



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2021

**Il costituzionalismo è vittima
o carnefice delle attuali tendenze
autodistruttive del sistema?
Primi pensieri intorno all'eclissi
del dualismo tra principio di
causalità e principio d'imputazione**

di Ilenia Massa Pinto

EDITORIALE SCIENTIFICA

IL COSTITUZIONALISMO È VITTIMA O CARNEFICE
DELLE ATTUALI TENDENZE AUTODISTRUTTIVE
DEL SISTEMA?
PRIMI PENSIERI INTORNO ALL'ECLISSI
DEL DUALISMO TRA PRINCIPIO DI CAUSALITÀ
E PRINCIPIO D'IMPUTAZIONE

di Ilenia Massa Pinto

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: 1. LA DISCUSSIONE CHE DEVE CONDURRE ALLA GIUSTIFICAZIONE DEL COMANDO POLITICO E L'IDOLATRIA COSTITUZIONALE; 2. LA MOTIVAZIONE DELLA LEGGE E LA SUA DEROGABILITÀ; 3. L'IDEA DEL LIMITE AL POTERE POLITICO E IL DECLINO DEL PRINCIPIO DI IMPUTAZIONE.

«sebbene la sovranità, nell'intenzione di quelli che la fanno, sia immortale, tuttavia per sua natura, non solo è soggetta a morte violenta per una guerra esterna, ma, a causa dell'ignoranza e delle passioni degli uomini, ha anche in sé, fin dalla sua stessa istituzione, molti germi di mortalità naturale, per discordie intestine»

«Il legislatore non è chi per primo fece la legge in virtù della propria autorità, ma colui per l'autorità del quale essa continua a essere una legge»

(T. HOBBS, *Leviathan* (1651), trad. it., *Leviatano*, Milano, 2011, p. 234 e p. 282).

1. La discussione che deve condurre alla giustificazione del comando politico e l'idolatria costituzionale

Sono in atto da tempo tendenze autodistruttive del sistema, che si manifestano in forme variegata¹. Il dibattito pubblico, anche spe-

¹ Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il diritto costituzionale di fronte all'emergenza CoVID-19: la costituzione in senso fun-*

cialistico, di questi tempi straordinari di pandemia ne è, in sé e per sé, un sintomo micidiale, in quanto riconducibile a quella pericolosa «dottrina secondo cui spetta ai privati di stabilire se i comandi del re sono giusti o ingiusti, e prima di obbedire non solo è legittimo, ma necessario, discutere»². Sì, la discussione, necessario strumento di con-

zionale e la (in)consapevolezza delle tendenze autodistruttive del sistema, in *Lo Stato*, 2020, n. 14, pp. 315-330.

² T. HOBBS, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1646), *Prefazione ai lettori*, Roma, 2012, p. 15. Questa citazione dell'opera di Hobbes, e le altre che seguono nel testo, non possono in alcun modo essere considerate come legate esclusivamente alla stagione dell'assolutismo: tutt'altro. Come è stato magistralmente illustrato da tempo, la grandezza epocale di Hobbes sta «nell'assoluta e per certi versi disarmante radicalità con cui egli si colloca nel Moderno, inaugurandolo col suo gesto filosofico-politico» (C. GALLI, *Ordine e contingenza. Linee di lettura del «Leviatano»*, in AA. VV., *Percorsi della libertà. Scritti in onore di Nicola Matteucci*, Bologna, 1996, pp. 81-106, ora in C. GALLI, *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Roma-Bari, 2009, pp. 38-71, citazione a p. 39. Dello stesso A., *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, 1988 e *La «macchina» della modernità. Metafisica e contingenza nel moderno pensiero politico*, in ID. (a cura di), *Logiche e crisi della modernità*, Bologna, 1991, pp. 83-141; *Sovranità*, Bologna, 2019). Proprio in merito alle riflessioni che seguono nel testo, sarebbe dunque indispensabile per il costituzionalismo contemporaneo rileggere Hobbes non come il teorico dello Stato assoluto, ma come il teorico «della forma assoluta della sovranità», di cui anche il costituzionalismo contemporaneo non può fare a meno (così M. L. LANZILLO, *La politica della paura all'ombra del Leviatano*, in M.L. LANZILLO, R. LAUDANI (a cura di), *Figure del potere. Saggi in onore di Carlo Galli*, Bologna, 2020, p. 106). Sull'attualità delle categorie hobbesiane, oltre la stagione dell'assolutismo, cfr. M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, Tomo I, pp. 537-572, e spec. p. 543; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, pp. 1643-1668, e spec. p. 1653; O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, che si prefigge proprio di «mostrare perché il diritto pubblico contemporaneo, e specialmente il diritto costituzionale, presuppongono ancora oggi il Leviatano statale, con la gran parte dei corollari che già furono messi bene in luce nell'opera hobbesiana» (p. 11), e che riconosce che «ripartire da Hobbes equivale a sfidare un senso comune ancora duro a morire, che demonizza l'autore di *Leviathan*, facendone il "mostro di Malmesbury", per citare solo uno degli epiteti negativi che hanno accompagnato la fama del filosofo inglese. È vero che da tempo la letteratura scientifica si accosta al pensiero hobbesiano con la deferenza e l'attenzione che è dovuta a un classico da cui molto si ha da imparare. Ma soprattutto nella dottrina giuspubblicistica il nome di Thomas Hobbes è ancora associato a un ordine d'idee che rappresenterebbe la negazione dei valori del "costituzionalismo" (tanto liberale che democratico); ed è perciò guardato con sospetto chi richiama la sua autorità» (p. 20, nota 22); «...in *Leviathan*, opera pubblicata quasi quattrocento anni or sono, [c'è] tutto quello che serve per comprendere l'arcano della sovranità statale e della rappresentanza politica nei giorni d'oggi, per impostare correttamente la loro ricostruzione

