



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

PASSATO, PRESENTE E FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO *

di Giuliano Amato**

1 .Siamo tutti convinti, anche noi costituzionalisti continentali, che il cuore vero del costituzionalismo sia quella dialettica *iurisdictio/gubernaculum*, in cui prese corpo il limite al potere e quindi la stessa *rule of law*, che ancora oggi in esso largamente si identifica. Tuttavia, nel costituzionalismo come oggi lo concepiamo, non meno della limitazione del potere, è la sua legittimazione ad apparire un profilo essenziale. E non può che essere così, da quando la costituzione ha preso ad essere concepita come un patto fondativo fra individui liberi, che – nella visione originaria di Locke- danno vita a poteri pubblici, legittimati ad operare e a rimanere se e sino a quando non violano i loro diritti naturali.

Sia chiaro, oggi siamo al di là dell'ideologia rivoluzionaria, che considerava costituzioni solo quelle che definiscono e tutelano i diritti e le libertà. E riteniamo componenti essenziali della costituzione e quindi del costituzionalismo gli aspetti che riguardano la legittimazione dei poteri pubblici, sia essa o meno di fonte democratica, e l'organizzazione di essi che ne consegue. Costituzione è, perciò, anche, e per molti anzi in primis, la forma di governo, accompagnata da quella che in più manuali è la forma di regime, cioè i rapporti fra i poteri pubblici e i diritti e le libertà dei cittadini.

In questa prospettiva, il costituzionalismo appare legato a filo doppio allo Stato. E' all'interno di questo che ciascuna comunità politica ha potuto identificarsi come tale e dotarsi di una forma di governo e di una forma di regime. Anzi di più, perché, sempre nei nostri manuali, noi facciamo precedere alla forma di governo e alla forma di regime la forma di Stato. Quale che essa sia, è questa, è perciò l'organizzazione accentrata, regionale, o federale dello Stato il punto di partenza; ed è quindi lo Stato stesso l'habitat naturale della Costituzione.

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno *"Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa"*, che si è tenuto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Giudice della Corte Costituzionale.

2. Il problema che abbiamo davanti, a parte quelli che lo Stato ha anche al suo interno per le nuove difficoltà di legittimazione dovute alle diversificazioni che in più casi lacerano la comunità politica di riferimento, è il moltiplicarsi dei poteri che sovrastano lo stesso Stato in un mondo nel quale diverse attività hanno ormai dimensione sovranazionale. In uno spazio, appunto, sovranazionale, nel quale operano organizzazioni internazionali, reti, istituzioni pubblico-private e private, che adottano indirizzi, regole, decisioni, variamente incidenti sugli stessi sistemi legali nazionali e sulle vite di tutti noi, si può fare a meno del costituzionalismo? Ma quale costituzionalismo è possibile? E se ne vedono o meno le tracce?

Non sono domande nuove, anzi da tempo si confrontano le risposte che vengono date. E' ovvio che il diritto c'è in quello spazio e ce n'è delle specie più diverse, in ragione ora dell'estensione extraterritoriale di regolazioni o decisioni degli stessi Stati, ora degli obblighi da essi assunti a fronte delle deliberazioni degli organismi internazionali da loro costituiti, ora dell'efficacia comunque riconosciuta alle regolazioni e decisioni delle variegate istituzioni, comprese quelle private, che queste adottano nei diversi settori a cui sovrintendono. Si constata così la presenza di profili di diritto internazionale, penale, privato, commerciale, tributario, pubblico - pubblico/amministrativo, ma anche pubblico/costituzionale.

