

# IL “SENTIMENTO” DEL COSTITUZIONALISMO

FRANCESCO MANCUSO



## Il “sentimento” del costituzionalismo

### The “Sentiment” of Constitutionalism

FRANCESCO MANCUSO

Professore ordinario di Filosofia e sociologia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

E-mail: [fmancuso@unisa.it](mailto:fmancuso@unisa.it)

#### ABSTRACT

Il contributo analizza il testo *Norme, giudici, Stato costituzionale* a partire dalla messa in luce, da parte dell’autore, della questione dei valori, della scelta politica e degli elementi pregiuridici che costituiscono il cosiddetto “sentimento del diritto”. Il primo argine ai fenomeni avanzanti di decostituzionalizzazione e deistituzionalizzazione è una prospettiva critica qual è quella articolata nell’opera di Ansuátegui.

The contribution analyses the book *Norme, giudici, Stato costituzionale* starting from the author’s highlighting of the question of values, political choice and pre-legal elements that constitute the so-called “sentiment of law”. The first barrier to the advancing phenomena of deconstitutionalisation and de-institutionalisation is a critical perspective such as the one articulated in Ansuátegui’s work.

#### KEYWORDS

costituzionalismo, populismo, politica e diritto, democrazia

constitutionalism, populism, law and politics, democracy

# Il “sentimento” del costituzionalismo

FRANCESCO MANCUSO

In conclusione dell'intervento presente in questo forum e dedicato al libro di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, Maurizio Fioravanti, in quello che è purtroppo uno dei suoi ultimi e come sempre preziosi contributi alla cultura giuridica europea, in un solo colpo fa strame di quella che Giorgio Pino opportunamente ha nominato “vulgata neo-costituzionalista”, e delle sue a volte autoreferenziali e alquanto sterili classificazioni<sup>1</sup>. L'autore, infatti, al fine di cogliere il senso del paradigma costituzionalistico, ci rimanda all'essenziale, direbbe Husserl “alle cose stesse!”.

Cosa c'è alla base del grande viluppo di questioni poste da quella relativamente recente, novecentesca forma di convivenza umana tendenzialmente progressiva, pacifica, liberale e democratica, sorta come reazione agli orrori del totalitarismo, un “mai più!”, che siamo soliti chiamare Stato costituzionale? Se le origini storiche remote del costituzionalismo moderno sono da rintracciare nel diritto di resistenza, quelle del costituzionalismo contemporaneo fanno tutt'uno con la Resistenza europea al nazifascismo: come ha detto il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, in un recentissimo memorabile discorso, «frutto del 25 aprile è la nostra Costituzione».

Alle spalle di ogni tassonomia più o meno adeguata, più o meno consapevole della complessità, vi è il nitore dell'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789. Da esso, e senza tralasciare il contesto storico e le specifiche articolazioni istituzionali e ideologiche, deve prendere le mosse ogni discorso sugli sviluppi (e sulle regressioni, molte delle quali in atto) di questa rivoluzionaria e integralmente umanistica civilizzazione del diritto e della politica: «Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una costituzione». Questa, e non altra, è la sostanza del costituzionalismo continentale, individuabile già nella sua fase aurorale e decisiva, e permanente anche negli sviluppi contemporanei di quella che non è solo una tecnica ma anche una ideologia, negativa e positiva: ideologia, nel primo senso, del non-dominio, della non-oppressione, della non-ineguaglianza; tecnica dei limiti normativi dello Stato, ma che solo nello Stato poteva svilupparsi (e questa è una tesi centrale del volume di Ansuátegui); nel secondo senso, positivo: progetto, forma giuridica di una “volontà generale” non ridotta, come voleva Schmitt, a mera acclamazione di un capo, ma frutto di una mediazione, di un “compromesso” politico all'interno di una società necessariamente pluralista, attuazione, adempimento di precisi doveri di solidarietà, in una parola: democrazia, in un doppio movimento (così bene rappresentato da Fioravanti con l'immagine dell'ellisse) che contemporaneamente rigetta, perché radicalmente alterante il senso proprio del costituzionalismo, sia una lettura “iperindividualistica” e garantistica, liberistica, della Costituzione, sia un'interpretazione “iperpolitica” o, come oggi si direbbe, sovranistica<sup>2</sup>.

Ridurre pertanto il costituzionalismo, stretto e animato insieme dalle tensioni prima accennate, a tecnica giuridica *seelenlose*, è quanto di più esiziale per esso, ed è elemento che contribuisce a sottovalutare il disseccamento di valore ed efficacia dei suoi principi fondamentali e costitutivi (ignorando cioè il fortissimo nesso, caratteristico, che si produce tra teoria, storia e politica del diritto):

<sup>1</sup> Un'ottima introduzione al costituzionalismo scritta con profonda sensibilità insieme storica e teorica è quella di BONGIOVANNI 2005.

