

COSTITUZIONALISMO.IT

Quaderno n. 6

DIRITTO E POLITICA

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO

a cura di

Adriana Apostoli e Gaetano Azzariti

*Atti del Seminario di Brescia
25 ottobre 2024*

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via S. Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISSN 2036-6744

ISBN 979-12-235-0310-2

Indice

INTRODUZIONE

<i>Per un costituzionalismo critico e per dei costituzionalisti critici</i>	3
Adriana Apostoli	

RELAZIONI

<i>Globalizzazione, crisi della democrazia e alternativa costituzionale</i>	19
Luigi Ferrajoli	
<i>Il successo del giurista in un mondo dominato dagli economisti neoliberali</i>	33
Alessandro Somma	

INTERVENTI

<i>Note sul metodo nello studio del diritto pubblico: diritto e politica, Costituzione scritta, constitutional morality</i>	63
Francesco Bilancia	
<i>Giudici e legge: una questione di phronesis</i>	85
Claudio De Fiores	
<i>Governabilità in senso “ingegneristico” e rappresentanza proporzionale: spunti di riflessione nella prospettiva del «costituzionalismo critico»</i>	117
Andrea Deffenu	

<i>La fiducia nella rappresentanza come premessa di metodo del costituzionalismo critico</i>	125
--	-----

Michele Della Morte

<i>Al riparo dei Fondamentali: sovranità popolare e principi. Il caso del nuovo principio ecologico</i>	139
---	-----

Laura Ronchetti

CONCLUSIONI

<i>Per un costituzionalismo critico</i>	157
---	-----

Gaetano Azzariti

INTRODUZIONE

PER UN COSTITUZIONALISMO CRITICO E PER DEI COSTITUZIONALISTI CRITICI

ADRIANA APOSTOLI

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il costituzionalismo critico. – 3. I costituzionalisti critici.

1. Introduzione

Diritto e politica. Per un costituzionalismo critico è il titolo del Seminario annuale promosso dalla nostra Rivista, che ho avuto il piacere di ospitare presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Diritto e politica. Per un costituzionalismo critico, un titolo che ha sollecitato in me una riflessione sul significato dell'essere costituzionalisti critici, la quale probabilmente trova anche origine in una risalente riflessione del nostro Direttore, contenuta nel saggio che ho già richiamato in occasione di un precedente Seminario annuale. Il riferimento, di nuovo, a quel contributo non intende essere un mero omaggio formale, bensì l'appello a un metodo condiviso da coloro che, in diversa misura, si riconoscono nel progetto scientifico e culturale che la nostra Rivista rappresenta e cerca di portare avanti.

Alludo, in particolare, al saggio *I costituzionalisti al tempo di Babele* che ha segnato, nel 2010, l'avvio dell'esperienza editoriale di *Costituzionalismo.it*¹. In questo contributo Gaetano Azzariti già allora denunciava una crescente incomunicabilità tra i cultori della nostra disciplina, determinata non tanto dalla divergenza del metodo giuridico, né dalla pluralità tra le scuole di pensiero o dalle sensibilità politico-culturali di ciascun costituzionalista, bensì da una progressiva perdita di senso del Testo fondamentale.

Questo fenomeno ha naturalmente radici politiche – sulle quali tornerò in seguito, ma che ben sono state “sintetizzate” nel fascicolo n. 2

¹ Cfr. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2010.

del 2018 di questa Rivista, *Settant'anni di "uso" della Costituzione* – ma anche scientifiche, alimentate proprio da un approccio metodologico che tende a legittimarsi principalmente sulla base del fatto. Assistiamo cioè a un'inversione della logica ermeneutica per cui non è più il diritto a interpretare il fatto, ma è il fatto che finisce per orientare l'interpretazione del Diritto. Il Diritto con la D maiuscola, che per noi è naturalmente quello costituzionale e che dovrebbe guidare i rapporti tra gli organi che costituiscono la forma di governo, mentre sempre più spesso il Diritto finisce per piegarsi alle logiche delle maggioranze contingenti², con il rischio di compromettere l'unità della Costituzione «come documento politico concreto»³ che necessita di essere attuato nella sua integralità e coerenza sistemica.

