

# L'ARCIPELAGO DEL DIRITTO

## LEZIONI PER I FUTURI NAVIGANTI

*In ricordo del decennale della  
Cattedra Galante Garrone*

a cura di MASSIMO VOGLIOTTI

Rosenberg & Sellier

# **L'arcipelago del diritto**

## **Lezioni per i futuri naviganti**

**In ricordo del decennale  
della Cattedra Galante Gar rone**

**a cura di  
Massimo Vogliotti**

**Rosenberg & Sellier**

La pubblicazione del volume è stata promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale e si avvale di un finanziamento della Fondazione Cassa di Risparmio di Alessandria, che si ringrazia per il contributo.



© 2022 Rosenberg & Sellier



*prima edizione italiana: dicembre 2022*  
ISBN 979-12-5993-155-9

LEXIS  
Compagnia Editoriale in Torino srl  
via Carlo Alberto 55  
I - 10123 Torino  
rosenbergesellier@lexis.srl  
[www.rosenbergesellier.it](http://www.rosenbergesellier.it)

Rosenberg & Sellier è un marchio registrato utilizzato per concessione di Traumann s.s.

## *Indice*

### 9 Presentazione e ringraziamenti

#### Inaugurazione della Cattedra (Alessandria, 16 giugno 2010)

- 17 *Messaggio del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano*  
19 *Programma*  
21 *Un giurista inquieto*  
Massimo Vogliotti  
25 *Le battaglie civili di Alessandro Galante Garrone*  
Paolo Borgna

#### I primi dieci anni della Cattedra (2010-2020)

- 35 *I corsi*  
37 *Le conferenze*  
39 *I dialoghi*  
41 *Le letture*  
43 *Dieci anni dopo. L'eredità di Alessandro Galante Garrone*  
*In ricordo del decennale della morte (Torino, 30 ottobre 2003)*  
45 *Quale formazione, per quale giurista?*

#### Introduzione

- 49 *Perché una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone?*  
*La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e*  
*l'esigenza di una nuova educazione giuridica*  
Massimo Vogliotti

## Le lezioni

- 85 *Il futuro della Costituzione*  
Gustavo Zagrebelsky
- 105 *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*  
Francesco Palazzo
- 135 *Sull'insegnamento del diritto*  
Luigi Ferrajoli
- 147 *Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente':  
immagini della respublica fra medioevo ed età moderna*  
Pietro Costa
- 201 *Tra globalizzazione e post-globalizzazione:  
la complicata geografia del nostro tempo*  
Maria Rosaria Ferrarese
- 225 *La verità degli enunciati normativi: tre teorie*  
Franca d'Agostini
- 247 *I disaccordi interpretativi profondi  
fra metaetica e filosofia del diritto*  
Vittorio Villa
- 303 *La magistratura italiana e la giustizia di transizione (1943-1953)*  
Antonella Meniconi
- 341 *Labolizione della pena di morte.  
Cronache di un'avventura illuminista (1764-1797)*  
Ettore Dezza
- 371 Gli Autori

«Uno studio che non ti anima né ti appassiona  
è il peggior nemico»

Alessandro Galante Garrone  
*Agendina*, 1928

«Il compito del magistrato non è assecondare gli impetuosi (e in sé certo salutari) moti di indignazione e di disgusto dell'opinione pubblica di fronte a certi preoccupanti e dilaganti fenomeni di scorrettezza amministrativa; ma piuttosto un accurato sceverare l'illecito penale dal magma indistinto della disonestà. A lui non si addice il vigoroso colpo di scopa, che manda tutto per aria in un nugolo di polvere, ma piuttosto il freddo e prudente ago della bilancia. [...]

Questo male, che la sentenza ci addita con parole tanto accorate, e che non è ancora delitto, ma ne costituisce la premessa e il clima, tocca a tutti noi estirparlo, a ogni livello, nelle sedi più appropriate. [...] Un paese dove questo male comincia ad avvertirsi così acutamente, e suscita reazioni allarmate, e non affoga più nel torpido scetticismo di qualche anno fa, è, a ben guardare, un paese vivo».

Alessandro Galante Garrone  
*La scopa e la bilancia*, «La Stampa», 1964

# Introduzione





*Perché una Cattedra intitolata  
ad Alessandro Galante Garrone?  
La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e  
l'esigenza di una nuova educazione giuridica\**

Massimo Vogliotti

1. Le ragioni di allora e di oggi – 2. Un sintomo giusfilosofico del malessere dello stato costituzionale di diritto: la tesi del nichilismo giuridico – 3. Il nichilismo come destino: una lettura positivista della Costituzione – 4. Un modo diverso di guardare alla Costituzione – 5. La distopia di Irti e le responsabilità del giurista

*1. Le ragioni di allora e di oggi*

L'idea di intitolare, nel giugno del 2010, una Cattedra universitaria alla figura di Alessandro Galante Garrone – giudice, partigiano della formazione “Giustizia e libertà”, storico ed editorialista de «La Stampa» – nasceva come reazione al progressivo indebolimento, nelle istituzioni e nella società, delle basi culturali su cui si fonda la nostra Costituzione.

L'anno successivo, un analogo sentire spingeva Luigi Ferrajoli – a cui nel 2013 la Cattedra venne affidata – a denunciare l'esistenza di un vero e proprio «processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano»; un processo che si manifestava «nella costruzione di un regime basato sul consenso o quanto meno sulla passiva ac-

\* Poco dopo la stesura delle pagine che seguono è scoppiata improvvisamente la guerra in Ucraina, battezzata dal Presidente del Paese aggressore, la Russia, «operazione militare speciale». George Orwell non avrebbe faticato a riconoscere in questa formula un esempio della neolingua da lui descritta nel romanzo distopico *1984* (per un ulteriore esempio di neolingua orwelliana nella nostra storia recente, v. *infra*, par. 1). Questo tragico ritorno della guerra in Europa, nelle vesti di un conflitto che rappresenta il momento geopolitico più pericoloso dai tempi della crisi dei missili a Cuba, rivela tutta la debolezza degli argini giuridici internazionali eretti a partire dal secondo dopoguerra a difesa dei diritti e della pace mondiale e costituisce un forte argomento a favore della tesi nichilistica qui osteggiata. La visione di Natalino Irti appare oggi meno distopica di quando queste pagine sono state concepite.

quiescenza di una parte rilevante della società italiana a una lunga serie di violazioni della lettera e dello spirito della Costituzione». Venti anni di «tentate controriforme costituzionali e di aggressioni alla Carta del 1948 – volta a volta squalificata come vecchia e superata, e addirittura come responsabile dell'inefficienza del sistema politico – hanno prodotto il declino del valore della Costituzione nel senso comune»<sup>1</sup>.

Dopo il crollo del sistema dei partiti cui si deve la scrittura della Carta costituzionale, sono stati numerosi e crescenti gli attacchi mossi al fragile edificio dello stato costituzionale di diritto dal primo neopopulismo italiano, che, sfruttando abilmente il medium televisivo, aveva introdotto, sulla scena politica europea, un «oggetto sconosciuto», trasformando «la tradizionale democrazia rappresentativa in “video-politica”»<sup>2</sup>, secondo l'intuizione di Giovanni Sartori<sup>3</sup>, e avviando il fenomeno, allora inedito, della personalizzazione della politica. La novità era stata subito avvertita da Bobbio, che vedeva in “Forza Italia” il «primo partito personale di massa»<sup>4</sup> favorito dalla televisione, di cui il suo leader, divenuto presidente del consiglio, aveva un controllo quasi monopolistico. A proposito di questo «passaggio dal voto al partito al voto alla persona», che per Bobbio era il «fenomeno più sconvolgente»<sup>5</sup> del nuovo assetto politico generato dalla fine della prima Repubblica, Bernard Manin aveva coniato proprio in quegli anni la fortunata formula «democrazia del pubblico», terza forma di democrazia rappresentativa (dopo quella dei notabili e dei partiti di massa) in cui i partiti, travolti in Italia dalle indagini di “manipulate” e dall'ondata di antipolitica, non scompaiono, ma si trasformano in «comitati al servizio di un leader, che sviluppa il rapporto con i cittadini e la società servendosi dei media e delle tecniche del marketing politico-elettorale»<sup>6</sup>. Alla luce della ricostruzione di Manin delle metamorfosi della democrazia rappresentativa, la novità del caso italiano non appare più come un'anomalia tutta nostrana, ma

<sup>1</sup> L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. VII-VIII.

<sup>2</sup> M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi, 2017, p. 125.

<sup>3</sup> G. Sartori, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

<sup>4</sup> N. Bobbio, *Tra due Repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, Roma, Donzelli, 1996, p. 134.

<sup>5</sup> Ivi, p. 120.

<sup>6</sup> Così Ilvo Diamanti nella prefazione alla traduzione italiana del saggio di B. Manin, *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. X. La prima edizione in francese è del 1995.

come un fenomeno dalle radici profonde che ha inaugurato una linea di tendenza divenuta mondiale, culminando nel successo di Trump negli Stati Uniti. Come osserva Ilvo Diamanti, la specificità del caso italiano consisteva, semmai, nel suo essere un esempio iperbolico di democrazia del pubblico, e ciò per la forte concentrazione di potere in mano a una sola persona: il Cavaliere di Arcore è stato, infatti, «il capo dell'esecutivo, il leader (assoluto) del partito di maggioranza, il proprietario del maggior gruppo mediatico»<sup>7</sup>.

L'impatto dei mezzi di comunicazione di massa sulla vita politica (dal «tele-populismo»<sup>8</sup> del ventennio berlusconiano al successivo populismo digitale, interpretato in Italia dal movimento 5 Stelle) e la personalizzazione della politica, seguita alla crisi delle ideologie incarnate dai partiti di massa novecenteschi, creano un terreno favorevole per l'affermarsi di una strategia retorico-argomentativa (*l'avvelenamento del pozzo*) che inquina nel profondo la vita politica e sociale di una comunità, disgregandola. Con questa formula, come ci ricorda Franca D'Agostini – cui, nell'anno accademico 2016-17, fu affidata la Cattedra per tenere un corso proprio su questi temi – si allude alla delegittimazione in anticipo di «qualunque cosa un avversario possa dire, insinuando il sospetto circa la sua cattiva fede, o scarsa correttezza, o scarsa credibilità (scientifica, morale, politica ecc.); l'eventuale verità proposta in seguito dalla persona in questione sarà pubblicamente ignorata, considerata priva di rilevanza, o decisamente accolta come falsità». L'avvelenatore «compie una piccola azione, gli effetti sono disastrosi» per la comunità<sup>9</sup>.