Certo, in una cornice fatta di interrelazioni a rete, che a volte sono fitte e dense, a volte appena segnate, a volte con aree prive di illuminazione (le luci nella notte di A.M. Slaughter, il quadro di Pollock evocato da R. Stewart, il disordine degli ordini normativi di N. Walker) ad apparire fuori posto è soprattutto il diritto costituzionale, cresciuto – come si diceva - nella solida cornice dello Stato; una cornice che può ben essere pluralista, ma sempre con le sue linee gerarchiche (c'è sempre una supremacy clause!) e la sua comunità politica di riferimento, nella quale trovano legittimazione i suoi poteri e le sue fonti normative. E infatti a trovarsi meglio, sino a dar corpo a un sia pure embrionale diritto amministrativo globale, è stato appunto il diritto amministrativo, meglio in grado di riconoscersi nei singoli procedimenti, nelle singole decisioni, nei relativi contenziosi, sino a giungere per ciò stesso a plasmarli e a introdurre i suoi principi –il contraddittorio, la partecipazione, la motivazione, l'impugnabilità.

3. Nessuno parla invece di diritto costituzionale globale. Si è indotti a pensare che, per farlo, ci vorrebbe un sistema di governo globale e- lo abbiamo appena visto- quello che abbiamo di fronte è tutto fuorché un sistema. Eppure, se analizziamo ciò di cui è intessuto il diritto amministrativo globale, non possiamo non rilevare che la materia prima di cui è fatto è schiettamente costituzionale, è infatti l'armamentario, costituzionalistico, del limite al potere e dell'insorgenza di diritti a fronte dei possibili abusi di questo. Non a caso i principi dell'azione amministrativa che prima menzionavo –contraddittorio etc. – quando non sono esplicitamente entrati nelle Costituzioni del nostro tempo, li si fa comunque derivare da queste, di fronte ad atti che portano alla loro violazione.

Ci sono inoltre –non dimentichiamolo- le dichiarazioni dei diritti, e le stesse tradizioni costituzionali comuni, alle quali la giurisprudenza fa capo, quando a risultare violati sono beni essenziali della vita, da esse protetti. E qui si verifica un fenomeno di grande rilievo: pur nel disordine di ordini normativi sprovvisti d una comune gerarchia delle fonti, superiore finisce per risultare la norma protettiva del diritto, quale che sia la fonte da cui essa promana. Si tengano a mente il caso Kadi del 2008, in cui la Corte di Giustizia Europea, negò che l’attuazione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza sul congelamento dei beni dei terroristi, consentisse tale congelamento a carico di una persona che nessuno aveva sentito prima della relativa decisione; e il caso Saadi del 2006, in cui la Corte di Strasburgo fermò un decreto di espulsione, pur legittimo per l’ordinamento italiano, perché metteva a repentaglio, nel paese di destinazione, l’incolumità da tortura dell’espulso. Emerge dal confronto che a prevalere è la norma che salvaguarda i diritti, sia essa stabilita dall’ordinamento sovrastante che la impone a quello sottostante (caso Saadi), sia invece l’ordinamento sottostante che resiste, nel farla prevalere, a quello sovrastante (caso Kadi).

Le tracce di costituzionalismo in tutto questo sono innegabili e lo sono sul versante di esso, che è stato nella storia il più vibratamente ideologico, vale a dire la garanzia dei diritti davanti agli abusi; quello, se vogliamo, da cui tutto è cominciato nel costituzionalismo medievale, così come ce lo spiegò Charles McIlwain, dalla Magna Charta ai diritti di Comuni, Università e Corporazioni. Il richiamo, anzi, al costituzionalismo medievale potrebbe portarci ancora più in là, perché fra i diritti ai quali esso dette la luce vi furono anche quelli di essere consultati, di poter dire la propria o farla dire da propri rappresentanti sulle decisioni sovrane, specie quando in gioco fossero le risorse finanziarie o umane pretese dal sovrano.

Non c’erano solo i limiti al potere, dunque, c’era anche l’avvio della partecipazione al suo esercizio, esplicitata poi dal federalismo consociativo di Althusius, e c’era in qualche modo la genesi del principio rappresentativo. Insomma, attraverso l’apposizione di limiti al potere si cominciava a lambirne la legittimazione andando verso quel costituzionalismo pieno, a due versanti, che sarebbe arrivato col King in Parliament e poi con le costituzioni di fine Settecento.

