



ECOLOGIA DELLE COSTITUZIONI: LO STUDIO DEL DIRITTO NELL'ERA DEI CINQUE DECLINI:

- 1) DELLA DEMOCRAZIA, COME CONSOLIDAMENTO DIFFUSO
NEL MONDO;***
 - 2) DELL'IDEALE DI GIUSTIZIA, DI FRONTE ALLE
DISUGUAGLIANZE GLOBALI;***
 - 3) DELL'IDEA DI CRESCITA, NEL DEFICIT ECOLOGICO DEI
CAMBIAMENTI CLIMATICI ANTROPOGENICI E NELLE
MIGRAZIONI CLIMATICHE;***
 - 4) DEL BENESSERE GARANTITO DALL'ENERGIA FOSSILE,
ORMAI INSOSTENIBILE PER IL PIANETA TERRA;***
 - 5) DEI DIRITTI, PER L'IMPORTANZA DEI DOVERI SULLE
CONSEGUENZE
VERSO LE GENERAZIONI FUTURE.***
-

UN MANIFESTO

**Come studiare, praticare, produrre diritto, non solo diritto costituzionale ma qualsiasi
diritto,
nell'era contemporanea dei cinque declini?**

A questa domanda si può rispondere in due modi:

- continuando a discutere di diritto come se nulla fosse, così legittimando implicitamente l'esistente;**
- sforzandosi di maturare capacità di osservazione e studio della realtà, che perseguano possibilità politiche di mutamento dell'esistente e siano in grado di suggerire vie di inversione nelle quattro tendenze di declino, soprattutto allo scopo di diffondere l' "approccio ecosistemico" nello studio del diritto e della politiche e favorire la "conversione ecologica" dei processi deliberativi, attivati dalle singole Costituzioni.**

In questa seconda prospettiva, lo studio del diritto non può che consistere nella considerazione del ruolo delle Costituzioni come strumenti abilitativi delle politiche di cambiamento.

Ma come?

Il tema dello studio del diritto come politica costituzionale non è una novità.

Esso affonda le sue radici nei dibattiti e nelle esperienze del secolo XX, per cinque ragioni:

1. perché è il secolo della emersione della doppia anima della politica come “funzione” e come “attività”, ossia come nuovo modello di legittimazione ed esercizio “esclusivamente giuridico” del potere rispetto alle due tradizionali concezioni della modernità, che intendevano la politica o come derivazione dall’ordine della natura (di matrice aristotelica) o come ordine artificiale contrapposto al disordine della natura e alimentato da finzioni sulla realtà (Hobbes);

2. perché è il secolo del “*definitivo distacco dal giusnaturalismo perenne*” (N. Bobbio) dell’Occidente, proprio in quanto esercizio “esclusivamente giuridico” del potere, con conseguente rottura tra *veritas et lex*, ordine sociale e *ius positum*, legittimità e legalità, cultura e natura;

3. perché è il secolo della maturazione della interazione consapevole con le tradizioni giuridiche non occidentali (islamica, talmudica, ctonia, induista, confuciana), ridimensionate dalla modernità attraverso l’estrattivismo “epistemico” imposto dalla colonialità del potere e del sapere eurocentrici e dalle corrispondenti “finzioni” del diritto di *Common e Civil Law*;

4. perché è il secolo della contraddizione tra diffusione del benessere materiale, determinato dall’energia fossile, e presa di consapevolezza della insostenibilità ecologica delle risorse fossili;

5. perché è il secolo delle grandi contrapposizioni tra sistemi giuridici nella comune legittimazione dell’energia fossile (sistemi giuridici liberal-democratici vs. sistemi giuridici totalitari nazi-fascisti e comunisti), che tentano di costruire nuove razionalità “giuridiche” di esercizio del potere e paradossalmente si trovano spesso a produrre “contenuti razionali” simili o identici, nonostante “forme razionali” differenti di organizzazione ed esercizio del potere (non a caso, è il secolo delle grandi contrapposizioni fra teorie del potere “razionali” – come reciproca corrispondenza di “forma” e “contenuto” – e “a-razionali” – come legittimazione, attraverso la “forma”, di “qualsiasi contenuto” di potere: M. Dogliani, *Indirizzo politico*, 1985).