trollo, di giustificazione e di limitazione del potere, è divenuta mezzo pericoloso in grado di minacciare la *salus rei publicae*. Se c'è un dato incontrovertibile nella complessa vicenda tuttora in corso è che alla pandemia si è aggiunta una “infodemia” incontrollata e incontrollabile: una furia narrativa agevolata da un uso pervasivo dei *social media*. Le misure via via adottate per far fronte all'emergenza sanitaria sono state accompagnate da un dibattito pubblico, a vari livelli, confuso, contraddittorio, straripante, esacerbato, irridente, a tratti dileggiante. Virologi e giuristi, filosofi e politici, intellettuali e cittadini comuni hanno fatto a gara per partecipare a una discussione nella quale *il presupposto implicito sembra essere diventato la necessaria giustificazione della decisione politica con buoni argomenti. E buoni sono diventati per lo più gli argomenti fondati sulla scienza e sulla tecnica, su dati ritenuti incontrovertibili che, in quanto tali, neutralizzano il conflitto e irrigidiscono la sfera dell'indecidibile.*

La discussione che deve condurre alla giustificazione del comando politico è divenuta parte di un più generale atteggiamento di vera e propria *idolatria costituzionale*, dove però il riferimento alla Costituzione e al costituzionalismo, qualunque concetto possa veicolare oggi questa parola, si riduce spesso a un vago quanto logoro mantra che ci sta progressivamente allontanando da quel saggio timore che caratterizzava gli «antichi», i quali «preferirono celare la scienza della giustizia nelle favole, piuttosto che lasciarla esposta alle dispute»³. Laddove il comando politico non può essere giustificato – per lo più attraverso giudizi di ragionevolezza, nel dibattito specialistico⁴ – esso diviene au-

dogmatica sul piano del diritto positivo e, infine, per correggere gli errori concettuali e ricostruttivi compiuti finora dal pensiero giuspolitico» (p. 22); e sia consentito infine anche I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in *Questione Giustizia*, 2021.

³ T. HOBBS, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1646), *Prefazione ai lettori*, cit., p. 15.

⁴ Il contributo più significativo è quello di A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivistaaic.it*, 2021, n. 3 («...nel mondo del diritto – che dovrebbe essere un mondo razionale – questi saperi settoriali, se applicati ad una determinata fattispecie, piuttosto che “fede”, generano qualcosa di più preciso, che va sotto il nome di “accertamento tecnico”, presente in tutti i settori dell'ordinamento. Nel processo, civile e penale, entra nella forma della “consulenza” o dell’“accertamento tecnico” disposto dal giudice. Nel procedimento e nel processo amministrativo l'accertamento entra con il nome di “valutazione tecnica” (art. 17 l. 241/1990), intersecandosi con la questione della discrezionalità. E anche nel procedimento legislativo la tecnica, e i suoi accertamenti, entrano a pieno

automaticamente incostituzionale. *Incostituzionale* è divenuto sinonimo di *non giustificabile con argomenti (ritenuti) ragionevoli (dall'interprete)*, a prescindere da riferimenti puntuali al testo della Costituzione stessa⁵.

La discussione che deve condurre alla giustificazione del comando politico avviene poi come se avessimo dimenticato che il primo dovere di un dominio politico è la sua autoconservazione, e che soprattutto quest'ultima non può essere data per scontata, perché non può essere acquisita una volta per tutte⁶: il grado di fiducia dei consociati nei confronti del sistema politico complessivo non è mai stato così basso e gli

titolo, almeno da quando la Corte costituzionale, a far data dalla dec. 282/2002 (rel. Onida), ha affermato che, in materia sanitaria, l'attività del legislatore è condizionata dalle risultanze tecnico-scientifiche. E cioè dal sapere di settore» (pp. 433-434). E ancora: «Quel che è certo è che, dopo la dec. 282/2002, è soltanto banale dire che in materia sanitaria la discrezionalità del legislatore è condizionata dalle risultanze tecniche, e che in queste risultanze la funzione legislativa trova un limite interno» (p. 435). Di «riserva di scienza» hanno scritto D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019 e G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, 2019.

