



L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, Mucchi Editore, 2017, pp. 77\*.

**I**l costituzionalismo contemporaneo sempre di più somiglia all' "Eracle al bivio" nella celebre favola di Prodico di Ceo. Se nel mito greco il giovane era sospeso tra fanciullezza e adolescenza, chiamato a scegliere fra vizio e virtù per compiere il passaggio verso l'età adulta, così la politica e il diritto pubblico si trovano oggi di fronte ad una scelta altrettanto inevitabile. Da un lato, infatti, si ha il convinto perseguimento del processo costituente europeo (e globale) a cui deve far seguito un procedimento di integrazione politica volto alla protezione e promozione dei diritti umani; dall'altro, vi è invece il *dietrofront* che scaturirebbe dalla vittoria dei populismi nazionali, con la conseguente disfatta delle economie e delle democrazie occidentali nonché la disgregazione comunitaria. Dunque, o si va avanti, perseguendo il cammino – già iniziato – verso una nuova maturità, oppure si torna radicalmente e brutalmente indietro (p.68).

Questo è lo scenario che viene prospettato da Luigi Ferrajoli a conclusione del proprio volume *Costituzionalismo oltre lo Stato*, un libro che nasce dall'intento di esplorare e promuovere le potenzialità del paradigma costituzionale quale rimedio alla diffusa crisi attuale, valorizzandone le molteplici capacità di contenuto e le concrete possibilità di sviluppo.

Per giungere a una piena comprensione della modernità, l'opera prende le mosse dall'analisi della nascita del paradigma della democrazia costituzionale - come lo intendiamo oggi - all'incirca a metà di quello che Hobsbawm ha definito il Secolo breve, facendo particolare riferimento alla stagione costituente degli anni 1945-49. Le nuove Costituzioni del secondo dopoguerra e le Carte sovranazionali dell'epoca veicolarono infatti un concetto profondamente rinnovato di sovranità, scevro dell'originaria assolutezza. In particolare, a livello domestico, il potere statale veniva imbrigliato dalle

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

novelle garanzie costituzionali, volte a stabilire una ferma subordinazione della legge ai capisaldi della Carta fondamentale. Nelle dinamiche esterne, invece, il rifiuto unanime espresso dal consesso internazionale nei confronti della guerra limitava la spinta espansionistica delle Nazioni, imponendo il rispetto di un equilibrio globale prestabilito. La rigidità costituzionale finiva così per plasmare sia la natura del diritto - secondo i dettami della coerenza con i principi supremi e della completezza rispetto al sistema normativo preesistente - sia quella della democrazia rappresentativa, arricchita dall'omnipervasiva garanzia del rispetto dei diritti fondamentali. In buona sostanza, il risultato di tale stagione costituente era incarnato da una formale e sostanziale subordinazione dei poteri politici ed economici al diritto, unico garante della pacifica convivenza (pp.13-14).

Nonostante i buoni propositi iniziali, però, tale gerarchia è rimasta confinata in una dimensione meramente teorica, riuscendo a stento ad affermarsi nella pratica. Ne è derivato pertanto un vuoto su cui ha attecchito la crisi della legalità internazionale e del paradigma costituzionale, entrambi sopraffatti dalla inarrestabilità dei poteri economici e finanziari, di fatto sconfinati e incontrollabili. Dall'affermazione di tali nuovi poteri è - in breve tempo - scaturito uno scardinamento dell'ordine precostituito e un riassetto della società. Si è inoltre lentamente diffuso un sentimento di sfiducia nei confronti della politica stante il suo allontanamento dai circuiti rappresentativi a favore di decisioni assunte al di fuori dei confini nazionali. L'Autore giunge pertanto a parlare di un vero e proprio capovolgimento della gerarchia democratica del potere (p.18) segnato dalla rottura di quel processo partecipato (si veda a proposito la teoria di Peter Häberle di *Verfassung als öffentlicher Prozeß*) tramite cui i cittadini - operando nello spazio pubblico - erano in grado di indirizzare l'operato del partito politico. Viceversa, è ora il ceto politico che domina il partito, il governo che controlla gli organi elettivi e infine il mercato che indirizza gli esecutivi. Da un'allocazione sostanzialmente orizzontale del potere si è passati ad un'organizzazione in direzione verticale e discendente dello stesso - in chiave autocratica - ove a fare la parte del leone è la figura del capo, distante dal tessuto sociale.