Se “contenuti” uguali o simili possono essere perseguiti attraverso forme “razionali” e “a-razionali” differenti di esercizio dei poteri (es. istruzione pubblica gratuita, sanità pubblica, generalità dei servizi pubblici sia nella “democratica” Weimar che nel “totalitario” nazismo, sia nella dittatura del “partito fascista” che nella “dittatura del proletariato” comunista), quali sono le “forme migliori” di esercizio del potere? Sulla base di che cosa stabilire le “forme migliori” del potere? Di quale potere: solo quello pubblico o anche quello privato? (come osservò E. Fränkel ne “*Il doppio Stato*”, ripreso da G. Lukács ne “*La democrazia della vita quotidiana*”, il potere è ovunque, si esprime quotidianamente, coinvolge ovunque, e ovunque produce gli interrogativi della sua legittimità “razionale/a-razionale”).

Il problema dello studio del diritto come politica costituzionale, quindi, non nasce come questione di “filosofia politica”, ma come “questione pratica” (B. Croce) di legittimazione delle obbligazioni di una comunità rispetto a un potere che rivendica una legittimità non più presupposta per “natura” (Aristotele) o per “finzione” (Hobbes) (A. Passerin d’Entrèves), bensì attraverso appunto forme o “razionali” o “a-razionali”.

Per questo, nel corso del secolo XX, questi interrogativi non hanno riguardato esclusivamente il problema “aristotelico” della “migliore forma di governo” (ossia di migliore “organizzazione” del potere, nel presupposto di una legittimazione indiscussa).

Di conseguenza, il carattere inedito dell’interrogativo del secolo XX si traduceva – per la prima volta nella storia del costituzionalismo e del diritto – nella seguente domanda: *qual è la migliore “forma razionale/a-razionale” di Costituzione per legittimare diritto e politica, intese come azioni e insieme di funzioni prive di presupposti “naturalisti” e mere “finzioni”?*

Ecco allora che il discutere di “forma razionale/a-razionale” della Costituzione non poteva più significare il discutere di “redazione di testi”, di “enunciati”, di “disposizioni e norme”, di “testi e contesti”. Questa prospettiva, esclusivamente formale e a volte formalistica, ha paradossalmente accomunato, nel corso del XX secolo, alcuni elementi

di prospettive teoriche, altrimenti completamente differenti e ideologicamente contrapposte (dal decisionismo reazionario di Schmitt, al normativismo democratico di Kelsen, alle teorie sovietiche totalitarie di Wysinskij). Fascismo, nazismo, comunismo, liberalismo democratico conoscevano i loro “testi e contesti”. Ma non era questo tipo di osservazione, su testi e contesti, a consentire di trovare la risposta sulla migliore “forma razionale/a-razionale” di Costituzione per il diritto e la politica, dentro una società ormai separata dalla natura e non più convergente nel credere alle “finzioni” del diritto e della politica (come la legittimazione divina o ecclesiastica). Né questa risposta poteva essere lasciata esclusivamente alla sfera della morale: la morale di chi? (sul tema del costituzionalismo come “forma della politica” nel secolo XX, cfr. P. Dobner, *Konstitutionalismus als Politikform*, 2002).

In realtà, il tema delle “forme” di Costituzione implicava la seguente domanda: *qual è la migliore “forma” di legittimazione della politica e del diritto in una società non più coincidente con la “natura” né condivisa dalle medesime “finzioni”?*

Un interrogativo carico oggi di implicazioni di democrazia, libertà, umanità, naturalità, dato che il secolo XX ha dimostrato quali inumane “irrazionalità” abbia potuto produrre la “razionalità” del potere (H. Arendt).

In estrema sintesi, si possono ricordare i seguenti campi di convergenza teorica e pratica su questi dibattiti del secolo XX (G. Volpe, *Il Costituzionalismo del Novecento*, 2000), identificando la “forma” in due possibilità di accoppiamento tra politica e diritto al di fuori della “natura” e delle “finzioni” (dato che comunque la politica senza il diritto è inattiva e il diritto senza la politica è inefficace):

- come “fondazione” della legittimità della politica e del diritto;
- come “limitazione” dell’esercizio della politica e del diritto.