⁵ La letteratura sul punto è sterminata ed è evidentemente legata al tema della forma argomentativa di applicazione giuridica delle norme aventi la struttura di principi. Nonostante gli sforzi per assegnare un certo rigore a questa forma argomentativa (già a partire da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, pp. 65-103), la prassi giurisprudenziale e le interpretazioni dottrinarie sono ormai sintomi del fatto che il «diritto mite» non può che essere «diritto incerto» (così R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 513-525).

⁶ «Ma resta comunque inteso che la vitalità egoistica, con la sua sregolata eccedenza di istinto, non scompare affatto e anzi opera sempre come potenza perturbatrice di ogni ordine dato. Lo stato civile *contiene* lo stato di natura, in tutti i sensi: fa opera di contenimento delle passioni vitali, cioè di loro arginamento e disciplinamento; e le contiene al proprio interno, nel senso che non le annulla, ma le custodisce e ne è costituito. Uno stato civile che non sia anche uno stato di natura esiste tanto poco quanto uno stato naturale che non si tramuti in uno stato civile. Alla fine lo “stato di natura” si distingue dallo “stato civile” per il solo fatto di non avere un potere comune. E viceversa, lo “stato civile” è come lo “stato di natura” tranne per il fatto di avere un potere comune. Non è certo una differenza da poco. Se c'è un potere comune, c'è una legge comune, cui gli individui obbediscono spontaneamente, circoscrivendo razionalmente il proprio “*human appetite*”, tendenzialmente infinito, dentro la finitezza ordinata di un sistema regolativo. Ma la “naturalità” umana, con tutto quel che comporta, non scompare di certo e anzi la moderazione delle sue modalità espressive è garanzia della sua conservazione e quindi funzionale alla sua stessa espressione, per quanto paradoss-

argomenti con cui la discussione intorno ai suoi comandi è presentata vengono per lo più ricondotti a un costituzionalismo sempre più ingombrante che ha ormai perduto la consapevolezza del pericolo delle tendenze autodistruttive del sistema stesso. Di qui la questione provocatoria: il costituzionalismo è vittima o carnefice di queste tendenze autodistruttive?

Se c'è una lezione che la pandemia ci sta insegnando è che, a dispetto di tutte le retoriche intorno al potere come forza gentile di *governance*, la politica deve riprendere la sua funzione di comando nei confronti di tutti i sottosistemi – gli ordinamenti soggettivi delle preferenze – che naturalmente tendono all'autonomia, e cioè tendono a rifuggire dal comando stesso: «Infatti, prima che si cominciassero a sollevare questioni di tal genere, i principi non dovevano reclamare la potestà suprema, ma la esercitavano senz'altro; e non difendevano il loro potere con argomenti, ma con la punizione dei malvagi e la protezione degli onesti. A loro volta, i cittadini non misuravano la giustizia con i discorsi dei privati, ma con le leggi dello Stato, e non erano mantenuti in pace da discussioni, ma dalla forza del potere. Anzi, veneravano la potestà suprema, sia che risiedesse in un solo uomo, o in un consiglio, come una sorta di divinità visibile. Così non si univano agli ambiziosi e ai facinorosi per sovvertire l'ordinamento dello Stato, come fanno adesso: *non potevano neppure immaginare di non conservare ciò da cui essi stessi erano conservati. La semplicità di quei tempi non era davvero capace di una sciocchezza tanto dotta*»⁷.

Ed eccola una delle favole degli antichi che ci parla della discussione condotta oggi per giustificare il comando politico: «Raccontano infatti che Issione, invitato a banchetto da Giove, si invaghì di Giunone e cercò di sedurla. Ma al posto della dea, gli si offrì una nuvola che aveva ricevuto il suo aspetto; e ne nacquero i centauri, di natura in parte umana ed in parte equina, una stirpe inquieta e pugnace. *Mutati i nomi, è come se avessero detto che i privati, chiamati a consiglio sulle supreme questioni della repubblica, desiderarono sottomettere al loro giudizio la giustizia, sorella e sposa del potere supremo, ma, abbracciando una sua immagine, falsa e vuota, come se fosse una nuvola, hanno generato*

sale possa sembrare» (così O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, cit. p. 67).

⁷ T. HOBBS, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1646), *Prefazione ai lettori*, cit., p. 15 (corsivo mio).

i dogmi biformi dei filosofi morali, in parte retti e belli, in parte stolti e brutali, causa di ogni lotta e di ogni strage. Poiché simili opinioni nascono ogni giorno, se qualcuno disperdesse quelle nubi, e mostrasse, in base a ragioni fermissime, che non vi sono dottrine autentiche del giusto e dell'ingiusto, del bene e del male, eccetto le leggi istituite in ciascuno Stato; e che nessuno deve ricercare se un'azione sarà giusta o ingiusta, buona o cattiva, eccetto chi ha ricevuto dallo Stato l'incarico di interpretare le sue leggi; costui non solo indicherebbe la via regia della pace, ma anche i sentieri oscuri e tenebrosi della sedizione. E non si può immaginare nulla di più utile»⁸.