Quel che si è perso è, cioè, la *superiorità* della Costituzione sul fatto, che per lungo tempo ne ha guidato l'analisi e l'interpretazione, pur nella pluralità degli approcci e delle posizioni degli studiosi, comunque accomunati dalla circostanza che «di fronte alla costituzione tutto arretrava, la politica in primo luogo»⁴. L'inversione cui assistiamo conduce, invece, al consolidarsi dell'idea per cui il Testo costituzionale è considerato «come limite dell'interpretazione», anziché «come suo fondamento»⁵, e induce taluni a sostenere che della Costituzione «si po[ssa] fare anche a meno» poiché «le logiche politiche» rispondono «ormai a diversi principi di legittimazione, perlopiù collegati alle pulsioni populiste e leaderistiche dominanti», tanto da ritenerla «“vecchia” e ormai superata, anzi superabile»⁶.

Fatte queste riflessioni, mi è sembrato un po' più facile scorgere, nell'attuale contesto politico-istituzionale, perlomeno l'ossatura di ciò che potremmo definire una genia di *costituzionalisti critici*, quasi si trattasse di un tratto identitario immediatamente visibile. Al tempo stesso, mi sono resa conto che non avrei potuto procedere senza compiere preliminarmente una distinzione concettuale tra due piani di analisi.

² Come si legge ivi «scienza empirica, dunque, senza più dogmi, ma anche senza più metodo. Tendenzialmente – forse anche – senza più principi».

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

Il primo attiene alla nozione stessa di *costituzionalismo*, inteso nella sua accezione classica di teoria dei limiti al potere, che va attualizzato e, in parte, ri-problematizzato alla luce delle profonde trasformazioni che investono la forma e l'esercizio del potere nelle democrazie contemporanee. Non mi riferisco solo al potere politico-istituzionale in senso stretto, ma anche alle molteplici – e talora più pervasive – forme di potere economico, tecnologico, sovranazionale, che incidono profondamente sull'effettività dei diritti e sull'equilibrio tra gli organi e i livelli di governo.

Il secondo piano, strettamente connesso al primo ma distinto per natura, riguarda invece il *ruolo* dei costituzionalisti, come tecnici del diritto o studiosi della disciplina e, più in generale, come intellettuali impegnati nel dibattito pubblico, nella didattica e nella ricerca. È su questo terreno che si gioca, a mio avviso, la dimensione critica dell'essere costituzionalisti; una funzione che non si esaurisce nel prendere posizione, ma che si fonda sull'analisi rigorosa, sull'indipendenza di giudizio e su una costante tensione tra il dato normativo e i principi costituzionali, anche nella loro dimensione assiologica.

2. *Il costituzionalismo critico*

Muovendo sul primo dei due versanti individuati, occorre innanzitutto ricordare che il “nostro” metodo implica il rifiuto di una concezione idealizzata e astratta dell'ordinamento e della società, intesa come realtà pacificata, armonica, priva di tensioni o contrapposizioni strutturali. Il costituzionalismo critico si fonda, infatti, sul riconoscimento del conflitto quale fattore fisiologico e ineliminabile del vivere democratico, nella misura in cui esprime la pluralità di interessi, valori e visioni del mondo che convivono all'interno di una comunità politica. In questa prospettiva, il conflitto non è un'anomalia da rimuovere, bensì una dimensione costitutiva della democrazia costituzionale, che deve essere governata attraverso strumenti giuridici che ne riconoscano la legittimità e ne garantiscano la rappresentanza, anzitutto nei luoghi della decisione istituzionale⁷.

⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie? Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-

Una riflessione che non mi sembra poi così distante da quella proposta da Massimo Luciani quando, com'è ampiamente noto, ha contrapposto due modelli idealtipi di costituzionalismo: quello c.d. irenico, che si risolve nel «celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie» all'intervento delle giurisdizioni, interne e sovra o internazionali e che, pur importante, è in certa misura limitato; e quello c.d. polemico, che si interfaccia e si impegna a tenere a bada il potere⁸. È nell'alveo di quest'ultima tradizione che credo si collochi il costituzionalismo critico quale strumento di comprensione e interpretazione di una realtà istituzionale complessa, in continua trasformazione, e nella quale il diritto costituzionale non può assumere la funzione di tecnica di neutralizzazione del dissenso, bensì di garanzia della sua espressione entro i confini dello stesso patto costituzionale.

