

La custodia costituzionale e il velo del diritto positivo

Michele Fabio Tenuta

ABSTRACT

Il contributo trae spunto dall'intervento svolto dall'autore in occasione del Convegno di studi "Il custode della costituzione", tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata in data 1 e 2 febbraio 2011. Esso indaga il sempiterno interrogativo filosofico-giuridico "Quis custodiet ipsos custodes?" o "chi sorveglia il sorvegliante?", avendo specifico riguardo alla tematica della custodia della costituzione. Affacciando fuggacemente le posizioni dommatiche di Hans Kelsen, Santi Romano, Carl Schmitt e Widar Cesarini Sforza, bipartendole in oggettivistiche e soggettivistiche, si registra come l'interrogativo chiami in causa cognizioni e valutazioni meta- o pre-giuridiche, di ardua conciliabilità con una impostazione teorico-generale o di metodologia della scienza giuridica di indole positivistico-formalistica.

1 - LA CUSTODIA COSTITUZIONALE (IN SENSO OGGETTIVO E SOGGETTIVO)

Quis custodiet ipsos custodes? è l'antichissimo interrogativo che affiora nella IV Satira di Giovenale nel primo secolo d.C. Trasposto in termini giuridici suona così: chi sorveglia l'autorità sovrana? Nella storia del diritto moderno reperiamo due svolgimenti della domanda traduentisi in due teorizzazioni (e pratticazioni) di esercizio del potere: la *teoria della separazione dei poteri*¹, da un canto, e la *teoria del bilanciamento dei poteri*², dall'altro.

La prima osserva una *dinamica di funzionamento rettilinea o verticale*: l'istituzione sovra-

1 Cfr. M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980.

2 Cfr. C.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro XI, cap. VI.

PAROLE CHIAVE

CUSTODE;
COSTITUZIONE;
NORMA FONDAMENTALE;
GORGONE;
NECESSITÀ;
SEPARAZIONE DEI POTERI;
BILANCIAMENTO DEI POTERI;
FONTI DEL DIRITTO;
HANS KELSEN;
SANTI ROMANO;
CARL SCHMITT;
WIDAR CESARINI SFORZA.

na A è sorvegliata/controllata dall'istituzione sovrana B, la quale, a sua volta, è sorvegliata/controllata dall'istituzione sovrana C. Orbene, chi sorveglia/controlla però il corpo sovrano C? La tecnica di separazione dei poteri pubblici incappa nel *recursus ad infinitum* o in quello che – in teoria dell'argomentazione – è il c.d. *argomento della madre*. Risalendo la china delle *auctoritates* controllanti/sorveglianti si addi-viene ad una autorità apicale che non soggiace a limitazioni esterne e che esercita le sue prerogative, per così dire, a briglia sciolta.

Lo schema può proporsi in questi termini grafici: Autorità C → Autorità B → Autorità A

Di contro si staglia la *teoria della del bilanciamento dei poteri*. Qui il *moto della sorveglianza* non è rettilineo o verticale, sibbene è *circolare*: l'istituzione sovrana A sorveglia/controlla ed

è, a sua volta, controllata/sorvegliata dall'istituzione sovrana B, la quale sorveglia/controlla ed è, a sua volta, controllata/sorvegliata dall'istituzione sovrana C la quale sorveglia/controlla ed è, a sua volta, sorvegliata/controllata dall'autorità A. Il circolo è conchiuso. Ciascun corpo sovrano esercita e riceve ad un tempo sorveglianza e controllo dagli altri. Lo schema a seguire esemplifica quanto detto.