L'indebolimento dell'efficacia del comando sovrano causato dalla sua ricercata giustificazione – attraverso pretesi argomenti tecnico/giuridici ricondotti poi alla Costituzione e al costituzionalismo – contiene un rischio micidiale: fino a che punto l'obbligazione politica è in grado di reggere in quanto tale? Nel campo dell'ingegneria strutturale si parla di *tensione ammissibile* quando ci si riferisce al punto massimo di sforzo a cui si può sottoporre un edificio prima che crolli⁹. Ecco la tensione ammissibile dell'edificio costituzionale non può essere determinata sulla base di sofisticati calcoli di ingegneria strutturale, ma deve essere oggetto di saggezza politica, di quella *φρόνησις* aristotelica che deve guidare le scelte di coloro che hanno responsabilità pubbliche e intorno alla quale è indispensabile ricostruire fiducia nell'interesse del sistema complessivo.

2. La motivazione della legge e la sua derogabilità

Il dibattito pubblico, anche specialistico, di questi tempi straordinari di pandemia ha portato a compimento, in tutta la sua intensità, «un mutamento di “paradigma”, intendendosi per “paradigma” non solo un programma di ricerca esplicito, ma anche l'insieme delle cose di cui si ritiene superfluo parlare o, anche, i presupposti inavvertiti dei discorsi degli studiosi». E tali presupposti riguardano il fatto che «il mostruoso Leviatano, il dio mortale dalla potenza irresistibile, è stato

⁸ T. HOBBS, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino* (1646), *Prefazione ai lettori*, cit., p. 16 (corsivo mio).

⁹ Lo spiegano molto bene M. LEVY, M. SALVADORI, *Perché gli edifici cadono*, Milano, 1997, dove si racconta l'aneddoto dell'*Empire State Building* che, nel 1945, resistette al crollo sebbene colpito per errore da un aereo statunitense.

macellato e dato in pasto agli *tzaddikim*, ai saggi. L'agile raziocinio, con le sue mille sfaccettature e i suoi dubbi, è penetrato all'interno delle leggi, cercando di mitigare, o addirittura di soppiantare, la volontà inflessibile del sovrano a cui nessuno può resistere»¹⁰. L'esito è stato un sempre maggiore avvicinamento dell'attività legislativa all'attività amministrativa¹¹.

Si sarebbe trattato di un lento quanto inesorabile processo: «i comandi sono diventati norme e poi ragioni. L'autorità stessa è divenuta un argomento; più specificamente un argomento che, dato il suo carattere formalistico, non può fungere da fonte di ragioni ultime. L'assolutismo, più o meno illuminato, si è evoluto: prima abbiamo avuto lo stato legislativo di diritto, dove il Parlamento rivestiva ancora un ruolo centrale, poi sono intervenuti intricati processi di costituzionalizzazione e di internazionalizzazione. Così i poteri pubblici e privati sono stati pensati sempre più come sottoponibili, nel loro esercizio, ad un crescente onere di giustificazione e ad uno stringente controllo etico e giuridico-costituzionale»¹². Con tale processo siamo transitati «dall'originario legislatore che non ascolta né fornisce ragioni, all'ideale regolativo, più che al mito, d'un legislatore argomentante, razionale, buono e "ragionevole"»¹³ i cui comandi «hanno spesso la forza di discutibili consigli», e tendono per lo più a «scivola[re] nel *soft law* e nel diritto mite»¹⁴.

¹⁰ C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2018, pp. 2-3.

¹¹ N. LUPO, *Spunti sulla motivazione della legge, dal punto di vista di un legislatore sempre più "vincolato"*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit., p. 53.

¹² C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, cit., p. 3. Cfr. almeno J. RAZ, *Practical Reasons and Norms* (1975), Oxford, 1999 e ID., *The Authority of Law*, Oxford, 1979; L.J. WINTGENS, A.D. OLIVER-LALANA, *The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*, Dordrecht, 2013.

¹³ C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottintesi*, cit., p. 3.

¹⁴ *Ibidem*, p. 5. Particolarmente diffusa è la tecnica del *nudging* (resa famosa dal lavoro di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London, 2008) con la quale il legislatore, senza introdurre obblighi e/o divieti, orienta significativamente i comportamenti degli individui in ambiti nei quali il legislatore stesso, sulla base di evidenze *science-based*, ha individuato quale sia il bene da perseguire. Il presupposto di questa tecnica è la ritenuta razionalità limitata degli individui, la quale viene sostituita da un paternalismo liberale che evita di avvalersi di misure coercitive, in nome di un sapere neutrale perché *science-based* (L.