Mentre il primo fattore – l'intreccio di politica e mezzi di comunicazione di massa – ha consentito di rendere pervasiva la propaganda, estendendola a ogni fase della vita pubblica, oltre i confini del momento elettorale, e determinando così «il rapido propagarsi del veleno», il secondo fattore – la personalizzazione della politica – «ha favorito la proliferazione di argomenti *ad personam*: là dove non è più in gioco la verità di una visione del mondo e della giustizia, ci si rivolge all'immagine pubblica degli individui, per umiliarla o esaltarla». Le finalità perseguite dalla strategia dell'avvelenamento (ossia «lo svilimento e l'indebolimento sistematico della credibilità di

<sup>7</sup> Ivi, p. XVI.

<sup>8</sup> P.-A. Taguieff, *L'illusion populiste*, Paris, Berg International, 2002 (tr. it. *L'illusione populista*, Milano, Mondadori, 2003).

<sup>9</sup> F. D'Agostini, *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010, p. 11.

qualunque tesi») sono più facilmente raggiunte «dove ad esso non si contrappongono forti convinzioni, ma solo una generica simpatia [...] o un intersecarsi di interessi che convergono su una *leadership*»<sup>10</sup>.

Gli esempi di questa strategia sono numerosi durante il ventennio berlusconiano, a cominciare dalla demonizzazione dell'avversario politico sfruttando le pulsioni anticomuniste ancora diffuse in quegli anni nel suo elettorato, malgrado la condanna della storia seguita al crollo del muro di Berlino e dell'impero sovietico: «lui – come ricorda ironicamente Bobbio – è venuto a salvare l'Italia dai comunisti perché i suoi oppositori sono tutti comunisti o alleati dei comunisti [...] Negli ultimi giorni della campagna elettorale», che avrebbe poi portato alla vittoria della coalizione di centro-sinistra nel 1996, «ha usato l'argomento: “Non votate l'Ulivo perché se vincerà non voterete mai più». E aggiungeva: «è incredibile quanti sono oggi gli italiani cui la destra riemersa è riuscita a far credere che era venuta l'ora di cambiare perché la prima repubblica era stata governata dalle sinistre»<sup>11</sup>.

Il veleno in assoluto più tossico per la tenuta delle istituzioni liberal-democratiche è però rappresentato dalla virulenta e ininterrotta campagna di delegittimazione della magistratura: la retorica delle «toghe rosse», dei giudici «mentalmente disturbati» e «politicizzati», della persecuzione giudiziaria, gli attacchi denigratori mossi a singoli magistrati impegnati nei suoi numerosi processi. Screditare aprioristicamente la giurisdizione – che è la principale incarnazione a livello istituzionale della figura del “terzo” senza la quale nessuna comunità politica può sopravvivere<sup>12</sup> – significa far venir meno l'istanza – che, in uno stato di diritto, si deve presumere imparziale, salvo prova contraria – cui è affidato il compito cruciale di stabilire, nelle forme e nei limiti del diritto, la verità e la giustizia.

In seguito all'irrompere nello spazio pubblico della rete e dei social media, che «mettono in comunicazione diretta i leader con il popolo in un vortice quotidiano di dichiarazioni, commenti e filmati», il decadimento della verità raggiungerà, all'alba della seconda Repubblica, «forme e intensità inedite e inimmaginabili», contaminando tutte le democrazie occidentali<sup>13</sup>. Rispetto al tele-populismo

<sup>10</sup> Ivi, p. 12.

<sup>11</sup> N. Bobbio, *Tra due Repubbliche*, cit., p. 136 e 130.

<sup>12</sup> V., in merito, F. Ost, *Le droit ou l'empire du tiers*, Paris, Dalloz, 2021, secondo cui «passer au droit, c'est inscrire la relation sur une scène tierce» (p. 13; il corsivo è dell'Autore).

<sup>13</sup> M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere. Sei diritti atletici*, Torino, Einaudi, 2019, p. 66.

berlusconiano, con Twitter, Facebook e Instagram la diffusione di *fake news* e di manipolazioni informative di vario genere si è fatta più capillare anche perché con questi strumenti la produzione di falsità può avvenire dal basso, spesso con la complicità di chi la subisce che non attiva gli strumenti di *fact-checking*, pure disponibili nella rete.

Il fenomeno ha raggiunto dimensioni tali da indurre gli *Oxford Dictionaries* ad accogliere nel 2016, sulla scia della campagna referendaria per la Brexit e della battaglia senza esclusioni di colpi che ha consentito a Trump di vincere le elezioni, un nuovo lessema, eleggendolo a parola dell'anno: «post-verità». Secondo l'Accademia della Crusca, con post-verità si allude a circostanze nelle quali «fatti oggettivi sono meno influenti nell'orientare la pubblica opinione che gli appelli all'emotività e le convinzioni personali»<sup>14</sup>. Questa forma di indifferenza aletica trova alimento dal «forte calo di fiducia nelle istituzioni come fonti affidabili di informazione. Si sta indebolendo l'argine che la modernità ha faticosamente costruito contro falsità e nascondimenti: la scienza»<sup>15</sup>. Il caso dei vaccini durante l'attuale pandemia è solo l'esempio macroscopico di un crescente fenomeno di disaccordi e controversie pubbliche su fatti e questioni rispetto ai quali la comunità scientifica offre dati abbondanti, sperimentati e condivisi. Come osserva Francis Fukuyama in un articolo scritto in occasione dell'anniversario dell'attacco a Capitol Hill da parte dei sostenitori di Trump, se in passato ci siamo sempre divisi intorno ai valori, ora ci troviamo a vivere «in separate factual universes»<sup>16</sup>.

Secondo il rapporto annuale 2021 del Censis sulla situazione sociale del Paese, saremmo giunti all'epoca della «società irrazionale», caratterizzata da una «irragionevole disponibilità a credere alle più improbabili fantasticherie, a ipotesi surreali e a teorie infondate, a cantonate e strafalcioni, a svariati complottisti, in un'onda di irrazionalità che risale dal profondo della società». Si tratterebbe della manifestazione di un disagio «tutt'altro che marginale» che – come il populismo post-novecentesco, di cui ha in comune l'ostilità nei confronti delle élites – ha «radici socio-economiche profonde, secondo una parabola che va dal “rancore” al “sovranismo psichico”», già denunciati nel rapporto del 2019, e che «ora evolve diventando

<sup>14</sup> M. Biffi, *Viviamo nell'epoca della post-verità?*, sul sito internet dell'Accademia della Crusca, 25 novembre 2016.

<sup>15</sup> M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere*, cit., p. 66.

<sup>16</sup> F. Fukuyama, *One Single Day. That's All It Took for the World to Look Away From Us*, in «New York Times», 5 gennaio 2022.

rifiuto *tout court* del discorso razionale». L'irrazionalità non sarebbe «semplicemente una distorsione psichica legata alla pandemia, bensì l'esito dell'erosione del lungo ciclo storico-sociale in cui la ragione costituiva lo strumento per proteggersi dall'incertezza dell'ignoto e dai rischi esistenziali». Oggi, tuttavia, «la realtà razionale tradisce sempre più spesso le aspettative soggettive che essa stessa ha alimentato». Ciò dipenderebbe dal fatto che «siamo entrati in un nuovo ciclo, quello dei rendimenti decrescenti degli investimenti sociali». Per il 66,2% della popolazione si viveva meglio in passato: è il segno, si legge nel rapporto, «di una corsa percepita verso il basso della società e dell'economia». Il caso emblematico – e particolarmente preoccupante – dei rendimenti decrescenti degli investimenti sociali è rappresentato dai percorsi di istruzione e di formazione. Per l'81% degli italiani è oggi «molto difficile per un giovane vedersi riconosciuto nella vita l'investimento di tempo, di energie e di risorse profuso nello studio. Più di un terzo (il 35,5%) è convinto che semplicemente non conviene impegnarsi per laurearsi, conseguire master e specializzazioni, per poi ritrovarsi invariabilmente con guadagni minimi e rari attestati di riconoscimento». Questo diffuso pessimismo circa le aspettative future rappresenterebbe il contesto in cui «irrompe l'irrazionale», che, si precisa, non è riducibile all'effetto «distorto di un digitale pervasivo, l'operazione compiuta da avidi imprenditori delle *fake news* o da imbonitori della politica». Sarebbe piuttosto la conseguenza di cause socio-economiche e psicologiche più profonde: «è una reazione inscritta nella materialità delle vite delle persone convinte che quel che si avrà in futuro non è più l'esito delle attuali scelte razionali. È la convinzione che rinunci, sacrifici, pene e investimenti individuali non porteranno comunque a un futuro migliore»<sup>17</sup>.

Come osserva Maurizio Ferrera, il decadimento della verità – che ha nella società irrazionale diagnosticata dal Censis le sue radici profonde – «è una delle più serie minacce che il pensiero e le pratiche liberaldemocratiche devono oggi fronteggiare». Infatti, «la disponibilità di conoscenze e informazioni vere, di un orizzonte fattuale e normativo non distorto o manipolato, è condizione necessaria per usare correttamente la ragione, e dunque scegliere e agire in autonomia e libertà»<sup>18</sup>. Più fondamentalmente, la verità, intesa non come contenuto di conoscenza, ma come «funzione concettuale»

<sup>17</sup> Censis, *55° Rapporto sulla situazione sociale del Paese/2021*, in «www.censis.it», 3 dicembre 2021.

<sup>18</sup> M. Ferrera, F. D'Agostini, *La verità al potere*, cit., pp. 113 e 112.

che «attiviamo quando diciamo o pensiamo “è vero”, “è falso”, “non è vero”», «è condizione necessaria per ogni forma di interazione sociale, in particolare di quelle di tipo pratico-cooperativo, le quali presuppongono sempre un certo grado di reciproca fiducia e di accordo su “come stanno le cose”». Il linguaggio – ma lo stesso vale per il diritto – è «una convenzione basata su veridicità e fiducia»<sup>19</sup>.