<sup>2</sup> FIORAVANTI 2009, VII: «È la forza storica del costituzionalismo e la sua *necessaria doppia vocazione*, cioè che impedisce alla Repubblica di rinnovare concezioni monistiche e volontaristiche della sovranità. Ma nello stesso tempo il lato politico, che si esprime nella necessaria ricerca del principio di unità politica, impedisce a quella medesima Repubblica di ridursi nei limiti del mero strumento di garanzia dei diritti».

eguaglianza, libertà, oggi messa a dura prova dagli imponenti sviluppi tecnologici, pluralismo, pacifismo. Ma l'essenziale a cui siamo invitati da Fioravanti non è costituito nemmeno da temi, di pur rilevante interesse giusfilosofico, che emergono numerosi dagli studi costituzionalistici attuali: dai mutamenti di struttura agiti *dal* costituzionalismo e *nel* costituzionalismo (come, nel primo caso, lo spostamento di asse dal legislativo al giudiziario; il secondo caso, invece, esemplificato dal non lineare rapporto tra costituzionalismi nazionali e sovranazionali), all'individuazione, oggi assai di moda con singolare inversione di prospettive, di presunte sue tendenze antidemocratiche, rilevate sulla base di ricezioni a volte alquanto acritiche di studi elaborati in ambito anglosassone, non direttamente applicabili al contesto continentale (da Waldron a Loughlin)<sup>3</sup> e con poco giustificabile confusione tra "contromaggioritario" e "antidemocratico": come ha scritto Pierre Rosanvallon, che non è un giurista, le corti costituzionali «conduisant à instaurer une confrontation permanente entre les différents peuples démocratiques [...]. Loin de se contenter de juger et de censurer, elles participent de cette façon à l'enrichissement de la délibération démocratique, dans ce qui en forme le cœur: la détermination et le renforcement de l'être-ensemble»<sup>4</sup>. Anche in questo caso, ignorando la complessità dell'interazione diritto-politica, si rimane ai pur importanti contorni senza avvicinarsi minimamente al nucleo, all'essenziale appunto, che è invece costituito da ciò: «Alla base della Costituzione italiana, come di ogni altra Costituzione dell'età contemporanea, – scrive Fioravanti – vi è sempre un sentimento popolare, che tiene in piedi la Costituzione medesima, altrimenti destinata a deperire. È dunque lì che dobbiamo ricercare la forza permanente della Costituzione. Poiché è lì che vive la Costituzione, dove tutto inizia, prima ancora che nelle aule parlamentari o in quelle giudiziarie». Già Rudolf von Jhering aveva individuato nel sentimento del diritto, quello che, storicamente determinato come contenuto della coscienza, solo oppone "resistenza ai maltrattamenti", l'elemento primordiale che anima la "lotta per il diritto" e, aggiungo, per i diritti, di tutti e di ciascuno. In un passaggio cruciale del libro di Ansuátegui, messo opportunamente in luce da Francesco Riccobono nella sua postfazione<sup>5</sup>, si indica la necessità di andare oltre una mera, consolatoria quanto inutile e a volte controproducente catechistica dei buoni valori del costituzionalismo, posto che, già Kelsen lo insegnava, è impossibile fuoriuscire dal rischio che anche all'interno di una stessa costellazione di valori possa prodursi un conflitto tra gli stessi. Discorso, questo sui valori, sdruciolevole quant'altri mai data la possibilità di ribaltare, come fece Schmitt nel periodo postbellico, radicalizzando oltre il dovuto il pensiero di Weber, ogni problematica valoriale in una cupa e potenziale genesi di tirannia dei valori, data dalla loro polemicità e destinale lotta a morte, con un singolare cortocircuito che brucia, insieme al paventato (non si sa con quanta sincerità) fanatismo assiologico, anche ogni legittimità della costruzione, giuridica e politica, di istituzioni centrate su quella che Max Scheler, oggetto di critiche schmittiane, chiamava *Ehrfurcht* (rispetto, cura e tutela dell'altro)<sup>6</sup>. E non a caso Schmitt, che già nel 1923 – vale a dire molto prima della sua adesione al nazismo – aveva stabilito un nesso di connessione diretta tra democrazia, identità e annichilimento dell'estraneo, dello "straniero", dell'altro ("*Vernichtung*"), aveva come obiettivo polemico primario, al tempo del suo *Tyrannie der Werte*, la costituzione democratica della Repubblica federale tedesca, il *Grundgesetz*.