L'idea – sempre più diffusa nei discorsi pubblici e in una certa teoria costituzionale – secondo cui nelle democrazie contemporanee non c'è più spazio per il conflitto, affonda le radici in una sorta di sublimazione dei diritti fondamentali, i quali sono spesso declinati in termini retorici, tendendo a rappresentarli come conquiste definitive, consolidate e non più oggetto di contestazione o evoluzione. In questa narrazione, i diritti appaiono come un patrimonio giuridico ormai immunizzato dal dissenso, posto al riparo da qualsiasi tensione ideologica o dialettica politica e affidato in via esclusiva alla custodia giurisdizionale. La storia – per utilizzare la celebre formula di Francis Fukuyama⁹ – sembrerebbe giunta al suo compimento: esistono i diritti ed esistono le Corti incaricate di proteggerli. *Quid pluris?*

Eppure, è proprio la prospettiva dalla quale si guarda al tema a

Bari, 2021, pp. 18 ss. Come ha sostenuto R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2007, p. 16, tra le più profonde distinzioni tra costituzioni rigide e flessibili vi è proprio la gestione del conflitto sociale; quelle del Secondo dopoguerra, infatti, intendono governarlo «dentro» alle istituzioni costituzionali, attraverso gli strumenti posti dalla costituzione «rigida», le Carte precedenti, invece, «regolavano il conflitto sociale con l'impiego delle forze dell'ordine pubblico e dell'esercito, cioè escludendolo forzatamente dal «giardino» delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite».

⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2006, pp. 1643-1668, spec. p. 1668.

⁹ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, 1992, Torino, 2020.

essere lontana dalla scienza costituzionale. Com'è noto, le Costituzioni democratico-sociali non negano il conflitto sociale, anzi lo presuppongono. La Carta del '48 parte dal presupposto che bisogna tendere verso l'uguaglianza sostanziale, non accontentandosi affatto dell'idea che il riequilibrio sociale ed economico debba avvenire solo in assenza di conflitti. Il conflitto come mezzo per rendere visibili i bisogni e per trovare una via alla loro concreta soddisfazione è inoltre incanalato in forme e procedure democratiche di "ascolto" e portato all'interno delle sedi istituzionali; in questo modo, posto che non è realistico ipotizzare una risoluzione o una scomparsa del conflitto sociale per la sola via politica, esso viene riconosciuto e in certa misura "garantito" nel concreto svolgersi della dinamica politica stessa. Un approccio che parte dal presupposto che tra le funzioni tipiche dell'ordinamento democratico-sociale affermatosi nel Secondo dopoguerra, rientri l'adozione dello strumento democratico non per sopire il conflitto, ma per governarlo e rappresentarlo. Quando un conflitto esiste, soprattutto se non è in grado di raggiungere la sede della rappresentanza politica, necessita *a fortiori* di trovare "ascolto" onde evitare che esploda in forme e con modalità antisistemiche.

Nel tempo presente, l'eventualità del conflitto viene spesso ridotta a mera controversia giuridica, oggetto di bilanciamenti o di accomodamenti ragionevoli, tanto che, quando non può essere ignorato, tende a essere appianato e neutralizzato, ovvero a essere ricondotto a una dimensione tecnica, che non comporta la relativa evocazione nel dibattito pubblico.

Di conseguenza, la scienza costituzionale finisce per ridursi al mero controllo giurisdizionale di legittimità, affidato alle Corti costituzionali e, sempre più spesso, a quelle sovranazionali. Queste ultime, in particolare, operano in contesti istituzionali e politici inevitabilmente distanti dai luoghi nei quali maturano le istanze sociali, culturali ed economiche che danno origine alle controversie, e si trovano ad assumere decisioni che incidono in profondità sugli equilibri tra diritti e poteri, senza che tali scelte siano il risultato di una dialettica politica o di un consenso democraticamente costruito. Un effetto schizofrenico quello delle "altre" Corti che, nell'ottica dell'integrazione e armonizzazione tra ordinamenti, spesso riesce a soddisfare posizioni giuridiche che non

trovano spazio all'interno del nostro ordinamento e che, per altro verso, rischia di marginalizzare i nostri principi e i nostri organi di garanzia poiché quanto elaborato fuori dai confini nazionali tende a imporsi sui principi e sulle "regole del gioco" interne.