Una grave lesione del bene politico rappresentato dalla verità come funzione concettuale si ha quando si costruisce e si usa un linguaggio in cui non vi è corrispondenza tra parola e cosa, tra significante e significato convenzionalmente stabilito. Tale fenomeno, che ricorda una delle caratteristiche della “neolingua” orwelliana, tipica dei regimi autoritari – quando cioè si usano parole che significano «quasi esattamente l’opposto di quel che appaiono in un primo momento» (come «Minipax», cioè ministero della pace, che significa in realtà ministero della guerra)<sup>20</sup> – era già stato denunciato nella pagina progettuale della Cattedra con particolare riferimento alla strategia comunicativa di Silvio Berlusconi. Un esempio per tutti, che fu subito segnalato da Bobbio: il fondatore di Mediaset «guida il Polo per le libertà, ma nel settore decisivo per la garanzia delle principali libertà, la formazione dell’opinione pubblica, la cui libera espressione è il fondamento di uno stato libero, detiene il monopolio delle televisioni private, facendo nascere quella incompatibilità tra la sua attività di imprenditore e quella di protagonista della vita politica che è stata chiamata eufemisticamente “conflitto di interessi”»<sup>21</sup>. Successivamente, la contraddizione si aggraverà ulteriormente per effetto dei numerosi attacchi ai due pilastri fondamentali dello stato liberale, l’indipendenza della magistratura, cui già si è fatto cenno, e la libertà di informazione. È rimasto negli annali di quella triste stagione politica l’«editto bulgaro» con cui si bandì dalla televisione

<sup>19</sup> Ivi, p. 20 e 70. Credere che l’interlocutore pensa ciò che dice, osserva Paul Ricœur, è la base fiduciaria sulla quale si fonda il linguaggio e ogni relazione sociale: «Cete base fiduciaire est la condition institutionnelle de toute relation interpersonnelle» (P. Ricœur, *Le Juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 35). Recentemente ha messo bene in luce il fondamento fiduciario che è alla base del diritto Tommaso Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021. Certo, riconosce l’Autore, «quando la fiducia verrà tradita interverranno rimedi pronti a sostenerci. Ma in prima istanza, [il diritto] ci dice di fidarci e ci chiede di avere comportamenti conseguenti, che possano adeguatamente soddisfare le aspettative di coloro con i quali instauriamo le nostre relazioni» (p. IX).

<sup>20</sup> G. Orwell, *1984*, Milano, Mondadori, 1983, p. 337 (la prima edizione italiana è del 1950, un anno dopo la prima edizione inglese *Nineteen Eighty-Four*).

<sup>21</sup> N. Bobbio, *Tra due Repubbliche*, cit., pp. 135-136.

pubblica un maestro del giornalismo come Enzo Biagi, partigiano di “Giustizia e Libertà” come Galante Garrone.

Linsofferenza per il dissenso e per il complesso sistema di garanzie, controlli e contrappesi della Costituzione – cui si contrappone l'idea del “primato della politica”, in virtù dell'investitura diretta del popolo, rappresentato come entità omogenea e depositario di una sovranità intesa come assoluta – rivela chiaramente la totale estraneità di quella prima forma di neopopulismo non solo nei confronti della Costituzione repubblicana, fondata sull'antifascismo e la resistenza<sup>22</sup>, ma nei confronti del paradigma stesso dello stato costituzionale di diritto.

Negli anni successivi all'istituzione della Cattedra la salute della nostra democrazia costituzionale non è certo migliorata; è anzi peggiorata, come lo rivela la diagnosi formulata nel rapporto del Censis già ricordato. A quel quadro già di per sé allarmante vanno aggiunti altri elementi che aggravano ulteriormente la situazione: i crescenti rigurgiti neofascisti, culminati nell'assalto squadrista alla sede nazionale della Cgil il 9 ottobre dello scorso anno; il proliferare in tutta Europa di movimenti sovranisti, nazionalisti ed eurosceettici, che continuano a riscuotere ampi consensi nonostante il recente, cospicuo, aiuto finanziario dell'Unione europea per la ripresa delle economie nazionali colpite dalla pandemia; il riacutizzarsi del mai sopito antisemitismo, che obbliga la senatrice a vita Liliana Segre a vivere sotto scorta; il dilagare dei discorsi d'odio sui social; le politiche populistiche delle destre di contrasto all'immigrazione che – alimentando a fini di consenso elettorale paure e ostilità verso i migranti, presenti in larghe fasce della popolazione, specialmente tra quelle più colpite dagli effetti della crisi economico-finanziaria del 2008 e dall'emergenza pandemica, che ha ulteriormente accresciuto le già intollerabili disuguaglianze<sup>23</sup> – si sono spinte fino a calpestare il

<sup>22</sup> L'unica volta in cui Berlusconi partecipò, da presidente del consiglio, alle celebrazioni del 25 aprile fu in occasione del terremoto dell'Aquila del 2009, quando si recò a Onna, paese più colpito dal sisma del 6 aprile e teatro di una spietata strage nazista avvenuta l'11 giugno del 1944, due giorni prima della liberazione dell'Aquila.

<sup>23</sup> V., in proposito, il rapporto Oxfam 2022 *La pandemia della disuguaglianza*, pubblicato il 17 gennaio di quest'anno in occasione dell'apertura del World Economic Forum di Davos. Nel rapporto si legge che «il patrimonio netto dei 10 miliardari più ricchi è più che raddoppiato (+119%), in termini reali, dall'inizio della pandemia, superando il valore aggregato di 1.500 miliardi di dollari, oltre 6 volte lo stock di ricchezza netta del 40% più povero, in termini patrimoniali, dei cittadini adulti di tutto il mondo». Nei Paesi di tutto il mondo, si legge ancora nel rapporto, «le politiche economiche e la cultura politica e sociale stanno perpetuando la ricchezza e il potere



principio costituzionale di solidarietà e le leggi scritte e non scritte del diritto internazionale, trasformando in delitto, con la complicità di qualche Procura, l'attività di soccorso in mare dei migranti da parte delle ONG<sup>24</sup>.

Il malessere a livello globale delle democrazie costituzionali – di cui il fenomeno sempre più consistente dell'astensionismo è sintomo tra i più allarmanti<sup>25</sup> – è stato recentemente attestato dal rapporto annuale di *Freedom House*, intitolato significativamente «Democrazia sotto assedio». Nel rapporto dell'organizzazione non governativa americana che fotografa lo stato della libertà sulla Terra, si legge che nel corso del 2020 – il quindicesimo anno consecutivo di declino delle libertà democratiche – «l'equilibrio internazionale» si è spostato «a favore della tirannia». Oltre all'«influenza maligna» dei regimi illiberali come la Cina e la Russia – che cercano di dare credito all'idea secondo cui «la democrazia è in declino perché sarebbe incapace di rispondere ai bisogni della gente»<sup>26</sup> – a destare particolare preoccupazione è il diffondersi di politiche autoritarie,

di pochi privilegiati a detrimento della maggioranza dell'umanità e del pianeta. È il sistema economico che strutturalmente produce disuguaglianza, è il modo in cui le nostre economie e società attualmente funzionano».

<sup>24</sup> P. Borgna, *Saggi giudizi sul soccorso dei migranti. Fine del reato di solidarietà?*, in «Avvenire», 27 novembre 2021, plaude alla conclusione di alcune vicende giudiziarie che avevano investito persone che si erano attivate per il salvataggio in mare di migranti (il riferimento è a due provvedimenti di archiviazione disposti dal Tribunale di Agrigento nel 2019 e a un terzo provvedimento disposto nel novembre del 2021 dal gip di Bologna). Com'è noto, in Francia, sulla questione della criminalizzazione della solidarietà nei confronti dei migranti (*délit de solidarité*) si è pronunciato il Conseil constitutionnel (*Décision n. 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018*). Fondandosi sugli articoli 2, 72-3 e sul preambolo della Costituzione, il Conseil ha considerato per la prima volta la «fraternité» un principio costituzionale, dal quale discende «la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national» (§ 8). Secondo i giudici francesi, «en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, [...] le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public» (§ 13). In merito, v., di recente, A. Lendaro, *Défendre les "délinquants solidaires". Quelles sont les limites de l'engagement des avocats de la cause des étrangers?*, in «Droit et Société», 107, 2021, pp. 67-82.

<sup>25</sup> V., in proposito, quanto scriveva Gustavo Zagrebelsky già cinque anni fa, *La disaffezione verso la "politica". Una minaccia per la democrazia*, in «La Repubblica», 23 novembre 2017.

<sup>26</sup> Freedom House, *Freedom in the World 2021. Democracy under Siege*, by Sarah Repucci and Amy Slipowitz, pp. 1 e 3. Su questa accusa, v. l'intervista di Lionel Barber del «Financial Times» a Vladimir Putin raccolta il 27 giugno 2019 alla vigilia del G20 di Osaka. Secondo Putin, «the liberal idea has become obsolete. It has come into conflict with the interests of the overwhelming majority of the population».

populiste e nazionaliste in antichi paesi democratici, a cominciare dagli Stati Uniti. Come prova evidente delle precarie condizioni della democrazia americana, il rapporto ricorda il rifiuto di Trump di riconoscere la sconfitta alle elezioni presidenziali nel novembre 2020 e il suo incitamento ai rivoltosi, culminato nell'assalto al congresso il 6 gennaio 2021. Nel già citato articolo scritto sul *New York Times* in occasione dell'anniversario della profanazione di Capitol Hill, Francis Fukuyama osserva che, prima di quel «precedente infausto», eventi di tal fatta potevano verificarsi esclusivamente in «democrazie giovani e non completamente consolidate»<sup>27</sup>.

Rispetto a trent'anni fa, quando nel saggio sulla «Fine della storia» veniva celebrato il trionfo definitivo delle democrazie liberali occidentali dopo il crollo dell'Unione sovietica<sup>28</sup>, lo spirito dei difensori della democrazia è profondamente mutato, come l'ha rivelato chiaramente il «summit delle democrazie» organizzato dal presidente americano Joe Biden nel dicembre dello scorso anno. I toni trionfalistici e ottimistici di quegli anni – che, lo riconosce ora lo stesso Fukuyama, erano dovuti alla sottovalutazione di due fattori: «la difficoltà di creare non solo una democrazia, ma anche uno Stato moderno, imparziale e non corrotto» e «l'eventualità di una decadenza politica nelle democrazie avanzate»<sup>29</sup> – hanno ceduto il passo a stati d'animo più pessimistici e difensivi, dettati dalla consapevolezza della fragilità delle istituzioni liberali, di cui le democrazie occidentali stanno facendo diretta esperienza, e dalla necessità di ridimensionare i propri obiettivi prioritari: non più l'esportazione della democrazia nel mondo non democratico, anche con la forza delle armi, ma la protezione dai nemici interni e dalle interferenze e destabilizzazioni provenienti dai regimi autoritari, che tentano di accreditare l'idea della «congenita inferiorità»<sup>30</sup> della democrazia liberale rispetto alla maggiore efficienza e alla maestà dell'autocrazia. Se dopo la fine della guerra fredda il modello della democrazia costituzionale si era imposto come il criterio universale di giudizio dei sistemi politici, da qualche anno, in seguito alla crescita della Cina come nuova potenza a livello geopolitico e al risveglio delle ambizioni imperiali della Russia, quel modello ha perso il suo primato incontrastato.