Autorità A ↔ Autorità B

↙ Autorità C ↘

La dicotomia testé censita attiene alla custodia in senso soggettivo: chi o quale soggetto istituzionale esercita la custodia dell'ordinamento costituzionale? Ma tosto che ci si collochi in una visuale oggettiva e che si tolgano in esame le fonti oggettive del diritto e delle norme giuridiche, la prospettiva d'indagine muta: l'interrogativo è ora: cosa o quale fonte di diritto è preposta a detta custodia? Qui si pone l'esigenza logica e pratica della graduazione delle fonti. La stessa ammissione di una fonte entro un ordinamento effettivo importa l'adozione di un *criterio di ingresso*, dato dalle c.d. *norme sulla produzione giuridica*³. Esse ammettono entro un dato ordinamento altre norme ascrivendo loro giuridicità giusta l'identificazione di una data fonte produttiva. Ogni grado normativo (per modo d'esempio: fonte normativa costituzionale, ordinaria, regionale, fonte regolamentare, fonte consuetudinaria) può eventualmente generare un grado inferiore (sottordinato), ma certamente è stato a sua volta prodotto da un grado normativo soprastante. Ogni fonte *deve* averne una al di sopra e *può* averne una al di sotto. Può aversi un figlio ma deve necessariamente aversi una madre! E' la geniale – forse insuperata – costruzione a gradi (*Stufenbau*) di Adolf Merkl, ripresa poi – come noto – da Hans Kelsen. Nel gradualismo di Merkl ogni fonte ne ha una generatrice. Ma chi genera la fonte madre? L'interrogativo riecheggia quello di apertura: chi controlla il

controllore? Chi sorveglia il sorvegliante? Chi custodisce il custode?

Torna il *recursus ad infinitum*, l'aporetico argomento della madre! Lo *Stufenbau* è riguardabile come un edificio a più piani: ogni piano ne ha uno soprastante, ma la costruzione non può toccare il cielo. Per quanto possa stagliarsi verso l'alto e raggiungere vertiginose vette in funzione della sua complessità costruttiva e del suo pluralismo sociale, essa deve avere una altezza finita. Il suo salire deve arrestarsi. Ma un siffatto arresto non è affidato ad una norma posta, sibbene ad un *quid* di presupposto. Tale presupposizione può rifarsi ad una categoria di pensiero ovvero alla fatticità.

Nel primo senso è la *risposta formalistica kelseniana* all'angoscioso ed imperituro interrogativo della teoria giuridica. La *presupposizione ontologica*, il fondamento di tutte le norme è la *Grundnorm* in codesta ottica. Per contro, le risposte che si annodano alla fatticità, alla socialità, all'effettività sono le due precipue *dottrine giuridiche concretistiche* di Santi Romano e Carl Schmitt le quali risolvono l'interrogativo in parola riportandosi rispettivamente alla *necessità* e all' *ordine concreto*.

Non è più, dunque, un *ordine posto* ad abitare la cima dello *Stufenbau*, sibbene un' *ordine presupposto*: dal pensiero (come nella norma fondamentale kelseniana) ovvero dal crudo darsi fenomenico del fatto necessitante (come in Romano) ovvero dell'ordine concreto (come in Schmitt).

Posto che il più alto grado di norme giuridiche positive è occupato dalla costituzione e delle leggi di rango costituzionale, sopra di essa v'è la presupposizione ontologica: ideale o fattuale che sia.

La presupposizione di un principio generativo di diritto in cui sfocia il bisogno di ricerca di una cima o apice del diritto ha un vago sapore di *bluff*. L'impossibilità di una giustificazione positiva importa talora una chiusura nella tautologia, ben registrata dalla filosofia: "tutte le leggi si fondano sulla legge di osservare le leggi" (Giovanni Gentile⁴); il valore "vale per-

³ Cfr. T. Perassi, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* (1917), in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, p. 241 e *passim*.

⁴ G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 1955 (3° ediz.), p. 92.

ché è posto come valente” (Martin Heidegger⁵). Ovvero finisce per risolvere l’ordine giuridico in quello fattuale, il diritto nel fatto, come registra Kelsen: “presupporre infatti come diritto positivamente vigente un ordinamento di regola efficace non è un mero fatto, è anche un postulato, è in qualche senso dovuto, comandato. Questo postulato, però, non ha nulla a che fare con il diritto”⁶.

Il quesito di apertura, dunque, giaciuto sul piano oggettivo, delle fonti giuridiche e normative⁷, tendendo ad identificare quella *fons juris* avente attitudine a legittimare e custodire la fonte massima costituzionale, rompe gli argini della positività. Il custode in senso oggettivo - verrebbe da dire - non è una norma positiva (altra), sibbene un principio costitutivo presupposto dalla mente o risolto nella fatticità. La cima è abitata - per così dire - da un atto del pensiero ovvero dall’effettività e dalla concretezza di un fatto sociale.