Guadagna spazio così il "costituzionalismo irenico", cioè un modello nel quale l'elaborazione dei principi spesso avviene attraverso atti di interpretazione giudiziaria che, pur fondandosi su tecniche argomentative formalmente rigorose, sono espressione di opzioni valoriali e culturali che, in assenza di un confronto deliberativo autentico, rischiano di imporsi *ex auctoritate*, svuotando di contenuto il principio democratico e la stessa funzione del diritto costituzionale come strumento di mediazione tra visioni plurali.

A questo punto è però bene precisare che non intendo mettere in discussione il valore dei diritti fondamentali, né tantomeno demonizzare il ruolo delle Corti; al contrario, riconosco appieno l'importanza che le posizioni giuridiche soggettive e, vieppiù, le istituzioni preposte alla loro tutela rivestono nel presidiare le libertà individuali e nel garantire l'equilibrio tra i poteri. Tuttavia, mi preme sottolineare che il costituzionalismo critico non può esaurirsi in questa dimensione, per quanto fondativa e fondamentale. Ridurre la nostra scienza al solo meccanismo della giustizia costituzionale, o all'assolutizzazione della categoria dei diritti fondamentali, significa svuotarla della sua complessità teorica e della sua funzione ordinante rispetto al sistema politico-istituzionale¹⁰.

In questa prospettiva, è opportuno richiamare l'attenzione su alcune "correnti di pensiero" contemporanee, spesso sviluppatesi al di fuori dell'ambito del diritto pubblico e, in particolare, nell'elaborazione di parte della dottrina privatistica, le quali tendono a configurare un primato della persona in senso assoluto, concepita come soggetto astratto, titolare di diritti sganciati da qualsiasi riferimento alla comunità politica e, in ultima istanza, allo Stato¹¹. Posizioni teoriche che, in

¹⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, spec. pp. 133-140; afferma significativamente a p. 140 che «ogniquale la Corte "mascheri" il bilanciamento degli interessi con le forme del procedimento interpretativo, evade il problema».

¹¹ Senza pretesa di esaustività rimando a G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale. Il diritto all'identità personale*, in *Giur-*

alcuni casi, celebrano simultaneamente il “globalismo giuridico” – con l’idea di un ordinamento giuridico decentrato, fluido, post-statuale – e una sorta di autarchia del diritto fondamentale, inteso come prerogativa individuale che si legittima in quanto tale, indipendentemente dal contesto democratico in cui si colloca o dalle dinamiche collettive di formazione della volontà generale.

A mio avviso, è quest’ultimo approccio che risulta problematico poiché il costituzionalismo non può essere “senza Stato”¹². Con ciò non intendo esaltare una visione statocentrica, o negare l’esistenza di altre forme di potere, che anzi la scienza costituzionale è chiamata a interrogare e a limitare; intendo piuttosto riconoscere che è all’interno delle strutture statali, democratiche e rappresentative che si realizza la legittimazione del potere poiché è in questi circuiti istituzionali che le decisioni pubbliche trovano fondamento, ed è attraverso il confronto politico e la mediazione collettiva che acquisiscono validità nei confronti della comunità. Una scienza costituzionale e un metodo che prescindono dal legame con lo Stato rischiano di diventare un costrutto teorico privo di impegno democratico, ove il diritto, pur formalmente vincolante, perde progressivamente la dimensione politica, il radicamento nella volontà popolare e, in definitiva, la capacità ordinante rispetto all’intero sistema istituzionale.

A fronte di queste tendenze, e del più ampio processo di crisi del modello democratico-sociale occidentale, mi è sorto spontaneo chiedermi quale sia la natura del potere cui il costituzionalismo è fisiologicamente chiamato a opporre limiti e a costruire argini. In primo luogo, com’è noto, quello politico¹³, che deve ormai essere considerato insieme agli altri centri del potere (specialmente quelli economico, tecno-

risprudenza di merito, 1989, spec. p. 467; S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 101-122; ID., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 4/1997, pp. 583-609.

¹² Cfr. R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un’analisi del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, pp. 24-27; P. BIANCHI, *Potere costituente e costituzione nel XXI secolo. Alcune questioni aperte*, in *DPCE Online*, 2021 – numero speciale, spec. pp. 56-66.

