ha rivendicare il superamento dello Stato se non si sono alternative?»<sup>46</sup>, dice il nostro Autore – non c'è alcun dubbio sul fatto che una garanzia adeguata dei diritti, e anche una limitazione dei molti poteri “selvaggi” che si stanno sviluppando a livello globale<sup>47</sup>, è possibile solo se riusciamo a immaginare e poi realizzare delle istituzioni capaci di farsene carico.

Ed è qui che si può allargare il discorso di Ansuátegui portandolo su un terreno che forse non è quello su cui è stato sviluppato ma che, oso sperare, non gli è del tutto estraneo.

Mi pare che la sfida davanti alla quale ci troviamo sia proprio quella di «mostrare la rilevanza del diritto nella creazione di un ordine sociale, tanto nazionale quanto sovranazionale»<sup>48</sup>. Questa sfida, tuttavia, non deve necessariamente essere pensata secondo le coordinate consuete. La lotta per i diritti globali non deve essere collocata dentro le categorie e i riferimenti che ci sono familiari e che fanno capo appunto allo stato. Ciò non significa però che non la si debba comunque ancorare a un qualche soggetto, o meglio, a una pluralità di soggetti, capaci di garantire un riferimento per un adeguato ordine istituzionale. Se non è ad uno “stato mondiale” che possiamo pensare, non è detto che non si debba lavorare alla creazione di istituzioni sovranazionali capaci di rappresentare il terreno adeguato su cui far crescere la nuova stagione del costituzionalismo mondiale.

C'è da dire innanzitutto che questo terreno non è del tutto incolto e abbandonato. Come ha mostrato Giorgio Pino, il costituzionalismo dei diritti ha già abbondantemente messo alla prova la sua capacità di proiettarsi oltre i confini nazionali: sia attraverso patti e convenzioni, sia con la «progressiva apertura dei sistemi giuridici nazionali alla dimensione internazionale e sovranazionale dei diritti fondamentali», sia con la moltiplicazione degli stati che si sono dati costituzioni rigide rispettose dei diritti medesimi<sup>49</sup>. Si tratta adesso di andare oltre: non immaginando percorsi di centralizzazione simili a quelli che si sono realizzati all'interno degli stati nazionali (sul modello teorico offerto da Hobbes e da Kelsen) ma lavorando – anche e innanzitutto sul piano della teoria del diritto e della politica internazionale – per creare istituzioni cosmopolitiche capaci di farsi carico della forza dei diritti e di fargli spazio là dove essi maggiormente soffrono a causa delle molteplici violazioni.

<sup>43</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 184.

<sup>44</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 171.

<sup>45</sup> Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 183.

<sup>46</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 183.

<sup>47</sup> Cfr. FERRAJOLI 2011 e FERRARESE 2022.

<sup>48</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 171.

<sup>49</sup> PINO 2017, 26-27.

Al netto della necessità di affrontare (se non di risolvere) i casi più macroscopici di violazione collettiva dei diritti umani fondamentali, si tratta di una sfida che a mio parere deve percorrere linee orizzontali più che verticali, sottolineando nei diritti non solo ciò che essi hanno di conflittuale e di rivendicativo, come avviene frequentemente nella letteratura su di essi e come lascia trasparire lo stesso Ansuátegui nelle sue considerazioni<sup>50</sup>, ma valorizzando l'elemento relazionale che è intrinseco nei diritti medesimi e che consiste nel fatto che essi stanno in relazione feconda, e non oppositiva, con i corrispettivi doveri. Va benissimo dunque la "retorica dei diritti", che li presenta come frutto di quella rivoluzione copernicana che ha condotto le società umane (occidentali), secondo la nota lettura di Bobbio, a passare dall'età dei doveri a quella dei diritti<sup>51</sup>. Ma questa rivoluzione riguarda appunto il rapporto verticale tra l'individuo e lo stato, mentre ciò che è necessario valorizzare oggi è la dimensione orizzontale dei diritti, che proprio per il fatto di chiamare in causa le persone nella loro strutturale relazionalità, può mettere in campo quella «capacità di seduzione» di cui parla Ansuátegui quando si pone il problema – sacrosanto – di cercare una strategia che «possa permettere di coniugare le esigenze concettuali del discorso sull'universalità dei diritti con l'esistenza di molteplici e diverse concezioni morali e culturali»<sup>52</sup>. In altre parole, posto che non è percorribile la strada di una universalizzazione imposta dall'alto, difficilmente riusciremo a universalizzare i diritti se non li faremo dialogare fecondamente con quelle culture nelle quali non ha attecchito (e forse, chissà, non attecchirà mai) né la cultura individualistica né quella conflittualistica. I diritti si portano dietro una grande forza espansiva perché sono capaci di cambiare le relazioni tra i soggetti, portandole dal dominio alla parità, dal disconoscimento al riconoscimento, dalla sottomissione alla dignità. Ma questa forza può esplicarsi nelle culture centrate su uno spirito comunitario (e sulla valorizzazione del sentimento del dovere) soltanto se saremo capaci di capire che l'effettività dei diritti non riposa soltanto sul potere ma soprattutto sulle pratiche sociali a cui quei diritti devono corrispondere e con le quali devono interloquire anche criticamente. Il futuro del costituzionalismo globale, insomma, è legato alla sua capacità di rispondere ai bisogni diffusi e di legarsi alle pratiche attraverso cui questi bisogni si esprimono. Da qui nasceranno anche, con i tempi che saranno necessari, le istituzioni più adeguate affinché i diritti possano diventare effettivi. Esattamente come è avvenuto per lo stato costituzionale, che non è stato solo un meccanismo istituzionale in cui il potere è stato limitato dai diritti, ma è stato innanzitutto una impresa istituzionale cresciuta conformemente alle aspettative e ai bisogni di una umanità che li esprimeva e che si impegnava essa stessa a realizzarli.

<sup>50</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 143 e 178.

<sup>51</sup> Il riferimento è ovviamente a BOBBIO 1990.

<sup>52</sup> ANSUÁTEGUI ROIG 2020, 166.

*Riferimenti bibliografici*

- ANSUÁTEGUI ROIG F.J. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- BARBERIS M. 2022. *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- CALAMANDREI P. 2008. *Fede nel diritto* (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Laterza.
- CARRINO A. 2019. *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Mimesis.
- COSTA P., ZOLO D. 2006. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli.
- FERRAJOLI L. 2011. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza.
- FERRARESE M.R. 2022. *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino.
- OMAGGIO V. 2011. *Il diritto nello Stato costituzionale*, Giappichelli.
- OMAGGIO V. 2022. *Saggi sullo Stato costituzionale*, Giappichelli.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- PINO G., VILLA V. (eds.) 2016. *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino.
- PINTORE A. 2023. *Coercizione e diritto*, Mimesis.
- RICCOBONO 2020. *Riflessioni su un modello giuridico*, in ANSUÁTEGUI 2020, 209 ss.
- RICCOBONO F. 2021. *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in LALLATA COSTERBOSA M. (ed.), *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, il Mulino.
- RIDOLFI G. 2017. *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Editoriale Scientifica.
- SCHIAVELLO A. 2017. *Il diritto e il suo doppio. In cerca della frontiera tra la conoscenza giuridica e il suo oggetto*, in «Rivista di filosofia del diritto», numero speciale, 65 ss.
- SCHIAVELLO A. 2022. *Il futuro del costituzionalismo (se il costituzionalismo ha un futuro)*, in «Teoria e storia del diritto privato», numero speciale, 2022.
- ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi.
- ZAGREBELSKY G. 2023. *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Laterza.