Questa dualità ha condotto alle estreme conseguenze, in tutte le sue implicazioni, il dualismo del costituzionalismo rivoluzionario moderno, sintetizzabile, tra l’altro, nelle due Dichiarazioni universali francesi del 1789 e del 1793.

Nella prima, la Costituzione serve a legittimare la politica ma, una volta legittimata, la Costituzione riconosce – proprio in ragione della sua legittimazione – totale autonomia alla politica (sarà questa la ragione per cui, agli inizi del secolo XX, la parola “politica” sarà tradotta – soprattutto nel contesto della esperienza tedesca – nella formula neutra del “Politico”: non più “*der Politik*” – politica come attività – bensì “*das Politikum*” – la politica come autonomia della decisione, una volta fondata la sua legittimazione).

Nella seconda, la Costituzione non si preoccupa della fondazione della politica, ma serve a limitarne l’esercizio sia nelle modalità di legittimazione che nella formazione dei contenuti.

Nella idea della “forma” come “fondazione” della legittimità della politica, si ritrovano teorie ed esperienze apparentemente contrapposte (Schmitt, Kelsen, Mortati ecc..., Weimar, nazismo, democrazia degli anni Venti del secolo XX), dove il problema della “forma” della politica è risolto in termini esclusivamente “formali” (la “forma” di legittimazione giuridica è sufficiente per attivare la politica).

Infatti, questa “forma” potrà coincidere:

- nella corrispondenza identitaria con una comunità di popolo, individuata dal diritto: fu l’esperienza della Costituzione “organica” espressiva del *Volkgeist* (Weimar);
- nella condivisione plebiscitaria di un progetto politico sintetizzato da un Capo, legittimato nel suo ruolo dal diritto: fu l’idea della Costituzione “cesaristica” patrocinata da C. Schmitt e identificata nel *Führer* del III Reich;
- nella condivisione sociale realizzata da un soggetto collettivo e intermedio tra società e Stato, come il partito politico, anch’esso legittimato dal diritto: fu l’idea della Costituzione “in senso materiale”, teorizzata da C. Mortati e identificata nell’esperienza del “partito fascista” (per questo la teoria della “Costituzione in senso materiale” è una teoria “formale”), come anche da A.J. Wysinskij e identificata nel “costituzionalismo sovietico” del partito-soviet e da Kemal Atatürk e identificata nel “laicismo combattivo” del partito unico in Turchia;

- nella condivisione di un linguaggio e del suo rigore di metodo, definiti dal diritto: fu l'idea della Costituzione come "metodo logico" dello *Stufenbau* in termini di fondamento logico e metodologico della gerarchia e della competenza, teorizzata dal primo H. Kelsen (quello "europeo") e identificata nella (prima parte della) esperienza della Costituzione austriaca (1919-1921) (in contrapposizione con l' "austromarxismo" che proponeva l'alternativa della "razionalità comunista") e con il "decisionismo" di C. Schmitt.

Si tratta, quindi, delle quattro teorie ed esperienze "formali" del rapporto tra politica e diritto, che hanno *fondato* ben note, e non felici, esperienze costituzionali del secolo XX (Kelsen si dimetterà dalla Corte costituzionale austriaca, da lui ideata, per la "illogicità" del suo operare rispetto al metodo giuridico).

In esse, la "razionalità/a-razionalità" del rapporto tra diritto e politica è appunto esclusivamente "formale".

Le sue esperienze storiche sono state fra loro non compatibili e non integrabili, proprio perché "formali", ossia diverse *non* per il "contenuto", *ma* per la "forma" di "*fondazione*" della politica (per es. scuola pubblica gratuita nella "forma" fascista come scuola pubblica gratuita nella "forma" sovietica, ma la "forma" fascista era ben diversa da quella sovietica).