*Nec tecum nec sine te*, dunque (mi riferisco ai valori, naturalmente)? La soluzione che dà Ansuátegui a questo vero e proprio dilemma fondamentale del costituzionalismo è di magistrale raffinatezza: «credo che la strategia migliore per continuare a parlare di diritti universali in un mondo segnato dalla diversità sia quella che potremmo definire la strategia dei minimi. Si tratterebbe di identificare quei contenuti morali che potrebbero costituire un minimo morale comune e con-

<sup>3</sup> WALDRON 2001; LOUGHLIN 2022.

<sup>4</sup> ROSANVALLON 2008, 223.

<sup>5</sup> RICCOBONO 2020, 209-215.

<sup>6</sup> Ma il termine significa anche, in tedesco, timore, paura, quasi a indicare una radice hobbesiana della necessità di regole di tutela e rispetto comuni: il diritto, la costituzione, rendono l'altro un prossimo, non estraneo.

diviso». Si tratta però di un “minimo” non minimalistico, se così posso dire, giacché includerebbe quelle decisive “dimensioni morali” direttamente collegate all’idea stessa di diritti: ancora una volta, eguaglianza, libertà e non dominio come forme elementari di un costituzionalismo che non solo presuppone, ma reclama affinché possa essere diritto vivente, la scelta politica (per dirla con l’espressione resa celebre da Uberto Scarpelli); la seconda parte essenziale della strategia proposta dal filosofo del diritto della Carlos III di Madrid, allievo, importante ricordarlo, di Gregorio Peces Barba, è costituita da quanto oggi il costituzionalismo possa esercitare una “capacità di seduzione” tale da attivare quel sentimento del diritto e dei diritti, quella scelta politica cui facevamo riferimento prima. Non ritengo che Ansuátegui pensi a forme di patriottismo costituzionale in senso habermasiano, le quali scontano negativamente il loro artificialismo. Piuttosto, e come risulta qui e lì nel suo libro, constatato quanto il diritto condizioni e sia a sua volta condizionato dalla questione del legame sociale<sup>7</sup>, quella alternativa alla barbarie che è il costituzionalismo può trarre linfa non da visioni ireniche e pacificate del percorso dei diritti, bensì proprio da un’idea democratica e politica (ma non iperpolitica) che mantenga costantemente alta l’attenzione sulla intrinseca programmaticità tensionistica del contenuto costituzionalistico delle norme, sulla discrasia, da rimediare, non da accettare supinamente, tra validità ed effettività delle leggi, le quali ultime – questo il lascito più importante del positivismo giuridico nient’affatto *hard* cui l’autore aderisce – sono strumento, non regola sacrale, prodotto dall’uomo per l’uomo, e volto certamente, come nel modello hobbesiano, a produrre ordine, ma ordine tanto più duraturo e sicuro quanto meno dimentico di quella protesta «contro il tormento dell’eteronomia» con cui Hans Kelsen inaugura *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (sottolineando subito dopo, in maniera non contraddittoria bensì critica, che la differenziazione sociale e quel grado di eteronomia, pur temperato da una legittimazione democratica, che è costitutivo del giuridico, sono essenziali affinché vi sia approssimazione a quella eguaglianza tradita dal comando e dal dominio).

Ignorare il dislivello validità/efficacia, trattare il *thesaurus* costituzionale come un consolatorio proclama sui diritti, ampliare gli spazi della diseguaglianza, sottovalutare l’impatto della globalizzazione sui sistemi politici, avversare il pacifismo come fosse “pappa del cuore”, riaprire le porte ai “giganti malefici” evocati da Beveridge, facendo decadere baluardi costituzionali della democrazia come la sanità pubblica, la scuola, l’università, la giustizia: tutto ciò equivale a lasciare campo libero a ogni torsione unilateralistica dei concetti del costituzionalismo. Non è un caso che l’ambito di studi costituzionalistici oggi più interessante è quello che, anche in prospettiva comparata, analizza il rapporto tra costituzionalismo e populismo: si è parlato giustamente, a tal proposito, di mimetismo e parassitismo, nel senso di una prossimità dei concetti – a partire da quello di “popolo”, alla cui “demitizzazione” peraltro (quasi nel senso di Bultmann) procedono con consonanza di accenti sia Schmitt sia Kelsen, giungendo il primo alla teologia politica, il secondo a una radicale deteologizzazione del diritto e della democrazia, con esiti politico-ideologici opposti –, prossimità, si diceva, che vede il populismo assumere dal costituzionalismo, e sviluppare in modo consapevolmente incompleto e unilaterale, alcuni dei suoi concetti fondamentali (come “popolo” o “sovranità”), per tradurli in un paradigma dell’immediatezza e della avversione a ogni differenziazione e complessità, la quale richiama peraltro alcuni elementi di possibile connessione tra populismo e tecnocrazia<sup>8</sup>. Come ha notato un grande esperto dei fenomeni populistici, Yves Mény, l’espressione “costituzionalismo populista” «può sembrare un ossimoro, ma bisogna riconoscere che ogni sistema democratico è una combinazione di populismo e costituzionalismo»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> GRECO 2012.