<sup>27</sup> F. Fukuyama, *One Single Day*, cit.

<sup>28</sup> F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992 (tr. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 1992).

<sup>29</sup> F. Fukuyama, *One Single Day*, cit.

<sup>30</sup> Freedom House, *Freedom in the World 2021*, cit., p. 4.

## 2. *Un sintomo giusfilosofico del malessere dello stato costituzionale di diritto: la tesi del nichilismo giuridico*

All'inizio del nuovo millennio, quando l'attentato terroristico alle Torri gemelle pareva dare ragione alla tesi di Samuel Huntington dello «scontro di civiltà», formulata come risposta polemica al libro di Fukuyama sulla fine della storia<sup>31</sup>, la crisi del paradigma dello stato costituzionale di diritto trova nel nichilismo giuridico di Natalino Irti la sua formulazione teorica più radicale. Il nichilismo giuridico rappresenta, infatti, la radicale negazione della tradizione europea del costituzionalismo, tradizione che ha percorso, seppur come un fiume carsico, tutta la modernità giuridica<sup>32</sup>. Il costituzionalismo, con la sua vocazione a porre limiti al potere, è l'antitesi del nichilismo, il quale, nelle pagine di Irti, significa totale riduzione del diritto a potere, *rectius*, a «volontà di potenza», secondo la formula nietzschiana spesso richiamata dal giurista abruzzese.

All'origine del nichilismo vi sarebbe la perdita di ogni fondamento esterno al diritto, perdita che coincide con la fine della tradizione giusnaturalistica, colpita prima – nella versione antica e medievale del “diritto” naturale – dalla rivoluzione scientifica e antropologica e, poi – nella versione moderna dei “diritti” naturali – dal positivismo, dallo storicismo e dalle scienze sociali. Con l'esito positivistico della modernità giuridica, già contenuto *in nuce* nella sua fase giusnaturalistica<sup>33</sup>, il diritto positivo «è così caduto nella necessità di auto-fondarsi, di rinvenire in se stesso il principio della propria giustificazione<sup>34</sup>. Sciolto «ogni legame con la teologia [...] e cadute le garanzie di natura o di ragione, il diritto si aggrappa a *principi intra-mondani*: spirito del popolo, unità dei codici, Stato nazionale, ideologie politiche, e via seguitando. Ma essi si rivelano per ciò che sono: criteri storici ed effimeri, proiezioni della volontà che ha bisogno di appoggiarsi a qualcosa di “vero” e di stabile. E dopo, allorché

<sup>31</sup> S. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon and Schuster, 1996 (tr. it. *Lo scontro delle civiltà e la nuova costruzione dell'ordine mondiale*, Milano, Garzanti, 2000).

<sup>32</sup> V., in merito, il recente affresco di P. Grossi, *Costituzionalismi tra “moderno” e “pos-moderno”. Tre lezioni suor-orsoliane*, Napoli, Esi, 2019.

<sup>33</sup> Cfr. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), Napoli, Liguori, 2000, p. 88: «Il diritto naturale moderno [...] non è giusnaturalistico; è la trasfigurazione del diritto naturale come preparazione dell'avvento del diritto positivo quale diritto *tout court*».

<sup>34</sup> N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 7.

queste unità e totalità si disgregano e dissolvono, la volontà rimane ancora solitaria». Questa «smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà, apre le porte del diritto al "più sinistro fra tutti gli ospiti", il *nichilismo*»<sup>35</sup>.

Costretto da quest'orizzonte nichilistico, al giurista non resterebbero che due vie da percorrere.

La prima è quella del *formalismo*, che per Irti non è solo l'inevitabile approdo dell'indifferenza contenutistica del positivismo moderno, ma è anche una via di salvezza, l'ultimo «salvagente» con cui affrontare i marosi del nulla in cui il diritto sarebbe sprofondato. Alla «morte di Dio» non resta che il «culto della forma» e la pratica di una «razionalità tecnica», che assicuri il «regolare funzionamento delle procedure»<sup>36</sup> e una residuale sicurezza, oggettività e calcolabilità del diritto.

L'altra via che il nichilismo dischiude al giurista è quella della *neo-esegesi*. Il ritorno all'«antico esercizio dell'*esegesi*», che si era spento «con l'impetuoso affermarsi della scuola sistematica», non andrebbe semplicemente ricollegato alla scelta metodologica di una «scuola» o al «gusto di singoli studiosi», ma si imporrebbe come «una *necessità storica*»<sup>37</sup> dovuta al fenomeno della decodificazione e alla conseguente impossibilità di «recare, *dal di fuori e dall'esterno*, una razionalità sistematica a cui le norme già non obbediscano nel lor proprio contenuto». In tal modo, il «nichilismo normativo si fa *nichilismo scientifico*»<sup>38</sup>: il metodo, «abbandonando la pretesa di determinare e produrre il proprio oggetto, si fa tutto adeguato all'oggetto; non si sovrappone, ma si sottopone alla temporale datità delle norme. [...] Le fonti ci offrono la datità delle norme, cioè le norme come insuperabile orizzonte del nostro lavoro. [...] Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è»<sup>39</sup>.

Con la proposta della neo-esegesi – che condivide con il concettualismo il medesimo descrittivismo epistemologico (le costruzioni della dogmatica muovevano sempre da dati giuridici positivi che si assumevano conosciuti nella loro oggettività) – Irti rimane ancora

<sup>35</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 7, 23-24.

<sup>36</sup> Ivi, pp. 26-27.

<sup>37</sup> N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, p. VIII: la pagina introduttiva, da cui è tratta la citazione, è intitolata «La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)».

<sup>38</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 136.

<sup>39</sup> Ivi, pp. 15-16.

invischiato nel fraintendimento metodologico in cui è incorso il giurista moderno, fraintendimento che ha determinato la fine di ogni forma di dualismo del diritto e, quindi, l'esito nichilistico della modernità giuridica<sup>40</sup>. Quando afferma, infatti, che il nuovo metodo *imposto* dalle trasformazioni della realtà giuridica «si sottopone alla temporale datità delle norme», che costituirebbero «l'insuperabile orizzonte» della scienza giuridica, e quando sostiene che «il giurista non può *apportare* [...] quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è», Irti ripropone, in fondo, e seppur con la veste nuova del «*nichilismo scientifico*», il vecchio metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle aristoteliche scienze teoretiche.

Già nel Cinquecento, con la *nova methodus* degli umanisti, e poi con il giusrazionalismo dei due secoli successivi, il giurista moderno abbandona l'insegnamento bimillenario di Aristotele, secondo cui i saperi che hanno come oggetto l'azione dell'uomo (la politica, l'etica, il diritto) non possono darsi il metodo proprio di quelle scienze che hanno per oggetto la natura. Il sapere giuridico, in quanto sapere *pratico*, non può rispecchiare il proprio oggetto, non può farsi «tutto adeguato all'oggetto». L'oggetto delle scienze pratiche non è un *dato* di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una *pratica*, un *progetto* in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Come ha finito per riconoscere lo stesso Bobbio, che aveva a lungo aderito al descrittivismo metodologico imperante (aggiornato con il canone dell'*avalutatività*), il sapere giuridico non è un sapere descrittivo e oggettivante, il suo fine non è la verità intesa aristotelicamente come *adaequatio mentis et rei*, ma un sapere produttivo teleologicamente orientato<sup>41</sup>. Il giurista, pertanto, non può evitare di «*apportare* [...] quello che nel diritto non c'è», perché l'azione (in ciò, lo ripetiamo, consiste il diritto in quanto oggetto delle scienze pratiche) è sempre determinata dal *contesto* spazio-temporale in cui si compie (si agisce, infatti, sempre qui ed ora) e dal *fine* verso cui tende (che per l'agire giuridico è la giustizia). Le norme non possono quindi costituire «l'insuperabile orizzonte» del giurista che, al contrario, nel suo lavoro di comprensione del

<sup>40</sup> Su questa vicenda, v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 169 ss.

<sup>41</sup> Di Bobbio si veda in particolare il saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in «Rivista di filosofia», 1967, pp. 235-262.

diritto, deve necessariamente attingere alle categorie culturali di senso e di valore presenti nella società in cui vive<sup>42</sup>.

Non attribuendo al giurista il compito e la responsabilità di *costruire il proprio oggetto muovendo da precise e responsabili scelte di valore*, ma anzi, sottoponendolo completamente alla «temporale datità delle norme» e condannandolo, sempre e comunque, ad «adottare il “punto di vista” della legge, l'arbitraria e artificiale trama con cui essa avvolge uomini e cose»<sup>43</sup>, Irti si preclude la via per traghettare il diritto e la scienza giuridica fuori delle secche del nichilismo. Via che, come vedremo, è stata invece percorsa dalla cultura giuridica del secondo dopoguerra e che consiste nel recupero del metodo *costruttivo e valutativo* delle scienze pratiche, condizione necessaria per ristabilire, dopo la parentesi positivista, il dualismo del diritto.

### 3. *Il nichilismo come destino:*

#### *una lettura positivista della Costituzione*

Abbiamo visto come la modernità, nel consegnare il diritto interamente nelle mani della nuova figura antropologica che si vuole soggetto libero e autonomo, abbia posto fine al tradizionale dualismo del diritto: la volontà dell'uomo non incontra più limiti esterni, divini o naturali. Sul versante politico e giuridico, il protagonismo della volontà – la più autonoma, auto-referenziale, delle facoltà<sup>44</sup> – si traduce nella costruzione della categoria inedita della “sovranità”, intesa come potere originario e indivisibile, «che per sua natura sfugge alla dimensione costituzionale del *controllo* e del *bilanciamento* da parte di altri poteri»<sup>45</sup>.

Fino all'esperienza del Terrore, l'«armonia prestabilita»<sup>46</sup> tra sovranità, legge e diritti – diritti che il primo segmento della modernità era riuscito a non consegnare integralmente al dominio della volontà, ancorandoli alla ragione naturale – celava l'aporia della modernità: l'inconciliabilità dell'idea di un potere sovrano (che

<sup>42</sup> Per Irti, invece, «il testo normativo ha da essere insieme punto di partenza e punto d'arrivo, poiché non c'è nulla al di sopra o al di sotto di esso: tutto è dentro il suo cerchio». Più avanti aggiunge: «Il testo linguistico è da definire e intendere come il *limitare del diritto*, la soglia per la quale si accede ai significati inclusi nel tenore letterale» (N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 70, 84).

<sup>43</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico* cit., p. 136.

<sup>44</sup> P. Grossi, *LEuropa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 69.

<sup>45</sup> M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 75.

<sup>46</sup> P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, p. 30.