A ciò debbono poi aggiungersi ulteriori due fattori di mutamento antidemocratico, rappresentati dalla globalizzazione e dalla crisi della ragione. L'uno ha relegato gli Stati in secondo piano rispetto al mercato e l'altro - diretta conseguenza del commercio libero su scala internazionale - ha visto l'affermarsi dell'ideologia liberista sui principi fondamentali e sui diritti inviolabili dell'uguaglianza e della dignità umana. Anche nel momento di dissesto economico, infatti, i governi non sono stati in grado di recuperare le funzioni dovute e lo spazio loro proprio, limitandosi ad attuare politiche di austerità che - richiamando Norberto Bobbio - null'altro sono che antitetico alla democrazia stessa.

Per tentare di risolvere questa situazione di crisi democratica, l'Autore presenta pertanto quattro espansioni del paradigma costituzionale che, pur non volendo rompere con la tradizione e con il passato, guardano al futuro.

La prima è quella rappresentata dal cosiddetto costituzionalismo sociale (p.27) che si sviluppa a partire dalla garanzia dei diritti di libertà fino ad inglobare quelli sociali, formulati e sempre più riconosciuti nel corso del Novecento. In particolare, l'Autore sottolinea come, nella società contemporanea, non si parli più di esistenza quanto di sopravvivenza artificiale, possibile grazie all'interazione quotidiana dell'uomo con la tecnologia. Entra dunque di forza a far parte del patto sociale rousseauiano la generalizzata possibilità di accedere agevolmente all'alimentazione e alle cure mediche, che si inserisce nella dialettica tra proprietà e lavoro, fondamento della mentalità capitalistica. In ragione di ciò, deve ritenersi locupletata la concezione stessa di vita e di minimi esistenziali, tra cui debbono essere ricompresi anche i diritti sociali quali elementi imprescindibili del patto di convivenza hobbesiano del nuovo Millennio.

Il tratto caratteristico e innovativo della proposta rappresentata dal costituzionalismo sociale è allora incarnato dal valore riconosciuto ai diritti sociali, la cui prestazione deve essere obbligatoria e necessariamente gratuita, trattandosi di diritti universali e fondamentali. Gli stessi vengono pertanto elevati a livello costituzionale e sottratti alla volontà del legislatore, divenendo indisponibili. Tale legittimazione ha altresì delle importanti ricadute economiche. In primo luogo, incide sul *welfare* nazionale nel momento in cui si arriva ad affermare – ad esempio in campo sanitario – che l'accesso alle cure mediche dovrebbe essere assicurato a tutti in forma gratuita. In secondo luogo, la garanzia di adeguate condizioni di vita e di salute influisce direttamente – come osservato da Amartya Sen – sulle capacità lavorative dei consociati che insieme compongono la produttività di uno Stato. La crescita economico-finanziaria appare dunque strettamente legata al rispetto dei diritti sociali, posto che – a parere dell'Autore – ai periodi di maggiore attuazione del programma costituzionale corrispondono floridità e prosperità economica, mentre recessione e processo decostituente solitamente finiscono per combaciare (p.33). Migliori condizioni di vita e benessere finanziario avanzano dunque di pari passo, così che la crescita economica non possa prescindere dal rispetto diffuso dei diritti sociali.