<sup>8</sup> ALLEGRI et al. 2019; DELLEDONNE et al. 2022; KÉRVEGAN 2021; LA TORRE 2021; MANCUSO 2022; MARTINICO 2021; ZAGREBELSKI 2014. Sulla tecnocrazia, KELSEN 1991.

<sup>9</sup> MÉNY 2022, XIV.

Per tutto ciò e per altro ancora, la proposta di Ansuátegui sull'esplorazione necessaria di vie per riattivare una capacità di "seduzione" del costituzionalismo si mostra innanzitutto come un invito a una filosofia del diritto che si non si dissecchi in sterile tecnicismo, che affronti con coraggio le contraddizioni, i "lati oscuri" del diritto e della politica, della loro inaggirabile relazione costitutiva<sup>10</sup>. Già in altra opera tradotta in italiano, importante, l'autore aveva sottolineato che «ogni democrazia è militante»<sup>11</sup>. Nel testo che oggi discutiamo, insieme ad eccellenti analisi delle forme di sviluppo istituzionale dello Stato costituzionale, mai dimentiche delle sue scaturigini a partire dallo Stato moderno, vi sono decise, e condivisibili, indicazioni di politica del diritto, molto vicine alle recenti proposte teoriche di Luigi Ferrajoli: «L'ampliamento del paradigma dello Stato costituzionale di diritto [la connessione non è casuale..., N.d.R.] implicherebbe un capovolgimento della relazione tra economia e politica attraverso l'espansione a livello estensionale e intensionale di tale paradigma, la prima delle quali – quella estensionale – sarebbe diretta ad "addomesticare" i "poteri selvaggi" che operano nei contesti economici e sociali, statali e globali»<sup>12</sup>. Nella stessa pagina, Ansuátegui parla di tre «rivoluzioni istituzionali della modernità», di cui la terza è ancora a venire, e il cui nucleo valoriale soffre degli aspetti di regressione delle prime due: la rivoluzione giuspositivista, quella gius-costituzionalista, quella cosmopolitica: «la logica dei diritti e del costituzionalismo implica la necessità di ripensare gli spazi politici tradizionali e compiere un esercizio d'immaginazione orientato a porre le condizioni necessarie affinché l'universalità sia effettiva»<sup>13</sup>.

In fondo, l'universalismo non è sempre e comunque un inganno. Anzi. E uno dei tanti meriti del chiaro e profondo testo di Javier Ansuátegui sta nell'avercelo ricordato.

<sup>10</sup> Ma vedi anche AZZARITI 2013, 177-191.

<sup>11</sup> ANSUÁTEGUI 2018, 214.

<sup>12</sup> ANSUÁTEGUI 2020, 187.

<sup>13</sup> ANSUÁTEGUI 2020, 187.

*Riferimenti bibliografici*

- ALLEGRI G., STERPA A., VICECONTE N. 2019. *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale Scientifica.
- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2018. *Libertà d'espressione: ragione e storia*, Giappichelli.
- ANSUÁTEGUI ROIG F. 2020. *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli.
- AZZARITI G. 2013. *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza.
- BONGIOVANNI G. 2005. *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza.
- DELLEDONNE G., MARTINICO G., MONTI M., PACINI F. 2022. *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori.
- FIORAVANTI M. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2020. *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza.
- GRECO T. 2012. *Diritto e legame sociale*, Giappichelli.
- KELSEN H. 1991. *Sociologia della democrazia*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- KERVÉGAN J.-F. 2021. *Populism as a Phenomenon of Dedifferentiation*, in «Rechtstheorie», 52.
- LA TORRE M. 2021. *Noli me tangere and the End of the "Long Century": Between Empathy and Anger*, in «Rechtstheorie», 52, 2021, 311 ss.
- LOUGHLIN M. 2022. *Against Constitutionalism*, Harvard University Press.
- MANCUSO F. 2022. *Il limite del diritto*, Giappichelli.
- MARTINICO G. 2021. *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press.
- MÉNY Y. 2022. *Populismo: dalla protesta al consolidamento giuridico*, in DELLEDONNE G., MARTINICO G., MONTI M., PACINI F. *Populismo e costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, p. XIV.
- RICCOBONO F. 2020. *Riflessioni su un modello giuridico*, in ANSUÁTEGUI ROIG F., *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Giappichelli, 209 ss.
- ROSANVALLON P.G. 2008. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil.
- WALDRON J. 2001. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè.
- ZAGREBELSKI G. 2014. *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Laterza.