Tiriamo ora le fila dell’interrogativo formulato nella doppia chiave: soggettiva (volta ai soggetti istituzionali) ed oggettiva (volta alle fonti di un ordinamento giuridico).

Volgendo alla costituzione in senso oggettivo come fonte apicale, questionare su cosa stia sopra l’apice della fonte positiva massima vale a trascendere la positività del diritto e, pertanto, a sottrarsi alla verificabilità oggettiva ed al giudizio descrittivo, di fatto connotativo del *modus procedendi* scientifico.

Il quesito sulla custodia costituzionale formulato in senso soggettivo, *id est* avendo riguardo alle istituzioni giuridiche, dunque, può trovare parziale appagamento nella circolarità della *teoria del bilanciamento o del mutuo controllo dei poteri statuali*: ciascun potere è incaricato di arginarne ed invigilarne un altro. La parzialità dell’appagamento nasce dalla diffeosità dei sistemi di reciprocità di controllo interistituzionale. Se solo si getta uno sguardo alle sei funzioni statuali italiane (legislativa,

5 M. Heidegger, *Nietzsche*, Milano 1995 (2° ediz.), p. 620.

6 H. Kelsen, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920; tr.it., *Il problema della sovranità*, Milano, 1989, pp. 142-143.

7 Cfr. M. Cossutta, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005.

amministrativa, giurisdizionale, presidenziale (esercitata dal Capo dello Stato), di indirizzo politico (cfr. art. 95 Cost. ita.), nonché di garanzia giurisdizionale della costituzione), si dischiudono all’occhio dell’analista le carenze nel sistema di contrappesi istituzionali.

Riferiamo, per modo d’esempio, di una discrasia costituzionale. La corte costituzionale, preposta alla funzione di garanzia giurisdizionale della costituzione, ha in progresso di tempo dismesso l’abito di legislatore negativo per esercitare *de facto* una legislazione positiva⁸. Ma chi sorveglia, frena ed argina il potere di tale organo costituzionale? Chi sindaca il sindacato di legittimità costituzionale? Esiste forse un potere istituzionale che possa pronunciare l’illegittimità di una dichiarazione d’incostituzionalità?

2 - INSODDISFACENZA DELLE TESI
SOGGETTIVISTICHE
(HANS KELSEN E CARL SCHMITT)
ED OGGETTIVISTICHE
(SANTI ROMANO)

Sicché appaiono anodine ed insoddisfacenti, tanto le tesi soggettivistiche, rivolte alla individuazione del soggetto istituzionale preposto alla custodia costituzionale, quanto quelle oggettivistiche, tese alla individuazione di una fonte di diritto suprema ed apicale capace di esplicitare una custodia sul documento costituzionale.

Offrono risposte di tono soggettivistico al quesito che ci occupa Hans Kelsen e Carl Schmitt. Il teorico praghese rinviene nell’organo di giustizia costituzionale la funzione custodiale, il giurista di Plettenberg nel Presidente del Reich⁹. Invero ambedue gli organi costitu-

8 Cfr. M.F. Tenuta, *Diritto incerto. Linee di tendenza del costituzionalismo contemporaneo: “spostamento di potere” ed “effetto di indeterminazione”*, in A. Ballarini (a cura di), *Diritto interessi ermeneutica. Atti del convegno di studi tenutosi presso l’Università degli Studi di Macerata il 24 e 25 febbraio 2009*, Torino (in corso di pubblicazione).

9 Figura che solo *mutatis mutandis* può avvicinarsi a quella del Capo dello Stato italiano, stanti gli speciali poteri conferiti al Presidente del Reich ex art. 48 Cost. Weimar. Così l’incipit del disposto costituzionale: “Se un Land non adempie gli obblighi impostigli dalla

zionali operano in momenti eccezionali e patologici della vita dell'ordinamento giuridico costituzionale: il Presidente della Repubblica di Weimar governando lo stato di eccezione mercé l'art. 48 della Carta costituzionale repubblicana, i Tribunali costituzionali ponendo nel nulla gli atti normativi configgenti con i precetti costituzionali. La funzione di guardia che detti organi svolgerebbero trova, nondimeno, spazi marginali, emergenziali ed isolati a momenti e frangenti sporadici: la sospensione di un ordine costituzionale ed il conflitto tra fonti ordinamentali. Donde l'insoddisfazione di codeste tesi soggettivistiche.