La seconda espansione prospettata da L. Ferrajoli è quella nei confronti dei poteri privati che – a differenza di quelli pubblici (naturalmente interessati dai processi costituzionali) – sono stati concepiti come limiti negativi all'ingerenza del potere statale. Retaggio dell'ideologia liberista e del predominio della ragione economica, la società civile e il mercato sono da sempre considerate come quello spazio franco, sottratto al controllo delle politiche pubbliche, in cui *l'homo oeconomicus* esplica le proprie libertà individuali nel perseguimento dei propri interessi egoistici e materiali. Secondo tale

visione, perciò, il concetto stesso di potere privato sarebbe fallace, potendosi correttamente parlare solamente di libertà individuali, sulla scia del pensiero di Locke che ricomprendeva sotto l'egida del termine proprietà la vita, la libertà e gli averi. Codesta ricostruzione ha però condotto a una drammatica sovra-legittimazione politica della proprietà (p.36) che ha finito per confondere e amalgamare le diverse nozioni di libertà, autonomia e proprietà. Il pensiero liberale ha difatti interpretato gli atti di libera disposizione negoziale come estrinsecazioni delle più elevate facoltà umane, andando ad equipararli ai fondamentali diritti di libertà.

L'Autore critica tale operazione esegetica, rimarcando la natura sostanzialmente differente dei due termini di comparazione posto che si tratta, da una parte, di facoltà inter-relazionali dell'individuo calato nel contesto sociale di riferimento, dall'altra di diritti-potere dell'uomo atti ad incidere sulla sua sfera giuridico-patrimoniale. L'autonomia e la proprietà sono quindi poteri, mentre tale qualificazione non può essere applicata alle libertà. Si parla dunque di asimmetria strutturale. Per arginare quello che è stato definito come neo-assolutismo dei poteri economici del mercato (p.39), è allora necessario rilevare la differenza ontologica dei diritti-potere di autonomia privata che non possono essere trattati e declinati nella stessa maniera delle libertà fondamentali cui deve essere riservato un trattamento differenziato e riferibile alle dinamiche proprie dei pubblici poteri. Parallelamente, è quindi doverosa l'istituzione di un costituzionalismo di diritto privato, tramite cui imporre limiti al mercato, facendo a ogni modo riferimento ai crismi della teoria garantista dello Stato costituzionale. Solo così sarà possibile slegare il binomio poteri pubblici-poteri privati oramai saldatosi in campo politico quanto economico.

La terza espansione proposta dall'Autore è quella del costituzionalismo dei beni fondamentali. Il discorso si ricollega al concetto di artificiale sopravvivenza di cui al costituzionalismo sociale, il quale ha avuto sì il merito di garantire cure mediche e alimenti a gran parte della popolazione ma ha altresì facilitato la distruzione e la dissipazione dei beni naturali, parimenti fondamentali per l'esistenza umana. I beni naturali (quali l'acqua, l'aria, l'ambiente e – secondo Rodotà – addirittura la conoscenza in rete) sono dotati – riprendendo le parole di Adam Smith – del massimo valore d'uso e, al contempo, del minor valore di scambio (p.40) poiché a disposizione dell'intera umanità in modo, si presumeva, illimitato. Un significativo cambio di rotta si è avuto, però, proprio nel momento in cui essi hanno cessato di essere comuni e sono stati trasformati dal mercato in beni patrimoniali, dotati di valore di scambio, finendo per essere di fatto snaturati e privati dell'essenza loro congenita. A protezione di tali beni è però inapplicabile il paradigma dei diritti sociali, ragion per cui l'Autore giunge alla creazione di una novella categoria - da affiancare a quella dei diritti fondamentali - ovvero dei beni fondamentali. In tal modo si permetterebbe infatti di assicurare una

tutela su larga scala dei beni comuni, ovviando al problema della mancanza di adeguate normative nazionali di tale tenore. Sebbene siano già state formulate Convenzioni internazionali a riguardo (si vedano, fra tutti, i Protocolli di Cartagena e Nagoya, rispettivamente del 2000 e 2010, a tutela della biodiversità e dell'ambiente) ciò che manca ancora è un catalogo di norme e divieti, volti a limitare lo sfruttamento selvaggio operato dal mercato. I beni comuni andrebbero dunque riqualificati da *res nullius* a patrimonio comune dell'umanità (p.43), di cui deve esser fatto un uso più consapevole e razionale.