Anche nella idea della "forma" come "*limitazione* razionale" dell'esercizio della politica, si ritrovano teorie ed esperienze storiche apparentemente differenti (dalla democrazia costituzionale del secondo dopoguerra, al neo-liberismo costituzionale, al funzionalismo tecnico delle sovranazionalità). In questa idea, infatti, la questione principale non è la "forma" di legittimazione del potere come *fondazione* (come scrisse K. Loewenstein nel 1938, anche la "forma razionale" del consenso democratico è comunque un "*cavallo di Troia*": partorì il consenso democratico su Hitler!); è, al contrario, la questione della "forma" dei "contenuti" (di libertà e azioni), da sottrarre alla disponibilità del potere, in quanto appunto *limite* della politica.

Pertanto, in questa idea confluiscono le teorie "contenutistiche" del rapporto tra diritto e politica. Queste teorie, e le relative esperienze, storicamente sono state (e sono) tre:

- la teoria ed esperienza della convivenza "pacifica" di principi e regole fissati in una Costituzione: è l'esperienza dello Stato democratico di diritto e della sua Costituzione "deontologica e ideale", nei sistemi di *Civil Law* (a partire dalla Costituzione repubblicana italiana del 1948), "deontologica e ideale" non perché "non reale", ma perché non esclusivamente "materiale", ossia costituita da una serie di "ideali" di contenuto e di metodo (dignità, libertà, solidarietà, uguaglianza, metodo democratico, pluralismo), che realizzano una triplice funzione: di "limite" degli obiettivi del potere (i cosiddetti "principi fondamentali"), di "contenuto" dei diritti che il potere non può ignorare (i cosiddetti "diritti fondamentali"), di "definizione" del ruolo del pluralismo politico, sociale e morale della società (per la cosiddetta "protezione tollerante" della democrazia, ossia di pratica del pluralismo non per negarlo, ma per renderlo condivisibile da chiunque);

- la teoria ed esperienza della convivenza "spontanea" di libertà come equilibrio "spontaneo" di interessi individuali ed egoistici: è l'esperienza della Costituzione "spontanea" del neo-liberismo dei sistemi di *Common Law* e *Rule of Law*, in cui il limite del potere è affidato prioritariamente al giudice come "arbitro del mercato" (B. Leoni), e i cui "contenuti" nascono dal libero gioco del "mercato", inteso come spazio di libertà non solo di merci ma anche di idee, azioni e autodeterminazioni (F.A. von Hayek), aperte a qualsiasi discussione e confutazione e quindi di per sé democratiche, non perché così legittimate da una forma giuridica precostituita, bensì perché appunto spontanee e reciprocamente tolleranti (K. Popper);

- la teoria ed esperienza della convivenza "tecnica" affidata a funzioni politicamente "neutrali" e come tali "non pericolose" per i "contenuti" delle libertà (D. Mitrany, F.A. von Hayek, E. Haas, J.M. Buchanan), perché preoccupate di garantire la pace come "bisogno costitutivo" della convivenza, attraverso le tecniche del mercato (ossia la libera

circolazione di merci e persone): è l'esperienza della Costituzione "tecnica" degli organismi sovranazionali, dal FMI alla UE, in cui la democrazia è presupposta negli Stati e la politica esercitata attraverso una "espertocrazia" condivisa dagli Stati e tecnicamente orientata a garantire la libera circolazione del mercato.

Si tratta, quindi, delle tre teorie "contenutistiche" del rapporto tra politica e diritto.

In esse, infatti, la "forma" dei rapporti tra diritto e politica è data dai "contenuti" di limitazione della politica.

Proprio perché "contenutistiche", queste esperienze hanno potuto, e tutt'ora possono, convivere e integrarsi, in quanto l'elemento che le accomuna è dato dai "contenuti" di limitazione del potere, non dalle "forme" di fondazione della politica. Si spiega così, per esempio, il fenomeno del cosiddetto "dialogo giudiziale" sui "contenuti" di limitazione del potere (principi e diritti) tra giudici di Stati con differente "fondazione" e "limitazione" dei poteri (secondo la narrazione del *New Legal Order*). Si spiega anche la interazione tra Stato democratico di diritto e mercato.