Il riferimento ai processi di costituzionalizzazione e di internazionalizzazione/globalizzazione – laddove spesso i due fenomeni si sovrappongono e si intrecciano attraverso approcci di *global constitutionalism*, di *multilevel constitutionalism* e di *constitutional pluralism*¹⁵ – conduce alla provocatoria questione se il costituzionalismo abbia contribuito a questo cambiamento di paradigma o se ne sia stato anch'esso vittima. Insomma: il costituzionalismo serba necessariamente in sé una serpe?

L'imputazione allo Stato costituzionale della responsabilità di questo cambiamento di paradigma è stato espressamente sostenuto da coloro che valutano in modo positivo questo cambiamento: «Lo Stato costituzionale determina un passaggio dalla cultura della certezza alla cultura della giustificazione: ogni atto di produzione del diritto è soggetto ad un continuo scrutinio di compatibilità con i principi costituzionali rilevanti; all'autorità dei numeri (principio di maggioranza) si sostituisce, o quantomeno si affianca, la necessità di fornire buoni argomenti, alla luce dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità; alla legittimazione puramente politica si sostituisce, o quantomeno si affianca, una legittimazione assiologica (la Corte costituzionale come custode dei valori, o della ragionevolezza; la concorrenza tra soggetti diversi in vista dell'obiettivo di offrire la migliore garanzia dei diritti fondamentali)»¹⁶.

LEONE, *Sulle spinte gentili del nudge: un quadro d'insieme. Più libertà o nuovo paternalismo?*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, 2016, 40, pp. 462-465.

¹⁵ In argomento la letteratura è assai ampia. Con posizioni differenti, cfr. almeno G. DE BURCA – J. H. H. WEILER (a cura di), *The worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2012; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Costituzionalismo e globalizzazione*. Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti, Salerno, 22-24 novembre 2012, Napoli, 2014; G. HALMAI, *Perspectives on Global Constitutionalism. The Use of Foreign and International Law*, The Hague, 2014; A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, 2014; A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014; G. BONGIOVANNI, *Global Constitutionalism and Theory of Law: A Preliminary Analysis*, in *Soft Power: Revista Euro-Americana de Teoria e Historia della Política*, 2014, 2, pp. 171-192; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 11, pp. 541-562; N. WALKER, *Constitutional Pluralism Revisited*, in *European Law Journal*, 2016, pp. 333-355; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017; Id., *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2022; M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 1, pp. 57-70.

¹⁶ Così G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Gruppidipi-*

È su questi presupposti che si manifestano in particolare due tendenze oggi in atto: la richiesta della motivazione della legge, da un lato, e la sua derogabilità in concreto, dall'altro.

Il primo profilo è stato affrontato ancora poco in modo sistematico nella letteratura¹⁷, ma è evidente che quando il giudizio d'illegittimità costituzionale coincide ormai prevalentemente con un giudizio di proporzionalità e/o ragionevolezza della decisione politica, il passo verso la richiesta al legislatore di giustificare le proprie scelte è già compiuto¹⁸. Ma ciò che qui conta è che si ritrovano in dottrina e in giurisprudenza tracce evidenti che riconducono la necessità della motivazione della legge politica alla novità del carattere rigido della Costituzione: «in uno Stato di diritto caratterizzato da una Costituzione rigida e garantita, il legislatore incontra limiti insuperabili e quella legislativa non è più un'attività libera nel fine ma un'attività discrezionale poiché le scelte legislative devono pur sempre rispettare il dettato costituzionale e, soprattutto, il principio di ragionevolezza. (...) la legge, in uno Stato di diritto provvisto di una Costituzione rigida, ha necessariamente perduto un ruolo di supremazia. La legge non deve più essere consi-

sa.it, 2017. Cfr. M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, 2, 2010, pp. 142-175; M. COHEN-ÉLIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, 2013.

¹⁷ In epoca pre-repubblicana il tema era stato affrontato da V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1937, I, pp. 415-444, e, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, da C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. It.*, 1949, I, pp. 457 ss., e da L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, pp. 993 ss. In tema più di recente S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011; A. G. ARABIA (a cura di), *Motivare la legge? Le norme tra politica, amministrazione, giurisdizione*, Milano, 2015; F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, Torino, 2018.

¹⁸ Il modello della "costruzione scientifica" dell'attività normativa, in cui contenuti e procedure della regolazione sono vagliati alla luce di criteri scientifici, è la *smart legislation* (o *regulation*), la legislazione intelligente dell'Unione europea: cfr. M. TALLACCHINI, *Tecnoscienza e razionalità del legislatore nell'Unione europea*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit., pp. 149 ss., il cui lavoro si prefigge di dimostrare che «il legislatore europeo stia muovendo verso una visione sempre più automatizzata (e alla fine algoritmica) della ragione regolatrice, da una parte giustificando attraverso evidenze *science-based* la propria razionalità, dall'altra marginalizzando la razionalità e le ragioni dei cittadini, sempre più identificati come oggetti di studio e controllo delle scienze del comportamento» (p. 151).

derata come mero atto politico, ma occorre tenere distinto il suo profilo politico dalla rilevanza giuridica rispetto alla fonte costituzionale. (...) l'obbligo di motivazione, dunque, si fonda sul principio di legalità costituzionale e sulla rigidità della Costituzione»¹⁹. Quanto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, il riferimento è ovviamente alla nota sent. n. 70 del 2015, nella quale il Giudice delle leggi, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma che aveva disposto il blocco della rivalutazione automatica per le pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS, concludeva nel senso che il diritto a una prestazione previdenziale adeguata, «costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»²⁰.