La quarta e ultima espansione è infine quella più utopistica, ovvero quella del costituzionalismo globale. A fronte della moderna tendenza a dislocare i luoghi del potere decisionale al di fuori dei confini nazionali, è oramai venuto indubbiamente meno il sodalizio tra democrazia rappresentativa e popolo alla base dello stato di diritto occidentale. Inoltre, la legge vigente è – sempre di più – emanazione di organi sovrani non eletti direttamente dai cittadini che vanno, dunque, a sostituirsi alle assemblee nazionali, parti strutturali di un oramai decadente Stato-Nazione. La soluzione per frenare tale declino è, a parere dell'Autore, da ricercarsi in un modello di costituzionalismo capace di trascendere i modelli teorici finora utilizzati per sviluppare positivamente le potenzialità insite nelle relazioni dinamiche tra Stati sovrani. I nuovi poteri sovranazionali si sono infatti affermati in uno spazio libero da regole e limiti, accaparrandosi funzioni e prerogative dei vecchi governi nazionali ma senza per questo essere sottoposti alle stesse restrizioni e controlli. L'assunzione concorde – tramite l'adozione di Convenzioni internazionali e Carte dei diritti – da parte dei soggetti statali di impegni programmatici - volti al rispetto e alla promozione dei diritti umani -, infatti, non è rimasta che inchiostro su carta, in mancanza di una volontà effettiva di trasporre tali intenzioni nel campo della prassi. Come osservato dall'Autore, in molti casi mancano ancora drammaticamente le leggi di attuazione dei trattati così che i diritti proclamati risultano privi di garanzie internazionali (p.47). Il risultato più immediato di tale politica è stato la crescita delle disuguaglianze tra la popolazione – inter ed extra nazionale – nonché la minaccia sempre più concreta di una frattura degli equilibri di pace che erano stati creati.

Pertanto, il quadro complessivo odierno è quello di una società globale senza regole e continuamente in frizione e tensione a causa dell'aumento delle interazioni tra i diversi soggetti sovrani a cui è speculare, dal punto di vista interno dei singoli Paesi, una verticalizzazione del sistema - con l'affermazione del principio del capo all'apice di un partito che è di fatto sbrigliato dalla volontà popolare – e una commistione di interessi economici e politici atta a influenzare e indirizzare le scelte governative. Il paradosso è allora evidente tanto che l'Autore suggerisce di abbandonare il proposito di trasporre a livello internazionale il modello statale nazionale, optando invece per una rifondazione della democrazia costituzionale mediante l'introduzione di adeguate tecniche e funzioni

di garanzia (p. 49). Al di là di ogni discrezionalità, le istituzioni di garanzia intervengono sulla “sfera dell’indecidibile”, nell’applicazione vincolata della legge a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. La loro sfera di azione è dunque amministrativa e giurisdizionale, secondaria rispetto alle competenze decisionali proprie degli organi governativi. Le istituzioni di garanzia, infatti, prescindono dalla legittimazione popolare, perseguendo fini universali - quali la pace, la sicurezza e la protezione dei diritti umani fondamentali – nei modi prestabiliti dalla legge. Le tematiche e le problematiche che si trovano ad affrontare sono pertanto generali e globali, poiché afferenti l’individuo umano in quanto tale, nella sua specifica natura propria dell’intera specie.