Questa convivenza, però, non è semplice, come dimostrano le tensioni di questi decenni ("deficit democratico" delle sovranazionalità; prevalenza egoistica del mercato sulla "deontologia-ideale" delle Costituzioni ecc ...).

Il che apre due nuovi inediti interrogativi per il XXI secolo:

a) qual è la "forma migliore" di preservazione dei "contenuti" tra Stato democratico di diritto, mercato (ormai globale), tecnica sovranazionale?

b) qual è la "forma migliore" di contenuti e relazioni di politica e diritto, di fronte ai quattro declini contemporanei?

Attualmente, a questa domanda si è risposto in tre modi:

- con le Costituzioni del "nuovo" costituzionalismo latinoamericano, a partire dalla brasiliana del 1988, che sembrano tentare una "conciliazione" tra Stato democratico di diritto, mercato globale, tecnica sovranazionale (si pensi all'art. 170 della CFB);

- con la sovranazionalità "tridimensionale" europea (Stati, mercato UE, diritti CEDH, in base agli articoli 4.2 e 6 del Trattato UE);

- con la "forma" dei "diritti della natura" come inedito "limite" sia della politica che del diritto.

I tre esperimenti, alla prova dei fatti, non rispondono efficacemente alle due inedite domande. In America latina, le integrazioni sovranazionali non funzionano, mentre i "diritti della natura" permangono catturati dalla "forma" mercato. In Europa, gli Stati sono ormai, come ha scritto W. Streeck, "bilanci consolidati" degli interessi sovranazionali del mercato.

Per concludere, alla luce di questa sintesi, studiare il diritto come politica costituzionale significa tenere in considerazione questa complessità ereditata dal secolo XX, studiando il diritto "senza isolarlo" dalla politica, "uscendo" dai tribunali come unico "luogo giuridico", scoprendo in ogni fenomeno ed esperienza giuridica (piccola o grande che sia) la costante tensione tra "contenuti" e "forme" delle relazioni tra diritto e politica.

Poiché lo Stato democratico di diritto storicamente si afferma attraverso una Costituzione "deontologica-ideale" e storicamente si integra con la Costituzione "spontanea" del mercato e con la Costituzione "tecnica" della sovranazionalità, in quanto "forme" di relazione tra politica e diritto differenti nelle forme, ma compatibili nei "contenuti", lo studio della sua dinamica necessita della continua osservazione della sua "esperienza giuridica", micro o macro che sia, come "campo" di incontro di "forme" e "contenuti" espressivi di visioni diverse dei rapporti differenti tra diritto e politica: "organiche", "cesaristiche", "logiche", "materiali", "spontanee", "tecniche".

L' "isolazionismo" disciplinare dello studio del diritto può essere accademicamente accettabile, ma diventa socialmente inutile, in quanto incapace di saper "decodificare" la diversità di questi rapporti. La pretesa "neutralità" dello studio giuridico di fronte alla politica, proprio perché epistemicamente e storicamente inesistente, come dimostra appunto la storia drammatica del secolo XX, rischia di diventare cieca o complice di fronte al ritorno di "forme" di "fondazione" del rapporto tra politica e diritto,

indipendenti dai “contenuti” e quindi senza “*limitazioni*” (non a caso, nella letteratura comparata, è ormai diffusa la constatazione che, nel mondo, la democrazia è in declino: cfr. *Journal of Democracy: Democracy in Decline*), producendo insensibilità verso la drammaticità delle ingiustizie globali e la irreversibilità del deficit ecologico e della “emergenza climatica” prodotta dal benessere dell'energia fossile.



Il quadro riprodotto in alto è di Salvador Dalí, come richiamo all'insorgenza geopolitica.

La Guida è aggiornata nel corso di ogni anno,
ma non costituisce una pubblicazione periodica.

Il *copyright* dei contenuti della Guida
è di Michele Carducci.

Le informazioni ricevute dai contatti sono trattate
in conformità con la legge italiana sulla privacy.



[Informazioni legali](#) | [Privacy](#) | [Informativa sui cookie](#) | [Sitemap](#)

Copyright di Michele Carducci