¹³ A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2003.

logico e sovranazionale), poiché lo stesso potere politico si è ridotto a fenomeno policentrico, stratificato e talvolta opaco, che esige di essere analizzato attraverso lenti più raffinate e strumenti teorici capaci di coglierne le articolazioni.

Ma è sulle ben note forme di potere economico che credo sia importante riflettere, poiché esse sono dotate di una capacità di incidenza sistemica molto estesa, in grado di condizionare le scelte degli Stati e di influenzare i processi decisionali all'interno delle organizzazioni sovranazionali. In questi ambiti, la trasparenza delle decisioni non sempre risulta adeguata, tanto che spesso si assiste a una cesura tra autorità e responsabilità, dove il potere è esercitato senza una chiara riconducibilità a meccanismi democratici o a un effettivo controllo pubblico. Sia sufficiente richiamare l'improprio impiego della locuzione "Costituzione economica", con la quale si tende a mascherare una ridefinizione degli equilibri tra interessi pubblici e interessi privati, tra finalità collettive e logiche di mercato, operata al di fuori dei canali della rappresentanza politica.

In questo contesto, l'idea di conflitto viene progressivamente dissolta o, meglio, riassorbita in formule conciliative, spesso ambigue, che fanno ricorso a concetti come "sussidiarietà", "cooperazione", "interesse generale"¹⁴. Termini senza dubbio evocativi, che tuttavia talvolta mancano di una base teorica e normativa chiara proprio perché sono utilizzati in maniera strumentale a legittimare equilibri consolidati anziché a promuovere una rinnovata riflessione sui fini dell'ordinamento costituzionale.

Accanto alle forme di potere economico "tradizionali" si profilano inoltre nuove configurazioni di potere, ancor più pervasive, che sfuggono sia alla categoria classica del potere politico-statale, sia a quella del potere economico tradizionalmente inteso come espressione di soggetti che aspirano a condizionare le scelte pubbliche. Mi riferisco a centri di potere privato, la cui forza e capacità di diffusione sono tali da rendere irrilevante, se non superflua, la necessità di mediare le proprie decisioni attraverso l'intervento dello Stato¹⁵. Ciò è ben rappresentato dal settore

¹⁴ F. SAIITO, *Per una critica della "Costituzione economica" nel prisma delle trasformazioni della democrazia rappresentativa*, in *DPCE Online*, n. 1/2020, spec. pp. 398-423.

¹⁵ G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Diritto pubblico*,

digitale, che governa l'“ecosistema” informativo, comunicativo e commerciale della rete, riuscendo a influenzare le dinamiche pubbliche e a esercitare un vero e proprio potere regolativo su intere sfere della vita individuale e collettiva secondo logiche proprietarie che prescindono dalla legittimazione democratica.

Per quanto ci interessa più da vicino, si sta affermando la corrente dottrinale del c.d. costituzionalismo digitale che intende affrontare la questione dei diritti fondamentali nello spazio virtuale cercando di capire se e come sia possibile trasporre i paradigmi del costituzionalismo del Secondo dopoguerra all'interno del mondo delle piattaforme. Mentre, il costituzionalismo critico, a mio avviso, invita l'interprete a individuare modalità e strumenti giuridici idonei a proteggere gli interessi individuali e collettivi nei confronti delle piattaforme, per evitare che un ordinamento a così forte vocazione sociale finisca per ignorare – o peggio, assorbire – la solitudine dei suoi membri¹⁶.

Le piattaforme, in particolare, si stanno progressivamente perfezionando e potenziando nella difesa dei propri interessi economici e reputazionali, lasciando su di un piano assolutamente marginale la protezione dei diritti degli utenti. Una tutela che, peraltro, avviene quasi esclusivamente mediante l'intervento degli organi giurisdizionali che, facendo leva su fonti sovranazionali (in specie, il GDPR), sanzionano comportamenti scorretti e/o illegittimi da parte dei proprietari delle piattaforme¹⁷. Ciò dovrebbe indurre a reclamare l'intervento del deci-

n. 3/2022, spec. pp. 836-842; C. PINELLI, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Economia pubblica*, n. 1/2023, pp. 115-122.