L'altra tendenza che si segnala da tempo consiste nel ritenere ogni norma (come se fosse) accompagnata da una *norma generale inespressa derogativa*, in forza della quale la norma espressa può *non* trovare applicazione *in un caso concreto* (in nome, naturalmente, di superiori principi costituzionali). Per spiegare questa tendenza si potrebbe far ricorso, *mutatis mutandis*, alle parole con cui Bobbio spiegava la teoria della norma generale esclusiva: «le norme non nascono mai sole ma a coppie: ogni norma particolare, che potremmo chiamare inclusiva, è accompagnata, come se fosse la propria ombra, dalla norma generale esclusiva [qui: *derogativa*]. Secondo questa teoria non avviene mai che vi sia, al di là delle norme particolari, uno spazio giuridico vuoto, ma avviene bensì che al di là di quelle norme vi sia tutta una sfera di azioni regolate dalle norme generali esclusive [qui: *derogative*]»²¹. Ebbene,

¹⁹ Così M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi: le ragioni economico-finanziarie degli interventi legislativi secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in F. FERRARO, S. ZORZETTO (a cura di), *La motivazione delle leggi*, cit., pp. 18-20.

²⁰ Corte costituzionale, sent. n. 70 del 2015, Cons. Diritto, punto n. 10. La sentenza è stata diffusamente commentata in dottrina. Sotto il profilo che qui interessa cfr. in particolare A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivistaaic.it*, 2015, n. 2; S. CECCANTI, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 10; G. PEPE, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini? Commento a sentenza Corte cost. n. 70/2015*, in *Forum Quaderni Costituzionali* (24 maggio 2015).

²¹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 149-150, il quale cita il teorico del principio della norma generale esclusiva, E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, secondo il quale «[al]la base di ogni norma partico-

nel nostro caso, la *norma generale inespresa derogativa* attribuisce a ogni norma inclusiva espressa il carattere della sua *derogabilità caso per caso*, in nome di principi di giustizia superiori: al fondo c'è evidentemente una certa concezione della costituzione, della sua sovra-interpretazione e della sua applicazione diretta²².

Questo profilo da ultimo segnalato ricorda un bel libretto di Carlo Ginzburg del 2018 dal titolo *Nondimanco*, in cui l'Autore propone un inedito e per più versi sorprendente accostamento: da un lato, Machiavelli, che, frugando nella biblioteca del padre, scopre la casistica medievale e colloca il rapporto tra la norma e l'eccezione, tra il principio generale e la deroga, al centro di un mondo inventato (la *Mandragola*) e al centro del mondo reale in cui vive e agisce (*Il Principe*); dall'altro, Pascal, feroce avversario della casistica, che legge la realtà del potere proprio attraverso Machiavelli²³. Nel saggio Ginzburg, attraverso un'affascinante ricostruzione filologica degli scritti di Machiavelli, ne evidenzia la propensione alla affermazione di principi generali, e, subito dopo, alla necessità della loro deroga, *secondo le circostanze del caso*: "nondimanco", nondimeno, è l'avverbio prediletto in un susseguirsi di frasi concessive e controconcessive, tipico della casistica soprattutto scolastica²⁴.

In entrambe le manifestazioni sintomatiche a cui si è qui solo ac-

lare, che sanziona un'azione con una pena o con l'obbligo al risarcimento dei danni, o attribuendo qualsiasi altra conseguenza giuridica, sta sempre come sottintesa ed inespresa una norma fondamentale generale e negativa, secondo cui, prescindendo da questi casi particolari, tutte le altre azioni rimangono esenti da pena o da risarcimento: ogni norma positiva, con cui venga attribuita una pena od un risarcimento è in questo senso un'eccezione di quella norma fondamentale generale e negativa. Donde segue: nel caso che manchi una tale positiva eccezione non vi è lacuna, perché il giudice può sempre, applicando quella norma generale e negativa, riconoscere che l'effetto giuridico in questione non è intervenuto, o che non è sorto il diritto alla pena o l'obbligo al risarcimento». In Italia sulla norma generale esclusiva si veda altresì D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, spec. pp. 36-37.

²² La letteratura sul punto è assai vasta. Da ultimo R. GUASTINI, *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2002, pp. 152-154.

²³ C. GINZBURG, *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*, Milano, 2018. Ho approfondito questo profilo in *Il sessismo tra (post)femminismo, (post)capitalismo e (post) costituzionalismo*, in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, pp. 37-54.