All’espansione del paradigma costituzionale secondo i quattro vettori su esposti deve poi corrispondere una riorganizzazione della sfera pubblica globale mediante la redistribuzione degli originari ruoli: alla politica quello di controllo sull’economia e allo *iuris* quello di tutela dei diritti universali. Riformulando dunque la classica tripartizione dei poteri di Montesquieu, l’Autore teorizza tre nuove separazioni. Innanzitutto quella dei partiti dallo Stato, o meglio dei poteri pubblici da quelli sociali. La crisi della rappresentanza oggi sofferta dai partiti politici è difatti imputabile anche alla infelice scelta di abbandonare il loro ruolo di “tramiti e collettori” delle istanze provenienti dallo spazio pubblico - inquadrati in un sistema democratico basato sulla teoria dell’agire comunicativo di Habermassiana formulazione – per andare a identificarsi con gli organi statali stessi. Appare allora necessario un ritorno alle origini, ai principi prima di tutto costituzionali (art. 49 Cost. italiana), per riabilitare la funzione di mediatore del partito politico, soggetto separato e ben distinto sia dall’elettorato che dalle istituzioni pubbliche.

La seconda separazione è poi quella tra le funzioni di governo e di garanzia poiché diversa è la fonte della loro legittimazione: la maggioranza contro la minoranza. In linea con quanto già sostenuto in merito ai beni comuni fondamentali, l’Autore sostiene la necessità di istituire organismi la cui missione sia riassumibile nella protezione del “demanio globale” e nell’attuazione di politiche sociali (p-62). In conclusione, la terza scissione concerne la separazione tra poteri esecutivi e poteri economico-finanziari. A tal fine, parrebbe opportuno riabilitare quelle iniziative di governo internazionale del mercato che erano state inaugurate negli anni Quaranta del Novecento, ad esempio mediante l’istituzione del Fondo Monetario Internazionale (1944) con gli accordi di Bretton Woods. Non si vuole, però, incitare l’adozione di politiche ulteriormente austere e rigide quanto piuttosto promuovere politiche sociali aventi un impatto positivo sulle economie nazionali, sicuramente preferibili a quelle delle ristrettezze e del sacrificio.

A conclusione del volume, l’Autore si dedica infine allo scardinamento delle obiezioni scettiche formulate nei confronti del costituzionalismo esteso. Sulla scia del pensiero identitario di Carl Schmitt, si potrebbe infatti asserire che il fondamento assiologico e la

fonte di legittimazione di una Carta costituzionale risiedono nella coesione sociale e culturale dei consociati cui è destinata, secondo il trittico *Staat Bewegung Volk*. In assenza di una tale omogeneità del popolo globale, il paradigma costituzionale sembrerebbe dunque inapplicabile. È però la concezione di partenza a rivelarsi errata, dovendosi declinare la Costituzione quale patto di convivenza – come teorizzato da Hobbes – in cui la forza e il dinamismo provengono direttamente dalla lotta e dal conflitto tra le diverse soggettività. In contesti che sempre di più si fanno multiculturali e pluralistici, non può infatti negarsi la necessità di garantire i diritti ad ampio raggio, tenendo in considerazione sia la volontà della maggioranza che i bisogni delle minoranze, così composite e differenti. Il compito cui sono chiamate oggi le Costituzioni – anche a costo di evolversi – è quello di assicurare la garanzia dei diritti essenziali e la convivenza pacifica, così che dallo scontro e dalla diversità si traggano forze motrici, trainanti il diritto e la politica verso il prossimo futuro.

In fondo, l'evoluzione del diritto moderno sembra proprio snodarsi lungo un processo di limitazione dei poteri assoluti (p.69) – in modo sicuramente più evidente a seguito del crollo dei totalitarismi del Novecento – per poter permettere la convivenza pacifica e dignitosa degli individui. Le vicende del diritto sono, in breve, sostanzialmente legate alla volontà di sopravvivenza del genere umano, processo che non può non essere analizzato come un *iter* di sviluppo e contenimento. Nel momento di crisi e declino, l'adozione dell'espanso paradigma costituzionale è dunque una doverosa reazione alle minacce rappresentate dai poteri sia vecchi che nuovi, un atto di maturità, di scelta della virtù quale salto dell'età adulta della politica e del diritto globali.

Laura Pelucchini