¹⁶ In questo senso cfr. almeno P. MARSOCCHI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2011; R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, pp. 225-249; ID., *Diritto del lavoro e economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, pp. 15-28; C. SALAZAR, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, in *Consulta OnLine – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, n. 1/2020, pp. 341-355; P. MARSOCCHI, *Sempre “al lavoro”. Le garanzie costituzionali di persone e personalità connesse in Rete*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, n. 2/2021, pp. 73-88; G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, cit., pp. 831-834.

¹⁷ Senza pretesa di esaustività, a partire dalla celeberrima sentenza *Google Spain* che ha affermato il diritto all'oblio, si ricordano la Causa C-40/17 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha stabilito che il gestore di un sito web che incorpora

sore pubblico nell'ambito della rete al fine di comporre un *corpus* normativo in grado di sottoporre i poteri privati e digitali a vincoli esterni poiché anche nello spazio di internet la tutela dei diritti fondamentali e la delimitazione del potere richiedono una cornice giuridica garantita da istituzioni pubbliche, secondo modelli compatibili con la legalità costituzionale e con i principi dello Stato di diritto.

La constatazione dell'insufficienza (o dell'inerzia) del legislatore nel disciplinare le nuove forme di potere apre verso questioni ulteriori, che investono la distribuzione delle funzioni e delle responsabilità nelle democrazie costituzionali. Quando il costituzionalismo si fa irenico, ovvero quando la tutela dei diritti fondamentali è rimessa quasi esclusivamente ai giudici, a questi viene attribuita una funzione che esorbita dal proprio originario ambito di competenza, dovendo di fatto supplire a vuoti normativi¹⁸.

In questa prospettiva, un costituzionalismo critico e non pacificato è a mio avviso chiamato a riflettere sul margine, spesso ambiguo, tra la funzione giurisdizionale e la sfera di discrezionalità riservata al legislatore. Si pensi alla previsione contenuta nell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Pur trattandosi di una norma di rango legislativo ordinario, assume nella prassi un valore analogo a quello di principio fondamentale poiché afferma un limite invalicabile per l'attività del Giudice costituzionale, ovvero il divieto di sostituirsi al legislatore democraticamente legittimato nell'esercizio delle funzioni di-

il pulsante “Mi piace” di Facebook è congiuntamente responsabile con la piattaforma per la raccolta e la trasmissione dei dati personali dei visitatori del sito; la Causa C-446/21 (*Schrems c. Meta*) della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la quale quest'ultima ha stabilito che la piattaforma Meta non può trattare dati raccolti tramite *plug-in* esterni (come *pixel* e *cookie*) senza il consenso esplicito dell'utente, anche se tali dati provengono da siti terzi; la Causa C-83/21 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, relativa al noto “caso Airbnb Italia”. Sul piano interno, invece, si richiama la sanzione che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha inflitto a Google per abuso di posizione dominante (caso A529, provvedimento del 13 maggio 2021).

¹⁸ Si veda sul punto R. BIFULCO, *Il dilemma della democrazia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, pp. 8-10, che sottolinea il passaggio «dalla lotta per la costituzione alla lotta per l'interpretazione della costituzione».

screzionali. Tuttavia, questa distinzione – formalmente netta – appare nella prassi giurisprudenziale sfumata, specie nei casi in cui l'intervento della Corte costituzionale assume caratteri creativi o orienta in modo decisivo l'interpretazione e l'applicazione del diritto positivo.

Il tema si fa ancora più stringente se si estende l'analisi alla Corte di giustizia dell'Unione europea e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto alle quali il problema della legittimità democratica e del fondamento dei margini di discrezionalità statale assume tratti ulteriormente problematici. Qual è, dunque, il fondamento giuridico che legittima il potere di queste Corti di modulare – e, in alcuni casi, ridefinire – l'estensione dei limiti, in relazione alla materia trattata, alle circostanze fattuali o agli equilibri politici e istituzionali coinvolti? Il frequente riferimento alla nozione di “margine di apprezzamento”, elaborata in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e alla “discrezionalità” lasciata agli Stati membri dall'ordinamento dell'Unione europea, pone rilevanti interrogativi circa i criteri di delimitazione e di controllo della discrezionalità nell'esercizio del potere.

