

Luis Prieto Sanchis, *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*, Esi, Napoli, 2017, pp. 80.

L'agile saggio affronta, con stile accattivante e rigoroso, uno dei temi più discussi della filosofia del diritto contemporanea: il neocostituzionalismo. Per il vero, l'Autore si accosta all'oggetto di indagine segnalando l'inopportunità di parlare del neocostituzionalismo al singolare e considerando efficace esprimersi al plurale: neocostituzionalismi. L'intero lavoro segue questa traccia ed è dedicato a mostrare perché e in quali termini questa scelta sia corretta.

Lo scritto prende avvio dal "carattere gravemente ambiguo ed estremamente vago che presenta l'uso di questo neologismo: si può intendere il neocostituzionalismo in sensi molto diversi e, poi, una volta fissato il senso, non risultano chiari i tratti o gli elementi che devono concorrere per ostentare legittimamente questo titolo" (p. 5). A partire da questa premessa, il saggio tratteggia per primi i presupposti del neocostituzionalismo, per passare successivamente all'analisi del neocostituzionalismo come filosofia politica o dottrina dello Stato giusto (cap. II); come rinascita della teoria del diritto positivo (cap. III); come questione del rapporto tra diritto e morale (cap. IV); come modello della scienza giuridica (cap. V).

I presupposti del neocostituzionalismo (o dei neocostituzionalismi) individuati sono quattro. Innanzi tutto, viene ricordato "Il riconoscimento della indiscutibile forza normativa della Costituzione. Questa non è più concepita come esercizio di retorica politica o come espressione di un catalogo di buone intenzioni, ma come una norma giuridica con la stessa vocazione regolatrice di qualunque altra; *melius*, non con la stessa, ma con una forza superiore" (p. 7). Il secondo presupposto è la "rimaterializzazione costituzionale, cioè, l'incorporazione al testo non solo di norme formali, di competenza o di procedimento destinate a regolare l'esercizio dei poteri e le relazioni tra gli stessi, ma anche e soprattutto di norme sostanziali che pretendono di tracciare limiti negativi e vincoli positivi a ciò che questi poteri sono in grado di decidere legittimamente" (p. 8). Il terzo presupposto è la garanzia giurisdizionale e l'applicazione diretta della Costituzione. La garanzia giurisdizionale "altro non è che una conseguenza del prendere sul serio la forza normativa suprema della Costituzione: se questa è una norma la sua esecutività può essere fatta valere davanti agli organi specificamente incaricati di tale compito, cioè davanti ai giudici" (p. 11). La garanzia giurisdizionale porta con sé l'applicazione diretta delle norme costituzionali, nel senso che riguardo alla Costituzione assume rilievo "l'applicazione diretta da parte dei giudici ordinari, il che significa che la Costituzione va oltre i confini del «mondo politico» e della relazione tra i poteri per invadere l'articolazione dell'ordinamento" (p. 11). Il quarto presupposto è la rigidità costituzionale, poiché "senza dubbio le diverse formule che

ostacolano la riforma del testo contribuiscono a rafforzare la propria forza di fronte ai poteri costituiti” (p. 15).

Delineati i presupposti dei vari modi di intendere il neocostituzionalismo, l'Autore avverte che i quattro modi “né sono legati tra di loro, di maniera che in via di principio è possibile aderire a qualcuno di questi senza necessità di assumere gli altri; né, d'altra parte, la loro presentazione è uno schema canonico o indiscutibile di tesi fondamentali” (p. 17). Le varie accezioni vengono, poi, delineate e discusse.