Ma se è così, potremmo desumerne che siamo noi stessi a un nuovo inizio, che, come allora, si è aperto un percorso che nel tempo ci porterà, anche per lo spazio globale, al costituzionalismo a tutto tondo? Oppure ciò non è destinato ad accadere, perché nel nostro futuro non c’è alcuna autorità globale sorretta da una comunità politica globale? E allora dobbiamo contentarci dell’affermazione su scala crescente di quello che di sicuro è un aspetto del costituzionalismo, ma che da solo non lo inverte, e cioè la rule of law (a cui pure si possono ricondurre, in quanto non siano prodromici di altro, i diritti di partecipazione)?

4. Scrivendone cinque anni fa, e commentando le parole ad effetto del Manifesto, che era appena uscito, per la democrazia globale – “globalizzare la democrazia è l’unico modo di democratizzare la globalizzazione” - esprimevo i miei dubbi sulla fattibilità di un disegno pur così affascinante. E mi schieravo con Ralf Dahrendorf, che già riteneva difficile

l'allargamento di forme di governo simil- statuali (possibilmente) democratiche ad ambiti regionali come quello europeo; mentre per il mondo proponeva che puntassimo all'estensione della rule of law, che segnava il nostro limite, ma anche i nostri crescenti successi.

Che cosa posso aggiungere oggi? Per cominciare, due argomenti per essere più ottimista di allora, uno relativo al passato, l'altro relativo al presente e al futuro.

Guardando al passato, devo ammettere che sul finire del primo millennio la realtà medievale non era tanto diversa dalla nostra. I primi infatti che riuscirono a costruire un impero, i carolingi, lo fecero rispettando e connettendo i fili policentrici dei legami feudali, sulla chiara premessa che fosse ultra vires per loro l'ipotesi di assorbirli in una accentrata autorità imperiale. Era un'ipotesi che appariva impossibile allora, così come sembra esserlo oggi per il globo. Eppure, con il passare dei secoli, l'accentramento statale riuscì a subentrare e ad imporsi. E' accaduto, può tornare ad accadere.

Guardando al presente e al futuro non posso ignorare l'opinione di chi vede nei processi di partecipazione alle policies forme di legittimazione dei poteri decisionali tutt'altro che primitive, ma caso mai più mature e proficue della stessa rappresentanza elettorale. Danno infatti –si dice– ben maggiore consapevolezza degli interessi in gioco in ciascuna decisione, poi, in tempi in cui sono venute meno le visioni unificanti dei partiti, aiutano a connettere i propri interessi con quelli collettivi assai meglio delle dispute elettorali, che accentuano anzi i particolarismi, infine tengono conto delle accentuate diversità che ci sono oggi nelle nostre comunità politiche, dando loro spazio e inducendole tuttavia ad intendersi. Se così è e se è dunque lo stesso costituzionalismo interno che sta forse prendendo questa strada, che essa sia praticabile e praticata su scala globale apre prospettive di cui bisogna tener conto senza peccare per questo di mancanza di realismo.

Allo stesso tempo, ci sono anche argomenti contro. Il primo e più consistente è che negli ultimi anni le tendenze centrifughe sono cresciute nella comunità internazionale: l'autoaffermazione degli Stati, anche a scapito delle organizzazioni internazionali di cui sono membri, è una degenerazione ricorrente; una degenerazione che ha investito anche organizzazioni integrate come l'Unione Europea, che oggi tiene insieme i suoi pezzi dando sempre più spazio alla sua dimensione intergovernativa, sempre meno a quella comunitaria. In questo clima, una opposta tendenza centripeta, volta a rafforzare forme di governance comune, sembra altamente improbabile.