Sul fronte oggettivistico, cioè a dire tra coloro i quali postulano la sussistenza di una fonte suprema di diritto meta-positiva, si rinviene il teorico dell'istituzionalismo Santi Romano: "come la consuetudine, anzi a maggior ragione, la necessità è fonte autonoma del diritto, superiore alla legge. Essa può implicare la materiale e assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le leggi vigenti e, in questo senso [...] la necessità fa legge. In ogni caso 'salus rei publicae suprema lex'. Nella necessità trovano il loro fondamento, quando non lo trovano nella legge, fra gli altri casi, le misure urgenti per causa di guerra, per ragioni di carattere finanziario e tributario, per gravi perturbamenti dell'ordine pubblico, derivanti sia da movimenti sediziosi sia da cataclismi naturali, che impongono la proclamazione di quello stato di emergenza, che si suole anche designare con l'espressione 'stato di assedio civile' o 'di pericolo pubblico' o con altre simili"¹⁰. Dunque, la neces-

costituzione o da una legge del Reich, il presidente può costringervelo con l'aiuto della forza armata.

Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114 [libertà personale], 115 [inviolabilità del domicilio], 117 [inviolabilità della corrispondenza], 118 [libertà di espressione], 123 [diritto di riunione], 124 [diritto di associazione] e 153 [diritto di proprietà]. Il potere presidenziale nella Repubblica di Weimar giunge sino all'estremo della sospensione delle libertà fondamentali costituzionali sotto stato di eccezione.

10 S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947 (II ediz.), p. 92 (corsivo mio).

sità come fonte primigenia del diritto, la quale aggalla e si manifesta irruentemente in stati emergenziali della vita giuridica di un Paese, sospendendone l'ordine costituito. La necessità romaniana è – a ben vedere – la diretta antagonista del presidente-guardiano schmittiano.

3 - LA SCIENZA GIURIDICA

E IL VELO DEL DIRITTO POSITIVO

Ancora una volta, esaurito il brevilineo regesto di casi e figure del pensiero giuridico, registriamo la meta-giuridicità se non la a-giuridicità, tanto del quesito circa la custodia costituzionale quanto delle sue possibili risoluzioni.

Il punto non sfugge a Kelsen: "Di fronte all'eterno problema di ciò che è alle spalle del diritto positivo chi cerca una risposta non troverà la verità assoluta d'una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale, chi solleva quel velo senza chiudere gli occhi è abbagliato dalla testa di Gorgone del potere"¹¹.

Assumendo la scienza (giuridica) – secondo la lezione bobbiana¹² - uno statuto epistemologico valutativo, strutturato per "giudizi di fatto", atti a procurare una "presa di conoscenza della realtà", e preposti unicamente ad "informare" di una "constatazione" fattuale, l'interrogativo circa la custodia costituzionale, appalesandosi extra- o meta-giuridico, non può trovare scioglimento da parte di una scienza giuridica del diritto positivo o – che è il medesimo – di una teoria generale del diritto positivo. Esso interrogativo, difatti, non si arresta sulla soglia della positività giuridica (il diritto moderno è il diritto posto dall'uomo, ergo positivo), sibbene la valica alla ricerca di quel *quid* di retrostante, soprastante o antistante lo *ius positum* (il diritto che è¹³).

11 H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1927, III, p. 55 (traduz. mia).

12 Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 133.

13 A tal riguardo, annota efficacemente A. Ballarini, *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Torino, 2013, p. 27: "Il campo della ricerca della Filosofia del diritto è delimitato dall'oggetto proprio ad ogni scienza giuridica positiva. Essa tratta del *diritto che è*, fissando