Rousseau e il pensiero democratico moderno attribuiscono al popolo come soggetto unitario) con quella del limite al potere, propria del costituzionalismo antico e moderno. Con il passaggio alla fase positivista della modernità – che ne accoglie pienamente l'anima volontaristica, dando origine a quello che Paolo Grossi ha definito «assolutismo giuridico»<sup>47</sup> – l'anima del costituzionalismo, che aveva generato la dottrina dei diritti naturali come limite al potere dello Stato e sua giustificazione, viene soffocata, sciogliendo l'aporia a vantaggio di uno dei due poli dialettici della modernità. E tuttavia, se il giurista moderno, venuta meno la narrazione giusnaturalistica, vive, nell'Europa continentale, in un ambiente giuridico “assolutistico”, non si rassegna, però, all'idea di un potere che non incontra limiti.

Diversamente dalla cultura giuridica moderna, che mantiene viva l'esigenza del limite al potere, trovando una prima e imperfetta risposta nella dottrina ottocentesca dello stato di diritto<sup>48</sup>, per Irti non è più concepibile, dopo la fine degli antichi dualismi, un limite *giuridico* alle volontà di potenza: «dal nichilismo normativo il giurista non può uscire»<sup>49</sup>. La «totale disponibilità nei confronti del testo normativo», in cui confluisce, senza alcuna resistenza, il contenuto della vittoriosa volontà di potenza, «l'accettazione del fortuito e dell'occasionale» sono «la sola risposta dinanzi al tramonto di antiche o false unità»<sup>50</sup>. Uomini, «stanchi di storia e di fedi, riparano nelle forme procedurali e non altro ne chiedono che il regolare e produttivo funzionamento». Formalismo e proceduralismo sono «quanto basta al giurista di oggi»<sup>51</sup>. Il nichilismo – questo è il messaggio definitivo di Irti – è «il destino del diritto nel nostro tempo»<sup>52</sup>.

Questo destino, secondo Irti, va accettato, non solo come una dolorosa necessità, ma anche come una benefica, seppur amara, medicina. L'annuncio del nichilismo, infatti, nel rivelare che dietro il diritto positivo non c'è un *altro* diritto, ma solo – per riprendere una celebre immagine di Kelsen, uno dei giuristi di riferimento di

<sup>47</sup> Di recente richiamato in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. XIII.

<sup>48</sup> Sulla teoria dello Stato di diritto, v. P. Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170.

<sup>49</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 135.

<sup>50</sup> Ivi, pp. 14, 8-9.

<sup>51</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. VI, 25.

<sup>52</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 8.

Irti – «la testa di Gorgone della forza»<sup>53</sup>, da un lato, come si è visto, spinge il giurista a valorizzare la funzione salvifica della forma, che, nel dare veste giuridica alle vittoriose volontà di potenza, le contiene, sottoponendole alla regolarità delle procedure, e, dall'altro lato, funge da «medicina nei confronti di antichi e nuovi morbi: unità, totalità, globalità, universalità ecc. ecc. Il nichilismo ci salva e protegge; smaschera falsi idoli da cui pensavamo di trarre il nostro “valore”»<sup>54</sup>.

E tuttavia, il nichilismo di Irti, se libera il giurista dal giogo unificante e totalizzante delle mitologie antiche e moderne, che impediscono alla realtà di accedere al mondo del diritto in tutta la sua ricchezza, molteplicità e differenza (di soggetti, di culture, di valori, di interessi), lo consegna a una nuova servitù, quella di dover «chinarsi»<sup>55</sup>, inerme, davanti a qualsiasi norma imposta dalle volontà di potenza in lotta per la conquista delle forme del diritto. Perché la diagnosi del nichilismo sia davvero liberatrice occorre trovare una terza via tra le mistificanti e violente totalità dei vecchi fondamenti e il supino positivismo dell'*ita lex* che conduce al «nichilismo scientifico».

Come si è già accennato, le premesse teoriche di Irti – che abbandona il metodo a-storico del concettualismo senza rinunciare, tuttavia, al descrittivismo epistemologico delle scienze teoretiche e ad una nozione troppo “forte” ed esigente del sapere giuridico – gli impediscono di intraprendere questa via, l'unica davvero feconda e salvifica. Per Irti, infatti, «la critica del nichilismo è persuasiva ed efficace soltanto se scopre l'“uscita di sicurezza”, il varco che permetta di raggiungere l'assoluto e l'immutabile»<sup>56</sup>. Se «nichilismo giuridico indica che tutti i contenuti normativi sono possibili, e nessuno necessario; e che essi provengono dal nulla e ritornano nel nulla; allora la critica *deve* opporre un contenuto fermo e immutabile, così forte da resistere a qualsiasi tentativo di nientificazione». Insomma, Irti pone, coerentemente, il suo interlocutore critico di fronte a un «duro e schietto *aul-aut*: o la radicale *immanenza* nella storia, nella finitudine, nella temporalità del divenire; o l'*uscita verso altro*, che sia divinità, o eterna natura, o stabilità ontologica delle “cose”»<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> H. Kelsen, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, «Quaderno n. 3», Berlin-Leipzig, W. de Gruyter, 1927, p. 53.

<sup>54</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 148.

<sup>55</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 16.

<sup>56</sup> Ivi, p. 42.

<sup>57</sup> Ivi, pp. 44, 52.



Irti non può scorgere l'«uscita di sicurezza» perché continua a guardare l'oggetto “diritto” con gli occhiali del giurista moderno. Questi, alla ricerca di una fondazione solida per il nuovo ordine che stava nascendo sulle ceneri del mondo medievale e non potendo più contare sulle tradizionali garanzie di Dio e della Natura (che, anzi, per varie ragioni, gli appare ora ostile: il *bellum omnium contra omnes* del moderno “stato di natura”), si rivolge al metodo veritativo, descrittivo e oggettivante delle scienze della natura, che tanti successi stavano ottenendo, illudendosi che quel metodo potesse valere anche per un oggetto, il diritto, così diverso dalla natura: l'uno assiologicamente connotato, l'altra, dopo la rivoluzione scientifica moderna, ridotta a pura materia priva di qualsiasi ordine finalistico. Per uscire dall'*impasse* e superare il nichilismo cui conduce il paradigma giuridico moderno, occorre rivalutare l'uso pratico della ragione, ricollocando il sapere giuridico nell'alveo delle aristoteliche scienze pratiche<sup>58</sup>. Come osserva Norberto Bobbio nella prefazione alla traduzione italiana del *Trattato dell'argomentazione* di Perelman e Olbrechts-Tyteca – quello stesso Bobbio che ancora l'anno precedente, il 1965, confermava la sua adesione al positivismo come *approach* avalutativo al diritto<sup>59</sup> – questa via, imboccata da giuristi come Perelman alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, «si contrappone alle due posizioni estreme del razionalismo etico, il cui ideale fu la costruzione di un'etica dimostrata da sostituire all'etica rivelata, e dell'emotivismo contemporaneo che reagisce al fallimento del razionalismo (e dello scientismo positivistic) col sottrarre i giudizi morali e in genere i giudizi di valore ad ogni forma di controllo razionale: s'inserisce quindi nell'indirizzo forse più fecondo dei recenti studi di etica, miranti a colmare l'abisso tra i due estremismi, in favore di un “razionalismo critico”, in cui trovi un posto centrale il problema della “giustificazione” delle azioni»<sup>60</sup>.

In particolar modo, gli occhiali di Irti gli impediscono di vedere nelle Costituzioni pluralistiche del secondo dopoguerra la via, l'unica via possibile, allora e oggi, per il ristabilimento del dualismo del diritto dopo la fine della tradizione giusnaturalistica e lo strap-

<sup>58</sup> In merito, v. F. Volpi, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in «Il Mulino», 6, 1986, pp. 928-949.

<sup>59</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

<sup>60</sup> N. Bobbio, *Prefazione* (1966), in Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958 (tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1989, p. XVII).

po dei totalitarismi. Per Irti, «la *costituzione è una legge*; anch'essa appartiene al diritto positivo, ed è fatta da uomini per altri uomini, e può tramontare e cadere nel nulla. La volontà umana come l'ha *istituita* così è in grado di *destituir*la»<sup>61</sup>. Soltanto «l'uscita verso un immutabile e fermo fondamento sarebbe in grado di rompere la positività del diritto»<sup>62</sup>.

La logica ferrea dell'*aut-aut* – cui lo spingono le sue premesse epistemologiche “forti” e la sua totale adesione al monismo della «costituzione dei moderni», che fa ruotare l'intero diritto intorno al perno della sovranità (incarnata dal popolo la cui volontà deve rimanere libera, pena la violazione della «logica del regime democratico»<sup>63</sup>) – non gli consente di scorgere nella Costituzione il tentativo di recuperare, in forme necessariamente diverse, la seconda dimensione del diritto, ristabilendo la tensione tra *ratio* e *voluntas*, fondamentale – come già ci ammoniva Sofocle nell'*Antigone* – per la salvezza della *polis*.

Ovvio che, in questa prospettiva, nemmeno l'istituto del «controllo di legittimità costituzionale» delle leggi consente di ripristinare «la distinzione o antitesi fra legittimità e legalità, o, se si vuole, fra diritto e legge, fra *nómos* e *lex*». Il controllo costituzionale è infatti, «a ben vedere, *controllo di validità*, giudizio circa l'osservanza di limiti e vincoli, che *una legge detta ad altra legge*»<sup>64</sup>.

Ma la svalutazione della Costituzione – ridotta a puro atto di volontà, a legge (nella sua accezione moderna), seppur collocata su un gradino superiore della piramide delle fonti – non si arresta qui, mostrando chiaramente l'estraneità di Irti alla tradizione del costituzionalismo. Ridando fiato a voci che, fino alla prima sentenza della Corte costituzionale, avevano messo in dubbio la natura autenticamente giuridica della Costituzione, Irti addebita a questa, in quanto intessuta di principi, ossia di «norme senza fatispecie, enunciatrici di scopi e programmi, descrittive non tanto dell'oggi quando di un remoto domani», la colpa di «indebolire o abbandonare il concetto di fatispecie», facendo precipitare il diritto nell'«assoluto intuizionismo e volontarismo del giudicante»<sup>65</sup>, con il conseguente naufragio di ogni prevedibilità e calcolabilità delle decisioni. La Costituzione, in

<sup>61</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

<sup>62</sup> N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., p. 44.

<sup>63</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 102.

<sup>64</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

<sup>65</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 9, 26, 67.

altre parole, non solo non si distingue, per natura, dalla legge, ma è, per giunta, una legge scritta male.