In più, la stessa tendenza al crescente rispetto almeno della rule of law sembra essersi fermata e chi avrebbe la responsabilità di farla rispettare non sembra riuscirci: si pensi all'Unione Europea davanti alle violazioni da essa stessa lamentate in due suoi Stati membri, la Polonia e l'Ungheria; si pensi al Consiglio d'Europa davanti agli arresti di massa in Turchia; si pensi alle Nazioni Unite davanti alla persecuzione dei Rohingya in Myanmar.

E allora? A nessun tempo sono precluse visioni di un futuro migliore, anche quando queste appaiano al momento impossibili. Al contrario, è bene che ci siano e che contrastino, per il sol fatto di esserci, il presentismo che non sa uscire da sé. Ma ogni tempo ha specifiche responsabilità di fronte ai problemi aperti che da esso e in esso aspettano soluzione.

Davanti al costituzionalismo, la responsabilità del nostro tempo è quella di recuperare il terreno che stiamo perdendo in ordine al rispetto della rule of law. E su di essa quindi dovremmo concentrare la nostra attenzione nelle diverse arene nelle quali risulta messa in gioco.

Se così è – e per cominciare con la nostra arena europea- la cancellazione dell’ossimoro delle democrazie illiberali viene prima, per noi, dell’affermazione della democrazia globale. Tanto più che esso è figlio, non unico ma ben riconoscibile, di un orientamento all’apparenza più innocente, l’orientamento che identifica la democrazia con le decisioni maggioritariamente assunte dai Parlamenti, nelle quali trova la sua piena esplicazione il primo dei diritti dei cittadini, il diritto di voto.

Identificare la democrazia con la democrazia maggioritaria è, dal punto di vista del costituzionalismo, non necessariamente un ossimoro, ma certo un paradosso. Nato sul versante della rule of law e quindi della garanzia dei diritti, allargatosi giustamente dalla limitazione del potere alla sua legittimazione, finirebbe per esaurirsi nella stessa legittimazione e per cancellare così una parte di sé. Lo so, lo so che di democrazia maggioritaria non c’è solo quella del Primo Ministro Ungherese Orban, c’è anche quella che contrappone la derivazione democratica dei Parlamenti a quella non democratica delle tecnocrazie, con la conseguenza, ad esempio, di limitare il più possibile lo spazio delle autorità indipendenti, o di limarne la discrezionalità con regolazioni sempre a maglie strette. E questa fa capolino nella giurisprudenza dello stesso Bundesverfassungsgericht, in nome della massima espansione del diritto di voto dei cittadini. Ma anche su di essa dobbiamo criticamente riflettere, se è vero, com’è vero, che sottrarre decisioni alla maggioranza, quando non devono essere politici i criteri per la loro adozione, fa parte delle garanzie dei cittadini.

Insomma, neppure il costituzionalismo democratico può pretendere di esaurire la legittimazione in quella elettorale-maggioritaria. Ad essa va riconosciuta l’autorità che compete alla fonte ultima di ogni potere, ma da essa è doveroso attendere che preveda, per taluni poteri, una legittimazione non maggioritaria. La divisione classica dei poteri ci ha abituato a legittimare i giudici proprio se ed in quanto soggetti soltanto alla legge. Ma nella complessa mappa di una democrazia costituzionale ciò non vale solo per loro. Di sicuro vale per la Banca Centrale, ma vale anche per le autorità indipendenti con poteri di aggiudicazione e per le stesse autorità amministrative su cui incombe l’obbligo dell’imparzialità.

Prima ancora che l’elezione diretta del Parlamento europeo desse spazio alla legittimazione elettorale delle nostre istituzioni comuni, furono la rule of law e i suoi elementi costitutivi, fatti valere come parti del nostro patrimonio comune, a fornire il metro ineludibile per l’accesso e la perdurante accettazione nella nostra Unione, oltre che il primo tessuto alla mai compiuta costituzione europea. Potremo non arrivare mai a quella Costituzione. Ma non dovremo amputare il nostro costituzionalismo, seguendo la falsa pista che lo vorrebbe allargato con il solo allargarsi della legittimazione elettorale del potere.