Le risoluzioni di indole giusnaturalistica al quesito circa la custodia necessariamente infrangono la membrana del giuridico laddove risalgono la china delle fonti giuridiche sino a ricercare un addentellato extra-giuridico cui l'ordine del diritto positivo possa appuntarsi: Dio (ordine divino), la Natura (ordine naturale), la Prassi (ordine delle cose). Per contro, sul versante delle postulazioni giuspositivistiche, suona scientificamente inconoscibile se non illegittima qualsivoglia interrogazione che trascenda la stretta positività del diritto ove chiami in causa entità od ordini non giuridici, estranei, avulsi o sciolti dal diritto positivo, e come tale non investigabile *sub specie scientiae juris*. Le teorizzazioni giuspositivistiche, onde preservare la sfera od ordine giuridico da qualsivoglia altra sfera od ordine, assicurare l'intangibilità dell'ordine prescrittivo del *dover essere* da quello fattuale dell'*essere*, garantire l'integrità di quella membrana che avvolge il giuridico, ove non dichiarino l'irricevibilità del quesito intorno alla custodia siccome extra-giuridico o meta-positivo, predicano la chiusura dell'ordine del diritto in sé stesso mediante una *valvola di sicurezza*. Tale appare – a mò d'esempio – la presupposizione logico-trascendentale della *Grundnorm* kelseniana (beninteso: non dell'ultimo Kelsen della postuma *Allgemeine Theorie der Normen*). L'atto (kelseniano) del rinserrare il giuridico in sé stesso, negando ogni apertura, collegamento o attacco ad altri ordini dell'esistente, mostra tutto il suo carattere finzionistico. Nel luogo kelseniano dianzi esposto, egli non nega che il disvelamento del diritto positivo porti alla luce la testa della mostruosa creatura mitologica incarnazione del potere terreno, bensì – come annota un suo studioso italiano – è “consapevole che il problema dell'origine del diritto è, in realtà, un problema extragiuridico; tuttavia, rifiuta di affrontarlo e preferisce costruire una teoria che aggira quel problema. Per usare le sue stesse parole, ‘solleva il velo’, ma poi chiude gli occhi”¹⁴. Sicché

innanzitutto rigorosamente per la propria indagine i confini che la separano da questioni sul diritto che dovrebbe essere, o che si vorrebbe che sia”.

14 M.G. Losano, *Sistema e struttura del diritto*, vol. II, Milano, 2002, p. 100.

“Kelsen evita ‘la Gorgone del potere’ ed elabora consapevolmente una costruzione acefala”¹⁵.

E se il teorico della purezza, giunto sul tetto della costruzione a gradi, vi scorge il nudo potere umano sotto oscure sembianze, mentre il teorico dell'istituzione il tumultuoso scorrere di forze naturali ed umane, v'è chi, raggiunta la sorgente ultima del giuridico, la fonte delle fonti, non esita a cogliere un senso di vuoto. È Widar Cesarini Sforza: “il giurista non può fare a meno di un primo gancio al quale attaccare la catena dei suoi giudizi di qualificazione [...] Ma quel primo gancio [...] dov'è attaccato a sua volta? E si deve rispondere che è attaccato nel vuoto, nel vuoto giuridico [...] quando si è percorsa tutta, in senso ascendente, la catena delle qualificazioni, si arriva inevitabilmente in un punto oltre il quale non si può più procedere perché lì il diritto finisce e vi si trova il vuoto giuridico, il fatto”¹⁶.

Sia che al di sotto del velo o della membrana del diritto si giaccia la mostruosa creatura asserita da Kelsen, sia che vi si giaccia la irresistibile ed invincibile forza della necessità romaniana (sotto le spoglie di un cataclisma naturale o di una folla sediziosa), ovvero il “primo gancio” sforziano sospeso nel desolante vuoto giuridico, resta questione eminentemente epistemologica e deontologico-scientifica predicare la violabilità o l'invulnerabilità della membrana del diritto, la sollevabilità o la insollevabilità del suo velo, e, dunque, la ricevibilità o l'illegittimità scientifica del quesito circa la custodia.

Michele Fabio Tenuta, *dottore di ricerca in Teorie del Diritto e della Politica presso l'Università degli Studi di Macerata ove collabora con le cattedre di Filosofia del Diritto e Teoria Generale del diritto. Tra le sue pubblicazioni: Le sovranità ordinamentali. Lineamenti di una teoria a partire da Santi Romano e dalla scienza giuridica del novecento, Roma, 2013 e Scienza e ideologia del diritto. Itinerari di filosofia e metodologia della scienza giuridica, Roma, 2010.*

michelefabiotenuta@email.it

¹⁵ Ivi, p. 103.

¹⁶ W. Cesarini Sforza, *Il problema dell'autorità* (1940), in ID., *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, pp. 93-116.