²⁴ Per una lettura parzialmente diversa dell'«eccezione» in Machiavelli, cfr. C. GALLI, *Emergenza ed eccezione: Machiavelli e Schmitt*, in *Filosofia Politica*, 2, 2021, pp. 199-218.

cennato sta la comune difficoltà di accettare il *limite* imposto dal comando politico²⁵; nel primo caso si pretende la sua giustificazione/motivazione sulla base di dati ritenuti incontrovertibili, nel secondo la sua deroga sulla base di superiori principi di giustizia. E tutto ciò è ricondotto al principio di rigidità della Costituzione.

In un tale scenario diventano legittime le seguenti domande: esiste ancora uno spazio in cui la politica può esercitare le sue scelte in ordine a un modello di società e di relazioni interpersonali? L'espansione della sfera dell'indecidibile è da imputarsi a un ingombrante costituzionalismo che ha progressivamente divorato i suoi stessi presupposti?

3. L'idea del limite al potere politico e il declino del principio di imputazione

L'idea del limite al potere politico come idea centrale del costituzionalismo è stata per lo più intesa nel senso che esisterebbe uno spazio nel quale il potere legislativo sovrano non può *volere* e, dunque, *produrre diritto in base a giudizi di valore*: uno spazio nel quale, in ultima analisi, sembrerebbe applicabile il principio di *causalità* – tipico delle scienze della natura – anziché quello di *imputazione* – tipico della scienza del diritto in quanto scienza sociale –²⁶.

Il progressivo sviluppo della scienza e della tecnica ha certo contribuito ad allargare questo spazio dell'indecidibile – come suole dirsi – che è stato sottratto alla ordinaria dinamica conflittuale tra parti portatrici di diverse visioni del mondo, il cui esito dovrebbe essere invece la produzione del diritto nelle forme appropriate attraverso procedure predeterminate. *Il presupposto di questo modo di ragionare è che ciò che è possibile è anche lecito, e dunque non può essere limitato/vietato dal potere politico; tutto ciò che non è giustificato con dati scientifici incontrovertibili non può essere imposto dal potere politico.*

Questa idea ha però finito per confondere i piani della natura e della società e ad attirare la scienza del diritto costituzionale tra le scienze della natura, mentre «...non è convincente l'idea che la piena realiz-

²⁵ Cfr. A. SUPLOT, *La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Milano, 2020.

²⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 2000, pp. 207 ss.

zazione del costituzionalismo mandi veramente in soffitta l'ipotesi di un potere legislativo sovrano il quale, invece, muta semplicemente di grado, collocandosi sul piano della legislazione costituzionale in luogo di quella ordinaria»²⁷. Insomma, dire che il potere politico sovrano ha dei limiti, non significa necessariamente che questi limiti provengano da qualche altro sistema per il tramite della Costituzione, e che qualche interprete qualificato sia legittimato a disvelarli attraverso giudizi di ragionevolezza all'esito dei quali non resta che attribuire, in ultima analisi, un *effetto* a una *causa*, proprio come avviene nelle scienze della natura.

Si può dire che nella scienza del diritto, e proprio per il tramite (di una certa concezione) del principio di rigidità della Costituzione, si sia verificato un processo uguale e contrario a quello verificatosi nel mondo primitivo, per il quale non esisteva una separazione tra la sfera «della natura come ordinamento causale» e la sfera «della società come ordinamento normativo», cioè «fra due diverse maniere di collegare fra loro diversi elementi»²⁸. Ma mentre gli uomini primitivi si servivano del principio di imputazione anche per spiegare i fenomeni naturali (in estrema sintesi: fatti dannosi sono imputati a comportamenti ingiusti, fatti vantaggiosi a comportamenti giusti), oggi gli scienziati del diritto (specie costituzionale) tendono a servirsi del principio di causalità per giustificare norme che, invece, in quanto tali, sono giudizi di valore (e che dunque non hanno bisogno di giustificazione ma solo di una conta numerica per essere valide)²⁹. Se il dualismo «tra due diverse maniere di

²⁷ Così O. CHESSA, *Sovranità*, in C. CARUSO – C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, p. 57, secondo il quale la tesi del «contenuto essenziale dei principi supremi», che anche la nostra Corte costituzionale ha fatto propria nella sentenza n. 1146 del 1988, «dev'essere riconsiderata», nel senso che se negli Stati Uniti «nessuno si sognerebbe di sostenere che [il *judicial review of legislation*] possa sindacare persino gli esiti della legislazione costituzionale», anche da noi «bisogna chiedersi se il potere giudiziale di far valere i principi supremi abbia una realistica probabilità di esercizio effettivo» (pp. 58-59). Come noto, la teoria dei controlli-miti è tornata in auge nelle argomentazioni delle Corti sotto il profilo dei rapporti tra ordinamenti statali e sovranazionale (in argomento sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Gruppodipisa.it*, 2020, 1).

²⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 213.

²⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 211-212: «È sommaramente probabile che l'uomo primitivo non si serva del principio di causalità per spiegare i fenomeni naturali, che all'idea della causalità, intesa come principio fondamentale della scienza della natura, si sia giunti in un grado di civiltà relativamente

collegare fra loro diversi elementi è estraneo alla mentalità primitiva», e se «la moderna scienza della natura è il risultato dell'emancipazione dall'interpretazione sociale della natura»³⁰, la tendenza attuale è esattamente inversa: il dualismo è estraneo alla mentalità (post-moderna? tecnologica?) dell'epoca presente perché questa si è emancipata dal principio di imputazione e «gli atti che indicano una prescrizione o una autorizzazione, o, ciò che è lo stesso, una norma»³¹ sono considerati validi non in quanto giudizi di valore voluti dal potere politico sovrano, ma in quanto effetti necessari alla luce di date premesse, e dunque giustificabili sulla base di giudizi di ragionevolezza.

La fase della rivoluzione tecnologica che segna il tempo presente, con la straordinaria accelerazione della potenza dei suoi strumenti, il *machine learning* e il *deep learning*, è solo l'ultimo anello di un processo iniziato da decenni.

Ciò che in nome di questa concezione del costituzionalismo abbiamo distrutto è naturalmente il principio di rappresentanza³² e, per conseguenza, il principio di sovranità, che rende possibile il dualismo di cui sopra si è detto. È sorprendente allora osservare come i costi-

avanzata. Invero, l'uomo primitivo interpreta i fatti percepiti dai suoi propri sensi in base agli stessi principi che determinano i suoi rapporti con gli altri uomini, cioè secondo le norme sociali. È un fatto fondamentale che quando gli uomini vivono in gruppo con altri uomini, nella loro mente affiora l'idea che un comportamento è buono e un altro è cattivo, o in altri termini, che i membri del gruppo, in determinate circostanze, devono comportarsi in un determinato modo (...). E poiché esiste nella mente dell'uomo primitivo il bisogno di spiegare ogni cosa, un fatto considerato dannoso è interpretato da lui come punizione di un comportamento ingiusto, e un fatto considerato vantaggioso, è interpretato invece come ricompensa di un comportamento giusto. In altri termini: fatti dannosi sono imputati a comportamenti ingiusti, fatti vantaggiosi a comportamenti giusti. Se un fatto avviene, l'uomo primitivo non si chiede: «qual è la causa di questo?», bensì, «chi ne è responsabile?». Non è questa una interpretazione causale, ma una interpretazione normativa della natura, e, poiché la norma della retribuzione che determina le relazioni reciproche degli uomini è uno specifico principio sociale, noi possiamo chiamare quest'interpretazione una interpretazione socio-normativa della natura».

³⁰ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 213.

³¹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 210.

³² Sul legame tra rivoluzione tecnologica e «nuova eclissi della rappresentanza politica» cfr. M. DOGLIANI, *Scienza costituzionalistica e scienze umane. La dimensione costituzionale delle transizioni storiche: la rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica* (relazione presentata al XXXV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 3-4 dicembre 2021, *Scienza costituzionalistica e scienze umane*, in corso di pubblicazione in *Dem. Dir.*, 2022).

tuzionalisti oggi denuncino lo svilimento del ruolo del Parlamento, specie in questo straordinario tempo di pandemia, dopo decenni di mortificazione del principio rappresentativo. Come ci si può scandalizzare, oggi, se per la tenuta del sistema complessivo, si assiste a una vertiginosa verticalizzazione del potere? La crisi della legge, della rappresentanza, del Parlamento e della politica – di cui tanto soffriamo da decenni – sono anche la conseguenza di un non adeguato sostegno al loro difficilissimo dover essere.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il dibattito pubblico intorno alle misure adottate per far fronte alla crisi sanitaria e socio-economica si sta svolgendo come se avessimo dimenticato che il primo dovere di un dominio politico è la sua autoconservazione: il grado di fiducia dei consociati nei confronti del sistema politico complessivo non è mai stato così basso e gli argomenti con cui la discussione intorno ai suoi comandi è presentata vengono per lo più ricondotti a un costituzionalismo sempre più ingombrante che ha ormai perduto la consapevolezza del pericolo delle tendenze autodistruttive del sistema stesso. Di qui la questione provocatoria: il costituzionalismo è vittima o carnefice di queste tendenze autodistruttive?

EN

The public debate around the measures adopted to cope with the health and socio-economic crisis is unfolding as if we had forgotten that the first duty of a political domain is its self-preservation: the degree of trust of associates in the overall political system has never been so low and the arguments with which the discussion about its commands is presented are mostly traced back to an increasingly cumbersome constitutionalism that has now lost awareness of the danger of the self-destructive tendencies of the system itself. Hence the provocative question: is constitutionalism the victim or the perpetrator of these self-destructive tendencies?



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)