Diversamente dai sostenitori della vecchia dottrina delle norme programmatiche, che, in linea con la cultura giuridica dell'epoca, vedevano nella Costituzione un documento politico rivolto essenzialmente al legislatore, Irti non nega natura giuridica alla Costituzione («le norme costituzionali appartengono bensì al diritto positivo»<sup>66</sup>), ma continua ad osservarla da quella prospettiva culturale che riduceva il diritto a norma dotata di fattispecie (da cui eventualmente il giurista può ricavare principi generali, ma sempre rigorosamente fondati su dati normativi e ad essi sempre riconducibili) e attribuisce al legislatore un ruolo assolutamente protagonista, in quanto direttamente collegato alla fonte della sovranità e perciò dotato, come puntualizzava Carré de Malberg negli anni Trenta del secolo scorso, di «una qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici»<sup>67</sup>. Il diritto, scrive Irti, «è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà. Principi, indipendenti dai testi legislativi, e dunque né espliciti né impliciti nelle norme, sono entità misteriose, non diversi da valori trascendenti o diritti naturali»<sup>68</sup>.

Per «argina[re] o raffrena[re] [...] la vena di irrazionalità» dovuta al decidere secondo principi, Irti ripropone la vecchia ricetta diretta a disinnescare le norme “programmatiche”, ossia che «norme e principi, generali o universali, si cal[ino] in leggi ordinarie dotate di fattispecie». Solo «la mediazione delle leggi ordinarie impedisce la immediatezza del confronto tra principi (o valori) e fatto concreto». La ferrea (e semplificante) logica dell'*aut-aut* è di nuovo all'opera: «la scelta è fra un *volere creativo di calcolabile oggettività* e un *volere immerso nell'immediato soggettivismo*». Mentre, infatti, «il “pensare (e decidere) per fattispecie” è, in sua indole, sobrio oggettivo impersonale», «il “pensare (e decidere) per valori” è [...] altezzoso soggettivo concreto»<sup>69</sup>.

La logica di Irti è semplificante – e per questo smentita dalla concreta esperienza della giurisdizione che ci mostra una realtà molto più complessa e sfumata – perché, da un lato, il giudice non

<sup>66</sup> Ivi, p. 26.

<sup>67</sup> R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 (tr. *La legge espressione della volontà generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155).

<sup>68</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 66-67.

<sup>69</sup> Ivi, pp. 71, 13-14.

è «solo dinanzi» ai principi e «alle *situazioni di vita*»<sup>70</sup>, ma è parte di una comunità interpretativa, con cui deve necessariamente confrontarsi e che lo controlla, ed è avvolto da una fitta rete di materiali di diversa origine e natura (regole provenienti da svariate fonti – nazionali, sovranazionali, internazionali e transnazionali – precedenti giudiziari, categorie e opinioni dottrinali...) che lo vincolano e lo costringono a fornire convincenti *ragioni* a sostegno della decisione, che non è mai, quindi «pura e nuda»<sup>71</sup>; dall'altro lato, la logica di Irti è semplificante perché neppure il decidere per fattispecie, che ci viene presentato secondo il modello – sempre più screditato – della sussunzione, è «oggettivo» e «impersonale»: linee teoriche diverse – e, tra queste, con particolare efficacia, quella ermeneutica – hanno da tempo mostrato come l'applicazione del diritto – quale che sia la sua veste lessicale – alla particolare situazione della vita non è un'attività meramente riprodottriva di un significato preesistente, ma un'attività produttiva orientata dal fatto, influenzata dalle categorie di senso e di valore della comunità cui appartiene e si rivolge il giudice e guidata dalla precomprensione dell'interprete<sup>72</sup>.

L'ingresso dei principi nella vita quotidiana del diritto e il conseguente mutamento del ruolo del giudice non possono che essere giudicati negativamente da Irti. Egli, infatti, osserva l'attuale mondo del diritto con lo sguardo di ieri, di quando il giurista viveva ancora nello stato legislativo di diritto e il giudice guardava alla Costituzione non direttamente, «ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza»<sup>73</sup>: «il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione»<sup>74</sup>, scriveva Carré de Malberg, dando voce alla *communis opinio* dei giuristi del suo tempo che, secondo Maurizio Fioravanti, sarà ancora, in larghissima misura, «il pensiero dominante tra i Costituenti nel progettare il profilo e le modalità di accesso e di funzionamento del controllo di costituzionalità»<sup>75</sup>. Con

<sup>70</sup> Ivi, p. 70.

<sup>71</sup> In prospettiva analoga, v. G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in «Rivista di diritto civile», 2018, pp. 773-774.

<sup>72</sup> Per la prospettiva ermeneutica, v. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

<sup>73</sup> M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2016, p. 13.

<sup>74</sup> R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, cit., p. 183.

<sup>75</sup> M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 13. «Siamo convinti – osserva più avanti Fioravanti – che presso i Costituenti prevalesse la concezione tradizionale della Costituzione come *loi politique*. [...] Pur nella piena conoscenza del sistema statuni-

quello sguardo antico, Irti non può cogliere il significato autentico della «trasformazione costituzionale» in atto, avviata dalle prime pronunce della Corte costituzionale e dalla nuova figura di giudice che si definisce negli anni Sessanta del secolo scorso, nel serrato e quotidiano dialogo con il giudice delle leggi. Questa trasformazione, che ha posto «la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla Costituzione»<sup>76</sup>, è il segno evidente del recupero, attraverso la Costituzione, di quella seconda dimensione del diritto che era andata perduta nel corso della modernità giuridica e che ritorna nella veste linguistica che le è propria e, cioè, in forma di principi necessariamente indeterminati come lo erano i contenuti fondamentali del vecchio diritto naturale. Tali principi – che Irti coglie solo nel loro aspetto negativo di norme senza fattispecie e che proprio per questo, invece, sono preziosi e inevitabili per un diritto che ha ristabilito, in forme nuove, l'antico dualismo e vive in un ambiente sociale pluralistico – danno un *sensu* alle forme del diritto e imprimono una *direzione* all'agire giuridico che, grazie alla struttura semantica aperta dei principi, li aggiorna alla luce dei nuovi significati che essi assumono nella società.

Solo ponendo il giudice davanti alla Costituzione e a fianco del legislatore nell'attuazione del progetto costituzionale e avviando, così, una stagione nuova caratterizzata dalla tensione fisiologica e positiva tra legislazione e giurisdizione, si potevano far valere pienamente le ragioni del costituzionalismo.

#### 4. *Un modo diverso di guardare alla Costituzione*

Quando Irti sostiene che «la *costituzione è una legge*», seppur di rango superiore; quando la presenta come il prodotto della volontà umana che, «come l'ha *istituita*, così è in grado di *destituirla*»<sup>77</sup>, essendo le sue norme sempre «trasgredibili modificabili revocabili»<sup>78</sup>, non ci dice cos'è la Costituzione, nella sua *oggettività*, ma ci fornisce una *lettura* delle Costituzioni del secondo dopoguerra che è il risultato di una determinata prospettiva teorica influenzata da precise premesse

tense, si era ancora culturalmente molto lontani dall'idea di una Costituzione come norma giuridica, dotata di forza propria, direttamente utilizzabile nella regolazione del caso» (ivi, p. 14).

<sup>76</sup> Ivi, p. 17.

<sup>77</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 94.

<sup>78</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

assiologiche. Come ammoniva Nicola Matteucci in un noto saggio del 1963 – quando il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica, della «neutralità etica», era ancora ben saldo nella comunità giuridica italiana – «dietro ad ogni scienza, [...] per quanto aspiri all'autonomia, al rigore, alla specializzazione, resta sempre, più o meno celata, una premessa etico-politica». Questa premessa, che orienta la lettura irriana delle Costituzioni del secondo dopoguerra, affonda le sue radici nel positivismo statualistico e legalistico dell'Ottocento i cui elementi essenziali sono i seguenti: «L'affermazione del primato della legge su tutte le altre fonti, la negazione di limiti giuridici al potere sovrano, la riduzione del giudice a una macchina capace di compiere perfetti sillogismi: questa è la vera legalità, la sola certezza»<sup>79</sup>.

La lettura di Irti, che vede nello Stato costituzionale una mera «prosecuzione o completamento dello Stato di diritto legislativo»<sup>80</sup>, non solo non ci rivela (non ci può rivelare) la natura della Costituzione, la sua *verità* – il sapere giuridico, come già si è avuto modo di dire, non è un sapere descrittivo e veritativo, ma costruttivo e progettuale – ma non corrisponde neppure alla realtà dell'attuale Stato costituzionale di diritto, *rectius*, alla lettura che si è alla fine imposta della Costituzione del 1947.

Si è già ricordato come, a partire dall'istituzione della Corte costituzionale e poi nel corso degli anni Sessanta, cominci a mutare la prospettiva da cui si guardava inizialmente alla Costituzione: da programma politico la cui attuazione era essenzialmente affidata al legislatore a documento integralmente e pienamente giuridico rivolto anche ai giudici che, riuniti a Gardone nel 1965, rifiutano la concezione «formalistica» dell'interpretazione, «indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese», attribuendo anche alla giurisdizione il compito di realizzare «l'indirizzo politico» della Costituzione<sup>81</sup>. È quindi un «grave errore sul piano storico»<sup>82</sup>, osserva Maurizio Fioravanti, considerare l'attuale Stato costituzionale come un mero perfezionamento dello Stato di diritto

<sup>79</sup> N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), ora in N. Matteucci, N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, a cura di T. Greco, Brescia, Morcelliana, 2021, pp. 141-142 e 136-137.

<sup>80</sup> G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 47, 2018, p. 546.

<sup>81</sup> Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 ottobre 1965, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309-310.

<sup>82</sup> M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 19.

della tradizione e non invece come «una nuova *forma politica*»<sup>83</sup>, «un vero e proprio nuovo assetto dei poteri» in cui il legislatore «non è più solo, e dunque in posizione di monopolio, di fronte alla Costituzione. Accanto a lui si pone in posizione ormai sostanzialmente equiordinata il giudice, che è ben altra figura rispetto a quanto voleva il modello della tradizione»<sup>84</sup>.

Ma il “riorientamento gestaltico” nei confronti della Costituzione repubblicana non si arresta qui. Nel decennio successivo matura un'altra svolta epocale che verrà sancita *expressis verbis* dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1146 del 1988 che *istituisce* la nuova categoria dei «principi supremi», già evocata in diverse pronunce degli anni Settanta. Questi principi, osserva la Corte, appartenendo «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana», «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (§ 2.1). Non corrisponde, dunque, alla concreta esperienza giuridica l'affermazione di Irti secondo cui le Costituzioni del secondo dopoguerra sarebbero sempre «trasgredibili modificabili revocabili»<sup>85</sup>: al contrario, nel loro nucleo essenziale, che dà *sensu e direzione* alla pratica giuridica, queste Costituzioni non sono trasgredibili da nessuna *auctoritas*, né nazionale né sovranazionale (la c.d. «dottrina dei controlimiti» è stata elaborata dalla Corte già con la sentenza n. 183 del 1973).