Per il neocostituzionalismo come dottrina dello Stato giusto “è buono o giusto che i poteri costituiti si organizzino e agiscano conformemente ad una norma superiore che stabilisca il metodo democratico come procedimento per la designazione dei legislatori (...) ma, soprattutto, che stabilisca una densa costellazione di valori morali e di diritti fondamentali che limitano o vincolano l'azione dei primi” (p. 19). Orbene, dopo aver asserito che questa accezione di neocostituzionalismo è la meno problematica dal punto di vista della filosofia del diritto, l'Autore si premura di precisare che pur se parliamo abitualmente di democrazia costituzionale e di costituzionalismo democratico, “è certo che tra l'ideale costituzionale e l'ideale democratico si avverte una tensione difficile da superare” (p. 19). Quest'ultimo aspetto può essere acuito o ridotto in ragione del “grado di giudizialismo” che una Costituzione sostiene o incoraggia. Per Sanchis, infatti, la sfida del neocostituzionalismo allo stato legislativo risiede proprio “nella gamma molto ampia di principi sostanziali e di diritto a disposizione della giurisdizione ordinaria, per essere utilizzati in qualsiasi tipo di processo, e non solo nel ricorso astratto di incostituzionalità” (p. 23).

Per quanto concerne la rinascita della teoria del diritto positivo, si tratta di stabilire se i concetti giuridici che fanno tradizionalmente capo al positivismo giuridico “risultino esplicativi o sufficientemente esplicativi alla luce di questa nuova realtà” (p.27). Il neocostituzionalismo sembra proporre un lessico rinnovato rispetto a quello tipicamente giuspositivista, lessico che fa perno su cinque parole chiave: costituzionalismo, conflittualismo, principi, ponderazione, argomentazione. Tale rinnovamento lessicale avrebbe una elevata capacità descrittiva riguardo agli odierni ordinamenti giuridici, proponendo il neocostituzionalismo, per usare le parole di Paolo Comanducci, come il positivismo giuridico dei nostri giorni. Scrive in proposito Luis Prieto Sanchís che “il fallimento del positivismo non sarebbe che il riflesso del cambio operato nello Stato di diritto con la transazione dalla sua fase legalistica alla fase costituzionalistica” (p. 43).

Tuttavia, la configurazione del neocostituzionalismo come una sorta di positivismo giuridico rivisitato in chiave costituzionale, trova un possibile ostacolo nella questione del

rapporto tra diritto e morale. Proprio la questione del rapporto tra diritto e morale conduce, infatti, al terzo modo di intendere il neocostituzionalismo, come una teoria del diritto per la quale la morale “ha sempre qualcosa da dire nella identificazione” del diritto (p. 50). Il necessario coinvolgimento della morale nell’identificazione del diritto dipenderebbe da almeno due fattori: l’incorporazione nella Costituzione “delle norme sostanziali e dei concetti morali (...) come contenuto necessario dei propri criteri di riconoscimento, identificazione o validità delle norme” (p. 51); l’importanza dell’argomentazione giuridica che “presuppone una risoluta apertura del ragionamento giuridico al ragionamento pratico generale” (p. 52).

La distanza tra il positivismo giuridico e il neocostituzionalismo può essere misurata anche guardando al modo di intendere il ruolo della scienza giuridica. Ciò dipende dal fatto che nell’ottica del neocostituzionalismo “la descrizione presuppone anche la giustificazione”, per cui “la figura dell’osservatore esterno e neutrale (...) finisce per essere molto poco feconda e inadeguata per dare conto del lavoro che deve assumere il giurista” (p. 62). Sul questo punto l’Autore osserva che, come per altri aspetti, il neocostituzionalismo mostra il suo volto plurale. Esiste, infatti, pure un neocostituzionalismo positivistico, che sul fronte del ruolo della scienza giuridica non marca la distanza dal positivismo giuridico e “raccomanda alla scienza del diritto (...) una chiara separazione tra *essere* e *dover essere*” (p. 65).

Compiuto questo percorso ricostruttivo e critico, Luis Prieto Sanchís sostiene, in termini conclusivi nel cap. VI, che il neocostituzionalismo è “una filosofia del diritto, allo stesso modo del giusnaturalismo e del positivismo; una filosofia del diritto così totalizzante e pluralista come posso essere state queste due ultime, o anche di più in quanto combina elementi di entrambe” (p. 73). Non so dire se questa conclusione sia del tutto o solo in parte condivisibile, so per certo che il libro merita di essere letto.

Vito Velluzzi