Un concetto, quest'ultimo, che negli anni è profondamente mutato. Mentre la tradizionale forma verticale di potere, propria della sovranità statale o delle autorità pubbliche, resta suscettibile di una più agevole individuazione e, dunque, di una opposizione razionale e giuridica da parte di una coscienza democratica vigile, le forme orizzontali di potere si rivelano insidiose poiché si strutturano attraverso meccanismi comunicativi, relazionali ed economici che sfuggono alle classiche categorie dell'ordinamento, esercitandosi spesso mediante canali digitali, i quali agiscono con modalità persuasive, allusive, riconducibili, di fatto, al consenso indotto. Il conflitto, dunque, non si manifesta più con il potere delle “grida” di manzoniana memoria, bensì con i messaggi cifrati, le pressioni sottili, le dinamiche virali che si propagano attraverso strumenti apparentemente innocui, come una *chat* privata su un'applicazione di messaggistica.

In questo contesto, il costituzionalismo critico, maturo e consapevole delle trasformazioni sociali e tecnologiche in atto, non può limitarsi a sorvegliare le manifestazioni formali del potere pubblico; piuttosto, è chiamato ad ampliare il proprio raggio d'indagine, includendo anche quelle forme di potere che, pur operando al di fuori degli assetti isti-

tuzionali, incidono concretamente sui processi democratici, sull'equilibrio tra i poteri, sul principio di eguaglianza e sulle garanzie dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione.

3. *I costituzionalisti critici*

Vengo ora al ruolo dei *costituzionalisti critici* che, per riprendere le parole di Gaetano Azzariti, devono ostinarsi «a ritenere di non poter rinunciare alla costituzione, a riconoscere in essa la fonte principale della propria legittimazione di giuristi dell'ordinamento politico e sociale costituito»; devono cioè «servirsi del Testo così per come è stato prodotto e per come è venuto modificandosi anche implicitamente nel corso del tempo al fine di analizzare i fatti e di interpretare il diritto»¹⁹.

Dunque, questi studiosi non dovrebbero limitarsi a vigilare sull'operato dei poteri costituiti, ma dovrebbero interrogarsi sulle forme diffuse, nuove o opache di potere che condizionano la libertà, l'uguaglianza e la dignità dei consociati²⁰. Così come sono chiamati a rifiutare una visione pacificata del diritto e della Costituzione, non assumendo i diritti come dogmi cristallizzati, ma riconoscendoli come *luoghi di conflitto*, sempre esposti all'evoluzione e alla contesa democratica²¹; compito dei costituzionalisti critici è anche quello di denunciare le zone d'ombra, ovvero mettere in discussione le narrazioni dominanti e richiamare la politica alla responsabilità. Quest'ultima è forse la funzione più diffusa e "militante" del costituzionalismo critico, poiché è in grado di indignarsi e di estendersi in molte direzioni.

Come sapete, qui a Brescia studiamo da tempo la prassi degli organi costituzionali.

Ecco, la domanda che mi pongo è quale sia stata la *prassi dei costituzionalisti italiani nel relazionarsi con gli organi costituzionali*. L'attività

¹⁹ Cfr. G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, cit.

²⁰ Basti richiamare la legge 4 novembre 2024, n. 169 che ha introdotto il reato universale di gestazione per altri.

²¹ Lo dimostrano, tra gli altri, il lungo *iter* giurisprudenziale in materia di fine vita e l'*impasse* del legislatore sui diritti delle persone omosessuali, frequentemente garantiti solo grazie all'intervento dei giudici comuni, della Corte di Cassazione, della Corte costituzionale, nonché della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

di consulenza che i costituzionalisti hanno offerto nel corso della storia repubblicana agli organi costituzionali, che esiti ha prodotto?

Purtroppo, sembra quasi impossibile capire la relazione di causa-effetto fra le teorie sostenute dai costituzionalisti italiani ed i ruoli che hanno ricoperto come consiglieri o consulenti di questo o quell'organo costituzionale.

Vorrei fare un esempio: Paolo Barile è tutt'ora ricordato per la sua teoria dell'indirizzo-politico costituzionale, specialmente in relazione al Capo dello Stato. Lo stesso Barile fu consigliere giuridico del Presidente Gronchi.