Con questo «performativo» – la cui «felicità»<sup>86</sup> (noi giuristi diremmo “validità”) non dipende da una qualche *Grundnorm* (che, non costretti dalla moderna ipotesi della *purezza*, non è necessario presupporre) o da una volontà di potenza che si appropria della forma costituzionale, ma dal *consenso della cultura giuridica*, fondato su evidenti *ragioni* etico-politiche – la Corte ristabilisce, nell'unico modo oggi possibile, il salvifico dualismo tra *ius* e *lex*.

Dopo la fine degli antichi dualismi, la scienza giuridica non poteva più ricorrere ad un argomento forte com'era quello del diritto naturale per ristabilire la seconda dimensione del diritto; quel tipo di argomento, cioè, che Irti esige dai critici del nichilismo giuridico

<sup>83</sup> M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 57.

<sup>84</sup> M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., pp. 8 e 10.

<sup>85</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 130.

<sup>86</sup> J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962 (tr. it. *Come fare cose con le parole*, Genova, Marietti, 1987).

e che questi non sono più in grado di dare. Dopo la rivoluzione scientifica moderna che separa il fatto dal valore e la concomitante rivoluzione antropologica che fonda la piena autonomia morale dell'individuo, libero artefice della propria sorte, la seconda dimensione del diritto non poteva più essere *concepita* come un *dato oggettivo*, come un ordine che preesiste all'uomo e che da questi deve essere semplicemente *scoperto*. Un tentativo in tal senso fu fatto nell'immediato dopoguerra con l'appello alla categoria del «diritto naturale vigente»<sup>87</sup>; tentativo che si è subito rivelato impraticabile. Anche la via della *tradizione* – mai abbandonata dall'Inghilterra, che, pur aprendosi alla modernità, aveva conservato l'antico dualismo nella forma *common law/statute law*, rappresentandosi la Costituzione con la categoria antica del diritto non scritto – non era più disponibile: dopo la positivistica riduzione del diritto a una sola dimensione, la via della tradizione – che affondava le sue radici nel paradigma giuridico medievale – era stata interrotta e poi definitivamente preclusa dalla lacerazione dei totalitarismi. Irti ha quindi buone ragioni dalla sua quando, a chi tenta di ricavare «da “esperienza”, “società” o consimili laboratori» un'entità «*ulteriore*, un sostrato fermo e profondo» cui ancorare «un “diritto” diverso o avverso alla legge» e sfuggire così «all'accidentalità del nichilismo normativo», risponde che «“esperienza” e “società” dei nostri tempi – *esse prima delle norme* – appaiono vuote di centro e di unità. Non sono un tutto, come forse seguiva nel Medioevo cristiano o in altre epoche storiche, ma scenari di rovine e di frammenti. E se un tutto vuole trovarsi, esso è nella potenza planetaria della tecno-economia; schivato il nichilismo normativo, si cadrebbe nel gelido nichilismo del mercato»<sup>88</sup>.

Come afferma Norberto Bobbio recensendo il saggio di Pietro Piovani *Giusnaturalismo ed etica moderna*, «l'individuo, una volta entrato in scena colla sua pretesa di essere lui solo il responsabile delle proprie azioni», ha «le norme non dietro di sé come un freno o un limite, ma davanti a sé come una aspirazione o un'esigenza». L'antico dualismo del diritto, infranto definitivamente dalla modernità, che libera l'uomo dalla «cattiva etica»<sup>89</sup> del giusnaturalismo – tra le varie

<sup>87</sup> R. Angeloni *et alii*, *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951.

<sup>88</sup> N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., pp. 134-135.

<sup>89</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo ed etica moderna in un libro di Pietro Piovani* (1961), ora in P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 158-159. Cattiva etica perché «legalistica», inficiata da «una inadeguata valutazione dell'uomo, delle sue capacità e possibilità, del suo destino e della sua storia».



forme che assume il diritto, nota Gustavo Zagrebelsky, quello naturale è il più intriso di «violenza» perché «mette in campo valori, principi, regole che si vorrebbero sottrarre alla libera discussione ponendoli sotto l'egida di un feticcio che chiunque disponga del potere può brandire per i suoi fini»<sup>90</sup> – può essere ricostituito soltanto attraverso l'etica moderna della libertà.

Ci sono momenti tragici della storia in cui l'uomo ritrova «dentro di sé, inaspettata, una lucida chiaroveggenza»<sup>91</sup> che gli rivela la fragilità della sua condizione, spingendolo a porre un limite alla propria libertà affinché quelle tragedie non capitino mai più. Uno di quei momenti di lucidità si è avuto con l'esperienza dei totalitarismi e della Resistenza che, insieme con il Risorgimento, costituisce il «mito fondativo»<sup>92</sup> della nostra Costituzione e la premessa etico-politica che sta dietro il performativo della Corte costituzionale. La Resistenza, ci ricorda Piero Calamandrei, è stata «riacquisto della fede nell'uomo e in quei valori razionali e morali coi quali l'uomo si è reso capace nei millenni di dominare la stolta crudeltà della belva che sta in agguato dentro di lui»<sup>93</sup>.

La Costituzione del 1947 non è «figlia di un "potere", o di un "soggetto", che esprima una "volontà", come il popolo sovrano della tradizione rousseauviana»<sup>94</sup>, ma il risultato di un momento costituente in cui forze politiche e spirituali ispirate a tradizioni culturali diverse (cattoliche, liberali, socialiste, comuniste), ma unite dalla comune lotta contro il fascismo, riuscirono a convergere intorno a un nucleo di valori condivisi. Come nota Fioravanti, «con le Costituenti del Novecento l'ordine politico nasce in modo trasparente dalla pattuizione, dalla convergenza di più volontà distinte, non in un punto in cui la volontà si produce ed esplode, ma entro un processo che quella volontà forma, progressivamente determina»<sup>95</sup>.

Diversamente dalle Costituzioni dell'Ottocento, le Costituzioni pluralistiche del Novecento sono «senza autore, e dunque protette dal pericolo che qualcuno possa considerarle come cosa propria, di cui

<sup>90</sup> G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.

<sup>91</sup> P. Calamandrei, *Desistenza* (1946), in Id., *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2011, p. 55.

<sup>92</sup> G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 83.

<sup>93</sup> P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 55.

<sup>94</sup> M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 153.

<sup>95</sup> M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 17.

poter liberamente disporre»<sup>96</sup>. E tuttavia, non potendo esse presentarsi come ricognizioni di un ordine già dato (divino, naturale, sociale...), e perciò sottratte, per loro natura propria, al potere dispositivo di qualsivoglia *auctoritas*, essendo il prodotto artificiale delle *volontà* e delle *ragioni* di uomini, seppur concepite in un momento della storia particolarmente denso com'è quello costituente, quelle Costituzioni possono davvero soddisfare l'esigenza del costituzionalismo di porre un limite al potere, ristabilendo l'antico dualismo del diritto, solo se riescono a vincere una scommessa che «sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*»<sup>97</sup>. Perché questo accada, non è sufficiente il performativo dei “principi supremi”, per quanto fondamentale, e il relativo consenso della cultura giuridica che quel performativo ha preparato e avallato. La Costituzione, nei suoi principi fondamentali, può diventare effettivamente *ius* solo se «si incarna nella storia viva di un popolo e diventa parte costitutiva della sua cultura»<sup>98</sup>.

Come per la consuetudine, così per le Costituzioni – quando *sono viste* come reincarnazioni della seconda dimensione del diritto – la validità coincide con l'*effettività* e con la *legittimità*: entrambe si fondano sul *fatto normativo* dell'*adesione spontanea*. Ecco perché la Costituzione come *ius* può ben indossare le vesti più dimesse della consuetudine: così è accaduto nel mondo medievale, che ha voluto radicarla nella natura delle cose, e così accade ancora in Inghilterra che ha saputo resistere ai venti del Continente che hanno spazzato via l'antica concezione dualistica del diritto.

##### 5. La distopia di Irti e le responsabilità del giurista

Riconoscere che la “buona salute” (questo significa “validità”) della Costituzione dipende, in fondo, dall'*adesione* convinta e diffusa al suo progetto etico-politico significa attribuirle un fondamento *fragile*. La Costituzione non può fondarsi sulla forza di una volontà (se così fosse sarebbe una *legge* costituzionale, secondo il punto di vista del nichilismo) né può trarre la sua forza dai suoi custodi istituzionali: al contrario, è solo presupponendo una Costituzione nel suo insieme legittima ed effettiva che la Corte costituzionale e gli altri

<sup>96</sup> M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 152-153.

<sup>97</sup> G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 149.

<sup>98</sup> G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., p. 82.

organi di garanzia possono esistere ed esercitare le loro funzioni in modo efficace<sup>99</sup>.

È per questa ragione che l'indebolimento, in Italia e nelle altre democrazie liberali, delle basi culturali su cui si fonda il paradigma dello stato costituzionale di diritto deve tanto allarmarci. Una democrazia costituzionale, osserva Luigi Ferrajoli, «può crollare anche senza formali colpi di Stato se i suoi principi sono di fatto violati o contestati, senza che le loro violazioni suscitino ribellione o almeno dissenso». E ricorda l'ultimo articolo della Costituzione francese dell'anno III: «Il popolo francese affida la presente costituzione alla lealtà» dei pubblici poteri e alla «vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle madri, all'affetto dei giovani cittadini, al coraggio di tutti i Francesi». È su queste due garanzie, continua Ferrajoli, «di carattere politico e sociale – la garanzia politica della “lealtà” dei pubblici poteri e la garanzia sociale della “vigilanza” dei cittadini – che riposa l'effettività delle garanzie giuridiche e con esse dello stato di diritto e della democrazia»<sup>100</sup>.

In Italia, la debolezza della cultura costituzionale ha radici profonde. Se nell'Assemblea costituente l'opzione antifascista è netta, nel paese e nelle istituzioni la rottura con il passato è stata assai più faticosa e contrastata. Per gli italiani riconoscersi nei principi della Costituzione, assumerla come casa comune, è stato un processo lento e faticoso, così come lungo e complesso è stato il processo di attuazione del suo disegno istituzionale. La stagione del “disgelo” era da poco alle spalle che già si medita di riformarla: la prima commissione ufficialmente incaricata di redigere la riforma viene varata nel 1983. Da allora il cantiere delle riforme non si è più chiuso e, anzi, a partire dagli ultimi anni del secolo scorso, il tema della riforma assume contenuti sempre più ampi e diventa uno dei punti qualificanti dei programmi dei governi, che trascinano così la Costituzione nel vivo della battaglia politica, spingendola dall'area condivisa dello *ius* a quella conflittuale della *lex*.

Se interpretata alla luce dell'attuale crisi del paradigma costituzionale, la diagnosi irtiana del nichilismo – non corrispondente, come si è visto, alla lettura che si è alla fine imposta nella nostra cultura giuridica e nella concreta pratica del diritto – può essere riscattata intendendola, al di là delle intenzioni dell'Autore, come una riflessione appartenente al genere letterario della *distopia*: con la sua

<sup>99</sup> Così G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, cit., p. 206.

<sup>100</sup> L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, cit., p. VIII.

lettura nichilistica Irti ci metterebbe in guardia, in altre parole, da un futuro possibile e inquietante – di cui già si avvertono le prime avvisaglie – in cui il mondo del diritto, nuovamente ridotto a una sola dimensione, sarebbe preda di volontà di potenza perennemente in lotta per la conquista delle forme giuridiche, un mondo in cui il giurista, di fronte a quelle forme riempite di qualsiasi contenuto, «non [avrebbe] nulla da dire»; solo potrebbe «china[re] il capo e tace[re]»<sup>101</sup>.

Per scongiurare questo scenario plumbeo, le risorse del diritto positivo non bastano e, anzi, in certi casi possono persino portare acqua al mulino dell'avversario. È il caso della proposta di Luigi Ferrajoli di riformare l'art. 138 della Costituzione per sottrarre al potere di revisione i principi supremi dell'ordinamento<sup>102</sup>. Seppur condivisibile nel fine – rendere più solido e forte il fondamento giuridico di quei principi – quella proposta, che finisce per spostare i principi supremi dalla sfera dello *ius* a quella della *lex*, rischia, paradossalmente, di ottenere l'effetto contrario. Una volta reciso il legame con la seconda dimensione del diritto che delimita il perimetro dell'indisponibile, i principi supremi precipitano nel campo della politica: questa, come ha voluto la riforma, così potrà volerne in futuro la sua abrogazione. Breve: la vera forza del performativo della Corte costituzionale non può venire dalla cassetta degli attrezzi del diritto positivo, ma solo dalla cultura costituzionale diffusa e viva tra i giuristi (di cattedra, del foro e delle istituzioni politiche e amministrative) e in seno alla società.

Di ciò, del resto, è ben consapevole lo stesso Ferrajoli il quale, una pagina dopo aver formulato quella proposta – siamo nel 2011 – riconosce che «il superamento della crisi attuale» – «dopo venti anni di deriva populista e di declino ufficiale dei valori costituzionali» – richiede, innanzitutto, «lo sviluppo, a livello politico e sociale, di una cultura costituzionale e di una concezione della democrazia come sistema fragile e complesso di separazioni e di equilibri tra poteri, di limiti e garanzie. [...] La battaglia per la democrazia [costituzionale] è oggi, come sempre, una battaglia soprattutto culturale. In un duplice senso: nel senso che il nesso tra democrazia e Costituzione è un fatto culturale, oggi smarrito nel senso comune, e nel senso, più

<sup>101</sup> N. Irti, *Il salvagente della forma*, cit., p. 54.

<sup>102</sup> L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi*, cit., p. 84.

generale, che lo sviluppo della cultura è un fattore essenziale della costruzione della democrazia»<sup>103</sup>.

Questa battaglia culturale richiede un «forte impegno di pedagogia civile»<sup>104</sup> cui i giuristi di cattedra – salvo *rarae aves* – si sono per lunghi anni sottratti. Ciò non stupisce alla luce di quanto si è detto circa la prospettiva culturale da cui si è a lungo guardato al diritto e alla Costituzione. A questo proposito, netta è la chiamata di correità di Gustavo Zagrebelsky: «Per tanti anni, abbiamo trascurato proprio questo aspetto fondativo della vita costituzionale. I costituzionalisti si sono considerati legisti positivi della Costituzione il cui luogo di lavoro erano le biblioteche prima, le istituzioni politiche e giudiziarie poi. Non hanno considerato tra i loro luoghi di lavoro anche quelli appartenenti alla cosiddetta società civile. Così è accaduto che si è formata un'idea debole e retorica della Costituzione, non sostenuta culturalmente, contro la quale hanno avuto buon gioco, incontrando scarse forze di contrasto, tutti coloro – e sono stati tanti, perfino al vertice delle istituzioni costituzionali – che hanno lavorato per demolirne la percezione di validità»<sup>105</sup>.

Al contrario, la necessità di questo impegno civile fu subito chiaramente avvertita da Piero Calamandrei. Come osserva Giovanni De Luna nell'introdurre una raccolta di brevi scritti e discorsi del giurista fiorentino, «il Calamandrei “padre della Costituzione”»<sup>106</sup> incontrerà presto, lungo il cammino «dei decenni penosi e ingloriosi della resistenza in prosa»<sup>107</sup>, «il Calamandrei impegnato nella costruzione di una nuova religione civile per gli italiani»<sup>108</sup>. All'amarezza della «desistenza» e del congelamento della Costituzione, Calamandrei reagì «con una lucida intuizione: costruire una religione civile e dare forza alla Costituzione erano due operazioni così intrecciate da sembrare la stessa cosa: entrambe presupponevano un requisito indispensabile; quello di una partecipazione politica, spontanea, diffusa, dal basso, così come c'era stata nella Resistenza»<sup>109</sup>.

Il nesso tra forza della Costituzione e impegno civile per una

<sup>103</sup> Ivi, p. 85.

<sup>104</sup> Ivi, p. 59.

<sup>105</sup> G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, cit., pp. 87-88.

<sup>106</sup> G. De Luna, *Perché oggi*, in P. Calamandrei, *Lo Stato siamo noi*, Milano, Chiarelettere, 2016, p. XVII.

<sup>107</sup> P. Calamandrei, *Desistenza*, cit., p. 58.

<sup>108</sup> G. De Luna, *Perché oggi*, cit., pp. XVII-XVIII.

<sup>109</sup> Ivi, p. XVIII.

cultura costituzionale viva e diffusa è messo bene in luce da Calamandrei il 26 gennaio del 1955, nel celebre *Discorso ai giovani sulla Costituzione*: «la Costituzione è un pezzo di carta: la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile, bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità<sup>110</sup>.

Questi compiti e queste responsabilità cui è chiamato il giurista del nuovo millennio esigono un profondo rinnovamento del modello di formazione giuridica che è ancora dominante nelle nostre Università e che era stato concepito in un ambiente culturale così diverso da quello di cui ha bisogno la Costituzione come *ius*<sup>111</sup>. Un rinnovato modello di insegnamento che, come scrive Luigi Ferrajoli nel suo contributo al presente volume, sappia trasmettere agli studenti il «fascino nuovo del diritto quale strumento indispensabile della costruzione della democrazia» costituzionale.

Con l'intitolazione di una Cattedra ad Alessandro Galante Garrone, l'allora Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale ha voluto inviare un chiaro messaggio culturale, impegnandosi, allora come oggi, a formare non un mero esperto di cose legali, un tecnico del diritto – come vorrebbero quanti premono, da più parti e con intensità crescente, per una maggiore professionalizzazione degli studi giuridici<sup>112</sup> – ma una persona, qual è stata il

<sup>110</sup> P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla Costituzione* (1955), in Id., *Lo Stato siamo noi*, cit., p. 6.

<sup>111</sup> Come già ricordato all'inizio di questo volume, la Cattedra ha organizzato il 16 maggio 2016 un incontro intitolato *Quale formazione? Per quale giurista?*, invitando i suoi primi cinque docenti (Gustavo Zagrebelsky, Francesco Palazzo, Luigi Ferrajoli, Pietro Costa e Maria Rosaria Ferrarese) a confrontarsi su un tema che è diventato cruciale per le sorti del diritto e della scienza giuridica. Per un approfondimento, ci permettiamo di rinviare a M. Vogliotti, *Per una nuova educazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2020, II, pp. 229-259.

<sup>112</sup> Sul vecchio interrogativo se l'insegnamento universitario del diritto debba avere una finalità teorico-culturale o pratica-professionalizzante, parole chiare e attualissime furono pronunciate da Uberto Scarpelli in una relazione, tutta da rileggere – presentata nel 1967 a un convegno su “Scienze sociali, riforma universitaria e società italiana” – in cui è netta la presa di posizione per «un'impostazione “culturale”, assai più accentuatamente “culturale” di quella di oggi, dell'insegnamento del diritto». Scarpelli osserva giustamente che non si addice all'università il compito di «procurare immediatamente specifiche abilità professionali»; ad essa spetta piuttosto il compito di «produrre intelletti scientificamente allenati e capaci di acquisire e modificare abilità professionali: che è poi, fra l'altro, il solo modo per procurare le abilità professionali occorrenti in diversi ruoli oggi e nel futuro, non essendo possibile coprire nell'insegnamento la gamma troppo vasta delle specifiche abilità professionali e prevedere con sicurezza le abilità professionali che le trasformazioni

“mite giacobino”, dotata di una più ampia cultura, nutrita di studi umanistici e animata da una forte tensione morale<sup>113</sup>.

L'impegno quotidiano per un insegnamento del diritto ispirato a quella figura di intellettuale che, nella sua attività di magistrato, di storico e di pubblicista, ha sempre lottato per gli ideali di giustizia e libertà, è un primo passo – che ogni giurista insegnante può compiere – per allontanare dall'orizzonte, su cui incombono nubi tanto minacciose, la distopia nichilistica.

sociali richiederanno agli studenti di ora fra un po' di anni o qualche decennio». E aggiunge, significativamente, che l'insegnamento del diritto deve «tendere a far sentire i mille legami che congiungono la cultura giuridica alla cultura generale, a dare conoscenza, e soprattutto attitudine ad acquisire conoscenza con i metodi appropriati, delle materie regolate dal diritto, a rendere consapevoli dei valori morali, politici e sociali, a fare intendere e apprezzare forme e tecniche giuridiche prodotte da tradizioni giuridiche diverse dalla nostra e a procurare così la coscienza della relatività e della mutabilità del diritto in rapporto a condizioni storiche diverse» (U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in «Rivista di diritto processuale», 1968, p. 22-24).

<sup>113</sup> Per un forte e autorevole richiamo alla necessità che il giurista - e in primis il giudice - coltivi la sua «cultura generale e, in particolare, la conoscenza dell'uomo e dei fenomeni sociali», v. il contributo di Francesco Palazzo in questo volume.