Abbiamo poi avuto nella storia della Repubblica altri casi eminenti di studiosi costituzionalisti divenuti protagonisti della vita politica e istituzionale.

Se consentite, mi spingo sino a dire che la nomina politica dei Giudici costituzionali da parte del Parlamento o del Presidente della Repubblica, in assenza di alcun tipo di vaglio o procedura²², può essere un elemento parzialmente distorsivo del dibattito costituzionalistico e della dialettica scientifica nella nostra comunità²³.

Ciò è, evidentemente, molto diverso dall'impegno pubblico (ora si direbbe *public engagement*) che i costituzionalisti possono offrire, soprattutto nei tornanti più delicati della storia repubblicana, in quanto "minoranza critica"²⁴. Inutile dire che non sto affatto sostenendo una chiusura nei templi accademici e nelle sedi scientifiche. Però è ovviamente assai diverso offrire argomenti al dibattito pubblico, sino a schierarsi *contro scelte del potere* o, se ritenute utili, sostenerle *ex post*, dal partecipare attivamente all'elaborazione di quelle scelte, all'interno dei centri di potere.

Certo, anche questa partecipazione può avere gradi diversi: non è la stessa cosa essere un consigliere giuridico, anche di fiducia, o esse-

²² R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2009, p. 4026.

²³ Naturalmente l'aspirazione massima di ogni studioso di diritto costituzionale può legittimamente essere Palazzo della Consulta; eppure, questa aspirazione si combina con le possibilità di ingresso controllate dalla politica, sicché parte della dottrina potrebbe seguire percorsi intellettuali non sempre lineari.

²⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie*, cit., p. 112.

re integrato nell'apparato amministrativo del Governo. Molto dipende anche dall'onestà intellettuale con cui ci si approccia ai temi. Né con ciò voglio dire che chi opera in queste vesti non sia in grado di offrire contributi di alto livello scientifico.

Credo però che la domanda di fondo resti. Chi studia i limiti del potere politico, per dirla con la definizione classica, come può poi diventare consulente di chi governa? Può davvero tenere "la barra dritta"?

Per qualcuno la risposta può essere positiva, però, se così è, dovremmo tutti almeno concordare che quella non è ricerca scientifica. Non è il governo dei saggi o degli intellettuali; sono gli intellettuali che si prestano alle esigenze di governo.

A questo proposito cito un passaggio, di Giuliano Amato, in un podcast della Corte costituzionale dedicato alla libertà della scienza del 2021 in dialogo con Monica Guerritore. Amato sottolinea che la libertà della scienza è diversa e privilegiata rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, perché la libertà dell'arte e della scienza non cerca consensi, ma mira ad andare alla verità dei fatti²⁵.

Per concludere, vorrei rappresentare questo concetto con un'immagine. Nella cappella interna al palazzo della Sorbona, storica università di Parigi, c'è la tomba del Cardinale Richelieu, in posizione semi-distesa. Ai suoi piedi, prostrata dal dolore, sta la personificazione della Dottrina (con la D maiuscola)

Ciò rappresenta non solo una celebrazione delle qualità intellettuali e teologiche del cardinale, ma soprattutto una concezione del potere, di uno Stato assoluto, che vede ai suoi piedi la scienza.

Le arti e le scienze sono libere, recita l'art. 33 della nostra Costituzione. Credo che la libertà della scienza giuridica, costituzionalistica nella specie, passi anzitutto dal non prostrarsi di fronte al potere, anche quando si ha l'ambizione di poterlo controllare.

²⁵ M. GUERRITORE, G. AMATO, *Arte, scienza e libertà di pensiero*, Podcast della Corte costituzionale, 19 febbraio 2021.

Quaderni della rivista "Costituzionalismo.it"
Volumi pubblicati

Fuori collana

Costituzionalismo.it. Archivio, a cura di G. Azzariti, Torino, 2006

Collana Editoriale Scientifica

1. *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, a cura di M. Ruotolo, 2008
2. *Costituzionalismo.it. Archivio 2006-2008*, a cura di F. Bilancia, 2011
3. *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, a cura di G. Azzariti, 2022
4. *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, a cura di G. Azzariti, 2022
5. *Il Führerprinzip. La scelta del capo*, a cura di M. Della Morte e G. Azzariti, 2024

Finito di stampare nel mese di maggio 2025
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli