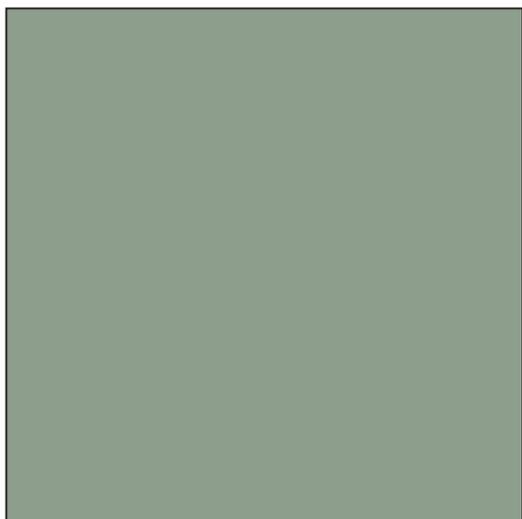


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

118



MAURIZIO FIORAVANTI

**LA COSTITUZIONE
DEMOCRATICA**

MODELLI E ITINERARI DEL DIRITTO
PUBBLICO DEL VENTESIMO SECOLO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTODICIOTTESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTODICOTTESIMO

MAURIZIO FIORAVANTI

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA

Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828808367

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2018
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

RINGRAZIAMENTO

“Questo volume non sarebbe stato possibile senza la collaborazione del personale tecnico ed amministrativo della Sede pratese dell’Università di Firenze. Ringrazio dunque in primo luogo il dott. Enrico Banchelli, direttore della struttura pratese, e tutti coloro che nella Sede lavorano per far crescere la prospettiva universitaria a Prato. Tra questi ringrazio in particolare Elena Spighi che senza mai mancare ai suoi doveri d’ufficio ha collaborato con grande dedizione agli aspetti tecnici ed amministrativi che hanno accompagnato la nascita di questo volume”.

PAROLE INTRODUTTIVE

Nel 1993 raccolsi in un volume (che gli studenti chiamano il « libro rosso », dal colore sgargiante e inconsueto della copertina, ma senza alcuna implicazione ideologica, ovviamente) una serie di saggi, dedicati ai problemi di confine e di fondo della storia costituzionale, come il rapporto tra ‘antico’ e ‘moderno’, o la comparazione tra le due rivoluzioni, francese e americana, o come i diversi modelli di ‘Stato moderno’ (M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2003). In particolare, con il progressivo affinamento di questa ultima nozione — cui avevamo dedicato gli anni più recenti della nostra ricerca, su impulso del nostro Maestro Paolo Grossi, che ci aveva affidato proprio questo compito, che poi traducemmo nella redazione della ‘voce’ Stato (storia) per l’Enciclopedia del Diritto — a noi pareva di stare al centro delle problematiche del diritto pubblico del nostro tempo, in modo tale che si realizzava anche sul terreno del diritto costituzionale quel colloquio tra giuristi studiosi del diritto positivo vigente e storici del diritto che stava al centro del programma che lo stesso Grossi aveva promosso già dall’inizio degli anni Settanta.

Guardando più da vicino la nostra materia, possiamo così renderci conto che molti dei problemi del diritto pubblico contemporaneo, lasciati irrisolti perfino nelle Costituzioni democratiche del Novecento, dipendono dal modo con cui ancora oggi si rilegge la nostra tradizione statalistica europea, se cioè si ponga ancora al primo posto la persona giuridica dello Stato, che in sé contiene il principio di sovranità, o la Costituzione, intesa in senso materiale, ovvero essa stessa espressione di un ordine reperito nella storia di un popolo o di una nazione, che è riuscito in un frangente particolare ad esprimere un complesso di principi supremi, che nel loro insieme raffigurano proprio la Costituzione.

In una fase successiva della mia ricerca (*La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, due tomi) ritenni opportuno riordinare tutta

la materia riconducibile alla dimensione della scienza, nel nostro caso alla scienza del diritto pubblico, con i suoi fondatori italiani come Orlando o Santi Romano, Mosca o Arcoleo, o Cammeo, o anche tedeschi, come Otto Mayer, perché era stato quel Paese, la Germania, com'è noto, a fornire il paradigma del giurista specialista nel diritto pubblico, che andava così a colmare una lacuna grave nella organizzazione del sapere giuridico tra Otto e Novecento, nell'età in cui fu più dominante la figura dello Stato nazionale sovrano. Questa raccolta si concludeva però in pieno Novecento, con Mortati, Kelsen e Schmitt, mentre sullo sfondo iniziava a comparire il nuovo impegno, e la nuova dimensione: la *storia del costituzionalismo in Europa*.

Il nuovo oggetto di ricerca si imponeva per molti motivi. In primo luogo, per il tanto e molteplice discorrere di 'costituzione europea', che però si affievolirà dopo il fallimento — che quanto meno tale apparve — di quella prospettiva con i referendum disposti dagli Stati nazionali, ad iniziare da quello francese, che dette un esito clamorosamente negativo; o per la rivincita che a partire dal piano sovranazionale sembrava prendersi la giurisprudenza come fonte di diritto, che costituisce comunque un capitolo rilevantissimo nella storia del costituzionalismo in Europa.

In quest'ultima fase della mia ricerca prendeva piede inoltre sempre più l'idea che l'Europa avesse vissuto, ed ancora per lo meno in parte visse, l'esperienza che abbiamo definito de « La Costituzione democratica del Novecento », ovvero di un « tipo » storico di Costituzione diverso dal « tipo » rivoluzionario della fine del diciottesimo secolo, e dalle successive Carte costituzionali dell'età liberale. Infine, il volume si conclude proponendo per il nostro tempo il termine-concetto di « trasformazione costituzionale » come chiave di lettura del nostro presente costituzionale.

Tutti i saggi che compongono il volume sono stati pensati e scritti nel nuovo secolo, nel ventunesimo. Avevamo preso le mosse dal « libro rosso », che idealmente accompagnava la venuta tra noi di mia figlia Giulia. Parimenti questo libro è dedicato a Lei, che è certo arrivata, ma per ripartire, nella continua ricerca della sua dimensione. Lei ha il coraggio concreto, quello quotidiano, di cui si ha bisogno nella vita, per cambiare.

Polo Universitario di Prato, Università degli Studi di Firenze

Natale 2018

I.

**LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO**

1.

IL DIRITTO MEDIEVALE E IL DIRITTO DEI MODERNI:
LA MAGNA CARTA NELLA STORIA
DEL COSTITUZIONALISMO (*)

1. La Magna Carta e il *Rule of Law*. — 2. La Magna Carta e il governo del territorio: il *Government by Agreement* e il governo limitato. — 3. *The New British Constitution*: la Magna Carta oggi.

1. *La Magna Carta e il Rule of Law*.

Il primo problema che deve affrontare lo storico che pone ad oggetto di una propria indagine la Magna Carta è certamente quello di operare una distinzione: tra il testo del 1215, con il significato che ad esso può e deve essere attribuito nel contesto di una società

(*) Il testo che segue nasce da una serie di occasioni di discussione suscitate dalla ricorrenza degli ottocento anni della Magna Carta. La prima a Roma presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre, con una tavola rotonda sul tema « Una cultura delle libertà: Magna Carta Libertatum 1215-2015 » (Roma, 21 maggio 2015). La seconda in occasione del decimo colloquio costituzionale italo-inglese presso l'Istituto italiano di cultura di Londra sul tema « The constitutional Heritage of Magna Carta » (Londra, 8 giugno 2015). La terza come relazione al Convegno sulla Magna Carta tenuto presso l'Università di Brescia (Brescia, 2 ottobre 2015). La quarta introducendo le « Jornadas Magna Carta » presso l'Università di Siviglia (Siviglia, 12 novembre 2015). La base del testo è stata pensata e realizzata per l'occasione londinese, ma ciascuna delle occasioni nominate ha arricchito quella base con la discussione e l'incontro di studiosi di diversi paesi e di diverse tradizioni disciplinari. Tra l'altro una delle proposte che scaturiscono dal testo — forse quella che più ha fatto discutere — è quella che attiene alla riconducibilità della Magna Carta alla categoria generale dei « contratti di dominazione » o di « signoria », che interessarono diversi territori d'Europa a partire dal secolo tredicesimo, nel tempo a cavallo tra tardo medioevo e prima età moderna. Il riferimento cade soprattutto sul « Privilegio General de Aragón » del 1283 (Estudio y Edición de Esteban Sarasa Sánchez, Cortes de Aragón, 1984) e su « La

ancora in larga misura medievale e feudale, e dall'altra parte il grande mito che attorno a quel testo è stato nel tempo costruito. Il mito è stato costruito collocando la Magna Carta sul punto d'inizio di una certa vicenda destinata a svilupparsi fino nel cuore dell'età moderna e contemporanea, contrassegnata per ciò che riguarda il costituzionalismo da principi, regole e procedure ben noti per lo meno in ambito anglo-americano: *Rule of law*, *Due Process of law*, *Habeas Corpus*, *Trial by Jury*. Principi e procedure pensati per una società integralmente moderna, costruita sul presupposto del principio di uguaglianza tra i singoli individui, sulla base di un superamento ormai definitivo della antica società dei ceti e delle corporazioni. E tuttavia proprio questa società, per quanto pensata con categorie nuove, e su base rigorosamente individuale, non manca in più occasioni di ricercare nella società d'impronta medievale, con la sua fitta rete di privilegi e di particolarità, un fondamento di lungo periodo, che risale per l'appunto al tempo della Magna Carta.

La Carta viene quindi ad essere rappresentata come il primo anello di una lunga catena che si dipana nei secoli seguenti e in particolare nel diciassettesimo. Con la crisi costituzionale di metà secolo e la ripresa di equilibrio ricodificata nel *Bill of Rights* del 1689, si assiste più che mai al ruolo strategico degli « *ancient rights and liberties* ». In questa linea, sono queste « antiche » libertà a dominare la scena, a partire proprio dalla Magna Carta, nel senso che la solidità della moderna libertà civile dei singoli individui appartenenti alla civiltà borghese, e in particolare la loro richiesta di autonomia legalmente protetta, viene fondata su base storica, con riferimento alla permanente forza della tradizione inaugurata proprio con la Magna Carta, in nome di « libertà » che in origine non erano altro che sfere protette dalla crescente forza normativa del sovrano, nella dimensione del privilegio, accordato a quei baroni, a quella Chiesa, a quella città.

C'è quindi, in questa ricostruzione, un nesso di continuità tra

Bolla d'Oro » ungherese del 1222 (disponibile anche in italiano nelle Edizioni Valdonega, Verona, 1999). In questo quadro generale europeo non si deve però trascurare le « Joyeuse Entrée » del Brabante (1356), il cui testo si trova in appendice a A. CLERICI, *Costituzionalismo, contrattualismo e diritto di resistenza nella rivolta dei Paesi Bassi (1559-1581)*, Milano, FrancoAngeli, 2004. Si trova ora in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 45 (2016), pp. 67-87.

l'affermazione e la difesa del privilegio nella antica società feudale e l'affermazione e la garanzia della moderna libertà civile, intesa come sfera riservata all'individuo, protetta da ogni arbitraria violazione. La Magna Carta allora porrebbe le basi, proprio attraverso la difesa dei privilegi, delle città, delle corporazioni, dei baroni, per il diffondersi di una cultura del limite, del primato delle regole di garanzia, più tardi deputate a proteggere i beni essenziali dell'individuo, *liberty* e *property*. I principi, le regole e le garanzie affermate dalla Magna Carta avrebbero quindi certamente una natura originaria immediatamente connessa alla dimensione del privilegio ma nello stesso tempo sarebbero funzionali ad inaugurare la catena che nel tempo condurrà attraverso successivi passaggi alle moderne garanzie dei diritti individuali. In questa ricostruzione dunque il mito della Magna Carta si forma non per caso, ma perché quel testo del 1215 rappresenta effettivamente nelle cose, sul piano oggettivo, l'avvio di un discorso sui diritti, e sulle loro garanzie, che già nelle sue origini, legate al mondo medievale dei privilegi, pretenderebbe di contenere in sé lo sviluppo successivo, l'affermazione del moderno diritto dell'individuo.

In altre parole, ciò che si dice nella Carta, ad esempio nel suo celebre capitolo trentanovesimo, è sanzione immediata di un privilegio di stampo medievale ma anche inscindibilmente e nello stesso tempo prima affermazione di quei principi di legalità e di autonomia dal potere pubblico che saranno alla base dei *Bill of Rights* in età moderna e contemporanea. Il riferimento è qui in primo luogo alla versione anglo-americana del costituzionalismo moderno, dal *Bill* della *Glorious Revolution* del 1689 fino ai testi costituzionali della rivoluzione americana, alla stessa Dichiarazione d'Indipendenza, per approdare poi, attraverso le Costituzioni dei singoli Stati, alla Costituzione Federale americana con l'accluso *Bill* del 1791. Insomma, se di « mito » si può e si deve parlare con riferimento alla Carta del 1215, bisogna subito precisare che si tratta di un mito tutt'altro che campato in aria. Nella linea interpretativa che stiamo esponendo, fortemente orientata in senso continuistico, il mito, se proprio di « mito » si deve parlare, si è formato infatti non per caso, non artificiosamente, ma per la necessità di esprimere una effettiva ed oggettiva realtà sottostante strutturata nel senso della continuità, tra antichi privilegi medievali e moderni diritti individuali.

Com'è noto, da un simile approccio alla storia del costituzionalismo è derivata anche la ben nota interpretazione, sostenuta in particolare da Charles Howard McIlwain, della rivoluzione americana come « rivoluzione costituzionale » (1). Non si starà qui a ripetere ancora una volta l'analisi delle concordanze letterali tra singoli capitoli della Magna Carta e altrettanti articoli delle Carte costituzionali, statali e federali, della rivoluzione americana. È a tutti nota la successione storica, tante volte ripercorsa, tra capitolo trentanovesimo della Carta del 1215, Atto di *Habeas Corpus* del 1679 e molteplici testi della rivoluzione americana che in più punti riaffermano il « diritto di conoscere la natura e la causa dell'accusa ». È questo uno dei molteplici fili conduttori che in questa linea è possibile individuare all'interno di una visione complessiva che considera gli Stati Uniti nella autorevole opinione di Walter Ullmann addirittura « eredi di diritto del Medioevo europeo » (2).

Ciò nel senso di un'esperienza come quella della rivoluzione americana pienamente moderna, condotta mediante l'esercizio di un autentico potere costituente ed in nome dei diritti naturali individuali, ma che alla sua base si produsse storicamente per l'avversione nei confronti della moderna onnipotenza parlamentare, alla fine del diciottesimo secolo dominante ormai anche in Inghilterra. Ad essa si volle contrapporre una legalità di ordine superiore, una *Higher Law* espressiva di principi indisponibili da parte della legge in senso politico-parlamentare, che erano considerati tali proprio perché profondamente radicati in una storia di lungo periodo, che affondava le sue radici per l'appunto nel medioevo europeo. Non per caso gli Stati Uniti sono il luogo di origine del *Judicial Review*, del controllo di costituzionalità attraverso l'esercizio della giurisdizione. Lo sono proprio per la loro appartenenza a quell'universo culturale *British* che fonda le libertà nella storia, anche contro la moderna onnipotenza parlamentare.

A ben guardare questa ricostruzione, che potremmo definire

(1) C. H. McILWAIN, *La rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale* (1923), Bologna, 1965; di cui si veda anche, più direttamente sul nostro argomento, Id., *Due Process of Law in Magna Carta*, in « Columbia Law Review », 14 (gennaio 1914), 1, p. 27 e ss.

(2) W. ULLMANN, *Individuo e società nel medioevo* (1966), Bari, 1983.

« continuista », si fonda su un presupposto piuttosto preciso: l'assenza del concetto stesso di « antico regime », inteso — sul modello della rivoluzione francese — come complesso d'istituzioni, sociali e politiche, e di regole, nel loro insieme opposte alle istituzioni ed alle regole della nuova società borghese, a base individuale, che la stessa rivoluzione intendeva far trionfare. In una parola, l'ipotesi della continuità è possibile sulla base di un vuoto, di un'assenza, in quanto cioè in questa storia del costituzionalismo manca una qualche forma di opposizione, più o meno radicale, tra « antico » e « moderno », tra la società medievale dei privilegi e la società moderna dei diritti individuali.

L'assenza di questa opposizione rinvia poi a sua volta a qualcosa'altro ancora. Ciò che l'interpretazione continuista ancora più nel profondo rifiuta è la possibilità, lungo il corso della storia, di elaborare un vero e proprio momento costituente, d'individuare cioè un potere che in questo senso possa dirsi autenticamente « costituente », capace cioè di progettare *ex novo* un intero nuovo sistema politico e sociale, contro quello « antico », in concreto in nome dei diritti individuali, contro i privilegi dei ceti e delle corporazioni. L'interpretazione continuista teme anzi decisamente l'ipotesi del potere costituente perché vi ravvisa una pericolosa concentrazione di potere, l'insorgere di un momento, o di una fase, della storia in cui la società nelle sue strutture di fondo — sia essa la società feudale dei privilegi o la società moderna dei diritti individuali — è comunque esposta ad una forza che cala dall'alto, portatrice di un disegno generale dotato di pretese di carattere uniformante e prescrittivo, che come tali tendono fatalmente ad usare violenza nei confronti delle mille particolarità di cui la società si compone.

Al rifiuto del potere costituente si affianca poi il rifiuto, parallelo e del tutto conseguente, dell'altra grande invenzione della rivoluzione francese, ovvero della *volontà generale*. Come nel caso del potere costituente anche la « volontà generale » è infatti considerata espressione di un'inammissibile e pericolosa concentrazione di potere, in questo caso direttamente nelle mani del legislatore. « La legge è l'espressione della volontà generale » recitava l'articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'89, ponendo i presupposti per una pericolosa sovradeterminazione del valore della legge, non più solo frutto di un potere costituito — quello legislativo, ovviamente — ma

anche, e forse soprattutto, espressione di un valore — quello della « generalità » — chiamato a dominare dall'alto le particolarità sociali.

Contro questo poderoso impianto ideologico, caratterizzato dal binomio potere costituente — volontà generale, l'interpretazione che abbiamo definito « continuista » tenta di far valere il peso della storia, proprio in funzione di garanzia dei diritti. In particolar modo nella linea anglo-americana, che si fa dipartire proprio dalla Magna Carta del 1215, si ritiene che i diritti siano messi al sicuro proprio perché fondati nella storia, e perciò mai messi a disposizione di un potere politico concentrato, sia esso costituente, o anche semplicemente legislativo, ma anch'esso esercitato con pretese costituenti, in nome della poderosa volontà generale. Da qui, l'individuazione nella Magna Carta del primo anello di una catena che intende rappresentare la costituzione in primo luogo in funzione di garanzia dei diritti, con particolare riferimento alla tradizione anglo-americana: dalla Magna Carta, attraverso il *Bill of Rights* del 1689, fino al costituzionalismo della rivoluzione americana, interpretata come rivoluzione « costituzionale », animata cioè dall'ideale della garanzia dei diritti, del *Rule of Law*.

2. *La Magna Carta e il governo del territorio: il Government by Agreement e il governo limitato.*

Tuttavia, sarebbe errato ritenere che la Magna Carta sia solo una *collection of rights*, ovvero un insieme ordinato di diritti, intesi come sfere di autonomia da proteggere nei confronti di una volontà che arbitrariamente intenda violarle. Sono due in realtà — e non uno solo — i principi costituzionali di base affermati nella Magna Carta: il *Rule of law* certamente, con il suo corredo di procedure di garanzia: *Habeas Corpus*, *Trial by jury*, *Due process of law*; ma anche il *Government by Agreement*, ovvero quella speciale forma politica che caratterizzava il governo dei territori in Europa — e dunque anche in Inghilterra — nei secoli del medioevo maturo, alle soglie della prima età moderna. Sotto questo secondo profilo nella Magna Carta troviamo dunque non solo una *collection* di diritti, ma anche uno *statement of law*, ovvero il disegno del governo, del modo d'essere della cosa pubblica, del *political body*.

Il governo mediante « accordo » o « contratto » ha in effetti una dimensione europea: è quella forma di governo che è possibile reperire nella Magna Carta del 1215, nella *Bolla d'oro* ungherese del 1222, ma anche nei *Privilegi generali aragonesi* del 1283, o nella *Joyeuse Entrée* di Brabante del 1356. In un articolo del 1951 lo storico svizzero Werner Näf ha individuato in questi testi l'indicazione dei lineamenti di *un determinato modo di governo del territorio*, che con le sue caratteristiche si pone alle origini della complessa vicenda storica dello Stato moderno in Europa ⁽³⁾. Una sorta di « prima fase » di quella vicenda, precedente l'assolutismo, ancora lontana dalla idea del centro da cui tutto s'irradia, cui tutto deve conformarsi. Una fase entro cui il governo del territorio si costruisce a partire da una strutturazione delle istituzioni in senso dualistico, con il Signore territoriale da una parte e le forze presenti sul territorio — siano esse baronali o feudali, o anche corporative o cittadine — dall'altra parte. Le due parti sono tra loro legate proprio dal « contratto », che Näf chiama *Herrschaftsvertrag*, ovvero contratto di dominazione, o di signoria, in tal senso rappresentabile come la norma fondamentale del territorio, che assegna al Signore stesso, e poi a ciascuna delle forze in quel territorio operanti, un ruolo determinato, fatto in senso negativo di spazi protetti e riservati, ma anche, in senso positivo, di compiti da svolgere, di doveri da adempiere. L'insieme di queste regole, di questi spazi, di questi diritti e doveri, è recepito nel « contratto », è oggetto dell'*Agreement* e rappresenta in questo senso la « costituzione » di un dato territorio, ovvero la *Law of the Land*, o altrove la *Landesverfassung* ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ W. NÄF, *Le prime forme dello "Stato moderno" nel basso Medioevo*, in *Lo Stato moderno*, I, *Dal Medioevo all'età moderna*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1971, p. 51 e ss.

⁽⁴⁾ Tutto questo deve essere collocato in un contesto più ampio, entro cui si configura il processo di modernizzazione politica e istituzionale che ha investito l'Europa a partire dalla metà del tredicesimo secolo come un processo travagliato e complesso, che non vive di una opposizione secca tra il « moderno », impersonato dal Sovrano, o dal Signore territoriale, e il « medievale », rappresentato dalle forze particolari, feudali o corporative, che si contrappongono, in nome di antichi privilegi, agli sforzi di concentrazione e razionalizzazione dei poteri pubblici sul territorio, ma piuttosto di un rapporto altalenante tra « generale » e « particolare » che spesso si solidifica in punti di equilibrio tra le forze che rappresentano l'uno e l'altro, con un ricorso ampio allo strumento del

In questa prospettiva, la valutazione della Magna Carta riesce finalmente ad emanciparsi dalla alternativa secca cui sembrava essere condannata: o mero documento dei rapporti di potere e dei privilegi esistenti all'interno di un contesto di stampo puramente medievale, o più che precoce affermazione del *Rule of Law*, dei diritti e delle garanzie che caratterizzeranno il tempo moderno. Né l'uno né l'altro: la Magna Carta è ben più di una semplice raccolta di diritti e di privilegi per loro natura appartenenti al tempo medievale, ma nello stesso tempo non può neppure essere qualificata come l'avvio di un discorso sui diritti e sulle loro garanzie di tipo sostanzialmente già moderno. A separarla dalla modernità provvede la fitta rete sociale e istituzionale che s'intravede essere sottostante alla Carta. Quella rete prevede tutt'altro che individui titolari di diritti. Ed anche i « diritti » che si leggono nella Carta sono per lo più attribuibili a corpose realtà collettive, dalla Chiesa alle città, dai corpi territoriali a base feudale alle corporazioni dei mercanti. La distanza che separa la società dei corpi e dei privilegi del 1215 dalla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali è dunque incolmabile.

Nello stesso tempo però non si deve per questo stesso motivo considerare la Magna Carta come una semplice *collection of rights* di stampo puramente medievale. Dal modo in cui quei diritti sono trattati nella Carta è possibile estrarre e mettere in evidenza un profilo più generale, a *statement of principles* concernenti l'organizzazione della cosa pubblica, l'esercizio dei poteri sul territorio. La Magna Carta non è quindi solo *collection of rights*, ma anche *statement of law*, che come tale ha a che fare con l'organizzazione dei poteri sul territorio. Essa non è quindi solo un prontuario cui ricorrere per ottenere una più forte tutela dei propri diritti, o privilegi. Essa contiene anche la delineazione di un sistema di governo, e più precisamente gli elementi essenziali per la costruzione ed affermazione di *un governo del territorio*. Non si tratta ovviamente del « governo » che avremo successivamente, a partire dal-

contratto e con l'obiettivo di una costruzione del governo del territorio per una via che sostanzialmente è quella pattizia. In questa prospettiva, sia consentito di rinviare al nostro contributo di sintesi: M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Bari-Roma, Laterza, 2001, pp. 3-36.

l'epoca degli Stati assoluti, quando diverrà ben più forte la presenza istituzionale di quel medesimo governo come dominio del centro sulla periferia, in nome della concezione nuova e moderna del principio di sovranità. Ma nello stesso tempo i soggetti che popolano il panorama sociale ed istituzionale del 1215 non sono più, a loro volta, inseriti in un quadro puramente medievale, del tutto particolaristico, e tendono a divenire parti, o componenti, di un sistema di governo del territorio dotato di una nuova ampiezza e complessità. La nostra tesi è proprio questa: che la Magna Carta sia da leggere come uno dei molteplici « contratti di dominazione », o di « signoria », che caratterizzarono l'esperienza europea a partire dal dodicesimo secolo, fornendo le basi per un governo dei territori di qualità nuova. Ma quali possono essere considerati i *principles* caratterizzanti il governo del territorio?

Il primo — già richiamato — è quello del *Government by Agreement*, derivato dalla più risalente pratica del *consilium et auxilium*, ovvero dal dovere che incombeva sui magnati e sui *meliores terrae*, di prestare aiuto e sostegno al proprio Signore territoriale. Con i contratti di dominazione l'antica pratica medievale trova un nuovo significato, che è quello dell'*Agreement*, dell'accordo tra il Signore territoriale e le forze particolari agenti sul territorio medesimo, finalizzato alla cura, e alla promozione, del « bene comune », cui tutti sono chiamati a partecipare, secondo regole per lo più di origine consuetudinaria, ma che ora vengono in modo crescente messe per scritto, come nel caso della stessa Magna Carta. I parlamenti — *Cortes*, *Parliaments*, *Landtage*, Stati generali — vengono di conseguenza, come soggetti deputati a contrattare le regole, a fissarle, a promuovere le loro variazioni attraverso il consenso, il coinvolgimento di tutte le forze presenti sul territorio. Dunque, è vero che il contratto ha due parti distinte e per certi versi portatrici d'interessi contrapposti — come il re e i baroni nel caso della Magna Carta —, ma è anche vero che il contratto esiste perché le due parti hanno reperito in esso un oggetto comune, che poi in concreto è il « bene comune » del territorio, cui esse congiuntamente prestano le loro cure.

Non si deve a questo proposito citare parti distinte della Magna Carta. È tutto il testo che può e deve essere letto in questa direzione, non solo quindi come consolidamento e cristallizzazione dei poteri

e dei diritti, del sovrano e delle forze particolari, ma anche, e per molti versi soprattutto, come piano di cooperazione per il governo del territorio, tra sovrano e forze particolari. E si deve essere anzi capaci di cogliere la duplicità insita nella operazione condotta in modo sottostante alla Carta: limitare la discrezionalità del sovrano nell'esigere in via straordinaria i tributi, o nel chiamare alle armi, da una parte ribadisce il « diritto », nel senso di un dominio riservato e protetto, nel quale neppure il sovrano può penetrare, se non sulla base di certe e determinate condizioni, ma dall'altra apre la via — ad esempio quella del *magnum consilium* — all'instaurarsi di procedure di governo entro cui si costruisce nel tempo una cultura ed una pratica nuove, che hanno al proprio centro l'aspirazione ad una regolazione ragionata del governo del territorio, fondata sulla ipotesi, e sulla realtà effettiva, della collaborazione tra Signore e forze particolari. Tale duplicità caratterizza per altro tutti i contratti di dominazione, costituendo di essi anzi il carattere più peculiare, nel senso che la fissazione di regole e procedure poste a difesa delle realtà particolari ha sempre la doppia faccia, della protezione di una comunità con la sua struttura tradizionale per un verso, ma anche per altro verso della partecipazione di quella medesima comunità ai processi decisionali che vengono posti in essere dal Signore territoriale nella cura d'interessi più vasti, alla lunga destinati a prevalere, ma non con un sacrificio immediato e unilaterale delle realtà locali.

Infine, il *Government by Agreement* restituisce la Magna Carta al suo tempo storico nella sua esatta dimensione: non più puramente medievale in quanto contrassegnata da un piano di governo del territorio di qualità nuova, fondato sulla consapevolezza della necessità di operare in funzione dei bisogni collettivi, propri del territorio medesimo; ma non ancora pienamente moderna, per l'assenza del principio di sovranità inteso come principio originario, da cui far derivare le manifestazioni d'*imperium*, che sono poi le tre in cui si racchiude da sempre la qualità speciale dei poteri pubblici di coazione: il potere di giudicare, il potere di imporre i tributi, il potere di chiamare alle armi. In modo del tutto corrispondente la società sottostante alla Magna Carta è ben lungi dal poter essere assimilata alla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali, è una società ancora dominata dalla logica medievale della pluralità dei corpi, territoriali e professionali, ma nello stesso tempo

questa pluralità è ora governata con riferimento alla realtà collettiva e comune del territorio, mediante un piano di governo che chiama tutte le forze — quella del Signore territoriale, ma anche quelle particolari dei ceti, delle città e delle corporazioni — ad un impegno di carattere solidale.

Il *secondo principio* che emerge dalla analisi dei contratti di dominazione, e dunque della stessa Magna Carta, è quello del *governo limitato*. Si ha cioè un governo che trova un limite preciso alla sua azione nella presenza, in posizione di supremazia, dei *principi fondamentali* che caratterizzano il diritto del territorio. Nello svolgersi della storia costituzionale europea i contratti in questione rappresentano infatti la prima occasione di definizione dei principi fondamentali su cui si basa la vita di una determinata comunità politica, e che questa medesima comunità ritiene inviolabili. L'itinerario da compiere è allora chiaro, a partire dai semplici *rights*, di volta in volta radicati nella concreta determinatezza del privilegio medievale, per approdare alla fine alla individuazione di un diritto del territorio — *the Law of the Land* — che a sua volta si caratterizza per la presenza di principi ritenuti fondamentali per la vita stessa della comunità politica. È questo un carattere comune a tutti i contratti di dominazione. Consiste nella tendenza a strutturare, entro il contratto, un nucleo che si configura come la parte più essenziale del contratto medesimo, contenente i principi che determinano l'identità sul piano storico-costituzionale di quel determinato territorio.

Questi principi sono ben visibili nel testo della Magna Carta, e possono dunque essere qui di seguito enunciati: 1. il principio della *intangibilità* delle « antiche libertà e libere consuetudini » intese come patrimonio di una città, di un borgo o di un porto (13), o delle « antiche e buone consuetudini » deputate a garantire la libertà dei commerci (41); 2. il principio della *intangibilità* della sfera personale, e del corpo stesso degli individui, con il conseguente valore primario della libertà personale, non comprimibile « se non in virtù di un legittimo giudizio di suoi pari o in applicazione della legge del paese » (39); 3. il principio del « consenso generale » (12 e 14), necessario per la legittimità della imposizione di una *tassa*, in particolare se imposta con la pretesa della straordinarietà; 4. il principio di *proporzionalità*, tra l'offesa recata con la commissione di

un reato e la gravità della pena inflitta, nel senso che la seconda deve essere commisurata alla prima (20).

L'insieme di questi principi forma il « nucleo fondamentale » della costituzione del territorio: nel nostro caso, della Magna Carta. Vale cioè come indicazione di un complesso di principi, e di regole conformi, che si pongono al vertice dell'ordinamento del territorio, in una posizione di supremazia, nel senso della loro immodificabilità da parte dell'autorità politica, dei sovrani, dei parlamenti, dei governi. È da questo punto di vista che un testo come la Magna Carta s'inserisce a pieno diritto nella storia del costituzionalismo europeo: per essere uno dei primi tentativi d'individuazione della sfera dei *principi intangibili*, caratterizzanti in senso profondo l'identità di una certa comunità politica. Si deve anzi sottolineare sul piano storico questa genesi di stampo contrattuale della intangibilità. Quest'ultima non piove dal cielo, non si afferma nell'ambito di una dimensione che è altra e diversa, o magari addirittura superiore, rispetto alla realtà sociale e istituzionale. L'intangibilità nasce invece dalle cose, è semplicemente la qualità che alcuni principi devono possedere al fine di rappresentare il nocciolo duro del contratto, che rende l'accordo sottostante stabile, non occasionale. *Government by Agreement e governo limitato*, perché vincolato al rispetto dei principi fondamentali, nel senso della loro intangibilità da parte della ordinaria volontà politica, sono dunque i *due caratteri basilari* del sistema di governo del territorio che è presente nel testo della Magna Carta.

Infine, nella tessitura complessiva della Magna Carta questi due caratteri del governo, ovvero il suo esplicarsi mediante *Agreement* e il suo arrestarsi di fronte al limite dei principi fondamentali, avrebbero dovuto essere garantiti, sorretti cioè da un meccanismo di garanzia che provvedeva a sanzionare i comportamenti, le azioni e le regole compiute ed emanate in difformità, ovvero in contrasto con i caratteri primari del governo disegnati dalla costituzione, nel nostro caso dalla Magna Carta. È questo il senso della clausola 61, una delle più note della Magna Carta. La clausola prevede l'istituzione di quello che oggi potrebbe essere definito « organo di garanzia », composto da venticinque baroni eletti tra i baroni del regno, cui viene attribuito il compito di rilevare la sussistenza di violazioni di una o più clausole della Magna Carta, e con essa l'insorgere di una

minaccia concreta alla pace, alla sicurezza, ed alle libertà che la stessa Carta ha inteso stabilire. La rilevazione delle violazioni da parte dei baroni avviene di fronte al sovrano, che è così chiamato a provvedere, ovvero a restaurare la legalità infranta; ma il procedimento previsto dalla clausola 61, nella ipotesi che il sovrano rimanga inerte, giunge fino a legalizzare l'azione materiale di resistenza, con la presa in possesso di « castelli, di terre, di possedimenti », in funzione di pressione, con lo scopo di costringere il sovrano a superare lo stato di inerzia, ed avviarsi a compiere nei fatti l'azione a lui richiesta di restaurazione delle regole violate.

Non si deve ora giudicare quanto uno strumento del genere potesse concorrere in modo efficace a garantire realmente un rimedio contro le violazioni della Magna Carta. Si deve piuttosto rilevare la presenza nel testo del 1215 di una vera e propria *clausola di garanzia*. Ciò che in sé è indice della presenza di una consapevolezza: che le clausole della Magna Carta, compresi i principi fondamentali in essa contenuti, erano fin d'allora ritenute autentiche norme giuridiche, dotate di prescrittività, ovvero della pretesa di valere in modo cogente, tanto poi da ricercare procedure sanzionatorie come quella prevista dalla clausola 61 nella ipotesi di una loro violazione. Insomma, la Magna Carta rifletteva certamente la società medievale e feudale entro cui era immersa, ma per altro verso conteneva un piano di governo di qualità nuova, procedure per la costruzione dell'accordo necessario a rendere operativo quel governo, limiti alla sua azione, nella veste di principi fondamentali caratterizzanti l'identità della comunità politica, e perfino meccanismi di garanzia, diretti a sanzionare eventuali violazioni. Procedure, limiti e garanzie trovavano spesso il loro fondamento nell'universo medievale. E tuttavia si realizzavano nel quadro complesso e nuovo del *governo del territorio*, secondo logiche che altrettanto frequentemente trascendevano la dimensione tradizionale e medievale della terra.

3. The New British Constitution: *la Magna Carta oggi*.

Riprendiamo ora in mano il filo conduttore del governo del territorio. I due principi che lo caratterizzano ci sono ora noti: il metodo dello *Agreement*, del consenso delle forze e dei soggetti che operano sul territorio medesimo, necessario per la legittimità di

determinati atti d'*imperium* del sovrano, come l'imposizione dei tributi o la chiamata alle armi; e la limitatezza del governo, che opera nel quadro e nei confini dati dai principi fondamentali, propri della comunità politica, e nel nostro caso espressi nella Magna Carta. I due principi, a loro volta, convergono nel suggerire la presenza di un ordine oggettivo indisponibile da parte della autorità politica. Quest'ultima non ha una volontà sovrana, potenzialmente illimitata, da esprimere. Si tratta anzi di una volontà sottoposta a condizioni e limiti, nel quadro di un sistema complessivo che prevede un piano superiore a quello occupato dal governo e dalla autorità politica: il piano su cui si trovano i principi fondamentali caratterizzati dalla *clausola della inviolabilità*. Nella redazione della Magna Carta è trasparente l'intento di fissare questi principi, in modo che essi valgano come limiti, non solo verso il sovrano, ma anche verso il parlamento stesso, non solo verso il *King*, ma anche verso il *King in Parliament*.

Quest'ultimo principio, del *King in Parliament*, è il vero principio basilare del diritto pubblico inglese. Esso esprime la necessità di tre volontà — *King*, *Lords* e *Commons* — per l'approvazione di una norma che possa dirsi legge d'Inghilterra. Le tre volontà si bilanciano. Dovendosi incontrare, sono indotte dal sistema ad orientarsi in senso moderato. Da una parte, i parlamentari, e in particolare i *Commons*, che vogliono approvare una determinata legge, sono indotti ad atteggiamenti moderati, a causa della necessità del *Royal Assent*, del voto favorevole del monarca; ma quest'ultimo, a sua volta, eserciterà il suo potere di *Assent* in senso parimenti moderato, per il timore che gli altri rami del parlamento neghino l'approvazione alla legge di bilancio, lasciando così l'esecutivo, guidato dallo stesso monarca, privo di risorse.

Così espresso il principio del *King in Parliament* appare destinato a fondare poteri moderati, tra loro bilanciati. Tuttavia, esso possiede una seconda natura, che conviene illustrare, e che ci conduce verso approdi del tutto diversi. Sul punto, una approfondita ricerca ha mostrato come il principio di sovranità del Parlamento non sia affatto nel diritto inglese un'acquisizione da ritenere

recente ⁽⁵⁾. Si sostiene, in questa prospettiva, che quel principio abbia invece una storia secolare ben più risalente indietro nel tempo, fino ad individuarne le originarie radici medievali. E dunque, la valenza del principio del *King in Parliament* finirebbe per essere duplice: da una parte istitutiva di poteri moderati, ma dall'altra costitutiva di un potere così altamente rappresentativo dei molteplici luoghi e delle molteplici istituzioni di cui si compone il regno da essere collocato in una posizione sovrana, che nessun altro potere può sovrastare.

Dunque, l'eredità medievale è in sé duplice: eredità di poteri moderati e bilanciati da una parte, ma anche eredità imperniata sulla presenza di un Parlamento forte e autorevole dall'altra parte. Da questo secondo filone deriva il principio costituzionale della *sovranità del Parlamento*. Il principio è luogo comune incontestato nello svolgersi complessivo della costituzione britannica, ma ha la sua più pregnante definizione teorica nel primo quarto del diciannovesimo secolo nella *Introduction to the Study of the law of the Constitution* di Dicey ⁽⁶⁾. Nelle pagine di Dicey troviamo una dottrina della sovranità del legislatore non molto lontana da quella che aveva dominato il quadro teorico della rivoluzione francese. I punti decisivi in proposito sono due: in primo luogo la presupposizione, da parte del parlamento, della esistenza di un campo di normazione indefinito, totalmente libero, coincidente al limite con la società intera, che dunque può essere oggetto di normazione da parte del legislatore in tutte le sue articolazioni; e secondariamente, come diretta conseguenza del punto precedente, una concezione della legislazione come *potestà originaria*, che ha in sé le ragioni del suo esistere ed operare, un gradino sopra gli altri poteri che a differenza del legislativo parlamentare sono tutti *derivati*, esistenti cioè in quanto previsti dalla Costituzione, che rappresenta per ciascuno di essi la necessaria *norma di attribuzione*.

Dicey mostra di aver chiaro anche un altro punto decisivo, che

⁽⁵⁾ J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, University Press, 1999, di cui si veda anche ID., *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, University Press, 2010.

⁽⁶⁾ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915⁸.

è dato dalla differenza con l'esperienza statunitense. L'Inghilterra, per quanto a sua volta caratterizzata in senso specifico rispetto alle altre esperienze europee, rimane infatti pur sempre entro i confini comuni dell'Europa, che sono quelli della *sovranità in senso monistico*, che si esplica cioè attraverso un potere dominante, che nella norma è proprio il legislativo; di contro agli Stati Uniti, caratterizzati da una *sovranità in senso federalistico*, che si esplica cioè attraverso la sovranità della costituzione stessa, che riduce tutti i poteri, compreso il legislativo, alla dimensione di poteri derivati. Lo stesso Dicey collega infine con grande chiarezza e lucidità il tipo statunitense all'emersione del *Judicial Review*, ad un ruolo ampio dei giudici, che si fonda infatti, in ultima analisi, proprio sulla possibilità di trattare l'atto legislativo come un qualsiasi altro atto normativo, che opera in modo legittimo se ed in quanto opera nei confini e sugli oggetti che la costituzione ha ad esso assegnato.

Ora, tutto il percorso descritto, dalla radice medievale del *King in Parliament* fino alle dottrine del diciannovesimo secolo, si svolge entro confini che sono riconducibili al concetto, e alla concreta esperienza, della *British Constitution*. Ebbene, sembra che oggi si assista a processi di trasformazione così imponenti da mettere in discussione questa grande tradizione, per lo meno nella linea che era risultata vincente e che aveva condotto ad affermare il principio di sovranità del parlamento. In altre parole, ciò che sembra scivolare verso una condizione irreversibile di crisi è il *King in Parliament* come fondamento storico della sovranità del Parlamento, ovvero della supremazia del Parlamento su ogni altro potere, come unico potere non derivato, che a differenza di ogni altro potere esiste in sé, prima della stessa Costituzione, essendo anzi esso medesimo nella sua concreta esistenza rappresentativa della complessità istituzionale e sociale del Paese la condizione primaria che in origine rende possibile lo stabilirsi della Costituzione. Lo scivolare verso una condizione irreversibile di crisi di questa idea di sovranità del Parlamento sta in effetti trasformando la *British Constitution*, costringendo tutti a rileggere il significato della sua traiettoria sul piano storico. Si creano così le condizioni per un ennesimo ritorno alle radici prime, ma sull'altro lato del *King in Parliament*, quello dei poteri limitati, e bilanciati, sottoposti alla sovranità della Costituzione; e più ancora quello che nel caso della Magna Carta si esprime

attraverso l'enunciazione di alcuni *principi fondamentali*, assunti come *inviolabili*. La Costituzione come norma di limitazione dei poteri, e più ancora come norma entro cui sono definiti i principi fondamentali della comunità politica, dotati della clausola della inviolabilità. È questo il lato della tradizione costituzionale britannica che viene oggi riscoperto, in opposizione al principio di sovranità del parlamento e in sintonia con i problemi che oggi si pongono con l'adozione dello *Human Rights Act*, del 1998.

Due parole ancora, per mettere in rilievo come l'Atto del 1998 interferisca con la vicenda storica della *British Constitution* nei suoi esiti odierni. Com'è noto, lo *Human Rights Act* ha messo in discussione uno dei caratteri più rilevanti della costituzione britannica, consistente nella sua riluttanza a proclamare in via prioritaria i diritti in forma di principi fondamentali, sui quali basare la costruzione del corpo politico. Contro la scelta di compiere la prima mossa proclamando i diritti, come in effetti si era fatto con la rivoluzione francese, la tradizione britannica faceva valere da sempre la sua inclinazione in senso storicistico, in una linea di progresso graduale, che rifuggiva dalla prospettiva razionalistica del potere costituente. Con l'adozione dello *Human Rights Act* questa tradizione viene messa in discussione, fino ad ipotizzare che essa sia in sostanza di fatto già tramontata, a favore di una vera e propria *New British Constitution* (7). Nella più recente esperienza della costituzione britannica viene infatti alla luce, al di sopra della legge ordinaria, uno strato di diritti fondamentali che precede la legge d'Inghilterra intesa come manifestazione di volontà del *King in Parliament*, e che è affidato, per la sua realizzazione e concretizzazione nel diritto positivo, al ruolo decisivo dei giudici.

È non per caso lo stesso *Human Rights Act* a disporre che le leggi britanniche debbano essere lette, interpretate e applicate in senso conforme ai diritti garantiti dalla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Sono quindi i giudici, nell'ordinario esercizio della giurisdizione, a far vivere la nuova supremazia dei diritti fondamentali. Il loro ruolo si spinge, nella ipotesi che l'interpretazione in senso conforme non sia possibile a causa di una troppo radicale distanza

(7) V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2011.

tra le disposizioni nazionali e quelle convenzionali, fino alla emanazione di una *declaration of incompatibility* senza effetti immediati sulla validità delle norme nazionali e sul giudizio nel cui ambito è stata emessa, ma che apre tuttavia a livello del governo e del parlamento un processo di adeguamento delle medesime norme alla Convenzione Europea. Il sistema qui sommariamente descritto è palesemente fondato sul netto rifiuto di un controllo di costituzionalità teso a sanzionare le norme che si ritengano incostituzionali con l'effetto dell'annullamento, da parte dei giudici. Una soluzione di questo genere sarebbe stata in troppo evidente contrasto con la tradizione britannica della sovranità del legislatore, ora messa in discussione, anche in modo radicale, dalla affermata priorità dei diritti fondamentali previsti nella Convenzione europea, ma certo non completamente abbandonata. La lesione di quella sovranità rimane però profonda, fino a far ipotizzare il sorgere nella nostra contemporaneità di una costituzione nuova, basata su presupposti che insieme concorrono a superare definitivamente la gloriosa costituzione britannica, fondata sulla sovranità del legislatore.

Anche noi riteniamo che sia in atto, nel nostro tempo, un passaggio di portata storica notevole, in direzione di una nuova costituzione. Nuova nel senso che anche in Inghilterra, come in tutta Europa, prende campo, contro la vecchia costituzione fondata sulla sovranità del legislatore, il *modello novecentesco della costituzione*, imperniato sul primato delle norme fondamentali di principio — il principio di uguaglianza prima di tutto, ma poi anche tutte le norme che disegnano i diritti fondamentali come principi fondamentali costitutivi della forma politica — da attuare per le due vie parallele della legislazione e della giurisdizione. È questo il punto decisivo, sul quale si realizza in modo evidente il contrasto con la vecchia costituzione. Consiste nella scoperta, anche in Inghilterra, della *supremazia delle norme costituzionali di principio*, in materia di diritti fondamentali individuate attraverso la Convenzione europea, e che si realizzeranno nell'ordinamento positivo prima di tutto attraverso il lavoro d'interpretazione delle norme nazionali da parte dei giudici. Alla fine, ciò che sta alla base della nuova costituzione è proprio questo ruolo forte e decisivo dei giudici, ovvero della giurisprudenza come modo di concretizzazione dei principi costituzionali, e dunque di affermazione dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento

positivo. E parallelamente, nella stessa direzione e all'interno dello stesso processo di trasformazione costituzionale, si assiste alla sempre più evidente riduzione del ruolo del legislatore, che rimane essenziale, ma senza più possedere il monopolio nella definizione e concretizzazione dei precetti costituzionali. È qui, di fronte alla costituzione, ed a fianco della giurisdizione, che si sgretola il grande mito della sovranità del legislatore.

E la Magna Carta? Torniamo al nostro problema di fondo, per concludere. Oggi, a nostro avviso, la Magna Carta può sorprendentemente risultare un testo di notevole attualità. Infatti, trascorsa la stagione, tra Otto e primo Novecento, della sovranità del parlamento, si ripropone nei fatti il bisogno di un diverso modello di costituzione, e di governo del territorio. Con la nostra contemporaneità, che si colloca ormai oltre la stagione post-rivoluzionaria del dominio del legislatore, ritorna la convinzione che una forma politica esista non tanto perché ha un potere dominante che la impersona, quanto perché possiede dei principi fondamentali condivisi, che vengono collocati nella dimensione della *inviolabilità*, e che insieme formano il nucleo essenziale della costituzione. È quest'ultima ad essere sovrana, e non il legislatore. E non v'è dubbio che la Magna Carta, al suo tempo, sia stata proprio questo, ovvero il tentativo di costruire un sistema di governo territoriale capace di tenere insieme una pluralità di poteri, tutti dotati di prerogative riconosciute, ma anche tutti limitati, tutti inseriti in una logica di reciproco bilanciamento, e nello stesso tempo tutti compresi in un sistema che presupponeva, al suo vertice, l'esistenza di un insieme ordinato di *principi inviolabili*. In una parola, qualcosa di molto distante dal principio di sovranità che contrassegna il moderno da Hobbes a Rousseau, e insieme qualcosa che richiama alcuni caratteri del nostro tempo, che con lo strumento della costituzione tenta di ricostruire quel principio di unità politica che in modo sempre più palese non è più garantito dalla sua rappresentazione in senso potestativo, attraverso la figura del legislatore.

Possiamo ben capire che una conclusione di questo genere possa risultare a non pochi come sorprendente. Ma ciò che si può considerare « attuale » non è il testo della Carta, o tanto meno singole sue disposizioni, ma il « modello », che è quello di una Carta costituzionale a fondamento contrattuale, per molti versi meramente

riproduttiva dei diritti e dei privilegi già esistenti, ma nello stesso tempo orientata a comprendere come nessun patto possa affermarsi disciplinando in concreto l'azione delle forze che lo hanno sottoscritto se non introducendovi, collocati al centro, i principi fondamentali caratterizzanti quella determinata forma politica. È esattamente in questo punto, e per rispondere a questa esigenza, di stabilità del patto, che si afferma la dimensione della inviolabilità. Ben lontano quindi, e ben prima, della Rivoluzione, della messa in opera in senso rivoluzionario del potere costituente, in nome del diritto naturale e dei diritti naturali individuali. Insomma, i principi fondamentali, e con essi anche i diritti fondamentali inviolabili, dovranno certamente attendere la Rivoluzione per porsi al centro di un nuovo ordine delle cose, e dei discorsi. Ma nel senso che abbiamo indicato, pur in un contesto radicalmente diverso, c'erano anche prima, nascosti nelle pieghe dei contratti di dominazione, dei patti territoriali.

2.

LEGGE E COSTITUZIONE NELL'EPOCA
DEL DIRITTO PUBBLICO STATALE (*)

1. Premessa. — 2. Il modello della Rivoluzione: il primato del Legislatore. — 3. Dopo la Rivoluzione: il *Rechtsstaat*. — 4. Il modello inglese: la sovranità del Parlamento. — 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Iniziamo nel modo più piano, essenzialmente spiegando il significato del titolo che abbiamo prescelto. Per ‘diritto pubblico statale’ intendiamo quella forma, storicamente determinata, di *jus publicum*, che ha dominato in Europa in epoca post-rivoluzionaria, fino all’avvento delle Costituzioni democratiche del Novecento. Un simile approccio si fonda, a sua volta, su una precisa consapevolezza di ordine storico: che lo *jus publicum*, anche rimanendo nei confini dell’età moderna e contemporanea, ha avuto in Europa un’esistenza storica plurisecolare, nel corso della quale ha assunto varie forme, tra cui anche quella che io chiamo ‘statale’, che è risultata dominante in Europa dopo la Rivoluzione. Il fatto che questa forma sia per noi la più nota, la più vicina nel tempo, quella nel cui ambito si sono formate le scienze che noi stessi pratichiamo, a cominciare proprio da quella costituzionale, non deve indurci ad attribuire ad essa, e in particolare alle categorie che in quella esperienza si sono consoli-

(*) Il saggio, presentato in una prima versione come relazione al Convegno annuale della Società Italiana di Storia del Diritto (Parma, 15-16 dicembre 2011), è stato fin dall’inizio pensato nel ricordo di Alfonso Catania, a partire da problematiche che sapevo essere a Lui care. Il saggio trova perciò la sua sede naturale e definitiva di pubblicazione in questi Atti del Colloquio salernitano a Lui dedicato (‘Le metamorfosi del diritto’, Salerno, 19-20 aprile 2012).

date, la patente di universalità. E dunque, anche il diritto pubblico statale, come ogni altra forma e modo d'essere concreto dello *jus publicum*, è storicamente determinato, vale cioè nel proprio peculiare tempo storico. E perciò, se è vero che prima del diritto pubblico statale, e prima della Rivoluzione, c'è stato un altro *jus publicum*, può ben accadere che dalla crisi, o dalla consunzione, del diritto pubblico statale possa nascere un diverso e ulteriore 'tipo storico' di diritto pubblico. Insomma, il diritto pubblico statale ha avuto la sua origine, e proprio per questo motivo potrebbe avere la sua fine.

È questo, anche se spesso in modo non esplicito, il punto più delicato nella interpretazione delle Costituzioni democratiche odierne, che si sono affermate nel corso del Novecento, specialmente a partire dalla metà del secolo. Se cioè quelle Costituzioni siano raffigurabili sul piano storico come il compimento del diritto pubblico statale, nel senso di un suo perfezionamento, che è andato essenzialmente ad aggiungere alle garanzie legislative quelle costituzionali, al principio di legalità quello di costituzionalità, nell'ambito di un processo unilineare, per gradini progredienti, tutto svoltosi a partire dai principi della Rivoluzione; o se invece con quelle medesime Costituzioni si sia aperta di fatto una fase nuova, come l'inizio di una nuova epoca, che tende a riscrivere, rispetto all'epoca del diritto pubblico statale, i rapporti tra i poteri, e principalmente tra legislazione e giurisdizione, e la tavola dei diritti, nel rapporto tra diritti degli uomini e diritti dei cittadini, fino poi a rimettere in discussione i caratteri essenziali del principio di sovranità.

Come storici del diritto e delle costituzioni, siamo lontanissimi da ogni concezione della storia, che somigli a quella della 'guida', con riferimento ai problemi del presente. Dunque, lasciamo volutamente da parte tutti questi interrogativi concernenti le Costituzioni di oggi, e dedichiamoci al loro immediato passato, al diritto pubblico statale, che cercheremo di cogliere nel suo momento di più alta configurazione sul piano scientifico, nei primi decenni del Novecento, per lo più a ridosso, prima o dopo, della Grande Guerra. Noi siamo convinti che in quel tomo di tempo esistesse in Europa una comune cultura costituzionale, per quanto declinata in diverse realtà nazionali. La diversità dei regimi politici — per rimanere alle esperienze principali, una repubblica, la terza, in Francia, il secondo *Reich* in Germania, il regime parlamentare

nell'Inghilterra vittoriana — non impedirà di cogliere i tratti comuni, nei quali si esprimeranno i caratteri storici essenziali del diritto pubblico statale europeo. Solo dopo aver compiuto questo giro, e dopo aver individuato quei caratteri, sarà possibile accennare alla distanza tra passato e presente, tra il diritto pubblico statale e il diritto costituzionale che è andato formandosi nella seconda metà del secolo scorso.

2. *Il modello della Rivoluzione: il primato del Legislatore.*

La nostra prima esperienza costituzionale è dominata dal grande evento della Rivoluzione. Sul piano delle dottrine costituzionali, quell'evento è a sua volta dominato — ne sono perfettamente convinto, nonostante le molte opinioni contrarie, di cui comunque tengo conto — dai principi contenuti nei primi due libri de *Il contratto sociale* di Rousseau. Il primo principio è relativo alla necessaria origine contrattuale, per convenzione, della associazione politica, in un senso che rimarrà fortemente impresso nel successivo evento rivoluzionario. In questo elemento sta la differenza secondo Rousseau tra « il sottomettere una moltitudine e il governare una società », tra una mera « aggregazione » e una vera « associazione », che come tale non ha « padrone », non è fatta di soli interessi privati, e perciò vive oltre, nella sfera del « bene pubblico », entro cui si determinano le condizioni per l'esistenza di un autentico « corpo politico ». Il patto sociale, che è per Rousseau la prima convenzione, su cui si fonda tutto ciò che segue, è dunque sì un contratto tra individui, ma il suo significato più autentico trascende la base individuale, ovvero i singoli individui portatori di altrettanti diritti, per ergersi nella dimensione, ulteriore e diversa, della fondazione della « repubblica », della costituzione collettiva del « popolo ». In questo scarto, tra un mero contratto di garanzia e il patto come atto di fondazione della repubblica, si svolge il discorso di Rousseau, e nello stesso tempo si pongono le basi per la Rivoluzione. Gli individui sono pur sempre gli elementi costitutivi del popolo, ma come agenti del patto sociale si mostrano capaci di trascendere il proprio particolare, sostituendo « la giustizia all'istinto », o anche

« la voce del dovere al posto dell'impulso », o ancora « il diritto al posto dell'appetito » (1).

È questa la via per instaurare il dominio della volontà generale e più specificamente della legge come espressione della volontà generale, come reciterà di lì a poco il celebre articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'89. Non è un'operazione facile, a fronte delle mille volontà particolari presenti nella società. Rousseau se ne rende conto, e proprio per rispondere a questa esigenza invoca la figura del « Legislatore », che è inteso come « Un uomo straordinario nello Stato », come « Un ufficio » che sta alla base della « repubblica », e che « non è compreso nella sua costituzione »: « è una funzione singolare e superiore che non ha niente in comune con l'autorità umana » (2). C'è dunque la costituzione come ordinamento dei poteri costituiti, delle magistrature, del governo, ma prima della costituzione c'è il Legislatore, che ha fondato la repubblica, creando le condizioni per l'affermazione della volontà generale, con uno sforzo prodigioso, tale da collocarsi per l'appunto al di là di ogni particolarità, in ultima analisi della stessa 'autorità umana', come Rousseau afferma. Questo Legislatore è con tutta evidenza lo stesso popolo sovrano, non nell'esercizio di una delle attribuzioni che una costituzione ispirata in senso radicale ad esso conferisce — elezione dei deputati mandatari, esercizio del potere di veto sulla legislazione, revisione costituzionale, secondo lo schema pure rousseauviano che sarà fatto proprio dalla Costituzione giacobina del 1793 — ma nell'esercizio di una funzione che noi oggi chiameremmo costituente, senza la quale la società rimarrebbe prigioniera dei suoi egoismi, mera 'aggregazione', incapace di divenire 'corpo politico', 'repubblica' e quindi incapace di darsi una Costituzione.

La successione logica è dunque Legislatore — Repubblica — Costituzione: il terzo termine della catena non esisterebbe senza i primi due, il secondo non esisterebbe senza il primo. La Costitu-

(1) J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 21 e ss. Sulla 'questione costituzionale' in Rousseau, si veda ora G. SILVESTRINI, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean-Jacques Rousseau*, Torino, Claudiana, 2010.

(2) J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 57.

zione viene dopo, per ordinare la costellazione di poteri che sono stati lasciati sul campo dall'atto politico originario del Legislatore, che ha avuto la forza di trasformare una mera aggregazione in associazione, di fondare la Repubblica. Il ritorno degli interessi particolari è però sempre possibile per Rousseau. Nella sua impostazione, la Repubblica è sempre in pericolo. Per questo motivo, la forza originaria del Legislatore non deve andare dispersa, non si deve esaurire nell'atto costituente, e il popolo deve perciò essere sempre in grado di controllare l'operato dei suoi mandatari, di contrastare i possibili abusi dell'esecutivo, e infine di rivedere la propria costituzione. Si potrebbe dire: il popolo sovrano rimane Legislatore, anche dopo aver fondato la Repubblica con la sua Costituzione, dopo aver istituito i poteri, legislativo ed esecutivo.

Ora, ciò che riteniamo peculiare del modello presente nelle pagine del *Contratto sociale* è l'assoluta irriducibilità dell'atto costituente alla dimensione di mero contratto di garanzia tra gli individui. È vero che l'articolo 2 della Dichiarazione dell'89 recita: « Il fine dell'associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo »; ma quella 'associazione politica' non potrebbe neppure esistere — e quindi non potrebbe neppure svolgere funzioni di garanzia dei diritti — senza il suo Legislatore, senza cioè il *fatto politico originario, e permanente*, della trasformazione della aggregazione in associazione, ovvero senza il determinarsi delle condizioni oggettive necessarie per lo stabilirsi, e per il permanere, del dominio della volontà generale.

Questo modello attraverserà tutte le diverse fasi della Rivoluzione, e sarà poi oggetto di feroci critiche nel corso del diciannovesimo secolo, in particolare nel periodo della Restaurazione. Non è questa la sede adatta per la ricostruzione di questo percorso. Ciò che ora si vuole mostrare è che quando anche in Francia si giungerà al culmine, tra Otto e Novecento, dell'età che in premessa abbiamo chiamato del 'diritto pubblico statale', ovvero con la Terza Repubblica, ancora una volta sarà questo il modello con cui fare i conti. Ancora una volta, il carattere essenziale del modello scaturito dalla Rivoluzione sarà individuato in quel primato del Legislatore che abbiamo reperito nelle pagine di Rousseau. Il giurista che in questo senso più si confronta con quella che lui stesso chiama la 'tradizione' francese è Raymond Carré de Malberg.

Nella sua opera principale, la *Contribution à la théorie générale de l'État*, pubblicata a Parigi nel 1920, ma sostanzialmente pronta già nel 1914, si assiste proprio ad un confronto serrato con il modello rousseauviano. Nelle sezioni di questa opera dedicate alle teorie della sovranità, quel modello, e il connesso principio di sovranità del popolo, è decisamente respinto in quanto appartenente ad un'epoca 'antica', cui apparteneva — in base ad un'affinità che viene presentata come assolutamente evidente — anche il principio di sovranità del monarca: un'epoca in cui si pensava ancora alla sovranità come qualità di un *soggetto originario* — il popolo legislatore di Rousseau o il monarca, per l'appunto — cui solo successivamente andava ad aggiungersi l'ordinamento costituzionale. Di contro, Carré de Malberg fornisce un'interpretazione della Rivoluzione come atto che inaugura un 'moderno' caratterizzato proprio dalla soppressione di quel soggetto. Sovrana ora è solo la nazione, che a sua volta non è un soggetto, ma una dimensione, nel cui ambito nessun dominio, di qualsivoglia soggetto, sarà più possibile, perché tutti i poteri sono ridotti a competenze, legittimi solo in quanto previsti in costituzione. Questo il significato storico più profondo del celebre articolo 3 della Dichiarazione dell'89: « La sovranità appartiene alla nazione. Nessun corpo, nessun individuo, può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa ». Che è come dire: la Rivoluzione non ha tanto trasferito la sovranità da un soggetto ad un altro, dal monarca al popolo, essa ha piuttosto superato quella dimensione in cui la forma politica era possibile solo come espressione di un soggetto sovrano originario approdando a una soluzione opposta, in cui la sovranità assume un significato solo 'negativo' — come dice più volte lo stesso Carré de Malberg — proteso cioè a impedire ogni sovranità in senso soggettivo, che come tale può porsi in senso unilaterale, totalizzante.

Non per caso, recenti lettori di queste pagine hanno avvicinato la sovranità nazionale di Carré de Malberg alla sovranità popolare propria delle democrazie costituzionali contemporanee, che troviamo trascritta tra l'altro nel secondo comma dell'articolo primo della nostra Costituzione: « La sovranità appartiene al popolo, che la

esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione » ⁽³⁾. Insomma, Carré de Malberg come una sorta di precursore di quella supremazia della Costituzione che sembra caratterizzare le odierne democrazie costituzionali, in quanto regimi politici che hanno inteso porre precisi limiti all'esercizio di ogni potere, anche di quelli che vengono esercitati in nome del popolo sovrano. Per questa via, il nostro giurista sembra dunque proporre, per la Francia della Terza Repubblica, una sorta di 'Stato di diritto', o 'Stato costituzionale', che muove dal superamento del modello rousseauviano, da un deciso ridimensionamento del ruolo del legislativo rappresentante il popolo sovrano, per giungere magari, alla fine, alla introduzione del controllo di costituzionalità ⁽⁴⁾.

Ma è così veramente? La tradizione rousseauviana si spegne davvero tra Otto e Novecento? Non è così, in effetti. Basta attendere ancora qualche anno per comprendere quanto ancora rimanga viva l'idea del primato del Legislatore. L'occasione è data da una speciale seduta dell'Istituto internazionale di diritto pubblico, del 1928, nel corso della quale Hans Kelsen presenta il suo rapporto su 'La

⁽³⁾ Mi riferisco a R. CARRÉ DE MALBERG, *Della sovranità*, a cura di E. di Carpegna Brivio, Seregno, Herrenhaus, 2009, che contiene proprio la traduzione dei capitoli della *Contribution* più rilevanti in materia.

⁽⁴⁾ Per quanto riguarda lo 'Stato di diritto', Carré de Malberg aveva certamente presente la dottrina giuspubblicistica tedesca del secondo Reich. Il riferimento cade soprattutto su G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, II (Berlin, O. Häring, 1911), rist. Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 3 e ss. (tr. it. in S. LAGI, *Georg Jellinek storico del pensiero politico (1883-1905)*, Firenze, Firenze University Press, 2009, pp. 53 e ss., da vedere anche per l'introduzione della stessa autrice e curatrice) per la stessa linea seguita da Carré de Malberg, dello 'Stato di diritto' contrapposto alla sovranità in senso soggettivo, e dunque 'politico', del re o del popolo. Sul punto, si vedano le monografie di E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003; e di M.J. REDOR, *De l'État légal a l'État de droit. L'évolution des conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992. In senso comparativo, si veda anche CH. SCHÖNBERGER, "L'État" de la Théorie Générale de l'État. Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement Allemande, in A. Chatriot, D. Gosewinkel (hrsg. von), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich: 1870-1945*, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2006, pp. 237 e ss., per l'assenza nella dottrina francese del concetto di 'Stato' nel senso specificamente tedesco, derivante dalla esperienza della monarchia costituzionale.

garanzia giurisdizionale della Costituzione'. Carré de Malberg replica con una sua nota. È in queste pagine che si tirano le somme, dal punto di vista a noi noto, della cosiddetta 'tradizione francese', con le sue radici ben piantate nel tempo della Rivoluzione ⁽⁵⁾.

In effetti, non appena con Kelsen la supremazia della Costituzione minaccia di essere fondamento di un possibile controllo di costituzionalità, la reazione di Carré de Malberg è ben chiara: rivedere la critica al modello rousseauviano contenuta nella *Contribution* e con ciò stesso ribadire l'insopprimibile specificità della tradizione rivoluzionaria del primato del Legislatore. Nella Nota del 1928 è nettissima la presa di distanza dall'immagine di un popolo costituente che tramite la legge fondamentale ordina e legittima tutti i poteri, compreso il legislativo, riducendo quindi anche quest'ultimo al rango di una semplice autorità. È questa la storia della rivoluzione americana, ed è questa anche la logica — per quanto su un piano del tutto diverso — della *Stufenbaulehre*, che volendo derivare sempre e comunque la validità di una norma da un'altra norma di rango superiore finiva anch'essa, per suo conto, per fare della legge una fonte per l'appunto derivata, indebolendo così la sua immagine, e la sua sostanza, di atto espressione di volontà sovrana ⁽⁶⁾.

Non è questa la storia della Francia e della sua Rivoluzione. In quella storia si esclude « qualunque possibilità di una separazione vera e sostanziale tra potere legislativo e potere costituente », poiché tutto quell'ordinamento costituzionale si fonda su questo principio: « che nel corpo legislativo, nel momento della formazione delle leggi, è presente il popolo stesso, o la totalità dei cittadini », e perciò non vi è differenza tra i due poteri: « Sia quando il corpo dei cittadini è idealmente rappresentato da una costituente sia quando è rappresentato dal legislatore ordinario, è sempre lo stesso signore

⁽⁵⁾ Entrambi i testi in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981.

⁽⁶⁾ Non a caso, di lì a poco Carré de Malberg si misurerà proprio con la teoria gradualistica: R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica del diritto. Confronto con le idee e le istituzioni del diritto positivo francese* (1933), a cura di A. Chimenti, Milano, Giuffrè, 2003.

che opera » (7). Non è forse questo signore il Legislatore di Rousseau, ancora ben vivo in pieno Novecento? C'è qui l'idea, effettivamente generata dalla Rivoluzione, della *unicità del popolo sovrano*, che è sempre il medesimo, quando genera la Costituzione, o quando pone in essere la legge, o magari quando intraprende la via della legge costituzionale, di riforma della Costituzione. Su quest'ultimo piano, è assai significativa la linea di continuità che Carré de Malberg traccia dalla Costituzione del 1791 alla legge costituzionale 25 febbraio 1875, nel segno di procedimenti di revisione aggravati, ma sostanzialmente tutti parlamentari. Appunto perché la volontà che si esprime in quei procedimenti non è certo solo 'parlamentare': è piuttosto la volontà della nazione sovrana, la stessa che ha generato la Costituzione, così come genera ogni legge, ordinaria o costituzionale.

Nel saggio del 1933, Carré de Malberg enfatizza ancor più la natura della legge come « atto di volontà primaria », come « volontà originaria », tale da escludere quelle concezioni del primato della Costituzione che la vorrebbero ridurre a mera « competenza ». Nel modello ereditato dalla Rivoluzione la creazione della legge è dunque « Un processo che si attua non in virtù di una concessione che abbia origine nella stessa costituzione, ma in virtù di un potere che il parlamento detiene originariamente: e tale potere non può che derivare dal fatto che esso è stato considerato, in origine, come il rappresentante della volontà nazionale ». C'è qui il culmine della nostra dottrina: la sovranità che si esprime nella legge « è un fatto », e non l'esito di un conferimento di carattere normativo, « è una realtà precedente la stessa costituzione », che la stessa costituzione non può altro che presupporre e riconoscere, cosicché la vera norma fondamentale non può essere data altro che dalla « rappresentanza della volontà generale da parte dei legislatori eletti » (8).

Nel saggio più noto, di due anni precedente, del 1931, si mostra bene per altro come non si tratti certo solo di problemi dottrinali (9).

(7) R. CARRÉ DE MALBERG, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in H. Kelsen, *La giustizia*, cit., pp. 220 e ss.

(8) R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., pp. 83 e ss.

(9) R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale* (1931), tr. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, Giuffrè, 2008.

Anche qui si sottolinea la differenza con l'esperienza costituzionale statunitense, ma la questione è in modo ancora più trasparente quella del ruolo del legislatore e dei giudici. Nel sistema statunitense « il legislatore e i giudici si trovano collocati di fronte alla Costituzione che è la fonte unica dei rispettivi poteri delegati in una posizione di eguaglianza, atteso che legislatore e giudici sono, nella sfera delle proprie competenze, delle autorità di natura simile, quanto meno sotto il profilo dei loro obblighi verso una Costituzione dalla quale essi traggono allo stesso titolo investitura e funzioni » . Irriducibile la differenza con il modello scaturito dalla Rivoluzione. Qui il legislatore è inteso come « il popolo stesso, ossia il sovrano » e possiede perciò una « qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici » (10). Si deve perciò contrastare una possibile penetrazione del modello statunitense in Francia, proprio al fine di evitare il prodursi di una situazione in cui potrebbe essere « oggi nel potere dei tribunali di rovesciare il nostro ordinamento gerarchico costituzionale, risalente alle origini rivoluzionarie, solo mediante l'evoluzione della giurisprudenza » (11). I giudici debbono invece occuparsi della applicazione della legge, e solo di essa: « il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione » (12): questa seconda sta infatti per intero nel campo del legislatore, che provvede alla sua attuazione, anche e soprattutto nella materia dei diritti, intesi come « enunciati di principio », come « direttive », rivolte proprio al legislatore che in via esclusiva si occupa della loro concretizzazione (13).

Nelle pagine conclusive del saggio del 1931 sembrano però incrinarsi le granitiche convinzioni del nostro giurista (14). Non nel senso di un parziale compromesso con le nuove concezioni del primato della costituzione, ma in quanto egli si rende conto che quelle concezioni muovevano, al fondo, da una profonda perdita di legittimazione della stessa figura del legislatore, che era ben avvertibile in tutta Europa, e dunque anche in Francia. Non erano

(10) Ivi, pp. 154-155.

(11) Ivi, pp. 170 e ss.

(12) Ivi, pp. 183 e ss.

(13) Ivi, pp. 168 e ss.

(14) Ivi, pp. 297 e ss.

insomma più i tempi della trionfante affermazione contenuta nell'articolo 6 della Dichiarazione dell'89: « La legge è l'espressione della volontà generale », e anche Carré de Malberg se ne rendeva conto. La ricerca di un supplemento di legittimazione era dunque obbligata per tutti. Se non si voleva prendere la via del controllo di costituzionalità, l'unico percorso possibile che rimaneva era quello consistente nel riaprire il dialogo con lo stesso popolo sovrano con altri strumenti, ulteriori rispetto al rapporto di rappresentanza. Si deve quindi ammettere che la stessa Rivoluzione ci aveva consegnato un modello troppo rigorosamente rappresentativo, addirittura costruito « per impedire al popolo ogni partecipazione effettiva alla potestà stessa di statuire »⁽¹⁵⁾. Lo sguardo si rivolge allora al referendum, al potere di reclamo, alla iniziativa legislativa diretta⁽¹⁶⁾. Per mantenere integro il primato del legislatore, per sottrarlo al primato della costituzione e al controllo di costituzionalità, si doveva riaprire il discorso sulle forme della democrazia. Il legislatore sovrano scaturito dalla Rivoluzione non stava più in piedi da solo: o accettava la sua riduzione a autorità derivata e sindacabile, o accettava di rinnovare le fonti della sua legittimazione direttamente nel popolo sovrano.

3. *Dopo la Rivoluzione: il Rechtsstaat.*

Iniziamo dalla più nota delle definizioni della costituzione che è possibile reperire nell'universo del *Rechtsstaat*. È quella di Georg Jellinek, contenuta nella sua celebre *Allgemeine Staatslehre*: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di

⁽¹⁵⁾ Ivi, pp. 299 e ss.

⁽¹⁶⁾ Per l'evoluzione in proposito di Carré de Malberg, si veda CH. SCHÖNBERGER, *Vom Repräsentativen Parlamentarismus zur Plebiszitären Präsidialdemokratie: Raymond Carré de Malberg (1861-1935) und die Souveränität der Französischen Nation*, in « Der Staat », 34 (1995), pp. 359 e ss.

fronte al potere dello Stato » (17). Anche qui, come nel modello che già conosciamo, scaturito dalla Rivoluzione, la Costituzione ha un *prius*, che però non è più il Legislatore, la voce della volontà generale, ma qualcos'altro, che Jellinek chiama 'Stato'. Senza lo Stato la Costituzione non è neppure pensabile. La seconda esiste in funzione del primo, per individuare e regolare i suoi organi, e anche per fissare i suoi limiti, in modo da riconoscere i diritti degli individui. Com'è noto, questa medesima dottrina — tedesca, ma poi anche italiana, e comunque influente in diversi Paesi europei tra Otto e Novecento — per seguire questa linea finirà per considerare lo Stato come una 'persona', che per l'appunto è dotata di organi, esprime una volontà, instaura rapporti giuridici, in primo luogo con gli individui, che in tal modo sono sottoposti all'autorità dello Stato medesimo, ma anche dotati di una loro sfera giuridicamente regolata e protetta, come accade sulla base di ogni rapporto giuridico.

Di questo tentativo d'integrale giuridificazione del principio di sovranità, del suo fondamento, della sua estensione e dei suoi limiti, si è discusso molto (18). Qui, non dobbiamo però occuparci dello sviluppo di questa dottrina, ma della radice, del punto di partenza. Dobbiamo cioè individuare quale sia in questo modello il *prius*, il presupposto necessario per l'esistenza dell'ordine costituzionale, e della costituzione stessa. Insomma quale 'soggetto' occupi lo spazio che nel modello scaturito dalla Rivoluzione era occupato dalla

(17) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1914³, p. 506 (nostra la traduzione). Su Jellinek, da diversi punti di vista: P.P. PORTINARO, *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in « Teoria politica », 1 (2005), pp. 3 e ss.; S. LAGHI, *La "rivoluzione moderata": l'America nel pensiero giuspolitico di Georg Jellinek*, in « Il pensiero politico », 2 (2008), pp. 1 89 e ss.; e W. BRUGGER, *Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Kommunitarist*, in « Der Staat », 3 (2010), pp. 405 e ss.

(18) Sia consentito di rinviare in proposito a un mio vecchio lavoro: M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979. Nella letteratura più recente, si veda CH. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischen Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*, Frankfurt am Main, Klostermann Verlag, 1997. Sulla dottrina tedesca del diciannovesimo secolo si vedano anche: J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemande 1815-1918: le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002; e O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne 1800-1918: idéalisme e conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

grande e maestosa figura del Legislatore. Torniamo a Jellinek. Il giurista tedesco, nel preparare i materiali che avrebbe usato per comporre la sua *Allgemeine Staatslehre*, si era intensamente occupato di problematiche di ordine storico, relative alle origini e alla formazione dello Stato moderno in Europa. È infatti proprio nella storia che va ricercato il nostro 'soggetto'.

In un saggio del 1891, in sostanza dedicato all'illustrazione dei fondamenti intellettuali dello Stato moderno, Jellinek esprime in modo fulminante un giudizio davvero decisivo per la comprensione dei caratteri del nostro modello, dello Stato di diritto ⁽¹⁹⁾. Secondo il nostro giurista, Hobbes e Rousseau, ovvero rispettivamente l'assolutismo e il radicalismo, non sono altro che il dritto e il rovescio della medesima medaglia, e parimenti rappresentano i due estremi politici da cui lo Stato di diritto può e deve rifuggire. Più in dettaglio, quando il moderno irrompe nei termini assolutizzati da Hobbes, facendo crollare l'impianto — per Jellinek di matrice medievale, e nei fatti di stampo anglo-tedesco — del contratto tra popolo e sovrano, si apre una breccia entro cui prima il sovrano potrà sbarazzarsi del limite insito nelle leggi fondamentali, e dopo lo stesso popolo, altrettanto sovrano, e attraverso la stessa breccia, potrà fare e disfare la costituzione medesima, com'era poi accaduto nel corso della Rivoluzione.

Nella cultura sottostante al modello dello Stato di diritto era dunque presente un marcato atteggiamento critico verso gli esiti contrattualistici e radicali della Rivoluzione. Ma ancor più rilevante è il collegamento di quegli esiti con la matrice assolutistica e hobbesiana, che aveva secondo Jellinek distruttivamente spaccato in due l'esperienza costituzionale: da una parte la nuda autorità, quasi del tutto priva di vincoli, dall'altra l'individuo, altrettanto isolato e perciò potenzialmente incline anch'egli a un esercizio smisurato della propria libertà. In quel quadro, non vi poteva essere certezza né stabilità, da un lato come dall'altro, dalla parte dell'autorità come da quella della libertà. Contro questa pericolosa versione del moderno, lo Stato di diritto erige dunque le sue barriere, iniziando da quella di base, ovvero dalla costruzione di una ben diversa immagine

⁽¹⁹⁾ G. JELLINEK, *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)*, cit.

del moderno e della sua affermazione nella storia. Per questo motivo, di primaria rilevanza strategica, Jellinek dedica non poche delle sue energie di nuovo alla storia, sia nella costruzione del celebre capitolo della *Allgemeine Staatslehre* dedicato ai 'tipi storici' di Stato, sia nello studio delle matrici intellettuali della Dichiarazione dei diritti dell'89, proprio nel tentativo di strappare questa sorta di testo sacro della Rivoluzione alla spiegazione di ordine individualistico e contrattualistico, ancora una volta a Hobbes e a Rousseau (20).

Leggiamo prima in proposito una pagina della *Allgemeine Staatslehre*: « il contrasto tra re e popolo opera ancora oggi nel determinare quella convinzione che vuole che lo Stato, nonostante la sua sovranità, abbia determinati limiti di fronte al popolo. Le libertà e i privilegi medievali, dei singoli, delle corporazioni, dei ceti, stanno in un rapporto di evidente connessione storica con le moderne libertà costituzionali » (21). Con ciò Jellinek richiama un'intera tradizione storica alternativa a quella che era stata posta alla base della Rivoluzione, di stampo individualistico e contrattualistico, ma con il suo immancabile rovescio della medaglia in senso assolutistico. Il potere cui pensa Jellinek è invece un potere che si è affermato gradualmente sul territorio nell'ambito di un processo di lungo periodo, che ha visto attive anche le forze particolari, in funzione di contrasto, ma anche di cooperazione. È un potere che alla fine esprimerà il principio di sovranità, ma rimanendo in sé un potere strutturalmente limitato. Da qui, il tentativo di strappare la Dichiarazione dell'89 dalla matrice rousseauviana, collegandola ad un universo culturale di stampo anglo-americano, alle coeve Dichiarazioni della rivoluzione americana, ma soprattutto, per il loro tramite, ad una storia di lungo periodo, che muove dalla *Magna Charta*, dalle antiche *Rechte und Freiheiten*, che vede nella storia

(20) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 287 e ss.; ID., *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895), in R. Schnur (a cura di), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, pp. 1 e ss., tr. it. *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza, 2002; e anche a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002.

(21) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 327-28 (nostra traduzione).

delle libertà un progresso costante, a partire dai secoli di passaggio tra medioevo e prima età moderna ⁽²²⁾.

Torniamo allora alla definizione di costituzione, da cui abbiamo preso le mosse. Anche in quella definizione — come abbiamo visto — vi è l'individuazione di un *prius*, di un presupposto necessario. Esso consiste nello 'Stato'. Non vi può essere costituzione senza che esista uno 'Stato'. Lo 'Stato' occupa il posto che nel modello della Rivoluzione era del Legislatore. La prima mossa, necessaria per poter pensare l'ordine costituzionale, non è più data dunque dalla elezione dei rappresentanti e dalla espressione della volontà generale, dunque da un atto, come al tempo della Rivoluzione, ma da un processo, ovvero dalla costruzione dello 'Stato' sul territorio. Se prima, con la Rivoluzione, l'ordine costituzionale nasceva con l'esprimersi di una volontà, ora quell'ordine si ha con il determinarsi di un concreto assetto istituzionale ⁽²³⁾. Entro il processo che conduce a quell'assetto si conquista la dimensione della sovranità, nel senso che era stato indicato già all'inizio del secolo diciannovesimo da Hegel, quando aveva affermato, deprecando la situazione tedesca del tempo: « La Germania non è più uno Stato », poiché è ormai solo « un catasto dei diritti costituzionali più diversi, acquistati alla maniera del diritto privato », e dunque vi è certamente bisogno che lo Stato sia alla radice entità e soggetto di diritto pubblico, espressione del principio di unità politica, della esistenza stessa di un popolo, o di una nazione, nel suo insieme intesa ⁽²⁴⁾; ma si conquista anche, e parallelamente, nell'ambito del medesimo

⁽²²⁾ Su questa concezione dualistica dello Stato moderno sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 193 e ss. Al medesimo saggio si rinvia per la collocazione di Vittorio Emanuele Orlando nell'ambito di questa concezione dello Stato moderno e dello Stato di diritto.

⁽²³⁾ Lo Stato di diritto così inteso è riconducibile al paradigma weberiano dello Stato come 'razionale istituzione'. Sul punto, sia per Jellinek che per Weber, rinvio a M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, pp. 708 e ss., poi con lievi modifiche, e con il titolo *Stato: dottrine generali e storiografia*, in *Id.*, *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 9 e ss.

⁽²⁴⁾ G.W.F. HEGEL, *La costituzione della Germania (1799-1802)*, in *Id.*, *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 4 e 15.

processo, la dimensione del limite, che ha a che fare con le assemblee territoriali rappresentative delle forze particolari, con la stessa amministrazione, espressione di sovranità, ma anche frutto di necessaria collaborazione tra Signori e forze organizzate presenti sul territorio, tra centro e periferia ⁽²⁵⁾.

Lo 'Stato' che balza fuori da questo processo è ambizioso, tende a espandere il raggio della sua azione, ma è anche conscio dei propri limiti: è sovrano e limitato nello stesso tempo. È per l'appunto uno Stato di diritto, che è tale perché inserito in un saldo ordine storico-materiale in cui tutto trova una sua misura, l'esercizio dei poteri pubblici come anche delle libertà dei privati. Lo Stato di diritto è la formula che può portare la società liberale al sicuro, al riparo dalle tempeste suscitate dalla Rivoluzione, dalla perniciosa influenza di quel modello individualistico e contrattualistico che minacciava sempre di rovesciarsi nel suo apparente contrario, in senso assolutistico. Da Hobbes a Rousseau, e ritorno, come nella ricostruzione di Jellinek. È allora chiaro — per tornare al nostro problema di fondo — quale sia il presupposto necessario dell'ordine costituzionale. Non qualsivoglia 'Stato', ma lo Stato di diritto, che a sua volta può esistere — ed anche essere raffigurato come 'persona', come sappiamo — solo come riflesso di una società in sé ordinata e disciplinata, entro cui ogni soggetto, pubblico e privato, trova la misura delle sue aspettative. Il presupposto della Costituzione è dunque certamente, anche in questo caso, un 'soggetto', nel senso dello Stato-persona della dottrina giuspubblicistica tra Otto e Novecento, ma in quanto esso rifletta un ordine che prima tutto è sociale; è l'ordine della società liberale e borghese.

Dunque, la Costituzione ha sempre un presupposto. Nel nostro primo modello, quello della Rivoluzione, l'ordine costituzionale inizia a delinarsi a partire da *un fatto originario*, che è dato dalla affermazione della volontà generale. Senza volontà generale non c'è Repubblica, non c'è corpo politico, c'è semplice aggregazione d'individui, e quindi non può esservi Costituzione. Nel nostro secondo modello, quello dello Stato di diritto, il presupposto dell'ordine costituzionale è dato *dal diritto stesso, nella forma della legge dello*

⁽²⁵⁾ Per la descrizione di queste dinamiche, si rinvia ai saggi contenuti in O. HINTZE, *Stato e società*, tr. it. Bologna, il Mulino, 1980.

Stato: la Costituzione si regge cioè sull'ipotesi che sia terminato il tempo — trascorsa la Rivoluzione — del dominio dei principi politici, siano essi assolutistici o democratici, e dunque che le forze e i soggetti della politica siano ormai disciplinati dal diritto. Senza questa forza del diritto, espressa nella legge dello Stato, non c'è ordine sociale e istituzionale, e dunque non può esservi Costituzione.

Nel primo caso, che riflette il tempo della Rivoluzione, la Costituzione sa di poter contare su poteri, e su cittadini, virtuosi, che operano in aderenza al dettato della volontà generale. Nel secondo caso, che riflette il tempo della società liberale e borghese, la Costituzione sa di poter contare su poteri, e su individui, disciplinati, che conoscono il valore del diritto, e della legge dello Stato. In entrambi i casi, si rifugge dal concepire la Costituzione come 'norma suprema', e dal connesso tentativo di porla sopra il legislatore, come avrebbe suggerito l'esperienza statunitense. Infatti, in entrambi i casi per quella via si sarebbe prodotta una pericolosa lesione del presupposto dell'ordine costituzionale: l'autorità del legislatore rivoluzionario interprete della volontà generale nel primo caso, la forza di legge come massima espressione del diritto nel secondo caso, nello Stato di diritto. In entrambi i casi si è quindi lontani, e anzi avversi — come abbiamo visto nel caso di Carré de Malberg — al controllo di costituzionalità. La ricerca dell'ordine costituzionale passava per ora per altre vie: per la virtù del Legislatore, o per l'autorità, e la ragionevolezza, insita nella legge dello Stato di diritto.

4. *Il modello inglese: la sovranità del Parlamento.*

Uno dei principi più basilari del diritto costituzionale inglese è certamente quello della sovranità del Parlamento ⁽²⁶⁾. In una dichia-

⁽²⁶⁾ Indispensabile il fondamentale lavoro di J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Clarendon, 1999, dedicato proprio a contestare quella visione che vorrebbe che la sovranità del Parlamento fosse da intendere come acquisizione recente, del tempo di Austin e Dicey, e non come un principio costitutivo, in senso storico, al pari del *rule of law*, del diritto pubblico inglese. Tra le acquisizioni più recenti si vedano inoltre A. ALONSO, *Instrumentalización y utilidad de un mito constitucional: la "English Ancient Constitution" de Coke a Bolingbroke*, in « Fundamentos », 6 (2010), pp. 203 e ss.; e I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La idea de la Constitución*

razione del Parlamento del 1322 si legge: « Tutto ciò che deve essere deciso per il regno e per l'intera comunità politica deve essere discusso e determinato in parlamento, dal re nostro signore, con il consenso dei prelati, dei conti, dei baroni e dei *commoners* del regno, secondo l'antica consuetudine » (27). È il noto principio del *King in Parliament*, secondo cui la legge d'Inghilterra è fatta da tre volontà convergenti, del re, dei *Lords* e dei *Commons*, perché solo unendo queste tre voci si ottiene un'adeguata rappresentazione del regno, della infinita complessità di luoghi, e di articolazioni sociali, di cui esso si compone, della intera comunità politica. Il rovescio della medaglia è per l'appunto il principio di sovranità, nel senso che nessun altro potere può porsi sopra il Parlamento, per l'ottima ragione che nessun altro potere può dirsi così altamente rappresentativo come il Parlamento.

Storicamente la sovranità del Parlamento, o meglio del *King in Parliament*, è giocata in primo luogo contro l'arbitrio dei governanti e del potere esecutivo, e contro la tendenza del medesimo a costituire privilegi a proprio favore. I primi due principi del *rule of law*, nella formulazione datane da Dicey all'inizio del secolo scorso, sono infatti enunciati nel seguente modo: contro l'arbitrio, che nessuno può essere arrestato, o detenuto, o colpito comunque nella sua persona o nei suoi beni, se non nei casi determinati dalla legge e di fronte alle corti ordinarie del paese; e contro il privilegio, che nessuno è al di sopra della legge, e che tutti sono parimenti sottoposti alla giustizia ordinaria (28). La sovranità del Parlamento svolge quindi prima di tutto una funzione garantistica, in piena

“real” in Gran Bretaña, ivi, pp. 363 e ss. Su un piano diverso, ma essenziale per la ricostruzione della tradizione costituzionale inglese, si veda anche J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Governo e partiti nel pensiero britannico (1690-1832)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, tr. it. Milano, Giuffrè, 2007.

(27) A.J. CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Edinburgh-London, William Blackwood, 1950, tr. it. *Il pensiero politico medievale*, Bari, Laterza, 1956.

(28) A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915⁸, tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 153 e ss. Su Dicey si veda il saggio di E. SANTORO, *Rule of Law e “libertà degli inglesi”. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 173 e ss.

sintonia con le corti, con i giudici. Il Parlamento è sovrano in primo luogo per garantire che nessun altro potere — l'esecutivo, principalmente — abbia la possibilità di essere esercitato in modo arbitrario, di costituire privilegi. C'è in questo senso un preciso filo conduttore di stampo garantistico nella storia costituzionale inglese, dalla radice medievale del *King in Parliament*, attraverso l'*Habeas Corpus Act* e il *Bill of Rights*, fino alla sovranità del Parlamento enunciata da Dicey all'inizio del secolo scorso.

Questo non è però l'unico significato del principio di sovranità del Parlamento. C'è anche un secondo aspetto più scopertamente potestativo, che ritroviamo in modo limpido proprio in una pagina di Dicey: «La sovranità parlamentare è anche un evidente dato giuridico. Essa è pienamente riscontrabile sia in negativo che in positivo. Il parlamento può legittimamente legiferare su qualsiasi materia la quale, secondo il suo giudizio, sia idonea a formare oggetto di regolazione legislativa. Nell'ordinamento costituzionale inglese non v'è alcun potere che possa competere con la sovranità legislativa del parlamento» (29). Qui, Dicey sembra dirci che la sovranità del parlamento non ha solo un lato 'negativo', di esclusione cioè della superiorità di altri poteri sul legislativo, in funzione essenzialmente di garanzia, ma anche 'positivo', nel senso che il Parlamento può ora pensare di avere di fronte a sé un campo di normazione indefinito, in sostanza coincidente con l'intera società, spettando unicamente alla sua valutazione sovrana la decisione di creare o meno una legge per regolare o meno un certo rapporto, una certa azione, un certo fatto. Per questa via, il tradizionale modello costituzionale inglese sembra subire una torsione, per avvicinarsi a grandi passi al modello continentale della rivoluzione francese, a quel primato del Legislatore da cui, fino a questa fase, si era sempre tenuto lontano.

In effetti, dietro a tale questione, della sovranità in 'positivo', se ne cela un'altra più grande, che troviamo espressa al meglio in una pagina di Carré de Malberg, che in parte già conosciamo. Il giurista francese muoveva da una constatazione: che la Costituzione — nel suo caso la Costituzione scritta, ovvero le leggi costituzionali della

(29) A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., pp. 58-59.

Terza Repubblica — ha lasciato indefinito il campo di esplicazione della legge, non ha cioè elencato le materie sulle quali esercitare la potestà legislativa, appunto perché ha ritenuto tale potestà sovrana, e dunque legittimamente esercitabile su qualsivoglia materia. Affermava perciò Carré de Malberg: « Con tale astensione, la Costituzione mostra chiaramente di concepire la creazione delle leggi come un processo che si attua non in virtù di una concessione che abbia origine nella stessa Costituzione, ma in virtù di un potere che il parlamento detiene originariamente »⁽³⁰⁾. Ebbene, ora anche in Inghilterra — per lo meno così risulta dalle parole di Dicey — si pensa in modo simile alla ‘creazione delle leggi’. Non si tratterà del Legislatore e della rappresentazione della volontà generale, come nel modello derivato dalla rivoluzione francese. Si tratterà piuttosto di quella speciale autorevolezza che al Parlamento inglese deriva dalla sua storia. Ma il risultato non cambia. Nell’un Parlamento come nell’altro, nel Parlamento erede della volontà generale della Rivoluzione, come nel Parlamento erede del principio medievale del *King in Parliament*, la potestà legislativa è comunque esercitabile come sovrana potestà originaria, non derivata da alcuna legge superiore. Per questo motivo, la si può esercitare a trecentosessanta gradi, su qualsivoglia materia, appunto perché il suo esercizio non è sottoposto ad alcuna condizione, ad alcuna previa delimitazione, non essendovi, in ultima analisi, alcuna legge superiore da cui la legge del Parlamento si possa dire derivata.

Per questa stessa ragione, così come nel modello derivato dalla rivoluzione francese era presente sempre un’unica figura del popolo sovrano, che era sempre identico a se stesso, quando generava una Costituzione, come anche quando deliberava una legge ordinaria o costituzionale, in modo tale da rendere impossibile una graduazione in senso gerarchico tra tutte queste fonti, con la connessa difficoltà d’individuare i contenuti della ‘legge superiore’ su cui basare poi un eventuale controllo di costituzionalità; così anche nel modello costituzionale inglese giunto al tempo del primo Novecento sembra scomparire ogni prospettiva di *higher law*. Lasciamo parlare Dicey: « In primo luogo, non si ha alcuna legge che non possa essere

⁽³⁰⁾ R. CARRÉ DE MALBERG, *La teoria gradualistica*, cit., pp. 83-84.

modificata dal parlamento, ovvero nel nostro sistema costituzionale le leggi fondamentali o cosiddette costituzionali vengono modificate dallo stesso organo e nello stesso modo delle altre leggi, e precisamente dal parlamento nella sua configurazione di legislatore ordinario». Se alcune leggi vengono chiamate 'costituzionali' è perché trattano questioni inerenti alle istituzioni politiche fondamentali, « e non già perché esse siano giudicate più sacralizzate o più difficilmente emendabili rispetto a altre leggi». Dunque, sovranità in 'positivo' significa consapevolezza, da parte del Parlamento, di non avere limiti alla esplicazione della propria potestà, sapendo anche che non esistono « autorità giurisdizionali o di altra natura che abbiano il potere di porre nel nulla una legge del parlamento o di considerarla nulla o incostituzionale »⁽³¹⁾.

Bisogna allora concludere che in questa epoca anche in Inghilterra si afferma una sovranità del Parlamento analoga a quella propria dell'Europa continentale, ovvero una forza di legge legalmente non contrastabile, come in Francia o nel modello continentale dello Stato di diritto? C'è effettivamente un tratto comune, e c'è poi una differenza che permane. Iniziamo dal tratto comune, che viene in evidenza nelle pagine di Dicey quando viene trattata la decisiva questione della differenza tra Inghilterra e Stati Uniti, pur nella comune appartenenza all'universo del *common law*.

Come si ricorderà, anche per Carré de Malberg era stata decisiva la contrapposizione con il modello costituzionale statunitense: da una parte il potere sovrano e originario del Legislatore interprete necessario della volontà generale, dall'altra il potere legislativo come semplice autorità dotata di competenza determinata, sulla base della Costituzione come norma suprema⁽³²⁾. Ebbene, lo stesso sembra valere anche per Dicey: da una parte la sovranità del Parlamento, dall'altra la supremazia della Costituzione; infatti, « la dottrina della supremazia della Costituzione è familiare a ciascun americano », mentre « nel quadro della forma costituzionale inglese » non esiste nulla di corrispondente, niente che configuri la Costituzione come

⁽³¹⁾ A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., pp. 76 e 106.

⁽³²⁾ Vedi *supra*, nt. 9, a proposito del saggio di Carré de Malberg del 1931, sulla legge come espressione della volontà generale.

« legge suprema del paese »⁽³³⁾. Anzi, nella ricostruzione di Dicey appaiono ancora più netti e evidenti i motivi che conducono a contrapporre al modello statunitense l'intera tradizione costituzionale europea, compresa l'Inghilterra, per quanto con la sua specificità.

Questi motivi sono due. Il primo è inerente all'assenza, nel modello costituzionale inglese, « di un patto costituzionale fondamentale, le cui norme tengano sotto controllo qualsiasi autorità sia operante nell'ambito del sistema costituzionale »⁽³⁴⁾. Manca cioè, prima di tutto nella storia costituzionale inglese, il momento costituente, quella dimensione entro cui emerge la legge suprema, che come tale si pone a fondamento di ogni potere, rendendolo inesorabilmente e integralmente costituito, che era poi ciò che era accaduto nel caso degli Stati Uniti. Il modello costituzionale inglese invece non si è configurato nella storia sulla base di una volontà costituente, ma per una via diversa, per accumulo, per progressiva concentrazione di potere sovrano entro uno spazio istituzionale, quello del Parlamento. Da questo punto di vista, Dicey ritiene che la Francia si collochi a metà, tra Inghilterra e Stati Uniti. C'è infatti, secondo il giurista inglese, nei rivoluzionari francesi « un che di paradossale. Essi sembrano pressoché egualmente timorosi di lasciare impregiudicata l'autorità del legislativo ordinario e nello stesso tempo di adottare quelle misure attraverso le quali al legislativo possa essere impedito di oltrepassare i limiti che sono imposti alla sua potestà »⁽³⁵⁾. L'osservazione corrisponde del tutto alla realtà delle cose. In effetti, i rivoluzionari francesi furono combattuti proprio tra questi due timori, che li posero di fronte a un teorema insolubile: affermare i necessari limiti all'opera del legislatore, ma nello stesso tempo mantenendo integra la sua autorità, non producendo una sua degradazione da potere originario sovrano a potere derivato. In ogni caso, il travaglio della rivoluzione francese è comunque ben distante dalla linearità della soluzione statunitense, entro cui la riduzione del legislativo alla dimensione di potere integralmente costituito è assolutamente netta, del tutto conseguente

⁽³³⁾ A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., p. 120.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 121.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 113.

alla presenza della legge suprema, che come tale opera tale riduzione nei confronti di ogni potere, compreso lo stesso legislativo.

Ma i motivi della contrapposizione con il modello costituzionale statunitense — come sopra si diceva — sono due, per quanto strettamente connessi. Il secondo motivo ha a che fare con la contrapposizione tra « federalismo » e « unitarismo ». L'Inghilterra, e con essa la forma di Stato dominante in Europa, ovvero lo Stato unitario, possiede, a differenza degli Stati Uniti « Un centro visibile del potere », che è senza dubbio alcuno il Parlamento; di contro, negli Stati Uniti c'è « il federalismo che implica la distribuzione della forza dello stato tra una quantità di organi coordinati, ciascuno dei quali trae origine dalla costituzione ed è sotto il suo controllo ». Da una parte, c'è un organo, o meglio un potere, quello del Parlamento, che esprime il principio di sovranità, del popolo della Rivoluzione, o della nazione, o comunque della comunità politica, dall'altra c'è un « bilanciamento dei poteri », possibile proprio perché operante tra poteri di pari grado, nessuno dei quali può dirsi originario, sovrano per forza o carattere proprio, come nel caso degli Stati Uniti. Per lo stesso motivo, è solo negli Stati Uniti che è possibile il controllo di costituzionalità, perché solo entro quel modello legislativo e giudiziario sono equiordinati, nel senso di parimenti ordinati dalla Costituzione. Non è così in Europa, non è così in Inghilterra. Con riferimento a quest'ultima, afferma Dicey: « I nostri giudici sono indipendenti nel senso che conservano il loro ufficio in via permanente e sono posti al riparo della diretta influenza della Corona e del governo; ma il dipartimento della giurisdizione non presume di porsi sul medesimo livello del parlamento » ⁽³⁶⁾. In queste pagine d'inizio Novecento si rivendica dunque con forza, e anche con orgoglio, l'indipendenza dei giudici inglesi, ma non per questo li si considera « potere » alla stessa stregua del legislativo. Dicey è qui, ancora una volta, straordinariamente vicino al modello rivoluzionario del Legislatore sovrano, che come tale possiede — dirà Carré de Malberg — una « qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici » ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 129-30.

⁽³⁷⁾ La frase è di R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione*, cit., p. 155.

È ormai chiaro in cosa consista questa ‘qualità’, che in questa epoca, in forme diverse, si pone comunque al centro della esperienza costituzionale. In una parola, il legislativo, a differenza dell’esecutivo, e soprattutto dei giudici, nella tradizione europea del diritto pubblico statale tra Otto e Novecento, non è una semplice ‘autorità’ dotata di competenza, e neppure un semplice ‘potere’. Prima di tutto, esso è il *prius* dell’ordine costituzionale, ovvero il presupposto necessario per l’esistenza dell’ordine costituzionale. È lo scarto originario, che viene prima della Costituzione, e che la rende possibile. Si potrà raffigurare con le vesti rivoluzionarie della volontà generale, o con quelle più sobrie e moderate dello Stato di diritto, o infine con quelle solenni e maestose della tradizione parlamentare inglese, ma il risultato non cambia: la legge che quei Parlamenti producono non è una semplice fonte di diritto, è molto di più, è condizione necessaria di esistenza dell’ordine costituzionale. Per questo motivo, non è pensabile, in nessuno di questi modelli costituzionali, il controllo di costituzionalità, perché invalidare la legge significa per ciò stesso mettere in discussione l’ordine costituzionale.

Di questa cultura costituzionale d’inizio Novecento fa dunque parte anche l’Inghilterra, pur con la sua specificità, che emerge comunque, entro il quadro complessivo, anche nelle pagine di Dicey. Ci riferiamo a quel terzo aspetto del *rule of law*, che segue i due già illustrati ⁽³⁸⁾. Qui, l’argomentazione di Dicey mette in rilievo in modo chiarissimo la specificità di sempre della tradizione costituzionale inglese, che consiste nell’aver sempre accuratamente evitato la proclamazione dei diritti e dei principi costituzionali. In Inghilterra i diritti « non sono forti perché proclamati, non vengono dedotti dai principi costituzionali (per cui tanto più i principi sono proclamati tanto più i diritti sono forti) »; al contrario, quei principi non sono altro che « induzioni o generalizzazioni che si fondano su particolari decisioni pronunciate dalle corti in merito ai diritti di dati individui ». Proprio per questo motivo, quei diritti sono al sicuro, poiché « laddove il diritto alla libertà individuale è un esito che si deduce dai principi della costituzione viene immediatamente di seguito l’idea che tale diritto sia suscettibile di sospensione o rimo-

⁽³⁸⁾ Vedi *supra*, nt. 28.

zione. D'altra parte, laddove il diritto di libertà individuale è parte della costituzione poiché è inerente al diritto ordinario del paese, esso ben difficilmente può essere distrutto se non attraverso una sostanziale rivoluzione delle istituzioni e dei costumi della nazione»⁽³⁹⁾.

In altre parole, in Inghilterra non si è commesso l'errore di 'esporre' i diritti, e di accreditare quindi l'opinione, in sé pericolosissima, che essi facciano parte della materia 'politica', ovvero che siano nella sostanza l'esito puntuale di scelte determinate, come tali sempre revocabili. In Inghilterra, non spetta quindi a un'ipotetica assemblea costituente — come si era fatto in Francia — la definizione dei diritti, e dei principi costituzionali, ma al Parlamento, che in questo modello, e nell'esercizio della sua ordinaria potestà, ha il compito di trascrivere, in forma generalizzata e di principio, le decisioni assunte dalle corti a tutela dei diritti. Ciò non significa sminuire la sovranità del Parlamento. Significa solo comprendere che anche il modello costituzionale inglese, come tutti gli altri, ha il suo presupposto, che si esprime in questa storica e necessaria alleanza tra Parlamento e giudici, costruita in modo tale da evitare, da una parte che i giudici si ergano a 'custodi' della Costituzione in nome di un'ipotetica e improbabile 'legge suprema', ma dall'altra, nello stesso tempo, che il Parlamento voglia definire un suo catalogo dei principi e dei diritti costituzionali, al di là dei diritti concretamente tutelati dalle corti, ponendosi anch'esso alla ricerca di una sorta di 'legge suprema'. La sovranità del Parlamento, così intesa, si definisce in tal modo, rispetto ai due estremi da evitare, come una sorta di 'punto medio' ideale, sul quale il sistema si assesta, scacciando lo spettro del potere costituente, e rendendo possibile, solido e duraturo, l'ordine costituzionale.

5. Conclusioni.

Veniamo a due parole di conclusione. In premessa avevamo parlato di un'epoca, in Europa, del diritto pubblico statale. È l'epoca che si diparte dalla Rivoluzione e giunge al suo culmine tra

(39) A.V. DICEY, *Introduzione*, cit., pp. 162 e ss.

la fine dell'Ottocento e l'inizio del secolo successivo, prima dell'inizio della grande trasformazione che si aprirà nel corso degli anni Venti-Trenta, e che condurrà fino a noi. Non è certo nostra intenzione illustrare, neppure per sommi capi, il senso di questa trasformazione. Noi conosciamo però ora il punto di partenza, così sintetizzabile: *nella epoca del diritto pubblico statale è la Costituzione a dover presupporre la legge, e non viceversa*. In altre parole, la legge — concretamente la legge dello Stato — è il fattore costitutivo originario dell'ordine costituzionale. Quest'ultimo, infatti, esiste, come ordinamento dei poteri, e delle forze sociali, se può riferirsi — nei termini di Rousseau — a un corpo politico. Ma questo, a sua volta, esiste — come nazione, o popolo, come regno, o repubblica — se ha il proprio legislatore: quello rivoluzionario che esprime la volontà generale, o quello, sovrano e limitato nello stesso tempo, dello Stato di diritto, che rappresenta la nazione, o quello del Parlamento inglese. Tutto rinvia quindi alla grande e maestosa figura del legislatore, che rappresenta la società, e rappresentandola la ordina, creando i presupposti per l'esistenza dell'ordine costituzionale.

Ebbene, il secondo Novecento, anche attraverso le nuove Costituzioni democratiche, erode progressivamente questa immagine, erode cioè il monopolio del legislatore nella rappresentazione dell'ordine costituzionale. Nel tempo nuovo del secondo Novecento ricompare quel primato della Costituzione che era stato bandito nell'epoca del diritto pubblico statale, nella Francia della Terza Repubblica, come nello Stato di diritto continentale, come nell'Inghilterra vittoriana. In questo senso, il Novecento può dirsi all'insegna di un recupero della Costituzione, che tende ad assumere direttamente su sé medesima, soprattutto attraverso le norme fondamentali di principio, la rappresentazione dell'ordine politico e sociale, e dunque dello stesso ordine costituzionale.

Il legislatore, per suo conto, non è affatto ridotto dalla trasformazione in atto a mero potere derivato, come temeva l'intera cultura costituzionale tra Otto e Novecento. Nello stesso tempo, non può però più rivendicare a sé, in modo monopolistico, la rappresentazione dell'ordine costituzionale. In una parola, da causa prima, e presupposto originario, dell'ordine costituzionale, diviene sua ne-

cessaria componente: necessaria sì, ma componente, e non più presupposto ⁽⁴⁰⁾.

È dentro questa trasformazione che si riapre la questione del controllo di costituzionalità. In una parola, sindacare la legge non significa più mettere in discussione l'ordine costituzionale, ma al contrario preservarlo, garantendo la conformità ad esso della legge medesima. Sullo sfondo, si assiste alla irresistibile ascesa del giudiziario, dei giudici. Per loro, non vale più quello che seccamente aveva affermato Carré de Malberg: «il giudice deve applicare la legge, e non la Costituzione». La massima del giurista francese rifletteva puntualmente l'epoca del diritto pubblico statale, entro cui il giudice vedeva la Costituzione solo attraverso la legge, solo occupandosi di una legge che interpretava, attuava, o integrava, la Costituzione. Al contrario, nel nuovo diritto pubblico, che si va sviluppando tra ventesimo e ventunesimo secolo, il giudice vede ormai direttamente la Costituzione: che si tratti dell'opera d'interpretazione della legge in senso conforme alla Costituzione, o magari di dare seguito a una sentenza della Corte costituzionale, che a sua volta mantiene in vigore una certa legge a condizione che essa venga interpretata in un certo modo, per ottenerne un significato conforme alla Costituzione, è ormai comunque evidente che i giudici concorrono in modo decisivo a far vivere la Costituzione, e dunque a rappresentare l'ordine costituzionale, accanto al legislatore, e non più al suo seguito, per il suo necessario tramite.

⁽⁴⁰⁾ È in questo senso che si discute oggi di 'Stato costituzionale'. Nella letteratura italiana più recente, vedi E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; e P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. Per un inquadramento dello 'Stato costituzionale' nella successione storica delle forme di Stato in Europa, si rinvia a M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e ss.

3.

LEGGE E COSTITUZIONE: IL PROBLEMA STORICO DELLA GARANZIA DEI DIRITTI (*)

1. Premessa: posizione del problema. — 2. Le origini rivoluzionarie: la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789 e la garanzia legislativa dei diritti. — 3. Dopo la Rivoluzione: il modello positivistico e lo Stato legislativo di diritto. — 4. Le trasformazioni costituzionali del Novecento: lo Stato costituzionale e la garanzia costituzionale dei diritti.

1. *Premessa: posizione del problema.*

Iniziamo enunciando subito la nostra tesi di fondo. Ciò che caratterizza sul piano storico le democrazie contemporanee, quelle nate — per ciò che riguarda l'Europa — verso la metà del secolo ventesimo, dal crollo dei precedenti regimi totalitari, è il tentativo di affidare la soluzione dello storico problema della garanzia dei diritti alla Costituzione, attraverso il meccanismo del controllo di costituzionalità. Tale meccanismo si è sviluppato nel concreto dell'esperienza di quelle democrazie valorizzando sempre più il ruolo delle Corti, non solo di quelle supreme, ma anche di quelle ordinarie, che hanno così visto mutare radicalmente — come meglio vedremo più avanti — il senso stesso del loro operare, del loro ruolo, dell'esercizio della loro funzione.

(*) A proposito della nuova letteratura giuridica sullo « Stato costituzionale ». Il testo riflette puntualmente i contenuti della lezione tenuta a Città del Messico (9 dicembre 2013) nell'ambito del IV Congresso Internazionale di Argomentazione Giuridica dedicato a « La giustiziabilità dei diritti umani », ed organizzato presso la Corte Suprema di Giustizia e l'Istituto della Magistratura Federale. I riferimenti bibliografici sono volutamente ridotti a poche e indispensabili note di richiamo. Si trova ora in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 43 (2014), pp. 67-87.

Noi riteniamo che questo tentativo, di costruire un efficace sistema di garanzia costituzionale dei diritti, rappresenti sul piano storico una svolta di notevolissima rilevanza. Non si è trattato cioè di un mero perfezionamento della precedente forma di Stato, ovvero di quello Stato legislativo di diritto che aveva dominato in Europa dalla Rivoluzione in poi, come se si fosse trattato, a metà del Novecento, semplicemente di sopraelevare di un piano l'edificio storico dello Stato di diritto, lasciandolo integro nella pianta e nella struttura di fondo, e solo aggiungendo un piano in alto, quello della legalità costituzionale. Non si è trattato cioè di un semplice arricchimento di mezzi di tutela, come tale riducibile al piano strumentale, delle modalità. A nostro avviso, è accaduto molto di più. L'introduzione della garanzia costituzionale dei diritti, ovvero di una garanzia che si realizza attraverso il precetto costituzionale, in diversi modi fatto valere direttamente nell'esercizio della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, ha cioè finito per mutare i caratteri di fondo del nostro edificio, ponendo i presupposti per una nuova forma di Stato, diversa dal precedente Stato legislativo di diritto, che noi chiamiamo lo *Stato costituzionale*. È una nuova forma di Stato, che vi va definendo come tale nel nostro presente, poiché è il frutto di una trasformazione profonda, di una vera e propria *Verfassungswandlung*, che sotto i nostri occhi sta mutando il sistema delle fonti di diritto, e prima ancora il significato stesso dei due fondamentali atti della *legislazione* e della *giurisdizione*.

Noi mostreremo più da vicino, nella parte conclusiva della nostra relazione, come si è prodotta questa trasformazione, premettendo però che non sarà qui possibile darne una raffigurazione complessiva. In questa occasione, ci concentreremo infatti solo sul primo lato della trasformazione medesima, quello che attiene al rapporto che nella esperienza dello Stato costituzionale si stabilisce tra principi costituzionali da una parte, ed esercizio della funzione legislativa, e di quella giurisdizionale, dall'altra parte. Mentre rimarrà fatalmente in ombra il secondo lato — di cui pure ci siamo occupati in altre occasioni — ovvero il lato della sovranazionalità, lungo cui si sviluppa la tendenza dello Stato costituzionale a concorrere alla costruzione di ordinamenti costituzionali nello spazio

collocato oltre lo Stato nazionale, per l'appunto nella dimensione che chiamo della sovranazionalità ⁽¹⁾.

Prima però di tutto questo, bisogna ricostruire il precedente modello di garanzia dei diritti, dominante nell'epoca dello Stato legislativo di diritto. E con un ulteriore passo indietro, risalire all'origine rivoluzionaria di tutta questa problematica dei diritti e della loro garanzia. Dalla Rivoluzione allo Stato legislativo di diritto, e da questo allo Stato costituzionale. Questo il percorso che seguiremo. Servirà a mettere in luce quanto profonda ed estesa sia stata, e in parte ancora sia, in Europa la convinzione per cui la migliore garanzia dei diritti è comunque quella legislativa, rimanendo dunque la legge lo strumento ideale di garanzia dei diritti. La svolta della metà del Novecento, a favore dello Stato costituzionale, è tanto più apprezzabile, nella sua profondità e nella sua rilevanza, quanto più si abbia presente la forza di quella convinzione, rappresentabile sul piano storico come una vera e propria tradizione, che non per caso contrasterà tenacemente l'affermarsi pieno della nuova supremazia della Costituzione, e soprattutto la sua tendenza a realizzarsi direttamente in giudizio, come autentica norma giuridica, proprio a tutela dei diritti. Esploriamo allora lo svolgersi di quella tradizione, ripartendo dalle origini rivoluzionarie della garanzia dei diritti.

2. *Le origini rivoluzionarie: la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789 e la garanzia legislativa dei diritti.*

Il testo di riferimento in proposito è ovviamente la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789. Il nostro problema, ovvero la garanzia dei diritti, è ben presente nella Dichiarazione. Recita infatti l'articolo 16: «Ogni società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione». Il significato della norma è chiaro: una società, con il suo regime politico, può dirsi dotata di costituzione se è stata capace,

⁽¹⁾ Con riferimento specifico all'Italia, ma con una valenza riferibile all'intera dimensione europea, avevo proposto l'immagine dei due lati della trasformazione costituzionale in M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi* (Atti dei Convegni Lincei, 247), Roma, Bardi Editore, 2009, p. 21 e ss.

proprio attraverso la costituzione medesima, di compiere quei due atti fondamentali, ovvero garantire i diritti e separare i poteri. In altre parole, la norma associa in modo stretto ‘costituzione’ e ‘garanzia dei diritti’, nel senso che la garanzia dei diritti è parte necessaria ed essenziale della costituzione, e per converso quella garanzia si realizza altrettanto necessariamente nella costituzione, per il tramite imprescindibile della costituzione. Non c’è costituzione senza garanzia dei diritti, e non c’è garanzia dei diritti senza costituzione. Sembra di essere ad un passo dall’approdo ad una garanzia costituzionale dei diritti. Diciamo subito che in realtà non fu così, nel concreto della esperienza costituzionale generata dalla Rivoluzione.

Torniamo al testo della Dichiarazione. Si deve intanto prendere atto di un dato letterale. La tanto celebrata costituzione, che i rivoluzionari avevano giurato di dare alla Francia, che prometteva di racchiudere in sé un mondo nuovo, opposto a quello di antico regime, compare una sola volta nella Dichiarazione, per l’appunto all’articolo 16 che abbiamo citato. Mentre nel medesimo testo, in posizione assolutamente centrale, campeggia — per ben otto volte — la figura della legge, in luoghi e con finalità del tutto decisivi, proprio per la garanzia dei diritti. Abbiamo così il monopolio legislativo del potere di disciplinamento dell’esercizio dei diritti, che garantisce i titolari di quei diritti, nel senso che vieta di esercitare quel potere per il tramite di atti diversi dalla legge, e da parte di poteri diversi dal legislativo, come nel caso, in primo luogo, dell’esecutivo (art. 4); abbiamo poi il monopolio legislativo dei poteri di coazione, delle azioni del ‘vietare’, del ‘proibire’, del ‘costringere’ e dell’‘ordinare’, che garantisce di nuovo i titolari dei diritti, nel senso che vieta una qualche coazione su di loro che non si esprima attraverso la legge, in cui si racchiude perciò il carattere fondamentale di una società che ha soppresso le dominazioni di carattere personale, da persona a persona, lasciando in vita come unica dominazione ammissibile quella, per sua natura del tutto impersonale, della legge (art. 5); abbiamo infine la legge come espressione della ‘volontà generale’, che garantisce ancora una volta i titolari dei diritti, questa volta nel senso che la legge che può limitare l’esercizio di quei diritti, o che può esercitare legittima coazione su quei titolari, non è rappresentabile come volontà eteronoma, è invece qualcosa

che si costruisce a partire dalle volontà dei medesimi titolari, sulla base del principio democratico, nelle forme che gli stessi rivoluzionari francesi promettevano di costruire, nella linea della democrazia diretta, d'ispirazione rousseauviana, o della democrazia rappresentativa, attraverso la valorizzazione della rappresentanza politica, corredata dal divieto di mandato imperativo (art. 6).

Dunque, una legge agli occhi dei rivoluzionari dotata di molteplici virtù. Ad essa possiamo senz'altro affidare il delicatissimo potere di limitare l'esercizio dei nostri diritti (art. 4) per due basilari motivi: perché è generale ed astratta, non punisce né premia in concreto, ma dispone in astratto, realizzando l'unica dominazione ormai ammissibile, di natura perfettamente impersonale (art. 5); e perché è frutto ultimo di un processo costruito a partire dalle nostre stesse volontà, in una linea che nel suo punto più alto consente di dire che la sua volontà, della legge, in quanto 'volontà generale' è la nostra stessa volontà (art. 6). Da qui, da questi caratteri della legge, l'assoluta centralità che essa occupa nel campo delicatissimo della garanzia dei diritti. A completare questa nostra analisi, per quanto sommaria, della Dichiarazione, valga anche un breve richiamo alla problematica penalistica. È infatti in primo luogo la necessità di una particolare previsione legislativa, secondo il criterio della determinatezza, a garantire contro l'arbitraria compressione della libertà personale, con le connesse conseguenze del divieto di analogia nella interpretazione della legge penale, e del divieto di retroattività della medesima legge (articoli 7 e 8).

Torniamo al nostro filo conduttore, alla problematica storica della garanzia dei diritti. Rimane da porre un'ultima domanda. Presero in considerazione i rivoluzionari l'ipotesi che la legge, per quanto corredata da molteplici virtù, potesse comunque violare i diritti affermati nella Dichiarazione? L'analisi del testo, e i dibattiti successivi, dimostrano che pensarono a quella ipotesi. Un conto infatti è credere nelle virtù della legge, altro conto è credere nella sua infallibilità. Così, il già citato articolo quarto mostra di aver presente la possibilità di un abuso del formidabile potere di disciplina dell'esercizio dei diritti conferito alla legge, nel momento in cui si rivolge direttamente al legislatore per proibirgli di limitare quell'esercizio per un qualsiasi motivo, diverso dall'unico consentito, che è rendere possibile l'esercizio di quel medesimo diritto da parte di

tutti i consociati, in tutte le ipotesi in cui uno di essi tenda ad abusare, ad invadere il campo altrui. Così, una limitazione per legge dell'esercizio di un diritto per motivi diversi dall'unico consentito, che è garantire quell'esercizio a tutti i consociati, pone oggettivamente il problema di una legge che comprime illegittimamente i diritti, contro il principio costituzionale contenuto nell'articolo quarto. Una legge presuntivamente incostituzionale.

Cose analoghe si devono dire dell'articolo ottavo, ovvero del divieto della legge penale retroattiva. Lo si sancisce perché evidentemente si pensa che una tale legge possa esistere, e che si debba contrapporre un principio costituzionale che la qualifichi illegittima, a garanzia dei diritti degli individui. Leggiamo del resto nel Titolo I della Costituzione del 1791: « Il potere legislativo non potrà fare leggi che ledano ed ostacolino l'esercizio dei diritti naturali e civili esposti nel presente Titolo e garantiti dalla Costituzione ». Insomma, anche i rivoluzionari pensavano che una legge potesse porsi contro la Costituzione. Essi confinavano però questa eventualità nella dimensione di una patologia della legge, in buona misura di carattere eccezionale. Tenuto conto di tale intrinseca limitatezza della sfera della patologia, per raggiungere un buon livello di garanzia dei diritti non era dunque necessario istituire un apposito meccanismo, ovvero un controllo di costituzionalità. Nella normalità dei casi, e in via ordinaria, i diritti erano al sicuro per il fatto stesso di essere previsti e disciplinati dalla legge, ovvero da quella particolare fonte di diritto che si riteneva essere dotata di quelle virtù che già abbiamo indicato.

Anzi, in questa logica — paradossalmente, dal punto di vista dell'odierno Stato costituzionale — insistere sul controllo di costituzionalità significa indebolire la legge, e dunque anche la garanzia che essa offre. La forza di quella garanzia presuppone infatti la forza della legge stessa, e del suo autore, ovvero del legislatore: ma che dire di un'altra autorità, in ipotesi quella giurisdizionale, dotata con il controllo di costituzionalità del potere di cassare la legge? Non si creerebbe forse in questo caso un'intollerabile contesa per la sovranità, per il diritto all'ultima parola? Che ne sarebbe dei diritti, che si troverebbero in tale situazione privati di un'incontestata autorità garante? Chi li garantirà domani in modo sicuro, il potere che li ha previsti nella legge, o il potere che ha cassato quella legge in nome della costituzione?

C'è poi, in tutta questa vicenda la ben nota diffidenza della Rivoluzione verso i giudici, e in particolare verso la possibile ampiezza dell'operazione che si compie applicando il diritto, e la stessa legge, ovvero verso l'interpretazione. Nella dottrina costituzionale della Rivoluzione vi sono infatti solo due figure: il legislatore che delibera la norma, e il funzionario che la applica. Nel mezzo, terra bruciata. Non c'è spazio dunque in quella dottrina per l'interpretazione, e il giudice è perciò solo uno dei funzionari che applica la legge. L'applicazione della legge deve essere pronta, sicura e soprattutto uniforme, in modo da garantire il valore principale della Rivoluzione, che è quello dell'uguaglianza, nel senso dell'uguale trattamento di tutti da parte della legge. E il giudice deve garantire tale valore, riducendo al minimo il raggio della interpretazione. Tanto meno quel giudice potrà proporsi come strumento del controllo di costituzionalità, entro cui risulta essere ineliminabile proprio il momento della interpretazione, della norma costituzionale e della legge stessa alla luce della Costituzione, ed a partire dai casi concreti che si presentano.

Per concludere, fin troppi erano gli ostacoli sulla via del controllo di costituzionalità. Una visione alta, e estremamente positiva, della legge, un timore diffuso verso la possibilità di un indebolimento della autorità del legislatore, ed infine la mancanza di uno spazio utile per il prodursi efficace di un'attività d'interpretazione della legge da parte dei giudici. Ma il punto forte rimane il primo: le virtù della legge. Del controllo di costituzionalità non c'è bisogno perché l'obiettivo della garanzia dei diritti è già stato raggiunto, con la legge, con quella fonte di diritto che la Rivoluzione intende far trionfare. Si dovrebbe qui risalire — ma lo facciamo solo di sfuggita — ai principi primi, ovvero alla 'natura' dei diritti di cui stiamo parlando. È vero che la Dichiarazione li considera esplicitamente « diritti naturali », e del resto è chiarissima l'ispirazione giusnaturalistica, e lockeana in particolare, dei primi due articoli della Dichiarazione medesima; ma è anche vero che quei diritti esistevano pienamente, per gli stessi rivoluzionari, nel momento in cui erano previsti e tutelati dalla legge. Insomma, per dirla in forma breve, c'era Locke nella Dichiarazione, ma c'era anche Hobbes, ovvero l'idea che i diritti esistevano nel momento in cui un'autorità civile era istituita, ed era sovranamente capace di garantire quei diritti. I diritti

venivano dunque proclamati come un *prius*, anteriore all'autorità politica, ma poi erano considerati come pienamente esistenti solo quando erano previsti e garantiti dalla forza e dalla autorità della legge. Su questa base, ed elidendo definitivamente l'originaria matrice giusnaturalistica, verrà costruito nel diciannovesimo secolo il modello positivistico, che rimarrà dominante in Europa in tutta l'epoca dello Stato legislativo di diritto, fino alla metà del Novecento, quando inizierà la nuova esperienza dello Stato costituzionale, che è poi quella del nostro tempo.

3. *Dopo la Rivoluzione: il modello positivistico e lo Stato legislativo di diritto.*

Per tentare una ricostruzione del 'modello positivistico', e della sua traduzione in termini istituzionali, ovvero dello 'Stato legislativo di diritto', è necessaria una premessa, che serva a chiarire l'ambito nel quale si muove il nostro discorso. Si tratta di un ambito, o di un livello, che può essere individuato attraverso un termine-concetto ben noto tra i giuristi, che è quello di 'forma di Stato'. La forma di Stato — così come noi la intendiamo — precede il regime politico. Ogni regime politico si qualifica in primo luogo alla luce della forma di Stato cui esso appartiene, che esso presuppone. Così, in Europa tra Otto e Novecento abbiamo diversi regimi politici, e più precisamente una Repubblica, la Terza, in Francia, il secondo *Reich* in Germania, una monarchia, ma entro un regime parlamentare, in Inghilterra — per rimanere ai casi principali — ma un'unica forma di Stato, un unico modello dominante, che è quello positivistico, applicato allo Stato legislativo di diritto.

Infatti, ciò che hanno in comune questi diversi regimi politici, siano essi monarchie o repubbliche, siano essi più o meno intensamente parlamentarizzati, è proprio la centralità della legge come massima espressione del diritto dello Stato sovrano, in genere come fonte di diritto, e in particolare come strumento di garanzia dei diritti. Sarà una legge formulata e costruita diversamente in ragione dei diversi regimi politici, sarà una legge espressione della sovranità della nazione, nel caso della Repubblica francese, o una legge espressione di uno Stato sovrano di cui componente essenziale è ancora il principio monarchico, nel caso della Germania, o sarà

infine una legge espressione della tradizione del *King in Parliament*, come fondamento della sovranità del parlamento, nel caso dell'Inghilterra, ma comunque sia si tratterà sempre di riaffermare la centralità della legge dello Stato, come espressione di sovranità, e nello stesso tempo di garanzia; mentre, nello stesso tempo, all'interno della medesima dinamica, la costituzione tenderà a retrocedere sullo sfondo.

Una volta esaurito, e consumato, il lato contrattualistico e giusnaturalistico della Rivoluzione, affidati ormai *in toto* i diritti alla legge, alla costituzione non rimarrà infatti altro che il *frame of government*, la delineazione della forma di governo, intesa come ricerca di equilibrio tra i poteri dello Stato. La costituzione tenderà cioè a divenire integralmente *loi politique*, mentre il diritto assumerà la forma necessaria della legge, perché solo in quella forma il diritto potrà esprimere la sua forza, e costituire così effettiva disciplina dei rapporti tra i consociati, e nello stesso tempo effettiva garanzia dei diritti. E per converso alla costituzione si negherà sempre più il carattere di autentica norma giuridica. Un commentatore dello Statuto albertino, la carta costituzionale vigente in Italia prima della Costituzione repubblicana del 1948, scriverà: « il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli » (2). Ciò che equivaleva a dire: non cercate i diritti nella costituzione, lì potranno esservi solo 'presunzioni', che poi sarebbero 'principi', o 'direttive', rivolte al legislatore, perché questi dia finalmente a quei diritti un sicuro fondamento nella legge, un'autentica 'esistenza giuridica'. Si dovrà allora cercare i diritti, non nella costituzione, ma proprio nella legge, nei codici soprattutto, o nelle leggi che regolano la pubblica amministrazione, perché solo lì è racchiusa la forza dispositiva, l'unica su cui si può fondare in modo sicuro l'attribuzione e la tutela dei diritti. Questo è ciò che caratterizza nel profondo questa epoca dello Stato legislativo di diritto, al di là delle diversità di regime politico: una costituzione cui è negata la qualità di norma giuridica, i cui precetti

(2) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1909, II, p. 34.

possono acquisire quella qualità solo grazie all'interposizione della legge, detentrici monopolista della forza normativa, della effettiva capacità di disciplinare i rapporti tra i consociati, e dunque anche di fondare e tutelare i diritti.

Così, il più acuto tra i giuspubblicisti della Terza Repubblica, Carré de Malberg, affermerà in modo lapidario: « il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione » ⁽³⁾. Una frase secca, che nella sua semplicità racchiude il carattere storico di fondo dello Stato legislativo di diritto. Che in una parola consiste in questo: nel negare alla costituzione la natura, e la qualità, di norma giuridica, negando così che essa possa direttamente disciplinare i rapporti tra i consociati, rendendosi in tal modo applicabile da parte del giudice, anche attraverso, se del caso, il controllo di costituzionalità, con la conseguente disapplicazione, o annullamento, della legge ordinaria contrastante. In sintesi, nell'epoca dello Stato legislativo di diritto il giudice non ha a che fare con la costituzione, perché in quell'epoca la costituzione non è considerata norma giuridica, principalmente perché si ritiene che il suo destinatario non sia l'individuo, il cittadino, singolo o associato, com'è nel caso invece della legge, civile e penale, ma il legislatore e gli altri poteri pubblici, cui la costituzione rivolge direttive, o divieti, come nel caso della legge penale retroattiva, o della riserva di legge, o comunque prescrizioni tese a disegnare un'equilibrata forma di governo. Si potrebbe anche dire, in conclusione: in quella epoca oggetto della disciplina legislativa è la società, nelle sue diverse articolazioni, mentre oggetto della disciplina costituzionale è lo Stato, nella sua unitarietà e come complesso di poteri pubblici.

La costituzione è dunque in questo senso *loi politique*. Non sta più dalla parte della società. Per conoscere su quali principi fondamentali si basi la società europea tra Otto e Novecento bisogna dunque leggere i Codici, soprattutto quello civile, e non le Costituzioni. La costituzione sta ora dalla parte dello Stato, presuppone lo Stato, si esaurisce in sostanza nella regolazione dei poteri dello Stato, della loro attività, nell'individuazione infine dei limiti all'esplicarsi di tali attività. È qui altamente rappresentativa del proprio tempo

⁽³⁾ R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale* (1931), a cura di M. Calamo Specchia, Milano, Giuffrè, 2008, p. 183 e ss.

storico, e certo non solo per la Germania, la definizione di costituzione contenuta nella *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek. Così recita: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di fronte al potere dello Stato » ⁽⁴⁾.

Così, la costituzione non ci dice più su quali principi fondamentali si regge una certa convivenza civile, o quali siano i termini del patto sociale che si colloca alla base di quella convivenza. Insieme ad ogni dottrina dei diritti naturali è ormai recisa del tutto anche la matrice contrattualistica, ben presente ancora al tempo della Rivoluzione. Non c'è bisogno dunque di alcuna costituzione per esprimere il fondamento della convivenza, per la semplice ragione che quest'ultima è data come esistente, è presupposta nella forma storica della nazione rappresentata nello Stato. La costituzione presuppone lo Stato, e dunque non esisterebbe se non vi fosse lo Stato. Essa nasce per organizzare lo Stato, per disegnare la forma di governo, e dunque i rapporti tra i poteri, ma soprattutto per significare dove risiede il principio di sovranità, come esso si esplica, e infine quali limiti abbia, anche in funzione della individuazione dello spazio dedicato all'esercizio dei diritti. Com'è noto, quei diritti, in tal modo collocati, vengono di necessità fondati dallo stesso Jellinek sul concetto di limite all'esplicarsi della potestà sovrana, che in quanto applicato ad una potestà di quel genere non può non essere un auto-limite. Non vogliamo ora riprendere la celebre dottrina jellinekeana della autolimitazione nei suoi termini generali. Vogliamo piuttosto concludere questa parte della nostra relazione con due considerazioni, semplicemente traendo spunto dalla definizione dello stesso Jellinek.

La prima è relativa, ancora una volta, alla scomparsa della società dal campo della costituzione. Si ricorderà che il soggetto della proposizione contenuta nell'articolo 16 della Dichiarazione dell'89 era per l'appunto la « società ». Ora, non c'è più alcuna 'società' nella costituzione. Quest'ultima esiste per regolare lo Stato,

(4) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914³, III, p. 506.

e non per esprimere la società. Nella tessitura della costituzione il *prius* è lo Stato, e non la società. Questa ricompare solo alla fine, e non più in forma collettiva, ma attraverso i singoli individui, ciascuno per proprio conto titolare dei diritti risultanti dal processo di autolimitazione. Sottolineiamo questo aspetto perché sarà questo, della ricomparsa della società, uno dei fili conduttori delle trasformazioni costituzionali che interesseranno il Novecento.

Ma c'è anche una seconda considerazione da formulare. Com'è stato osservato più volte, tutti i diritti pubblici soggettivi che venivano attribuiti all'individuo secondo la costruzione di Jellinek si riducevano in realtà ad uno solo: quello di essere trattati in modo conforme alle leggi vigenti. In altre parole, la garanzia si esplicava su un piano esclusivamente formale, prescindendo del tutto dai contenuti, nel senso che le leggi potevano ampliare o restringere le sfere di libertà degli individui senza limiti di contenuto. Così, l'autolimitazione da parte dello Stato, proprio perché espressione di un potere sovrano, poteva essere ritrattata, magari riducendo la sua portata, e dunque l'ampiezza dell'esercizio di determinati diritti. Che cosa mancava in una costruzione di questo genere? Mancava il concetto stesso d'invulnerabilità dei diritti fondamentali della persona, che tali devono essere, ovvero inviolabili, nei confronti di ogni potere, compreso quello legislativo. Sarà questo un altro dei fili conduttori delle trasformazioni costituzionali del Novecento, di cui tra poco ci occuperemo.

Prima un'ultima osservazione. La dottrina dell'invulnerabilità dei diritti fondamentali stentava ad affermarsi per un motivo molto semplice: quel tempo storico, dello Stato legislativo di diritto, non conosceva la base indispensabile per costruire il concetto stesso d'invulnerabilità, che è storicamente data da un altro concetto, quello di rigidità costituzionale. Infatti, tutte le Costituzioni di questa epoca sono modificabili con una certa relativa facilità. E il motivo è evidente. In quelle Costituzioni non sono enunciati i principi fondamentali caratterizzanti una certa società, un certo tipo di convivenza civile. Essendo principalmente 'leggi politiche', prevarrà per quelle Costituzioni l'esigenza dell'elasticità, del loro adeguamento ai tempi che mutano essenzialmente attraverso procedure parlamentari, magari un po' rafforzate, ma tali comunque da svolgersi pur sempre nel parlamento, perché lì, e non altrove, nel luogo in cui si

deliberava la legge, stava comunque il centro dell'esperienza costituzionale.

Ciò vale per il parlamento repubblicano francese come per il *King in Parliament* inglese, ancora una volta dunque al di là delle differenze di regime politico. Afferma infatti Dicey, con riferimento all'Inghilterra dell'inizio del Novecento: « in primo luogo non si ha alcuna legge che non possa essere modificata dal parlamento, ovvero nel nostro sistema costituzionale le leggi fondamentali o cosiddette costituzionali vengono modificate dallo stesso organo e nello stesso modo delle altre leggi, e precisamente dal parlamento nella sua configurazione di legislatore ordinario »; e perfettamente in linea con tale affermazione si può inoltre esprimere la seguente convinzione: che non esistano « autorità giurisdizionali o di altra natura che abbiano il potere di porre nel nulla una legge del parlamento o di considerarla nulla o incostituzionale » ⁽⁵⁾. Non si vuol dire con ciò che il parlamento inglese possa liberamente mettere nel nulla, o ignorare, il patrimonio di *common law*, ed in particolare i diritti in esso radicati. Si vuol dire però che quel patrimonio è storicamente custodito sì dai giudici, ma in sintonia con il parlamento, che ha il compito di rappresentarlo ed adeguarlo ai tempi nuovi, escludendo quindi che esso possa assumere le vesti della 'super-legge', voluta da un 'super-soggetto', in funzione quindi costituente, per sua natura sovrastante il parlamento. Insomma, in quel tempo storico, neppure nel paese dell'*higher law* si poteva tollerare l'idea della 'legge superiore', in particolare ogni volta che in quella idea fosse contenuto il pericolo della lesione al principio di sovranità impersonato dal parlamento, dalla maestosa figura del legislatore.

Una considerazione conclusiva. L'epoca qui considerata, compresa tra la Rivoluzione e i primi decenni del Novecento, è l'epoca dei Codici e delle Carte costituzionali, ed è rappresentabile sul piano storico come un tempo di progresso moderato, lontano dagli 'eccessi' rivoluzionari, ma anche consapevole della prospettiva, del cammino da percorrere, che era quello proteso alla costruzione della società liberale e borghese. Non si può dunque dire che si tratti di un tempo che dimentica, o mette in un angolo, i diritti, e la questione

(5) A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, ottava edizione, tr. it., Bologna, 2003, p. 76 e ss. e p. 106.

della loro garanzia. È però vero che quei diritti cessano, proprio in questo tempo storico, di essere il *prius* della costruzione giuspubblicistica, cui uniformare il diritto positivamente statuito per via ordinaria. Ora il *prius* è dato proprio da quella norma positiva statale, dalla legge, perché in essa si presume esistente, e rappresentato, il principio di unità politica, e con esso il principio di sovranità, della nazione, dello Stato, o del parlamento, a seconda dei diversi regimi politici. I diritti vengono dopo. O meglio, vengono ad ‘esistenza giuridica’, come recitava uno dei testi che abbiamo citato, solo quando, e nel momento in cui una legge li prevede, li disciplina e li garantisce. Prima vi sono solo delle promesse, o delle proclamazioni, che interessano la storia politica, ma non quella giuridica, interessano anche il legislatore, che comunque deve confrontarsi con tutto ciò che il proprio tempo manifesta, ma non il giudice, che deve solo individuare, leggere e applicare la legge, la norma positivamente vigente.

4. *Le trasformazioni costituzionali del Novecento: lo Stato costituzionale e la garanzia costituzionale dei diritti.*

Il Novecento è tempo di grandi trasformazioni costituzionali, che incidono pesantemente sulla configurazione dello Stato di diritto, producendo il superamento definitivo della forma che esso aveva assunto dopo la Rivoluzione, e che era rimasta dominante fino ai primi decenni del secolo ventesimo. Ciò che viene in gioco è proprio il ruolo della legge come strumento principe di garanzia dei diritti. Decisiva in proposito è l’esperienza dei regimi totalitari, e soprattutto delle guerre e delle politiche di sterminio, che rendono sempre meno possibile la riproposizione nella seconda metà del secolo della immagine della legge come migliore possibile strumento di garanzia dei diritti.

Da questo punto di vista, l’esperienza costituzionale del Novecento ha prodotto un primo effetto: ha consumato in modo probabilmente irreversibile l’immagine della legge necessariamente giusta, dotata per sua natura delle qualità della generalità e della astrattezza, espressione della volontà generale, atto di ragione più che di volontà. Le Costituzioni democratiche ricorrono sì alla riserva di legge in funzione di garanzia dei diritti, rafforzandola anzi, ma appare evi-

dente comunque che il tempo storico è mutato, e che per offrire un'adeguata tutela dei diritti è necessario ora trascendere la dimensione legislativa, scoprendo un parametro ulteriore e superiore, che non può essere altro che quello dato dalla costituzione. La costituzione è così destinata ad estendere il suo raggio d'azione. Da semplice *loi politique*, da mero disegno della forma di governo, da atto che si limita a prevedere il sistema delle fonti di diritto, rinviando in sostanza la funzione di garanzia alla legge, la costituzione pretende ora di acquisire la qualità di autentica norma giuridica, dotata di forza normativa propria, ovvero di quella forza che risulta essere indispensabile proprio per svolgere la funzione di garanzia dei diritti, attraverso il controllo di costituzionalità.

Questo è dunque il senso fondamentale del percorso di trasformazione che la costituzione compie nel passaggio storico dall'epoca dello Stato legislativo di diritto allo Stato costituzionale. È così rappresentabile: da *loi politique* a norma giuridica, dotata di forza propria, che torna ad avere a proprio oggetto la società intera, e come finalità la disciplina dell'insieme delle relazioni tra i consociati, e dell'esercizio dei poteri, pubblici e privati, che in quella società operano. Una volta conquistata una visuale così ampia, la costituzione tende quasi fatalmente a trascendere la mera funzione di garanzia delle singole posizioni giuridiche degli individui, ricalcata sulle più risalenti e tradizionali libertà civili, a partire dalla prima, dalla libertà personale; ed accanto alla garanzia si pone così come ulteriore finalità quella dell'indirizzo, attraverso alcune grandi norme fondamentali di principio — soprattutto nell'ambito del principio di uguaglianza — che pretendono di disegnare il futuro della società democratica, come se la costituzione contenesse la definizione della 'società giusta', ovvero della società da costruire attraverso il processo di attuazione della costituzione medesima, cui tutti i soggetti, ed i poteri, pubblici e privati, sono chiamati a concorrere, proprio in quanto legati dal vincolo costituzionale, da un patto che non è di semplice garanzia, ma anche d'indirizzo, che impegna cioè a cooperare per il conseguimento delle finalità indicate in costituzione. Non una semplice maggiore protezione dei diritti intendono dunque realizzare le costituzioni contemporanee, ma anche qualcos'altro di più intensamente politico, che riguarda il

futuro, e che ben si racchiude nella locuzione latina: *idem sentire de re publica*.

Tuttavia, questo *idem* non può spingersi fino a negare un altro carattere fondamentale dello Stato costituzionale contemporaneo, che è quello pluralistico. Il versante pluralistico dello Stato costituzionale impedisce che la costituzione possa essere concepita come una *Wertordnung* integrale, ovvero come il riflesso normativo di un presunto 'ordine oggettivo', cui conformare di necessità l'esercizio di ogni diritto, di ogni potere. È nella essenza del principio democratico, particolarmente nel tempo dello Stato costituzionale, nel nostro tempo, quella che potremmo chiamare l'indeterminatezza del futuro, ovvero la percezione che il futuro è da costruire, dipende dalle nostre capacità, dalle alleanze e dai conflitti che saremo capaci d'instaurare, di risolvere.

Per usare un linguaggio più vicino al diritto costituzionale, si può affermare che i grandi principi fondamentali proclamati in costituzione, per lo meno in una certa misura, anche nel tempo dello Stato costituzionale si realizzeranno in un modo piuttosto che in un altro, con ampiezza maggiore o minore, a seconda dell'indirizzo politico che sarà chiamato a governare, in conseguenza di una libera competizione per la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza, che è indubbiamente anch'essa espressione di democrazia.

Da quest'altro punto di vista, la costituzione sembra però scivolare rapidamente verso l'estremo opposto, e retrocedere così alla dimensione della mera *Rahmenordnung*, ovvero della cornice che delimita il campo, come semplice garante delle procedure che regolano la competizione, e non più come indicatore prescrittivo del suo esito, e dunque delle finalità fondamentali del vivere collettivo democratico. In questa linea, sulla definizione in concreto di quelle finalità torna a esercitare il suo rilevante peso la libera decisione politica. Soprattutto per significare che neppure lo Stato costituzionale, per quanto possa essere alla ricerca di 'oggettività', può o deve arrivare alla riduzione a zero della discrezionalità politica, e con essa all'annullamento della discrezionalità esercitabile da parte del potere legislativo, irriducibile quindi in democrazia, anche nel nuovo tempo storico, al ruolo di mero potere derivato, predeterminato in tutto dal precetto costituzionale.

Proprio qui soccorre però una considerazione di carattere generale, che riteniamo decisiva per la comprensione dell'identità complessiva dello Stato costituzionale. Se è vero che la costituzione contemporanea non può essere integralmente *objektive Wertordnung*, non può cioè nullificare la dimensione della discrezionalità politica e legislativa, che può e deve rimanere ben viva anche nell'epoca dello Stato costituzionale è anche vero l'opposto, ovvero che la medesima costituzione contemporanea non può essere esclusivamente *Rahmenordnung*, mera norma di procedura, perché in questo modo si contraddirebbe il senso stesso della trasformazione che storicamente si è prodotta alla metà del Novecento, con l'avvento dello Stato costituzionale, che è contrassegnata in modo irreversibile dalla esigenza di legare i diritti, e la loro garanzia, ad una dimensione più profonda di quella politico-legislativa, sottratta alla logica del semplice principio di maggioranza.

Alla fine, se alcuni diritti sono ritenuti nelle Costituzioni democratiche del Novecento 'fondamentali' è proprio perché quei diritti, piuttosto che altri, sono dalla costituzione sottratti alla sfera della libera decisione politica. E lo sono perché non rappresentano solo posizioni giuridiche soggettive di particolare rilievo, ma anche 'principi', o 'valori', che la costituzione ritiene appartenenti al suo nucleo fondamentale, e dunque essenziali per la sua stessa esistenza. È in questo senso profondo che l'epoca dello Stato costituzionale ha posto con forza il problema di una garanzia dei diritti non semplicemente legislativa, che non riduca più quei diritti a un solo diritto fondamentale, quello di essere trattati in modo conforme alle leggi vigenti, com'era ancora nella grande e maestosa ricostruzione di Jellinek. Approdare storicamente ai diritti fondamentali significa proprio questo: svincolare i diritti dalla legge intesa come loro necessaria garanzia di 'giuridica esistenza', impedendo quindi che quella legge li affermi o li neghi liberamente, e fondare i diritti medesimi su una base più solida, che non risulti da una volontà revocabile — com'era nel teorema di Jellinek della autolimitazione — e che viene ora ricercata nella costituzione, intesa come patto fondamentale che comprende, nel suo nucleo essenziale, proprio i diritti fondamentali, in questo senso inviolabili, perché elemento costitutivo di quel nucleo fondamentale che rappresenta la parte della costituzione sottratta al procedimento di revisione.

Dunque, la costituzione democratica del Novecento, che noi consideriamo essere un 'tipo storico' di costituzione, dominante nella epoca dello Stato costituzionale, non può essere, né *Wertordnung* integrale, né mera *Rahmenordnung*. Per questo motivo, lo Stato costituzionale è per sua natura alla ricerca di soluzioni 'medie', che evitino i due estremi, ovvero da una parte la riduzione a zero della discrezionalità politica del legislatore, e dall'altra la riduzione della costituzione a mera norma di procedura, tale da rendere legittima nei contenuti ogni soluzione legislativa. In altre parole, lo Stato costituzionale, da una parte vuole mantenere viva la sfera della discrezionalità politica, ma non fino al punto di consentire al legislatore di trattare liberamente la materia dei diritti fondamentali, e dall'altra parte vuole affermare ed attuare i principi costituzionali, garantendo i diritti fondamentali, ma non fino al punto di costruire una soluzione unica, presunta come 'oggettiva', tale quindi da porsi come obbligatoria, e dunque in contrasto con la vocazione pluralistica dello stesso Stato costituzionale.

Lo Stato costituzionale vive dunque entro questa tensione, che si traduce poi sul piano istituzionale in tensione tra il legislatore, che rivendica uno spazio sufficientemente ampio nella traduzione del principio costituzionale in indirizzo per il governo della società, e la giurisdizione, che tende invece a spostare il medesimo principio costituzionale sul piano oggettivo, traducendolo in norma che possa funzionare da parametro di costituzionalità. A ben vedere, si tratta di due modi, distinti e concorrenti, di concretizzazione del principio costituzionale, l'uno di tipo attuativo, nel momento in cui il principio tende a realizzarsi in una certa direzione in quanto criterio ispiratore della scelta per un certo indirizzo, l'altro di tipo più prettamente applicativo, quando si fa valere in sede giurisdizionale una certa interpretazione del principio medesimo, derivandone una norma da applicare, direttamente o comunque attraverso il controllo di costituzionalità.

L'ordinamento dello Stato costituzionale è certamente assai complesso, come ben si vede. Ben più semplice era l'ordinamento dello Stato legislativo di diritto, dove si aveva un solo protagonista: il legislatore, cui era affidata in via esclusiva sia la garanzia della costituzione, sia la garanzia dei diritti. Il giudice — come abbiamo visto — in quel tempo storico stava due passi indietro, non consi-

derava la costituzione norma giuridica da applicare, non era in qualche modo chiamato dall'ordinamento a sindacare la legge a fini di garanzia. Ora, nello Stato costituzionale la giurisdizione svolge al contrario una funzione di garanzia essenziale, dei diritti e della stessa costituzione, concorrendo in modo decisivo all'opera d'interpretazione e concretizzazione dei principi costituzionali.

Il legislatore però, per suo conto — come pure abbiamo visto — non è ridotto dallo Stato costituzionale alla dimensione di mero potere derivato, e pretende quindi anch'esso di leggere e dotare di significato i principi costituzionali. Per questo motivo, è del tutto fisiologico che nello Stato costituzionale sia sempre attivo uno stato di tensione tra legislazione e giurisdizione, alla ricerca di un confine, per altro per sua natura sempre mobile, al di là del quale si avrebbe, da una parte invasione della giurisdizione nella sfera legittima della discrezionalità politica, e dall'altra parte, per converso, un uso distorto di quella discrezionalità, tale da costituire palese violazione del precetto costituzionale. Nel mezzo, tra i due estremi, si svolge il lavoro ordinario di concretizzazione dei principi costituzionali, che in un quadro di questo genere non può svolgersi altro che in un rapporto di dialogo tra legislazione e giurisdizione.

L'una e l'altra sono infatti parimenti essenziali come modi di concretizzazione, distinti e concorrenti, delle norme costituzionali di principio. Può darsi che nella pratica si verifichino anche situazioni di conflitto tra le due funzioni, con la connessa tendenza dell'una a rivendicare un primato sull'altra, a voler imporre in una determinata questione la cosiddetta 'ultima parola'. Ma nella normalità e nel concreto della sua esperienza istituzionale, lo Stato costituzionale è destinato, proprio per la sua natura storica, a rifiutare la logica del 'primato' e della *suprema potestas*: esso nasce per superare quella logica che nel tempo storico precedente si era incarnata nel legislatore, e si guarda bene perciò dal riprodurre un'altra simile, magari nella direzione opposta, del predominio della giurisdizione. Con l'avvento dello Stato costituzionale diviene improponibile il dominio del legislatore. Ma ciò non accade per instaurare un nuovo dominio, per sostituire quello del legislatore con un altro dominio, per esempio con quello dei giudici. Lo Stato costituzionale non è la via che conduce al cosiddetto 'governo dei giudici'. Lo Stato costituzionale segna piuttosto l'avvento di un tempo in cui non è più

possibile alcun predominio, in cui non è più possibile alcuna *suprema potestas*, in cui ciascun potere vale esclusivamente nelle forme e nei limiti dettati dalla Costituzione, in cui infine il significato di ciascun principio costituzionale non è più dato da un potere per eccellenza, com'era al tempo dello Stato legislativo di diritto, ma dalla interazione tra più poteri, e in particolare dal concorso della legislazione e della giurisdizione.

Così, nella pratica del controllo di costituzionalità può accadere che una legge sottoposta al controllo venga mantenuta in vita a condizione che i giudici ne diano un'interpretazione conforme a costituzione. In questo caso il controllo si risolve in una correzione che in sostanza è funzionale all'esplicazione della volontà legislativa, semplicemente garantendosi contro l'ipotesi che di essa possa essere data un'interpretazione che le attribuisca un significato tale da porla in posizione di violazione netta di un principio costituzionale. Più in generale, il controllo di costituzionalità tende oggi a risolversi in grande misura in sindacato sulla ragionevolezza della legge, che non implica — per lo meno in astratto — invasione dello spazio del merito ove si trova il contenuto politico della legge, bensì ricostruzione dei percorsi che si sono seguiti per esprimere quel contenuto, per verificare se tra i vari beni coinvolti nella decisione legislativa, e costituzionalmente protetti, si sia realizzato un bilanciamento adeguato, attraverso scelte, ed eventuali differenziazioni di trattamento, che risultino essere eque e proporzionate.

In altre parole, la razionalità che s'impone alla legge attraverso il controllo di costituzionalità non è per sua natura, e necessariamente, di tipo etico, o valoriale, come se la giurisdizione potesse pretendere di porsi in questo senso, come custode di quei valori, al di sopra della legislazione. È piuttosto in linea generale una razionalità di tipo discorsivo, che attiene alla correttezza dei processi logici che si sono seguiti nel determinare i contenuti della legge. È quindi qualcosa che aiuta la legge a produrre i suoi effetti normativi, correggendo o eliminando storture, disequilibri, comparazioni, o assimilazioni, o differenziazioni, logicamente irragionevoli.

È tuttavia ben noto come nessuna razionalità sia mai esclusivamente formale e procedurale; e del resto, lo Stato costituzionale nasce — come abbiamo visto — storicamente dal superamento del precedente Stato legislativo di diritto, per affermare il principio della

inviolabilità dei diritti fondamentali, che tali sono, ovvero ‘fondamentali’ e ‘inviolabili’, proprio perché appartenenti al nucleo fondamentale della costituzione, dove si trovano i principi supremi dell’ordinamento, come tali sottratti al procedimento di revisione. In questo senso, lo Stato costituzionale propone veramente una dimensione che si vuole indisponibile da parte dei detentori dell’indirizzo politico; e in questo senso vi è dunque nella esperienza dello Stato costituzionale la ricerca di una razionalità non meramente procedurale, che si traduce in principi sostanziali, la cui tutela è affidata al controllo di costituzionalità, e in generale alla giurisdizione. È però nella natura dello Stato costituzionale l’impossibilità di tradurre tutto questo in presunta ‘oggettività’, nella pretesa di prescrivere un destino obbligato alla comunità politica, che deve rimanere libera, nel quadro costituzionale, di decidere le proprie sorti, la direzione della propria marcia. Ma ciò vuol dire semplicemente che lo Stato costituzionale, per sua natura storica, è condannato a vivere entro questa tensione, tra ricerca di ‘oggettività’ e principio di libera determinazione dell’indirizzo politico, tra principio di unità e principio pluralistico. Non c’è qui una contraddizione da sciogliere, ma una polarità da accettare e mediare.

È dunque per queste tortuose vie che vive l’ordinamento dello Stato costituzionale contemporaneo. Sul piano storico, è importante essere consapevoli della storicità di questo ordinamento, che è frutto delle grandi trasformazioni costituzionali del Novecento. Prima c’era un altro ordinamento, per lo meno in apparenza più semplice perché interamente fondato sul solo pilastro della legge, e in questa stessa misura ritenuto più capace di garantire, proprio con la forza della legge, il valore primario della certezza del diritto. Ora, tutto questo non c’è più. Non c’è più lo ‘Stato’ nel senso della ‘persona che sa ciò che vuole’, che in quanto tale è capace, per sua natura, di garantire la certezza del diritto, e degli stessi diritti. Oggi quella certezza non è più qualcosa che si possa presupporre come presente nella volontà legislativa. Oggi la certezza del diritto è tutta da conquistare nella vita concreta dell’ordinamento, a partire dai principi costituzionali, attraverso la legislazione e la giurisdizione, entrambe essenziali nel lavoro incessante d’interpretazione e di concretizzazione di quei principi. Sbaglia quindi chi sceglie la via dei ‘primati’, dell’una funzione sull’altra. Come abbiamo visto, oggi non

è più il tempo del legislatore sovrano, unico padrone della costituzione. Ma al posto di quel tempo non ne è venuto un altro caratterizzato da nuovi padroni, come si potrebbe superficialmente pensare a proposito dei giudici guardando all'espansione del controllo di costituzionalità ed in genere del loro ruolo. Il tempo non è nuovo semplicemente perché si è cambiato padrone. In verità, è accaduto molto di più. In una parola, è iniziato il tempo della costituzione senza padroni.

4.

L'UGUAGLIANZA COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE (*)

1. Premessa. — 2. Uguaglianza contro Costituzione: la tradizione della costituzione mista. — 3. Uguaglianza nella legge: la Rivoluzione e lo Stato di diritto. — 4. Uguaglianza nella Costituzione: le Costituzioni democratiche del Novecento.

1. *Premessa.*

Oggi, nel nostro tempo storico, che è quello avviato con le Costituzioni democratiche del Novecento, siamo soliti associare in modo stretto ‘uguaglianza’ e ‘costituzione’. Da una parte, una Costituzione democratica non è neppure pensabile come tale senza un forte e definito principio di uguaglianza, dall'altra l'uguaglianza stessa assume la necessaria veste del principio costituzionale, è contenuta nella Costituzione, si realizza per mezzo della Costituzione. La Costituzione ha bisogno dell'uguaglianza per esistere come Costituzione democratica, e reciprocamente l'uguaglianza ha bisogno della Costituzione per realizzarsi. Senza principio di uguaglianza non c'è Costituzione, e viceversa. Il nesso è per noi così auto evidente, così forte e stringente, da sembrare quasi naturale e necessario ⁽¹⁾.

In realtà, non è così. Quel nesso è al contrario storicamente

(*) Si trova in *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del Convegno*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 45-71.

(1) Si veda in questo senso l'esemplare trattazione di L. FERRAJOLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, a cura di A. Galasso, Milano, Angeli, 2007, pp. 15 e ss., che dalla centralità necessaria del principio di uguaglianza nella teoria della costituzione deriva la sua opzione per la costituzione

determinato, frutto specifico di un tempo storico recente, che è per l'appunto quello delle Costituzioni democratiche del Novecento, apertosi circa alla metà del secolo scorso. Prima di quel tempo, che è poi il nostro, entro il quale ci troviamo, 'uguaglianza' e 'costituzione', lungi dall'essere alleate, si sono trovate assai spesso in campi opposti: l'uguaglianza ha infatti a lungo minacciato la costituzione, e questa seconda ha altrettanto a lungo rappresentato un solidissimo argine al diffondersi della uguaglianza medesima. È questa *la prima fase* della nostra storia, precedente la Rivoluzione. Nel suo ambito riscopriremo la principale tradizione costituzionale europea: la tradizione della *costituzione mista*. Una costituzione non scritta, ma non per questo meno prescrittiva, che predicava le virtù della moderazione, dell'equilibrio, della giustizia commisurata alle cose, e che proprio per questo conservava in sé le differenze e le disuguaglianze. Una costituzione che rappresentava in tutta Europa una sorta di *misura ideale*, di fronte alla quale l'uguaglianza tra gli uomini sembrava essere prima di tutto un principio smisurato, fonte di necessario disequilibrio, senz'altro distruttivo dell'ordine giuridico e politico (2).

Quella costituzione era straordinariamente forte e radicata. Fu dunque necessaria la Rivoluzione, per affermare il nuovo principio di uguaglianza. Ma fu anche necessario, proprio per vincere quella difficile battaglia, associare quel principio di uguaglianza al *principio di sovranità*: si è uguali essenzialmente perché si è sottoposti tutti alla legge, alla medesima legge, a sua volta intesa proprio come espressione del principio di sovranità. Sovranità ed uguaglianza irrompono dunque insieme sulla scena costituzionale europea. Ciò che ora importa, per la realizzazione del principio di uguaglianza, è che i parlamenti rappresentativi della nazione sovrana codifichino il diritto in forma generale ed astratta, abolendo i privilegi di antico regime, ed abrogando il vecchio diritto. In questa *seconda fase*, che

europea, contro le tesi che non la ritengono pensabile in assenza di un 'popolo', o di una 'nazione', europea.

(2) La letteratura sulla costituzione mista è assai ampia. È stata utilizzata, ed in parte citata, in M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, *passim*. Un intero fascicolo di « Filosofia Politica » (1/2005) è stato dedicato proprio alla tradizione della costituzione mista, dagli antichi alla Rivoluzione.

inizia con la Rivoluzione, si svolge nel diciannovesimo secolo, e si protrae fino nella prima metà del ventesimo, l'uguaglianza è dunque associata alla legge dello *Stato sovrano*, che si pone nella forma dello *Stato di diritto*. E la Costituzione, dopo la fiammata rivoluzionaria, rimarrà sullo sfondo, rappresentando per lo più il quadro entro cui si dipanava la vicenda della uguaglianza, tutta imperniata sulla legge.

C'è infine *la terza ed ultima fase* della nostra vicenda, che si apre alla metà del secolo ventesimo, con le Costituzioni democratiche del Novecento. È una fase che segna una tappa nuova, e d'importanza fondamentale, nella storia del principio di uguaglianza, per molti motivi. Ne anticipiamo uno, che è quello di carattere più generale, rinviando poi per tutto il resto al paragrafo conclusivo. È questa la fase in cui il principio di uguaglianza entra nella Costituzione, divenendo a tutti gli effetti un *principio costituzionale*. Non è cioè più materia esclusiva dei filosofi, come nella prima età moderna, prima della Rivoluzione, o dei legislatori, come nello Stato di diritto scaturito dalla Rivoluzione. È invece materia per *tutti gli interpreti della Costituzione*, compresi i giudici, che il precedente modello riduceva invece a meri applicatori della legge, e solo in questa chiave garanti anch'essi del principio di uguaglianza. Operare per una corretta attuazione del principio costituzionale di uguaglianza significa dunque concorrere, ciascuno nel proprio ruolo, alla costruzione ed al mantenimento dell'ordine politico e giuridico democratico, che neppure sarebbe pensabile senza quel principio.

Nato su un terreno politico e filosofico, come prefigurazione di una società nuova, eversiva di quella esistente, affidato poi in modo esclusivo alla legge come espressione del principio di sovranità, il principio di uguaglianza è così divenuto un principio costituzionale, che come tale pretende di valere come *norma*, e dunque di lavorare in una direzione costruttiva di ordine, che sarà poi, in concreto, l'ordine costituzionale democratico. Per la tessitura concreta di quell'ordine, a partire dalla metà del secolo scorso, sarà necessario realizzare un'originale combinazione delle diverse componenti della tradizione costituzionale europea. Non si rinuncerà dunque alla legge come espressione del principio di sovranità, ma la si sottoporrà a limiti precisi, recuperando anche il versante più propriamente universalistico, e nello stesso tempo, proprio sul terreno del principio di uguaglianza, si riscoprirà la più risalente radice di stampo

equitativo. Viene così in luce questa speciale vocazione del nostro tempo, che sembra non creare niente di nuovo, ma che finisce per mischiare in modo originale, e spesso inedito, i diversi pezzi di cui si compone la nostra tradizione costituzionale. Torneremo in conclusione su questo punto, che ci offre la possibilità di comprendere determinati caratteri del nostro presente costituzionale proprio attraverso la storia, con gli occhiali della tradizione.

2. *Uguaglianza contro Costituzione: la tradizione della costituzione mista.*

La costituzione è più antica della uguaglianza, per lo meno di quella uguaglianza tra individui astrattamente intesi, che secondo il paradigma giusnaturalistico è alla base della uguaglianza dei moderni, prima intuita sul piano filosofico, e poi proclamata dalla Rivoluzione. Ovviamente, non parliamo di una costituzione determinata, e tanto meno di una costituzione scritta, ma della tradizione costituzionale largamente dominante in Europa prima della Rivoluzione, che è senz'altro quella della *costituzione mista*. La tradizione della costituzione mista ha precise radici nella antichità classica, greca e romana, si sviluppa in una straordinaria pluralità di direzioni nel corso del medioevo e dei primi secoli dell'età moderna, ed è ancora largamente vitale alle soglie della rivoluzione, e forse oltre. Quella tradizione è animata da una grande idea di fondo: che fare, o stabilire, una costituzione significhi essenzialmente *comporre le forze presenti su un certo territorio*, sia esso quello della *polis*, o della *civitas*, o della signoria, o delle più tarde monarchie protonazionali. Comporre significa, a sua volta, ricercare punti di equilibrio, governare con prudenza e moderazione, in modo che ciascuna delle forze presenti sia attratta verso l'interesse comune, prevenendo così l'affermarsi di distruttivi interessi frazionari, e dunque della tentazione di perseguire soluzioni estreme ed unilaterali.

Dentro la costituzione, tutte le forze sono dunque moderate, ma sono anche preservate, proprio perché nessuna di esse può crescere a dismisura a danno delle altre. Ogni forza, dentro la costituzione, accetta di essere limitata, e nello stesso tempo riceve la garanzia della permanenza della sua identità. Così, una monarchia ben temperata, da magistrature di estrazione aristocratica, ma anche in parte elette

dal popolo, è una monarchia in apparenza più debole perché fortemente limitata, ma in realtà più solida, perché costruita in modo tale da non correre il rischio di provocare, in quanto monarchia assoluta, la propria dissoluzione attraverso il suo contrario, ovvero mediante il regime popolare ultrademocratico. La costituzione è per l'appunto quella norma fondamentale, quell'insieme di principi e d'istituzioni storicamente date, che impedisce questo esito rovinoso, mantenendo il baricentro del regime politico sul punto mediano del governo moderato o temperato. Lo stesso accadrà per la repubblica, la cui costituzione mista, che in quanto tale preserva le radici aristocratiche, garantirà stabilità, ed impedirà una corruzione della forma di governo nel senso di una *simple democracy*, che di solito finisce fatalmente per approdare, anche in questo caso, al suo contrario, ovvero a soluzioni autoritarie. Nella tradizione costituzionale europea precedente la rivoluzione la costituzione è dunque associata, spesso sulla base dei testi classici, a *medietas* ed a *firmi-tudo*: è un ideale di moderazione e di stabilità.

È difficile ignorare il peso di questa tradizione in Europa. Sorta in origine nel IV secolo a.C., con le grandi figure di Aristotele e di Platone, verrà ripresa a Roma con Cicerone, in un contesto di dichiarata guerra civile. In quella situazione, la costituzione è lo *status civitatis*, è quella condizione di ideale equilibrio tra le forze che si oppone ai due estremi, alle chiusure oligarchiche come anche agli eccessi popolari ed ultrademocratici. I due estremi nemici della costituzione finiscono fatalmente per congiungersi: l'eccesso oligarchico trasforma la forza positiva della aristocrazia in mera e nuda *factio*, e per parte sua l'eccesso democratico trasforma la forza positiva del popolo in mera e nuda *multitudo*, a sua volta frammentata in fazioni.

Ciò che in questo modo si perde è proprio la costituzione, ovvero il senso della comune appartenenza alla *civitas*, entro cui ogni forza può e deve trovare la misura della sua esistenza politica. Cicerone adopera a questo proposito un concetto che ha il pregio d'introdurci alla nostra problematica della uguaglianza: si tratta della *aequabilitas* ⁽³⁾. La *aequabilitas* di Cicerone non ha però niente

(3) CICERONE, *De re publica*, I, XLV.

a che fare con il principio di uguaglianza dei moderni, che si misura, per lo meno in origine, tra individui, e soprattutto prendendo le mosse dalla grandezza di base dell'individuo astrattamente inteso, così come è raffigurato nelle dottrine giusnaturalistiche a partire dal diciassettesimo secolo. La *aequabilitas* invece non è pensata con riferimento a quella astratta grandezza, ma alla concretezza del rapporto tra le forze, aristocratiche e popolari, che si muovono sul teatro della *civitas*. Se quel rapporto è 'equo', se le forze che compongono la *res publica* conoscono la misura delle loro rispettive pretese, allora la *civitas* ha il suo *status*, allora si ha 'costituzione'. Allora si ha anche, e nello stesso tempo, unità politica e 'popolo', anziché una mera *multitudo*. In questo senso la costituzione si fonda sulla *aequabilitas*, perché senza di essa sarebbe alterato il suo virtuoso carattere misto, ed avremmo una oligarchia antipopolare, o un popolo dominato da uno sfrenato spirito di fazione. Dunque, un regime politico senza costituzione.

Questa radice antica, greco-romana, è d'importanza incalcolabile nella storia costituzionale europea. La riflessione sulla costituzione riprenderà infatti alla fine dell'undicesimo secolo, ma avrà vigore soprattutto a partire dalla metà del tredicesimo con la riscoperta della *Politica* di Aristotele, e con essa del modello stesso di costituzione che sopra abbiamo tratteggiato. Con una variazione però di non poco conto, poiché il mondo medievale non è tempo di mere 'riprese', ma piuttosto di autonome rielaborazioni, per quanto spesso fondate sui testi della antichità. E la variazione consiste in questo: che l'ideale della costituzione mista non si gioca più tanto in orizzontale, come progetto di conciliazione politica e sociale, come nel tempo antico, ma in primo luogo in verticale, per esprimere la necessità di una monarchia moderata, ed in genere di una *potestas temperata*. Serve a distinguere un potere regio legittimo da uno tirannico, serve ad indicare la necessità di un metodo di governo che sia a sua volta 'equo', e soprattutto prudente, nel senso di orientato a riconoscere a ciascuna delle forze presenti sul territorio uno spazio ragionevole e commisurato.

Il mondo antico raffigurava il suo nemico nella *factio*, nella minaccia all'ordine politico generata da una pretesa smisurata ed unilaterale. Il mondo medievale raffigura il suo nemico piuttosto nell'arbitrio parimenti smisurato del governante, che disconosce i

diritti di qualche ceto, di qualche ordine, di qualche luogo. Il medioevo cui pensiamo si riassume nella notissima massima: *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*. Che ancora una volta non deve essere scambiato con un moderno principio democratico. Nella concretezza dei rapporti sociali e politici medievali, il principio significa piuttosto che il monarca, o principe, o governante, non può da solo, sulla base della sua sola prerogativa, alterare l'equilibrio delle forze e delle realtà che compongono il territorio. Il principio impone a quel governante di evocare di fronte a sé, specialmente per decidere su quelle materie che noi chiameremmo di rilevanza generale, un'adeguata rappresentazione del territorio, nella forma del parlamento, di quei parlamenti che in questo tempo stavano nascendo in Europa, ad iniziare ovviamente dal *King in Parliament*, dal modello inglese. Alla base di tutto questo, ed in particolare dell'istituto parlamentare, c'è in questo senso di nuovo la nostra *aequabilitas*, questa volta intesa nel senso di garanzia dell'ordine dato, che esso non venga dal governante arbitrariamente alterato.

È ora impossibile seguire le tortuose piste medievali. E sarebbe anzi un fuor d'opera nel nostro contesto argomentativo. Ma non è possibile non pensare ai modelli più risalenti nel tempo, soprattutto antichi, ma anche medievali, quando leggiamo alcune pagine che ormai già appartengono all'età moderna. È il caso dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, composti da Niccolò Machiavelli tra il 1513 e il 1519. Vi campeggia il concetto di 'civile equalità', che non può non richiamare alla memoria la *aequabilitas* di Cicerone ⁽⁴⁾. Ovviamente si tratta di cose diverse, perché infinitamente diversi sono i rispettivi contesti. Ma nei *Discorsi* troviamo ben più che un residuo della idea antica della *optima res publica* come repubblica capace di temperare le differenze, di comporre in modo proporzionato ed adeguato aristocrazia e popolo, evitando così il ben noto duplice eccesso, in senso oligarchico ed in senso ultrademocratico. L'importanza di questo passaggio è notevole, se si considera il fatto che proprio tramite Machiavelli sarà conosciuto in Inghilterra il

(4) N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, in Id., *Opere*, a cura di S. Bertelli e F. Gaeta, Milano, Feltrinelli, 1960-1969, I, capitoli secondo e cinquantacinquesimo. In proposito, si veda ora P. PASQUINO, *Machiavelli e Aristotele: le anatomie della città*, in « *Filosofia Politica* », 2007, 2, pp. 199 e ss.

modello della costituzione repubblicana romana. Basterà a questo proposito ricordare la straordinaria figura di James Harrington, con il suo *Commonwealth of Oceana*, del 1656 ⁽⁵⁾. Qui ormai la società prospettata è una società nuova, composta di soli individui, che tra l'altro sono anche cittadini elettori. Ma non per questo la repubblica deve dismettere la veste di sempre, quella tradizionale di regime stabile e moderato: così Harrington pone alla base della sua repubblica ideale la legge agraria, che limita il valore delle terre che ciascuno può possedere, in modo da favorire l'estensione massima della proprietà piccola e media, ed evitare così ricchezze smisurate e povertà altrettanto profonde; e la legge elettorale, con la prefigurazione di un bicameralismo che prevede un Senato in cui in qualche modo, con una restrizione maggiore del diritto di voto rispetto alla Camera, è ricostruita una sorta di aristocrazia della repubblica. Ma si tratta di un'aristocrazia virtuosa e moderata, simile a quella che era stata immaginata, e propugnata, da Cicerone.

Tiriamo ora le fila, dopo questo breve giro nella tradizione costituzionale europea. Con Harrington siamo già alla metà del diciassettesimo secolo, ad un passo, o quasi, dall'età delle dichiarazioni dei diritti e delle rivoluzioni. Ed infatti, tutto sta cambiando. Ma ciò non esclude che la costituzione, intesa come *status civitatis*, sia ancora profondamente legata all'ideale, prima antico e poi medievale, della costituzione mista. E dunque, la monarchia avrà una costituzione quando riconoscerà di essere *potestas temperata*, operando di conseguenza, sul piano del governo, mediante l'*auxilium* ed il *consilium* delle assemblee, espressione della componente aristocratica, come anche di quella popolare, e comunque delle istituzioni e delle realtà del territorio; e la repubblica, per parte sua, avrà una costituzione quando sarà capace di mediare in modo virtuoso aristocrazia e democrazia. Saranno così nocivi per la costituzione repubblicana quei privilegi odiosi che pongono obbiettivamente l'aristocrazia contro il popolo, e contro la repubblica stessa, secondo la lezione contenuta nella 'civile equalità' di Machiavelli, che opera però necessariamente, e specularmente, anche nell'altra direzione, perché la rovina della repubblica può venire anche dal-

⁽⁵⁾ J. HARRINGTON, *The Commonwealth of Oceana e A System of Politics*, a cura di J.G.A. Pocock, Cambridge, University Press, 1992.

l'eccesso popolare, di stampo ultrademocratico. Così è nella tradizione costituzionale europea, a partire dalla matrice antica, e fino alle soglie della Rivoluzione ⁽⁶⁾. Dal punto di vista della storia del principio di uguaglianza, c'è dunque una *uguaglianza positiva*, che avvicina gli individui e le forze sociali e politiche, e favorisce così l'unità della *res publica*, e c'è una *uguaglianza estrema*, che nega ogni ruolo della aristocrazia, e che è in sé negativa, assumendo anzi la veste di una vera e propria forza disgregante, che minaccia lo *status civitatis*, la costituzione stessa.

Una comunità politica — sia essa *polis*, o *civitas*, o principato, o regno — perde il suo baricentro, smarrisce il senso del suo essere unitario, se perde consapevolezza del carattere plurale, differenziato e composito, della sua struttura più profonda. Una monarchia porta alla rovina la propria comunità politica se accentra a dismisura i poteri, se espropria alla radice quella comunità dei suoi poteri; ed una repubblica parimenti conduce alla rovina la società stessa se lascia prevalere uno spirito egualitario che in senso unilaterale appiattisce ogni differenza. Che si tratti di una monarchia assoluta, o di una democrazia estrema, l'esito è comunque quello di un corpo sociale liscio ed uniforme, e perciò sostanzialmente privo di ordine, pronto per dissolversi o per essere dominato dall'alto in modo dispotico. Di contro, l'ordine della tradizione, in questa ottica sostanzialmente medievale, è un ordine non uniformante, che anzi presuppone le differenze, e che dunque è pieno di presenze, tra loro commisurate e correlate. L'insieme di quelle correlazioni è la costituzione, che quindi in questo senso presuppone la pluralità, le differenze, le disuguaglianze. La stessa *aequabilitas* da cui abbiamo preso le mosse presuppone questa complessa realtà. Essa ha certamente un contenuto prescrittivo, ma nel senso che ogni forza, ogni cerchia, ogni luogo, compreso entro l'ordine dato, deve avanzare pretese che siano 'eque', commisurate al proprio ruolo, tali da non minacciare l'ordine medesimo, che a sua volta il governante deve rispettare, operando anch'egli in modo altrettanto equo e moderato.

⁽⁶⁾ C'è poi la vicenda della rivoluzione americana, in cui la tradizione repubblicana e quella democratica s'intrecciano in modo originale. Si ricordi in proposito il celebre passo di Madison nel *Federalist*: A. HAMILTON, J. MADISON e J. JAY, *The Federalist*, New York, 1788; tr. it. *Il Federalista*, Bologna, il Mulino, 1997, n. 10.

In questo senso, la nostra *aequabilitas* segna limiti, ed offre perfino garanzie, ma prima di tutto costituisce il fondamento dell'ordine complessivo. Ognuno ha diritto ad un trattamento 'equo', anche di fronte al governante, ma nessuno ha diritto d'immaginarsi diverso da quello che è, e magari uguale all'altro. Se ciò dovesse accadere, la misura sarebbe superata. L'uguaglianza senza differenze si avvierebbe in quello stesso momento a divenire estrema, perdendo irrimediabilmente il suo fondamento equitativo. La costituzione sarebbe gravemente minacciata. Ed all'orizzonte si staglierebbe in modo sempre più nitido la figura del despota, non importa se monarchico o democratico.

Su questo modello sono costruite alcune delle più celebri pagine dello *Esprit des Lois* di Montesquieu, alla metà del diciottesimo secolo. Vi si ritrova per l'appunto il concetto della 'uguaglianza estrema', che Montesquieu descrive come quella situazione in cui il popolo pretende di fare tutto da solo: «deliberare al posto del Senato, eseguire al posto dei magistrati, esautorare tutti i giudici» (7). È evidente che per Montesquieu una tale situazione è storicamente l'esito di una degenerazione. Anziché prendere la via della riforma della costituzione mista, con l'introduzione di una crescente misura di certezza e di legalità, e con la progressiva riduzione dei privilegi nobiliari più odiosi, si vuole, per quell'altra via, demolire la base della costituzione stessa, con il livellamento di ogni differenza, con la negazione di ogni ruolo della aristocrazia e dei corpi intermedi, favorendo in questo modo il dispotismo, che è il fatale punto di arrivo di un processo di questo genere, entro cui i due estremi dell'assolutismo monarchico e della democrazia estrema finiscono per riprodursi specularmente, rinviando continuamente l'uno all'altro. Con Montesquieu si crea dunque la grande contrapposizione: da una parte il governo moderato e bilanciato, che è il

(7) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*; tr. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, UTET, 1965, libro ottavo, che è quello in cui Montesquieu disegna la figura della 'uguaglianza estrema' nel quadro della corruzione delle forme di governo, ed in particolare di quella democratica. La 'uguaglianza estrema' viene qui inoltre contrapposta alla 'libertà politica', che è a sua volta associata alla legge ed alla costituzione, ed è dunque tale da produrre un'uguaglianza ben diversa da quella estrema, che si pone anzi alla base della società politica, in senso costruttivo.

governo costituzionale, e che potremmo già definire ‘di diritto’, dall’altra il *governo dispotico*, che è il governo che potremmo definire ‘ultrapolitico’, perché frutto della rottura dell’equilibrio, e dunque della prevalenza netta ed unilaterale di un principio politico, sia esso ultramonarchico, o ultrademocratico.

Ecco dunque spiegato il titolo di questo paragrafo: «Uguaglianza contro Costituzione». La seconda rappresenta il lato della tradizione, dell’equilibrio e della moderazione. La prima è la forza politica che a partire dal diciassettesimo irrompe sulla scena sociale, politica e costituzionale, europea, minacciando di rompere l’equilibrio. Basterà leggere a questo proposito un testo preziosissimo, non accademico, che è la requisitoria del Procuratore Generale della Città di Ginevra, del giugno 1762, pronunciata contro il *Contratto sociale* di Rousseau, che si conclude con la condanna dell’opera, con il bando del volume, e con l’ordine di strappare e bruciare tutte le copie già circolanti a Ginevra. Quella opera è pericolosa perché contiene un «delirio di libertà», che porta ad attribuire al popolo un potere assoluto, e ad ogni momento esercitabile, di mutare a proprio piacimento, mediante assemblee periodiche, le forme di governo ed i magistrati in carica. Scrive il Procuratore nella motivazione, a proposito del pensiero di Rousseau: «Le leggi costitutive di tutti i governi gli paiono sempre revocabili, non riconosce alcun impegno reciproco tra governanti e governati» (8). Il pensiero del Procuratore non è dunque reazionario. Egli difende piuttosto le ‘leggi costitutive’, la stabilità degli ‘impegni’ che legano governanti e governati, in una parola la costituzione, la stessa che in Montesquieu stava alla base del regime costituzionale, e dunque antidispotico. E la difende contro un pensiero come quello di Rousseau che nella ricostruzione del Procuratore è sostanzialmente un pensiero antigiu-ridico, puramente politico, che mette in pericolo ‘leggi’ ed ‘impegni’, subordinando le une e gli altri ad un potere assoluto, quello del popolo sovrano.

Non vogliamo ora fondare la nostra storia del principio di uguaglianza sulla opinione di un Procuratore. Siamo però convinti

(8) Si vedano le *Conclusioni del Procuratore Generale su due libri intitolati “Il Contratto Sociale e Sull’educazione”*, in J.J. ROUSSEAU, *Il Contratto Sociale*, Torino, Einaudi, 1994, pp. 187 e ss.

che ormai alle soglie della Rivoluzione molti condividevano in Europa una tale opinione. In una parola, l'Europa stava scivolando verso la Rivoluzione, ma nutriva nello stesso tempo un profondo timore verso l'uguaglianza estrema. In fondo, circa un secolo prima, quella uguaglianza era stata non per caso descritta da Thomas Hobbes come *bellum omnium contra omnes*, come una illimitata pretesa di tutti su tutto. È vero che quel pensiero era astratto, e riferito alla immaginaria condizione dello stato di natura. Ma sempre più si nutriva il sospetto che attraverso il grande artificio dello stato di natura si volesse prefigurare la realtà nuova, quella che stava nascendo dalla progressiva demolizione dell'antico regime. E non erano pochi a pensare che quella demolizione dovesse trovare un limite. Che si dovesse certamente seguire la nuova filosofia della uguaglianza tra gli individui, anche fino all'esito della Rivoluzione, ma per ritrovare un nuovo punto di equilibrio, nuove certezze e nuova stabilità.

3. *Uguaglianza nella legge: la Rivoluzione e lo Stato di diritto.*

La Rivoluzione non poteva certo fare a meno del grande argomento dello stato di natura. Sulla uguaglianza tra gli uomini, come tali considerati proprio nello stato di natura, si fondava infatti la critica al diritto diseguale dell'antico regime. « Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti », recitava l'articolo primo della Dichiarazione dei diritti del 26 agosto dell'89, in questo modo condannando irrevocabilmente, con un solo rigo, il diritto di ceto, la complessa ed articolata struttura giuridica di antico regime. Ma ora, cosa accadeva? Questi stessi uomini avrebbero fondato la « associazione politica », come recitava il successivo articolo 2, per meglio tutelare e conservare i loro diritti. Ma lo avrebbero fatto tutti insieme, tra loro su un piano di assoluta parità? E se alla fine tutto si fosse risolto nella affermazione di un potere assoluto di mutare a proprio piacimento i lineamenti della associazione politica, come paventava il Procuratore ginevrino? Si era davvero sicuri di essere all'inizio di un nuovo ordine, o non si stava forse distruggendo il vecchio senza una prospettiva precisa, e magari con il rischio di cadere in una situazione di guerra civile, di *bellum omnium contra omnes*, come nella nota formulazione di Hobbes?

La risposta a queste domande fu ricercata dalla Rivoluzione nella *legge*. Essa compare ben nove volte nella Dichiarazione dei diritti, e sempre in luoghi strategici. È pertanto vero che la Rivoluzione attribuisce i diritti agli individui seguendo il paradigma giusnaturalistico, e dunque secondo il dettato perfettamente equalizzante dello stato di natura, ma è altrettanto vero che quei medesimi diritti divengono concreti, e concretamente esercitabili, solo grazie all'autorità della legge. Nella legge si esprime in primo luogo la sovranità della nazione, che proprio per suo tramite nega ogni autorità particolare, di ogni 'corpo', e di ogni 'individuo' — compreso il re —, come recita l'articolo terzo della Dichiarazione. È dunque il principio di sovranità espresso nella legge che genera la condizione di base necessaria per l'affermazione del principio di uguaglianza, demolendo i privilegi e le autorità particolari che popolavano il paesaggio dell'antico regime. Ma c'è di più. Nel successivo articolo quarto della medesima Dichiarazione, che fonda la moderna riserva di legge, la legge appare come fonte che detiene il monopolio del potere di limitazione dell'esercizio dei diritti, che essa, a sua volta, può esercitare esclusivamente al fine di garantire a tutti l'esercizio del medesimo diritto. Il collegamento tra sovranità della legge e principio di uguaglianza è dunque duplice: guardando al passato consiste nella demolizione dei privilegi, che si attua proprio con lo strumento della legge sovrana, e guardando al futuro consiste nel ruolo di garanzia della legge, che ponendo limiti all'esercizio dei diritti di ciascuno, crea le condizioni perché tutti possano esercitare quei medesimi diritti, perché la libertà di ognuno coesista con la libertà degli altri.

Non c'è dunque Rivoluzione senza uguaglianza. Ma nello stesso tempo non c'è uguaglianza senza legge. La legge è dunque il compimento della Rivoluzione, e tutto ad essa rinvia. Per questo, l'articolo centrale della Dichiarazione è, alla fine, il sesto, che così recita: « La legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere alla sua formazione, personalmente o tramite i loro rappresentanti ». È questo articolo che spiega perché proprio alla legge è affidato il compito di creare la società nuova degli uguali, ed anche di garantirla, ed anche perché dovremmo fidarci così tanto della legge, fino al punto di consegnare ad essa — come abbiamo visto —, e solo ad essa, il formidabile potere

di disciplina e di limitazione dell'esercizio dei nostri diritti. La risposta è semplice: perché la legge, e solo la legge, è « l'espressione della volontà generale ». Essa dunque, sia quando demolisce gli antichi privilegi, sia quando limita l'esercizio dei nuovi diritti individuali, non fa altro che imporre la sua superiore razionalità, che opera su un piano generale ed astratto, e dunque senza favorire, o punire, qualcuno in concreto.

C'è però anche un altro motivo, un'altra risposta. Da questo secondo punto di vista, la 'volontà generale' non rinvia tanto razionalisticamente ai caratteri della legge come fonte di diritto, e principalmente alla sua necessaria generalità ed astrattezza, ma piuttosto alla dimensione dell'atto politico, al principio democratico: dobbiamo fidarci della legge perché noi l'abbiamo voluta, perché non possiamo non fidarci di noi stessi, della nostra stessa volontà. Sotto questo secondo profilo, essa è 'generale' prima di tutto perché tutti i cittadini hanno concorso alla sua formazione, come del resto recita lo stesso articolo sesto. Ora, ciò che nel concreto della Rivoluzione può e deve prodursi è una sorta di equilibrio tra questi due aspetti, tra la legge come *atto razionale* e la legge come *atto politico*. In particolare, la Rivoluzione non può certo abbandonare la dimensione politica, perché non può certo fare a meno della sovranità, del fondamento politico, del principio democratico. Ma non può neppure farla prevalere fino al punto di cancellare del tutto, o quasi, il primo lato, quello più strettamente razionalistico. Se ciò accadesse, la legge apparirebbe come mera espressione di una nuda volontà, come tale sempre mutevole e revocabile. In quel « tutti i cittadini » dell'articolo sesto ritornerebbe così l'immagine di una uguaglianza estrema, come tale incapace di generare ordine. E la Rivoluzione non voleva essere solo il frutto di una volontà, per quanto sovrana, ma anche il compimento epocale di un movimento di progresso, che generava un ordine sociale e politico più giusto di quello precedente, ma anche più sicuro e stabile ⁽⁹⁾.

Quel punto di equilibrio non era facile da individuare. La

⁽⁹⁾ Sul punto, come in genere sulla problematica della uguaglianza nella Rivoluzione, si veda P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Du suffrage universel en France*, Parigi, Gallimard, 1992, tr. it. *La rivoluzione dell'uguaglianza. Storia del suffragio universale in Francia*, Milano, Anabasi, 1994, *passim* e pp. 167 e ss.

Rivoluzione lo ricercò a lungo, e forse non lo trovò mai. In un primo momento, nell'89-91, si pensò, pur non negando ovviamente il principio democratico, di far prevalere l'aspetto della razionalità. Così, l'articolo terzo della Dichiarazione, nel momento in cui afferma la sovranità della nazione, si preoccupa in primo luogo di negare le sovranità particolari, dei 'corpi', e degli 'individui'. Non conta tanto che la legge sia l'effettivo prodotto della volontà del popolo sovrano, quanto che essa sia immune dai vizi particolaristici del passato, e si ponga dunque come atto perfettamente generale ed astratto. Per evitare ogni impurità della legge bisogna anzi limitare il suffragio ai cittadini 'attivi' — secondo la celebre formulazione di Sieyès e della stessa Costituzione del 1791 —, ed organizzarlo in due gradi, con requisiti di censo tutt'altro che irrilevanti per l'eleggibilità al grado di elettore dei deputati, in modo che sia garantito un concorso alla formazione della legge ampio, ma moderato, escludendo coloro che non sembravano in grado di esprimere una volontà libera e sufficientemente meditata.

Non è ora il caso di ripercorrere le vicende successive. Ma è noto come la Rivoluzione non riuscì a fermarsi a questo punto. Anzi, sembrò mostrare a tutti come il principio di uguaglianza fosse dotato di una sorta di meccanismo interno inarrestabile, che lo sospingeva ad estendersi sempre più, quasi negando l'esistenza di un qualsivoglia limite a sé medesimo. Tutte le fonti di cui disponiamo mostrano quanto l'intera Europa fu scossa dallo spettacolo di una Rivoluzione che sembrava non fermarsi più, e progrediva, attraverso la proclamazione della repubblica, la decapitazione del re, l'emanazione di una nuova Costituzione, il suffragio universale maschile, l'inserimento dei diritti sociali, all'istruzione, al lavoro, all'assistenza, nella nuova Dichiarazione dei diritti, del 1793. In una parola, la tanto temuta 'uguaglianza estrema' sembrava divenire realtà.

È questo un passaggio di grande rilievo nella storia del nostro principio di uguaglianza. Ora, la nostra 'uguaglianza estrema' non era più una sorta di ipotesi-limite dei filosofi. Era qualcosa che poteva realizzarsi in modo minaccioso. Ed a molti osservatori sembrava che si avverassero le peggiori previsioni: il predominio della legge in senso politico, come puro atto di volontà del popolo sovrano, con il conseguente smarrimento del suo fondamento razionale, la destrutturazione della rappresentanza politica, con la tra-

sformazione dei deputati in meri mandatari, fedeli e stretti esecutori delle istruzioni ricevute dal popolo, ed al vertice la riduzione della stessa costituzione a mera manifestazione di volontà popolare, come tale incessantemente e liberamente modificabile. La massima estensione del principio di uguaglianza, dal campo civile, a quello politico, ed infine anche sociale, era così da molti associata alla riduzione ai minimi termini di ogni certezza giuridica, e di ogni stabilità politica.

Abbiamo insistito su questo punto perché senza la consapevolezza della complessità della eredità della Rivoluzione si comprende poco della successiva età dello Stato di diritto. Se è vero che la Rivoluzione rimane comunque la stagione per eccellenza delle Dichiarazioni dei diritti, e dello stesso principio di uguaglianza, che in questo senso influenzerà inevitabilmente tutte le fasi decisive, è anche vero che in tutta Europa si pensa di ripartire, dopo la Rivoluzione, temperando gli eccessi, recuperando certezza e stabilità, anche contro la Rivoluzione. E tale recupero avviene prima di tutto sul terreno, ancora una volta, della legge. Ad essa si torna a sottrarre il carattere di atto politico, perché lo si teme. Si scartano così, non solo le soluzioni più radicali, ma anche, in genere, tutte le opzioni di stampo giusnaturalistico e contrattualistico. Da una certa misura del principio di uguaglianza non si torna ormai più indietro, ma nello stesso tempo non si dovrà più commettere l'errore di prendere le mosse dal diritto naturale, per fame derivare una pericolosa 'uguaglianza estrema', estesa dai diritti civili a quelli politici e sociali.

Nel secolo diciannovesimo, che è il secolo dello Stato di diritto e della società liberale e borghese, l'uguaglianza che è necessario affermare è solo ed esclusivamente quella che deriva dalla rigorosa ed uniforme applicazione della legge dello Stato sovrano. In quella legge è contenuto ancora un principio di sovranità della nazione, ma questa, a sua volta, opera ormai solo ed esclusivamente in quanto personificata nello Stato. È dunque lo Stato liberale di diritto, lo Stato nazionale, il vero titolare della sovranità. Prima dello Stato non c'è più alcuna nazione sovrana in cammino, che chiede diritti sempre maggiori. E la legge di quello Stato non ha più l'obbligo di uniformarsi ai precetti del diritto naturale. Non è più quindi spinta a realizzare condizioni sempre crescenti di uguaglianza. È sufficiente

che preveda un'uguaglianza compatibile con lo sviluppo storico della nazione e della società borghese: un buon livello di garanzia dei diritti civili, ma un raggio ancora ristretto dei diritti politici, e poco o nulla sul piano dei diritti sociali.

Ovviamente, sono diverse le soluzioni politiche sul piano nazionale. Il *Rechtsstaat* tedesco è diverso dal parlamentarismo inglese, o da quello francese, o da quello italiano ⁽¹⁰⁾. Ma comune è la civiltà giuridica, che non è più quella della Rivoluzione. Il principio di uguaglianza è ormai racchiuso tutto dentro il principio di legalità, si esaurisce nel diritto di essere trattati tutti in modo conforme alla legge dello Stato. Quel principio sembra aver perduto ogni carica propositiva. Non aspira più ad essere un presupposto vincolante della legge, denso di contenuti prescrittivi. E sembra ridursi ad esito di una corretta ed uniforme applicazione della legge. Il principio di uguaglianza può ancora avanzare, ma solo se lo vorranno i parlamenti, i governi, le maggioranze politiche. La sua estensione eventuale dal campo civile a quello politico e sociale dipenderà ormai esclusivamente dalla lotta politica. Insomma, l'uguaglianza, al di là della legalità, è divenuta una materia puramente politica. Ne trasfonderemo dunque nella legge quella misura, e solo quella misura, che sarà determinata dalla concezione della società che prevarrà nella lotta politica. E siccome, in ultima analisi, la politica liberale è moderata, sarà moderata anche l'uguaglianza.

Un'ultima considerazione, su questo punto. Tutto questo, in realtà, non è altro che manifestazione specifica, sul piano del principio di uguaglianza, di un carattere di fondo dello Stato liberale di diritto, dominante in Europa tra Otto e Novecento. Si tratta della distinzione netta, e rigida, tra diritto e politica. Da una parte il diritto, tutto racchiuso nella legge dello Stato, il principio di legalità, e quella uguaglianza che da esso deriva, e che si esaurisce nel

⁽¹⁰⁾ Qualche indicazione in più in M. FIORAVANTI, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, relazione presentata il 17 dicembre 1998 al Convegno Annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, ora in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1998. Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici* (Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18 dicembre 1998), Padova, Cedam, 1999, pp. 31 e ss.; ed in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, II, pp. 797 e ss.

trattamento di tutti conforme alla legge, dall'altra la politica, libera d'immaginare nel futuro una qualsivoglia società d'individui perfettamente uguali, ma che ovviamente, in quanto mera opzione politica, non può prescrivere alcunché, se non divenendo, a sua volta, maggioranza, e dunque legge. Nel mezzo, *tertium non datur*.

Ma questo, che si trova 'nel mezzo', tra la politica e il diritto, è per l'appunto lo spazio della *uguaglianza come principio costituzionale*. È lo spazio in cui le molteplici opzioni politiche presenti in un certo momento storico trovano il modo d'incontrarsi traducendosi in una grande norma di principio. È quello che era impensabile nella epoca dello Stato liberale di diritto; ed è quello che accadrà con le Costituzioni democratiche del Novecento, tra cui la nostra del 1947. Se si leggono quelle norme di principio — tra le quali spicca proprio l'articolo terzo della Costituzione italiana —, si comprende bene la loro origine politica. Vi si scorgono in controluce le idealità, schiettamente politiche, che stanno alla base di quelle norme. Ma non è meno vero che quegli uomini, e quelle forze politiche e sociali, con quelle Costituzioni, e con le rispettive norme di principio, non volevano certo solo manifestare le loro opzioni politiche. Volevano piuttosto dare una norma alla società democratica che stava nascendo. Cadeva la vecchia separazione tra diritto e politica. Da un'origine esplicitamente politica nasceva qualcosa che voleva essere piena ed autentica norma giuridica. L'uguaglianza, così come è raffigurata nell'articolo terzo della Costituzione italiana, la « pari dignità sociale », l'uguaglianza « senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali », non è più mera perorazione politica, o semplice immaginazione della società del futuro, ma principio costituzionale, e dunque norma giuridica. L'antica e minacciosa 'uguaglianza estrema', che nei secoli passati aveva vissuto solo nel pensiero di qualche filosofo, o in fiammate rivoluzionarie che agli occhi di tutti avevano confermato la sua pericolosità per l'ordine costituzionale, che la stessa civiltà borghese e liberale aveva profondamente temuto, ricacciandola nel campo delle mere opzioni politiche, ben distinte dalla sicurezza offerta dalla legge dello Stato, ora trovava finalmente il suo spazio e la sua misura *dentro la costituzione*, diveniva principio costituzionale. In altre parole, l'uguaglianza, per quanto pensata in termini assai ampi, dal piano civile a quello politico, e sociale, come

nell'articolo terzo sopra ricordato, non era più 'estrema', si stava storicamente riconciliando con la costituzione. E nel momento in cui quella uguaglianza era disegnata con il suo massimo raggio, in quello stesso momento diveniva principio costituzionale, principio giuridico, e dunque norma. Si apriva così una diversa ed ulteriore fase nella storia del principio di uguaglianza.

4. *Uguaglianza nella Costituzione: le Costituzioni democratiche del Novecento.*

L'uguaglianza nella Costituzione è l'uguaglianza del nostro tempo storico, che si apre con le Costituzioni democratiche del Novecento, verso la metà del secolo scorso. Il fatto che l'uguaglianza sia ora nella Costituzione, e che si debba realizzare in conformità al dettato costituzionale, attraverso la legge, ed il sindacato che i giudici svolgono sulla legge medesima, proprio alla luce del principio costituzionale di uguaglianza, ha cambiato completamente il panorama storico complessivo.

Intanto, nelle Costituzioni democratiche di cui discorriamo è contenuto il *principio d'indivisibilità dei diritti fondamentali, civili, politici e sociali*. Non sono quindi più possibili politiche fondate in modo esplicito su una presunta diversa 'natura' dei diritti che compongono il paniere complessivo dei diritti fondamentali. L'articolo terzo della nostra Costituzione è sul punto assolutamente chiaro. Non solo non vi è alcun motivo per considerare il secondo comma di quell'articolo meno prescrittivo del primo, ma si deve anche osservare come il secondo comma, giustamente valutato come la norma-madre in materia di diritti sociali, sia in realtà ispirato proprio da una visione complessiva e coesa dei diritti di cittadinanza, nel senso che gli stessi diritti sociali appaiono essenziali proprio per configurare, e concretamente sostenere, un esercizio pieno dei diritti civili e di quelli politici, e dunque « il pieno sviluppo della persona umana », come recita lo stesso secondo comma ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Ciò significa anche che non sono più possibili interpretazioni unilaterali, né quella iperindividualistica, né quella che in senso opposto vedeva nell'articolo terzo la prefigurazione della 'società giusta', ovvero un futuro normativamente predeterminato. Sul principio costituzionale di uguaglianza sono imprescindibili L. PALADIN, *Il principio*

Una tale generalissima considerazione sposta in modo considerevole la problematica della uguaglianza sul piano storico. Torniamo ora per un attimo alla originaria concezione rivoluzionaria della legge come atto in sé razionale, dotato dei caratteri della generalità e della astrattezza. In quella linea, il principio di uguaglianza è rispettato quando quella legge viene applicata in modo uniforme e rigoroso, tale da non alterare quei caratteri. È lesa ovviamente quando la legge stessa costituisce dei privilegi, ma poiché una tale ipotesi è considerata marginale, data la stretta identificazione rivoluzionaria di legge e ‘volontà generale’, è lesa in concreto soprattutto quando prende campo la libertà dell’interprete, ed in primo luogo del giudice. Per questo motivo, e dunque, ancora una volta, in nome della uguaglianza, tutti i testi normativi della Rivoluzione, ad iniziare dalle Costituzioni, esprimono una sostanziale diffidenza nei confronti dei giudici, presupponendo la necessità di contenere entro limiti rigorosi l’attività d’interpretazione della legge⁽¹²⁾.

Ebbene, un tale modello non può più dominare in modo esclusivo nel tempo attuale, che è il tempo del principio di ugua-

costituzionale di eguaglianza, Milano, Giuffrè, 1965; e A. CERRI, *L’eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976. Più recentemente, si vedano G.U. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1998*, cit., pp. 79 e ss., e la relazione di sintesi tenuta in quel medesimo Convegno da V. ONIDA, *Eguaglianza, legalità e costituzione*, ivi, pp. 261 e ss.; e A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Napoli, Jovene, 1999. Sui diritti sociali, su un piano più specificamente storico, si vedano P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: “Arbeitender Staat” e tradizione solidaristica*, e con riferimento specifico all’Italia repubblicana G. Bongiovanni, *Diritti sociali e giurisprudenza della Corte costituzionale: il rapporto Corte/potere legislativo nel mutamento costituzionale: entrambi in Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, risp. pp. 277 e ss., e 341 e ss. Si veda infine anche G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo “statuto” difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in « Scienza e politica », 24 (2001), pp. 75 e ss.

⁽¹²⁾ Un esempio per tutti: Costituzione del 3 settembre 1791, Titolo III, Capitolo V, articolo terzo: « I tribunali non possono ingerirsi nell’esercizio del potere legislativo, o sospendere l’esecuzione delle leggi, né compiere alcun atto sulle funzioni amministrative, o citare davanti ad essi gli amministratori per ragione delle loro funzioni ». La norma ha ovviamente una sua logica nel contesto della separazione dei poteri, ma è anche espressione di una cultura della diffidenza nei confronti dei giudici che attraversa tutta la Rivoluzione.

glianza come principio costituzionale. Il fatto che in tale tempo i diritti sociali abbiano fatto il loro ingresso nel catalogo dei diritti fondamentali è in proposito decisivo. Ha infatti provocato una situazione in cui il principio di uguaglianza si realizza, non solo trattando in modo eguale coloro che la stessa Costituzione considera uguali, e dunque senza costituire privilegi, sulla scia della tradizione rivoluzionaria, ma anche trattando in modo diverso coloro che oggettivamente sono in una diversa condizione, per la presenza di fatto di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale», che ritroviamo ancora nel secondo comma del nostro articolo terzo. In una parola, il principio di uguaglianza si realizza anche tenendo conto delle differenze.

Nascono così problemi inediti, al culmine dei quali ritroviamo, come al tempo della Rivoluzione, la figura del giudice, questa volta soprattutto nella veste di giudice costituzionale. Ma in direzione opposta, rispetto al tempo della Rivoluzione. Ora, nel tempo storico delle Costituzioni democratiche, è infatti richiesto, proprio dalla nuova strutturazione del principio di uguaglianza, un ruolo ampio della giurisdizione, ed in particolare del controllo di costituzionalità della legge. Sotto questo profilo, chi infatti se non il giudice costituzionale potrà valutare la *ragionevolezza* delle differenziazioni introdotte dal legislatore? E valutare inoltre quando il legislatore ha superato un certo limite, così da determinare una sostanziale *arbitrarietà* di quelle differenziazioni? Si tratta di domande che non sarebbero state neppure proponibili in tempi storici precedenti, nei quali, sulla base del modello rivoluzionario della ‘volontà generale’, differenziare significava automaticamente costituire un privilegio, e dunque senz’altro ledere il principio di uguaglianza. Oggi, nel tempo delle democrazie del Novecento, dello Stato sociale pluriclasse, caratterizzato tra l’altro da una legislazione minuta, spesso di mera risposta ad una precisa problematica di categoria, non solo quelle domande sono lecite, ma sono forse le più pressanti ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Sulla differenza storica tra la legge nel modello dello Stato liberale di diritto e la legge nel tempo successivo delle Costituzioni democratiche e dello Stato sociale, si veda anche F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003. Che poi le differenziazioni create dal legislatore non siano sempre riconducibili alla finalità sociale ai sensi del secondo comma dell’articolo

Se si legge la recente *Relazione del Presidente della Corte Costituzionale*, del 14 febbraio scorso, dedicata a «*La giustizia costituzionale nel 2007*», si scopre che su un totale di 319 decisioni assunte dalla Corte nel 2007 per definire giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale ben 253 hanno visto la presenza dell'articolo terzo come norma costituzionale la cui violazione era stata invocata. Non solo questo. Nella Relazione si dà anche conto come a partire dal principio di uguaglianza si sia sviluppata una giurisprudenza che, passando attraverso il giudizio di ragionevolezza, è arrivata fino a valutare la c.d. «ragionevolezza intrinseca» della legge, che proprio una sentenza del 2007, la 245, definisce in termini di «conformità tra la regola introdotta e la 'causa' normativa che la deve assistere». Ebbene, che cosa è questo se non un giudizio sulla *arbitrarietà* della legge? E come si può svolgere un sindacato di questo genere se non possedendo, da parte della Corte, un qualche modello, per Io meno formale, di 'legge giusta'?

Si può essere d'accordo, o meno. Sul piano storico, ha senso solo mettere in rilievo quanto profonda sia ormai la trasformazione intervenuta rispetto ai modelli della tradizione, quelli rivoluzionari, ma anche quelli dello Stato liberale di diritto. Da una situazione in cui si presumeva quasi in modo assoluto che la legge generasse uguaglianza, ed in cui si diffidava quindi del giudice, che con margini d'interpretazione troppo ampi avrebbe potuto rendere l'applicazione di quella legge meno uniforme, meno rigorosa, si è passati ad una situazione in certo modo inversa, in cui la legge è continuamente cassata, corretta, integrata, interpretata, proprio in nome del principio di uguaglianza, e proprio in sede giurisdizionale. Si deve in altre parole rilevare quanto sia stato decisivo, dentro la trasformazione complessiva, proprio il terreno del principio di uguaglianza. È infatti dal mutamento di quel principio con le ultime Costituzioni

terzo, ma piuttosto alla tutela di meri interessi di categoria, è altro discorso, che attiene ai modi concreti con cui si è realizzato lo Stato sociale, in particolare in Italia. Così come è chiaro che nel caso di una legge che ha la propria *ratio* nella risposta alla pressione di microinteressi di categoria, l'intervento della Corte non potrà che realizzarsi a livello della c.d. 'microuguaglianza', ovvero della puntuale ricostruzione della coerenza normativa di settore. Ma tutto ciò non è altro che manifestazione specifica, e spesso degenerata, della tendenza storica complessiva, che abbiamo considerato nel testo.

democratiche del Novecento che è in buona misura scaturita questa giurisprudenza costituzionale, finendo poi per produrre in prospettiva un cambiamento ancora più complessivo dell'intero assetto costituzionale, dello stesso ruolo della legge, e di quello della giurisprudenza.

Infine, non si può tacere un ultimo aspetto, che ha ancora a che fare con le trasformazioni del principio di uguaglianza, e con il parallelo mutare dell'intero modello costituzionale. Torniamo ancora una volta alla Dichiarazione dell'89. Come già abbiamo avuto occasione di rilevare, la Dichiarazione, animata nella fondazione dei diritti da ideali giusnaturalistici, come tali di carattere universalistico, finiva poi per ricorrere puntualmente alla legge positiva ogni volta che era necessario offrire una garanzia positiva a quei diritti. E dietro quella legge incombeva la sovranità della nazione, ovvero un'appartenenza di tipo specifico e determinato. In tal modo, i diritti contemplati nella Dichiarazione finivano essi medesimi per entrare nel patrimonio di un dato individuo più in quanto appartenente alla nazione, e di essa cittadino, che in quanto semplice uomo, individuo-persona.

Ebbene, è proprio questa l'altra grande questione che si riapre nel nostro tempo storico. Non nel senso di un'immediata e globale rivincita dei diritti dell'uomo, che pare essere allo stato attuale delle cose assai problematica. Ma nel senso di una progressiva messa in discussione del *principio di esclusività*, inteso come criterio di attribuzione dei diritti ai soggetti, dominante nell'epoca degli Stati nazionali sovrani. In altre parole, più che di un ritorno al paradigma del diritto naturale e dell'universalismo dei diritti dell'uomo, più che di una radicale messa da parte del criterio di attribuzione dei diritti per il tramite dell'appartenenza ad una comunità politica, si può e si deve parlare della messa in crisi della versione esclusivistica di quel criterio. Si viene così a configurare, in capo ad un medesimo soggetto, un fascio di diritti, di diversa provenienza, che a lui spettano, non più solo in quanto membro di una comunità politica determinata, in concreto di una nazione e del suo Stato — secondo la tradizionale concezione della cittadinanza come appartenenza ad una nazione-Stato, come *Staatsangehörigkeit* —, ma anche a titolo diverso, in quanto cittadino europeo, se pure di nuovo attraverso la cittadinanza nazionale, o in quanto persona, portatrice come tale di

diritti il cui rispetto sia divenuto per il proprio Stato un obbligo di carattere internazionale, come nel caso del comma primo dell'articolo 117 della Costituzione, proprio di recente reso concreto dalle sentenze n. 348 e 349/2007 della nostra Corte costituzionale, con riferimento alle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Certo, si può ben sostenere che alla fine rimane comunque salvo il criterio monistico e di esclusività dominante nell'età degli Stati nazionali sovrani. In effetti, se i giudici nazionali non applicano il diritto nazionale in contrasto con quello comunitario, non è forse perché il loro Stato si è obbligato con i Trattati a garantire l'uniforme applicazione di quel diritto? Lo stesso vale, in altre forme, per la Convenzione europea sopra citata. Se il legislatore nazionale non può violare i diritti in essa proclamati non è forse perché la Costituzione nazionale, con il suo articolo 117, primo comma, a questo proposito interpretato dalla Corte costituzionale, considera quella Convenzione un « obbligo internazionale », come tale non violabile? Insomma, dietro tutta questa nuova complessità, non c'è forse, di nuovo e sempre, lo Stato nazionale sovrano, che si è liberamente vincolato, proprio in ragione della sua sovranità? Può darsi che sotto questo profilo i conti tornino ancora, rispetto al paradigma dello Stato nazionale sovrano. Ma solo perché si tratta di un profilo molto ristretto, ed anzi decisamente formalistico, nel senso che non tiene conto della realtà storica complessiva. Il punto è che la rinnovata complessità contemporanea del panorama costituzionale non può essere valutata in una tale ottica. È insomma necessario allargare lo sguardo, ed in particolare è più che mai indispensabile, per quella valutazione, il criterio storico. Vi sono in proposito alcuni fatti, che non possono essere ignorati. Li richiamiamo sommariamente.

In primo luogo, si deve constatare lo straordinario ampliamento del ruolo della funzione giurisdizionale, che contraddice in modo clamoroso, proprio sul piano storico, il modello precedente, di origine rivoluzionaria, del giudice come mero applicatore della legge dello Stato sovrano. Già abbiamo accennato alla notevole ampiezza del controllo di costituzionalità, in buona misura determinatasi proprio sul terreno del principio di uguaglianza. Bisogna ora aggiungere, sul piano comunitario, che la necessità continua di confrontare la fonte nazionale con quella comunitaria, compresa l'in-

terpretazione della stessa Corte di Giustizia, ha certamente ampliato gli orizzonti della giurisprudenza; e che tutto ciò è avvenuto tra l'altro in un senso parallelo al controllo interno di costituzionalità, sulla legge dello Stato, nel cui ambito gli stessi giudici sono stati spesso chiamati ad estendere i confini della interpretazione 'adeguatrice', magari proprio per evitare la questione di costituzionalità di fronte alla Corte. Non a caso, si è parlato a questo proposito dell'emergere di un controllo diffuso di costituzionalità, che fa il paio con un parallelo controllo diffuso di 'comunitarietà', della stessa legge dello Stato ⁽¹⁴⁾. Sul piano prettamente storico, non si può non rilevare come il ruolo della giurisdizione tenda a ridursi in quelle fasi in cui domina una concezione monistica dell'ordinamento, come nel tempo storico compreso tra la Rivoluzione e lo Stato liberale di diritto, e tenda invece ad assumere un ruolo centrale in quelle altre fasi in cui l'ordinamento tende a strutturarsi in senso pluralistico, ed in cui i diritti stessi sono da ricondurre ad una pluralità di fonti attributive, com'era nella Europa precedente la Rivoluzione, e come evidentemente torna ad essere nell'odierno panorama costituzionale europeo ⁽¹⁵⁾.

Ma c'è di più. Sulla scia delle sentenze della Corte costituzionale sopra ricordate, n. 348 e 349/2007, avremo questioni di costituzionalità di fronte alla Corte medesima in cui i diritti, la cui lesione da parte della legge dello Stato sia stata lamentata, sono contenuti in norme da leggersi obbligatoriamente alla luce della interpretazione che di esse è stata data da un'altra Corte, ovvero dalla Corte di Strasburgo. Ed alla fine, questo accadrà per garantire il valore di sempre, che è proprio quello della uguaglianza, che non può non derivare dalla uniformità, nel senso della riconducibilità della interpretazione di queste norme ad un'unica Corte. E lo stesso vale, per

⁽¹⁴⁾ Il quadro generale delle tendenze attuali è nitidamente esposto da R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 16.2005, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 63 e ss. Riflessioni interessanti in E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in « Diritto Pubblico », 2007, 1, pp. 155 e ss.

⁽¹⁵⁾ Un ricostruzione storica complessiva si trova in M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e ss..

quanto in forme diverse, per la pretesa del diritto comunitario di valere prioritariamente, anche attraverso la non applicazione del diritto nazionale ritenuto ad esso non conforme. In quella non applicazione è evidentemente contenuta di nuovo la garanzia della uguaglianza, ovvero dell'uguale trattamento normativo dei cittadini europei in quanto tali, che si ottiene per l'appunto anche rimuovendo il diritto nazionale non conforme. Sono vie diverse che ci richiamano ad un'unica realtà, che è quella della costruzione in atto, sul piano sovranazionale, di autentici ordinamenti, che come tali pretendono di valere per l'universalità dei soggetti che vi appartengono.

Ma allora, così stando le cose, si capisce, alla fine, quanto sia sterile l'esercizio che vuole formalisticamente ricondurre tutte queste novità al vecchio paradigma dello Stato nazionale sovrano, attraverso il passaggio della adesione al Trattato, intesa come libera manifestazione di volontà tendente a limitare la propria sovranità, quasi replicando il noto principio della sovrana autolimitazione dello Stato medesimo. In realtà, sta accadendo molto di più. E lo si capisce solo con il criterio storico. Nel senso che sta accadendo qualcosa che non era neppure pensabile nel tempo storico trascorso degli Stati nazionali sovrani. In una parola, sta accadendo che si stanno costruendo *ordinamenti sovranazionali*, e che si tratta di ordinamenti democratici, nel senso che anche per essi non può non valere il principio di uguaglianza. Che poi lo strumento sia quello del diritto comunitario, o dell'obbligo internazionale, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, poco importa. Importa che tutti questi sono strumenti di attribuzione di diritti, e che questi diritti spettano in virtù di un criterio di attribuzione che si colloca su un piano sovranazionale, nel nostro caso europeo. Ovviamente, gli Stati nazionali non scompaiono, come d'incanto. Tutti sappiamo come quegli Stati si siano comunque riservati una sfera intangibile. Nel caso del diritto comunitario, c'è un limite ben noto, che è quello dei principi fondamentali della Costituzione nazionale, che non può in ogni caso essere violato. Ed ancor più chiaro è questo punto nel caso della Convenzione europea, poiché essa può operare come parametro di costituzionalità solo come norma interposta, e dunque solo dopo che si sia accertata la sua conformità alla Costituzione nazionale.

Non siamo quindi di fronte ad una rapida dissoluzione della tradizione costituzionale imperniata sul principio di sovranità proclamato dalla Rivoluzione e successivamente incorporato nello Stato nazionale. Siamo però di fronte ad una fase nuova e diversa, con un panorama che diviene ogni giorno più complesso. Per ciò che riguarda il nostro specifico, del principio di uguaglianza, due sono le trasformazioni che si sono prodotte, e che si stanno producendo. Le abbiamo già incontrate, e le ricapitoliamo in conclusione.

La prima è quella che ha fatto di quel principio un *principio costituzionale*. E le Costituzioni democratiche del Novecento hanno messo al loro centro la *persona*, ovvero un *quid pluris* rispetto all'astratto soggetto di diritto, che tiene conto della concretezza della vita associata, e soprattutto delle effettive condizioni sociali, economiche e culturali, che concorrono a determinare il suo sviluppo ⁽¹⁶⁾. In questo nuovo quadro, sconosciuto allo Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo, si lede il principio di uguaglianza, non solo trattando diversamente gli uguali, ma anche trattando in modo uguale coloro che oggettivamente hanno diverse posizioni sociali, economiche, culturali. La legislazione dello Stato democratico e sociale del Novecento non può dunque essere tutta riconducibile al modello rivoluzionario della legge generale ed astratta. Bisogna però che le differenziazioni che il legislatore introduce rispondano razionalmente ad una causa, e non siano frutto di una volontà arbitraria. Non per caso, è questo, del sindacato sulla legge arbitraria, uno dei principali filoni dell'odierno controllo di costituzionalità, che come tale opera perciò su un duplice versante: quello che mediante la generalità e l'astrattezza della legge evita il costituirsi di concreti privilegi, ma anche quello che mediante una applicazione in senso equitativo della stessa legge evita ingiustizie sostanziali, uniformità inconsapevoli delle differenze. Lo Stato costituzionale di oggi sfugge quindi alla tradizionale opposizione tra concreto ed astratto, o tra particolare e generale, che aveva attraversato tutta la nostra storia, all'interno della opposizione, ancora più grande, tra antico e moderno, tra antico regime e Rivoluzione. Nello Stato costituzionale

⁽¹⁶⁾ Si vedano le recentissime considerazioni di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in «Filosofia Politica», 2007, 3, pp. 365 e ss.

non vi sono più ‘essenze’ che si combattono, e tutto è un problema di misure: nessuna legge può essere così ‘concreta’ da essere obiettivamente costitutiva di privilegi, e nessuna legge può essere così ‘astratta’ da essere dimentica delle differenze, e fonte perciò d’ingiustizie sostanziali. Torna così la figura del nostro presente costituzionale come teatro e luogo di mediazione, che intreccia in modo originale pezzi diversi della tradizione costituzionale: la legge generale ed astratta della Rivoluzione, ma anche la più risalente radice di carattere equitativo.

La seconda trasformazione è quella da ultimo trattata, e riguarda la dimensione della *sovrnazionalità* ⁽¹⁷⁾. Per quanto in modo ancora incerto e contraddittorio, si sta determinando, su quel piano, una vera e propria *seconda uguaglianza*, che deriva dalla appartenenza dei soggetti all’ordinamento sovrnazionale, nel nostro caso quello europeo, o dalla loro semplice qualità di persone, d’individui. La seconda uguaglianza presuppone la prima, che rimane ben salda, poiché gli Stati nazionali non potrebbero mai tollerare una lesione profonda del proprio principio costituzionale di uguaglianza derivante dal piano sovrnazionale. Eppure, a ben guardare, proprio il fatto che si ponga il problema di una seconda uguaglianza dimostra in sé quanto i tempi siano cambiati. Infatti, se gli Stati nazionali fossero rimasti quelli dell’Ottocento e del primo Novecento, neppure si sarebbe posto quel problema. Non bisogna mai dimenticare che nella storia costituzionale europea uguaglianza e sovranità compaiono insieme, legate l’una all’altra a doppio filo. E la sovranità, in quella medesima tradizione costituzionale europea, è unica per definizione. E se la base della uguaglianza non è altro che l’uguale sottomissione alla stessa sovranità, quella uguaglianza, a sua volta, non può essere altro anch’essa che unica.

Ma questo è per l’appunto il maestoso edificio che oggi sempre più mostra evidenti segni di cedimento. Le Costituzioni democratiche del Novecento, come quella italiana del 1948, pur essendo certamente nate come Costituzioni nazionali, erano infatti già in parte oltre quella idea così rigida del principio di sovranità. Così devono essere letti storicamente gli articolo 10 ed 11 della nostra

(17) Su cui si veda in particolare l’ultimo capitolo del volume.

Costituzione. Ed in effetti, le democrazie che sono nate da quelle Costituzioni hanno non per caso intrapreso, per quanto in modo incerto e contraddittorio, la via della sovranazionalità. Altro discorso è quello dell'esito di questa vicenda. Ovvero se quella che noi chiamiamo la 'seconda uguaglianza', che per ora si è costruita attraverso i Trattati, i meccanismi del diritto comunitario, le elaborazioni giurisprudenziali, sia davvero destinata ad approdare anch'essa ad un nuovo principio di sovranità, e dunque a ribadire la regola, di originaria matrice hobbesiana, secondo cui non c'è alla lunga uguaglianza, e comune cittadinanza, senza sovranità. Noi non lo crediamo, e pensiamo piuttosto di essere di fronte ad un presente che sta sfidando alla radice proprio questa regola, con esiti ancora tutti da decifrare. E comunque, si tratta pur sempre di una partita aperta.

I PARADIGMI DELLA MODERNITÀ GIURIDICA E LE COSTITUZIONI DEL NOVECENTO (*)

1. Il paradigma politico e quello economico. — 2. La Costituzione democratica del Novecento e la sua incidenza sulla attualità dei paradigmi tradizionali del diritto moderno.

1. *Il paradigma politico e quello economico.*

Un recente volume, già nel titolo dedicato alla « Metamorfosi del diritto », inizia ponendo le seguenti domande: « Quale posto occupa il diritto nel mondo contemporaneo? È ancora lo strumento di elezione per organizzare la realtà sociale e le relazioni tra uomini e popoli? Se lo è, con quali limiti, quanto sono mutati questi limiti dal suo tradizionale uso moderno? E per quali ragioni? » ⁽¹⁾. Ebbene, noi crediamo che la domanda sulla fine del diritto alluda proprio a questa problematica: in una parola, se il diritto stia nella nostra contemporaneità declinando, o forse solo mutando di forma — la metamorfosi, per l'appunto — o magari addirittura nutrendo l'ambizione di rafforzare il suo ruolo. Si tratta comunque di domande aperte. Non c'è in atto, a nostro avviso, lo svolgersi di alcun destino irreversibile. E dunque, non solo le domande, ma anche le soluzioni sono tutte possibili, e aperte. È, in altre parole, una

(*) Predisposto per il seminario su « Fine del diritto? » organizzato dall'Accademia delle Scienze di Torino (Torino, 4 giugno 2008). Si trova negli Atti dell'Incontro, con il titolo *Fine o metamorfosi?*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 53-63.

⁽¹⁾ A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 3. Al fine di mantenere il carattere di immediatezza proprio dell'originaria forma orale, si rinuncia a qualsiasi indicazione bibliografica che non sia assolutamente essenziale.

questione storicamente determinata, da affrontare su un piano prettamente storico.

Ripartiamo dalle domande poste all'inizio. L'ultima è quella che più ci interessa. La si può riformulare così: quanto è mutata la posizione del diritto nella società rispetto alla sua « classica » e tradizionale configurazione in età moderna? Nel brano citato all'inizio si parla a questo proposito di « tradizionale uso moderno » del diritto. Questo è il punto. In verità, quando siamo spinti a porci domande così impegnative, come quella sulla ipotetica « fine del diritto », è perché in realtà il diritto che abbiamo, o quello che vediamo nascere, non risponde più a quelli che chiamerei i *paradigmi della modernità*, ovvero le grandi narrazioni sulle origini e sui caratteri del diritto moderno che la tradizione della modernità ci ha consegnato. E che ogni giorno fatalmente premono su di noi quando osserviamo la realtà circostante.

Di lì dunque bisogna ripartire, dai paradigmi del diritto moderno. Data la natura di questo intervento, li illustreremo in modo più che sintetico. Ma un loro carattere di base non può comunque essere omissis. Pur avendo quei paradigmi una formazione lunga e travagliata, che percorre l'intera età moderna, in realtà essi sono divenuti tali, ovvero paradigmi, tra Otto e Novecento, al culmine dell'esperienza degli Stati nazionali. Lì, in quel tempo storico, si sono diffuse le grandi narrazioni della genesi dello Stato moderno e del diritto moderno, e in quel medesimo tempo si è dunque formata una dottrina corrente, quasi un senso comune, relativo ai caratteri necessari dello Stato e del diritto. Non credo sia irrilevante sapere che la cultura politica e giuridica che fino ad oggi ha dominato il campo ha un preciso marchio di origine nell'età trionfante degli Stati nazionali e del diritto pubblico statale. E poiché quell'era non è più la nostra, non c'è da stupirsi se con il parametro di quella cultura troviamo nella nostra realtà poco diritto, e ben poco Stato ⁽²⁾.

(2) Dei paradigmi della modernità iniziai ad occuparmi alla fine degli anni Ottanta, nella « voce » *Stato (storia)* per l'*Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, pp. 708-758: essa si trova ora, in forma rivista, con il titolo *Stato: dottrine generali e storiografia*, nel volume *Stato e costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 9-104. Una più recente discussione della problematica è ora nel saggio *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in *Lo Stato moderno di ancien*

Ma quando siamo di fronte a tale constatazione la reazione non dovrebbe essere, come qualche volta accade, quella di ricusare la realtà difforme dal parametro, ma piuttosto quella di mettere in discussione la pretesa del parametro stesso di essere universale, di valere cioè come modello di riferimento in ogni epoca, compresa la nostra. È quest'ultima un'operazione di grande complessità, che scuote certezze inveterate, e che qui non può neppure essere tentata⁽³⁾. Si può però riprendere il filo del nostro discorso, ripartendo dai paradigmi della modernità ed enunciandoli, per mostrare poi gli odierni punti di divergenza, e magari per affidare infine a poche parole conclusive l'aspetto ricostruttivo. Procederemo dunque nell'ordine indicato.

Il primo paradigma che conosciamo è quello che possiamo denominare *hobbesiano*. È quello che lega con forza l'esistenza stessa del diritto al *principio di sovranità*. Più precisamente, il paradigma funziona nel senso di determinare l'origine dell'ordine politico nel riconoscimento collettivo del sovrano. Senza quel riconoscimento la *multitudo* rimane tale, non diviene popolo, e dunque neppure Stato. La sovranità è in questo senso il presupposto necessario per l'esistenza dell'ordine politico, e dunque del diritto stesso. Perciò l'unico diritto possibile è il diritto posto dal sovrano. E sempre per questo motivo il limite al diritto del sovrano non può essere posto che dal sovrano stesso, non può essere frutto altro che di autolimitazione. Se così non fosse, ovvero se un altro diverso dal sovrano potesse limitare il suo diritto, questi sarebbe il vero sovrano, o più probabilmente si sarebbe in quel caso di fronte a un'intollerabile condizione di sovranità sospesa, di non-sovranità, e dunque nell'anticamera della dissoluzione dell'ordine politico, della fine del diritto stesso. Al contrario, fino a che il principio di sovranità è forte, anche il diritto è forte. Storicamente ciò significa che il diritto moderno, in questa linea, è il diritto che si impone come diritto generale e astratto

régime (Atti del convegno di studi, San Marino, 6-8 dicembre 2004), a cura di L. Barletta e G. Galasso, Repubblica di San Marino, 2007, pp. 185-195.

⁽³⁾ Si tratta sostanzialmente di rivedere le immagini ancora dominanti nella ricostruzione della genesi dello stato moderno e del suo diritto. Utili e interessanti riflessioni si trovano in C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*, in « Istor. Revista de historia », XVI (2004), pp. 1-21.

sui diritti particolari, di ceto e di luogo, sul disordine giuridico dell'antico regime. Il paradigma hobbesiano così definito avrà grande fortuna, e concorrerà a sovradeterminare in modo decisivo la « volontà generale » della Rivoluzione francese. Vistosamente amputato della sua originaria fondazione di tipo contrattualistico, presente in Hobbes, quel paradigma sarà poi ben presente nella dottrina dello Stato di diritto dopo la Rivoluzione. Non a caso, la « autolimitazione » dello Stato sovrano come atto di fondazione dei diritti pubblici soggettivi è uno dei punti fermi di quella dottrina, espresso in modo nitido ed esemplare da Georg Jellinek proprio all'inizio del XX secolo.

Veniamo al secondo paradigma. È il paradigma che possiamo definire *weberiano*. È diverso da quello precedente perché colloca l'origine del diritto moderno non tanto, e non più, nella sfera politica della decisione, del superamento del conflitto, ma in quella dell'economia. Il suo luogo di origine non è più nel secolo di ferro, nel Seicento, nelle guerre di religione, ma prima, e si colloca nella *conjuratio* cittadina del basso Medioevo e degli inizi dell'età moderna. La figura-chiave non è più il principe-legislatore, ma è il mercante, che chiede semplificazione dei regimi giuridici, prevedibilità del diritto. È la celebre calcolabilità dell'agire politico e normativo messa in evidenza proprio da Max Weber. Qui il diritto è moderno prima di tutto perché è espressione della nuova economia di larga scala, perché è translocale come quella economia, perché rompe l'immobilismo della società medioevale, il suo culto per il diritto della terra e del luogo. L'esito di questo processo è analogo a quello che consegue all'imporsi del principio di sovranità, ed è per l'appunto un esito di semplificazione, di uniformazione, ma ben diversa è la meccanica interna. Qui la costruzione del diritto moderno procede orizzontalmente, per espansione. Nel paradigma precedente procedeva verticalmente, per espropriazione dei diritti di ceto e di luogo. In questo modo il diritto moderno assume, nel paradigma weberiano, una dimensione più oggettiva, meno politica. In esso si esprime anzi una razionalità che tende a imporsi anche al sovrano, per rendere più prevedibile anche la sua volontà. Il paradigma weberiano è dunque caro a tutti coloro che del processo storico di fondazione del diritto moderno vedono essenzialmente il lato della riduzione dell'arbitrio politico, dell'imporsi di una razio-

nalità oggettiva, prettamente giuridica, di origine economica, e meno il lato tutto politico, più espressione di soggettività, su cui scorre una razionalità che è in primo luogo capacità di prevalere sulle volontà particolari.

Per dirla in modo sintetico: per un verso abbiamo diritto moderno perché abbiamo un sovrano capace d'imporre e di garantire la sua esistenza, per un altro verso abbiamo diritto moderno perché abbiamo un'economia nuova, di larga scala, che chiede misura e prevedibilità dei comportamenti di ognuno, come anche della volontà dello stesso sovrano. Ovviamente, ciò che nei due paradigmi è distinto è invece strettamente congiunto e intrecciato nella realtà storica: non è mai esistita, da nessuna parte, un'origine puramente politica, o puramente economica, dello Stato moderno e del suo diritto. Si può anzi dire che il diritto moderno nasce portando in sé necessariamente entrambi i caratteri, ed essendo quindi sia espressione di sovranità, sia garanzia del limite, della misura. Che cosa è la celeberrima « volontà generale » della Rivoluzione se non tutto questo: da una parte espressione di volontà sovrana, che procede alla demolizione dell'antico regime e delle sue mille volontà particolari, dall'altra parte volontà razionale, che finalmente si sostituisce, in quanto volontà limitata e calcolabile, alla volontà anch'essa particolare, e perciò arbitraria, del sovrano assoluto e dispotico.

Questo è dunque il segreto dello straordinario successo del diritto moderno. Esso è virtuosamente ambivalente: è espressione di sovranità e nello stesso tempo di limitatezza. Offre sicurezza, dell'esistenza collettiva ma anche di quella individuale. Genera uguaglianza, contro le antiche particolarità di ceto e di luogo, ma offre anche garanzie alle nuove individualità della società liberale e borghese. In ultima analisi, il diritto moderno ha successo perché risponde alla pluralità di esigenze, politiche e sociali, che si determinano nel corso dell'età moderna, fino alla Rivoluzione, e attraverso la Rivoluzione fino all'età degli Stati nazionali. Ora, la domanda ritorna a essere fatalmente quella iniziale: che cosa è cambiato rispetto a questo modello, da allora ad ora, nel corso del Novecento?

2. *La Costituzione democratica del Novecento e la sua incidenza sulla attualità dei paradigmi tradizionali del diritto moderno.*

A nostro avviso, l'inizio della trasformazione è proprio alla metà del XX secolo, e coincide con la conclusione dei regimi totalitari e con l'emanazione delle nuove Costituzioni democratiche, come la nostra del 1948. È stupefacente quanto poco si sia compreso, nella storiografia, nelle scienze giuridiche e sociali, nella cultura politica, nelle consapevolezze comuni e diffuse, la portata di questa svolta. Qualche motivo lo si può forse trovare non soltanto nel fatto che la svolta è tutto sommato recente, a noi coeva, e dunque difficile da tematizzare sul piano storico, ma anche nell'atteggiamento dei protagonisti di quel tempo, che ha a lungo accreditato l'idea che svolta vi fosse ovviamente, ma solo rispetto ai trascorsi regimi totalitari e alle insufficienze dei regimi liberali del XIX secolo, ma non sul piano più ampio della *forma storica dello Stato*, che tutto sommato continuava a essere presentato come Stato nazionale in forma di Stato di diritto. Con non poche novità, come il principio autonomistico o il controllo di costituzionalità derivante dalla nuova supremazia della Costituzione, ma per l'appunto presentate come motivi di arricchimento, o di perfezionamento, del patrimonio storico dello Stato nazionale di diritto, e non come punti di avvio della costruzione di una nuova *forma politica*, certo non estranea a quel patrimonio, ma destinata a trasformarlo radicalmente e in qualche modo a superarlo.

Così noi riteniamo che gli ultimi sessant'anni siano quelli in cui abbiamo iniziato a vedere i contorni di questa forma politica, scoprendo di volta in volta, quasi con timore, i punti di divergenza rispetto a quelli che prima abbiamo chiamato i paradigmi della modernità. Ripercorriamoli di nuovo, dal punto di vista del confronto con questa nostra immediata contemporaneità. Il primo punto è ovviamente dato dal principio di sovranità. C'è qui una prima discontinuità rispetto ai modelli della tradizione. Si ricorderà infatti come nel modello hobbesiano solo chi aveva emanato la legge poteva disporre la sua abrogazione, proprio in nome della necessaria unicità e indivisibilità della figura del sovrano. Non è più così dopo l'introduzione del controllo di costituzionalità. Ciò che all'inizio poteva essere concepito come un correttivo rispetto alla tradizione dello Stato di diritto, come se si trattasse semplicemente di soprae-

levare di un piano l'edificio esistente, mantenendolo fermo nelle sue fondamenta, si è rivelato ben altro. Ovviamente, non stiamo dicendo che l'introduzione del controllo di costituzionalità ha scardinato il sistema. Stiamo dicendo che ha messo in discussione il nucleo duro della *tradizione legicentrica* dell'Europa continentale, avviando un nuovo corso. Oggi nessuno si attende più che la legge, per il fatto stesso di esistere, produca uguaglianza, come si pensava nel tempo del dominio del grande mito della « volontà generale », poiché ciò è vero solo per la legge conforme alla Costituzione, soltanto dopo che la Corte costituzionale ha rilevato il suo contenuto non discriminatorio, e perfino la sua intrinseca ragionevolezza, che in una recente sentenza della nostra Corte è definita come la « coerenza tra la regola introdotta e la 'causa' normativa che la deve assistere ». Che equivale a dire: noi non rinunciamo all'idea della legge come fattore di razionalità, ma sappiamo che quella razionalità è da scoprire, sindacare, valutare, correggere, con un intervento della giurisprudenza in proposito decisivo, e certo non compreso nei modelli della tradizione.

Non a caso si è parlato a questo proposito di rinascita dello « Stato giurisdizionale », di *Richterstaat*, o più volgarmente di « governo dei giudici ». Il punto è che se si guarda a tutto questo con gli occhiali della tradizione, si finisce fatalmente per contrapporre il ruolo attivo della giurisprudenza al valore di sempre della certezza del diritto. È, secondo noi, una valutazione profondamente sbagliata. In sintonia con quello che si diceva all'inizio, prima di ricusare la realtà bisogna provare a cambiare gli occhiali. Se lo facessimo, ci accorgeremmo che quell'opera attiva della giurisprudenza lungi dall'intorbidare le placide acque del diritto legiferato, che tra l'altro placide non sono affatto, serve essenzialmente a *costruire diritto*, attraverso la supremazia del principio costituzionale, in tutti i casi in cui la legge contiene disposizioni irragionevoli, che stentano a tradursi in norme, in un *quid* che sia qualificabile come diritto. In altre parole, in molti casi la giurisprudenza non oscura il diritto, ma al contrario salva il diritto. Certo, anche la giurisprudenza può e deve avere i suoi limiti, soprattutto nel contesto di una Costituzione fondata sul principio democratico. Quella che oggi si chiama la *democrazia costituzionale* non può affatto essere intesa come una democrazia senza politica, in cui tutte le grandi questioni sono

giudizialmente definite. La democrazia è per sua natura mobile, e, consiste nella libera competizione per la determinazione dell'indirizzo politico, dunque è fatta di decisioni per loro essenza politiche. Ma quella democrazia non può più pretendere d'altra parte un'illimitata espansione del principio politico che sta alla sua base. Esistono gli organi di garanzia, il ruolo della giurisprudenza, l'inviolabilità dei principi fondamentali della Costituzione. Dunque c'è il diritto. E dunque, per ritornare al nostro tema, non c'è affatto una « fine del diritto » C'è piuttosto una sua metamorfosi, ovvero il suo tentativo di darsi una nuova forma.

Lo stesso vale sul piano esterno, nelle relazioni tra gli Stati. E per ciò che ci riguarda più da vicino, sul piano europeo. Anche in questo caso, nel gesto con il quale il giudice nazionale dispone la non applicazione del diritto nazionale al caso che ha di fronte per contrasto con la fonte europea comunitaria mantenendo fermi gli occhiali della tradizione, non è possibile vedere altro che una lesione del principio di sovranità. Soprattutto pensando a quella certa immagine dello Stato moderno formatasi nel corso di un'incessante lotta tesa ad affermare la propria giurisdizione, unica ed esclusiva, sulle giurisdizioni esistenti ciascuna portatrice del proprio diritto. Per questo motivo si è corsi ai ripari, si è affermato mille volte che quel giudice non può non disapplicare, alla fine, perché il proprio Stato sovrano si è obbligato in questo senso con i trattati europei, riconducendo quindi tutto questo, ancora una volta, alla libera volontà sovrana dello Stato, in un certo senso come ai tempi della fondazione dei diritti sull'autolimitazione dello Stato medesimo. E si è inoltre affermato che questa penetrazione del diritto comunitario non può giungere fino a intaccare il « nucleo fondamentale » delle Costituzioni nazionali. Come dire: ci siamo obbligati, ma non fino al punto di mutare la nostra identità. Siamo, alla fine, gli Stati nazionali di sempre.

In realtà, anche in questo caso si è di fronte a una situazione mossa, già da tempo in movimento, ma ancora distante da un approdo. Ed esiste quindi anche a questo proposito un secondo modo di osservazione, possibile solo dopo aver dismesso gli occhiali della tradizione. Così facendo, si scopre che il giudice che non applica il diritto nazionale, se da una parte indubbiamente contraddice una tradizione che non avrebbe mai ammesso quella pratica,

dall'altra opera in senso costruttivo, per garantire l'esistenza di un nuovo ordinamento, che come tale non può non valere per l'universalità dei consociati che vi appartengono, e dunque per il cittadino europeo in quanto tale, che è tale in questo caso prima ancora di essere cittadino di una nazione. Che poi questo ordinamento non si esprima al momento attraverso una *summa potestas*, che lo imponga verticalmente sui diritti nazionali, non significa altro se non che esso non corrisponde per l'appunto al modello della tradizione, che come sappiamo — considera il principio di sovranità presupposto necessario per l'esistenza stessa di ogni ordinamento. Ma poiché quel modello è storicamente determinato come ogni altro, e non può quindi ambire, come ogni altro, alla dimensione dell'universalità, l'unico approccio che possiamo avere a tutta questa materia è di osservarla come si osserva un ordinamento in via di formazione, senza prefigurare un approdo necessario del processo in corso. Anche in questo caso non abbiamo « fine del diritto », bensì una situazione in divenire, in cui l'aspirazione a generare diritto, a costruire ordinamenti, è anzi ben viva.

Rimane ora da formulare qualche considerazione alla luce del nostro secondo paradigma della modernità, che abbiamo definito weberiano e che ha la sua radice nel mondo dell'economia, piuttosto che in quello della politica. Tutti sappiamo quanto questo paradigma rifletta al meglio la funzionalità del diritto moderno, generale e astratto, alla rottura dell'immobilismo medievale, alla genesi di un'economia di larga scala, e infine alla garanzia dei traffici nella società liberale e borghese. Il Codice civile, a iniziare da quello napoleonico del 1804, rappresenta al meglio questa idea del diritto sistematicamente ordinato, e messo al servizio della nuova economia. Ebbene, seguendo questo secondo profilo dobbiamo porre, anche in questo caso, la medesima domanda: che cosa è mutato a questo proposito nel corso del Novecento? È ancora questo oggi il significato fondamentale del nesso tra diritto ed economia?

A quest'ultima domanda la nostra risposta è seccamente negativa. Qui c'è davvero una grande discontinuità. Come abbiamo già affermato, politica ed economia s'intrecciano necessariamente, in vario modo, nella vicenda storica dello Stato moderno e del suo diritto. Ebbene, oggi per molti versi non è più così. La globalizzazione ha corso in modo infinitamente più rapido sul piano econo-

mico. E ha lasciato indietro di molte miglia il diritto e la politica. La globalizzazione in senso economico è giunta in luoghi e situazioni che non sono attualmente raggiungibili dal diritto e dalla politica, per lo meno nelle forme a noi note dello Stato, della legge, del codice, e perfino della giurisprudenza, a meno che non si tratti del flessibilissimo strumento arbitrale. Certo, si può sostenere che ogni interesse economico, per il fatto stesso di esistere e di volere la sua affermazione, genera prima o poi diritto. Così sarà indubbiamente anche in questo caso. E quindi anche qui non abbiamo, a rigore, « fine del diritto ». Ma rimane il fatto che nessuno aveva mai visto il prodursi di diritto in uno spazio giuridicamente e politicamente così rarefatto.

Una cosa è l'ordinamento sovranazionale europeo, che pure è rappresentabile come una novità più che significativa, ma entro cui ancora il diritto e la politica svolgono, o tentano di svolgere, un ruolo rilevante, altra cosa è una globalizzazione di segno quasi esclusivamente economico, che cerca quindi un assetto che sia semplicemente la riproduzione degli interessi che la spingono avanti. Ebbene, qui c'è un punto in cui finalmente è corretto parlare di possibile « fine del diritto ». È il punto oltre il quale non vi è più bisogno del diritto, non tanto in forma codificata o legislativa, o giurisprudenziale, ma del diritto in quanto tale, così com'è conosciuto dalla tradizione europea e occidentale. Intendiamo dire che oltre quel punto non c'è più bisogno di una vera e propria mediazione giuridica, che nel suo nucleo fondamentale ha una dichiarata natura sapienziale, e ciò che invece si chiede è semplicemente una prestazione, il prodursi di una mera tecnica specialistica, che indichi, per quel momento e per quelle circostanze, la via più breve e comoda per la composizione degli interessi in gioco. Questo è dunque il grande punto critico cui siamo arrivati: *la riduzione della razionalità giuridica a mera razionalità tecnica* ⁽⁴⁾.

(4) Avevo già svolto qualche considerazione in proposito nella relazione all'incontro di studio promosso dalla Società italiana di storia del diritto (Padova, 25-26 novembre 2005), dal titolo *La storia del diritto nella formazione del giurista: il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, a cura di L. Garofalo, Napoli, Jovene, 2007, pp. 85-95. Quelle considerazioni traevano origine anche da un confronto, per quanto molto indiretto, con

Qui, e soltanto qui, c'è l'avvio di una possibile fine del diritto. Non tanto dunque nella crisi della legge dello Stato, o nell'indebolimento progressivo e sempre più marcato del principio di sovranità. Ma piuttosto nel parallelo disporsi degli interessi economici su una scala di fatto non raggiungibile con gli strumenti del diritto e della politica, laddove non c'è più un diritto da costruire, ma soltanto una tecnica da esplicitare. Il diritto ha a lungo combattuto con l'arbitrio politico. Fino a quando esisterà, continuerà questa battaglia. Ma oggi il suo avversario principale non è più quello. Risiede piuttosto nella forza planetaria della tecnica e dell'economia. Ovviamente, neppure questo è un destino. Anche in questo caso si tratta di osservare il processo in corso. Per misurare quanto quel processo sarà avanzato, avremo tra l'altro un metro infallibile. Il diritto si è formato quando si è formato, prima a Roma e poi nel basso Medioevo, lo *Juristenstand*, il ceto dei giuristi, come malamente traduciamo in italiano. Se quel ceto esaurisse la sua funzione, se si trasformasse cioè in un insieme di « esperti legali: », insomma se il diritto non fosse più oggetto di scienza, allora, e solo allora, si potrebbe essere all'inizio di qualcosa di simile alla fine del diritto.

le più recenti tendenze dottrinali racchiuse sotto l'etichetta di « nichilismo giuridico », che sono ora criticamente commentate da M. BARCELLONA, *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in « Rivista di diritto civile », LIII (2007), pp. 769-780.

II.

**I CARATTERI STORICI DELLA
COSTITUZIONE DEMOCRATICA**

1.

STATO E COSTITUZIONE:
L'ESPERIENZA DEL NOVECENTO

1. Premessa: la vocazione del secolo. — 2. Tra le due guerre. — 3. Dopo la Costituzione. — 4. Conclusioni: alla fine del secolo.

1. *Premessa: la vocazione del secolo.*

Il Novecento è in apparenza un secolo spaccato in due: nella prima metà i totalitarismi, le guerre, le politiche di sterminio; nella seconda metà la pace, l'avvento delle nuove democrazie costituzionali, l'avvio della costruzione europea e più in genere della dimensione sovranazionale. In realtà, però, anche il Novecento ha una sua vocazione di fondo, si esprime cioè come concreta esperienza storica seguendo un'ispirazione che lo caratterizza nel suo insieme. Non si tratta di contrapporre all'immagine del secolo spaccato in due un'immagine radicalmente opposta. Rimane infatti vero che alla metà del Novecento, con la caduta dei regimi totalitari, si assiste al prodursi di una cesura autentica, della quale anzi — a nostro avviso — non si è ancora percepita pienamente la profondità. Si tratta piuttosto di comprendere come l'intero secolo sia dominato da un bisogno di fondo: ricercare una risposta plausibile ed efficace alla *crisi dello Stato nazionale di diritto*, ovvero alla crisi di quella forma che lo Stato moderno aveva assunto in modo dominante in Europa dopo la Rivoluzione. La nostra cultura giuridica è ottima testimone, e anche protagonista, di questa ricerca.

Il secolo si apre infatti con numerose manifestazioni d'inquietudine in questa direzione, a iniziare dalla più celebre, ovvero dalla notissima prolusione romaniana del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*; e si chiude nel bel mezzo di un serrato dibattito sulla crisi

dello Stato nazionale, sulla sempre più evidente incapacità della forma politica statale di contenere, e governare, fenomeni, di natura soprattutto economica e tecnica, che si distendono sul piano globale. Nel corso della lunga esperienza novecentesca, diversissime sono state le risposte alla crisi, a partire ovviamente dalla differenza radicale tra la risposta totalitaria e la risposta democratica. Comune però è stata la percezione iniziale, quella di un ordine che è sempre meno tale, per l'appunto dell'esistenza di una crisi, cui occorre porre rimedio. L'intero Novecento vive entro questa inquietudine.

Per ciò che riguarda l'inizio del secolo, ad essere in discussione — proprio come punto di avvio della riflessione sulla crisi — è l'immagine, che si voleva fino a quel momento pacificata e in sé conclusa, della società borghese e liberale: la società del Codice, imperniata sulla proprietà e sulla libertà negoziale, concepita come mero spazio di coesistenza di sfere rigorosamente individuali, e che nella dimensione collettiva, del diritto pubblico, conosceva solo un corpo politico sovrano, impersonato dallo Stato titolare monopolista dei poteri di normazione. Due sovranità piene su due territori rigorosamente separati: l'individuo nel campo del *dominium*, nello spazio dell'appropriazione e dello scambio, e lo Stato nel campo dell'*imperium*, nella dimensione della collettività, dell'appartenenza a un corpo comune, della legittima capacità di coazione. Individualismo e statalismo come dritto e rovescio della medesima medaglia. Nel mezzo, terra bruciata. Il tempo della grande Rivoluzione, che aveva coniato quella medaglia, e della successiva età liberale non era stato in effetti favorevole all'articolazione in senso realistico della dimensione collettiva.

Ebbene, è esattamente da questo punto che si diparte la complessa vicenda del Novecento. Ovvero dalla sempre più inquietante percezione di un evidente scollamento tra una società ideologicamente voluta e immaginata su base quasi esclusivamente individuale, e come tale posta a fondamento della concreta esperienza politica e costituzionale dei Codici e delle Carte dell'età liberale, e una società reale, che premeva, che si organizzava, che si articolava in associazioni, leghe, partiti, sindacati, minacciando nello stesso tempo le due signorie su cui il precedente modello era imperniato, quella dell'individuo e quella dello Stato. Tra Otto e Novecento si stava infatti aprendo il tempo della nuova società di massa, iniziava una fase

completamente nuova nella storia della civiltà industriale e del capitalismo, con problemi altrettanto radicalmente nuovi nell'organizzazione dei fattori produttivi, nel governo dell'economia e dunque nel rapporto stesso tra privato e pubblico, tra economia e diritto. La cultura giuridica era chiamata a prendere atto della trasformazione che prendeva avvio, e perciò a ripensare dalle fondamenta il proprio impegno.

2. *Tra le due guerre.*

Nella più recente storiografia giuridica, la prolusione di Santi Romano del 1909 — anche da noi già ricordata — è individuata come una sorta di manifesto programmatico, teso a sollecitare nella cultura giuridica del tempo una presa d'atto, ritenuta necessaria, della nuova realtà emergente. Effettivamente, nel discorso di Romano quella realtà è presente in modo diretto. È fatta di

federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari [...] società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'a.a. 1909-10 dell'Università di Pisa, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, 1969, p. 12).

Una realtà multiforme, ma che presenta un « carattere comune: quello di raggruppare gli individui col criterio della loro professione o del loro interesse economico » (p. 12).

La società è dunque in movimento: ma si tratta di un arricchimento, o di una minaccia? La risposta di Romano è complessa e articolata. Dipende dalla nozione di Stato moderno che egli possiede, che è poi la nozione dominante nel suo tempo, quella che gli aveva trasmesso Vittorio Emanuele Orlando, il suo maestro. Secondo Romano, lo Stato moderno è « stupenda creazione del diritto », è l'esito di uno sviluppo plurisecolare che ha condotto all'affermazione di un principio di civiltà, divenuto irrinunciabile:

Il principio cioè che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un

potere che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto (p. 7).

Da un simile livello di civiltà giuridica, che è il portato di un progresso plurisecolare — e certo non l'esito della Rivoluzione, che secondo Romano aveva anzi arbitrariamente ridotto e distorto il patrimonio storico insito nella più risalente vicenda dello Stato moderno — non si può e non si deve comunque retrocedere. Per difendere questo patrimonio è necessario porsi con atteggiamento disincantato di fronte al nuovo mondo degli interessi organizzati. Da una parte, bisogna sapere che la minaccia esiste. Esiste cioè il pericolo che quegli interessi si sviluppino e si coalizzino in modo tale da generare una vera e propria decomposizione dello Stato, o comunque un'irreparabile riduzione secca del suo carattere sovrano e impersonale. Nello stesso tempo, proprio per allontanare questa minaccia, si deve operare per inserire la nuova realtà economico-sindacale entro « la solida e severa architettura dello Stato moderno ». C'è tutto un lavoro da compiere in questo senso, anche da parte della cultura giuridica. Per esempio — Romano conclude la prolusione con un accenno in questa direzione — per ripensare l'istituto della rappresentanza, in una linea che egli stesso indica come « rappresentanza degli interessi ».

Non interessano però qui le soluzioni prospettate, ma il quadro complessivo di riferimento, che è prima di tutto di ordine storico-culturale. Romano rappresenta l'inizio di una stagione entro cui sarà sempre meno possibile ignorare quella data realtà emergente nella società. Lo stesso Stato moderno non può permettersi questo lusso. Lasciare che gli interessi economici si organizzino e si consocino in piena autonomia potrebbe avere un effetto esiziale, di decomposizione dello Stato stesso. Bisogna quindi ricondurre quella realtà entro un ordine giuridicamente apprezzabile. Quell'ordine potrà essere più o meno contrattato, o imposto d'autorità — come sarà con il corporativismo durante il regime fascista —, ma sarà comunque un ordine più ampio di quello che era stato consegnato dalla tradizione ottocentesca. Si pone così nei fatti il problema dell'esistenza di *un ordine giuridico oltre lo Stato*.

La stessa opera più celebre di Romano, *L'ordinamento giuridico*, del 1918, alla fine non è altro che il tentativo, tramite la dottrina

istituzionalistica, di reperire un punto di vista autenticamente giuridico su quella società nuova che già egli aveva intravisto, e che non poteva più essere ordinata seguendo i dettami del puro normativismo, adeguato a una società precedente e diversa, quella sottostante al Codice, quella in cui proprietà privata individuale e libertà negoziale ancora dominavano incontrastate. Si proponeva così di allargare lo sguardo, e in effetti ve ne era bisogno.

Basti pensare al relevantissimo fenomeno della legislazione di guerra che imponeva una capacità d'intervento dello Stato nella sfera dei privati prima sconosciuta, introducendo limitazioni alla libertà del proprietario, o vincoli alla libertà negoziale, in nome del criterio della protezione del contraente più debole, per es. in materia di locazioni. Ciò che al momento appariva giustificato dall'emergenza, e che in effetti era portato da leggi speciali, presentate nella veste di eccezioni, di deroghe ai principi contenuti nel Codice, era invece espressione di una trasformazione più complessiva, dalla società liberale a base meramente individualistica alla società di massa, entro cui si sarebbero comunque posti nel futuro, in modo stabile e non più emergenziale, precisi problemi di governo dell'economia.

Più in generale, la nuova realtà sociale ed economica impone alla cultura giuridica la messa in discussione della dogmatica codicistica imperniata sull'assoluta astrattezza del soggetto unico di diritto. Alle spalle del *civis*, figura socialmente indifferenziata ripresa dal soggetto generale e astratto dominante nel modello giusnaturalistico, emerge la figura dell'imprenditore, del titolare dell'impresa, che è a sua volta incontenibile nella dogmatica della proprietà privata individuale intesa come signoria della volontà di un individuo su un bene. Lo stesso si deve dire per il diritto del lavoro, che nasce proprio in questa fase, dall'esigenza di un'autonoma qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, anch'esso non più contenibile nella tradizionale dogmatica del negozio giuridico. In quella linea, chinandosi sempre più sulla concreta realtà del lavoro, si arriverà ad ammettere la necessità del contratto collettivo di lavoro, con una collettività come parte contraente.

Diritto commerciale e diritto del lavoro sono le due direttrici lungo le quali si sviluppa il nuovo diritto civile, governato da una pluralità di regole — legislative ma anche giurisprudenziali, e della

prassi — che si pongono al di là della tradizionale regola codicistica. I nomi sono a tutti noti, e sono quelli di Lorenzo Mossa, di Enrico Finzi, di Francesco Carnelutti, di Filippo Vassalli, di Emilio Betti, di Salvatore Pugliatti, di Tullio Ascarelli. È questa la nuova civilistica, che si dispiegherà soprattutto nel corso degli anni Trenta e Quaranta, quando si produrrà una nuova ondata codificatoria, con l'emanazione dei nuovi codici, civile e di procedura civile. Si tratta di codici certamente voluti dal potere politico del momento — in modo ancora più sensibile, per la loro indubbia ispirazione in senso autoritario, nel caso dei codici penale e di procedura penale del 1931 — ma anche pensati da una robusta scienza giuridica, che tra l'altro si produsse in un'opera di resistenza non indifferente all'introduzione nel codice civile dei cosiddetti principi generali del regime.

La cultura giuridica italiana incontrò poi sul suo cammino — che la conduceva verso approdi nuovi, i quali comunque si collocavano oltre i confini tradizionali della società liberale e borghese — il processo assai travagliato di costruzione dell'ordinamento corporativo, a partire dalla l. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina dei rapporti di lavoro. Nessun dubbio sul fatto che quel processo fosse guidato da una logica seccamente autoritaria, di riconduzione allo Stato dell'articolazione in senso collettivo e associativo della realtà sociale. Eppure, la riflessione sul corporativismo, pur con le sue specificità legate alla contingenza politica del regime, rimane essenziale per comprendere il senso della grande trasformazione che si produce nel corso del Novecento. Quella trasformazione, infatti, non è riducibile a una dimensione meramente sociale, nel senso di una più complessa articolazione in senso pluralistico della società medesima. È una trasformazione che ha anche un significato profondamente politico, in quanto gli interessi non si organizzano in forma collettiva solo per difendere i loro rispettivi spazi, ma anche per premere sullo Stato. Da quando si è aperto quel processo di trasformazione — a nostro avviso ancora in corso — esiste dunque un permanente problema di governo delle dinamiche che di fatto si producono tra Stato e interessi organizzati, tra pubblico e privato, tra politica ed economia. E da quando tutto questo esiste, in effetti esiste il pericolo della tentazione autoritaria, scientemente coltivata durante il regime fascista, ma esiste anche il pericolo opposto, di un dominio degli interessi esercitato in senso frazionale, tale da impedire l'emersione

chiara di una dimensione collettiva in nome del principio di unità politica, dell'interesse generale e comune.

Non per caso, un carattere che tiene unita la nuova civilistica degli anni Trenta e Quaranta è il suo utilizzare categorie inconsuete per il civilista, più legate allo strumentario del giuspubblicista, come 'funzione', o 'discrezionalità'. Nella cultura giuridica, su un terreno che si va facendo sempre più comune, tra pubblico e privato, si va infatti riducendo nello stesso tempo, da una parte l'assolutezza dei poteri del proprietario e della libertà negoziale, ma dall'altra anche l'assolutezza — del tutto speculare — della volontà statuale. Nel 1939 appare il volume di Massimo Severo Giannini sul potere discrezionale, inteso come ponderazione d'interessi plurimi, secondo una concezione sottostante dello Stato che non è più quella compatta e maestosa dello Stato-persona, e che è invece orientata da modelli — che iniziavano a essere anche di provenienza statunitense — che pongono lo Stato al centro di un processo organizzativo complesso, che s'interseca continuamente con la presenza di una pluralità d'interessi rappresentati e organizzati, pubblici e privati.

In quegli stessi anni, sempre in seno alla giuspubblicistica, si andava proponendo anche una nuova dottrina della costituzione, ispirata anch'essa dall'esigenza di ricercare un nuovo principio di unità, posto che la tradizionale raffigurazione di quel principio attraverso la sovranità dello Stato-persona non riusciva ormai più a riflettere una realtà in rapida trasformazione. La nuova dottrina della costituzione seppe ritagliarsi uno spazio proprio sempre più ampio, evitando di allinearsi con una delle due schiere che alla lunga sarebbero state parimenti perdenti: quella dei laudatori del regime, da una parte, e quella dei semplici epigoni della tradizionale dottrina dello Stato sul versante opposto. Anche in questo caso i nomi sono noti: sono quelli di Costantino Mortati, di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito. In particolare, nel caso di Mortati, con la sua celebre dottrina della costituzione in senso materiale, è del tutto trasparente il tentativo di superare i confini della tradizionale impostazione di carattere positivisticò e statualistico. Il problema del principio di unità politica, la cui ricerca rimane comunque imprescindibile, non viene infatti più risolto attraverso la sua statica rappresentazione nella persona dello Stato sovrano, come nella tradizionale dottrina dello Stato, e si pone ora piuttosto su un piano dinamico, come esito

di un processo di governo che nasce nel cuore della società, mediante lo strumento del partito.

La nuova dottrina della costituzione, che si sviluppa soprattutto nel corso degli anni Trenta e Quaranta, muove cioè anch'essa, in significativa sintonia con la nuova civilistica — cui già abbiamo fatto riferimento —, dalla percezione della crisi dell'ordine borghese e liberale, questa volta vista dal lato del diritto pubblico. I problemi del diritto pubblico della metà del Novecento non sono infatti più quelli di un secolo prima, tutti racchiusi nella dimensione dello Stato-persona, della sua sovranità e dei suoi limiti. Ora, il primo problema è quello del *governo*, e prima ancora è quello della costruzione dell'indirizzo politico a partire dalla società, attraverso il ruolo attivo del partito. La raffigurazione di base del diritto pubblico non è così più data dalla nazione personificata nello Stato, ma dalla società che attraverso il partito determina l'indirizzo, il governo. Certo, quando si leggono certe pagine di quegli anni — anche dello stesso Mortati — non si può non pensare alla concreta situazione di allora, ovvero al Partito nazionale fascista e alla possibile declinazione in senso totalitario del nuovo discorso della dottrina della costituzione sul primato del governo, e dello stesso indirizzo politico. Sarebbe però questa una lettura miope. Ciò che caratterizza infatti Mortati e la nuova dottrina della costituzione è il fatto di essersi posti al di là della contingenza politica del regime, su un piano che è quello dell'analisi della trasformazione, in corso nel Novecento, dello Stato moderno europeo, tendente ora ad assumere una forma radicalmente nuova, comunque ben diversa da quella ricevuta dall'età liberale, dall'esperienza del XIX secolo. Vi poteva ben essere — come in effetti vi fu — un esito totalitario di quella trasformazione. Ma la trasformazione medesima non si esauriva in quell'esito, conduceva oltre.

In effetti, nell'immagine che lo stesso Mortati costruisce, di una grande rete di poteri, sia pubblici sia privati, che operano in sintonia, perché partecipi di un medesimo indirizzo fondamentale, era già contenuta l'idea del primato della costituzione. L'idea cioè di una democrazia nuova, che si sarebbe articolata in senso ampiamente pluralistico, ma che nello stesso tempo non voleva perdere il filo di un'identità collettiva comune, non voleva smarrire la dimensione dell'unità. Un'unità non più presupposta, attraverso il principio,

ricevuto dalla tradizione, di sovranità dello Stato-persona, ma costruita su un piano dinamico. Di lì a poco, la nostra dottrina collocherà su quel piano, come carattere primario della democrazia, l'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione.

3. *Dopo la Costituzione.*

La nostra cultura giuridica non era dunque rimasta inerte nella prima metà del secolo. Posta di fronte a fenomeni sociali e politici nuovi, aveva saputo reagire. Posta di fronte al sempre più evidente sgretolarsi della società liberale del Codice, quella cultura si era messa a coltivare campi nuovi, soprattutto in materia d'impresa e di lavoro. E parallelamente, sostanzialmente nella medesima linea, aveva iniziato a intaccare il dogma della sovranità dello Stato-persona, inaugurando una nuova dottrina della costituzione e dell'amministrazione.

I nuovi sentieri non costituivano però ancora la via principale. I protagonisti del rinnovamento avevano gli occhi ben aperti sulla trasformazione in corso, ma non rappresentavano affatto la voce prevalente in seno alla cultura giuridica nazionale. Quest'ultima era infatti ancora dominata dalla forza di due dogmi, difficili da superare: da una parte la configurazione del soggetto di diritto in forma generale e astratta, così come definito nel Codice a partire dal modello giusnaturalistico, e dall'altra parte la legge dello Stato come fonte necessaria di diritto, senza la quale non poteva esistere diritto, e dunque vera e propria forza prescrittiva.

Con la nuova Costituzione tutto cambia di nuovo, ancora una volta. Quanto meno, quei due dogmi vengono seriamente messi in discussione. Da una parte, al soggetto unico di diritto, generale e astratto, si sovrappone ora il soggetto socialmente situato. C'è il lavoro già nel primo articolo della Costituzione. E vi sono le « formazioni sociali » dell'articolo secondo. Nella Costituzione c'è ora — cosa impensabile nelle Carte liberali del XIX sec. — la famiglia, e ancora la salute, l'arte, la scienza, la scuola, l'assistenza, ma anche la fabbrica, il sindacato, la cooperazione, l'iniziativa economica e la proprietà. C'è infine il celebre comma secondo dell'articolo terzo, che guarda in modo esplicito agli « ostacoli » che la società di fatto pone allo sviluppo della persona e alla piena

cittadinanza politica e sociale. In una parola, la società — quella che la nostra cultura giuridica aveva già intravisto nella prima metà del secolo — entra nella Costituzione. O meglio, attraverso la Costituzione la società entra nell'ordinamento giuridico, da cui prima era esclusa: nelle Carte costituzionali, che si limitavano a disegnare la forma di governo e a statuire in modo formale qualche diritto individuale, nei Codici, in cui non era presente la società reale ma solo quella immaginata tramite l'artificio formalistico e giusnaturalistico.

Mentre la società entra nella Costituzione, sull'altro versante si sgretola l'altro dogma consegnato dalla tradizione, quello dell'intangibilità della legge dello Stato come fonte monopolizzante il potere di normazione. È la Costituzione medesima, con la sua stessa esistenza, a incrinare questo secondo dogma. Essa ha infatti un'esplicita origine politica — nasce da un compromesso costituzionale, ma pur sempre realizzato da partiti, nel caso italiano —, non ha alle proprie spalle un'autorità, un potere, che la emana, insomma un qualcosa d'istituzionale che somigli allo Stato della tradizione, eppure assume forza normativa primaria, pretendendo di rappresentare l'indirizzo fondamentale della nascente Repubblica, e nello stesso tempo il criterio di legittimità proprio della legge, che da espressione primaria di sovranità dello Stato si trova ora a essere ridotta — anche se non sarà così — al rango di fonte derivata, legittima nei limiti costituzionalmente previsti.

La cultura giuridica in parte coopera a dare forma alla nuova Costituzione, all'interno dell'Assemblea costituente. In parte, con le sue punte più significative, si batterà anche per l'attuazione della Costituzione negli anni successivi alla sua emanazione — ai nomi già ricordati di Mortati e di Crisafulli si deve a questo proposito aggiungere quello di Piero Calamandrei — ma nel suo insieme tarderà non poco a ricomprendere la rilevanza della Costituzione per l'intera estensione dell'ordinamento giuridico. Del resto, il clima di quegli anni si rifletteva nella celebre sentenza delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione del 7 febbraio del 1948, con cui s'introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, e norme direttive o

meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore una discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Sottostante a tale costruzione vi era la convinzione, certamente assai diffusa, che le norme costituzionali di principio non fossero vere norme giuridiche, e che l'intervento del legislatore fosse pertanto necessario, non solo per dare concretezza al principio costituzionale, ma anche per prestare vera efficacia normativa, operante tra i consociati, a ciò che altrimenti rimaneva una mera opzione di natura tendenzialmente politica, e dunque genericamente programmatica.

Così, la Costituzione galleggiava nel vuoto, e stentava assai ad affermarsi come autentica norma giuridica, posta al vertice dell'ordinamento delle fonti di diritto. Ciò valeva in particolar modo nei confronti dei Codici che il trascorso regime aveva consegnato alla Repubblica, i quali, depurati dalle più evidenti e contingenti incrostazioni lasciate dal tempo della loro emanazione, secondo la parte largamente maggioritaria della cultura giuridica, potevano e dovevano rimanere come Codici della Repubblica, in quanto opera della scienza, frutto di progresso tecnico e, dunque, collocati su un piano di oggettività trascendente la contingenza del regime politico, vecchio e nuovo.

Come sappiamo, c'era del vero in tutto questo, circa il ruolo di rilievo svolto dalla cultura giuridica nella confezione dei Codici. Ma proprio per questo motivo, non vi era dubbio che quella medesima cultura giuridica reputava i Codici come cosa propria, ben più della Costituzione. Questa conteneva principi nuovi, da sperimentare con prudenza, per evitare che potessero d'un colpo scardinare la disciplina codicistica, cui continuava perciò a essere affidata la tutela del principio fondamentale della certezza del diritto, ancora intesa in senso legalistico come meccanismo di pronta, sicura e uniforme applicazione della legge dello Stato.

Si era insomma culturalmente ancora assai lontani dall'affermazione di una vera e propria clausola di supremazia della Costituzione, sul modello statunitense. E soprattutto quella Costituzione disegnava limiti e indirizzi per il legislatore della Repubblica, ma proprio per questo motivo non aveva forza propria nei confronti del legislatore del passato, che era poi quello dei Codici, né operava direttamente con i suoi principi nell'esercizio concreto della fun-

zione giurisdizionale, e dunque direttamente tra i consociati. In una parola, la Costituzione rimaneva ancora nella sua essenza una direttiva per il legislatore, e non una vera e propria norma giuridica, dotata di forza normativa propria.

Si comprende allora bene quale sia stata la rilevanza, entro un quadro di questo genere, della prima sentenza della Corte costituzionale, del 5 giugno 1956, che fece cadere nello stesso tempo entrambi i pilastri su cui fino a quel momento si erano rette le tesi che negavano piena normatività alla Costituzione, ovvero l'impossibilità di sanzionare direttamente le norme entrate in vigore prima della Costituzione — i Codici, di nuovo, ma non solo — e la natura non immediatamente precettiva di molte norme costituzionali, e soprattutto delle norme di principio. Nasceva da quella sentenza *una nuova dimensione della normatività*, fondata sui principi della Costituzione, intrinsecamente diversa da quel tipo storico di normatività dato dalla forma legislativa statale, che aveva raggiunto il suo culmine tra Otto e Novecento, nell'età dei Codici.

Se ne accorsero quasi subito gli stessi giudici, fino a quel momento relegati dal modello codicistico allo svolgimento di un ruolo modesto, di mera applicazione al caso concreto della legge dello Stato. Così, la mozione conclusiva di un noto Congresso dell'Associazione nazionale magistrati — il XII, del 1965 — rivendicherà con forza, come intrinseco all'esercizio della funzione giurisdizionale, il potere-dovere d'interpretare la legge in conformità al dettato costituzionale, e di rinviare all'esame della Corte costituzionale quella legge di cui non sia possibile la riconduzione alla Costituzione mediante gli strumenti dell'interpretazione. La mozione è buona testimonianza del fatto che in quei dieci anni — dalla metà degli anni Cinquanta alla metà degli anni Sessanta — si stava formando un vero e proprio circuito giurisdizionale entro cui la Costituzione viveva concretamente penetrando sempre più per questa via nelle pieghe e nelle ramificazioni dell'ordinamento. Il vecchio positivismo legislativo che avrebbe voluto una Costituzione rivolta esclusivamente al legislatore, e una funzione giurisdizionale che continuava a essere sostanzialmente mera applicazione della legge, era ormai smentito e battuto.

Con gli anni Settanta, il processo di attuazione della Costituzione giunge al suo apice. C'è un ruolo della giurisprudenza che va

sempre più consolidandosi. E c'è un'ondata legislativa, con l'istituzione delle Regioni, lo Statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro, il referendum, il servizio sanitario nazionale, la riforma del diritto di famiglia, e un'altra serie di riforme, tutte complessivamente ispirate dalla Costituzione, tutte riconducibili al disegno costituzionale, e in particolare al principio di uguaglianza. Anche per la cultura giuridica, in questo nuovo contesto, sono questi gli anni della scoperta della Costituzione. È così per la stessa giuspubblicistica — nel diritto costituzionale e nel diritto amministrativo — che proprio in questi anni più intensamente riflette sui lasciti di quel paradigma statocentrico la cui dominazione non si era affatto esaurita con l'avvento della Costituzione democratica. È così nella civilistica che finalmente avvia una revisione delle proprie categorie — dalla proprietà al contratto, dalla responsabilità all'impresa — alla luce dei principi costituzionali. Per non parlare del diritto del lavoro, che a contatto con lo Statuto — ma non solo — ha ora la sua stagione più alta, di sua più marcata fondazione nei principi costituzionali. Infine, in questi medesimi anni anche in seno alla penalistica si produce un rilevantissimo tentativo di valorizzazione della Costituzione quale fondamento ultimo di legittimazione dell'esistenza stessa dell'illecito penale, quale indicazione prescrittiva dei beni giuridici per loro natura meritevoli di tutela penale.

A ripensare ai difficili anni Cinquanta, sembrava una battaglia vinta. Ma non era così. Vi è stato un seguito. Rimane in effetti ora da gettare uno sguardo oltre gli anni Settanta, fino a noi.

4. *Conclusioni: alla fine del secolo.*

Torniamo per un attimo all'emanazione della Costituzione. Gli storici dell'economia inseriscono quel momento in un contesto di economia regolata, entro un ciclo dominato dalla preoccupazione per i fallimenti dei mercati, un ciclo di grandi insolvenze e di altrettanto estesa disoccupazione, che affermava perciò con forza un ruolo forte e attivo dello Stato, e comunque dei poteri pubblici. Le nuove Costituzioni democratiche del Novecento, come quella italiana, indicavano con forza quella soluzione, attribuendo ai poteri pubblici — alla Repubblica, come nel notissimo secondo comma dell'articolo terzo — rilevanti compiti in materia sociale, che si

riconnettevano al principio d'indivisibilità dei diritti fondamentali della persona, compresi i diritti sociali. In altre parole, quelle Costituzioni proponevano una via di uscita, la ricostruzione di una comunità politica, e di un ordine sociale, intensamente solidali, anche perché dotati di un indirizzo fondamentale segnato nella Costituzione medesima. I « Trenta gloriosi anni » sono stati definiti gli anni che si dipartono dal 1948, e che vedono, fino al culmine degli anni Settanta, lo svolgersi di un processo di progressivo accrescimento, in profondità e in estensione, della presenza della Costituzione nella politica e nella società.

Poi, qualcosa è cambiato, nell'ultimo quarto del secolo. Bisogna guardare con occhio disincantato — un po' come faceva nel 1909 Santi Romano, da cui abbiamo preso le mosse — al rapido mutamento del paesaggio che si stava verificando a partire dagli ultimi decenni del secolo per arrivare fino a noi. E bisogna distinguere in proposito tra fattori di arricchimento dell'esperienza novecentesca delle Costituzioni democratiche, già da prima in essa radicati, e fattori ben altrimenti virulenti, esplosi recentemente, e che al contrario minacciano quell'esperienza, potendo addirittura procurare la sua conclusione.

Tra i fattori di arricchimento di più lungo periodo indicherei l'Europa. Non che non vi siano in proposito motivi di frizione tra il modello — sociale e costituzionale — fin qui proposto dall'Europa e le democrazie sociali fin qui storicamente costruite sul piano nazionale. Ma complessivamente, nonostante incertezze e oscillazioni, si può dire che nella vicenda europea prevalgano gli elementi comuni, insomma che sia quanto meno possibile leggere l'Europa come una conferma della linea inaugurata con le Costituzioni democratiche del Novecento. Infine, tra i fattori di arricchimento indicherei anche un certo accresciuto ruolo della giurisdizione che può comporsi, entro l'architettura complessiva dello Stato costituzionale contemporaneo, con il ruolo dei poteri d'indirizzo, direttamente legittimati dal voto popolare, ricercando in questo senso un necessario punto d'equilibrio.

Ben altre sono le nubi che si addensano sulla permanenza della prospettiva della Costituzione democratica nel nuovo secolo. La prima è relativa alla recente rapida ascesa del mercato come concetto politico-sociale, d'importanza primaria se non esclusiva. Non l'eco-

nomia di mercato come realtà da combinare variamente con misure di politica sociale, com'era nelle intenzioni dei nostri Costituenti, e neppure le libertà economiche dell'Unione Europea, ma qualcosa di più: il mercato come principio ordinante, su cui orientare le scelte fondamentali, individuali e collettive. Ebbene, la nostra Costituzione può tollerare misure diverse di libertà economica e di politica sociale. Non può invece tollerare il dominio unilaterale di un principio, come quello della libertà del mercato, tale da ridurre il suo contemperamento — per es., il criterio dell'« utilità sociale » dell'articolo 41 della Costituzione — alla dimensione di un mero residuo. Insomma, la nostra Costituzione, come Costituzione democratica, appartiene a una famiglia storica di Costituzioni, inaugurata da quella tedesca di Weimar del 1919. Uno dei suoi più celebri articoli, il 151, così recitava: « L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo ». Questo è il punto. Se questo principio dovesse cadere, con esso cadrebbe insieme anche l'esperienza novecentesca delle Costituzioni democratiche.

Infine, la globalizzazione. Parola magica, che può voler dire tante cose. Noi ne vediamo qui volutamente il lato minaccioso. Globalizzazione può voler dire in effetti concentrazione di potere, economico e soprattutto finanziario, in sedi ristrette e non controllabili, così potenti da poter esporre i singoli, dovunque si trovino, a rischi rilevantissimi — pensiamo alle recenti crisi finanziarie e alla loro incidenza diretta sulle economie individuali — nei confronti dei quali lo Stato nazionale, ovvero la propria comunità politica di appartenenza, sempre meno riesce ad approntare difese efficaci. Per questa via, potrebbe corrodersi un altro principio fondamentale dell'esperienza democratica e costituzionale del secolo scorso, il principio di solidarietà, a sua volta storicamente collegato al principale e più elementare dovere dei governanti, che è il dovere di protezione nei confronti dei consociati. Questi ultimi potrebbero dunque in ultima analisi chiedersi: che cosa conta appartenere a, e concorrere a legittimare, poteri, Stati o governi, se poi questi ultimi ci lasciano soli di fronte a un potere smisurato ed estraneo?

In premessa, abbiamo definito il Novecento come il secolo dell'inquietudine. All'inizio, nei confronti della crisi della società liberale e borghese, in ragione delle trasformazioni che stavano

intervenendo nella società stessa, tra Otto e Novecento; poi, nel cuore del secolo, con il tentativo di trovare risposte, che saranno prima quella totalitaria e poi quella della Costituzione democratica. Quest'ultima pare essere, in ultima analisi, il frutto più autentico del Novecento, proprio come tipo storico di Costituzione, cui appartiene anche la nostra Costituzione del 1948. Quella Costituzione è stata accompagnata, nella sua genesi e nella sua attuazione, da una cultura giuridica consapevole del proprio ruolo, che a un certo punto sembrava aver messo alcuni punti fermi, sulla base dei principi della Costituzione. Ma nell'ultima parte del secolo l'inquietudine si è aperta di nuovo, e non solo in seno alla cultura giuridica. Si sono infatti manifestati fenomeni nuovi — il predominio del mercato, un certo esito della globalizzazione — che hanno iniziato a corrodere le certezze appena acquisite. L'Ottocento aveva lasciato in eredità al Novecento il Codice, ma anche motivi consistenti di dubbio e d'incertezza. Anche il Novecento ha lasciato in eredità al nuovo secolo qualcosa d'imponente, e di ambizioso, ovvero la Costituzione, ma non ha mancato anch'esso di accompagnare il lascito con un consistente pacchetto d'inquietudini. Ma se dopo il Codice si è stati capaci d'inventare la Costituzione, non si vede ancora bene che cosa si sarà capaci d'inventare dopo la Costituzione.

2.

CULTURA COSTITUZIONALE E TRASFORMAZIONI ECONOMICO-SOCIALI (*)

1. Premessa. — 2. La « cultura costituzionale » del Novecento. — 3. L'eredità del Novecento: la Costituzione democratica ed il governo del conflitto.

1. *Premessa.*

Il mio discorso di quest'oggi obbliga ad alcuni chiarimenti di ordine preliminare. Prima di tutto, cosa intendo per « cultura costituzionale ». Intendo quel complesso di convinzioni, rappresentate al vertice in modo formalizzato dalle scienze giuridiche e politiche, ma poi variamente diffuse nel corpo della società e delle istituzioni, relative al ruolo che i poteri pubblici possono o devono svolgere nei confronti della società, delle sue articolazioni interne, del suo ordinamento. Per semplificare, si può dire che la cultura costituzionale ha il suo oggetto principale d'indagine nella *relazione tra Stato e società*. Il modo con il quale quella relazione viene tematizzata precede nella dottrina costituzionale ogni altra questione, comprese quelle fondamentali dei diritti e della forma di governo, nel senso che il modo di trattare quelle questioni — quali diritti e quale forma di governo — deriva dal tipo di cultura costituzionale che in ogni tempo storico risulta essere dominante.

(*) Il testo riproduce la relazione tenuta a Firenze in occasione del Convegno su « Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo d'integrazione europea e sovranità nazionale » (Fondazione Cesifin Alberto Predieri, 15 maggio 2012). Al fine di mantenere il carattere d'immediatezza proprio della relazione orale si è rinunciato quasi del tutto ad aggiungere un apposito apparato di note. Si trova ora negli Atti del Convegno: *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 13-23.

E la domanda prima, in ogni tempo storico, a livello di cultura costituzionale, è la seguente: se l'ordine sociale, il vincolo sociale, che è la base stessa dell'ordine giuridico, sia principalmente il frutto della libera *composizione* delle forze che operano all'interno della società medesima, qualcosa per così dire di naturale, e di necessario, o se quell'ordine non sia piuttosto il frutto di una *costruzione*, ovvero qualcosa di artificiale, entro cui risulta imprescindibile il ruolo attivo e consapevole dello Stato, dei poteri pubblici. Nel primo caso avremo una cultura costituzionale che punta prevalentemente sulla ragionevolezza delle plurime soggettività operanti nella società, soprattutto di quelle di natura economica, sulla loro capacità di comporsi, e che vede invece in un ruolo ampio dei poteri pubblici un elemento di perturbazione, spesso portatore di logiche particolaristiche e arbitrarie; nel secondo caso avremo una cultura costituzionale che all'opposto diffida proprio degli interessi economici organizzati, individuando nelle loro pretese, e nei loro appetiti, un potenziale fattore di decomposizione dell'ordine politico e sociale, che proprio per questo motivo in questa seconda prospettiva non può non essere altro che un ordine costruito, ovvero realizzato a partire da alcune grandi opzioni, poste alla base dell'azione ordinatrice dei poteri pubblici.

2. *La « cultura costituzionale » del Novecento.*

Come ben si vede, la costituzione esprime sempre un *ordine*. Nel primo caso lo esprime contro l'*arbitrio politico*, presupponendo quell'ordine come già esistente in forma di ordinamento materiale della società; nel secondo caso lo esprime contro il *prepotere economico*, inteso come tendenza di uno o più interessi particolari a occupare a dismisura lo spazio pubblico. Il nemico della costituzione è dunque sempre nella *dismisura*, ma diverso è il luogo in cui essa si produce. Può essere un'aula parlamentare, o il gabinetto di un ministro, che emanano leggi o provvedimenti non conformi alla costituzione, violativi cioè dell'ordine sociale e istituzionale contenuto e rappresentato nella costituzione; ma può essere anche il consiglio di amministrazione di una società che cura grandi interessi, e che con la sua azione tende a porsi al di là della dimensione della normale competizione economica, tende cioè ad imporre il proprio

interesse privato sulla scena pubblica. Anche questa seconda è dismisura, è rottura dell'equilibrio, è violazione della costituzione.

Ebbene, muniti di questa semplice strumentazione, possiamo ora chiederci: quale cultura costituzionale ha espresso il Novecento? Che cosa ci ha lasciato su questo piano in eredità il secolo trascorso? Quando affrontiamo in un certo modo le crisi odierne — cui questo Convegno è dedicato — di quale cultura costituzionale siamo eredi? Con quali occhiali le leggiamo? Quale idea portiamo con noi della relazione tra Stato e società, tra poteri pubblici e interessi economici?

Sul Novecento, Paolo Grossi, per lo meno per ciò che riguarda la cultura giuridica, ci ha fornito a questo proposito un'immagine precisa, a tutto tondo: *il Novecento ha riscoperto la società* ⁽¹⁾. In questo senso specifico, sul quale concordiamo pienamente: quel secolo ha riscoperto la società reale, fatta di concrete soggettività che esprimono bisogni altrettanto concreti. Una società in cui non si hanno più solo, o più tanto, individui astrattamente intesi, come nella precedente tradizione giusnaturalistica tradotta nel Codice, e si hanno piuttosto imprenditori, lavoratori, consumatori, e soprattutto si hanno sindacati e associazioni che sorgono proprio sulla base del comune interesse economico. Nel passaggio tra Otto e Novecento è contenuta in questo senso una vera e propria trasformazione. Una « trasformazione economico-sociale », come si legge nel titolo di questa nostra comunicazione, così profonda da rendere rapidamente non più plausibile la narrazione fin lì dominante e corrente, quella di una società, liberale e borghese, fatta d'individui astrattamente liberi e uguali, e quella di uno Stato specularmente dotato, quasi per sua natura, di una razionalità altrettanto generale e astratta, e in quanto tale capace di rappresentare la nazione.

La prima grande trasformazione economico-sociale che incontriamo analizzando l'esperienza del Novecento si colloca dunque all'inizio del secolo, si distende anzi a partire dall'ultimo quarto del secolo precedente. L'ampiezza e la profondità di quella trasformazione impone una revisione profonda delle categorie della cultura

⁽¹⁾ Il giudizio sul Novecento come secolo di riscoperta della « società reale » dopo la lunga dominazione del modello giusnaturalistico è alla base della sintesi di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

costituzionale. È infatti la relazione stessa tra Stato e società che va mutando. Ciò a partire proprio da quella riscoperta della società cui sopra si faceva riferimento. Ciò che si mostra sempre meno plausibile è l'immagine di una società in sé ordinata e conclusa, com'era la società del Codice, la società della proprietà privata individuale e della libertà negoziale, cui era sottesa l'idea di uno sviluppo armonico e necessario, graduale e pacifico: qualcosa che già nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento era sempre più smentito dalla società reale, che era società del conflitto tra le classi, e della organizzazione del conflitto in senso collettivo, con gli strumenti nuovi del sindacato e del partito.

Di fronte all'irrompere sulla scena della nuova società reale è necessario dunque mutare gli orizzonti della cultura costituzionale. Ciò che si scopre in quella società fin dall'inizio del Novecento è l'esistenza di una dimensione necessaria ed endemica del conflitto, di qualcosa cioè di strutturato, da cui sarà difficile in futuro prescindere, e che dovrà dunque essere comunque governato. Il *governo del conflitto* è perciò la grande missione del Novecento, è il nuovo orizzonte della cultura costituzionale. Su questo crinale principale, dato dal governo del conflitto, accanto alla società muta anche l'altro termine della relazione fondamentale, ovvero lo Stato. Esso non può più hegelianamente essere inteso come la persona che sa ciò che vuole, ovvero come la super-soggettività in sé dotata d'intrinseca razionalità, che è tale perché organica espressione, in senso naturale e necessario, della nazione.

La nuova società del Novecento, quella dei partiti e dei sindacati, minaccia infatti, non solo la società civile del Codice, strutturata su base rigorosamente individualistica, ma anche la sovranità dello Stato-persona, che è l'altro grande lascito dell'età liberale, costretto anch'esso a fare i conti con la nuova realtà novecentesca. Ciò che infatti è compreso dall'inizio del Novecento sotto l'etichetta della « crisi dello Stato moderno » ha alla propria base proprio questo medesimo fenomeno complessivo di riagggregazione degli individui, in seno alla società, secondo comuni interessi economici e professionali, di categoria. Ciò che si deve evitare è che tutto ciò conduca alla decomposizione dell'ordine politico della nazione, rappresentato nello Stato, alla « rinascita », come molti paventano, delle corporazioni medievali, alla perdita del beneficio fondamentale fin lì

garantito dallo Stato moderno, ovvero l'impersonalità del potere. Perché ciò non accada, è necessario che lo Stato sia in grado di governare questa nuova realtà, di ricomporla entro il principio di unità politica, evitando che la nuova realtà sociale, sempre più dominata dalle organizzazioni d'interessi, scivoli verso una situazione di conflitto di tipo seccamente distruttivo. La cultura costituzionale del Novecento confida dunque ancora nello Stato come soggettività rappresentativa del principio di unità politica, ma sempre più su un piano dinamico, solo cioè in quanto quello Stato sia concretamente portatore di un *indirizzo*, che consenta di governare quel conflitto che è ormai ritenuto strutturale, espressione di un carattere necessario della società medesima. In una parola, l'unità politica non è più data, è anzi fortemente minacciata, ma potrà essere preservata. Lo sarà, anche nella sua forma statale e nazionale, se lo Stato sarà capace di elaborare un indirizzo concreto, assumendo su di sé la nuova missione, che le cose impongono, ovvero il governo del conflitto.

Tutto il Novecento è dominato da questa idea, da questa esigenza. Tutte le soluzioni che il Novecento appresta sono riconducibili a questa idea, a questa esigenza. È questo il filo conduttore che giunge fino a noi, e che conferisce al Novecento un carattere fondamentale costante, una vocazione che riguarda quel secolo nel suo complesso. Ovviamente, le ricette da seguire per il governo del conflitto sono molto diverse. Un conto è la risposta autoritaria e corporativa della prima metà del secolo, finalizzata alla ricostituzione di un principio di unità politica di stampo totalitario, come nel caso del fascismo; ben diversa è la risposta offerta dalle costituzioni democratiche che si affermeranno a partire dalla metà del secolo. Ma comune è il punto di partenza, la percezione iniziale, che è quella di un ordine che non può più auto sostenersi, di un conflitto che può degenerare in senso distruttivo, e che dunque deve essere governato.

Gli stessi nostri Costituenti del '47 erano portatori di una cultura costituzionale di questo tipo, che era la medesima che aveva condotto negli anni Trenta alla creazione degli enti pubblici economici, che aveva ispirato la legge bancaria del '36, che ritroviamo per tanti versi nello stesso Codice civile del 1942, ovvero una cultura dominata dalla preoccupazione per i fallimenti dei mercati, generatori d'insolvenze e di disoccupazione di massa, e che dunque

riteneva imprescindibile un ruolo ampio dello Stato. In una parola, nella cultura costituzionale del Novecento è dominante l'idea della *economia regolata*. Dunque, se è vero che il Novecento riscopre la società, e più specificamente la dimensione del conflitto sociale, è anche vero che il Novecento più che mai ribadisce la necessità dello Stato, proprio per rispondere a quel conflitto. Certo, non è più lo Stato-persona che aveva lungamente campeggiato nelle trattazioni della giuspubblicistica della seconda metà del diciannovesimo secolo. Il carattere dominante si è spostato ora sul piano dinamico, dell'indirizzo, dell'esercizio concreto della funzione di governo, ma proprio per quella via nuova si esprime comunque la necessità di un ruolo forte e esteso dello Stato, dei poteri pubblici. In una parola, il Novecento riscopre la società, ma non rinuncia allo Stato, pur riproponendolo in una forma ben diversa da quella ricevuta dalla tradizione statualistica del secolo precedente. E ciò vale per l'intero Novecento, comprese le democrazie costituzionali della seconda metà del secolo.

C'è una poderosa immagine, creata da uno dei maggiori giuristi italiani del Novecento — per la precisione Costantino Mortati, in un saggio del 1936 ⁽²⁾ — che serve egregiamente a illustrare i fondamenti della cultura costituzionale del Novecento. È l'immagine di una *res publica* — di una cosa pubblica, che sarà successivamente la Repubblica della Costituzione repubblicana — che è tale, ovvero « pubblica », non più semplicemente in quanto è nazione rappresentata nello Stato — come nella dottrina giuspubblicistica precedente, dominante nella seconda metà del secolo diciannovesimo —, ma prima di tutto in quanto è *universitas*, ovvero un'unità di scopo, che ritrova cioè il suo principio di unità nella esistenza in senso normativo di un *indirizzo fondamentale, o costituzionale*, tale da orientare in modo prescrittivo l'esercizio discrezionale dei diversi e molteplici poteri, pubblici e privati, di cui si compone la *res publica*. *Idem sentire de re publica* è il motto che campeggia al centro di questa poderosa immagine, tutta fondata sul primato della costituzione, prima di tutto in quanto indirizzo fondamentale, il solo capace di attribuire significato, e senso, unitario al complesso e

⁽²⁾ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in Id., *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. III, pp. 999 e ss.

molteplice dispiegarsi dei poteri di cui la *res publica* si compone, da quello che si esprime nell'atto della pubblica amministrazione a quello dei privati, che si esprime nell'atto di disposizione patrimoniale, nell'esercizio della libertà negoziale. Molteplici e diverse volontà discrezionali che possono ormai trovare un significato unitario solo nella comune appartenenza alla *res publica*, sotto l'ombrello della costituzione.

Certo, a qualcuno sarà venuto in mente: siamo nel 1936, e dunque non può non considerarsi ben minaccioso questo indirizzo fondamentale, così forte e pervasivo da pretendere di valere anche per le libertà dei privati, fino a quel punto gelosamente custodite sotto l'egida di un altro primato, quello del Codice. Non sarà che questo indirizzo — al di là delle raffinate elucubrazioni di Mortati — alla fine non è altro che l'indirizzo del partito nazionale fascista? La domanda è legittima, ma anche frutto di una logica miope, che non sa collocare questa nuova dottrina della costituzione nell'ambito della grande trasformazione in atto tra Otto e Novecento. Ciò che si sta producendo, anche in Italia, anche e proprio nel corso degli anni Trenta, è infatti un profondo mutamento di cultura costituzionale in conseguenza di quella trasformazione. Un mutamento che si colloca ben al di là della specificità del contingente regime politico, situandosi sul piano ben più ampio delle *trasformazioni dello Stato moderno*. E il segno di quel mutamento, e di quelle trasformazioni, è sempre più evidente. Ciò che risulta essere sempre meno plausibile è la classica impostazione liberale del rapporto tra Stato e società, tra pubblico e privato, come due domini separati e parimenti esclusivi: da una parte lo Stato sovrano inteso come personificazione della nazione, dall'altra parte la società civile del Codice, imperniata sulla proprietà privata individuale e sulla libertà negoziale. Ebbene, la nuova cultura costituzionale, che cerca d'interpretare la trasformazione in atto, muove proprio dalla negazione di questa separatezza, ovvero dalla impossibilità di pensare lo Stato esclusivamente come espressione della nazione, e dall'altra parte la società altrettanto esclusivamente come proiezione dell'individuo e delle sue libertà private. Al limite si potrebbe dire che in questa cultura costituzionale non c'è più « Stato », così come non c'è più « società ». Vi sono piuttosto i poteri, sia pubblici che privati, che possono ora ritrovare

un significato unitario solo sul piano dinamico del loro esercizio, nella linea della costituzione come indirizzo fondamentale.

3. *L'eredità del Novecento: la Costituzione democratica ed il governo del conflitto.*

È questo un pensiero forte, che trascende la contingenza del regime, e che non per caso si ripresenta alla caduta del regime, come ingrediente necessario nella composizione, e nella tessitura della Costituzione democratica. Quella Costituzione nasce infatti sì da un crollo, quello del regime fascista, ma nasce anche — in un senso che direi storicamente ancora più profondo — come esito di quella trasformazione svoltasi tra Otto e Novecento, cui più volte abbiamo fatto riferimento. Nella Costituzione vi è sì il carattere inviolabile dei diritti fondamentali della persona, che la Repubblica non per caso « riconosce », in prima battuta in opposizione al recente passato totalitario, ma vi è anche la dimensione dell'indirizzo fondamentale che Mortati aveva immaginato nel '36, e che impone che a quella stessa Repubblica venga anche affidato un « compito », con la celebre formulazione del secondo comma dell'articolo terzo. Un compito che non è meramente aggiuntivo, ma costitutivo, nel senso che senza quella dimensione dinamica, dell'esercizio dei poteri pubblici e privati nella linea indicata dalla Costituzione, la Repubblica perderebbe la sua identità, si smarrirebbe, in una parola, il principio di unità politica, quel principio che ora non è più garantito dalla semplice personificazione della nazione nello Stato. In questo senso, la costituzione democratica e sociale, come tipo storico di costituzione, quella nata a Weimar, e poi riprodotta a partire dalla metà del secolo, può dirsi il frutto più autentico della trasformazione che si era avviata nel passaggio tra Otto e Novecento. Quella trasformazione ha aperto un tempo storico che possiamo definire *post-liberale*, nel senso che non esiste più un significato autonomo — com'era nel diciannovesimo secolo — dello « Stato » e della « società », poiché ora l'uno e l'altra trovano significato solo nella Costituzione, come complesso di poteri regolati e orientati dalla Costituzione.

A fronte di questa prima provvisoria conclusione, si può ora formulare una domanda: nella società e nelle istituzioni del secondo

Novecento fino a che punto si è dispiegata davvero la forza normativa contenuta nell'idea della Costituzione come indirizzo fondamentale? Direi che si è trattato di una forza considerevole, che è andata crescendo a partire dalla metà del secolo, dopo la caduta dei regimi totalitari. Per la Costituzione italiana — ma il processo di cui stiamo discutendo ha certamente una dimensione certo non solo nazionale — si è parlato dei « Trenta gloriosi anni » con riferimento ai primi trent'anni di vigenza della Costituzione, nel corso dei quali si seppe vincere la forza contraria della inattuazione, mettere in moto il controllo di costituzionalità, per giungere poi alla grande stagione di legislazione sociale degli anni Settanta, chiaramente ispirata dai principi della Costituzione medesima, nella linea della Costituzione come indirizzo fondamentale. Nella nostra ottica quegli anni sono rappresentabili come gli anni in cui la grande trasformazione avviata all'inizio del secolo sembra trovare un esito, un punto di equilibrio. Il disegno complessivo, che abbiamo reperito — lo si ricorderà — in un testo dottrinale del 1936, sembra trovare infatti una sua concretezza. Al posto di una considerazione statica dello « Stato » e della « società » è possibile ora percepire l'esistenza di *un complesso ordinato di poteri*, sia pubblici che privati, da una parte espressione del più ampio pluralismo sociale e istituzionale, ma dall'altra espressione anche, nell'insieme, di un *nuovo ordine*, che è quello disegnato dalla Costituzione, riconducibile alla Costituzione.

Se prima, nel modello liberale dominante nel diciannovesimo secolo il *principio di unità* era nello Stato, e il *principio di autonomia* era nella società, ora, con le nuove Costituzioni democratiche del Novecento, il principio di unità e il principio di autonomia hanno una sede comune, parimenti risiedono nella Costituzione. Per questo motivo, la Costituzione medesima non può non prevedere il massimo di equilibrio tra i due principi. Afferma i diritti inviolabili dell'uomo, dal lato della autonomia, ma anche l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, dal lato dell'unità; ed ancora, rispettivamente: la libertà dell'iniziativa economica privata, ma anche il suo limite nella utilità sociale, oltre che nel principio di dignità dell'uomo, la proprietà privata, ma anche la sua funzione sociale. Non si tratta di meri compromessi, ma della ricerca di un necessario punto di equilibrio tra i due principi costitutivi di ogni forma politica, tra il principio di autonomia e il principio di unità. È la

Costituzione che realizza quell'equilibrio, che quindi è da conseguirsi sul piano dinamico, non è più dato, non è più ipostatizzato attraverso il monopolio dello Stato sul principio di unità, e della società sul principio di autonomia.

Tutto questo appartiene alla esperienza concreta delle democrazie costituzionali del secondo Novecento. E nello stesso momento rappresenta la risposta maggiore, e più forte, che si è stati capaci di elaborare in risposta alla grande trasformazione che si era aperta nel passaggio tra Otto e Novecento. Rimane ora da formulare alcune domande conclusive. Questa esperienza, che si svolge tutta nel segno del primato della Costituzione, è ancora in atto? O non è piuttosto vero che a partire dall'ultimo quarto del secolo è in atto una sensibile messa in discussione dei fondamenti di quella esperienza? E questa messa in discussione non potrebbe essere addirittura espressione, a sua volta, della presenza di un'altra grande trasformazione, d'intensità per lo meno pari a quella già sperimentata un secolo prima, tra Otto e Novecento? Siamo già ora forse di fronte alla necessità di mutare di nuovo il paradigma, i fondamenti della cultura costituzionale ⁽³⁾?

Nel titolo del nostro Convegno si parla di « crisi economica », con riferimento al nostro presente. Ebbene, anche la grande trasformazione dispiegatasi tra Otto e Novecento — quella di cui abbiamo fin qui discorso — è descrivibile nel senso di una « crisi economica », che è la crisi del modello liberale e borghese del diciannovesimo secolo, che poi culminerà negli anni Trenta, con risposte anche di carattere totalitario. Come sappiamo, il complesso di tensioni che si annidavano in quel processo storico di trasformazione ha poi trovato un punto di equilibrio, certo non definitivo, ma sufficientemente solido, nella soluzione della costituzione democratica. Ora, la « crisi economica » odierna, unita ai sempre più estesi e incisivi processi di globalizzazione, ci costringe forse a rimettere in discussione anche quella soluzione?

⁽³⁾ Com'è noto, sullo sfondo si agita la questione della sorte della plurisecolare tradizione dello Stato moderno europeo. Su quella tradizione, e sul dibattito in proposito alla fine del Novecento, la letteratura è sterminata. Tra le acquisizioni più recenti, un fertile intreccio di diversi punti di vista è contenuto in *Lo Stato globale*, a cura di R. Gherardi e M. Ricciardi, Bologna, Clueb, 2009.

Noi non siamo certo in grado di rispondere a questa domanda. Sul piano storico, della comparazione diacronica, siamo solo in grado di localizzare con la massima precisione possibile il punto di rottura, ovvero il punto sul quale si può effettivamente realizzare la frattura, la fuoriuscita dalla esperienza costituzionale del Novecento. Questo punto ha a che fare con una dimensione che già conosciamo, che già era considerata « critica » dagli osservatori dell'inizio del secolo scorso, ovvero la dimensione degli *interessi economici organizzati*, che allora aveva dato luogo alla preoccupata discussione sul cosiddetto « ritorno » delle corporazioni medievali. Da lì aveva preso le mosse la prospettiva del governo del conflitto, che successivamente aveva trovato la sua base nei principi della costituzione democratica.

Ebbene, si esce da questa prospettiva, che è quella del Novecento, non a causa del particolare vigore degli interessi economici organizzati, né a causa del loro sempre più frequente dislocarsi oltre lo Stato, alla ricerca di soluzioni negoziali in sé valide e efficaci, a prescindere dallo Stato. Si esce dalla prospettiva del Novecento, che rimane il secolo della scoperta del conflitto, quando si descrive tutto questo — che in effetti potrebbe essere una semplice variazione del Novecento — come il progressivo ricostituirsi di una realtà armonica, portatrice di soluzioni ragionevoli e condivise, amministrabile su un piano meramente giurisdizionale. Come una sorta di rivincita dell'economia sulla politica, come una sorta di liberazione della prima dalle pretese di regolazione della seconda. È lì il punto di rottura. Si esce dal Novecento perché, in una parola, si torna ad un'idea ottocentesca, ovvero all'idea della autosostenibilità della società economica, perché si nega la dimensione del conflitto e la necessità del suo governo. Certo, regolare grandi interessi, sempre più collocati oltre le sedi tradizionali del governo, è comunque problematico, richiede approcci e strumentazioni spesso radicalmente nuovi, ma tutto questo non rappresenta di per sé una cesura fino a quando rimane fermo il punto centrale del Novecento, ovvero che l'ordine, per sua natura plurimo e conflittuale, non si compone spontaneamente, ma ha bisogno di tradursi in un indirizzo, di esprimersi in un governo, di fondarsi su principi condivisi, che nella esperienza del Novecento sono storicamente i principi della Costituzione democratica.

Diamo pure per scontato che questo governo — quello nuovo, adeguato alle democrazie del ventesimo secolo — non potrà più essere quello novecentesco, di tipo statale, nazionale, politico-legislativo. Diamo pure per scontato che nel governo che si va oggi ricercando avranno comunque grande spazio strumenti di carattere contrattuale, anche mediante il ruolo sempre più decisivo della giurisprudenza. Ciò che però non possiamo e non dobbiamo dare per scontato è che per questa via si arrivi comunque, quasi per necessità interna, per virtù propria, alla costruzione di un ordine condiviso, capace d'imporre misura e regolazione in modo equo e efficace, tale da esprimere autorità sufficiente nell'affrontare e risolvere i punti di contraddizione, le asimmetrie, le situazioni di conflitto. Per ora non l'abbiamo, una simile autorità. E che essa sia comunque necessaria lo si è ben visto proprio in occasione della recentissima crisi economica e finanziaria quando nei fatti è emersa con assoluta chiarezza la carenza di un governo efficiente del ciclo economico, e soprattutto l'impossibilità di fare a meno, nella strutturazione di quel governo, della dimensione della responsabilità politica, o di sostituirla con un complesso impersonale di regole. Insomma, può darsi che il governo proprio del Novecento stia divenendo decisamente inattuale. Ma è certo d'altra parte che il nuovo che sta comparso oltre il tipo storico novecentesco è per ora poco più che un cantiere aperto, dai contorni tutt'altro che definiti, dagli esiti possibili plurimi e per ora tutti incerti. Due parole di conclusione. Chi oggi pensa che il tipo di ordine insito nella dimensione della Costituzione democratica del Novecento sia oggettivamente declinante perché storicamente legato a doppio filo all'altrettanto declinante forma politica statale-nazionale si avvia a pensare oltre il Novecento, un po' come si faceva all'inizio di quel secolo, quando s'iniziava a pensare oltre l'Ottocento, ovvero oltre il modello fondato sui due pilastri della sovranità dello Stato-persona e della autonomia della società dei privati disegnata dal Codice. In apparenza, nulla di nuovo, dunque. Può darsi in altre parole che la storia si stia ripetendo. Potrebbe darsi in effetti che nel nostro tempo sia contenuta una grande trasformazione, d'intensità paragonabile a quella intervenuta un secolo prima. E che dunque si stia svolgendo un mutamento di paradigma, che rende progressivamente inattuale la cultura costituzionale del Novecento, la soluzione della Costitu-

zione democratica, quel tipo di equilibrio, quel tipo di rappresentazione dell'ordine politico e sociale. Può darsi. Ma una cosa è certa. Mentre un secolo fa, quando iniziò il declino dello Stato-persona, e con esso del Codice come forma principe del diritto positivo statale — i due pilastri della civiltà giuridica liberale — avevamo ancora una risorsa grande da spendere, ben presente nella tradizione occidentale europea, ovvero la legge fondamentale, che nel Novecento prenderà la forma della Costituzione democratica, e lì non per caso si convogliò la risposta alla trasformazione, ora, a distanza di un secolo, non sembra che fin qui sia emerso all'orizzonte qualcosa di altrettanto rassicurante. Insomma, se un secolo fa si era progressivamente delineata la prospettiva della Costituzione, ora, a distanza di un secolo, se fosse vero nei fatti che anche quella prospettiva si sta esaurendo, non avremmo per il momento a portata di mano alcuna altra risposta altrettanto solida e strutturata.

3.

LA CRISI DELLO STATO LIBERALE DI DIRITTO (*)

1. Le radici rivoluzionarie dello Stato di diritto. — 2. Il consolidamento borghese del diciannovesimo secolo. — 3. La crisi dell'ordine statale della società.

1. *Le radici rivoluzionarie dello Stato di diritto.*

Una premessa necessaria. Nell'avvicinarmi alle problematiche di questo convegno ho avuto modo di leggere il saggio di Ferdinando Mazzarella, straordinariamente ricco nell'esaminare la letteratura giuridica europea tra Otto e Novecento sulla crisi dello Stato. Non saprei fare di meglio. E dunque non proverò neppure a integrare quell'analisi. Vi rinvio anzi senz'altro, per tutti coloro che vogliono conoscere dall'interno della cultura giuridica europea come matura l'idea, tra Otto e Novecento, che lo Stato stia divenendo, o magari sia già divenuto, una realtà problematica, cui è riferibile la dimensione della « crisi ». Tenterò piuttosto un'altra via. Poiché lo stesso Mazzarella adopera fin dal titolo del suo saggio il concetto di *Stato liberale di diritto*, cercherò prima di tutto di fornire a questo proposito qualche chiarificazione di ordine concettuale.

Iniziamo con un primo tentativo di definizione. Per « Stato liberale di diritto » intendiamo la forma di Stato dominante in

(*) Il testo riflette la relazione orale tenuta a Palermo lo scorso 6 maggio 2011 nell'ambito del convegno dedicato a *Crisi dello Stato e del principio di legalità? Lo Stato nel diritto contemporaneo*. La mia partecipazione al convegno era stata sollecitata anche in forma di commento al *paper* presentato da Ferdinando Mazzarella, dedicato a *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*. Nell'elaborare la relazione si è tenuto conto di una nostra recente ricerca sulle dottrine della Costituzione in senso materiale: M. FIORAVANTI, *Las doctrinas de la constitución en sentido material*, in « Fundamentos », 6 (2010), pp. 425-38.

Europa in età post-rivoluzionaria, nel tempo compreso tra la Rivoluzione e la metà del secolo scorso. Se il *dies a quo* è chiaro, la Rivoluzione, il *dies ad quem* necessita di due parole di spiegazione. Noi riteniamo che all'incirca alla metà del Novecento, con le nuove Costituzioni democratiche, come quella italiana del 1948, si sia aperta una nuova fase, caratterizzata da un processo di notevoli trasformazioni costituzionali, di profondità tale da produrre un vero e proprio mutamento della forma di Stato, costruttivo di una nuova forma, che non pochi oggi chiamano « Stato costituzionale ». In questo senso, lo Stato liberale di diritto è una forma di Stato la cui esperienza storica pare aver raggiunto già da tempo il suo apice. Ma poiché il nostro agitato presente nasce dalla crisi progressiva di quella forma, pare opportuno conoscerla e definirla.

Lo Stato liberale di diritto ha certamente una prima matrice, di stampo rivoluzionario. La ritroviamo in modo immediato e limpido negli articoli della Dichiarazione dei diritti del 1789 dedicati alla materia che potremmo definire politica. Prima di tutto il terzo, che così recita: « La sovranità appartiene alla nazione. Nessun corpo, nessun individuo, può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente ». Come ben si vede, i rivoluzionari non sono preoccupati di definire in positivo che cosa sia, o debba essere, la nazione come soggetto cui la sovranità è attribuita. Appena nominata la nazione, la prima esigenza che nasce non è infatti definire la sua composizione — come faranno i giacobini nel 1793 scrivendo che il popolo è « l'universalità dei cittadini viventi » — ma piuttosto fissare dei divieti: « nessun corpo, nessun individuo », guardando indietro alla realtà dell'antico regime. L'individuo è il monarca che è conservato ma a condizione di non esprimere più una potestà propria, diversa da quella della nazione, i corpi sono quelli cetuali, cittadini, feudali, deprivati finalmente dei poteri d'*imperium*, del potere d'esigere le imposte, di chiamare alle armi, di amministrare la giustizia.

Insomma, il principio politico primario della Rivoluzione non è il principio democratico, che pure comparirà ovviamente nella Dichiarazione, ma successivamente. La sovranità interessa non perché garantisce la presenza del popolo sovrano, ma perché garantisce in primo luogo una forma politica inattaccabile da parte delle volontà particolari, siano esse di stampo feudale o cittadino, o anche monarchico. E poiché quelle volontà dominavano nel mondo del-

l'antico regime, ne consegue, per contrappunto, che il segno del moderno è dato dal contrario, ovvero dal determinarsi della volontà sovrana in forma generale e astratta.

Qui è la prima radice dello Stato liberale di diritto. È quella forma di Stato che persegue l'ideale della *generalità e dell'astrattezza* nella determinazione delle sue manifestazioni di volontà sovrana. Lo persegue prima di tutto perché esso è il segno del moderno, perché le eccezioni, le deviazioni da quell'ideale, rappresentano altrettanti ritorni indietro, alla dimensione del privilegio, che contrassegnava l'antico regime.

Lo si comprende ancora meglio leggendo un altro articolo della Dichiarazione, il quinto, che così recita: « Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina ». Che si collega strettamente al terzo, perché insieme al terzo nega la possibilità di sovranità particolari che possano essere capaci di vietare, o d'impedire o di costringere o di ordinare, qualcosa agli individui, che ora sono liberi, nel senso di soggetti a una sola volontà sovrana, quella della nazione espressa in forma di legge, in forma generale e astratta. Dunque, *principio di uguaglianza* nel senso di uguale sottoposizione di tutti alla medesima legge, e *presunzione generale di libertà* sono gli ingredienti originari dello Stato liberale di diritto.

Non tutto però è così lineare. C'è anche un rovescio della medaglia, che dobbiamo ora esplorare. È contenuto nella frase di apertura dell'articolo sesto della nostra Dichiarazione: « La legge è l'espressione della volontà generale ». Che è come dire: se la legge esiste è perché la volontà generale su quel punto è riuscita a prevalere sulle volontà particolari, altrimenti non si sarebbe fatta la legge. Laddove ancora dominano le volontà particolari, non c'è alcuna legge; laddove, al contrario, si è affermata la volontà generale, si ha finalmente la legge. Ma allora, questo significa che nel sistema della Dichiarazione dei diritti, alle origini dello Stato liberale di diritto, vi sono due presunzioni: non solo la presunzione generale di libertà, ma anche la presunzione di legittimità a favore della legge. È ciò che i rivoluzionari fermamente credevano: che la legge fosse legittima per il fatto stesso di esistere, poiché, se è venuta a esistenza, essa non può non contenere la volontà generale. Da qui, un'estrema difficoltà, in questo sistema, a contrastare con mezzi legali la legge, ad esempio a introdurre il controllo di costituzionalità, che sarà

invece essenziale nella costruzione successiva dello Stato costituzionale. Un punto di contraddizione, dunque, nella matrice rivoluzionaria del nostro Stato liberale di diritto. Già in quella matrice la legge non è solo strumento di uguaglianza e di garanzia. È anche, e nello stesso tempo — e forse non è una contraddizione, ma semplicemente il rovescio della medaglia — espressione di sovranità, portatrice di una forza difficilmente contrastabile.

2. *Il consolidamento borghese del diciannovesimo secolo.*

Tuttavia, lo Stato liberale di diritto non è certo tutto qui. Esso risulta piuttosto — come ha mostrato bene Mazzarella nel suo contributo — da una successiva rielaborazione ottocentesca di questa matrice rivoluzionaria. Allo Stato di diritto ricavabile dai principi della Rivoluzione mancava, infatti, per motivi fin troppo intuibili, una componente che sarà d'importanza strategica per lo Stato liberale di diritto del XIX secolo, che è la componente di ordine storico. Da questo punto di vista, la nostra forma di Stato avrà la sua ulteriore base nella reazione di stampo storicistico al giusnaturalismo e al contrattualismo dell'età rivoluzionaria. Il mondo liberale, dopo la Rivoluzione, intendeva infatti cancellare la dimensione del potere costituente, promuoveva l'idea di un progresso costante ma moderato, si voleva sbarazzare dell'idea stessa del « fare — e rifare — la Costituzione », e perciò riaprì, contro l'instabilità generata dalla Rivoluzione, in funzione di sicurezza e di stabilità, il discorso sul fondamento storico-materiale della Costituzione medesima, alla ricerca di una base solida, non meramente contrattuale, per lo Stato liberale di diritto. Esaminiamo ora questa ulteriore componente della formula dello Stato liberale di diritto.

Partiamo da una definizione nota della Costituzione, formulata al culmine dell'età dominata dal positivismo giuridico. È quella di Georg Jellinek nella sua opera principale, la *Allgemeine Staatslehre*, data alle stampe proprio all'inizio del XX secolo, nel 1900: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici che designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, e inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere sta-

tale » (1). Qui, il positivismo dominante sembra essere giunto a un punto fermo, assolutamente centrale: la Costituzione esiste semplicemente perché esiste lo Stato, di cui essa regola gli organi, le loro reciproche relazioni e dunque la forma di governo, i modi della loro attività, e infine, da ultimo, i limiti che sono posti a tale attività, dai quali si ricava lo spazio libero in cui si affermano i diritti degli individui. È dunque la Costituzione a dover presupporre lo Stato, e non viceversa. Prima dello Stato non può esistere alcuna Costituzione, né formale, né materiale.

Tutto sembra chiaro, ma non è così. Proprio perché il *prius* è lo Stato, diviene infatti decisivo affrontare in un certo modo il problema delle sue origini. Se alle origini dello Stato dovessimo trovare una nuda volontà politica, un potere costituente, un contratto tra gli individui più o meno facilmente rescindibile, tutto il sistema del *Rechtsstaat* ne sarebbe compromesso, scoprendo di essere edificato su basi fragili, del tutto instabili.

Più nello specifico, ne uscirebbero gravemente compromessi gli stessi diritti degli individui: se il loro fondamento è nell'autolimitazione dello Stato sovrano, secondo il noto schema jellinekeano della *Selbstverpflichtung*, e se tale atto è pura espressione di volontà, come non pensare che quella volontà possa essere successivamente altrettanto liberamente revocata? Ma allora, su che cosa si fondano in ultima analisi i diritti degli individui? Si può davvero concludere, in piena età liberale, che i diritti non sono altro che *Reflexrechte*, ovvero il mero risultato di un atto espressivo della volontà, e della sovranità, dello Stato?

La risposta all'ultima domanda non poteva essere altro che negativa. Il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato, per essere all'altezza del proprio tempo, per rispondere alla domanda di autorità e di stabilità, ma anche, e parallelamente, alla domanda di riconoscimento dei diritti degli individui, entrambe proprie dell'età liberale, doveva necessariamente costruire un'immagine della sovranità dello Stato di stampo non volontaristico, tale da svolgere una funzione sostanzialmente rassicurante. Si doveva perciò necessariamente pensare a una sovranità storicamente determinata, espressione di un *ordine giuridico* di carattere oggettivo, su cui si

(1) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it. di M. Petrozziello, Milano, Giuffrè, 1949, p. 93.

fondavano, insieme a quella sovranità, gli stessi diritti degli individui. È dunque lo stesso positivismo giuridico di stampo statualistico, proprio al culmine della sua parabola, ad aver bisogno di un fondamento storicistico, e insieme a questo della presupposizione di un ordine giuridico in qualche modo più ampio, e anche più risalente, rispetto all'ordine determinato dalle leggi dello Stato. In altre parole, il secondo, ovvero l'ordine dato dalle leggi formalmente vigenti, valeva ed era espressione di sovranità, in quanto rifletteva il primo, ovvero l'ordine dato dal diritto positivo storicamente fondato.

Del resto, lo stesso Jellinek, proprio negli anni in cui componeva la sua *Allgemeine Staatslehre*, significativamente si dedicava non poco alla storia, e in particolare alle vicende dello Stato moderno. Qui Jellinek si schiera decisamente dalla parte di quelle versioni dello Stato moderno che mettono in rilievo la sua *permanente struttura dualistica*, e dunque la presenza di un lato, accanto a quello della sovranità, che contiene una tradizione di potere limitato, con una precisa radice nel mondo delle libertà e dei privilegi medievali. C'è una componente specificamente germanica, legata al modello storico tedesco della relazione tra principe e ceti, e dunque a una visione bipolare dello Stato moderno.

Ma c'è anche altro. C'è anche la convinzione che i moderni diritti individuali siano stati in modo eclatante dichiarati dalla Rivoluzione francese, nel 1789, ma abbiano in realtà il loro vero e più solido fondamento nei *Bills of Rights* inglesi e americani, per poi procedere a ritroso, e ritornare anche per questa via ai patti medievali, e alla stessa *Magna Charta*. Così il modello richiamato da Jellinek non è certo più solo « germanico », collegandosi almeno alle esperienze di *common law* angloamericane. È questo il modello del *Rechtsstaat*, o del *rule of law*, che si pone come modello « giuridico », in cui le libertà sono solidamente fondate nella storia e altrettanto solidamente garantite dallo Stato, contro il modello opposto del giusnaturalismo rivoluzionario, che è invece integralmente « politico », perché proclama solennemente i diritti degli individui, ma finisce poi per lasciarli all'arbitrio del legislatore e delle maggioranze politiche (2).

(2) Per queste prospettive di ordine storico, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Lo "Stato moderno" nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento*

Così, non stupirà il fatto che Vittorio Emanuele Orlando, proprio introducendo al lettore italiano l'opera di Jellinek, non manchi di richiamare la sua giovanile adesione alla Scuola storica di Savigny. Orlando non pensa genericamente al peso della storia, o al ruolo della scienza giuridica, che pure è un profilo essenziale nel rinvio a Savigny, ma alla prospettiva — evidentemente ancora aperta nel 1949, anno in cui Orlando scriveva — di una vera e propria dottrina dello Stato e della Costituzione, che si è cercato di costruire, e che ancora si può rielaborare e perfezionare, partendo dalle basi che erano state poste proprio da Savigny ⁽³⁾. Orlando pensava qui certamente ai celebri primi paragrafi del primo volume del *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny, che i giuristi italiani avevano conosciuto anche grazie alla traduzione di Vittorio Scialoja, del 1886 ⁽⁴⁾. A questi paragrafi bisogna tornare per comprendere quanto il positivismo giuridico abbia bisogno di pensare la necessaria esistenza di un ordine giuridico in senso oggettivo. Come tra poco vedremo, è proprio in queste pagine che si trova la radice prima della dottrina della Costituzione in senso materiale.

3. *La crisi dell'ordine statale della società.*

C'è un passo di Savigny in questo senso di straordinaria rilevanza, che merita riportare per intero, nella lingua originale: « Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen » ⁽⁵⁾. Dunque, se ci sono uno Stato e un'autorità capace di emanare diritto positivo vincolante, è perché nella storia si è prodotto qualcosa di più di un mero aggregato d'individui legati da vincoli contrattuali più o meno stringenti. Questo *quid pluris* ha una

(1900-1940), in M. Sbriccoli *et al.* (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 183-217.

⁽³⁾ V.E. ORLANDO, *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. VIII. Orlando richiamava i suoi *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, pp. 21 ss.

⁽⁴⁾ F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840), Neudruck Aalen, Scientia Verlag, 1981, trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di V. Scialoja, Torino, UTET, 1886.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 30.

consistenza materiale. Come sostiene Savigny, è dato dall'articolazione conforme a Costituzione, che lega e vincola gli individui ben più di qualsiasi contratto. In altre parole, un insieme d'individui può darsi uno Stato solo se è già un *popolo*, ovvero se già è in sé ordinato. E la misura dell'ordine è la *Costituzione in senso materiale*. Quest'ultima non svolge dunque alcuna funzione polemica. Al contrario, serve a fondare l'autorità dello Stato e del suo diritto, e nello stesso tempo a fissare un limite. Per questo motivo, per Savigny il diritto positivo può anche avere la sua massima espressione nella legge dello Stato, ma solo se questa muove dalla consapevolezza di dover riflettere quell'ordine obiettivo che è dato nell'esperienza, e che è già presente nella Costituzione intesa in senso materiale. E, d'altra parte, è proprio quell'ordine a conferire alla legge, che di esso medesimo è espressione, la sua forza sovrana. Una legge dello Stato solidamente fondata sui principi di quella Costituzione è forte e autorevole. Al contrario, una legge difforme da quei principi nasce morta, ed è comunque destinata all'inefficacia.

Dunque, alle origini del positivismo giuridico, della reazione contro le filosofie individualistiche e contrattualistiche, e alla base dello stesso diritto positivo statale, troviamo un ordine giuridico di tipo oggettivo, storicamente fondato, che viene rappresentato come « Costituzione ». Quell'ordine ha le caratteristiche dell'organicità e della stabilità. È « giuridico » in questo senso, contrapposto al « politico » della Rivoluzione, in sé disorganico e mutevole.

Non v'è dubbio che questo disegnato da Savigny diverrà l'orizzonte della scienza giuridica europea, nell'epoca dello Stato liberale di diritto, fino alle grandi trasformazioni del Novecento. Infatti, solo in casi estremi il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato uscirà da questo orizzonte, trasformandosi in mera esaltazione della forza della legge dello Stato. Più spesso — e così era ancora per Jellinek e per Orlando alla fine del XIX secolo, come abbiamo visto poco sopra — il positivismo si manterrà sulla scia di Savigny, e conserverà dunque l'idea di un ordine oggettivo, di cui i giuristi stessi erano custodi e interpreti. Si può anzi affermare che lo Stato liberale di diritto sarà forte fin quando il suo fondamento sarà pensabile nei termini di una realtà in sé ordinata, di una Costituzione in senso materiale capace di esprimere il principio di sovranità e

nello stesso tempo di determinare i limiti, e dunque lo spazio libero per l'esercizio dei diritti.

Questa costruzione, dominante nella scienza giuridica del XIX secolo, inizierà a mostrare segni di cedimento a partire dai primi decenni del Novecento. La « Costituzione » di Savigny, intesa come diritto positivo di una comunità storicamente fondata, diverrà infatti sempre più improbabile, a fronte degli imponenti mutamenti che interesseranno l'Europa tra Otto e Novecento. I testimoni di questa trasformazione costituzionale sono molteplici. Mazzarella li ha esaminati tutti. A lui rinvio. Mi limito a rammentare uno dei più lucidi, dei più capaci di guardare in profondità, che è certamente Hans Kelsen, soprattutto con la sua opera giovanile maggiore, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, del 1911 ⁽⁶⁾.

In questa opera, la critica alla tradizionale dottrina giuridica è addirittura spietata. Le si rimprovera soprattutto di aver voluto vedere alla base dello Stato sempre e necessariamente un ordine oggettivo sostanziale, un « popolo » con la sua « Costituzione ». In questo modo si è finito per occultare ciò che per altro all'inizio del Novecento è ormai del tutto evidente: che quell'ordine non esiste e non è dato, che in quello stesso spazio esiste piuttosto la *società*, con i suoi conflitti e le sue contraddizioni. In quel medesimo spazio agiscono gli individui, i partiti, le associazioni, i gruppi portatori d'interessi concreti, perseguendo i propri obiettivi, ma anche ricercando un compromesso, un punto di equilibrio. Per Kelsen, lo Stato è nient'altro che l'espressione di quella condizione di equilibrio, per altro continuamente in movimento. Non è più una « persona », non è più un *prius*, come in Jellinek e nella dottrina tradizionale, ma il risultato di un processo costitutivo di ordine, attraverso la logica del compromesso.

Da qui, la necessità di una forte centralità del Parlamento, perché solo attraverso una rappresentanza politica strutturata su base rigorosamente proporzionalistica e fortemente legittimata e riconosciuta dagli attori sociali e politici è possibile costruire un solido edificio politico. Kelsen non crede più che quell'edificio possa stare in piedi semplicemente in quanto personificazione del « po-

(6) H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Tübingen, Mohr, 1923, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988.

polo » o della « nazione ». La sua solidità non dipende più da alcuna « Costituzione » in senso sostanziale, o materiale. E c'è invece bisogno di una Costituzione in senso formale, esplicitamente deliberata, cui affidare la delicata opera di determinazione delle regole fondamentali, che sono poi quelle ritenute necessarie per la realizzazione del compromesso. A una Costituzione di questo genere è dunque consegnata la speranza di ricostruzione di un ordine, che non possiamo più dare per scontato attraverso la tradizionale immagine dello Stato come « persona », e che è ormai solo un obiettivo da perseguire.

Tuttavia, l'idea da cui siamo partiti, di un ordine sostanziale e oggettivo del diritto — il diritto positivo di Savigny, in una parola — non scomparirà certo improvvisamente. Muterà però il suo significato nel corso del Novecento. Da un significato di segno costruttivo, proteso a raffigurare una fondazione profonda e rassicurante della legge dello Stato, si passerà a un significato di stampo polemico. Diverrà cioè possibile partire dal diritto in senso oggettivo per contestare la legge dello Stato, e specialmente la sua manifestazione attraverso il Parlamento.

Non più dunque la legge fondata sul diritto, come in Savigny e nella maggior parte del positivismo ottocentesco, ma piuttosto *il diritto contro la legge*: in qualche modo il diritto nella sua forma più profonda e radicata — sia essa classicamente custodita dalla scienza giuridica, o espressa nella giurisprudenza, o in altro modo ancora — contro una legge dello Stato, che qualcuno in questa prospettiva iniziava a considerare come un riflesso debole, e frammentato, del diritto medesimo, spesso proprio a causa del suo involucro parlamentare, troppo gravato dal peso dominante d'interessi frazionali. È evidente che in questa linea sono prevalenti valutazioni opposte rispetto a quelle di Kelsen: non più il Parlamento come luogo della ragionevole mediazione, della realistica — e unica possibile — ricostruzione di una dimensione comune, ma il Parlamento come luogo in cui si realizza il pericoloso dominio degli interessi frazionali.

Esemplare in questo senso il percorso di Carl Schmitt, a partire dal suo saggio giovanile del 1912, dedicato a *Gesetz und Urteil* (7). Qui Schmitt pone già un problema capitale. Nel contesto sociale e

(7) C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtsprechung* (1912), München, Beck Juristischer Verlag, 1969.

politico nuovo, che si sta determinando all'inizio del Novecento, la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustizia della decisione che il giudice deve assumere con la sua sentenza. Schmitt non pensa tanto al « diritto libero », alla *Freirechtsbewegung*, alla prospettiva di una maggiore ponderazione degli interessi effettivi in gioco da parte del giudice medesimo, come se si trattasse di contrapporre una sorta di effettività sociologicamente rilevata al formalismo del diritto. Il problema è un altro, ed è quello dell'adeguatezza della legge, sempre più lacerata al suo interno dal conflitto tra gli interessi frazionali, a produrre decisioni certe, calcolabili e affidabili. Il valore da preservare è dunque quello della *Rechtsbestimmtheit*, della determinatezza giuridica.

Per salvare e attuare quel valore, il giudice può, secondo Schmitt, decidere anche *contra legem*, ovvero contro quella legge che si manifesta in modo palesemente irragionevole, minaccioso nei confronti di un ordine giuridico che viene custodito dalla prassi, dalla stessa giurisprudenza, e anche dalla scienza giuridica. Infatti, in quel caso, secondo Schmitt il giudice decide non secondo una sua « libera » interpretazione, ma pensando a come avrebbe deciso un altro giudice, e « un altro giudice significa il tipo empirico del moderno giurista colto »⁽⁸⁾. Posto di fronte alle contraddizioni e alle incongruenze della legge, il giudice non è dunque solo. Egli può e deve attingere alla tradizione intellettuale del ceto dei giuristi, di cui è parte la stessa giurisprudenza. In questa linea, il giudice non si proclama dunque più « libero », e riafferma piuttosto, in un certo senso al contrario, il suo ruolo di stretto strumento di attuazione del diritto, che deve essere da lui preservato eventualmente anche contro la legge formalmente intesa.

Come ben si vede, i temi che circolano in queste pagine sono ancora in senso lato savignyani: il primato del diritto positivo in senso obiettivo sul diritto meramente posto dal legislatore, il grande valore attribuito alla prassi scientificamente orientata e determinata⁽⁹⁾. Ma c'è un'indiscutibile novità. Ora, il primato del diritto

⁽⁸⁾ Ivi, p. 71.

⁽⁹⁾ Non appaiono allora casuali i contenuti della conferenza a più riprese tenuta da Schmitt tra il 1943 e il 1944: C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu*

positivo sul diritto posto dal legislatore può assumere un significato decisamente polemico, che al momento si traduce in una semplice decisione del giudice *contra legem*, ma che non esclude su questa linea ulteriori sviluppi in una direzione ancora più radicalmente antilegislativa. Così, circa dieci anni dopo il saggio del 1912, Schmitt approda a una conclusione più complessiva, su un piano più propriamente costituzionale. Nel saggio sulla dittatura, del 1921, si tratta, infatti, di porre decisamente il problema dell'« attuazione del diritto », in una situazione in cui la legge non garantisce più stabilità, certezza, determinatezza ⁽¹⁰⁾. Ciò che prima era un problema di relazione tra fonti, tra diritto del legislatore e diritto della giurisprudenza, assume ora un significato ben più ampio, di ordine costituzionale: c'è ora un « diritto », che contiene un determinato ordine in senso oggettivo, c'è quindi una « Costituzione », in senso materiale, e c'è una Costituzione, che vige in senso formale, ma che consente al legislatore di emanare norme che non garantiscono più alcun ordine e alcuna certezza. In questa situazione s'impone la necessità di una dittatura commissaria, con lo scopo di attuare il « diritto », anche attraverso la sospensione della Costituzione formalmente vigente. La dittatura può concludersi con il ripristino della Costituzione vigente — proprio in quanto dittatura commissaria — ma niente può impedire che essa si evolva in senso sovrano, con la creazione di una nuova Costituzione, per la manifesta inattitudine della Costituzione esistente a contenere ed esprimere quel « diritto », la cui attuazione rimane l'esigenza primaria.

Non importa ora misurare le conseguenze operative di una simile dottrina. Del resto, è a tutti noto quanto una tale impostazione abbia concorso a delegittimare la Costituzione di Weimar, in questa linea raffigurata come una Costituzione « debole », incapace di garantire stabilità, di esprimere un saldo principio di unità politica.

einer Verfassungslehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 386-426. È il saggio in cui la scienza giuridica, ancora sulla base dell'esempio paradigmatico di Savigny, viene considerata come « l'ultimo asilo della coscienza giuridica » (ivi, p. 391).

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), Berlin, Duncker & Humblot, 2006, trad. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Roma-Bari, Laterza, 1975.

Ciò che preme rilevare è l'emersione novecentesca di un significato della Costituzione in senso materiale come « vera » Costituzione, capace di garantire il « diritto », contro la Costituzione in senso formale, spesso preda — come nel caso di Weimar — del distruttivo predominio dei partiti e degli interessi frazionali, e quindi non più « Costituzione » in senso proprio, non più norma fondamentale condivisa.

Il Novecento sembra così disperdere, e quasi dilacerare, l'eredità ottocentesca della Costituzione in senso materiale, e con essa anche lo Stato liberale di diritto. Quest'ultimo sembra perdere la sua base. Al posto del popolo, o della nazione, in sé costituzionalmente ordinata, emerge la società con tutto il suo carico di conflitti. Quello che nel modello precedente, inaugurato da Savigny, era il luogo in cui concretamente viveva il diritto positivo della comunità, predisposto attraverso la decisiva opera di mediazione della scienza giuridica a divenire il più sicuro fondamento della legislazione dello Stato, veniva ora negato, come nel caso di Kelsen, o ripreso in senso polemico, come nel caso di Schmitt. Per il primo non c'era più infatti alcuna « comunità », alcun « popolo », o alcuna « nazione », dotata in senso materiale della sua « Costituzione », e l'unica Costituzione possibile era dunque quella che gli attori sociali e politici erano capaci di esprimere attraverso il compromesso e la mediazione parlamentare; per il secondo, al contrario, non solo esisteva la Costituzione in senso materiale, ma questa era raffigurabile — per lo meno in certe situazioni storiche come quella tedesca dei primi decenni del Novecento — come la « vera » Costituzione, da imporre, anche con lo strumento della dittatura, quando quella formale fosse degenerata, perché dominata dalla dinamica distruttiva degli interessi frazionali.

In questo modo, la dottrina costituzionale si trovava racchiusa in un recinto assai delimitato. O la Costituzione era quella parlamentare di Kelsen, e si rinunciava perciò alla dimensione stessa del « fondamento », se non nel senso delle regole procedurali stabilite al fine di determinare una composizione pacifica degli interessi in gioco; o la « Costituzione » era quella in senso sostanziale di Schmitt, ma per quella via la medesima ricerca del « fondamento » rischiava a ogni momento di essere giocata contro la democrazia parlamentare e rappresentativa.

Come uscire da questo dilemma? Era evidentemente necessaria un'opera di mediazione. Era necessario, in altre parole, riprendere l'idea stessa del «fondamento», ma in modo compatibile con la configurazione complessiva delle democrazie del Novecento, nella forma che esse vennero assumendo attraverso il grande travaglio della prima metà del secolo, una volta esauriti i regimi totalitari. Quelle democrazie non potevano, infatti, accontentarsi della concezione kelseniana, limitandosi così all'aspetto procedurale, perché aspiravano nelle rispettive costituzioni a riconoscere determinati principi e valori, sui quali basare la loro identità storica, e anche a indicare indirizzi fondamentali per il futuro, ma nello stesso tempo si fondavano su società di dichiarata struttura e vocazione pluralistica, che non potevano non temere, nella ricerca di un «fondamento» in senso sostanziale, il possibile risorgere di logiche di tipo monistico.

A nostro avviso, il più efficace tentativo di mediazione, e di sintesi, fu quello di Costantino Mortati, con il suo celebre saggio, del 1940, dedicato a *La Costituzione in senso materiale* ⁽¹¹⁾. In questo saggio, Mortati parte dalla convinzione che si sono ormai verificate trasformazioni tali da rendere impossibile la riproposizione delle dottrine tradizionali, imperniate sulla sovranità dello Stato come persona, fondata nella nazione, o comunque in una comunità storicamente data. L'epoca dello Stato liberale di diritto è ormai trascorsa. Se di sovranità dello Stato si deve continuare a parlare, è solo con riferimento a una diversa e nuova fase di evoluzione dello Stato moderno, entro cui il principio di unità politica, anche in forma statale, non può prodursi se non dinamicamente, sul piano teleologico, con lo strumento della *Regierung*, del governo ⁽¹²⁾. In altre

⁽¹¹⁾ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹²⁾ In questo senso, all'opera di Mortati deve essere affiancata quella di Rudolf Smend. Entrambi i giuristi presero infatti le mosse, per la costruzione delle rispettive dottrine della Costituzione, dalla questione del governo. Per Mortati cfr. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000. Per Smend cfr. R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, pp. 68 ss. Di cinque anni più tardi è il saggio più noto: ID., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

parole, lo Stato può continuare a esprimere il principio di unità politica solo se dotato di un indirizzo, consapevolmente individuato e scelto. Lo Stato non è più hegelianamente il soggetto, o la persona, che sa quel che vuole, perché dotato di un'intrinseca razionalità, a sua volta derivata dal fatto di essere espressione organica, naturale e necessaria, della nazione, di una comunità storicamente data. Lo Stato continuerà a essere sovrano solo se sarà capace di essere espressione coerente di un indirizzo fondamentale, scaturito dalla stessa comunità, e tradotto in principi e in norme costituzionali. Per questo motivo, Mortati colloca il punto d'avvio della sua costruzione teorica nel processo di « differenziazione e specificazione nel seno della comunità », che si svolge per opera di una forza politica capace d'imprimere un indirizzo, conseguente alla scelta per un certo sistema di principi fondamentali, trascritti nella Costituzione ⁽¹³⁾.

In questo modo, la Costituzione ha un'origine dichiaratamente politica, nel senso che è frutto di volontà e di scelte precise, ma queste non sono a loro volta raffigurabili nel loro complesso come la « decisione » di un « popolo » o di una « nazione ». Ciò che si ricava da quella origine non è dunque, in radice, una sorta di « vera » Costituzione, che come tale può mettere in discussione quella formalmente vigente, come nella prospettiva inaugurata da Schmitt. Il momento costituente è piuttosto da intendere, nella costruzione di Mortati, come il fondamento più autentico della Costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della Costituzione in senso materiale, che sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa Costituzione scritta. Non è un caso che il saggio di Mortati si concluda con il tema del limite materiale al procedimento di revisione costituzionale, che è collocato proprio in questo nucleo fondamentale, che non può essere alterato se non cambiando la Costituzione. Si afferma così il carattere pienamente giuridico della Costituzione in senso materiale, che non è dunque rappresentabile come mera e generica realtà fattuale, ma come quella specifica realtà

⁽¹³⁾ MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 72 ss.

fattuale, e solo quella, che contiene in forma già strutturata, per quanto in embrione, le linee di base di quell'ordinamento giuridico che sta per affermarsi con la Costituzione da emanare.

Nella linea di Mortati la Costituzione in senso materiale perde quindi il carattere polemico che aveva assunto al tempo di Weimar, e proprio nei confronti della Costituzione democratica weimariana. Al contrario, essa si ripropone ora, a metà del Novecento, come fondamento della Costituzione democratica, nel senso di una democrazia che non è fatta solo di procedure, ma anche di principi irrinunciabili, frutto di scelte consapevoli, da esprimere nella Costituzione da emanare, e che di essa rappresentano il nucleo più essenziale. In questo modo Mortati — che scrive nel 1940 — anticipa le problematiche che saranno proprie delle Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, tra cui ovviamente anche quella italiana del 1948.

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, esistono più dottrine della Costituzione in senso materiale. Una sola di queste — quella riconducibile a Carl Schmitt — può essere usata contro la Costituzione vigente. In effetti, la ricerca di una dimensione profonda della normatività, precedente quella data dalla legge formalmente vigente, è assai più ampia e ricca di significato. È una ricerca che accompagna da sempre la riflessione dei giuristi, anche nell'epoca del positivismo trionfante, quando tutto il diritto sembrava ridursi — ma solo in apparenza — alla legge dello Stato. Anche perché l'unico modo di fondare la sovranità di quella legge, e nello stesso tempo il suo limite, era proprio quello di ricondurla a espressione di un ordine giuridico oggettivo, dato dalla storia di una certa nazione.

In definitiva, l'unico vero avversario di ogni concezione « materiale » della Costituzione è Hans Kelsen, ma la sua voce rimarrà per questo aspetto isolata. I giuristi non intenderanno infatti mai abbandonare la ricerca del « fondamento », e non si rassegneranno dunque con facilità a collocare al posto di un'entità in sé ordinata, e per questo motivo in sé giuridica, come il « popolo » o la « nazione », una semplice « società », con i suoi conflitti e le sue contraddizioni, come Kelsen proponeva. Inoltre, le Costituzioni democratiche del Novecento, da Weimar in poi, avevano per loro conto anch'esse bisogno di un « fondamento », di non ridursi alla dimensione procedurale, di essere dunque espressione di principi

fondamentali, che quelle stesse Costituzioni traducevano in indirizzo, altrettanto fondamentale, per il futuro. Alla ricerca di quei principi, e della fonte di quell'indirizzo, si riscoprirà quindi la Costituzione in senso materiale, come nel caso di Mortati. E si tratterà di una Costituzione che opererà questa volta in senso fondante, per la tutela dell'integrità, e per l'affermazione del primato, della Costituzione democratica. Non si sfugge dunque alla regola per cui ogni supremazia per esistere ha bisogno del suo fondamento. Così è stato per la sovranità della legge dello Stato nell'epoca d'oro del positivismo giuridico e dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento, con la grande idea dell'ordine giuridico della nazione, così è oggi nell'epoca della Costituzione democratica, nell'età dello Stato costituzionale: anche oggi infatti senza fondamento si rinuncia a stabilire l'unica supremazia ancora possibile, quella della Costituzione.

LE DOTTRINE DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE

1. Premessa: la posizione del problema. — 2. La radice della dottrina della costituzione in senso materiale in Savigny. — 3. Le rielaborazioni della dottrina nel mutato quadro costituzionale del Novecento.

1. *Premessa: la posizione del problema.*

Di solito, l'idea stessa della costituzione in senso materiale è associata al tentativo di reperire una dimensione della normatività profonda, precedente quella riconducibile alle norme statali formalmente vigenti. Per questo motivo, le dottrine della costituzione in senso materiale sono di solito poste in antitesi alle concezioni positivistiche del diritto, ed in genere a tutte quelle dottrine che tendono a ridurre il diritto, con la sua forza obbligante, alla legge dello Stato. In realtà, le cose sono un po' più complesse. Proviamo ad esaminarle più da vicino.

Partiamo da una definizione nota della costituzione, formulata al culmine dell'età dominata dal positivismo giuridico. È quella di Georg Jellinek nella sua opera principale, la *Allgemeine Staatslehre*, data alle stampe proprio all'inizio del secolo ventesimo, nel 1900: « La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici che designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, ed inoltre la posizione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale » ⁽¹⁾. Qui, il positivismo dominante sembra essere giunto ad

⁽¹⁾ Utilizziamo la traduzione italiana: G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 93.

un punto fermo, assolutamente centrale e tale da escludere l'idea stessa della costituzione in senso materiale: la costituzione esiste semplicemente perché esiste lo Stato, di cui essa regola gli organi, le loro reciproche relazioni e dunque la forma di governo, i modi della loro attività, ed infine, da ultimo, i limiti che sono posti a tale attività, dai quali si ricava lo spazio libero in cui si affermano i diritti degli individui. È dunque la costituzione a dover presupporre lo Stato, e non viceversa. Prima dello Stato non può esistere alcuna costituzione, né formale, né materiale.

Tutto sembra chiaro, ma non è così. Proprio perché il *prius* è lo Stato, diviene infatti decisivo affrontare in un certo modo il problema delle sue origini. Se alle origini dello Stato dovessimo trovare una nuda volontà politica, un potere costituente, un contratto tra gli individui più o meno facilmente rescindibile, tutto il sistema del *Rechtsstaat* ne sarebbe compromesso, scoprendo di essere edificato su basi fragili, del tutto instabili. Più nello specifico, ne uscirebbero gravemente compromessi gli stessi diritti degli individui: se il loro fondamento è nella autolimitazione dello Stato sovrano, secondo il noto schema jellinekeano della *Selbstverpflichtung*, e se tale atto è pura espressione di volontà, come non pensare che quella volontà possa essere successivamente altrettanto liberamente revocata? Ma allora, su che cosa si fondano in ultima analisi i diritti degli individui? Si può davvero concludere, in piena età liberale, che i diritti non sono altro che *Reflexrechte*, ovvero il mero risultato di un atto espressivo della volontà, e della sovranità, dello Stato?

La risposta all'ultima domanda non poteva essere altro che negativa. Il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato, per essere all'altezza del proprio tempo, per rispondere alla domanda di autorità e di stabilità, ma anche, e parallelamente, alla domanda di riconoscimento dei diritti degli individui, entrambe proprie dell'età liberale, doveva necessariamente costruire un'immagine della sovranità dello Stato di stampo non volontaristico, tale da svolgere una funzione sostanzialmente rassicurante. Si doveva perciò necessariamente pensare ad una sovranità storicamente determinata, espressione di un *ordine giuridico* di carattere oggettivo, su cui si fondavano, insieme a quella sovranità, gli stessi diritti degli individui. È dunque lo stesso positivismo giuridico di stampo statualistico, proprio al culmine della sua parabola, ad aver bisogno di un

fondamento storicistico, ed insieme a questo della presupposizione di un ordine giuridico in qualche modo più ampio, ed anche più risalente, rispetto all'ordine determinato dalle leggi dello Stato. In altre parole, il secondo, ovvero l'ordine dato dalle leggi formalmente vigenti, valeva, ed era espressione di sovranità, in quanto rifletteva il primo, ovvero l'ordine dato dal diritto positivo storicamente fondato.

Del resto, lo stesso Jellinek, proprio negli anni in cui componeva la sua *Allgemeine Staatslehre*, significativamente si dedicava non poco alla storia, ed in particolare alle vicende dello Stato moderno. Qui Jellinek si schiera decisamente dalla parte di quelle versioni dello Stato moderno, che mettono in rilievo la sua permanente struttura dualistica, e dunque la presenza di un lato, accanto a quello della sovranità, che contiene una tradizione di potere limitato, con una precisa radice nel mondo delle libertà e dei privilegi medievali. C'è una componente specificamente germanica, legata al modello storico tedesco della relazione tra principe e ceti, e dunque ad una visione bipolare dello Stato moderno. Ma c'è anche altro. C'è anche la convinzione che i moderni diritti individuali siano stati in modo eclatante dichiarati dalla rivoluzione francese, nell'89, ma abbiano in realtà il loro vero e più solido fondamento nei *Bill of Rights* inglesi ed americani, per poi procedere a ritroso, e ritornare anche per questa via ai patti medievali, ed alla stessa *Magna Charta*. Così il modello richiamato da Jellinek non è certo più solo 'germanico', collegandosi almeno alle esperienze di *common law* anglo-americane. È questo il modello del *Rechtsstaat*, o del *rule of law*, che si pone come modello 'giuridico', in cui le libertà sono solidamente fondate nella storia ed altrettanto solidamente garantite dallo Stato, contro il modello opposto del giusnaturalismo rivoluzionario, che è invece integralmente 'politico', perché proclama solennemente i diritti degli individui, ma finisce poi per lasciarli all'arbitrio del legislatore e delle maggioranze politiche (2).

(2) Per queste visioni dello Stato moderno in seno alla giuspubblicistica dell'età liberale, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in M. SBRICCOLI et al., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 183 e ss.. Il saggio di Jellinek cui si allude nel testo è ben noto: G. JELLINEK, *Die Erklärung der*

Così, non stupirà il fatto che Vittorio Emanuele Orlando, proprio introducendo al lettore italiano l'opera di Jellinek, non manchi di richiamare la sua giovanile adesione alla Scuola Storica di Savigny⁽³⁾. Orlando non pensa genericamente al peso della storia, o al ruolo della scienza giuridica, che pure è un profilo essenziale nel rinvio a Savigny, ma alla prospettiva — evidentemente ancora aperta nel 1949, anno in cui Orlando scriveva — di una vera e propria dottrina dello Stato e della costituzione, che si è cercato di costruire, e che ancora si può rielaborare e perfezionare, partendo dalle basi che erano state poste proprio da Savigny. Orlando pensava qui certamente ai celebri primi paragrafi del primo volume del *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny, che i giuristi italiani avevano conosciuto anche grazie alla traduzione di Vittorio Scialoja, del 1886⁽⁴⁾. A questi paragrafi bisogna tornare per comprendere quanto il positivismo giuridico abbia bisogno di pensare la necessaria esistenza di un ordine giuridico in senso oggettivo. Come tra poco vedremo, è proprio in queste pagine che si trova la radice prima della dottrina della costituzione in senso materiale.

2. *La radice della dottrina della costituzione in senso materiale in Savigny.*

C'è un passo in questo senso di straordinaria rilevanza, che merita riportare per intero, nella lingua originale: « Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfbzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen »⁽⁵⁾. Dunque, se c'è uno Stato, ed un'autorità capace di emanare diritto positivo vincolante, è perché nella storia si è prodotto qualcosa di più di un mero aggregato d'individui legati da vincoli contrattuali

Menschen- und Bürgerrechte (1895), tr. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002.

(3) V.E. ORLANDO, *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. VIII. Qui Orlando richiamava i suoi *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1889, nn. 21 e ss.

(4) F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlino, 1840), Neudruck Aalen, Scientia Verlag, 1981, tr. it. a cura di V. Scialoja, Torino, 1886.

(5) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 30.

più o meno stringenti. Questo *quid pluris* ha una consistenza materiale. Con le parole di Savigny, è dato dalla « articolazione conforme a costituzione », che lega e vincola gli individui ben più di qualsiasi contratto. In altre parole, un insieme d'individui può darsi uno Stato solo se è già un *popolo*, ovvero se già è in sé ordinato. E la misura dell'ordine è la *costituzione in senso materiale*. Quest'ultima non svolge dunque alcuna funzione polemica. Al contrario, serve a fondare l'autorità dello Stato e del suo diritto, e nello stesso tempo a fissare un limite. Per questo motivo, per Savigny il diritto positivo può anche avere la sua massima espressione nella legge dello Stato, ma solo se questa muove dalla consapevolezza di dover riflettere quell'ordine obbiettivo che è dato nella esperienza, e che è già presente nella costituzione intesa in senso materiale. E d'altra parte, è proprio quell'ordine a conferire alla legge, che di esso medesimo è espressione, la sua forza sovrana. Una legge dello Stato solidamente fondata sui principi di quella costituzione è forte ed autorevole. Al contrario, una legge difforme da quei principi nasce morta, ed è comunque destinata alla inefficacia.

Dunque, alle origini del positivismo giuridico, della reazione contro le filosofie individualistiche e contrattualistiche, ed alla base dello stesso diritto positivo statale, troviamo un ordine giuridico di tipo oggettivo, storicamente fondato, che viene rappresentato come 'costituzione'. Quell'ordine ha le caratteristiche della organicità e della stabilità. È 'giuridico' in questo senso, contrapposto al 'politico' della Rivoluzione, in sé disorganico e mutevole. Non v'è dubbio che questo disegnato da Savigny diverrà l'orizzonte della scienza giuridica europea, nell'epoca dello Stato liberale di diritto, fino alle grandi trasformazioni del Novecento. Infatti, solo in casi estremi il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato uscirà da questo orizzonte, trasformandosi in mera esaltazione della forza della legge dello Stato. Più spesso — e così era ancora per Jellinek e per Orlando alla fine del diciannovesimo secolo, come abbiamo visto poco sopra — il positivismo si manterrà sulla scia di Savigny, e conserverà dunque l'idea di un ordine oggettivo, di cui i giuristi stessi erano custodi ed interpreti. Si può anzi affermare che lo Stato liberale di diritto sarà forte fin quando il suo fondamento sarà pensabile nei termini di una realtà in sé ordinata, di una costituzione in senso materiale capace di esprimere il principio di sovranità e

nello stesso tempo di determinare i limiti, e dunque lo spazio libero per l'esercizio dei diritti.

3. *Le rielaborazioni della dottrina nel mutato quadro costituzionale del Novecento.*

Questa costruzione, dominante nella scienza giuridica del diciannovesimo secolo, inizierà a mostrare segni di cedimento a partire dai primi decenni del Novecento. La 'costituzione' di Savigny, intesa come diritto positivo di una comunità storicamente fondata, diverrà infatti sempre più improbabile, a fronte degli imponenti mutamenti che interesseranno l'Europa tra Otto e Novecento. I testimoni di questa trasformazione costituzionale sono molteplici. Uno dei più lucidi, dei più capaci di guardare in profondità, è certamente Hans Kelsen, soprattutto con la sua opera giovanile maggiore, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, del 1911 ⁽⁶⁾. In questa opera, la critica alla tradizionale dottrina giuridica è addirittura spietata. Le si rimprovera soprattutto di aver voluto vedere alla base dello Stato sempre e necessariamente un ordine oggettivo sostanziale, un 'popolo' con la sua 'costituzione'. In questo modo si è finito per occultare ciò che per altro all'inizio del Novecento è ormai del tutto evidente: che quell'ordine non esiste e non è dato, che in quello stesso spazio esiste piuttosto la *società*, con i suoi conflitti e le sue contraddizioni. In quel medesimo spazio agiscono gli individui, i partiti, le associazioni, i gruppi portatori d'interessi concreti, perseguendo i propri obbiettivi, ma anche ricercando un compromesso, un punto di equilibrio. Per Kelsen, lo Stato è nient'altro che l'espressione di quella condizione di equilibrio, per altro continuamente in movimento. Non è più una 'persona', non è più un *prius*,

⁽⁶⁾ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911), Tübingen, Mohr, 1923, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1960. Precisiamo che Kelsen è assunto qui come 'testimone' — come si dice nel testo — della trasformazione costituzionale del primo Novecento, esclusivamente attraverso la sua maggiore opera giovanile. Si prescinde quindi dalla successiva, assai complessa evoluzione, del pensiero di Kelsen nel corso del secolo. Per una visione più complessiva, sullo stesso Kelsen, ma anche sugli altri autori citati in questo contributo, sia consentito rinviare ai saggi contenuti in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, due tomi, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*.

come in Jellinek e nella dottrina tradizionale, ma il risultato di un processo costitutivo di ordine, attraverso la logica del compromesso.

Da qui, la necessità di una forte centralità del parlamento, perché solo attraverso una rappresentanza politica strutturata su base rigorosamente proporzionalistica e fortemente legittimata e riconosciuta dagli attori sociali e politici è possibile costruire un solido edificio politico. Kelsen non crede più che quell'edificio possa stare in piedi semplicemente in quanto personificazione del 'popolo' o della 'nazione'. La sua solidità non dipende più da alcuna 'costituzione' in senso sostanziale, o materiale. E c'è invece bisogno di una costituzione in senso formale, esplicitamente deliberata, cui affidare la delicata opera di determinazione delle regole fondamentali, che sono poi quelle ritenute necessarie per la realizzazione del compromesso. Ad una costituzione di questo genere è dunque consegnata la speranza di ricostruzione di un ordine, che non possiamo più dare per scontato attraverso la tradizionale immagine dello Stato come 'persona', e che è ormai solo un obiettivo da perseguire.

Tuttavia, l'idea da cui siamo partiti, di un ordine sostanziale ed oggettivo del diritto — il diritto positivo di Savigny, in una parola —, non scomparirà certo improvvisamente. Muterà però nel corso del Novecento il suo significato. Da un significato di segno costruttivo, proteso a raffigurare una fondazione profonda e rassicurante della legge dello Stato, si passerà ad un significato di stampo polemico. Diverrà cioè possibile partire dal diritto in senso oggettivo per contestare la legge dello Stato, e specialmente la sua manifestazione attraverso il parlamento. Non più dunque la legge fondata sul diritto, come in Savigny e nella maggior parte del positivismo ottocentesco, ma piuttosto *il diritto contro la legge*: in qualche modo il diritto nella sua forma più profonda e radicata — sia essa classicamente custodita dalla scienza giuridica, o espressa nella giurisprudenza, o in altro modo ancora — contro una legge dello Stato, che qualcuno in questa prospettiva iniziava a considerare come un riflesso debole, e frammentato, del diritto medesimo, spesso proprio a causa del suo involucro parlamentare, troppo gravato dal peso dominante d'interessi frazionari. È evidente che in questa linea sono prevalenti valutazioni opposte rispetto a quelle di Kelsen: non più il parlamento come luogo della ragionevole mediazione, della realistica — ed unica possibile — ricostruzione di una

dimensione comune, ma il parlamento come luogo in cui si realizza il pericoloso dominio degli interessi frazionali.

Esemplare in questo senso il percorso di Carl Schmitt, a partire dal suo saggio giovanile del 1912, dedicato a *Gesetz und Urteil* (7). Qui Schmitt pone già un problema capitale. Nel contesto sociale e politico nuovo, che si sta determinando all'inizio del Novecento, la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione che il giudice deve assumere con la sua sentenza. Schmitt non pensa tanto al 'diritto libero', alla *Freirechtsbewegung*, alla prospettiva di una maggiore ponderazione degli interessi effettivi in gioco da parte del giudice medesimo, come se si trattasse di contrapporre una sorta di effettività sociologicamente rilevata al formalismo del diritto. Il problema è un altro, ed è quello della adeguatezza della legge, sempre più lacerata al suo interno dal conflitto tra gli interessi frazionali, a produrre decisioni certe, calcolabili ed affidabili. Il valore da preservare è dunque quello della *Rechtsbestimmtheit*, della determinatezza giuridica. Per salvare ed attuare quel valore, il giudice può secondo Schmitt decidere anche *contra legem*, ovvero contro quella legge che si manifesta in modo palesemente irragionevole, minaccioso nei confronti di un ordine giuridico che viene custodito dalla prassi, dalla stessa giurisprudenza, ed anche dalla scienza giuridica. Infatti, in quel caso, secondo Schmitt il giudice decide non secondo una sua 'libera' interpretazione, ma pensando a come avrebbe deciso un altro giudice, ed « un altro giudice significa il tipo empirico del moderno giurista colto » (8). Posto di fronte alle contraddizioni ed alle incongruenze della legge, il giudice non è dunque solo. Egli può e deve attingere alla tradizione intellettuale del ceto dei giuristi, di cui è parte la stessa giurisprudenza. In questa linea, il giudice non si proclama dunque più 'libero', e riafferma piuttosto, in un certo senso al contrario, il suo ruolo di stretto strumento di attuazione del diritto, che deve essere da lui preservato eventualmente anche contro la legge formalmente intesa.

(7) C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, Verlag Otto Liebmann, 1969 (riproduce il testo inalterato della prima edizione del 1912).

(8) Ivi, p. 71.

Come ben si vede, i temi che circolano in queste pagine sono ancora in senso lato savignyani: il primato del diritto positivo in senso obbiettivo sul diritto meramente posto dal legislatore, il grande valore attribuito alla prassi scientificamente orientata e determinata ⁽⁹⁾. Ma c'è un'indiscutibile novità. Ora, il primato del diritto positivo sul diritto posto dal legislatore può assumere un significato decisamente polemico, che al momento si traduce in una semplice decisione del giudice *contra legem*, ma che non esclude su questa linea ulteriori sviluppi in una direzione ancora più radicalmente anti legislativa. Così, circa dieci anni dopo il saggio del 1912, Schmitt approda ad una conclusione più complessiva, su un piano più propriamente costituzionale. Nel saggio sulla dittatura, del 1921, si tratta infatti di porre decisamente il problema della « attuazione del diritto », in una situazione in cui la legge non garantisce più stabilità, certezza, determinatezza ⁽¹⁰⁾. Ciò che prima era un problema di relazione tra fonti, tra diritto del legislatore e diritto della giurisprudenza, assume ora un significato ben più ampio, di ordine costituzionale: c'è ora un 'diritto', che contiene un determinato ordine in senso oggettivo, c'è quindi una 'costituzione', in senso materiale, e c'è una costituzione, che vige in senso formale, ma che consente al legislatore di emanare norme che non garantiscono più alcun ordine ed alcuna certezza. In questa situazione s'impone la necessità di una dittatura commissaria, con lo scopo di attuare il 'diritto', anche attraverso la sospensione della costituzione formalmente vigente. La dittatura può concludersi con il ripristino della costituzione vigente — proprio in quanto dittatura commissaria — ma niente può impedire che essa si evolva in senso sovrano, con la creazione di una nuova costituzione, per la manifesta inattitudine

⁽⁹⁾ Non appaiono allora casuali i contenuti della conferenza a più riprese tenuta da Schmitt tra il 1943 ed il 1944: C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-44)*, in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 386 e ss. È il saggio in cui la scienza giuridica, ancora sulla base dell'esempio paradigmatico di Savigny, viene considerata come « l'ultimo asilo della coscienza giuridica » (pp. 391 e ss.).

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (Berlin, Duncker & Humblot, 1921), rist. Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

della costituzione esistente a contenere ed esprimere quel ‘diritto’, la cui attuazione rimane l’esigenza primaria.

Non importa ora misurare le conseguenze operative di una simile dottrina. Del resto, è a tutti noto quanto una tale impostazione abbia concorso a delegittimare la Costituzione di Weimar, in questa linea raffigurata come una costituzione ‘debole’, incapace di garantire stabilità, di esprimere un saldo principio di unità politica. Ciò che preme rilevare è l’emersione novecentesca di un significato della costituzione in senso materiale come ‘vera’ costituzione, capace di garantire il ‘diritto’, contro la costituzione in senso formale, spesso preda — come nel caso di Weimar — del distruttivo predominio dei partiti e degli interessi frazionali, e quindi non più ‘costituzione’ in senso proprio, non più norma fondamentale condivisa.

Il Novecento sembra così disperdere, e quasi dilacerare, l’eredità ottocentesca della costituzione in senso materiale. Quello che nel modello precedente, inaugurato da Savigny, era il luogo in cui concretamente viveva il diritto positivo della comunità, predisposto attraverso la decisiva opera di mediazione della scienza giuridica a divenire il più sicuro fondamento della legislazione dello Stato, veniva ora negato, come nel caso di Kelsen, o ripreso in senso polemico, come nel caso di Schmitt. Per il primo non c’era più infatti alcuna ‘comunità’, alcun ‘popolo’, dotato in senso materiale della sua ‘costituzione’, e l’unica costituzione possibile era dunque quella che gli attori sociali e politici erano capaci di esprimere attraverso il compromesso e la mediazione parlamentare; per il secondo, al contrario, non solo esisteva la costituzione in senso materiale, ma questa era raffigurabile — per lo meno in certe situazioni storiche come quella tedesca dei primi decenni del Novecento — come la ‘vera’ costituzione, da imporre, anche con lo strumento della dittatura, quando quella formale fosse degenerata, perché dominata dalla dinamica distruttiva degli interessi frazionali. In questo modo, la dottrina costituzionale si trovava racchiusa in un recinto assai delimitato. O la costituzione era quella parlamentare di Kelsen, e si rinunciava perciò alla dimensione stessa del ‘fondamento’, se non nel senso delle regole procedurali stabilite al fine di determinare una composizione pacifica degli interessi in gioco; o la ‘costituzione’ era quella in senso sostanziale di Schmitt, ma per quella via la medesima

ricerca del ‘fondamento’ rischiava ad ogni momento di essere giocata contro la democrazia parlamentare e rappresentativa.

Come uscire da questo dilemma? Era evidentemente necessaria un’opera di mediazione. Era necessario, in altre parole, riprendere l’idea stessa del ‘fondamento’, ma in modo compatibile con la configurazione complessiva delle democrazie del Novecento, nella forma che esse vennero assumendo attraverso il grande travaglio della prima metà del secolo, una volta esauriti i regimi totalitari. Quelle democrazie non potevano infatti accontentarsi della concezione kelseniana, limitandosi così all’aspetto procedurale, perché aspiravano nelle rispettive costituzioni a riconoscere determinati principi e valori, sui quali basare la loro identità storica, ed anche ad indicare indirizzi fondamentali per il futuro, ma nello stesso tempo si fondavano su società di dichiarata struttura e vocazione pluralistica, che non potevano non temere, nella ricerca di un ‘fondamento’ in senso sostanziale, il possibile risorgere di logiche di tipo monistico.

A nostro avviso, il più efficace tentativo di mediazione, e di sintesi, fu quello di Costantino Mortati, con il suo celebre saggio, del 1940, dedicato a *La costituzione in senso materiale* ⁽¹¹⁾. In questo saggio, Mortati parte dalla convinzione che si sono ormai verificate trasformazioni tali da rendere impossibile la riproposizione delle dottrine tradizionali, imperniate sulla sovranità dello Stato come persona, fondata nella nazione, o comunque in una comunità storicamente data. Se di sovranità dello Stato si deve continuare a parlare, è solo con riferimento ad una diversa e nuova fase di evoluzione dello Stato moderno, entro cui il principio di unità politica, anche in forma statale, non può prodursi se non dinamicamente, sul piano teleologico, con lo strumento della *Regierung*, del governo ⁽¹²⁾. In altre parole, lo Stato può continuare ad esprimere il

⁽¹¹⁾ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (Milano, Giuffrè, 1940), rist. Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹²⁾ In questo senso, all’opera di Mortati deve essere affiancata quella di Rudolf Smend. Entrambi i giuristi presero infatti le mosse, per la costruzione delle rispettive dottrine della costituzione, dalla questione del governo. Per Mortati si veda C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (Roma, Anonima Romana, 1931), rist., Milano, Giuffrè, 2000. Per Smend si veda R. SMEND, *Die politische Gewalt*

principio di unità politica solo se dotato di un indirizzo, consapevolmente individuato e scelto. Lo Stato non è più hegelianamente il soggetto, o la persona, che sa quel che vuole, perché dotato di un'intrinseca razionalità, a sua volta derivata dal fatto di essere espressione organica, naturale e necessaria, della nazione, di una comunità storicamente data. Lo Stato continuerà ad essere sovrano solo se sarà capace di essere espressione coerente di un indirizzo fondamentale, scaturito dalla stessa comunità, e tradotto in principi ed in norme costituzionali. Per questo motivo, Mortati colloca il punto d'avvio della sua costruzione teorica nel processo di « differenziazione e specificazione nel seno della comunità », che si svolge per opera di una forza politica capace d'imprimere un indirizzo, conseguente alla scelta per un certo sistema di principi fondamentali, trascritti nella costituzione ⁽¹³⁾.

In questo modo, la costituzione ha un'origine dichiaratamente politica, nel senso che è frutto di volontà e di scelte precise, ma queste non sono a loro volta raffigurabili nel loro complesso come la 'decisione' di un 'popolo' o di una 'nazione'. Ciò che si ricava da quella origine non è dunque, in radice, una sorta di 'vera' costituzione, che come tale può mettere in discussione quella formalmente vigente, come nella prospettiva inaugurata da Schmitt. Il momento costituente è piuttosto da intendere, nella costruzione di Mortati, come il fondamento più autentico della costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della costituzione in senso materiale, che sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa costituzione scritta. Non è un caso che il saggio di Mortati si concluda con il tema del limite materiale al procedimento di revisione costituzionale, che è collocato proprio in questo nucleo fondamentale, che non può

im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1955, pp. 68 e ss. Di cinque anni più tardi è il saggio più noto: Id., *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, tr. it. in Id., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽¹³⁾ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 72 e ss..

essere alterato se non cambiando la costituzione. Si afferma così il carattere pienamente giuridico della costituzione in senso materiale, che non è dunque rappresentabile come mera e generica realtà fattuale, ma come quella specifica realtà fattuale, e solo quella, che contiene in forma già strutturata, per quanto in embrione, le linee di base di quell'ordinamento giuridico che sta per affermarsi con la costituzione da emanare.

Nella linea di Mortati la costituzione in senso materiale perde quindi il carattere polemico che aveva assunto al tempo di Weimar, e proprio nei confronti della Costituzione democratica weimariana. Al contrario, essa si ripropone ora, a metà del Novecento, come fondamento della costituzione democratica, nel senso di una democrazia che non è fatta solo di procedure, ma anche di principi irrinunciabili, frutto di scelte consapevoli, da esprimere nella costituzione da emanare, e che di essa rappresentano il nucleo più essenziale. In questo modo Mortati — che scrive nel 1940 — anticipa le problematiche che saranno proprie delle Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, tra cui ovviamente anche quella italiana del 1948.

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, esistono più dottrine della costituzione in senso materiale. Una sola di queste — quella riconducibile a Carl Schmitt — può essere usata contro la costituzione vigente. In effetti, la ricerca di una dimensione profonda della normatività, precedente quella data dalla legge formalmente vigente, è assai più ampia e ricca di significato. È una ricerca che accompagna da sempre la riflessione dei giuristi, anche nella epoca del positivismo trionfante, quando tutto il diritto sembrava ridursi — ma solo in apparenza — alla legge dello Stato. Anche perché l'unico modo di fondare la sovranità di quella legge, e nello stesso tempo il suo limite, era proprio quello di ricondurla ad espressione di un ordine giuridico oggettivo, dato dalla storia di una certa nazione. In definitiva, l'unico vero avversario di ogni concezione 'materiale' della costituzione è Hans Kelsen, ma la sua voce rimarrà per questo aspetto isolata. I giuristi non intenderanno infatti mai abbandonare la ricerca del 'fondamento', e non si rassegneranno dunque con facilità a collocare al posto di un'entità in sé ordinata, e per questo motivo in sé giuridica, come il 'popolo' o la 'nazione', una semplice 'società', con i suoi conflitti e le sue contraddizioni, come

Kelsen proponeva. Inoltre, le costituzioni democratiche del Novecento, da Weimar in poi, avevano per loro conto anch'esse bisogno di un 'fondamento', di non ridursi alla dimensione procedurale, di essere dunque espressione di principi fondamentali, che quelle stesse costituzioni traducevano in indirizzo, altrettanto fondamentale, per il futuro. Alla ricerca di quei principi, e della fonte di quell'indirizzo, si riscoprirà quindi la costituzione in senso materiale, come nel caso di Mortati. E si tratterà di una costituzione che opererà questa volta in senso fondante, per la tutela della integrità, e per l'affermazione del primato, della costituzione democratica. Non si sfugge dunque alla regola per cui ogni supremazia per esistere ha bisogno del suo fondamento. Così è stato per la sovranità della legge dello Stato nell'epoca d'oro del positivismo giuridico, tra Otto e Novecento, così è oggi nell'epoca della supremazia della costituzione democratica.

5.

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
COME AUTONOMO « TIPO » STORICO (*)

1. La posizione del problema: la Costituzione democratica come « tipo » storico. — 2. Il primo carattere della Costituzione democratica: l'inclusione in Costituzione del conflitto sociale. — 3. Il secondo carattere della Costituzione democratica: la dimensione della inviolabilità. — 4. Il terzo carattere della Costituzione democratica: l'equilibrio dei poteri. — 5. Conclusioni.

1. *La posizione del problema: la Costituzione democratica come « tipo » storico.*

Iniziamo con una considerazione di carattere generale. Osserviamo che non pochi guardano oggi con accenti fortemente preoccupati alla situazione attuale della Costituzione democratica, in qualche caso addirittura ragionando di un suo « destino », ovvero di una sua crisi irreversibile, contrassegnata da un esito che per certi aspetti si presenta ormai obbligato. Noi non discutiamo qui queste opinioni, e non ci chiediamo in cosa consisterebbe questo esito della crisi della Costituzione democratica. Noi vogliamo semplicemente

(*) Il testo che segue è stato utilizzato in due distinte occasioni pubbliche. La prima il 26 ottobre del 2015, come *Conferencia Inaugural* del Congresso Internazionale su *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, che si è tenuto presso l'Università di Elche, ora negli Atti del Convegno. La seconda il 7 aprile del 2016, come base del Seminario che si è svolto presso l'Università di Bilbao, dedicato in modo specifico alla ricostruzione della « Costituzione democratica » come autonomo « tipo storico ». Un particolare ringraziamento è dovuto a Rosario Tur Ausina, della Università di Elche e Xavier Tajadura e Fernández Sebastián della Università di Bilbao. Ha recato infine particolare pregio al Seminario di Bilbao la presenza e il commento di Joaquin Varela, con il quale è aperto uno speciale e per me fruttuosissimo rapporto scientifico da più di vent'anni.

subito all'inizio precisare che non riteniamo che la Costituzione democratica abbia in questo senso un « destino », sia cioè sottoposta allo svolgersi di processi « naturali » e « necessari », come tali sottratti allo spazio della libera decisione. Noi pensiamo cioè che comunque vadano le cose conterà quello che noi si sarà riusciti a fare contro, o in difesa, della Costituzione democratica. Insomma, che quella della Costituzione democratica è una questione aperta, che dipende per la sua soluzione ancora da noi stessi, dalla intensità e dalla misura con cui la costituzione è riconosciuta nella società, dalla società. Non parliamo dunque di « destino » e chiediamoci piuttosto a quali esiti e sviluppi, o contrazioni, vada incontro la Costituzione democratica nel nostro tempo storico, nella nostra immediata contemporaneità. Ma per iniziare a rispondere a questa domanda, sul futuro della Costituzione democratica, dobbiamo preliminarmente chiederci, nel più ovvio dei modi: che cosa è la « Costituzione democratica »? Si apre, con questa domanda, il primo capitolo della nostra trattazione.

Tentiamo una prima provvisoria risposta. La costruiamo, per antica abitudine e per amore di chiarezza, sul piano storico. Su tale piano la Costituzione democratica può essere qualificata come una delle più rilevanti creazioni del Novecento, che il secolo scorso ha lasciato in eredità a noi, che stiamo vivendo i primi lustri del nostro secolo, del secolo successivo. Com'è noto, il Novecento ha una struttura singolare, difficilmente reperibile in altri secoli. È infatti un secolo spaccato in due: nella prima metà due sanguinosissime guerre, i totalitarismi, le politiche di sterminio, nella seconda metà l'avvento della Costituzione democratica, ovvero di un particolare tipo storico di Costituzione, di cui è espressione anche la Costituzione italiana del 1948. Più precisamente si può descrivere il tempo storico della Costituzione democratica come un ciclo che prende le mosse dalla Costituzione-madre, quella di Weimar del 1919, passa attraverso esperienze come quella della seconda Repubblica in Spagna, esprimendosi poi soprattutto nell'immediato dopoguerra, in Italia, Germania e Francia, e più tardi ancora in Spagna, con la Costituzione del 1978.

Adoperando un concetto caro ai comparatisti, è questa una « famiglia » di Costituzioni, nel senso che si tratta di Costituzioni che presentano forti caratteri comuni, fino al punto di rappresentare

— e qui è lo storico costituzionale a parlare, più del comparatista — un « tipo » storico di Costituzione. Nuovo rispetto ai « tipi » già noti, come quello cui appartengono le Costituzioni dell'età rivoluzionaria, della fine del diciottesimo secolo, o le Carte costituzionali dell'età liberale, del diciannovesimo secolo. Si tratta per l'appunto delle Costituzioni democratiche del Novecento, che non sono quindi significative solo sul piano delle singole e rispettive storie nazionali — ad esempio per ciò che riguarda l'Italia sul piano del fondamento antifascista, in ragione della genesi immediata della Costituzione del 1948 dal crollo del regime fascista — ma anche, e forse soprattutto, nel loro insieme, nella pluralità delle relazioni che s'intrecciano tra esse medesime, in modo così intenso e storicamente determinato da configurare, al di là delle singole vicende di ciascuna Costituzione, un profilo comune, che è quello de *La Costituzione democratica del Novecento*, che noi stessi abbiamo così definito proprio per significare l'esistenza sul piano storico di un'esperienza comune, se non addirittura unica.

È questa l'esperienza che prendiamo in considerazione in questo contributo, con l'intento specifico d'interrogarsi sulla sua identità sul piano storico e sulla sua attualità, ovvero sulla sua idoneità a raffigurare e spiegare il nostro presente costituzionale. È noto infatti come la seconda metà del Novecento sia caratterizzata in Europa da un'ampia diffusione del modello della Costituzione democratica, lungo una linea ascensionale, nel senso di una sempre maggiore rilevanza e centralità dei principi costituzionali nella organizzazione e nel cammino delle democrazie dell'ultimo dopoguerra, per lo meno nel corso dei cosiddetti « Trenta gloriosi anni », dalla fine degli anni Quaranta agli anni Settanta, all'ultimo quarto del secolo. Ebbene, ciò che ora si deve misurare è la permanente attualità, o meno, di quel « tipo storico » di Costituzione, ovvero la sua idoneità a rappresentare le democrazie europee del primo quarto del ventesimo secolo, a loro volta attraversate da profondi processi di trasformazione costituzionale, che le hanno rese certamente per molti versi diverse dalle democrazie che attorno alla metà del secolo scorso avevano ideato e messo in opera lo strumento della Costituzione democratica.

Un recente Convegno, un po' giocando sulle parole, ha parlato del passaggio dalla « attuazione » alla « inattualità » della Costitu-

zione, ovvero da una democrazia che si realizza attuando i principi della Costituzione ad una democrazia che pone sistematicamente il problema della riforma della Costituzione, non essendo più attuale quella storicamente data. Nel primo caso la democrazia vive attraverso l'attuazione dei principi della Costituzione, che corrisponde al « tipo » storico della Costituzione democratica. È questa la stagione piena della Costituzione democratica. Nel secondo caso la democrazia è alla ricerca di un nuovo « tipo » storico di Costituzione, essendo considerata non più attuale la Costituzione democratica. Noi viviamo in mezzo a questa alternativa: o si ritiene che oggi sia ancora il tempo della Costituzione democratica, ovvero un tempo entro cui il baricentro della democrazia è ancora collocato nel processo di attuazione della Costituzione, nella permanente forza normativa dei principi fondamentali della Costituzione democratica, o quel tempo è da ritenersi sostanzialmente concluso, ponendo così alle democrazie contemporanee il problema di un nuovo « tipo » storico di Costituzione, adeguato ad un tempo nuovo, diverso e distante da quello novecentesco che aveva dato origine alla Costituzione democratica. Ebbene, lo scopo di queste note è proprio quello di chiarire quale sia la posta in palio nello sciogliersi di questa alternativa. Prima di tutto illustrando in sintesi quali siano i caratteri identificativi della Costituzione democratica.

2. *Il primo carattere della Costituzione democratica: l'inclusione in Costituzione del conflitto sociale.*

Il primo carattere della Costituzione democratica è contenuto in quella che forse può essere considerata la norma-madre, collocata alle origini della esperienza del nostro « tipo » storico di Costituzione. Mi riferisco al celebre articolo 151 della Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, nota come Repubblica di Weimar. La Costituzione è dell'11 agosto del 1919, e l'articolo in questione è il primo del Capo V, significativamente dedicato a « La vita economica ». È questo un dato testuale di grande rilievo. Infatti, nelle Carte costituzionali precedenti, del diciannovesimo secolo, la « vita economica » era presupposta come realtà in sé ordinata, che non abbisognava della guida di principi da collocare nelle stesse Carte. Com'è noto, i principi di ordine costituzionale, nel senso di principi

nei quali si rifletteva il complesso dell'ordine sociale e politico, erano piuttosto contenuti nel Codice civile, che accanto alla posizione centrale e dominante della proprietà privata individuale poneva in evidenza, a questo livello, il principio della autonomia negoziale. Con il modello sottostante all'articolo 151 della Costituzione di Weimar, che è poi il modello della Costituzione democratica, le cose cambiano. La «vita economica» non appare più come un dato oggettivo precedente la Costituzione, in sé regolato da leggi che il positivismo trionfante chiamava «naturali» e «necessarie», ma come una realtà complessa e contraddittoria, per un verso da orientare secondo il principio, proveniente dalla società liberale, della «libertà economica dei singoli» (art. 151 Cost. Weimar), ma per un altro verso da governare perché in sé portatrice di conflitti e di disuguaglianze, tali da minacciare il progetto contenuto nella Costituzione democratica, consistente nel «garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo» (id.).

Si tocca qui con mano il *primo carattere della Costituzione democratica*, che consiste nella presenza, nel cuore della Costituzione, di un dover essere collettivo, di un indirizzo fondamentale, che nasce dalla esigenza di *governare il conflitto*, d'imporre alla vita economica regole e tempi che siano funzionali al conseguimento dell'obbiettivo ultimo della Costituzione democratica, che rimane quello della uguaglianza, nel senso dell'opportunità per ognuno di «un'esistenza degna dell'uomo», come recita il nostro articolo 151. Si crea qui, all'altezza di Weimar, e dunque all'inizio della esperienza della Costituzione democratica, un «modello», che troverà in seguito ampia applicazione nelle Costituzioni del Novecento. Pensiamo in primo luogo al secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione italiana. I rilevanti «compiti» assegnati da questo testo alla Repubblica presuppongono proprio la svolta inaugurata da Weimar, hanno cioè — come a Weimar — il loro fondamento nella percezione di una società ricca di discriminazioni, di «ostacoli» che impediscono quel pieno dispiegarsi della personalità di ognuno che è l'obbiettivo della costituzione democratica in genere, e dunque anche della Costituzione italiana, che lo traduce con il suo articolo terzo nel senso della «pari dignità sociale».

Le Costituzioni del Novecento possiedono dunque questo primo carattere, consistente nella consapevolezza che non vi sono

più armonie precostituite, essendo anzi la società ricca di conflitti e di diseguaglianze. Gli uni e le altre entrano nello spazio della Costituzione, a partire da Weimar, rappresentando nel loro insieme una società che è finalmente assunta nella sua fattualità, e non più immaginata, a partire dalla matrice giusnaturalistica trasfusa nel Codice, come una realtà in sé necessariamente ordinata, abitata da individui astrattamente intesi, anch'essi « immaginati », e in questa chiave assunti come soggetti liberi ed uguali. Si può dire anzi che il Novecento in genere è rappresentabile come il secolo della scoperta del conflitto, del superamento complessivo del modello liberale ordinato attorno ai due poli, lo Stato da una parte, l'individuo dall'altra. L'uno espressivo dell'ordine giuridico della nazione, l'altro collocato al centro del sistema del diritto privato, a sua volta inteso come un insieme di relazioni capace di autosostenersi perché improntato ai canoni della razionalità, produttivi di volontà in questa linea immaginate come proprie di uomini astrattamente liberi ed uguali. Il « tipo storico » della Costituzione democratica nasce proprio dal superamento di questa cultura ottocentesca. In una parola nasce dalla inclusione in Costituzione di una società che non è più quella immaginata in età liberale, ma quella concreta che inizia a muoversi tra Otto e Novecento, entro cui troviamo non più solo gli individui, ma anche e soprattutto i lavoratori, gli imprenditori, i consumatori, e con essi i sindacati, le associazioni di categoria, gli interessi economici variamente organizzati.

Tutto questo è percepito dalla cultura giuridica del tempo, all'inizio del Novecento, in chiave di « crisi », di rinascita delle corporazioni, di ritorno ad un vero e proprio neo-feudalesimo, di conseguente decomposizione dell'ordine giuridico e politico della Nazione. Ma in realtà, quelli sono i primi passi in direzione di un mutamento complessivo del « tipo storico » di Costituzione, dal « tipo » liberale fondato sulla doppia sovranità, dello Stato impersonante l'ordine della Nazione, e dell'individuo posto al centro del sistema del diritto privato, al « tipo » democratico che conosce sempre meno quelle due sovranità e l'ordine dato che ad esse corrispondeva, espresso soprattutto nel diritto dei Codici, nella legge dello Stato organizzata nella forma del Codice, e si avvia perciò su strade nuove. Nel percorso della Costituzione democratica che si apre ora, che successivamente dovrà confrontarsi con l'età dei

totalitarismi, e che poi avrà il suo punto più alto nella seconda metà del secolo, rimarrà sempre viva l'impronta originaria dei primi decenni del Novecento, consistente nella percezione della crisi. Proprio su questa base, il primo carattere della Costituzione democratica sarà quello della inclusione in Costituzione della società reale, con l'intero suo carico di contraddizioni, e la conseguente necessità di governare il conflitto, d'indicare in questo senso un indirizzo riconducibile ad alcuni principi fondamentali, tra i quali assumerà rilievo centrale quello di uguaglianza, che in questa nuova linea non si esaurisce nell'aspetto formale del divieto di discriminazione, ma guarda oltre, a quella che la Costituzione italiana chiama la « pari dignità sociale ».

Dunque, quello che è vissuto come « crisi » dal punto di vista delle dottrine liberali del diciannovesimo secolo, per la sempre più evidente percezione della società come luogo del conflitto, è rappresentabile in realtà, guardando in avanti, e non indietro, come il primo disporsi della esperienza costituzionale in senso democratico, ovvero secondo un indirizzo fondamentale, che in sostanza si traduce nel processo di attuazione della Costituzione, da intraprendere per la via maestra della « grande politica », di una politica cioè che si colloca più in alto, oltre il piano ordinario dello svolgersi dell'indirizzo politico di maggioranza, su un piano che è quello dei principi costituzionali, che unisce le forze politiche, chiamate in questo senso ad un impegno di carattere solidale. In altre parole, l'avvento della costituzione democratica si produce, nel cuore del Novecento, non per caso all'interno di un ciclo di progressiva valorizzazione del posto e del ruolo della politica, dei partiti, delle assemblee elettive, delle istituzioni della democrazia rappresentativa. Se il primo carattere, in un certo senso originario, della costituzione democratica è — come abbiamo visto — l'inclusione in Costituzione del conflitto sociale, e delle disuguaglianze di fatto che quel conflitto alimentano, bisogna subito aggiungere che storicamente alla presenza rilevante di quel carattere corrisponde un ruolo forte della politica, ritenuta ben capace di proporsi sui piani alti, che sono poi quelli della attuazione della Costituzione.

Teniamo a mente questo punto, che risulterà essere assolutamente centrale nella nostra valutazione finale e complessiva della costituzione democratica, ovvero il legame forte e intenso che

storicamente si pone tra quel tipo di costituzione, che denominiamo « democratica », ed i soggetti e le istituzioni della politica. Nel senso che senza una presenza forte degli uni e delle altre non è possibile la costruzione di alcun indirizzo fondamentale, di alcun governo della realtà sociale che possa essere riconnesso ai principi costituzionali. E se questo processo viene abbandonato ciò che rimane sul campo è *una Costituzione orfana della politica*, che in questo vuoto non può più progettare indirizzi, ma solo offrire garanzie, tornando così ad una idea della Costituzione puramente liberale, che vede cioè nella politica esclusivamente la possibilità dell'arbitrio. È quello che è accaduto in Italia e in Europa nel corso dell'ultimo quarto del secolo scorso, quando sono andate contraendosi le grandi narrazioni, gli spazi utili per la costruzione di grandi progetti di ordine collettivo, quando è sembrato tornare un tempo tutto sbilanciato sul versante della economia, anche con il diffondersi di ideologie di stampo schiettamente neo-liberista, entro un clima culturale complessivo che tornava a riabilitare le immagini della società come luogo della armonia, come tale da difendere nei confronti dei possibili arbitri della politica.

Ecco dunque, sul primo carattere della costituzione democratica, ovvero sulla incorporazione, in Costituzione, delle disarmonie, e del conflitto sociale, un primo corrispondente motivo di « inattualità »: a quel conflitto si risponde con gli strumenti della « grande politica », con la centralità delle istituzioni rappresentative e delle assemblee elettive, con un ruolo ampio dei partiti politici, e dunque con uno strumentario che progressivamente entrerà in crisi a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, a fronte di una società di nuovo centrata sul primato dell'economico, sul mito della armonia, sempre più lontana dal carattere forse più essenziale della costituzione democratica, che storicamente rimane quello dell'indirizzo fondamentale, della costruzione del progetto con gli strumenti della politica. Lasciamo ora da parte questo primo punto, che riprenderemo alla fine, in sede di valutazione finale.

3. *Il secondo carattere della Costituzione democratica: la dimensione della inviolabilità.*

Conviene ora passare al *secondo carattere storico* della costitu-

zione democratica. Lo si esprime con una parola, che è anche un concetto: *inviolabilità*, o anche *intangibilità*. Una delle norme più significative sul punto è certamente l'articolo 13 primo comma della Costituzione italiana, che così recita: « La libertà personale è inviolabile ». Una norma che non è una regola. Una norma senza fattispecie, che esprime un principio. Una norma che prima di tutto è una dichiarazione di appartenenza, ad una delle grandi tradizioni del costituzionalismo moderno. È come se i costituenti italiani — ma ciò vale per tutti i costituenti del Novecento — avessero voluto inserire la Costituzione che stavano emanando all'interno di un processo storico di *lungo periodo*, ben più ampio e risalente di quello che nella prima metà del secolo aveva condotto a due guerre, ai totalitarismi, alle politiche di sterminio. Certo, l'intangibilità per molti, o per quasi tutti, era proclamata in primo luogo proprio contro la *Vernichtung*, contro la politica assoluta dei totalitarismi europei, che aveva invaso pesantemente le sfere degli individui. Così anche in Italia, con l'articolo 13 già citato, ci si poneva contro il fascismo e le sue politiche liberticide, che alla fine avevano prodotto anche il mostro delle leggi razziali.

Ma questo non era tutto. Accanto alla genesi immediata — in Italia con la caduta del regime fascista — c'è in quell'articolo la ricerca di una dimensione più profonda. C'è la convinzione, dopo la tragedia dei totalitarismi, che è necessario superare la matrice stessa della cultura delle libertà fino a quel momento dominante. Mi riferisco alla matrice positivista, ovvero a quella concezione generale della libertà che vuole che essa sia il semplice esito della applicazione della legge: la conseguenza della vigenza della legge — che formalmente provvede a garantirla — e non il suo presupposto, il valore primario cui la legge stessa si è ispirata. Con l'invioabilità si ribalta il rapporto tra legge e libertà. Non è più la prima a rendere possibile e garantita la seconda. All'inverso, ora è la libertà a costituire il *prius* cui la legge deve essere conforme, pena la sua invalidità, per difformità dai principi fondamentali su cui si regge la cosa pubblica, tra i quali spicca proprio la libertà, la garanzia della libertà personale. È una rivoluzione copernicana, che si diparte dalla metà del Novecento, con le Costituzioni democratiche. La enunciamo di nuovo. Prima la libertà, per quanto solennemente proclamata nelle Dichiarazioni, esisteva poi in concreto solo attraverso una

legge che la contemplava sotto forma di diritti da essa medesima fondati e tutelati; ora, al contrario, quei medesimi diritti sono in reale posizione di *anteriorità* rispetto alla legge dello Stato, nel senso che quest'ultima non è valida in assoluto, ma solo in quanto nei contenuti sia conforme al diritto che la precede, che è il *diritto della Costituzione*, che a sua volta fonda e contiene i diritti stessi, che si trovano quindi poggiati su una base che precede la legge dello Stato.

Ecco allora la ricerca di un'altra dimensione, quella della inviolabilità. Essa si colloca storicamente oltre la riserva di legge. È espressione di una cultura della libertà che affonda le sue radici addirittura nel tardo medioevo, a partire dalla clausola 39 della Magna Carta, poi attraverso l'*Habeas Corpus* messo in forma scritta nel 1679, fino al « diritto di conoscere la natura e la causa dell'accusa » che ritroviamo più volte nei testi costituzionali della rivoluzione americana. Ebbene, è come se l'articolo 13 della Costituzione italiana trovasse qui il suo contenuto, nella dichiarazione di appartenenza a questa cultura della libertà, storicamente meno compromessa con il paradigma positivistico e statualistico, elaborata e sviluppata all'interno della versione anglo-americana del costituzionalismo moderno.

Le Costituzioni democratiche del Novecento possiedono dunque questo secondo carattere, che consiste nella ricerca della dimensione della inviolabilità. Le Costituzioni democratiche dunque, da una parte — per quanto riguarda il loro primo carattere, che già abbiamo visto — aprono le porte al conflitto sociale, al problema delle disuguaglianze di fatto, mettono per così dire i piedi nella concretezza della società e delle sue contraddizioni, ma dall'altra alzano gli occhi al cielo, nel senso che riscoprono uno strato del diritto positivo che non è quello del diritto meramente posto, frutto delle scelte contingenti del legislatore, ma quello dei *principi fondamentali costitutivi della forma politica*, che vengono trascritti nella Costituzione, come nel caso visto della libertà personale, di essa rappresentando il *nucleo essenziale e fondamentale*, inviolabile nel senso che ove venisse mutato o alterato quel nucleo cadrebbe per ciò stesso l'intera Costituzione democratica.

L'applicazione più nota e immediata di questo concetto sta nella individuazione del cosiddetto *limite materiale* al procedimento di revisione costituzionale, ovvero nella fissazione, per ciascuna delle

Costituzioni democratiche, di una materia, composta di principi fondamentali, sottratta al procedimento di revisione costituzionale. S'intende dire che la tanto conclamata *rigidità* delle Costituzioni democratiche del Novecento non consiste tanto nel dato formale della esistenza di un procedimento di revisione sufficientemente più arduo e grave del procedimento di legislazione ordinaria quanto nella esistenza, sul piano storico-costituzionale, e in senso materiale, di un nucleo non rivedibile di principi fondamentali — come quelli già menzionati di uguaglianza, nelle politiche che la promuovono contro le discriminazioni di fatto, o di libertà personale, contro le politiche invasive delle sfere individuali — inviolabili nel senso che la loro alterazione produce la fuoriuscita dal perimetro storico della Costituzione democratica.

Bisogna essere chiari su questo punto, che è uno dei più delicati nella interpretazione delle nostre Costituzioni. Quando diciamo — come anche noi abbiamo detto — che i costituenti del Novecento alzano gli occhi al cielo non intendiamo dire che essi risuscitano il diritto naturale, magari nella versione individualistica e contrattualistica che aveva sorretto le rivoluzioni della fine del diciottesimo secolo. Non è più il tempo della funzione rivoluzionaria del diritto naturale, della contrapposizione del soggetto unico di diritto, generale ed astratto, ai diritti di ceto. Al contrario, il soggetto di diritto è nelle Costituzioni democratiche piuttosto la *persona*, che a differenza della tradizione giusnaturalistica è un soggetto in carne ed ossa, assunto in Costituzione nella concretezza dell'insieme delle relazioni individuali e associative entro cui è inserito, in rapporto alla sua concreta esistenza, ai problemi che incontra nell'accesso ai beni che la stessa Costituzione proclama essere essenziali, come il lavoro o l'istruzione. Dunque, anche questa seconda via, che riguarda l'invulnerabilità, conferma il dato di fondo del Novecento, che rimane quello della scoperta del conflitto, della inclusione in Costituzione delle contraddizioni sociali, della assunzione da parte della Repubblica di compiti di politica sociale, ispirati e riconnessi al nuovo principio di uguaglianza.

Ma allora, cosa significa « alzare » gli occhi al cielo? Significa che le Costituzioni del Novecento, a fronte di un intensissimo colloquio con la società, che poi in concreto vuol dire ideare e mettere in opera soluzioni idonee a moderare e bilanciare il conflitto

sociale, e a fronte di una genesi della Costituzione di tipo plurale e contrattuale, realizzano ben presto la necessità in certe fasi cruciali per l'appunto di « alzare » gli occhi, in modo da poter reperire, all'interno del colloquio, e tra le pieghe di un'incessante contrattazione, momenti qualificanti in cui è il progetto stesso nel suo complesso ad emergere con uno o più dei suoi caratteri fondanti, che si collocano in « alto », a livello dei principi. Lì si determinano e vengono ad esistenza i principi fondamentali che caratterizzano quella Costituzione. Lì è la sede della decisione costituente, che si produce a partire dalla struttura intimamente pluralistica delle società e dei processi costituenti del Novecento, ma attraverso la capacità per l'appunto di « alzare » gli occhi, di trovare e fissare il principio costituzionale seguendo un percorso per così dire dal « basso » verso l'« alto ». È perciò peculiare della Costituzione democratica, e della sua identità sul piano storico, la presenza di *principi fondamentali condivisi*, che risultano essere inviolabili, nel senso che ammettendo la loro mutazione si assisterebbe ad una decisiva perdita d'identità della stessa Costituzione. Non c'è Costituzione democratica senza questa identità condivisa, che è evidentemente data dalla decisione costituente, e successivamente mantenuta nello svolgersi successivo del processo di attuazione della Costituzione medesima.

Come nel caso del primo carattere della Costituzione democratica, per il quale abbiamo concluso ponendo il problema della sua permanente attualità, essendo esso storicamente legato ad ruolo forte e profondo della politica con il suo corredo di strumenti, dalle assemblee elettive ai partiti come soggetti e strumenti indispensabili per il prodursi di quella che abbiamo chiamato la « grande politica », anche nel caso di questo secondo carattere della Costituzione democratica si deve provvisoriamente concludere in modo analogo, e domandarsi se e in che misura sia ancora attuale questa *idea forte della inviolabilità*, che poi coincide con un modo d'essere della democrazia non completamente disciolta nelle contrattazioni plurime e complesse peculiari delle democrazie odierne, ma ancora capace di dire che cosa è essenziale, dove risiede il cuore del sistema costituzionale, ciò a cui non si può e non si deve rinunciare se si vuole storicamente rimanere nei confini della costituzione democratica. In ultima analisi, bisogna chiedersi se è ancora attuale questa

idea forte della Costituzione, che vuole essa sia portatrice di un'identità definita della società e delle istituzioni della democrazia, data da un insieme di *principi fondamentali condivisi*, che in quella società e in quelle istituzioni sono considerati *inviolabili*, proprio perché non modificabili se non uscendo dai confini della stessa costituzione democratica.

I primi due caratteri delle Costituzioni democratiche del Novecento hanno dunque in comune questo legame forte con le istituzioni e gli strumenti della politica. Solo una presenza forte e strutturata delle une e degli altri, ed in particolare dei partiti politici, che proprio nel corso del Novecento entrano in forze nella cittadella del diritto costituzionale, è capace di sorreggere quel particolare « tipo » storico di Costituzione che è la Costituzione democratica del Novecento. Senza quella presenza, senza una società politica organizzata e coesa, si finisce non per caso per uscire dai confini della esperienza storica del Novecento e della sua Costituzione tipica. In particolare, viene a mancare la dimensione dell'*indirizzo fondamentale*, ovvero la Costituzione come dover essere collettivo, che muove la società e le istituzioni in una direzione che è quella voluta dalla Costituzione stessa, nella linea dei principi fondamentali fissati nella Carta, secondo un profilo dai contorni certi, che conduce ad un'identità sicura. Oggi la questione che si pone è quella di una democrazia che sul piano formale continua a proclamare il carattere sovraordinato della Costituzione, ma che in realtà sta lasciando sola la Costituzione, orfana di una politica che non è più capace di parlare, e di agire, per principi, che non giustifica più la sua posizione nella società e nelle istituzioni in rapporto ai principi costituzionali, proponendosi come strumento funzionale alla loro concretizzazione, e che scivola anzi sempre più lontano dalla dimensione del principio costituzionale, sempre più esaurendosi nella rappresentazione degli interessi frazionali, piccoli e grandi, all'interno delle istituzioni.

Dunque *una Costituzione orfana della politica*. Così si può sintetizzare oggi la situazione della Costituzione democratica. Una Costituzione che deperisce perché lasciata sola, in condizione di orfananza, dalla politica, che a partire dall'ultimo quarto del Novecento è sempre meno capace di proporsi sul piano alto, dei principi costituzionali. È questa certamente una condizione patologica, che è

frutto della crisi sempre più evidente della democrazia rappresentativa e dei suoi principali strumenti, ovvero dei partiti politici, che erano stati in origine protagonisti in senso forte delle Costituenti del Novecento. Bisogna perciò distinguere questa condizione attuale, che possiamo senz'altro considerare patologica, dal piano originario che accompagna la nascita delle Costituzioni democratiche del Novecento, e che ha uno dei suoi punti di forza proprio nella riconsiderazione del rapporto tra la *politica*, storicamente collegata al principio radicale della sovranità popolare, sul modello contenuto nei primi due libri de *Il contratto sociale* di Rousseau, e la *costituzione*, storicamente collegata al principio dell'equilibrio dei poteri, sul modello dominante in particolare nella concreta esperienza della costituzione britannica, codificata sul piano teorico nelle celebri pagine dell'*Esprit des Lois* di Montesquieu.

4. *Il terzo carattere della Costituzione democratica: l'equilibrio dei poteri.*

Ci introduciamo per questa via al *terzo carattere* della Costituzione democratica, che si qualifica come « tipo » storico di Costituzione anche sotto questo profilo, questa volta più propriamente sul piano dei poteri. In una parola, essa è quel « tipo » di Costituzione che contiene in sé la politica, attribuendole anzi — come abbiamo visto — un ruolo importante, e perfino decisivo, ma scartando quel « tipo » di politica che tende ad esprimersi in senso radicale, a istituire, tra i poteri pubblici, un potere in particolare cui è conferita la *suprema potestas* perché incarnante il principio di sovranità. Con le Costituzioni del Novecento la politica entra nella Costituzione, e vi occupa un posto di primo piano, ma con l'inevitabile rovescio della medaglia, accettando cioè di essere disciplinata dalla Costituzione medesima, come si legge in modo esemplare nel primo articolo della Costituzione italiana, che attribuisce la sovranità al popolo, ma perché la eserciti « nelle forme e nei limiti della Costituzione ».

Con il Novecento la sovranità torna perciò ad essere popolare, dopo la lunga eclissi del diciannovesimo secolo, liberale e borghese, che l'aveva bandita e relegata nella soffitta dei ferri vecchi della Rivoluzione, ma il popolo che ne è titolare non è più una forza primigenia e informe, che in qualsiasi momento può demolire e

revocare la Costituzione stessa. Quest'ultima non è retrocedibile al rango di mera espressione di volontà del popolo sovrano. Accanto alla sovranità in senso soggettivo e potestativo, di matrice rousseauviana, prende campo anche in Europa la sovranità in senso ordinamentale, che si riferisce direttamente alla Costituzione. Non si tratta ovviamente di sostituire la sovranità di un « soggetto » con la sovranità di una « norma ». È questa una banalizzazione ricorrente della trasformazione intervenuta nel corso del Novecento. Ciò che in concreto accade con le Costituzioni democratiche del Novecento è piuttosto *una rinnovata valorizzazione della supremazia della Costituzione*, non più necessariamente legata al principio di sovranità, nella versione dominante in Europa da Hobbes a Rousseau, ma fondata anche sulla capacità che lo stesso soggetto costituente ha avuto di esprimere i contenuti stabili della decisione, i principi fondamentali condivisi, spesso appartenenti a tradizioni costituzionalistiche di lungo periodo, come abbiamo visto nel caso della inviolabilità della libertà personale. È in questo senso che si può eventualmente parlare della « sovranità » della norma, per indicare e mettere in rilievo la presenza nel corso del Novecento di questo tentativo di fare della Costituzione il luogo in cui sono definiti i principi fondamentali caratterizzanti quella determinata forma politica, che tutti i soggetti, e tutti i poteri, devono rispettare, non essendovi più alcuna *suprema potestas* capace di riprendere in mano il filo della Costituzione, tirandolo dalla parte che quella *potestas* ha prescrittivamente indicato.

Il terzo carattere della Costituzione democratica è quindi rappresentabile nella linea, di grande spessore nella storia del costituzionalismo, dell'*equilibrio dei poteri*, che la Costituzione come norma suprema impone, ed in particolare dell'equilibrio tra i *poteri d'indirizzo*, che derivano da un'espressione di volontà del popolo sovrano, come il potere di fare la legge, o di governare in funzione di risposta ai bisogni sociali, e i *poteri di garanzia*, come il potere di dire il diritto, nell'esercizio della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, in funzione di tutela dei diritti. Da una parte il *gubernaculum*, entro cui deve essere racchiusa tutta la forza necessaria per deliberare ed imporre la legge, per governare con mano sicura. Dall'altra parte la *iurisdictio*, entro cui deve essere racchiusa tutta la forza necessaria per tutelare i diritti, per impedire che i poteri

d'indirizzo si impongano in modo unilaterale e arbitrario nelle sfere degli individui, singoli e associati.

Per quanto riguarda questo suo terzo carattere, la Costituzione democratica è salda fino a quando questo equilibrio è stabile. Inizia invece a vacillare quando uno dei due termini della relazione pretende di occupare l'intero spazio della Costituzione. E questa tentazione la si può coltivare sia da parte dei poteri d'indirizzo quanto da parte dei poteri di garanzia. È ciò che accade assai spesso sotto ai nostri occhi, anche per questo verso mostrando quindi una condizione critica nel presente della Costituzione democratica. Si assiste infatti, sia al diffondersi di evidenti segni d'insofferenza dei poteri d'indirizzo e dei governanti nei confronti dei controlli e dei limiti che sono posti dai poteri di garanzia dalle Corti, ordinarie e costituzionali, sia al diffondersi, in direzione opposta, di visioni pangiurisdizionali che tendono a ridurre a zero lo spazio della discrezionalità politica, come se la vita della democrazia fosse riducibile ad una mera applicazione dei precetti costituzionali amministrata direttamente in sede giurisprudenziale. La Costituzione democratica ha certamente demitizzato la figura del legislatore, tra l'altro creando in tal modo il presupposto per il rapido diffondersi del controllo di costituzionalità, ma non per generare un altro dominio, per mettere sul trono un nuovo padrone, al posto del legislatore, per affermare una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata.

5. *Conclusioni.*

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, la Costituzione democratica aveva promesso molto: maggiori livelli di giustizia sociale, includendo nel perimetro della Costituzione le contraddizioni e le diseguaglianze presenti nella società; tutela rigorosa delle sfere individuali e nello stesso tempo solidità del patto costituzionale, secondo il carattere della inviolabilità; equilibrio dei poteri con il riconoscimento di uno spazio adeguato, sia al dispiegarsi della discrezionalità politica, quanto al determinarsi di spazi tutelati in modo rigoroso. La Costituzione democratica ha anche mantenuto per lo meno in parte quelle promesse. E per non pochi aspetti quella Costituzione ha operato sul piano storico rotture non indifferenti, se

non proprio vere e proprie rivoluzioni. Pensiamo alla inclusione della società reale e della vita economica in genere nel perimetro della Costituzione, contro tutta la precedente tradizione codicistica e legalistica; o alla grande rivoluzione culturale che è sottesa alla introduzione del concetto d'inviolabilità; o ancora al prodursi di questa logica dualistica dell'equilibrio tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che è antica, di stampo pienamente medievale, ma nuovissima, e perfino rivoluzionaria, per chi era abituato a ragionare nel chiuso delle relazioni tra i poteri dello Stato, all'interno di una logica articolata in una pluralità di poteri, ma alla sua base di stampo schiettamente monistico.

Certo, tutto quanto abbiamo descritto sul piano dei caratteri generali della Costituzione democratica è oggi largamente in crisi — e noi non abbiamo mancato di rilevarlo — nella realtà delle cose. Così la recente ondata neo-liberista ha certamente indebolito il primo carattere della Costituzione democratica, quasi restaurando il dogma della « naturalità » della società economica, e più in generale la crisi sempre più evidente dei soggetti e degli strumenti della democrazia rappresentativa ha sottratto forza e spazio alla stessa Costituzione democratica; né sono da sottovalutare le ricorrenti e sempre più manifeste tensioni tra poteri d'indirizzo e poteri di garanzia, che testimoniano la difficoltà di mantenere in piedi per questo aspetto delicatissimo il progetto della Costituzione democratica. Tuttavia, se si tiene presente la dimensione storica, e la sua profondità, è difficile negare alla Costituzione democratica del Novecento la dignità di uno dei principali e più rilevanti « tipi » storici di Costituzione prodotti in età moderna e contemporanea.

Si deve anzi sempre tenere presente in questo senso l'appartenenza della Costituzione democratica alla storia plurisecolare del costituzionalismo moderno, che ha avuto inizio nel corso del XIV secolo nei territori di cui si componeva l'Europa della prima età moderna. Di quella storia la Costituzione democratica rappresenta l'ultima e più recente configurazione, che in forme nuove segue la duplice vocazione del costituzionalismo, presente in ogni sua fase storica, ovvero la tendenza a fondare e costruire il potere, esprimendo il principio di unità politica, e nello stesso tempo la tendenza a limitare quel potere, a tutela dei diritti. La Costituzione democratica ha affermato la sua supremazia, non solo in relazione agli eventi

ad essa coevi, alle guerre e ai totalitarismi, ma anche come portato ultimo di questa più risalente storia del costituzionalismo che è tutta e per intero storia della ricerca della supremazia della Costituzione. Seguendo la duplice vocazione storica del costituzionalismo, la Costituzione democratica si è infatti espressa sia come atto di fondazione del potere, costitutivo e nello stesso tempo rappresentativo del principio di unità politica — per il primo lato del costituzionalismo, che si riassume nella formula *We the people* —, sia come atto di limitazione di quel potere, collocando tra le sue principali fonti d'ispirazione due principi fondamentali che appartengono alla storia di più lungo periodo del costituzionalismo per questo aspetto tradizionalmente protesa a segnare limiti, ovvero l'inviolabilità della persona, e l'equilibrio dei poteri.

Concludiamo in questo modo per invitare tutti alla prudenza. Non si devono certamente trascurare le difficoltà e gli stati di crisi. Ne abbiamo uno che in questa occasione non abbiamo trattato, ma che bisogna per lo meno nominare. Si tratta della grande costruzione europea, che avrebbe dovuto svilupparsi a partire da quella appartenenza delle Costituzioni nazionali alla medesima « famiglia », cui abbiamo fatto cenno all'inizio, e che invece si è fermata, esponendosi a consistenti rischi di ritorno all'indietro. E invece è questo un aspetto rilevantissimo della partita che dobbiamo disputare. Il costituzionalismo, anche nella forma recente della Costituzione democratica, si trova infatti di fronte ad un bivio. O è capace di rinnovarsi riproponendosi al di là della sua forma tradizionale, statale e nazionale, o è destinato a una crescente marginalità, chiuso nei confini della esperienza nazionale.

Al di sopra degli Stati nazionali, nella dimensione sovranazionale, che guarda ancora oltre, e non più solamente all'Europa, è questo infine il tempo della globalizzazione, che contiene in sé una vera e propria sfida al diritto delle libertà cresciuto all'ombra della possente sagoma dello Stato nazionale sovrano. Si tratta di capire se tutto quel patrimonio storico che abbiamo illustrato, dai principi della giustizia sociale alla intangibilità della persona, può ancora produrre frutti in un'epoca di sempre più evidente debolezza delle istituzioni e dei soggetti della politica. Può essere di grande interesse, ed anche assai gratificante e rassicurante, la prospettiva della costituzionalizzazione del diritto internazionale, non più diritto

esclusivamente fondato sulla volontà degli Stati sovrani, ma complesso autofondato di principi, in linea generale interpretati e amministrati dai giudici. Ma la storia mostra che il costituzionalismo non ha mai un solo lato, non è mai solo idea, e pratica, anti-dispotica, e vuole invece essere anche, sull'altro lato, un movimento, ed un complesso di dottrine, che istituisce il potere codificando nella Costituzione i principi fondamentali che insieme danno come risultante l'identità di quella determinata forma politica.

Ed è proprio questo secondo lato che viene a mancare nella vicenda europea, e più ancora in quella globale: il profilo netto e chiaro di un soggetto politico cui vengono attribuite precise responsabilità, e che proprio per essere tale ha bisogno di una Costituzione che lo definisce dettando anche condizioni e limiti alla sua azione. Non si è quindi in questo momento all'aprirsi di una fase che libera dalle ipoteche statualistiche è per ciò stesso in grado di ricostituire con l'opera dei giudici una tutela dei diritti compiuta e perfettamente fondata. È più corretto dire che si sta uscendo dalla dominazione del modello statualistico del diritto pubblico e del diritto internazionale per entrare in una sorta di mare aperto, ricco di nuove opportunità e certamente caratterizzato da un ruolo sempre più protagonista delle Corti, ma anche pieno d'insidie, a causa della mancanza di un ruolo fondativo dei soggetti e delle istituzioni della politica.

E tuttavia, una volta stilato l'inventario dei problemi e dei limiti attuali della Costituzione democratica, non si deve neppure eccedere con le tinte fosche e quasi liquidare in modo frettoloso quella grande esperienza storica. Ecco di nuovo le ragioni della prudenza. Bisogna sempre tener presente che in quella forma costituzionale affermata nel Novecento è condensato un patrimonio di portata plurisecolare, risalente agli inizi dell'età moderna. E bisogna dunque pensarci bene prima di annunciare, magari con una certa enfasi, l'avvento dell'età « post-democratica », e con essa magari di un'intera età « post-moderna », con la connessa esigenza di ricercare un altro « tipo » di Costituzione. Essere prudenti nelle nostre valutazioni significa muovere dalla consapevolezza che nella storia i « tipi » si fanno e si disfano con fatica, attraverso percorsi intricati e contraddittori. Anche il percorso della Costituzione democratica non lo si registra seguendo linee rette univocamente progredienti, ed è piuttosto dato

da linee spezzate e da movimenti alterni. Noi ci stiamo dentro. Non possiamo fingere per la Costituzione democratica uno stato di salute che essa non ha. Ma non dobbiamo neppure frettolosamente abbandonare il campo. La vicenda storica della Costituzione democratica è pienamente in corso, sia con riferimento specifico al Novecento e al secolo successivo, che è quello attuale, sia come parte storicamente definita della più ampia e risalente vicenda del costituzionalismo in Europa.

A chi partendo da un'attualità in effetti spesso misera e di corto respiro spesso conclude nel senso di un ormai definitivo e irreversibile declino della Costituzione democratica si può ben rispondere che su un altro lato del nostro immediato presente non sono poche le occasioni in cui appare evidente la necessità di rigenerare proprio la Costituzione democratica concependola ancora una volta secondo la sua tradizione, ovvero come sede di determinazione di un indirizzo fondamentale basato sui principi costituzionali dotati della clausola della inviolabilità, e soprattutto capace di restituire un senso unitario al procedere comune dei poteri nella società, siano essi pubblici o privati. Uno dei maggiori giuspubblicisti del Novecento, Costantino Mortati, in un saggio del 1936 sul potere discrezionale immaginava l'ordinamento costituzionale come un insieme di poteri, sia pubblici che privati, che ritrovavano un senso comune proprio nella Costituzione, intesa come insieme di principi fondamentali che indicavano la direzione da intraprendere, orientando l'esercizio di ogni potere discrezionale, da quello del legislatore che sceglie determinate soluzioni emanando certe leggi a quello del privato che pone in essere in un certo modo un determinato negozio giuridico. Forse un'immagine così compatta e unita della Costituzione non è più adatta al nostro tempo. Eppure, la tradizione da cui quella immagine ci proviene è certamente la nostra. Essa non è più sicuramente dominante a tutto campo, ma non è neppure già morta, come qualcuno vorrebbe. Insomma, la battaglia non è finita. È anzi pienamente in corso.

LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE IN EUROPA: L'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE

1. I caratteri storici dello « Stato costituzionale ». — 2. Legislazione e Giurisdizione: il senso della trasformazione costituzionale.

1. *I caratteri storici dello « Stato costituzionale ».*

Lo scopo di questo breve saggio è sufficientemente ambizioso. Si tratta di pervenire, in una parola, ad un'enunciazione. Quelli che vorremmo enunciare sono i caratteri storici fondamentali del diritto — ed in particolare dei modi di produzione del diritto — nel tempo attuale, che connotiamo come « età dello Stato costituzionale ». La nozione di « Stato costituzionale » è utilizzata in modo crescente nella letteratura scientifica ⁽¹⁾. E lo è con un significato sempre più preciso. Dalla rilevazione di questo significato prendiamo le mosse.

Per « Stato costituzionale » s'intende — ed anche noi inten-

⁽¹⁾ Si può prendere le mosse in proposito proprio da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, del quale cfr. anche Id., *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006. Si vedano inoltre almeno: P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale: i fondamenti e la tutela*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2006; E. CHELI, *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; P. COSTA, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006; e *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. Caretti e M.C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2010. La nostra riflessione sul punto, e più precisamente sulla relazione storica tra « Stato legislativo di diritto » e « Stato costituzionale », era iniziata proprio discutendo le tesi formulate da Zagrebelsky nel saggio del 1992. Ne è testimonianza la recensione che pubblicammo nei « Quaderni Fiorentini », 23 (1994), pp. 475 e ss. Da allora, quella riflessione si è sviluppata senza interruzioni, e prosegue anche con le brevi note che seguono.

diamo, con riferimento specifico al nostro piano, che è quello della storia costituzionale europea — la forma che lo Stato moderno europeo ha assunto nell'età apertasi a metà del Novecento, con le nuove Carte costituzionali, compresa quella italiana del 1947. Precisiamo ancora. Per « Stato costituzionale » non s'intende semplicemente quello Stato di diritto che ad un certo punto della sua vicenda storica — per l'appunto a metà del Novecento, trascorse le esperienze dittatoriali — si è dotato di una Costituzione rigida e di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi. Se così fosse, si potrebbe raffigurare il mutamento avviato alla metà del secolo scorso nei termini di un mero perfezionamento, come se si fosse trattato semplicemente di sopraelevare un edificio — l'edificio storico dello Stato di diritto — di un piano, aggiungendo il piano della legalità costituzionale su una struttura sostanzialmente invariata nelle fondamenta e nella pianta complessiva. Si è pensato così, nella cultura giuridica della seconda metà del Novecento, e tutto sommato si pensa ancora così. Ma non è stato così. Non è accaduto solo questo. È accaduto molto di più. Che sia accaduto molto di più è proprio ciò che stiamo sperimentando con sempre maggiore evidenza nel nostro tempo storico.

In una parola, ciò di cui sono convinto è che a metà del Novecento si sia aperta una vera e propria, nuova età nella pluriscolare vicenda dello Stato moderno europeo. È per l'appunto l'età dello Stato costituzionale. Essa fa parte — si badi bene — della vicenda più complessiva dello Stato moderno europeo. Ed infatti non incliniamo in alcun modo — lo vogliamo sottolineare subito — verso quelle disinvolute soluzioni che allegramente liquidano l'esperienza del moderno, e della sua principale acquisizione, che è proprio lo Stato. E di conseguenza siamo piuttosto allergici all'uso dei « post », moderno, statuale, o altro ancora. Noi viviamo ancora quindi in quella grande esperienza, ma in una fase, in un modo ed in una forma storicamente determinata, nel nostro tempo che è diverso da quelli precedenti, ovvero dalle precedenti età che hanno segnato la multiforme e complessa esperienza dello Stato moderno europeo a partire dal XIV secolo. Altrove ho provato a riscrivere la successione storica delle forme di Stato all'interno della vicenda

complessiva dello Stato moderno europeo ⁽²⁾. Non è qui il caso di ritornare su questa problematica generale. Si può però enunciare per lo meno un esito di quella ricerca. A nostro avviso, la forma di Stato che caratterizza il nostro presente non è certo simile alla più remota forma di Stato, ovvero allo Stato giurisdizionale, dominante in Europa prima della Rivoluzione, ma è ormai ben diversa anche dalla forma di Stato più recente, ovvero dallo Stato nazionale di diritto, che è la forma di Stato assunta dallo Stato moderno europeo dopo la Rivoluzione, e dominante fino alla metà del XX secolo.

La differenza tra l'uno, lo Stato che abbiamo, lo *Stato costituzionale*, e l'altro, lo Stato che abbiamo avuto, lo *Stato nazionale di diritto*, è rimarchevole sotto diversi profili, tutti decisivi per la configurazione complessiva della forma di Stato. Ne enunciamo quattro.

Il primo punto è relativo alla qualità delle norme collocate al vertice della scala delle fonti di diritto, che sono ora le norme costituzionali di principio, che in quanto norme di principio sono prive di fattispecie, e dunque a rigore non sono regole, non possiedono cioè immediata forza dispositiva. Dunque, qualcosa di ben diverso dalla precedente fonte di vertice, ovvero dalla legge della Rivoluzione e del successivo Stato liberale, generale ed astratta, ma anche regola essa stessa, e dunque dotata di forza applicativa immediata. La Rivoluzione e lo Stato liberale realizzavano perciò i loro principi semplicemente deliberando ed applicando la legge. Lo Stato costituzionale, per realizzare i suoi principi, ha bisogno di far valere, e d'implementare, le norme di principio della Costituzione attraverso un meccanismo più fragile e complesso, che coinvolge sia il legislatore che i giudici. Lo Stato costituzionale ha un baricentro più problematico. Che è ciò che stiamo sperimentando.

Secondo punto. È strettamente collegato al punto precedente. Ma deve essere messo in evidenza in modo autonomo. E ci conduce tra l'altro al cuore del nostro problema. Si tratta infatti del diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione. Anche sotto questo profilo, è necessario prendere atto che ciò che si va manifestando di fronte a noi non è da intendere sempre e comunque come una patologia

⁽²⁾ Rinvio a M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 ss.

dello Stato di diritto. È piuttosto l'incerto e contraddittorio, ma sempre più deciso, manifestarsi di un'altra fisiologia, che è per l'appunto quella dello Stato costituzionale. Nello Stato costituzionale, la certezza del diritto non è più presunta come un portato necessario della legge, come il risultato immancabile di una pronta, sicura ed uniforme applicazione della legge. La certezza del diritto è piuttosto da acquisire attraverso l'interpretazione, la correzione, o l'eventuale rimozione — con il controllo di costituzionalità — della legge, essenzialmente per opera della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche ordinaria ⁽³⁾. In altre parole, chi ancora oggi intende far rivivere la certezza legislativa del diritto, quella che nel paradigma rivoluzionario era rivolta contro il cosiddetto « arbitrio » dei giudici, non comprende che ad essere mutato è proprio il paradigma, e che l'unica via percorribile in senso ricostruttivo è quella del dialogo tra legislazione e giurisdizione ⁽⁴⁾.

Terzo punto. Nel paradigma dello Stato di diritto domina il principio di uguaglianza, inizialmente anche su base giusnaturalistica al tempo della Rivoluzione, e poi su base positivista, di fronte alla legge, con il suo culmine nell'età dello Stato liberale. Le nuove Costituzioni hanno allargato i confini del principio di uguaglianza — basti pensare al secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione italiana — ma ne hanno anche mutato la struttura. Al centro di quelle Costituzioni non abbiamo più infatti l'individuo della tradizione giusnaturalistica, o il soggetto di diritto del Codice, per sua natura generale e astratto, ma la *persona*, che è assunta anche nella sua concreta esistenza, con riferimento alle condizioni materiali di vita, sociali, economiche, culturali ⁽⁵⁾. Così, il principio di uguaglianza non può più meccanicamente derivare dalla uniforme applicazione della legge imperniata sul soggetto unico di diritto, astratto e generale. Con l'avvento dello Stato costituzionale rinasce invece il

⁽³⁾ Per ciò che riguarda in particolare l'Italia, cfr. ora il contributo di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁽⁴⁾ Sulla lunga resistenza dei modi tradizionali d'interpretazione del ruolo della giurisdizione, cfr. ora G. BISOGNI, *Teoria giuridica e giustizia costituzionale in Italia. Un profilo storico-filosofico*, Milano-Udine, Mimesis, 2012.

⁽⁵⁾ Su questo passaggio è fondamentale S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

grande tema della « legge ingiusta », ed una legge può essere ingiusta non solo perché troppo concreta, perché costitutiva di privilegi, o di penalità, nei confronti di un soggetto determinato, ma anche perché troppo astratta, perché pretende cioè di applicarsi in modo uniforme ad una pluralità di situazioni obbiettivamente diverse. In altre parole, il principio di uguaglianza si tutela anche tenendo conto delle differenze. E se la legge sia « giusta » o meno, sotto questo profilo del giusto equilibrio tra « astratto » e « concreto », lo si può e lo si deve sindacare, con il controllo di costituzionalità.

L'ultimo punto, il quarto. È la *sovranazionalità*, ovvero la tendenza delle norme costituzionali di principio, sconosciute alla precedente forma di Stato, ad assumere significato non solo nei confronti dell'ordinamento in cui hanno avuto origine in senso positivo, ma anche su un piano ulteriore, che è proprio quello sovranazionale, sul quale gli stessi strumenti classici del diritto internazionale, come i trattati, mutano di prospettiva, avvicinandosi — come nel caso dell'Europa — al campo, fin qui riservato alla Costituzione, della fondazione e della rappresentazione del principio di unità politica; e sul quale assumono ruolo e compiti nuovi soggetti istituzionali come le corti internazionali, in dialogo tra loro e con le stesse corti nazionali, riproponendo dunque anche su questo piano, di nuovo, un rinnovato ruolo protagonista della giurisdizione. Esemplare in questo senso la vicenda della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, espressione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e dunque dei principi codificati nelle Costituzioni nazionali, ma che in concreto vive — e ancor più vivrà, dopo il riconoscimento del suo pieno carattere normativo, avvenuto con il Trattato di Lisbona — come autentico *Bill of Rights* europeo soprattutto attraverso la giurisprudenza, della Corte di giustizia e degli stessi giudici nazionali ⁽⁶⁾.

2. *Legislazione e Giurisdizione: il senso della trasformazione costituzionale.*

Quest'ultimo — il ruolo attivo e protagonista della giurisdizione

(6) Sul punto cfr. E. SCODITTI, *Il giudice europeo fra nomos e ius*, in « Democrazia e diritto », 2011, 3-4, pp. 115 ss.

zione — sembra dunque essere il filo conduttore della trasformazione che stiamo analizzando, e che potremmo ora sinteticamente rappresentare nel seguente modo: prima, nella Rivoluzione e nello Stato liberale di diritto, la giurisdizione non aveva alcuna connessione diretta con la Costituzione, perché solo i rappresentanti del popolo sovrano, o della nazione, operavano per il rispetto, o per la realizzazione, dei principi costituzionali; ora, con lo Stato costituzionale, la giurisdizione si è come emancipata dalla funzione di mera applicazione della legge, e riesce dunque a « vedere » direttamente la Costituzione, ponendosi anzi, accanto alla legislazione ed alle funzioni d'indirizzo, come l'altra funzione costituzionalmente rilevante — la *iurisdictio* accanto al *gubernaculum*, si potrebbe dire — di cui la Costituzione abbisogna per mantenere ed implementare la sua posizione di norma fondamentale. È questo spostamento in atto, nel triangolo tra Costituzione al vertice, e legislazione e giurisdizione sui due lati, che spiega perché in tutte le democrazie del nostro tempo questo sia il punto critico, ovvero quello della ricerca, a fronte della Costituzione, di *un punto di equilibrio* tra legislazione e giurisdizione.

Siamo così di nuovo ad un passo dal cuore del nostro problema. E possiamo perciò formulare la domanda più cruciale: posto per vero — come anch'io credo — che il diritto si produce nell'interazione tra legge e giurisprudenza, e posto per vero che questo movimento va oggi — nell'età dello Stato costituzionale — facendosi palesemente sempre più accentuato, con un ruolo sempre più attivo della giurisprudenza, non si pone forse per ciò stesso un problema di legittimazione democratica? Per dirla più bruscamente: cosa conta più l'esercizio attivo dei diritti politici se poi il legislatore liberamente eletto risulta essere al massimo solo una componente del processo di produzione del diritto? Dove risiede in ultimo il fondamento costituzionale del potere del giudice di concorrere alla creazione del diritto?

Si tratta di problemi grandi, cui si può solo accennare, per sommi capi. Si deve intanto rivelare la paternità delle domande che abbiamo sopra posto. Nella preoccupazione che qualche volta ci assale quando constatiamo lo spazio sempre più ampio che viene occupato dalla giurisprudenza nel processo di produzione del diritto siamo indubbiamente figli della tradizione illuministica e codicistica.

Nella Rivoluzione francese, che è certamente il grande evento su cui quella tradizione si riversa, esistono infatti solo due figure pubbliche: il rappresentante — o il mandatario, a seconda delle diverse versioni della sovranità nazionale, o popolare — del popolo sovrano, e il funzionario che provvede all'esecuzione della legge che quei rappresentanti, o mandatari, hanno deliberato. Il giudice, per quanto dotato di uno *status* particolare, è nella sostanza uno di questi funzionari, poiché *tertium non datur*: o si delibera la legge, creando così il diritto, perché a ciò legittimati dal popolo sovrano, o si esegue quella legge, si mette in opera quel diritto, attraverso un lavoro di mera esecuzione. Tra l'una e l'altra funzione c'è terra bruciata, e manca dunque lo spazio per il prodursi di un'attività d'interpretazione della legge, ovvero di attribuzione ad essa di un significato determinato alla luce del caso concreto, che è la funzione dello *ius dicere*. Qui invece la legge è posta, è eseguita, ma non interpretata. Se ciò fosse possibile — interpretare la legge — sarebbe infatti con ciò stesso tradita la missione principale della Rivoluzione, che è quella di generare uguaglianza, di combattere il privilegio, inteso come eccezione al diritto comune di tutti i francesi. Scivolando sul pendio dell'interpretazione, attraverso la logica dei casi, si farebbero in questo modo pericolosamente rinascere, per mano dei giudici, i privilegi medesimi: questo il messaggio che sembra scaturire dalla Rivoluzione. L'uguaglianza è invece data, in quella medesima prospettiva, da un preciso meccanismo, che non può fallire: il meccanismo di applicazione pronta, sicura ed uniforme, della legge generale ed astratta, deliberata dai rappresentanti del popolo sovrano. E per questa finalità si deve contare su una funzione giurisdizionale altrettanto pronta, sicura ed uniforme, fedele esecutrice delle volontà del legislatore sovrano.

Bisogna ora dire subito che ovviamente un modello di questo genere non è mai esistito, nella sua interezza, se non altro a causa della insopprimibile natura pratica del diritto, che in una certa misura tende comunque, all'interno di ogni modello, ed in ogni tempo, a realizzarsi nel caso concreto, attraverso l'interpretazione. Non di meno, quella sorta di matrice originaria ha svolto sul piano ideologico, ed anche materiale, una funzione di grandissima rilevanza, con effetti perduranti fino a noi. Ancora oggi, se guardiamo con permanente preoccupazione ad un ruolo ampio della giurispru-

denza, è certamente a causa di quella impostazione, di quella matrice.

Inoltre, sul piano più prettamente storico-costituzionale, è quel modello che spiega la struttura di fondo delle Carte costituzionali in tutta Europa all'indomani della Rivoluzione, e fino alla metà del secolo XX. Infatti, se quelle Carte, finita la stagione rivoluzionaria delle Dichiarazioni, si ritrassero dalla materia dei diritti, per dedicarsi quasi esclusivamente alla forma di governo — com'era il caso in Italia, per esempio, dello Statuto albertino — fu proprio sul presupposto della acquisita storica centralità della legge come suprema fonte di diritto: la legge come espressione della sovranità dello Stato e della nazione in esso organicamente rappresentata. Insomma, le norme costituzionali potevano limitarsi ad organizzare la forma di governo, perché il diritto, inteso come disciplina dei rapporti effettivi tra i consociati, stava altrove, nella legge, che sola possedeva la forza precettiva necessaria a disciplinare la società medesima, e dunque a fondare ed attribuire proprio i diritti. È quella forza della legge la vera eredità della Rivoluzione su scala europea. In quel sistema, la legge, una volta accertata la sua rispondenza alla Carta costituzionale — in verità quasi esclusivamente sul piano formale, della procedura di deliberazione ed adozione — manteneva perciò la sua centralità, nella forma ereditata dalla Rivoluzione. E per il giurista, come per il giudice, cambiava poco.

Molto è cambiato invece oggi, con l'avvento di un diverso tipo storico di Costituzione, a partire dalla metà del secolo scorso. Come ho cercato di mostrare altrove, è questa una vera e propria *trasformazione costituzionale*, che è ancora in atto, e della quale a mio avviso per diversi decenni non abbiamo avuto sufficiente consapevolezza (7). Alla base di questa trasformazione, che in quanto autentica *Verfassungswandlung* muta il modo di produzione del

(7) Con riferimento specifico all'Italia, ma in una prospettiva che riguarda l'intera dimensione europea, ho formulato l'ipotesi della trasformazione costituzionale in M. FIORAVANTI, *La trasformazione del modello costituzionale*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, IV. *Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 301 ss.; poi ripresa in ID., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi* (Atti dei Convegni Lincei, 247), Roma, Bardi, 2009, pp. 21 ss.; e in ID., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della*

diritto in senso strutturale, con riferimento all'assetto delle fonti e agli atti fondamentali della legislazione e della giurisdizione, si trova, a mio avviso, una straordinaria novità: l'introduzione nelle Costituzioni contemporanee, in posizione di preminenza, di grandi norme di principio, soprattutto in materia di diritti. Norme certamente, ma di palese origine politica — per esempio perché espressione diretta, nel caso dell'Italia, del cosiddetto « compromesso costituzionale » — e per giunta ben singolari, perché prive di fattispecie. Dunque, qualcosa che a prima vista non poteva certo essere applicato, per lo meno non nella forma fino ad allora conosciuta della applicazione della legge. Ed infatti, non pochi iniziarono subito dopo l'emana-zione delle nuove Costituzioni a ragionare proprio così: siccome non possono essere applicati come la legge, quei principi non sono diritto. Al massimo si tratterà di norme meramente programmatiche, come tali da concretizzare sulla base di una volontà politica, essenzialmente in Parlamento. Insomma, qualcosa che non riguardava il giudice. Come se si trattasse di realizzare una sorta di divisione del lavoro: i principi alla politica, i diritti, quelli veri, espressi nella legge, ai giudici.

Non è andata così, come sappiamo. È accaduto invece che l'introduzione delle norme costituzionali di principio ha finito per produrre un esito in larga misura inatteso, ma di grande rilevanza: ha spezzato il monopolio legislativo nell'attuazione della Costituzione, ha consumato cioè in modo definitivo quell'idea tradizionale secondo cui la Costituzione ha organicamente necessità della legge, della mediazione legislativa, per divenire norma giuridica. Se riusciamo per un attimo a liberarci dalle ipoteche delle storie nazionali, ci accorgiamo che a questo proposito siamo di fronte ad un fenomeno che caratterizza tutte le democrazie contemporanee, e che consiste proprio in una obbiettiva diminuzione di peso della legislazione di fronte alla Costituzione, e ad un parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione. L'una e l'altra intese proprio come strumenti, o percorsi, di realizzazione dei principi costituzionali, ciascuna con i propri caratteri. Vi sono casi in cui sarà preponderante la via legislativa. Ma vi sono poi altri casi in cui fatalmente

Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 3 ss.

il principio costituzionale assume consistenza attraverso il lavoro della giurisprudenza ordinaria, e costituzionale, in cui sarebbe difficile pensare ad una legge che cala dall'alto, e che decide autoritativamente il contenuto, ed il significato esclusivo, di quei principi. E vi possono essere infine altre situazioni — che sono quelle più consuete — in cui il legislatore prova a realizzare un certo equilibrio tra diversi principi costituzionali, ma non riesce a farlo in modo adeguato, ragionevole, proporzionato, e la sua legge va perciò incontro ad una correzione, che non può realizzarsi altro che per via giurisdizionale, ordinaria e costituzionale, per poi produrre magari un successivo aggiustamento legislativo. Cosicché, alla fine, la Costituzione può dirsi realizzata solo attraverso un processo articolato di questo genere, in cui sia il legislatore che i giudici hanno svolto il loro ruolo, senza che si possa più dire chi è il sovrano, chi tra i due abbia l'ultima parola. Ed in effetti, ciò che viene qui in gioco, alla fine, è la possibilità stessa di mantenere il concetto tradizionale di sovranità, intesa proprio come diritto all'ultima parola. Tutto questo si va consumando nella complessità del nostro presente: addirittura il principio di sovranità, nella versione che aveva a lungo dominato la scena in Europa.

Ma torniamo ai giudici. Si sono costruite a questo proposito molte dottrine, per spiegare il rinnovato ruolo della giurisprudenza nelle democrazie contemporanee. Si è detto, per esempio, sulla scia della classica interpretazione di Tocqueville, che i giudici stanno facendo rinascere la componente aristocratica del costituzionalismo, secondo cui la legge ottima non può e non deve essere espressione del semplice numero, ma anche di canoni obiettivi di razionalità, come tali conosciuti attraverso quello studio che storicamente è stato nel monopolio del ristretto ceto dei legisti. Insomma, Coke starebbe riprendendosi la sua rivincita su Hobbes. Si è detto poi, sulla scia delle interpretazioni dualistiche della democrazia, caratteristiche di un certo modo d'intendere la democrazia negli Stati Uniti, che esistono due corpi del popolo sovrano: quello minore, che si esprime nella legge e nel principio di maggioranza, e quello maggiore, che si esprime nella Costituzione, per cui il controllo di costituzionalità non sarebbe altro che un « tirar per la giacca » il legislatore, per ricordargli ogni tanto — quanto basta — che non è lui il sovrano.

Dunque, questa volta una rivincita del popolo costituente su quello costituito.

Per quanto mi riguarda, la penso diversamente. Se proprio si deve parlare di rivincite, io direi che qui la rivincita è nei confronti della maestosa figura del legislatore emersa dalla Rivoluzione, da cui abbiamo preso le mosse, è *la rivincita della natura pratica del diritto*, che lo conduce a realizzarsi nel caso concreto, interpretando la legge alla luce dei principi costituzionali. In questa linea, possiamo allora tentare una risposta al nostro quesito su « democrazia e giurisdizione ». Ciò che sta accadendo di fronte a noi, nel senso di un ruolo comunque accresciuto della giurisdizione nella produzione del diritto, non è da vedersi nei termini di un'usurpazione di potere a danno del legislativo, come se fosse in atto una lotta tra poteri che volgendo a favore dei giudici determinerebbe un saldo negativo per la democrazia, identificata con il potere rappresentativo del popolo sovrano. Ciò che una simile impostazione — a mio avviso completamente errata — continua a trascurare in modo sempre più evidente è il peso storico della trasformazione costituzionale nel frattempo in atto a partire dalla metà del secolo scorso, e che ci sta conducendo — per dirla in sintesi — da una *democrazia legislativa* ad una *democrazia costituzionale*, da una *democrazia monistica* ad una *democrazia pluralistica*, ed infine — profilo a cui qui si può solo accennare — da una democrazia esclusivamente *nazionale* ad una democrazia anche *sovrana nazionale*. Certo, si tratta di processi travagliati ed incerti, dai contorni largamente indefiniti. Ma non è questo un buon motivo per conservare contro ogni evidenza, per ipostatizzare, le categorie della nostra recente tradizione, come se la democrazia fosse incapace, quasi per sua natura, di trasformarsi, ovvero di assumere nuove forme, da ricostruire oltre lo storico monopolio del legislatore.

In effetti, oggi va sempre più emergendo che la democrazia non è più monopolizzata dal legislatore, non è più racchiusa nel recinto della sua legittimazione come rappresentante del popolo sovrano. Oggi, la democrazia è infinitamente più complessa. Consiste essenzialmente in un *processo*, e più precisamente in un processo di progressiva ed articolata concretizzazione dei principi costituzionali, per opera del legislatore, ma anche dei giudici, ciascuno con i propri strumenti. Rimane vero che la democrazia non può esistere senza

legislazione. Ma oggi lo stesso vale per la giurisdizione, la cui vitalità è parimenti essenziale per la vita stessa della democrazia. C'è indubbiamente realizzazione del principio democratico quando una maggioranza in Parlamento decide, e lo fa in linea con la Costituzione. È questa una dimensione insostituibile della democrazia. Ma non è più l'unica. C'è realizzazione del principio democratico anche quando un giudice fonda la sua sentenza su un'interpretazione della legge che concorre a concretizzare un principio costituzionale. Poiché la realizzazione del principio democratico, intesa come processo di progressiva concretizzazione di una pluralità di principi costituzionali, non è più oggi nel monopolio della rappresentanza politica. È affidata a tutti i soggetti e gli ordini che costituzionalmente hanno il compito di concretizzare i principi costituzionali, e dunque anche ai giudici. Ciascuno nel proprio ordine, e secondo la sua missione, l'uno, il legislatore, nel senso dell'indirizzo, della corrispondenza tra indirizzo politico di maggioranza e principi costituzionali, l'altra, la giurisdizione, nel senso della garanzia, della tutela dei principi fondamentali che caratterizzano nel profondo la Costituzione medesima come progetto di convivenza civile.

E così, se dovesse infine accadere — come in effetti accade, sempre più spesso — che un giudice censuri un legislatore, avendo questi bilanciato in modo inadeguato, o sproporzionato, o irragionevole, più principi costituzionali, non dovremmo vedere in tutto questo una diminuzione della democrazia, ma piuttosto l'affermarsi progressivo di un nuovo tipo storico di democrazia: la *democrazia costituzionale*. In quella eventualità, del giudice che censura il legislatore, non compare infatti un nuovo padrone che pretende anch'egli, come tutti i padroni, l'ultima parola. Compare invece una Costituzione che non ha più padroni, che non elegge più il potere per eccellenza, e che dunque fatalmente costringe tutti i poteri, nessuno escluso, ad operare nei confini segnati, nelle « forme » e nei « limiti » della Costituzione, come recita — non per caso — il primo articolo della Costituzione italiana. È questa la logica dello Stato costituzionale che conosce solo poteri integralmente costituiti, nessuno dei quali può più ergersi a *suprema potestas*, ad interprete esclusivo e autentico delle volontà del popolo sovrano e della stessa Costituzione. In questo tipo di democrazia, quelle volontà, e il significato degli stessi principi costituzionali, si precisano e si deter-

minano attraverso un processo entro cui interagiscono legislazione e giurisdizione: non più un potere sovrano, ma una pluralità di poteri, alla ricerca di una difficile condizione di equilibrio.

7.

PUBBLICO E PRIVATO NELL'ETÀ
DELLO STATO COSTITUZIONALE (*)

1. Premessa. — 2. La democrazia costituzionale e i diritti della persona. — 3. Il peso della storia: la grande contrapposizione. — 4. La Costituzione italiana del 1948. — 5. Le tendenze in Europa. — 6. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Voglio subito esprimere una mia convinzione di fondo. Pubblico e Privato nient'altro sono se non *le due fondamentali dimensioni della democrazia*, entrambe necessarie per la vita stessa della democrazia. Da una parte, la libertà dei privati, il principio di libera autodeterminazione degli individui, dall'altra la forza e l'autorità della *res publica*. Nessuna democrazia è immaginabile senza queste due dimensioni. Non a caso, uno dei principali compiti delle Costituzioni democratiche è proprio quello di stabilire lo spazio e la profondità dell'uno e dell'altro, del Pubblico e del Privato; e di stabilire dunque anche i limiti dell'uno e dell'altro, il punto oltre il

(*) Il testo riproduce fedelmente quanto esposto nella lezione tenuta presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa il 9 aprile 2013, aprendo un ciclo di lezioni organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza, e dedicato a « Le promesse della Costituzione ». Una prima base in argomento era stata costituita preparando l'intervento che introduceva i lavori della edizione 2009 del Festival del diritto di Piacenza, dedicata proprio al rapporto tra Pubblico e Privato (Piacenza, 24 settembre 2009). In questa redazione finale, al fine di conservare il carattere d'immediatezza proprio della esposizione orale, si sono ridotti al minimo essenziale i riferimenti bibliografici. Infine, si deve segnalare che il testo che qui si pubblica ha fornito la base, con alcune variazioni, per un intervento tenuto il 2 settembre 2013 presso l'Università Federale del Paraná (Curitiba, Brasile), nell'ambito del Seminario di storia del diritto pubblico coordinato dal prof. Ricardo Marcelo Fonseca.

quale il Pubblico tende ad esorbitare ed a violare arbitrariamente le sfere degli individui ed il punto oltre il quale, nella direzione inversa, l'estensione del potere dei privati tende a minacciare l'integrità della *res publica*. Se tutto questo non è chiaro e condiviso, le democrazie entrano in crisi, Pubblico e Privato tendono ad esorbitare, a minacciarsi reciprocamente, ed anche ad intrecciarsi in modo disfunzionale e perverso, tale da recare danno all'uno ed all'altro, e più in genere alla qualità della convivenza civile. Per questo motivo, la problematica che qui si esamina è oggi, e forse da sempre, d'importanza centrale. Dico subito che noi non potremo certo in questa occasione fornire risposte adeguate a tutte le molteplici domande che si affollano su questo terreno. Tenteremo però di rispondere a quella che forse può essere considerata la domanda preliminare, che può essere così formulata: le nostre democrazie — quelle che si sono affermate in Europa a partire dalla metà del Novecento — possiedono a questo proposito una loro precisa identità? O si limitano ad oscillare tra due primati, del Pubblico e del Privato, che ciclicamente si affermano, uno dopo l'altro? Ed ancora, più precisamente: esiste un 'modello costituzionale', magari solo parzialmente attuato, ma su cui si possa comunque orientare una corretta relazione tra Pubblico e Privato?

Per rispondere a questa domanda si può partire da una delle maggiori Costituzioni democratiche del Novecento, ovvero dalla Costituzione italiana del 1948 ⁽¹⁾. Noi tenteremo in questa occasione di scoprire il modello presente nella Costituzione italiana, ma con

⁽¹⁾ Le Costituzioni democratiche del Novecento — famiglia di Costituzioni cui appartiene per l'appunto la Costituzione italiana del 1947 — sono qui intese come espressione di un « tipo storico » di Costituzione, dotato di una propria peculiarità nell'ambito della vicenda plurisecolare del costituzionalismo e dello stesso Stato moderno. Tali Costituzioni si riferiscono ad un « tipo storico » di Stato e di democrazia altrettanto definito sul piano storico, e che più avanti nel testo è denominato « Stato costituzionale », e « democrazia costituzionale ». Per un primo inquadramento storico in questa direzione, si rinvia a M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-36. Sul punto, nella più recente letteratura italiana, si dispone oggi di alcune ottime sintesi: E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*; P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*; G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*: tutti Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, nella medesima Collana della Università Suor Orsola Benincasa, in cui si ospita anche il testo presente.

un'avvertenza di fondo. Se fino ad ora c'è stato un difetto d'impostazione nella lettura della Costituzione del 1948, è stato certamente quello di averla racchiusa nella dimensione della storia nazionale. Sono a tutti noti i dibattiti sul punto: i partiti di massa autori materiali della Costituzione e la loro vocazione nazionale, il Risorgimento e la Resistenza, la tradizione nazionale dello Stato accentrato e l'istituzione delle regioni, l'eredità degli anni Trenta e del fascismo, e così via. Era naturalmente giusto inquadrare la Costituente nella storia nazionale, anche per apprezzare la rilevanza di quel momento, l'esprimersi allora di una forza democratica inedita nel contesto complessivo della storia dello Stato unitario nazionale.

Bisogna però ora allargare lo sguardo, oltre i confini nazionali. Bisogna comprendere che ciò che accadeva in Italia in quegli anni faceva obbiettivamente parte di un mutamento complessivo, che andava al di là della sconfitta delle soluzioni dittatoriali e totalitarie sui rispettivi terreni nazionali. Si stavano in altre parole ponendo le fondamenta per una forma politica nuova, che oggi chiamiamo *democrazia costituzionale*, per una nuova forma di Stato, che oggi chiamiamo *Stato costituzionale*. Quella forma politica aveva pochi precedenti anteguerra, come nel caso della Repubblica di Weimar del 1919, ma si sarebbe affermata nell'immediato dopoguerra con evidenti tratti comuni, individuati nelle rispettive Costituzioni, in Italia, in Francia, in Germania, e poi ancora, quasi per imitazione, nella Spagna postfranchista, con la Costituzione del 1978, e dopo il 1989 negli Stati dell'Est europeo.

Se oggi l'Europa ha una speranza di sviluppo stabile e condiviso è su questa base, per la presenza in Europa di una comune forma politica, che tale è al di là delle differenze nazionali, e che è per l'appunto la democrazia costituzionale, tradotta nelle regole e nelle istituzioni proprie dello Stato costituzionale. Quando le fonti del diritto comunitario, i trattati e la giurisprudenza, parlano di « tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri », non è per caso, ma sulla base di questa precisa convinzione: che l'Europa abbia il suo *tipo storico* di democrazia, ovvero la democrazia costituzionale. Così stando le cose, il compito che ci pare più urgente, e che ci assumiamo anche in questa lezione, è quello d'individuare, e d'illustrare, *i caratteri storici essenziali della democrazia costituzionale*. Ovviamente, anche con riferimento alla Costituzione italiana. Solo

entro questo quadro complessivo di riferimento prenderà rilievo e significato adeguato la nostra spinosa questione del rapporto tra Pubblico e Privato.

2. *La democrazia costituzionale e i diritti della persona.*

Iniziamo con una semplice constatazione. La democrazia costituzionale di oggi — quella che vi va definendo storicamente sotto i nostri occhi, nell'ambito della esperienza dello Stato costituzionale — non è più una democrazia puramente parlamentare, o anche puramente popolare, nel senso di una democrazia della volontà generale, che si costruisce sostanzialmente secondo la regola della maggioranza. Prima del popolo che sceglie la sua maggioranza ed i suoi rappresentanti c'è un popolo che ha stabilito nella Costituzione le regole fondamentali della sua esistenza. Prima dell'indirizzo politico di maggioranza c'è l'indirizzo costituzionale. Il secondo prevale sul primo. Si può dire, in modo forse un po' enfatico: il popolo della Costituzione prevale sul popolo della maggioranza. La Costituzione precede dunque ogni potere costituito, compreso quello del legislatore rappresentante il popolo sovrano. Questa semplice idea, della *supremazia della Costituzione*, è antichissima e nello stesso tempo attualissima, perché rinnovata dalla svolta costituyente, anche italiana, intervenuta a metà del secolo scorso, che la pose alla base del rifiuto della guerra, dello sterminio, del totalitarismo. Quella idea della supremazia della Costituzione rinasceva cioè subito dopo la guerra per attuare una svolta radicale, per assicurare tutti che ora esisteva una legge fondamentale capace d'impedire il riaffermarsi nel futuro delle condizioni per un ritorno al recente passato dittatoriale.

È questo il primo significato della Costituzione democratica, che è quello della garanzia, del limite. La democrazia esiste perché nessuno potrà più praticare una politica che potremmo definire *assoluta*, com'era stata la politica della *Vernichtung*, dell'annientamento della persona dell'avversario. Che è poi ciò che è mirabilmente condensato nel secondo comma del primo articolo della Costituzione italiana, che attribuisce la sovranità al popolo, ma perché questi l'eserciti nelle *forme* e nei *limiti* dettati dalla Costituzione. Non si poteva insomma dimenticare, quando si scrisse la Costituzione, che anche i partiti totalitari avevano a lungo evocato il

‘popolo’, il potere del popolo; né che il parlamento liberale, privo di un’autentica norma fondamentale di garanzia, era stato di fronte a quelle evocazioni straordinariamente debole. E si dovevano dunque ancorare i diritti della persona a qualcosa di più solido ed affidabile della volontà politica, fosse essa direttamente popolare o parlamentare.

È questo, in radice, il valore primario della Costituzione, che è quello della garanzia. Garanzia di una sfera inviolabile, che non può essere arbitrariamente invasa dal potere politico, o comunque da un potere sovrastante, in grado di minacciare l’integrità della persona. È questo il significato del carattere inviolabile dei diritti fondamentali, proclamato dall’articolo secondo della Costituzione italiana. Così come inviolabile è la libertà personale (art. 13), il domicilio (art. 14), la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15). È evidente l’intenzione del Costituente, di disegnare una sfera intangibile. Sotto questo profilo assumono inoltre particolare rilievo anche altre disposizioni. Pensiamo all’art. 32 che dopo avere affermato la salute come diritto fondamentale dell’individuo, ma anche come interesse della collettività, si preoccupa di stabilire, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, che le relative leggi che li prevedano non possano « in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana ».

Ma anche nei rapporti economici è ben vivo questo filo conduttore: all’articolo 36, che prevede il diritto ad una retribuzione equa, tale da assicurare « un’esistenza libera e dignitosa »; o all’articolo 38 che fa riferimento alle « esigenze di vita » a proposito dei mezzi indispensabili, di cui si necessita in caso d’infortunio, di malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria. È evidente come la Costituzione pensi in tutti questi casi ad una società da promuovere in cui nessuno sia leso nei suoi diritti fondamentali, ed in cui nello stesso tempo tutti dispongano dei mezzi necessari per lo sviluppo di un’esistenza « libera e dignitosa ».

Del resto, quando l’Unione Europea si è proposta di esplicitare le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e l’ha fatto con la ben nota Carta di Nizza — che ha ora conseguito pieno valore normativo con il Trattato di Lisbona —, si è ruotato intorno ai medesimi principi fondamentali: l’invulnerabilità della « dignità

umana » (art. 1), il diritto alla « propria integrità fisica e psichica » (art. 3), il diritto alla protezione « dei dati di carattere personale » (art. 8); ma anche il diritto a « condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose » (art. 31), o il diritto all'assistenza volto a « garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti » (art. 34). Insomma, il filo conduttore, nazionale e sovranazionale, è ben chiaro. È quello dei *diritti della persona*, sotto il *duplice profilo* della sfera inviolabile, entro cui nessuno può penetrare, e del dovere inderogabile, di operare in modo tale che quella sfera non sia vuota, non sia priva per i cittadini meno fortunati dei beni minimi necessari per lo sviluppo della esistenza libera e dignitosa di cui all'articolo 36 della Costituzione italiana (2).

3. *Il peso della storia: la grande contrapposizione.*

Dobbiamo ora ulteriormente riflettere su questa duplicità, presente sia nelle Costituzioni nazionali, come quella italiana, sia nei testi europei. La si può ridefinire come principio d'indivisibilità dei diritti fondamentali della persona, civili, politici e sociali. Anche politici, poiché solo una persona libera nella propria sfera e dotata dei beni minimi necessari è poi in grado di essere anche un cittadino politicamente attivo, che concorre a determinare gli indirizzi pubblici, di rilevanza collettiva. Nulla esprime meglio tutto questo del medesimo articolo 3 della Costituzione italiana, e del concetto di « pari dignità sociale » tra i cittadini che in esso è fissato. È questo concetto a costituire il cardine dell'intero articolo terzo, dello stesso principio di uguaglianza e degli stessi diritti della persona nel loro complesso, al di là della ormai obsoleta — che noi giudichiamo tale — contrapposizione tra primo e secondo comma, tra uguaglianza 'formale' e 'sostanziale'. È in nome dei diritti della persona e del principio di pari dignità sociale, dunque sulla base del medesimo ed unico titolo, che si affermano sia la intangibilità della libertà perso-

(2) Per comprendere il senso generale della emersione nelle Costituzioni democratiche del Novecento della nuova soggettività della « persona », si veda la sintesi di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in « Filosofia politica », 2007, 3, pp. 365-378. È questo un punto di assoluta rilevanza, sul quale torneremo più volte nel corso della nostra trattazione.

nale, sia i diritti in materia sociale, il diritto all'assistenza, all'istruzione, alla retribuzione equa e commisurata. La duplicità che stiamo esplorando ha dunque in realtà un'unica matrice in una concezione nuova del soggetto di diritto e del principio di uguaglianza.

Non è sempre stato così. Qui la storia può effettivamente essere utile ⁽³⁾. Nella rivoluzione francese fu infatti necessaria la fiammata giacobina per affiancare ai diritti civili quelli politici e sociali, alla istruzione, all'assistenza ed al lavoro. Ma lo si fece nel contesto di una Costituzione come quella del 1793 mai entrata in vigore, e comunque concepita come puro atto di volontà del popolo sovrano, da esso continuamente rivedibile. Il principio che sopra abbiamo definito d'indivisibilità dei diritti fondamentali della persona, caratterizzante le Costituzioni odierne, era allora sentito — come affermavano i protagonisti di quel tempo — come una sorta di pericolosa « uguaglianza estrema », inconciliabile con l'ideale costituzionalistico del governo limitato. Più avanti, in pieno diciannovesimo secolo, forse il maggiore pensatore liberale europeo, Tocqueville, posto di fronte al diritto al lavoro affermato dalla Costituzione francese del 1848, reagiva quasi con virulenza agitando lo spauracchio dello « Stato quale più grande, e forse unico, organizzatore del lavoro », un pericoloso approdo, cui si sarebbe fatalmente giunti, mortificando le energie autonome della società civile ed economica, per assicurare i diritti in materia sociale promessi dalla Costituzione.

Da allora, si è entrati in una logica contrappositiva dalla quale forse non si è mai usciti. Da una parte, la società liberale del celebre binomio britannico *liberty and property*, corredata delle libertà civili e politiche, che pensa di poter rispondere ai bisogni sociali con il mercato, riducendo al minimo possibile l'intervento pubblico. Dall'altra, le Costituzioni democratiche ricche di diritti in materia

⁽³⁾ Per una sintesi delle complesse vicende storiche del principio di uguaglianza, con riferimento a questo esposto nel testo, rinvio a M. FIORAVANTI, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno* (relazione presentata al Convegno annuale della Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Trieste, dicembre 1998), in « Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900 », II (ottobre 1999), 4, pp. 609-630. Sullo stesso argomento, in forma più ampia, si veda Id., *Uguaglianza e costituzione: un profilo storico*, in *Le ragioni dell'uguaglianza* (Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008), a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 45-73.

sociale, sulla cui base si fonda al contrario un esteso intervento pubblico, che nel Novecento è stato etichettato come ‘Stato sociale’. Insomma, Privato contro Pubblico, e viceversa, l’uno proteso a magnificare le proprie virtù illustrando le disfunzioni ed i fallimenti dell’altro. Le virtù del Privato, che riducono al minimo lo spazio del Pubblico, o all’inverso le virtù del Pubblico, che sanano i peccati e gli egoismi del Privato. Uno schema contrappositivo a mio avviso ancora presente nella nostra cultura politica e costituzionale.

È entro questa schematizzazione che si è finito per contrapporre anche i due comma dell’articolo terzo, l’uguaglianza cosiddetta ‘formale’ alla uguaglianza cosiddetta ‘sostanziale’, di volta in volta concependo l’una o l’altra come la ‘vera’ uguaglianza, quella formale perché rigorosamente basata sul carattere assolutamente astratto del soggetto, quella sostanziale al contrario perché capace di tenere conto delle differenze nelle condizioni materiali di vita dei cittadini. Per chi sostiene la prima uguaglianza, quella in senso formale, l’altra uguaglianza, che pretende di guardare alle condizioni materiali — gli ostacoli da rimuovere di cui all’articolo terzo, secondo comma, della Costituzione italiana — e dunque di attribuire diritti alle parti deboli, ai lavoratori nel contratto di lavoro, ai locatari nel contratto di locazione, e poi ancora agli anziani, ai portatori di handicap, e così via, non è altro che strumento di costruzione di una società ingessata, basata sulla logica dello status, una società in cui ognuno difende corporativamente le proprie provvidenze pubbliche, il proprio pacchetto di diritti. Per chi sostiene la seconda uguaglianza, quella in senso sostanziale, la prima uguaglianza, al contrario, proprio perché rigorosamente imperniata, senza eccezioni, sul soggetto astratto, non è ‘vera’ uguaglianza, o meglio lo è solo tra coloro che già possiedono, ed è dunque strumento di conservazione di una società ingiusta e diseguale: dietro l’uguaglianza in senso formale è nascosto il privilegio, delle posizioni di potere, della cultura, del denaro. Così, l’uguaglianza in senso sostanziale è raffigurata come l’anticamera dello stalinismo, un po’ come pensava Tocqueville alla metà del diciannovesimo secolo, e quella in senso formale, per converso, come l’anticamera del privilegio di classe, come hanno pensato molteplici lettori di sinistra delle Costituzioni democratiche.

Ora, ciò che noi sosteniamo è che questa rigida contrapposizione, che ha radici profonde, risalenti per lo meno all’età delle

rivoluzioni, alla metà del diciottesimo secolo, che è stata riproposta anche dopo l'emanazione delle Costituzioni democratiche, e che riteniamo essere ancora ben viva tra noi, nella cultura diffusa, ed anche più specificamente nella cultura politica e costituzionale, in realtà non è propria delle Costituzioni democratiche del Novecento, e dunque neppure della Costituzione italiana del 1947. Insomma, il 'modello costituzionale' insito nelle Costituzioni democratiche, compreso quello voluto dai Costituenti italiani, che ispira, o dovrebbe ispirare, la nostra democrazia, non è quello contrappositivo sopra delineato. I nostri Costituenti non credevano in altre parole in alcuna 'virtù' da preservare ed affermare, né quella del Privato contro il Pubblico, né quella del Pubblico contro il Privato. Chi continua a ragionare così ancora oggi non fa altro che condurre avanti la sua battaglia politica, per motivi ideali, e magari anche per la difesa d'interessi anche piuttosto corposi, sia del Privato, come del Pubblico, ma non può annoverare tra i propri argomenti quello della Costituzione.

Il nostro compito — forse il più urgente — è dunque proprio quello di sottrarre la Costituzione alla lotta politica, per affermare, al di sopra della lotta politica, il 'modello costituzionale', ovvero la relazione tra Pubblico e Privato che è effettivamente sancita nelle Carte costituzionali delle democrazie europee del Novecento, come unico dover essere della democrazia, non ideologico, ma semplicemente e puramente costituzionale. Bisogna, in una parola, *tornare alla Costituzione*. È quello che tenteremo di fare nella seconda parte del nostro intervento, partendo dal caso italiano.

4. *La Costituzione italiana del 1948.*

Iniziamo con una precisazione di carattere propriamente storico, che riguarda l'Italia, ma non solo. Il tempo dei nostri Costituenti, appena conclusa la guerra, non era certo un tempo del mercato. Era un tempo di economia regolata. La Carta costituzionale italiana, dal punto di vista della storia nazionale, è stata a questo proposito correttamente inserita in un ciclo storico che è quello della legge bancaria del 1936, delle leggi istitutive degli enti pubblici economici negli anni Trenta, dello stesso Codice civile nei primi anni

Quaranta ⁽⁴⁾. Un ciclo dominato dai fallimenti del mercato, generatori di conflitti sociali, d'insolvenza di grandi dimensioni, di disoccupazione. Si stava fondando una Repubblica, e si sapeva bene quanto uno scenario di questo tipo aveva inciso nel fallimento della prima Repubblica democratica europea, quella di Weimar del 1919. Si affermava quindi di necessità, e con forza, il ruolo dello Stato, e certo non solo in Italia.

Non per questo però si deve parlare di un 'modello costituzionale' smaccatamente pubblicistico, o di una impostazione 'statalistica' della Costituzione. Un conto è diffidare degli automatismi del mercato, altro conto è confidare nelle virtù del Pubblico, ed in particolare della sua forma statale. Certo, la precedente Carta costituzionale, lo Statuto albertino, considerava « inviolabile » la proprietà (art. 29), mentre la Costituzione attuale si limita ad affermare che essa, come proprietà privata, « è riconosciuta e garantita dalla legge », chiamata per giunta ad assicurarne « la funzione sociale » e la accessibilità a tutti i cittadini (art. 42). Vi sono evidentemente alla base due concezioni diverse. Ma questo non è altro che il frutto di un passaggio storico intervenuto tra Otto e Novecento, che è ancora più ampio, che interessa l'intera società europea, e che è il medesimo che prima del suo compiersi faceva affermare allo Statuto che « la libertà individuale è garantita » (art. 26), ed ora, alla nostra Costituzione, che « la libertà personale è inviolabile » (art. 13). Ora, questa inversione di termini, per cui ad essere inviolabile non è più la proprietà privata, ma la libertà personale, che non era tale al tempo dello Statuto, è forse da considerare un regresso, un segno della dominante ideologia statalistica dei nostri Costituenti? Noi crediamo di no. In realtà, di tutta questa vicenda non si coglie spesso l'aspetto più rilevante, che è quello contenuto nella parola 'personale': la libertà non è più, come nel precedente modello costituzionale, quella del semplice 'soggetto', o 'individuo', ricalcata sul

(4) Si veda in proposito l'ottima sintesi di M. DE CECCO, *Economia e Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Annali 1996 della Fondazione Gramsci (Atti del Convegno su *La Costituzione italiana*, Roma, 20-21 febbraio 1998), a cura di M. Fioravanti e S. Guerrieri, Roma, Carocci, 1999, pp. 17-39; ed anche M. DE CECCO, A. PEDONE, *Le istituzioni dell'economia*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, pp. 253-292.

modello dell'individuo proprietario del Codice, ma è appunto la libertà della 'persona', che è la soggettività, nuova e diversa, più ampia e complessa, cui fa riferimento la nuova fonte, che è quella della Costituzione democratica del Novecento, come quella italiana.

Torneremo più avanti su questo punto della 'persona', che è forse quello centrale. E completiamo ora il nostro orizzonte sul titolo terzo della parte prima della Costituzione, quello imputato di essere frutto di vecchie concezioni di stampo statalistico, iperpubblicistico. Sono forse statalistiche le norme contenute nei già citati articoli 36 e 38? È statalistica l'aspirazione a procurare a tutti i lavoratori « un'esistenza libera e dignitosa »? È statalistico il criterio delle « esigenze di vita » di fronte alla malattia, all'infortunio, alla vecchiaia? Qual è qui l'intenzione dei nostri Costituenti, se non quella di garantire il valore e la dignità della persona? Ed anche di fronte all'articolo 41, uno dei più discussi, non ritroviamo forse di nuovo la « dignità umana » come limite alla iniziativa economica privata?

Non intendo procedere oltre su questo punto, anche se si potrebbero citare altri articoli a mio avviso tutt'altro che 'statalisti', come il 46 sulla collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, o il successivo 47 sul risparmio e sul credito, materie più che attuali. Solo due parole ancora sul punto, con riferimento alla formula della « utilità sociale » (art. 41) come limite alla iniziativa economica privata. Uno dei punti più delicati, e più discussi. Ci si chiede infatti: può essere quella formula veicolo di legittimazione di strumenti pianificatori rigidi e centralizzati? Può darsi di sì. Può darsi cioè che possa esistere una versione 'statalistica' della « utilità sociale ». A questo proposito soccorre però una considerazione di carattere generale, che può valere anche in altri casi. Perché leggere quella formula della utilità sociale alla luce della cultura della pianificazione degli anni Trenta e Quaranta? Perché dare necessariamente una lettura di stampo effettivamente statalistico? In fondo, le Costituzioni vivono, ferma restando la rigidità del nucleo fondamentale dei principi in esse contenuti, attraverso l'interpretazione, che muta di senso e di direzione con il mutare della società, della cultura costituzionale e della stessa cultura diffusa.

Oggi, l'utilità sociale è cosa diversa, e dunque se ne può e deve dare una lettura meno statalistica, più personalistica, e che recuperi anche in pieno il significato della qualificazione della « utilità » in

senso « sociale ». Ciò che s'intende dire è che l'iniziativa economica privata è legittimamente limitata, ai sensi dell'articolo 41, in quanto effettivamente si svolga in forme tali da recare pregiudizio alle persone, singole o associate, che sono in quanto tali provviste di diritti fondamentali: alla salute, all'istruzione, all'informazione. Tutti beni costituzionalmente protetti che possono essere minacciati, non solo da un'autorità pubblica, ma anche da una forza economica privata. Questa è l'utilità sociale che la Costituzione protegge. È quella concreta delle persone, e non quella aprioristicamente rappresentata dallo Stato. Che quella utilità sia protetta anche nei confronti del Privato, non deve essere inteso come segno di 'statalismo'. È invece il segno forse maggiore della trasformazione intervenuta tra Otto e Novecento, che consiste proprio nella opponibilità della Costituzione come norma giuridica a tutti i soggetti agenti nella società, pubblici, ma anche privati. Non è dunque lo Stato che si avvale dell'articolo 41 e della utilità sociale per mortificare l'iniziativa economica dei privati, ma è la Costituzione che in nome dei diritti delle persone pretende di limitare ogni potere, anche privato. Qualcosa di ben diverso. Non più il Pubblico che si espande a dismisura a danno del Privato, ma Pubblico e Privato entrambi limitati dalla Costituzione, dimensionati nella Costituzione. Questa sul piano storico è la grande novità intervenuta nella relazione tra Pubblico e Privato, nella storia costituzionale della democrazia in Europa.

È qualcosa veramente d'importanza capitale nella storia tormentata dei diritti fondamentali in Europa. Qualcosa che arreca un contenuto sostanziale più ampio alle democrazie costituzionali di oggi. Se è vero che il valore primario delle Costituzioni della seconda metà del Novecento, quando la democrazia costituzionale ha iniziato a prendere forma — come abbiamo già osservato — è quello di costituire un limite invalicabile, in nome dei diritti fondamentali della persona, civili, politici e sociali; ebbene, questo limite è posto ora non solo nei confronti dell'arbitrio dei governanti, ma anche nei confronti di quei poteri che nella società medesima possono divenire smisurati in mano agli stessi privati, in materie che la stessa Costituzione considera di primaria rilevanza, come l'ambiente, la salute, l'informazione. Si ledono dunque i diritti fondamentali, non solo attraverso l'arresto arbitrario da parte dell'autorità di pubblica

sicurezza, da parte quindi di una pubblica autorità, nel più classico dei casi di violazione della libertà originaria, della libertà personale, ma anche attraverso l'inquinamento dell'ambiente, o la concentrazione smisurata dei mezzi d'informazione, per opera dei privati. La Costituzione, nata pensando ai palazzi del potere politico, per limitare il sovrano in senso pubblico e politico, nel corso del Novecento si è dunque messa in marcia verso la società, verso la scuola, la fabbrica, il posto di lavoro, gli strumenti della comunicazione. È un cammino che è appena iniziato, se si guarda ai tempi lunghi della storia. E si deve dunque avere pazienza se i risultati su questa via sono ancora non di rado parziali, oscillanti e perfino deludenti. Da una parte, si deve pensare alla plurisecolare, e continuamente ricorrente, battaglia del costituzionalismo contro l'arbitrio politico. Se quest'ultimo terreno tradizionale è difficile — e noi sappiamo quanto lo sia — pensiamo quanto lo possa essere questo nuovo, che è stato appena dissodato da qualche decennio, e che vorrebbe condurci ad una prescrittività ben più ampia della Costituzione, praticamente globale, nei confronti di ogni potere incidente sui diritti fondamentali, pubblico o privato che sia. Tanto più difficile poi se la violazione del diritto non è di tipo invasivo, come nel caso dell'arresto arbitrario, contro cui esistono rimedi ben noti e più o meno collaudati, ma omissivo, perché si manca ad esempio in modo evidente della equa retribuzione o della giusta assistenza. La costrizione a dare, rivolta ad un soggetto privato, come ad uno pubblico, è infatti intuitivamente, e praticamente, più difficile della semplice costrizione ad osservare un divieto.

5. *Le tendenze in Europa.*

Sul piano storico, si deve però pronunciare una parola di ottimismo, poiché la via, per quanto lunga, incerta e tormentata, è certamente quella che qui abbiamo sommariamente indicato. La via dei diritti della persona garantiti dalla Costituzione come norma suprema. L'ha confermato recentemente la stessa Europa, con quella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota come Carta di Nizza, che già abbiamo avuto occasione di citare.

Conviene brevemente ricordare qualche vicenda di questa Carta. Nata attraverso una proclamazione, fin dall'inizio richiamata

dai giudici, ma certamente di dubbia prescrittività giuridica, ad un certo punto della vicenda costituzionale europea, sembrava essere, entro il progetto del Trattato costituzionale europeo, il contenitore dei principi fondamentali in materia di diritti, ad immagine e somiglianza delle Costituzioni nazionali, come quella italiana. Ora, con il Trattato di Lisbona si è determinata una soluzione mediana, che però realizza l'essenziale, attribuendo alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati.

È l'inizio di una nuova fase della trasformazione in corso. Ed è doppiamente significativa perché vi era stata l'occasione, a causa della tremebonda insipienza delle classi politiche europee, di mandare tutto all'aria. Ma non lo si è fatto. Evidentemente perché il movimento che si è aperto all'insegna dei diritti fondamentali della persona e della supremazia della Costituzione a metà del secolo scorso non può essere arrestato, e tende anzi ad allargarsi a macchia d'olio, lentamente ma progressivamente, dal piano nazionale a quello sovranazionale, nel nostro caso europeo. La trasformazione è storicamente unica, per quanto articolata su livelli diversi, e dunque per comprenderla è necessario sottolineare gli aspetti comuni, piuttosto che enfatizzare le differenze di prospettiva, come qualche volta si fa, contrapponendo la cosiddetta Europa dei mercanti alle democrazie nazionali, con il loro insopprimibile carattere sociale. In realtà, i due livelli hanno fatto passi da gigante nell'avvicinarsi: le Costituzioni nazionali, emanate in un clima culturale e politico di stampo dirigistico, hanno mostrato grande elasticità — come abbiamo visto, a proposito del concetto di utilità sociale — nel rileggere progressivamente i propri principi alla luce dei principi originari del libero scambio e della libera concorrenza, da cui è sorta l'Europa comune, secondo alcuni — non secondo noi — addirittura andando per altro oltre, rischiando cioè di procedere su questa via ad una vera e propria dismissione del patrimonio di democrazia sociale accumulato a livello nazionale; ma per converso l'Europa, a sua volta, ha sempre più avvertito l'esigenza di un'integrazione non meramente economica, e si è dunque dovuta confrontare, anche se in modo non di rado incerto, con i classici problemi della legittimazione politica, degli stessi diritti fondamentali al di là dell'aspetto economico, in una parola della unità politica, per quanto in forma diversa per ora da quella tradizionale statale e nazionale. Per dirla in

modo fin troppo schematico: gli Stati hanno camminato verso il mondo del mercato e dei rapporti economici, l'Europa ha camminato verso il mondo della politica e della Costituzione. Il tentativo è quello di ricercare un punto di equilibrio, in un certo senso a metà strada, posto che entrambi abbiano camminato con lo stesso passo.

Solo con questi presupposti si può leggere con occhio limpido, senza pregiudizi, la Carta di Nizza, che rappresenta proprio l'attuale punto di equilibrio, quello al momento già conseguito. Il contrario di quell'atteggiamento, un po' da caccia alle streghe, che vi scorge la rivincita, contro le democrazie sociali nazionali, di un neoindividualismo borghese, proprietario e mercantile. Si cita così invariabilmente il ben noto articolo 17, che torna a riaffermare la proprietà come « diritto di godere della proprietà dei beni che si è acquisito legalmente »; ma, a parte il limite dell'« interesse generale » all'uso della proprietà, presente anche in questo articolo, si dimentica troppo spesso come questo non sia più comunque il diritto-principe, com'era al tempo del diritto codificato liberale e borghese. È certamente, uno dei diritti della persona del Titolo II della Carta, ma preceduto dal diritto alla libertà ed alla sicurezza, dal diritto alla protezione dei dati personali, dalla libertà di pensiero, di coscienza, di religione, di espressione, d'informazione, dal diritto all'istruzione. Il punto-cardine non è dunque quello dell'individualismo proprietario. La supernorma, se proprio vogliamo cercarla, è la stessa delle Costituzioni nazionali, sta cioè nella persona, nella sua sicurezza, nella libera disposizione di se medesimo, del proprio pensiero, ed infine anche dei propri beni.

Ma non c'è solo questo. E non vi sono solo le norme del Titolo IV sulla solidarietà, che già abbiamo richiamato, come quelle sulle condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), o quelle sulla assistenza sociale (art. 34). Norme che per altro testimoniano come nel raccogliere e consolidare le cosiddette « tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri » — poiché questo è quello che si è fatto con la Carta di Nizza — non si sia comunque potuto dimenticare la materia sociale, che in modo così forte caratterizza la tradizione europea nel suo complesso. Ciò che piuttosto ci preme sottolineare è l'evoluzione della materia dei diritti fondamentali che si sta realizzando per mezzo dell'Europa. Riguarda ancora una volta la materia sociale, sotto due profili.

Il primo è contenuto in modo particolarmente chiaro nell'articolo 15 della Carta di Nizza: « Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata ». Non va letto con gli occhi rivolti indietro, al tempo della Comunità economica, e del valore esclusivo della libera circolazione, non solo delle merci, ma anche degli uomini e delle professioni; ma con gli occhi rivolti in avanti, verso una nuova stagione dei diritti della persona che si sta aprendo. Intendiamo dire che questo articolo ci fornisce una lettura non amministrativa, non statalistica, del celebre diritto al lavoro dell'articolo quarto della nostra Costituzione. Il diritto al lavoro si afferma cioè direttamente come diritto della persona, considerate e valutate le sue inclinazioni, le sue libere scelte. Non è una provvidenza procurata dall'alto, dallo Stato-apparato, come pensava — come ricorderete — Tocqueville nel 1848 quando proprio nel diritto al lavoro vedeva la pericolosa radice di uno Stato che si estendeva a dismisura nel campo dei rapporti economici. Così, il principio europeo retroagisce sul principio costituzionale nazionale, chiarendo definitivamente ciò che per altro già in parte si sosteneva: che la Repubblica che il nostro articolo quarto chiama a promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non è in primo luogo lo Stato-apparato con la sua amministrazione, ma è piuttosto lo Stato-ordinamento, ovvero l'insieme dei poteri pubblicisticamente rilevanti, non importa se di matrice istituzionale o associativa, pubblica o privata. Insomma — e qui sta la radice della evoluzione in corso — i diritti in materia sociale, come tipicamente è il diritto al lavoro, da diritti conseguenti allo sviluppo di politiche sociali attuative dei principi costituzionali, ma pur sempre nelle mani delle forze politiche, dei parlamenti e dei governi — terreno certo da non abbandonare, ma non più esclusivo — tendono a divenire posizioni giuridiche soggettive della persona in quanto tale, e come tali destinate prima o poi a ricercare soddisfazione per la via maestra della giurisdizione.

Infine, come secondo aspetto, non si può non rammentare gli articoli 24 e seguenti della Carta di Nizza, all'interno del Titolo III, sulla Uguaglianza, dedicati ai diritti dei minori, degli anziani, delle persone con disabilità. In Europa si continua così la tendenza già avviata nelle Costituzioni nazionali, ad intendere l'uguaglianza, non solo come divieto di discriminazione tra coloro che la stessa Costi-

tuzione considera uguali, ma anche come promozione, attraverso misure diverse, dell'accesso ai beni fondamentali della vita a coloro che ne sono di fatto sprovvisti. Si potrebbe dire: diritti concepiti per coloro che sono più deboli. Ed è significativo il fatto che questa tendenza, nel passaggio di piano dalle Costituzioni nazionali all'Europa, lungi dall'attenuarsi, si estenda: dai diritti dei lavoratori, parte debole per eccellenza nella tradizione delle Costituzioni nazionali, agli altri soggetti deboli, ai minori, agli anziani, ai portatori di handicap.

6. Conclusioni.

Siamo ora pronti per affrontare la parte finale, entro cui cercheremo di offrire una risposta alle domande che abbiamo posto, ed in particolare a quella principale: in quale tipo di democrazia viviamo? Che cosa ci propongono le Costituzioni odierne come modello di relazione tra Pubblico e Privato? Per una parte dell'itinerario che abbiamo percorso, ci siamo più che altro dedicati a rimuovere degli ostacoli, dati da altrettanti pregiudizi: non è vero che le soluzioni presenti nelle Costituzioni nazionali, come quella italiana, siano di tipo 'statalista', così come non è vero che l'Europa rappresenti, proprio rispetto a questo presunto carattere delle Costituzioni nazionali, una rivincita di tipo proprietario e liberista. È piuttosto vero, sul piano storico, che una grande trasformazione — una sola, su più livelli — si è aperta alla metà del secolo scorso, esprimendosi in primo luogo nelle Costituzioni dell'ultimo dopoguerra, passando poi attraverso la loro difficoltosa attuazione, e infine attraverso l'attuale difficile passaggio dell'Europa. È un movimento unico, con fasi alterne, e non lo schizofrenico rincorrersi di soluzioni opposte.

Ma soprattutto è una trasformazione ancora in corso, che ha per me una portata non minore di altre epocali che l'hanno preceduta. Ciò a cui stiamo assistendo è una lotta per l'affermazione di un nuovo tipo storico di democrazia, che è la *democrazia costituzionale*, fondata sui diritti della persona, a loro volta fondati sulla supremazia della Costituzione. È una lotta dura, poiché la supremazia della Costituzione toglie poteri, riduce arbitrii, impone obblighi, e soprattutto — come abbiamo visto — tende ad imporsi a tutti i poteri,

pubblici e privati. È dunque comprensibile che si tratti di una supremazia fortemente contrastata. Insomma che abbia molti nemici.

Però la Costituzione esiste. Esiste sul piano nazionale, e si va formando sul piano sovranazionale. I diritti della persona sono stabiliti in modo chiaro. Fin quando esisteranno violazioni delle sfere delle persone e della loro dignità, o fin quando esisteranno persone prive dei beni essenziali, esisterà un problema di attuazione della Costituzione. Da questo dilemma le democrazie contemporanee non possono uscire, per lo meno fino a quando esiste la Costituzione. E d'altra parte uscire dalla Costituzione significa proprio uscire dal modello di relazione tra Pubblico e Privato che essa ha disegnato, e che limita entrambi: il primo non può più esprimersi con il linguaggio del legislatore onnipotente, pensando di poter normare ogni aspetto della vita individuale e di relazione, e non può dunque arbitrariamente invadere le sfere dei cittadini, ma anche il secondo non può essere terreno di sviluppo di poteri smisurati, soprattutto economici, incidenti in modo non meno pericoloso sui diritti fondamentali della persona. La Costituzione non predica insomma alcuna 'virtù', né dello Stato, né del mercato, semplicemente perché pensa che sia l'uno che l'altro possano violare i diritti della persona. E diffida quindi dell'uno come dell'altro, specialmente quando l'uno o l'altro tendono alla dismisura, ad esorbitare.

Da qui, da questa radice, scaturisce finalmente la risposta alla domanda che abbiamo posto: il modello costituzionale della relazione tra Pubblico e Privato è in ultima analisi quello della *duplice limitazione*, e dunque del *doppio valore della Costituzione*, che oppone sempre se medesima, ed i diritti fondamentali in essa sanciti, all'uno come all'altro, ogni volta che le ragioni dell'uno o dell'altro divengano smodate, siano esse le ragioni di un Pubblico che vuole invadere le sfere degli individui, o quelle di un Privato che in ragione della sua potenza economica vuole dominare la scena pubblica. Si potrebbe anche dire: la Costituzione soccorre sempre il più debole, il Pubblico quando è invaso arbitrariamente dal Privato, e viceversa. Abbandonare questo modello significa dunque correre rischi gravissimi, sull'un versante come sull'altro.

Attenzione quindi a trattare la Costituzione come una semplice legge politicamente riformabile ed emendabile. La vicenda della

relazione tra Pubblico e Privato ci ha insegnato che in essa è fissato un pilastro, un muro portante, un essenziale punto di equilibrio. Senza quella Costituzione, senza quel tipo di Costituzione che abbiamo iniziato a costruire alla metà del secolo scorso, e senza quel pilastro, non avremmo un problema in più, o un po' meno di democrazia, ma probabilmente l'inizio della dissoluzione della forma politica democratica, nel senso specifico del ritorno ad un predominio indiscriminato dei poteri arbitrari, pubblici o privati che siano. La supremazia della Costituzione è dunque affermata prima di tutto contro l'esercizio arbitrario di quei poteri. E gli arbitrii che essa impedisce o comunque limita — siano essi di provenienza pubblica, o privata, come abbiamo visto — hanno un invariabile obbiettivo sottostante: accaparrarsi risorse che servono a soddisfare nell'immediato speciali posizioni di potere. Se queste tendenze frazionali fossero lasciate libere di dispiegarsi diverrebbe impossibile ogni calcolo dei bisogni individuali e collettivi sui tempi medi e lunghi, poiché tutte le risorse verrebbero bruciate sui tempi brevi. La sola politica possibile diverrebbe quella della maggioranza del momento. Ma oggi, per motivi che risultano sempre più evidenti, non è più possibile governare così. Da questo punto di vista, c'è un nocciolo duro nei problemi che abbiamo di fronte, una oggettività delle cose destinata a imporsi, a meno che non si decida di andare deliberatamente verso il precipizio. Oggi, che si tratti dei bisogni sociali primari, dalla alimentazione alla casa, o della salute, o della assistenza, o dell'ambiente, si arriva sempre alla medesima conclusione: quasi niente di queste problematiche è risolvibile se non in senso strutturale, mentre ben poco si risolve con la politica del momento, con la maggioranza del momento. Le Costituzioni, anche quelle contemporanee, proprio come norme per loro stessa natura predisposte a durare nel tempo, sono dunque destinate a svolgere questa funzione essenziale e imprescindibile: catalogare i beni essenziali della persona che ogni maggioranza ha il dovere di curare, e rappresentare in questo senso la continuità, la dimensione profonda e perdurante dei bisogni sociali, che solo la Costituzione può nel tempo adeguatamente riflettere, e che si pone nella sua oggettività ben al di sopra delle mere politiche di maggioranza, con le quali si arriva ormai solo fino ad un certo punto, insufficiente per un governo serio delle società e delle democrazie contemporanee.

C'è un solo punto oscuro nella supremazia della Costituzione. Ma non di poco conto. Riguarda il futuro della società democratica. Quella dei nostri Padri Costituenti, in Italia e in Europa, in pieno Novecento, era organizzata in partiti ⁽⁵⁾. Ora quei partiti, in quella forma, non li abbiamo più. La nostra società pare essere infatti alla ricerca di nuove istituzioni, di nuove solidarietà, insomma di una nuova identità. Può darsi che si tratti di una ricerca che nel tempo si rivelerà fertile. Ma intanto, è a tutti evidente l'attuale condizione di fragilità, d'incertezza. Qui sta il punto critico. Poiché la Costituzione può difenderci in modo più o meno efficace dai poteri smisurati. Ma non sta in piedi da sola. Il migliore e più solido fondamento della Costituzione — del resto, l'unico possibile — sta proprio in questa consapevolezza, della sua necessaria dipendenza da qualcos'altro che la precede. In una parola, ciò che la Costituzione davvero presuppone, proprio per porsi come norma suprema, è l'esistenza stessa di una società sufficientemente coesa, dotata di strumenti che le consentano di essere anche società politica, e non semplice società d'individui dotati di diritti più o meno perfettamente garantiti. E dunque, non solo una semplice *societas*, entro cui il legame basilare è esclusivamente quello della comune titolarità di diritti, ma anche una *universitas*, ovvero un'unità di scopo, cui si appartiene per condivisione, perché legati dal comune intendimento nel perseguire alcune finalità fondamentali. Una società politica, e non solo una società civile, in una parola. Questa è oggi la questione all'ordine del giorno delle democrazie contemporanee. Non c'è supremazia della Costituzione senza società politica, e non c'è società politica senza stabili strumenti di partecipazione, e senza la ricerca, per quanto travagliata e problematica, di un principio di unità. Senza tutto questo, la Costituzione vacilla. Insomma, è vero che possiamo contare sulla Costituzione come tutela dei nostri diritti, come limite alla esorbitanza di ogni potere, pubblico o privato che sia, ma non dimentichiamo mai che anche la Costituzione, a sua volta, conta su di noi.

⁽⁵⁾ Sul punto, davvero decisivo per la comprensione delle vicende costituzionali tra Otto e Novecento, fino agli esiti attuali, disponiamo ora della accurata e convincente ricostruzione di M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

IL DIRITTO TRA LEGGE E GIUDICE:
IL RAPPORTO TRA DEMOCRAZIA E GIURISDIZIONE (*)

1. La posizione del problema. Il modello della tradizione. — 2. La trasformazione costituzionale. Le Costituzioni del Novecento. — 3. Conclusioni. La democrazia costituzionale.

1. *La posizione del problema. Il modello della tradizione.*

Credo di poter leggere il titolo di questo contributo nel seguente modo: posto per vero — come anch'io credo — che il diritto si produce nell'interazione tra legge e giurisprudenza, e posto per vero che questo movimento va oggi facendosi palesemente sempre più accentuato, non si pone forse per ciò stesso un problema di legittimazione democratica? Per dirla più bruscamente: cosa conta più l'esercizio attivo dei diritti politici se poi il legislatore liberamente eletto risulta essere al massimo solo una componente del processo di produzione del diritto? Dove risiede in ultimo il fondamento costituzionale del potere del giudice di concorrere alla creazione del diritto?

Si tratta di problemi grandi, cui si può solo accennare, per sommi capi. Si deve intanto rivelare la paternità delle domande che abbiamo sopra posto. Nella preoccupazione che qualche volta ci assale quando constatiamo lo spazio sempre più ampio che viene

(*) Il testo è stato più volte rielaborato, in diverse occasioni, sempre rimanendo inedito. La versione originaria rispecchiava la relazione tenuta il 30 aprile 2010 al Seminario organizzato dalla Scuola di dottorato in Scienze giuridiche della Università degli Studi di Firenze su « La produzione del diritto tra legge e giudice: il rapporto tra democrazia e giurisdizione ». Si è voluto mantenere il carattere di immediatezza proprio della relazione orale. Per questo motivo, si è evitato qualsiasi riferimento bibliografico.

occupato dalla giurisprudenza nel processo di produzione del diritto siamo indubbiamente figli della tradizione illuministica e codicistica. Nella rivoluzione francese, che è certamente il grande evento su cui quella tradizione si riversa, esistono infatti solo due figure pubbliche: il rappresentante — o il mandatario, a seconda delle diverse versioni della sovranità nazionale, o popolare — del popolo sovrano, e il funzionario che provvede alla esecuzione della legge che quei rappresentanti, o mandatari, hanno deliberato. Il giudice, per quanto dotato di uno status particolare, è nella sostanza uno di questi funzionari, poiché *tertium non datur*: o si delibera la legge, creando così il diritto, perché a ciò legittimati dal popolo sovrano, o si esegue quella legge, si mette in opera quel diritto, attraverso un lavoro di mera esecuzione. Tra l'una e l'altra funzione c'è terra bruciata, e manca dunque lo spazio per il prodursi di un'attività d'interpretazione della legge, ovvero di attribuzione ad essa di un significato determinato alla luce del caso concreto, che è la funzione dello *ius dicere*. Qui invece la legge è posta, è eseguita, ma non interpretata. Se ciò fosse possibile — interpretare la legge — sarebbe infatti con ciò stesso tradita la missione principale della Rivoluzione, che è quella di generare uguaglianza, di combattere il privilegio, inteso come eccezione al diritto comune di tutti i francesi. Scivolando sul pendio della interpretazione, attraverso la logica dei casi, si farebbero in questo modo pericolosamente rinascere, per mano dei giudici, i privilegi medesimi: questo il messaggio che sembra scaturire dalla Rivoluzione. L'uguaglianza è invece data, in quella medesima prospettiva, da un preciso meccanismo, che non può fallire: il meccanismo di applicazione pronta, sicura, ed uniforme della legge generale ed astratta, deliberata dai rappresentanti del popolo sovrano. E per questa finalità si deve contare su una funzione giurisdizionale altrettanto pronta, sicura ed uniforme, fedele esecutrice delle volontà del legislatore sovrano.

Bisogna ora dire subito che ovviamente un modello di questo genere non è mai esistito, nella sua interezza, se non altro a causa della insopprimibile natura pratica del diritto, che in una certa misura tende comunque, all'interno di ogni modello, ed in ogni tempo, a realizzarsi nel caso concreto, attraverso l'interpretazione. Non di meno, quella sorta di matrice originaria ha svolto sul piano ideologico, ed anche materiale, una funzione di grandissima rile-

vanza, con effetti perduranti fino a noi. Ancora oggi, se guardiamo con permanente preoccupazione ad un ruolo ampio della giurisprudenza, è certamente a causa di quella impostazione, di quella matrice. Sul piano più prettamente storico-costituzionale, è quel modello che spiega la struttura di fondo delle Carte costituzionali in tutta Europa all'indomani della Rivoluzione, e fino alla metà del secolo ventesimo. Infatti, se quelle Carte, finita la stagione rivoluzionaria delle Dichiarazioni, si ritrassero dalla materia dei diritti, per dedicarsi quasi esclusivamente alla forma di governo — com'era il caso da noi, ad esempio, dello Statuto albertino — fu proprio sul presupposto della acquisita storica centralità della legge come suprema fonte di diritto: la legge come espressione della sovranità dello Stato e della nazione in esso organicamente rappresentata. Insomma, le norme costituzionali potevano limitarsi ad organizzare la forma di governo, perché il diritto, inteso come disciplina dei rapporti effettivi tra i consociati, stava altrove, nella legge, che sola possedeva la forza precettiva necessaria a disciplinare la società medesima, e dunque a fondare ed attribuire proprio i diritti. È quella forza della legge la vera eredità della Rivoluzione su scala europea. In quel sistema, la legge, una volta accertata la sua rispondenza alla Carta costituzionale — in verità quasi esclusivamente sul piano formale, della procedura di deliberazione ed adozione — manteneva perciò la sua centralità, nella forma ereditata dalla Rivoluzione. E per il giurista, come per il giudice, cambiava poco.

2. *La trasformazione costituzionale. Le Costituzioni del Novecento.*

Molto è cambiato invece oggi, con l'avvento di un diverso tipo storico di Costituzione, a partire dalla metà del secolo scorso. Come ho cercato di mostrare altrove, è questa una vera e propria *trasformazione costituzionale*, che è ancora in atto, e della quale a mio avviso per diversi decenni non abbiamo avuto sufficiente consapevolezza. Alla base di questa trasformazione, che in quanto autentica *Verfassungswandlung* muta il modo di produzione del diritto in senso strutturale, con riferimento all'assetto delle fonti e agli atti fondamentali della legislazione e della giurisdizione, si trova, a mio avviso, una straordinaria novità: l'introduzione nelle Costituzioni contemporanee, in posizione di preminenza, di grandi norme di

principio, soprattutto in materia di diritti. Norme certamente, ma di palese origine politica — ad esempio perché espressione diretta, nel caso dell'Italia, del cosiddetto 'compromesso costituzionale' — e per giunta ben singolari, perché prive di fattispecie. Dunque, qualcosa che a prima vista non poteva certo essere applicato, per lo meno non nella forma fino ad allora conosciuta della applicazione della legge. Ed infatti, non pochi iniziarono subito dopo l'emanazione delle nuove Costituzioni a ragionare proprio così: siccome non possono essere applicati come la legge, quei principi non sono diritto. Al massimo si tratterà di norme meramente programmatiche, come tali da concretizzare sulla base di una volontà politica, essenzialmente in Parlamento. Insomma, qualcosa che non riguardava il giudice. Come se si trattasse di realizzare una sorta di divisione del lavoro: i principi alla politica, i diritti, quelli veri, espressi nella legge, ai giudici.

Non è andata così, come sappiamo. È accaduto invece che l'introduzione delle norme costituzionali di principio ha finito per produrre un esito in larga misura inatteso, ma di grande rilevanza: ha spezzato il monopolio legislativo nella attuazione della Costituzione, ha consumato cioè in modo definitivo quella idea tradizionale secondo cui la Costituzione ha organicamente necessità della legge, della mediazione legislativa, per divenire norma giuridica. Se riusciamo per un attimo a liberarci dalle ipoteche della nostra storia nazionale, che ci sospinge spesso a valutare tutto in termini di 'anomalia', ci accorgiamo che a questo proposito siamo di fronte ad un fenomeno che caratterizza tutte le democrazie contemporanee, e che consiste proprio in una obbiettiva diminuzione di peso della legislazione di fronte alla Costituzione, e ad un parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione. L'una e l'altra intese proprio come strumenti, o percorsi, di realizzazione dei principi costituzionali, ciascuna con i propri caratteri. Vi sono casi in cui potrà e dovrà essere preponderante la via legislativa. Ma vi sono altri casi in cui fatalmente il principio costituzionale assume consistenza attraverso il lavoro della giurisprudenza ordinaria, e costituzionale, in cui sarebbe difficile pensare ad una legge che cala dall'alto, e che decide autoritativamente il contenuto, ed il significato esclusivo, di quei principi. E vi possono essere infine altre situazioni in cui il legislatore prova a realizzare un certo equilibrio tra diversi principi

costituzionali, ma non riesce a farlo in modo adeguato, ragionevole, proporzionato, e la sua legge va perciò incontro ad una correzione, che non può realizzarsi altro che per via giurisdizionale, ordinaria e costituzionale, per poi produrre magari un successivo aggiustamento legislativo. Cosicché, alla fine, la Costituzione può dirsi realizzata solo attraverso un processo articolato di questo genere, in cui sia il legislatore che i giudici hanno svolto il loro ruolo, senza che si possa più dire chi è il sovrano, chi tra i due abbia l'ultima parola. Ed in effetti, ciò che viene qui in gioco, alla fine, è la possibilità stessa di mantenere il concetto tradizionale di sovranità, intesa proprio come diritto all'ultima parola. Tutto questo si va consumando nella complessità del nostro presente: addirittura il principio di sovranità, nella versione che aveva a lungo dominato la scena in Europa.

Ma torniamo ai giudici. Si sono costruite a questo proposito molte dottrine, per spiegare il rinnovato ruolo della giurisprudenza nelle democrazie contemporanee. Si è detto, ad esempio, sulla scia della classica interpretazione di Tocqueville, che i giudici stanno facendo rinascere la componente aristocratica del costituzionalismo, secondo cui la legge ottima non può e non deve essere espressione del semplice numero, ma anche di canoni obbiettivi di razionalità, come tali conosciuti attraverso quello studio che storicamente è stato nel monopolio del ristretto ceto dei legisti. Insomma, Coke starebbe riprendendosi la sua rivincita su Hobbes. Con riguardo all'Inghilterra, si ritorna all'affermazione di un *common law constitutionalism* a scapito del *political constitutionalism* tradizionalmente condotto a partire dal principio di sovranità del parlamento.

Si è detto poi, sulla scia delle interpretazioni dualistiche della democrazia, caratteristiche di un certo modo d'intendere la democrazia negli Stati Uniti, che esistono due corpi del popolo sovrano: quello minore, che si esprime nella legge e nel principio di maggioranza, e quello maggiore, che si esprime nella Costituzione, per cui il controllo di costituzionalità non sarebbe altro che un 'tirar per la giacca' il legislatore, per ricordargli ogni tanto — quanto basta — che non è lui il sovrano. Dunque, questa volta una rivincita del popolo costituente su quello costituito.

3. Conclusioni. La democrazia costituzionale.

Per quanto mi riguarda, la penso diversamente. Se proprio si deve parlare di rivincite, io direi che qui la rivincita è nei confronti della maestosa figura del legislatore emersa dalla Rivoluzione, da cui abbiamo preso le mosse, è *la rivincita della natura pratica del diritto*, che lo conduce a realizzarsi nel caso concreto, interpretando la legge alla luce dei principi costituzionali. In questa linea, possiamo allora tentare una risposta al nostro quesito su ‘democrazia e giurisdizione’. Ciò che sta accadendo di fronte a noi, nel senso di un ruolo comunque accresciuto della giurisdizione nella produzione del diritto, non è da vedersi nei termini di una usurpazione di potere a danno del legislativo, come se fosse in atto una lotta tra poteri che volgendo a favore dei giudici determinerebbe un saldo negativo per la democrazia, identificata con il potere rappresentativo del popolo sovrano. Ciò che una simile impostazione — a mio avviso completamente errata — continua a trascurare in modo sempre più evidente è il peso storico della trasformazione costituzionale nel frattempo in atto a partire dalla metà del secolo scorso, e che ci sta conducendo — per dirla in sintesi — da una *democrazia legislativa* ad una *democrazia costituzionale*, da una *democrazia monistica* ad una *democrazia pluralistica*, ed infine — profilo a cui qui si può solo accennare — da una democrazia esclusivamente *nazionale* ad una democrazia anche *sovranazionale*. Certo, si tratta di processi travagliati ed incerti, dai contorni largamente indefiniti. Ma non è questo un buon motivo per conservare contro ogni evidenza, per ipostatizzare, le categorie della nostra recente tradizione, come se la democrazia fosse incapace, quasi per sua natura, di trasformarsi, ovvero di assumere nuove forme, da ricostruire oltre lo storico monopolio del legislatore.

In effetti, oggi va sempre più emergendo che la democrazia non è più monopolizzata dal legislatore, non è più racchiusa nel recinto della sua legittimazione come rappresentante del popolo sovrano. Oggi, la democrazia è infinitamente più complessa. Consiste essenzialmente in un *processo*, e più precisamente in un processo di progressiva ed articolata concretizzazione dei principi costituzionali, per opera del legislatore, ma anche dei giudici, ciascuno con i propri strumenti. Rimane vero che la democrazia non può esistere senza

legislazione. Ma oggi lo stesso vale per la giurisdizione, la cui vitalità è parimenti essenziale per la vita stessa della democrazia. C'è indubbiamente realizzazione del principio democratico quando una maggioranza in Parlamento decide, e lo fa in linea con la Costituzione. È questa una dimensione insostituibile della democrazia. Ma non è più l'unica. C'è realizzazione del principio democratico anche quando un giudice fonda la sua sentenza su una interpretazione della legge che concorre a concretizzare un principio costituzionale. Poiché la realizzazione del principio democratico — a meno che non lo si confonda colpevolmente con il principio di maggioranza — non è più oggi nel monopolio della rappresentanza politica. È affidata a tutti i soggetti e gli ordini che costituzionalmente hanno il compito di concretizzare i principi costituzionali, e dunque anche ai giudici.

E così, se dovesse infine accadere — come in effetti accade, sempre più spesso — che un giudice censura un legislatore, avendo questi bilanciato in modo inadeguato, o sproporzionato, o irragionevole, più principi costituzionali, non dovremmo vedere in tutto questo una diminuzione della democrazia, ma piuttosto l'affermarsi progressivo di un nuovo tipo storico di democrazia: la *democrazia costituzionale*. In quella eventualità, del giudice che censura il legislatore, non compare infatti un nuovo padrone che pretende anch'egli, come tutti i padroni, l'ultima parola. Compare invece una Costituzione che non ha più padroni, che non elegge più il potere per eccellenza, affidando ad esso, e solo ad esso, la produzione del diritto; e che dunque fatalmente costringe tutti i poteri, nessuno escluso, ad operare nei confini segnati, nelle forme e nei limiti della Costituzione, come recita — non per caso — il primo articolo della nostra legge fondamentale.

IL DIRITTO PENALE NELL'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE

1. Con l'avvento dello Stato costituzionale muta radicalmente il quadro costituzionale complessivo. — 2. Quale costituzionalizzazione del diritto penale? — 3. La ricerca di un punto di equilibrio tra autorità della legge e nuova rilevanza della giurisprudenza.

1. *Con l'avvento dello Stato costituzionale muta radicalmente il quadro costituzionale complessivo.*

Lo scopo di queste brevi note è sufficientemente ambizioso. Si tratta di pervenire, in una parola, ad un'enunciazione. Ciò che vorremmo enunciare è il carattere storico fondamentale del diritto penale nel tempo attuale, che connotiamo come « età dello Stato costituzionale ». La nozione di « Stato costituzionale » è utilizzata in modo crescente nella letteratura scientifica internazionale. E lo è con un significato sempre più preciso. Dalla rilevazione di questo significato prendiamo le mosse.

Per « Stato costituzionale » s'intende — ed anche noi intendiamo, con riferimento specifico al nostro piano, che è quello della storia costituzionale europea — la forma che lo Stato moderno europeo ha assunto nell'età apertasi a metà del Novecento, con le nuove Carte costituzionali, compresa quella italiana del 1947. Precisiamo ancora. Per « Stato costituzionale » non s'intende semplicemente quello Stato di diritto che ad un certo punto della sua vicenda storica — per l'appunto a metà del Novecento, trascorse le esperienze dittatoriali — si è dotato di una Costituzione rigida e di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi. Se così fosse, si potrebbe raffigurare il mutamento avviato alla metà del secolo scorso nei termini di un mero perfezionamento, come se si fosse trattato semplicemente di sopraelevare un edificio — l'edificio sto-

rico dello Stato di diritto — di un piano, aggiungendo il piano della legalità costituzionale su una struttura sostanzialmente invariata nelle fondamenta e nella pianta complessiva. Si è pensato così, nella cultura giuridica della seconda metà del Novecento, e tutto sommato si pensa ancora così. Ma non è stato così. Non è accaduto solo questo. È accaduto molto di più. Che sia accaduto molto di più, è proprio ciò che stiamo sperimentando con sempre maggiore evidenza nel nostro tempo storico, anche sul terreno del diritto penale, come vedremo nella seconda parte della nostra relazione.

In una parola, ciò di cui sono convinto è che a metà del Novecento si sia aperta una vera e propria nuova età nella pluriscolare vicenda dello Stato moderno europeo. È per l'appunto l'età dello Stato costituzionale. Essa fa parte — si badi bene — della vicenda più complessiva dello Stato moderno europeo. Ed infatti non incliniamo in alcun modo — lo vogliamo sottolineare subito — verso quelle disinvolute soluzioni che allegramente liquidano l'esperienza del moderno, e della sua principale acquisizione, che è proprio lo Stato. E di conseguenza siamo piuttosto allergici all'uso dei 'post', moderno, statutale, o altro ancora. Noi viviamo ancora quindi in quella grande esperienza, ma in una fase, in un modo ed in una forma storicamente determinata, nel nostro tempo che è diverso da quelli precedenti, ovvero dalle precedenti età che hanno segnato la multiforme e complessa esperienza dello Stato moderno europeo a partire dal quattordicesimo secolo. Altrove ho provato a riscrivere la successione storica delle forme di Stato all'interno della vicenda complessiva dello Stato moderno europeo. Non è qui il caso di ritornare su questa problematica generale. Si può però enunciare per lo meno un esito di quella ricerca. A nostro avviso, la forma di Stato che caratterizza il nostro presente non è certo simile alla più remota forma di Stato, ovvero allo Stato giurisdizionale, dominante in Europa prima della Rivoluzione, ma è ormai ben diversa anche dalla forma di Stato più recente, ovvero dallo Stato nazionale di diritto, che è la forma di Stato assunta dallo Stato moderno europeo dopo la Rivoluzione, e dominante fino alla metà del secolo ventesimo.

La differenza tra l'uno, lo Stato che abbiamo, lo Stato costituzionale, e l'altro, lo Stato che abbiamo avuto, lo Stato nazionale di diritto, è rimarchevole sotto diversi profili, tutti decisivi per la

configurazione complessiva della forma di Stato. Ne enunciamo quattro. 1. Il primo punto è relativo alla qualità delle norme collocate al vertice della scala delle fonti di diritto, che sono ora le norme costituzionali di principio, che in quanto norme di principio sono prive di fattispecie. Dunque, qualcosa di ben diverso dalla precedente fonte di vertice, ovvero dalla legge della Rivoluzione e del successivo Stato liberale, generale ed astratta, ma anche regola essa stessa, e dunque dotata di forza applicativa immediata. La Rivoluzione e lo Stato liberale realizzavano perciò i loro principi semplicemente deliberando ed applicando la legge. Lo Stato costituzionale, per realizzare i suoi principi, ha bisogno di far valere, e d'implementare, le norme di principio della Costituzione attraverso un meccanismo più fragile e complesso, che coinvolge sia il legislatore che i giudici. Lo Stato costituzionale ha un baricentro più problematico. Che è ciò che stiamo sperimentando. 2. È strettamente collegato al punto precedente. Ma deve essere messo in evidenza in modo autonomo. Si tratta del diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione. Anche sotto questo profilo, è necessario prendere atto che ciò che si va manifestando di fronte a noi non è da intendere sempre e comunque come una patologia dello Stato di diritto. È piuttosto l'incerto e contraddittorio, ma sempre più deciso, manifestarsi di un'altra fisiologia, che è per l'appunto quella dello Stato costituzionale. Nello Stato costituzionale, la certezza del diritto non è più presunta come un portato necessario della legge, come il risultato immancabile di una pronta, sicura ed uniforme, applicazione della legge. La certezza del diritto è piuttosto da acquisire attraverso l'interpretazione, la correzione, o l'eventuale rimozione, con il controllo di costituzionalità, della legge, essenzialmente per opera della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche ordinaria. In altre parole, chi ancora oggi intende far rivivere la certezza legislativa del diritto, quella che nel paradigma rivoluzionario era rivolta contro il cosiddetto « arbitrio » dei giudici, non comprende che ad essere mutato è proprio il paradigma, e che l'unica via percorribile in senso ricostruttivo è quella del dialogo tra legislazione e giurisdizione. 3. Nel paradigma dello Stato di diritto domina il principio di uguaglianza, inizialmente anche su base giusnaturalistica al tempo della Rivoluzione, e poi su base positivista, di fronte alla legge, con il suo culmine nell'età dello Stato

liberale. Le nuove Costituzioni hanno allargato i confini del principio di uguaglianza — basti pensare al secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione — ma ne hanno anche mutato la struttura. Al centro di quelle Costituzioni non abbiamo più infatti l'individuo della tradizione giusnaturalistica, o il soggetto di diritto del Codice, ma la persona, che è assunta anche nella sua concreta esistenza, con riferimento alle condizioni materiali di vita, sociali, economiche, culturali. Così, il principio di uguaglianza non può più meccanicamente derivare dalla uniforme applicazione della legge imperniata sul soggetto unico di diritto, astratto e generale. Con l'avvento dello Stato costituzionale rinasce invece il grande tema della « legge ingiusta », ed una legge può essere ingiusta non solo perché troppo concreta, perché costitutiva di privilegi, o di penalità, nei confronti di un soggetto determinato, ma anche perché troppo astratta, perché pretende cioè di applicarsi in modo uniforme ad una pluralità di situazioni obiettivamente diverse. In altre parole, il principio di uguaglianza si tutela anche tenendo conto delle differenze. E se la legge sia « giusta » o meno, sotto questo profilo del giusto equilibrio tra « astratto » e « concreto », lo si può e lo si deve sindacare con il controllo di costituzionalità. 4. L'ultimo punto. La sovranazionalità, ovvero la tendenza delle norme costituzionali di principio, sconosciute alla precedente forma di Stato, ad assumere significato non solo nei confronti dell'ordinamento in cui hanno avuto origine in senso positivo, ma anche su un piano ulteriore, che è proprio quello sovranazionale, sul quale assumono diverso significato gli stessi strumenti classici del diritto internazionale, come i trattati, ed assumono ruolo e compiti nuovi soggetti istituzionali come le corti internazionali, in dialogo tra loro e con le stesse corti nazionali. Anche qui, di nuovo, troviamo dunque un rinnovato ruolo attivo della giurisdizione.

Quest'ultimo — il ruolo attivo della giurisdizione — sembra dunque essere il filo conduttore della trasformazione che stiamo analizzando, e che potremmo ora sinteticamente rappresentare nel seguente modo: prima, nella Rivoluzione e nello Stato liberale di diritto, la giurisdizione non aveva alcuna connessione diretta con la Costituzione, perché solo i rappresentanti del popolo sovrano, o della nazione, operavano per il rispetto, o per la realizzazione, dei principi costituzionali; ora, con lo Stato costituzionale, la giurisdizione

zione si è come emancipata dalla funzione di mera applicazione della legge, e riesce dunque a « vedere » direttamente la Costituzione, ponendosi anzi, accanto alla legislazione ed alle funzioni d'indirizzo, come l'altra funzione costituzionalmente rilevante — la *iurisdictio* accanto al *gubernaculum*, si potrebbe dire — di cui la Costituzione abbisogna per mantenere ed implementare la sua posizione di norma fondamentale. È questo spostamento in atto, nel triangolo tra Costituzione al vertice, e legislazione e giurisdizione sui due lati, che spiega perché in tutte le democrazie del nostro tempo questo sia il punto critico, ovvero quello della ricerca, a fronte della Costituzione, di un punto di equilibrio tra legislazione e giurisdizione.

2. *Quale costituzionalizzazione del diritto penale?*

Da non penalisti, pensiamo che anche il diritto penale, in questo tempo storico, che fatalmente lo coinvolge, non possa eludere questo compito, non possa dunque non intraprendere *la sua ricerca di quel punto di equilibrio*. Non possa cioè più a lungo autorappresentarsi come il custode, o la roccaforte, di una certezza del diritto di stampo quasi esclusivamente legalistico. Certo, la tradizione è in questo senso imponente, e non può tranquillamente essere liquidata sulla base di un paio di formulette. Non la possiamo certo qui riassumere. La vogliamo solo enunciare, servendoci dei celeberrimi articoli 7, 8 e 9 della Dichiarazione dei diritti del 26 agosto del 1789. È certamente d'incalcolabile rilevanza il fatto che il principio di legalità contenuto nell'articolo 7 — « Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge » — sia immediatamente seguito da due principi di stampo indubbiamente garantistico, come il divieto di retroattività della legge penale e la presunzione di non colpevolezza, dati rispettivamente dai successivi articoli 8 e 9. Ciò ha sicuramente favorito una lettura in senso garantistico del medesimo principio di legalità: è il diritto a presumersi nella sfera della irrilevanza penale, che deve rimanere la regola, fino a quando non si cada nella eccezione, ovvero nel compimento di un atto che in modo chiaro e netto, tipizzato e tassativo, ovvero « determinato », sia considerato penalmente rilevante. Il fatto poi che solo la legge possa « determinare » quei casi costituisce un'ulteriore decisiva garanzia: nessuna azione potrà di-

venire penalmente rilevante con un semplice provvedimento, con un decreto del sovrano, o potrà divenire tale per via giudiziale, attraverso l'interpretazione della legge penale. Anzi, è in primo luogo proprio contro questo secondo possibile « arbitrio », quello dei giudici, che è rivolto il principio di legalità — quel « determinati » dell'articolo 7 — come dimostreranno le successive disposizioni limitative del ruolo della giurisdizione contenute nella Costituzione del 1791, del resto in sintonia con la cultura largamente antiggiudiziale del modello costituzionale sottostante all'intera Rivoluzione.

È questo una sorta di marchio d'origine, che condiziona tutta la vicenda successiva del diritto penale. Che si tratti della legge come espressione della volontà generale, come nella cultura politica e costituzionale della Rivoluzione, o della legge come espressione della sovranità dello Stato e della nazione in esso rappresentata, come nel tempo successivo dello Stato liberale di diritto, la riserva di legge sul punto decisivo della scelta per la rilevanza penale di un certa azione assume comunque un significato garantistico, di essenziale tutela del valore supremo della libertà personale, diviene cioè un valore, difficile in ogni caso da relativizzare, anche solo parzialmente.

Eppure, che vi fosse un rovescio della medaglia era evidente fin dall'inizio. A tutti è noto infatti come la Rivoluzione sia stata anche altro, ovvero il punto di arrivo di un travagliato e plurisecolare processo di concentrazione del potere, contrassegnato da un'incessante lotta per la sovranità, per l'attribuzione e la titolarità dei poteri d'*imperium*, del potere d'imporre i tributi, di chiamare alle armi, di amministrare la giustizia, prima esercitati da un grande quantità di soggetti dispersi sul territorio, poi concentrati nella legge espressione della sovranità della nazione. E non v'è dubbio che tra questi poteri vi fosse anche quello che sta alla base del diritto penale, ovvero il potere di dichiarare penalmente rilevante un fatto, un'azione. Dire che questa dichiarazione può avvenire solo con la forma della legge tranquillizza fin quando la legge è intesa in primo luogo come *ratio*, e solo successivamente come *voluntas*, come accadeva nella dottrina rivoluzionaria della volontà generale, o in forme diverse nella dottrina ottocentesca del legislatore come organo dello Stato persona.

Ma possiamo dire che ciò vale anche per il Novecento? La risposta è certamente negativa, per motivi ormai a tutti noti. Dispo-

niamo infatti ormai di un'intera biblioteca sulla trasformazione della legge nel corso del Novecento. E tutte queste analisi convergono in una direzione: si è assottigliata la differenza tra legge e provvedimento, in un quadro complessivo in cui lo Stato si espande non perché ritiene di essere più forte, ma al contrario per debolezza, per un'evidente carenza di legittimazione, che lo costringe a rincorrere la società dovunque, nelle più minute occasioni, usando quasi indifferentemente lo strumento della legge o quello del provvedimento. Ma allora, l'antico matrimonio con la legge non è più così conveniente per il diritto penale. Non lo mette più al riparo dalle incongruenze del suo tempo, del nostro tempo. Anzi, al rimorchio della legge il diritto penale si frammenta sempre più, perdendo sempre più il filo della propria configurazione complessiva.

Così stando le cose, la *costituzionalizzazione del diritto penale* diviene una necessità, prima ancora che un'opzione di tipo valoriale, com'era nella nota linea del costituzionalismo penale prospettata nel corso degli anni Settanta. Di fronte ad una legge che non è più, in modo palesemente irreversibile, quella immaginata dai Costituenti francesi, o dai liberali del diciannovesimo secolo, e non è neppure — si badi bene — quella immaginata dai Costituenti italiani del 1947, che nella legge continuavano a raffigurare una ragione collettiva, deliberata da un Parlamento che mediante la proporzionale era ritenuto effettivamente rappresentante il popolo sovrano, si può ancora — io chiedo — reputare assolutamente insindacabile la decisione del legislatore di considerare penalmente rilevante un certo atto, anche se dotato di minima offensività, anche se quella decisione del legislatore è palesemente frutto di una logica che abusa dello strumento penale, in situazioni che potrebbero ricevere risposta adeguata con altri strumenti, diversi dal penale? E chi se non la giurisdizione, ordinaria e costituzionale, può sindacare leggi di questo tipo e tenore, sul piano della ragionevolezza?

3. *La ricerca di un punto di equilibrio tra autorità della legge e nuova rilevanza della giurisprudenza.*

Non credo che oggi si possa escludere una prospettiva di questo genere. Non la si è esclusa in effetti, tant'è che ormai può dirsi sviluppata una vera e propria giurisprudenza costituzionale sui

contenuti della legge penale. A nostro avviso, c'è però ancora molto da fare in questa linea, proprio sul piano della ricerca di razionalità e di coerenza normativa, del contrasto all'abuso normativo, della ragionevolezza nell'uso dello strumento normativo penale. Questa è oggi la prima via, la più immediata, per la costituzionalizzazione del diritto penale. Passa, di nuovo, per un ruolo attivo della giurisdizione, costruttivo di maggiore certezza, e non di arbitrio, come per lo più si riteneva nel paradigma della Rivoluzione. Se vuole uscire dalle secche in cui si trova, il diritto penale deve accettare questa sfida, deve uscire fuori dal doppio stereotipo, nato proprio al tempo della Rivoluzione, della legge necessaria latrice di garanzia e della giurisdizione necessaria latrice di arbitrio. Oggi, la prima, la legge, non ce la fa più, da sola, a garantire sufficienti livelli di certezza senza la seconda, senza la giurisdizione, ed in particolare senza un controllo di costituzionalità ispirato al criterio della ragionevolezza. Per questo, nel tempo dello Stato costituzionale, il diritto penale è anche e necessariamente, contro la sua stessa tradizione, un *diritto giurisprudenziale*. In altre parole, neppure il diritto penale può sottrarsi a quella evoluzione caratteristica degli ordinamenti contemporanei, che vuole che il controllo di costituzionalità non si proponga più solo, o tanto, come controllo negativo sull'assenza di contrasto tra legge ordinaria e Costituzione, quanto anche e soprattutto come riscontro positivo sulla sussistenza nella legge di quei caratteri di adeguatezza, congruenza, proporzionalità, che la scelta politica alla base della legge deve possedere per costituire *legittimo esercizio della funzione legislativa*, nel diritto penale come in ogni altro ramo dell'ordinamento.

Già abbiamo osservato come questa sia oggi una prospettiva precisa nel campo del diritto penale, che si va affermando proprio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, anche se in modo a mio avviso ancora incerto, e qualche volta quasi imbarazzato. Andando ben al di là delle nostre competenze vorremmo citare un paio di sentenze della Corte in cui a nostro parere si manifesta in modo contorto, ma comunque ben visibile, questa problematica. In una sentenza del 1989, la numero 409, relativa alla materia della obiezione di coscienza, si legge:

Non v'è dubbio che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle

sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante, ma è anche indubbio che le valutazioni [...] attonano a considerazioni generali sulla funzione dello Stato, sul sistema e sulle sanzioni penali e particolari [...] che per loro natura sono autenticamente ideologiche e politiche e pertanto non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informatori di politica criminale, quale quello di 'sussidiarietà', costituzionalmente sanciti, possono infatti essere censurati da questa corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto.

Commentiamo insieme, seguendo il filo del nostro discorso: 1. Nell'età dello Stato costituzionale nessun potere può essere più presunto come assolutamente libero, neppure quello del legislatore diretto a qualificare penalmente rilevante un determinato atto. 2. Lo Stato costituzionale non sopprime affatto questo medesimo potere, che nella sua essenza rimane politico, e dunque altamente discrezionale. 3. Tra 1. e 2. si deve realizzare un ragionevole bilanciamento, muovendo dal presupposto che la scelta criminalizzatrice dello Stato è espressione di un potere che è politico nella sua essenza, ma che non di meno è costituzionalmente disciplinato. 4. Nel realizzare questo bilanciamento si dovrà tener conto — come afferma la nostra sentenza — di quei criteri di politica criminale che sono « costituzionalmente sanciti », come il criterio di offensività o di sussidiarietà, e che se irragionevolmente ignorati possono dar luogo ad una indebita compressione del diritto fondamentale di libertà.

Il ragionamento è esemplare. Il diritto penale non può ignorare la presenza di una nuova Costituzione che introduce nuovi criteri di politica criminale. Ma quei criteri, a loro volta, non possono e non debbono cancellare la discrezionalità politica del legislatore. Dai principi della Costituzione non può e non deve quindi discendere automaticamente e direttamente un nuovo diritto penale. Lo si è pensato soprattutto nel corso degli anni Settanta, forse un po' ingenuamente. Ma allora la cultura dominante era ancora largamente positivista, e puntava dunque tutto sulla Costituzione come legge, da imporre all'altra legge, quella ordinaria, ma mediante la legge medesima, in una linea sostanzialmente di attuazione politica della Costituzione. Oggi, oltre quella fase, ci stiamo accorgendo che

il passaggio che abbiamo di fronte è invece assai più complesso ed articolato, e soprattutto che non si realizza senza la mediazione giurisprudenziale. Infatti, diviene sempre più evidente che quel bilanciamento cui prima si alludeva, e che è l'unico capace di restituirci integra, non deformata, la doppia immagine della *potestas* incriminatrice dello Stato, politica in sé, e nello stesso tempo costituzionalmente limitata, non può realizzarsi compiutamente senza il contributo decisivo della giurisprudenza, a partire dai casi concreti, perché proprio su questo terreno diviene finalmente plausibile l'esito della ragionevolezza, ovvero la configurazione di un potere nello stesso tempo ragionevolmente libero e ragionevolmente limitato.

In una successiva e più recente sentenza, la numero 394 del 2006, in materia di reati elettorali, la Corte compie a mio avviso, a questo proposito, un consistente passo avanti. Afferma infatti l'esistenza di principi costituzionali, come quello di ragionevolezza-uguaglianza, nel caso di specie contrapposto ad un'ingiustificata disciplina legislativa di favore derogatoria di una norma comune o comunque più generale, che sono comunque superiori allo stesso principio di legalità penale inteso come garanzia del monopolio delle scelte incriminatrici da parte dello stesso legislatore. La sentenza infatti, per quanto in una logica particolare, intacca quel monopolio, e lo fa per censurare un irragionevole trattamento penale di favore, per riaffermare dunque la presenza del controllo di costituzionalità su ogni aspetto della scelta incriminatrice, anche quando questa conduce a trattamenti più benevoli.

Le cose sono dunque in cammino. E visto che si ragionava ora della perdita progressiva di uno storico monopolio, non si potrà qui non ricordare la notissima sentenza della Corte di giustizia Europea del 13 settembre 2005, in cui dalla competenza dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente si fa derivare la potestà di « adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri », nel senso di ritenere vincolati questi ultimi ad emanare « sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive », necessarie per condurre avanti la lotta contro violazioni ambientali gravi, ritenuta dalla stessa Unione suo compito primario.

Due parole di conclusione. Il diritto penale dello Stato costituzionale non può più essere un diritto esclusivamente legale. Lo

impedisce un mutamento storico ormai irreversibile, che non ci consente più d'individuare nella legge l'ideale punto di equilibrio tra *voluntas* e *ratio*, tra potenza e garanzia. Il secondo polo di quel campo di tensione deve ora essere pazientemente ricostruito volta per volta, con il contributo decisivo della giurisprudenza. La bussola di chi procede in questa opera di ricucitura è certamente la Costituzione, ma sulla base di una coraggiosa presa d'atto: che costituzionalizzare il diritto penale significa per il giurista prima di tutto accettare un maggior peso della dimensione giurisprudenziale, e dunque una messa in discussione più decisa del paradigma legalistico. Ovviamente, ciò che qui si propone non è certo una massiccia giurisprudenzializzazione del diritto penale. Vi è comunque un limite necessario ed irrinunciabile ad un processo di questo genere, che si colloca sul versante garantistico del principio di determinatezza, si attesta cioè su quella fondamentale conquista di civiltà, che contrassegna l'avvio stesso dell'intera età moderna, per cui la tipizzazione dell'illecito penale, e in questo senso l'intero penale sostanziale, precede il processo, e la legge, per parte sua, svolge un'insostituibile funzione costitutiva rispetto al delitto. Nello stesso tempo, si deve prendere atto che un tale orizzonte di tipo garantistico tende oggi a declinarsi in modi diversi da quelli tramandati dalla lezione illuministica e legalistica. Bisogna cioè abituarsi a distinguere la sostanza, che è l'irrinunciabile esigenza di certezza del diritto, e dei diritti, dalla forma, che è storicamente più circoscritta, e che tra la fine del diciottesimo secolo e la metà del ventesimo è stata la forma legale, con quelle determinate caratteristiche, storicamente date, con quella determinata pretesa di monopolio.

In fin dei conti, la storia del diritto penale non è iniziata con l'illuminismo e con la Rivoluzione. Non dobbiamo mai dimenticarlo. Senza tornare troppo indietro, la storia del diritto penale attraversa l'intera età moderna. Fin dall'inizio è storia del potere, espressione di sovranità, tentativo di controllo del territorio e delle persone. Ma è anche ricerca di limiti, di garanzie, espressione di un potere che si vuole moderato. Le due esigenze sono state rappresentate per lungo tempo, dalla Rivoluzione fino a noi, come necessariamente coesistenti nella legge, anzi come le due facce della legge. Ora tutto questo non funziona più. Ora, il *facere iustitiam*, lo *ius dicere*, in cui da sempre si esprime sia il lato della potenza come quello della

garanzia, non lo si può presumere più, nel senso che non è più esito necessario della applicazione della legge, ma è da costruire all'interno di un meccanismo plurale e complesso, entro cui tutti debbono svolgere il loro ruolo: il legislatore, la scienza giuridica, la giurisprudenza. Un po' come accadeva — si potrebbe dire — nei primi secoli dell'età moderna, prima della irruzione sulla scena del paradigma legalistico, prima della riduzione in senso monistico. Insomma, un'altra certezza del diritto, storicamente difforme da quella che ci era offerta dal paradigma legalistico, rappresentabile non più come la fissazione di un punto fermo, ma come il conseguimento di una condizione di equilibrio tra forze e principi diversi, un equilibrio per sua natura dinamico e mutevole.

Un'ultima domanda, più vicina all'oggetto di questo Convegno. È un tempo di questo genere adatto per un Codice? Facendo seguito alle precedenti riflessioni, la risposta è obbligata. Il nostro tempo, come qualsiasi altro, ha il dovere di ricercare lungo le proprie vie il punto di approdo principale, che rimane pur sempre quello della certezza del diritto. Non si può quindi coltivare un atteggiamento rassegnate, di mera e passiva contemplazione delle membra sempre più sparse del diritto penale. Ma non si può neppure tentare una ricodificazione seguendo vie note, come se fossimo ancora nella prima metà del secolo scorso, nel tempo dominato dal paradigma legalistico. Non si può ripristinare, in una parola. Si possono però tentare vie nuove. Soprattutto la scienza giuridica può pensare ad un tipo storico di unità dell'ordinamento diverso da quello consegnatoci dalla tradizione codicistica, costruito per settori, muovendo dal basso, dalla stessa giurisprudenza. Si potrebbe dire: un altro modo di codificare. Gli storici del diritto penale vanno scoprendo che la parte generale dello stesso diritto penale non è nata con i Codici, tra Sette ed Ottocento, ma prima, dalla riflessione della scienza giuridica, soprattutto cinquecentesca, china a comporre un complicato mosaico fatto di una straordinaria pluralità di fonti, solo in parte di immediata derivazione politica, date cioè dalla volontà del principe, del signore territoriale. La tipicità dell'illecito penale era allora più spesso il risultato di questa paziente opera ricostruttiva piuttosto che qualcosa di iscritto nella legge politica. Nessun tempo ritorna, neppure questo. Ma non si può negare che il nostro tempo, indubbiamente figlio della Rivoluzione e dello Stato di diritto, somigli un

po' anche a questo tempo più risalente, come se nella nostra contemporaneità, vocata all'eclettismo, andassero mischiandosi tanti segni dell'intera età moderna, tra loro anche diversi, in origine appartenenti a secoli a noi vicini, ma anche a secoli più risalenti.

Nota bibliografica.

- COSTA, P., *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 36 (2007), pp. 1 e ss.
- DONINI, M., *Ragione e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in «Il Foro italiano», 2001, V, pp. 29 e ss.
- ID., *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in «Questione giustizia», 2004, 2-3, pp. 487 e ss.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FIANDACA, G., *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, cit., pp. 1247 e ss.
- ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2008.
- FIORAVANTI, M., *Principio di legalità e Stato di diritto*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 5, Seminario 1994*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 25 e ss.
- ID., *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e ss.
- GALLI, C., *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 45 e ss.
- LACCHE', L. (a cura di, con C. Latini, P. Marchetti e M. Meccarelli), *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, EUM, 2007.
- PALAZZO, F., *Ancora sulla legalità in materia penale (storicità e universalità di un principio)*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, cit., pp. 59 e ss..
- ID., *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 851 e ss..
- ID., *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto* (Atti del Convegno, Firenze 26-28 settembre 1996), Milano, Giuffrè, 1997, pp. 311 e ss.
- ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul conte-*

- nuto delle leggi penali*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1998, 2, pp. 350 e ss.
- ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Principio di legalità e diritto penale*, cit., pp. 1279 e ss.
- PIFFERI, M., *Tiberio Deciani e le origini della 'parte generale' nel diritto penale. Ipotesi per una ricostruzione*, in *Tiberio Deciani 1509-1582. Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, Forum, 2004, pp. 177 e ss.
- ID., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la 'parte generale' del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- SBRICCOLI, M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147 e ss.
- ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritti Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 487 e ss.
- ID., *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 163 e ss.
- ID., *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in ID., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 43 e ss.
- ID., *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani 1509-1582*, cit., pp. 91 e ss.
- ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009 (che raccoglie anche i saggi del medesimo Autore precedentemente citati).

OLTRE IL NOVECENTO.
COSTITUZIONE DEMOCRATICA E GLOBALIZZAZIONE (*)

1. Premessa. I paradigmi della modernità giuridica. — 2. Il Novecento e la Costituzione democratica. — 3. Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel « tempo » nuovo.

1. *Premessa. I paradigmi della modernità giuridica.*

Nel titolo del Convegno è presente un termine-concetto, che è sempre più utilizzato dalla letteratura scientifica internazionale: si tratta de il « tempo della globalizzazione ». Anche noi usiamo non per caso la medesima locuzione ⁽¹⁾. Prendiamo le mosse da questo aspetto specifico, che può apparire perfino banale, perché ciò che più ci interessa nella redazione di questo contributo è proprio il « tempo », ovvero l'emersione nella nostra immediata contemporaneità di una consapevolezza: che il fenomeno della globalizzazione

(*) Il testo che segue riflette puntualmente la relazione tenuta al Convegno dedicato a « Sovranità e diritti nel tempo della globalizzazione » (Roma, Istituto Emilio Betti, 28 ottobre 2016).

⁽¹⁾ Da diversi punti di vista, ho avuto modo di riflettere sulle problematiche prese in esame in questo contributo in tre occasioni, che merita qui ricordare: M. FIORAVANTI, *La storia del diritto nella formazione del giurista: il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo* (Incontro di studio, Padova, 25-26 novembre 2005), a cura di L. Garofalo, Napoli, Jovene Editore, 2007, pp. 85 e ss.; ID., *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l'esperienza del Novecento*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli (Quaderni Cesifin nuova serie, 60), Torino, Giappichelli, 2013, pp. 13 e ss.; ID., *Il diritto nelle opere della Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2015, pp. 111 e ss..

sia così rilevante da caratterizzare un « tempo » nuovo, diverso da quello fino a quel punto dominante, che poi altro non era che il « tempo » della modernità, che si era disteso lungo diversi secoli in Europa, per giunta realizzandosi in forme diverse, ma che dall'osservatorio del Novecento veniva percepito come una vicenda unica, che in definitiva era quella che ancora oggi contrassegniamo come la vicenda, o l'esperienza dello *Stato moderno in Europa*.

È questa la vicenda che oggi non pochi ritengono conclusa, essendosi aperto un « tempo » nuovo, che per l'appunto è quello della globalizzazione. Un « tempo » che si ritiene essere non più comprensibile con le categorie del « moderno », e in particolare con quelle che hanno sostenuto il lungo tragitto dello Stato moderno in Europa. Dunque, un approccio impegnativo, e il conseguente profluvio — qualche volta anche assai disinvolto — di discorsi sui caratteri della nostra età contemporanea che sarebbero di stampo « post-moderno », misurati cioè sulla loro distanza o divergenza nei confronti del « moderno », che avrebbe così, secondo questa diffusa opinione, concluso la sua esperienza in sostanza nel corso del Novecento, nel contesto di un'imponente trasformazione di cui parte essenziale è la stessa globalizzazione.

Dico subito che questa è una ricostruzione che convince fino ad un certo punto. Proclamare conclusa l'esperienza storica della modernità può essere anche corretto, e soprattutto funzionale a mettere nel giusto rilievo le trasformazioni del Novecento che effettivamente hanno avuto una profondità che molti a ragione considerano di carattere « epocale ». Illustrare e misurare questa profondità è stato spesso utile, soprattutto nell'ambiente culturale dei giuristi, da sempre portati, per antica abitudine mentale, a enfatizzare la continuità, ad occultare le fratture, a considerare le trasformazioni come movimenti che alla fine non producono mai abbandoni assoluti, ma piuttosto assetti nuovi che tali sono, ma che tuttavia spesso non per caso vengono letti in chiave di semplice « perfezionamento » dell'assetto precedente, in omaggio a questa atavica avversione dei giuristi nei confronti di ciò che si pone nella storia nei termini dell'assolutamente nuovo.

Bene. Bisogna però subito aggiungere che esiste oggi anche l'eccesso opposto, che è invalso soprattutto negli ultimi decenni, che con-

siste nell'interpretare ogni anche minimo discostarsi della esperienza giuridica e costituzionale contemporanea dai canoni codificati del « moderno » come l'inizio della sua fine. In una valutazione equilibrata del nostro presente costituzionale si devono evitare proprio questi due « opposti »: non la pesante permanenza del « moderno », magari articolato in modo diverso, ma in sostanza in un quadro complessivo in cui si respira l'aria del « moderno » medesimo come destino necessario ed irreversibile; ma neppure l'opposto, ovvero un moderno volatile, sempre sul punto di dissolversi, o addirittura già concluso, a favore di un « tempo » nuovo, per ora genericamente definito « post-moderno », che si costruisce cioè per differenza, o per contrasto, non essendo più i suoi caratteri essenziali corrispondenti a quelli che storicamente sono propri del « moderno », secondo quanto descritto e delineato nei grandi paradigmi della modernità giuridica. Quei paradigmi che lo stesso « moderno » aveva provveduto ad edificare nel suo momento di più alto fulgore, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del Novecento.

In effetti, la modernità — e in particolare quella giuridica, di cui ci occupiamo — ha celebrato sé medesima attraverso la costruzione di una serie di paradigmi, in un torno di tempo ben preciso, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del ventesimo. Ho sviluppato questo punto in altra occasione ⁽²⁾. Qui, è sufficiente ricordare che i paradigmi che la cultura giuridica e costituzionale europea ha costruito nel momento del suo più alto fulgore, tra Otto e Novecento, condensandovi quelli che devono essere intesi come i caratteri essenziali del diritto moderno, sono due, tra loro in diverso modo intrecciati: quello weberiano della amministrazione dotata della qualità della istituzionalità, che la rende capace di esprimere un'attività a sua volta dotata di alcune precise qualità, tra cui principalmente quella della calcolabilità, e quello che chiamo hobbesiano, che individua nel riconoscimento del sovrano il primo passo assolutamente necessario per la affermazione di un ordine politico, senza il quale null'altro di ulteriore si può

⁽²⁾ Mi riferisco a M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1990, volume XLIII, poi anche in ID., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993.

costruire, compresi i diritti. L'esperienza costituzionale del « moderno » si sviluppa proprio su questi due lati, richiamando per un verso il valore della istituzionalità, dell'ordinamento e delle sue regole, e per altro verso il valore della decisione, della volontà che opera in senso costitutivo, con l'intento di determinare il principio di unità politica.

In quei decenni decisivi e così ricchi di teoria politica e costituzionale abbiamo in Europa regimi politici diversi: una Repubblica, la Terza in Francia, il secondo *Reich* in Germania, con un'influenza ancora rilevantissima della componente monarchica, un parlamentarismo mutato profondamente in Inghilterra, con l'emersione della figura del *Premier*. Ma la diversità delle formule che si usano per la costruzione del governo non può e non deve impedire la percezione della esistenza di una cultura costituzionale comune, che può dirsi senz'altro una cultura europea. È questa la cultura dello *Stato liberale di diritto*, che è la comune forma di Stato dominante in Europa tra Otto e Novecento, prima dell'avvento delle Costituzioni democratiche. È questo anche il tempo della modernità giuridica trionfante, che si rispecchia nelle istituzioni politiche e nelle dottrine costituzionali dello Stato liberale di diritto. E i paradigmi sono quelli che da sempre conosciamo. In particolare i due che abbiamo già nominato, quello weberiano della *istituzionalità della amministrazione* e del suo modo di operare in senso razionale e calcolabile, e quello hobbesiano, che pone nel *riconoscimento del sovrano* la condizione iniziale necessaria per l'esistenza stessa di un principio di ordine politico.

In altra occasione ⁽³⁾ abbiamo mostrato come i due paradigmi s'intreccino nella cultura costituzionale dominante in Europa tra Otto e Novecento, producendo un'immagine complessiva che è quella dello Stato che con la sua legge espressione del principio di sovranità politica domina l'esperienza giuridica, ma che nello stesso è limitato da questa stessa legge. È il segreto dello Stato di diritto,

(3) M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nella epoca del diritto pubblico statale*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi e A. Lucci, Quaderni del Laboratorio Kelsen, Milano-Udine, Mimemis, 2013, pp. 221 e ss.; ed anche in forma più sintetica M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 53 e ss.

sovrano e limitato nello stesso tempo. E quando si dice che la modernità giuridica in questo stesso torno di tempo raggiunge il suo punto più alto, s'intende precisamente dire proprio questo: che tramite la figura istituzionale dello Stato di diritto essa esprime al meglio la sua virtù più alta, che è per l'appunto quella di significare con il medesimo gesto, ovvero l'emanazione della legge, il suo carattere più essenziale, che è proprio quello di esprimere insieme forza e limitatezza, sovranità sul diritto, e sottomissione al diritto. E in effetti se ci pensiamo bene, ci accorgiamo che lo straordinario successo conseguito dalla formula dello « Stato di diritto » sta proprio dentro questa ambivalenza, che consente di pensare allo Stato nei termini della sovranità, ed anche della forza, e nello stesso tempo nei termini dell'ordinamento giuridico, del primato delle regole, dei limiti.

Ma la vicenda che ci siamo proposti di narrare non è finita qui. La parabola del « moderno » raggiunge il suo punto più alto tra Otto e Novecento, ma non si ferma lì, né subito, appena raggiunto quel punto, inizia la parabola discendente. A conferma del carattere storicamente multiforme del « moderno » — che riteniamo essere un punto decisivo, sul quale certamente torneremo — si apre nei primi decenni del Novecento una nuova vicenda, diversa da quella precedente dello Stato liberale di diritto, ma a nostro parere ancora interna all'orizzonte complessivo del « moderno ».

Si tratta della vicenda della *Costituzione democratica*, intesa come « tipo » storico di Costituzione: precisamente il terzo « tipo » storico, che segue il primo cui si riconnettono le Costituzioni dell'età rivoluzionaria, della fine del diciottesimo secolo, e il secondo cui si riconnettono le Carte costituzionali dell'età liberale, del diciannovesimo secolo. A partire dalla Costituzione-madre della famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, che è la Costituzione di Weimar dell'11 agosto del 1919, attraverso l'esperienza delle Costituzioni sorte dalle ceneri dei regimi totalitari, come la nostra italiana, si avrà così un « tempo » ancora nuovo, che è quello della *supremazia della Costituzione*. È questo un « tempo » diverso da quello precedente dello Stato liberale di diritto. Avremo cura a questo proposito di mostrare le differenze. Ma fin d'ora diciamo che i protagonisti di questo passaggio, che pure presenta elementi anche di forte e radicale discontinuità, non ritennero mai di essere in

viaggio verso un punto che si poneva oltre le colonne d'Ercole della modernità giuridica. Come vedremo, la cultura costituzionale che sorregge nel corso del Novecento lo sforzo teso a generare il primato della Costituzione come norma giuridica si distacca nettamente dalla cultura costituzionale ancora dominante in Europa tra Otto e Novecento, nel segno di un superamento progressivo della centralità dello Stato nella costruzione degli assetti costituzionali, ma non pensa mai, in nessuna fase della sua esperienza, ad una liquidazione della eredità dello Stato moderno, con le sue dottrine, con le sue istituzioni.

Si dovrà dunque procedere ancora, oltre il « tempo » delle Costituzioni democratiche del Novecento, per ritenere che ormai la distanza percorsa era tale da farci concludere che si era usciti dai confini del « moderno ». È questo l'ultimo punto della nostra trattazione, nel quale cercheremo di comprendere quale sia più precisamente l'elemento che ha scatenato la convinzione che si stia inaugurando — diciamo a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso — un « tempo » nuovo, diverso da quello moderno fino al punto di porsi per l'appunto nei termini di un altro tempo, dotato di caratteri essenziali radicalmente divergenti da quelli che contrassegnavano il « moderno » medesimo. Se lo si chiama « tempo » della globalizzazione è perché si ritiene che in quest'ultima risieda un potenziale sufficiente a scardinare definitivamente le porte del « moderno », che aveva fino a quel punto, nella sua plurisecolare esistenza, assunto varie forme, ma evidentemente senza mai subire una sfida così forte ed intensa, del tipo di quella che contro di esso ha lanciato la globalizzazione.

2. *Il Novecento e la Costituzione democratica.*

Può ora essere utile un passo indietro, alle radici del « moderno ». Per realizzare compiutamente quale rilevanza rechi in sé la consapevolezza dell'avvenuto completo declino del « moderno » nell'ambito della storia giuridica e costituzionale europea può qui essere utile sommariamente ricordare le « forme » del moderno che si sono succedute nel tempo. Storicamente infatti il « moderno » non è rappresentato da un'unica soluzione istituzionale, in ipotesi da quella più nota e più recente, data dallo Stato liberale di diritto

scaturito dalla Rivoluzione e dominante in Europa tra Otto e Novecento. È chiaro che se confrontiamo direttamente il nostro presente costituzionale con il « modello » di quello Stato di diritto, a sua volta considerato come l'apice della modernità giuridica, non possiamo concludere altro che in un senso: che oggi non si ha più alcuno Stato « moderno », perché non si ha più attivo un principio di sovranità di quel certo « tipo », un diritto statale codificato del medesimo « tipo », e così via.

Ma il punto è che il « moderno » nella storia costituzionale europea non è solo quello su cui si è innestato ed è cresciuto lo Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento. Il « moderno » è più concretamente raffigurabile *come una forza, o come una tendenza*, che opera in quella storia nelle sue diverse fasi, all'interno di un percorso multiforme e plurisecolare. All'inizio, nella prima età moderna, lo troviamo presente nella costruzione del governo dei territori, orientato sempre più secondo il modello weberiano della amministrazione dotata del carattere della istituzionalità e capace di esprimere un'attività ispirata ai caratteri della razionalità e della calcolabilità. È poi elemento essenziale e decisivo nella configurazione dello Stato giurisdizionale dei secoli centrali dell'età moderna — quelli tradizionalmente contrassegnati come secoli dello Stato assoluto — portando in campo, accanto all'elemento dell'amministrazione, la forza della politica, espressa nel principio di sovranità, anche se in modo ancora più o meno pesantemente condizionato dalla permanente strutturazione in senso pluralistico della realtà sociale e istituzionale. Ed infine il « moderno » assume certamente la configurazione ben nota che ad esso è attribuita dalla Rivoluzione, che presuppone l'avvenuta rivoluzione dei diritti, il principio di uguaglianza, e infine il diritto integralmente codificato, e perciò finalmente unico, espressione dello Stato legislativo di diritto, che la cultura giuridica del suo tempo presenta come « tipo » storico di Stato che nello stesso tempo realizza per un verso il dominio della legge sulla realtà sociale, e per un altro verso la sottoposizione della sua forza originaria, condensata nel principio di sovranità, a quella medesima legge. È questo in effetti il segreto che sta alla base della straordinaria fortuna dello Stato di diritto, che è data dalla sua strutturale ambivalenza, dall'essere insieme, e nello stesso tempo,

sovranità e garanzia del limite, forza e intrinseca condizione di limitatezza del potere.

Altrove abbiamo analizzato il succedersi di queste « forme » lungo il plurisecolare itinerario del « moderno » (4). Qui le abbiamo semplicemente menzionate per avere presente la profondità del problema che abbiamo di fronte quando ci poniamo nel nostro immediato presente nella posizione di chi ritiene che quel lungo percorso sia sostanzialmente chiuso, e cioè che l'incisione che è stata compiuta dal Novecento sulla realtà storica del « moderno » sia così vasta e profonda da farci concludere che siamo usciti fuori da quel percorso. E così stando le cose, decisivo diviene proprio il Novecento, che può essere letto come il secolo in cui si distende compiutamente il progetto insito nel « moderno », o come il secolo in cui quel progetto scompare definitivamente dal nostro orizzonte e in cui quindi già è aperto il nuovo « tempo » della globalizzazione, un « tempo » ormai del tutto « post-moderno », dominato da un diritto della contemporaneità che vive ormai al di là del confine su cui ha arrestato la sua corsa il diritto moderno. Conviene allora guardare dentro il Novecento, che è comunque terra di confine, dove il compimento ultimo del « moderno » s'intreccia in effetti in mille modi con la tentazione di dichiarare concluso il suo percorso, per iniziare una ricerca davvero nuova, che porti alla luce un diritto non più moderno, un diritto che è semplicemente il diritto della contemporaneità.

La nostra attenzione ricade quindi sul Novecento. Sappiamo già quello che stiamo ricercando. In una parola, vi ricerchiamo il punto di origine di una vicenda storica che alcuni sostengono essere già in atto — diciamo dall'ultimo quarto del secolo scorso — e che si porrebbe, secondo questa linea interpretativa, al di là del « moderno », ormai concluso e archiviato. Un tempo nuovissimo, assolutamente contemporaneo, che però per ora viene definito solo per contrasto, come « post-moderno ».

Prendiamo ora le mosse da quello che forse può essere considerato il carattere più di fondo del Novecento. A questo proposito, un autorevole studioso ha così sintetizzato il secolo in questione: « Il

(4) M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-36.

Novecento ha riscoperto la società»⁽⁵⁾. S'intende dire che il Novecento ha abbandonato quella visione di stampo giusnaturalistico che dominava nelle scienze sociali e giuridiche a seguito della Rivoluzione, e che si imperniava sul principio del soggetto unico di diritto contro la realtà delle soggettività differenziate sulla base della appartenenza di ceto. Quella visione aveva svolto una funzione determinante nell'abbattere i privilegi dell'antico regime, con la forza di un principio di uguaglianza che in sostanza era fondato sull'astrattezza. Si era dall'ordinamento considerati uguali in quanto da esso presi in considerazione in astratto, come uomini o cittadini.

Riscoprire la società significa far entrare nel recinto della Costituzione la società « reale », non più quella immaginata dai filosofi e dai giuristi della fine del Settecento secondo il paradigma giusnaturalistico, ma la società che nei primi decenni del Novecento è già la società industriale, con la sua promessa di benessere socialmente esteso, ma anche con le sue contraddizioni, con la presenza di una quota di relazioni, tra gli individui singolarmente presi o attraverso le associazioni sindacali e di categoria, che è costantemente ed endemicamente orientata nel senso del conflitto, con il prodursi di fenomeni densi di minacciosi significati se letti dal lato del quieto e graduale incedere della società borghese del diciannovesimo secolo, come i fallimenti, ripetuti e disseminati in tutta Europa, delle grandi imprese industriali, con conseguenze sociali devastanti, come la disoccupazione di massa, o il riprodursi del pauperismo.

La Costituzione del Novecento non poteva ignorare tutto questo. Per questo motivo, si deve partire proprio da questo punto, che segna la differenza iniziale tra questo « tipo » di Costituzione e il « tipo » precedente, ovvero la Carta dell'età liberale. E la differenza sta proprio in questo: che la società è assente dalla Carta del diciannovesimo secolo, ed è invece presente, con tutto il suo carico di contraddizioni e di profonde disuguaglianze materiali, nel perimetro della Costituzione di « tipo » nuovo, ovvero entro lo spazio

(5) La « riscoperta » della « società reale » nel corso del Novecento, da parte della cultura giuridica — e noi aggiungiamo la sua « inclusione » nel perimetro della Costituzione, quale primo carattere distintivo del « tipo » storico della Costituzione democratica del Novecento — è il perno attorno a cui ruota l'analisi di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

coperto dalla Costituzione democratica del Novecento. Su questa base, le nuove Costituzioni del Novecento muoveranno dalla convinzione che tra le finalità ad esse assegnate quella principale, ed anzi primaria, sarà proprio quella del *governo del conflitto*, che passa attraverso la riduzione delle disuguaglianze, e dunque attraverso il compimento di politiche sociali ispirate dal principio della « società giusta », che è la società che assegna a tutti una quota di beni morali e materiali — che ruotano da sempre attorno ai campi della istruzione, della salute, del lavoro e della assistenza — indispensabili per coltivare la prospettiva che per ognuno la Costituzione di fatto promette: *la prospettiva di condurre una vita libera e degna*.

Ora, per tornare al nostro problema di fondo, possiamo e dobbiamo chiederci: è questa evoluzione novecentesca del « tipo » storico di Costituzione in sintonia con il « moderno », o di esso rappresenta già quanto meno una deviazione, o magari l'inizio di un nuovo « tempo », destinato a distendersi oltre i confini del « moderno »? Noi propendiamo per la prima soluzione. Riteniamo cioè che gli uomini, le classi politiche, la cultura politica e costituzionale, che ha concorso a costruire il « tipo » della Costituzione democratica, si sia mossa sui sentieri del « moderno », di esso anzi enfatizzando un lato, ovvero la forza che riescono ad esprimere i poteri pubblici quando assumono una missione funzionale alla tenuta dell'intero corpo politico e sociale, com'è nel caso dei compiti che le Costituzioni democratiche loro assegnano in funzione di un obiettivo di pace e di giustizia sociale.

In una parola, fino a quando si proclama la necessità di un governo del conflitto, ora per giunta legato alla Costituzione, alla realizzazione della « società giusta », si è certamente ancora nei confini del « moderno », che in larga misura, a partire dalla sua radice hobbesiana, è caratterizzato proprio dal *riconoscimento del valore della politica come massima istanza di mediazione sociale*. Ed in effetti, ciò che abbiamo acclarato è che i poteri pubblici si vedono assegnato un compito in funzione di un obiettivo preciso, che è quello di garantire a tutti la prospettiva di una vita libera e degna. Abbiamo detto che questo compito si realizza nella società, attraverso l'interpretazione e la concretizzazione dei principi costituzionali, ancora per la via delle leggi di attuazione, ma sempre più spesso anche per la via della giurisdizione. Attraverso l'operato costante e

ripetuto dei poteri pubblici, e della Repubblica nel suo complesso, comprensiva dei poteri dei privati che operano in campo sociale, si assiste al prodursi di una stagione che è ancora pienamente nel segno del « moderno », in quanto ancora mossa da grandi ideali di carattere sociale, uniti alla fiducia nelle istituzioni politiche, nella loro capacità di portare a sintesi le contraddizioni sociali, d'indicare l'indirizzo da seguire per costruire la « società giusta ».

Il « moderno » ha dunque *due lati*, forse fino dalle sue origini nei primi secoli dell'età moderna. Da una parte, la linea storica lungo la quale si costruisce il « moderno » è quella della *neutralizzazione*, del domino della regola formale ed oggettiva sulla pluralità dei soggetti politici e sociali che popolano un determinato territorio o comunque una determinata scena di ordine collettivo; dall'altra il « moderno » — e lo vedremo più avanti — si sviluppa nel senso del « progetto », della indicazione in positivo ed in senso prescrittivo di un indirizzo da seguire, nella convinzione che il principio di unità politica ormai, in pieno Novecento, si salva solo sul piano dinamico, del governo attivo della realtà sociale.

Occupiamoci ora del primo dei due significati, quello attinente alla neutralizzazione. Da questo punto di vista, il « moderno » è presente come tendenza in atto già nella amministrazione dei territori della prima età moderna, nei quali emergono gradualmente i caratteri della amministrazione che il paradigma weberiano considerava di « tipo » moderno: il carattere istituzionale e non meramente associativo della stessa amministrazione, la qualità che deve possedere l'agire amministrativo « moderno », che è precisamente quella della calcolabilità, tale da garantire alla economia dei moderni, che sempre più si fonda e si sviluppa sull'investimento di larga scala e di lungo periodo, un quadro stabile e rassicurante. Un determinato assetto di poteri si evolve dunque verso il « moderno » nella misura in cui il governo del territorio cui esso materialmente si riferisce inizia a dare sempre più spazio e rilevanza alla *forza del diritto*, ovvero al supplemento di legittimazione di cui gode un'amministrazione in modo crescente sottratta all'arbitrio del signore e dunque regolata da una logica che si presenta come oggettiva, in sé razionale.

Ma il « moderno » nel filone della neutralizzazione non è solo questo. Più tardi questa stessa istanza, per quanto su un terreno del tutto diverso, si manifesterà nella valutazione del principio di sovra-

nità affermatosi con la Rivoluzione francese nella forma della sovranità nazionale. Un certo tipo di liberalismo della metà del diciannovesimo secolo, e più avanti ancora la giuspubblicistica della Terza Repubblica, con alla testa Carré de Malberg, ripercorreranno infatti la via della neutralizzazione, qualificando in modo esplicito come « moderno » quel criterio attributivo del principio di sovranità che prescindendo totalmente dal dominio di un soggetto — prima il re, e poi il popolo o la nazione — risolvendosi al contrario nel dominio di un ordine oggettivo che si esercita, in nome della Nazione, su qualsiasi soggetto. La sovranità dunque non esiste nella forma del volere di un soggetto. Esiste piuttosto nella forma di *un ordine oggettivo che domina su ogni soggetto*. Anche in questo caso il filo conduttore è *la forza del diritto*, ritenuta superiore ad ogni altra forza, perché connessa — essa sola — alla esistenza di un ordine razionale ed oggettivo, che è poi l'ordine del diritto.

Infine, questo stesso itinerario, nella linea della neutralizzazione, troverà un testimone di primo piano in Santi Romano, con la sua celebre prolusione sulla crisi dello Stato moderno, del 1909 ⁽⁶⁾. Qui abbiamo in modo trasparente un giurista alle prese con un mutamento sociale impetuoso, che alcuni vedono anche come qualcosa di minaccioso, tale addirittura da minare alla base il corpo sociale della nazione che sembra scomporsi, per poi ricomporsi secondo criteri prettamente economico-corporativi, quasi facendo rinascere una società neo-feudale. Questo vede Romano dal suo punto di vista: « federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza ». È una società infinitamente più ricca di quella immaginata dal giusna-

⁽⁶⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910, Pisa, 1910, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26. Il testo è tornato anche di recente all'attenzione degli studiosi, che ne hanno fatto spesso il manifesto della nuova cultura giuridica, orientata in senso decisamente pluralistico e capace di guardare alle problematiche della nuova società industriale. Anche per noi lo sguardo di Romano sulla realtà sociale tra Otto e Novecento è acuto e profondo, ma la soluzione è del tutto in linea con la grande tradizione europea dello Stato di diritto, che alla fine pensa di essere sempre capace di confermarsi, mantenendo il perno del sistema nella « forza del diritto », che il diritto possiede per sua intrinseca qualità, in modo autonomo e originario.

turalismo della Rivoluzione che conosceva solo la Nazione, che poi sarà nel diciannovesimo secolo soprattutto Stato e individuo.

Ma l'arricchimento si traduce subito in minaccia: che gli interessi economici organizzati si coalizzino portando alla luce la diretta funzionalità delle istituzioni pubbliche alla loro promozione e tutela. In questo modo si rischierebbe di perdere il più alto beneficio apportato dallo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda storica, che è quello della neutralizzazione, della *depersonalizzazione*. Così scrive Romano sintetizzando il cuore del « moderno », e del suo Stato, che non può assolutamente andare perduto: « Il principio cioè che lo Stato, rispetto agli individui ce lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto ».

La « forza del diritto », dunque. Che il diritto abbia una sua « forza », che è propria e originaria, non derivata cioè dai soggetti politici e sociali, in quanto a sé inerente, in forma « naturale » e « necessaria », è la convinzione più profonda di Romano e della cultura giuridica europea ancora dominante nei primi decenni del Novecento. E nello stesso tempo è l'elemento più decisivo ed essenziale del « moderno », proprio quello che ritroviamo nelle ultime parole del brano di Santi Romano: la « forza » insita nel diritto, da esso originata, in esso originaria.

Ma come si diceva poco sopra due sono i modi di esistenza del « moderno » presenti nel corso del Novecento. Se è vero che il « moderno » nel campo giuridico risponde soprattutto a questa esigenza di neutralizzazione, ovvero al bisogno di far valere la forza del diritto come forza obbiettiva, assolutamente indispensabile al vivere civile, che altrimenti sarebbe perennemente lacerato dall'agire unilaterale dei soggetti politici e sociali presenti sulla scena collettiva, è anche vero che questo medesimo moderno non è disposto esclusivamente in senso difensivo, di custodia cioè della integrità del corpo politico — della Nazione, in primo luogo — a fronte delle azioni di segno unilaterale degli interessi economici e corporativi organizzati.

Si rimane a nostro avviso ancora nel campo del « moderno » anche quando tende a prevalere l'aspetto propositivo o progettuale, quando cioè si avverte in primo luogo il bisogno di partecipare ad un'opera di carattere collettivo, contrassegnata da una o più finalità essenziali, tali cioè da qualificare nella sua « essenza » la collettività in movimento. Non è difficile intravedere qui il « popolo », o la « Nazione », o la « repubblica », che operano in attuazione della Costituzione, per la concretizzazione e realizzazione dei principi costituzionali, ad iniziare da quello che più caratterizza le Costituzioni democratiche del Novecento, che è ovviamente il principio di uguaglianza. Ad esempio, per dire cosa a tutti nota, la « Repubblica » del secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione. Qui il « moderno » opera nel senso di ritenere possibile che la « forza del diritto », che è fin dall'inizio il cuore del diritto moderno, possa e debba esprimersi non solo sul terreno della legittimazione e della difesa dei poteri pubblici, ma anche sul terreno della definizione delle finalità primarie della convivenza civile, che in questa ultima fase sono individuate nelle Costituzioni democratiche.

Tentiamo ora di formulare i termini essenziali di una prima conclusione provvisoria. Fissiamo i seguenti punti: 1. Il « moderno » nella storia costituzionale europea non deve essere confuso con il « paradigma » della modernità, che è un « modello costituzionale » costruito nel punto più alto di sviluppo dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento. Un conto è il « modello », o il « paradigma », altro conto è la realtà storica, che presenta un « moderno » ben più complesso ed articolato. 2. Il paradigma in questione contiene allo stato puro tutti gli elementi che caratterizzano lo Stato liberale di diritto, che poi si riassumono nella sua duplice qualità, di soggetto sovrano che con la sua legge domina la società, e di soggetto giuridico, come tale in sé limitato. 3. Se misuriamo il nostro presente costituzionale con il metro di giudizio del paradigma della modernità giuridica, la conclusione non può essere altro che impietosa: non abbiamo più Stato moderno in forma di Stato di diritto, e la legge dello Stato non può più nutrire la pretesa di dominare la società. 4. Cade in particolare la prima funzione del diritto, che è quella della neutralizzazione, intesa come espressione della forza del diritto che nel diritto moderno è originaria, insita nel diritto stesso,

non derivata dal consenso dei soggetti sociali e politici. 5. Il Novecento è tuttavia realtà complessa, che a nostro avviso riesce a trovare e sperimentare un ulteriore modo d'essere del « moderno », che si tradurrà nella pretesa del diritto d'indirizzare, attraverso la nuova categoria delle norme di principio poste in testa alle Costituzioni democratiche, lo sviluppo delle comunità politiche verso obiettivi di giustizia sociale.

Nei più recenti decenni questo ultimo modo di esistenza del « moderno » darà luogo alla esperienza oggi comunemente definita dello « Stato costituzionale ». A nostro avviso, anche quest'ultima forma politica si svolge entro i confini dello Stato moderno. È anzi espressione specifica dello Stato moderno, così come precedentemente tale era stato lo stesso Stato di diritto, tra Otto e Novecento. Alla dimostrazione di questo assunto dedicheremo l'ultima parte di questo contributo.

3. *Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel « tempo » nuovo.*

Il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale, che prende corpo alla fine del Novecento e nei primi lustri del secolo successivo, è stato descritto più volte (7). Solo in tempi recentissimi si è per altro riusciti a percepire interamente la profondità del mutamento intervenuto a partire dalla metà del secolo scorso. Non si è trattato in effetti di un semplice « perfezionamento » della precedente forma di Stato, ovvero dello Stato liberale di diritto, ma di una vera soluzione di continuità, che ha mutato il posto ed il ruolo dei due fondamentali atti per il cui tramite la Costituzione vive, realizzando ed attuando i principi costituzionali, ovvero l'atto del legiferare e l'atto del giudicare.

(7) Che lo Stato costituzionale del Novecento sia cosa diversa, e non mero perfezionamento, della forma politica che nella tradizione costituzionale europea è denominata « Stato di diritto » era al centro, come asse portante, della ricerca condotta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992. Nella letteratura più recente, si dispone oggi di una sintesi di grande chiarezza ed efficacia: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, pp. 263-358. Proprio allo « Stato costituzionale » è dedicata la raccolta di scritti in onore di Enzo Cheli, a cura di P. Caretti e M.C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2010.

Com'è noto, il mutamento è andato nel senso di un superamento progressivo della concezione rivoluzionaria della Costituzione come *loi politique*, intesa cioè come ordinamento dei poteri, che ad essi riferisce i suoi precetti, e non ai cittadini, i quali dunque rimangono estranei alla Costituzione, o al massimo ne percepiscono l'esistenza mediatamente, per il tramite di una legge di attuazione. Il superamento si realizza attraverso il crescente valore precettivo diretto delle norme costituzionali di principio, che divengono effettiva disciplina dei rapporti tra i consociati, spesso mediante il ruolo sempre più ampio e decisivo della funzione giurisdizionale. Lo Stato costituzionale che in questo modo si va strutturando è in effetti ben diverso dallo Stato liberale di diritto, per il disconoscimento, che di fatto avviene, del legislativo come *suprema potestas*, per la scoperta — tema questo che possiamo solo sfiorare — della zona della *inviolabilità*, dove si trovano i principi supremi e i diritti fondamentali che non possono essere legalmente sovvertiti, per il ruolo sempre più ampio della giurisprudenza. Ma continua a nostro avviso ad essere parte della vicenda dello Stato moderno in Europa.

Ovviamente sono profonde le differenze tra lo Stato costituzionale odierno e ogni altra forma che abbia assunto lo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda, dalla amministrazione dei territori nella prima età moderna fino allo Stato liberale di diritto della fine del diciannovesimo secolo. In particolare sembra essersi molto attenuata nello Stato costituzionale quella *lotta per la sovranità*, che aveva caratterizzato fin dall'inizio l'itinerario dello Stato moderno, proteso verso la conquista di una posizione di monopolio nell'esercizio dei poteri d'*imperium* sul territorio, nel potere di giudicare come terzo neutrale, nel potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio, nel potere d'imporre i tributi.

Noi stessi, in un recente contributo ⁽⁸⁾ abbiamo proposto di definire l'ordinamento dello Stato costituzionale come *un ordinamento a sovranità indecisa*, che dal punto di vista dei canoni del

(8) M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in « Quaderni costituzionali », 2016, 1, pp. 7-20. A conclusioni simili perviene P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislazione nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis*, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia e G. Tarli Barbieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

diritto moderno suona come qualcosa di assolutamente contraddittorio, e prima ancora anzi come qualcosa d'impensabile, poiché nei paradigmi del diritto moderno, e in particolare in quello hobbesiano, se c'è un ordinamento positivamente presente non può non esserci un sovrano, almeno nel senso della indiscutibilità dei criteri d'identificazione del potere sovrano, ovvero del soggetto che impersona il principio di sovranità. Eppure, nello Stato costituzionale c'è un ordinamento positivamente vigente, c'è esercizio dei poteri pubblici, ma non c'è più un soggetto che impersona il principio di sovranità. Tale non è più infatti il legislatore, che nello Stato costituzionale ha perduto la sua posizione di monopolio nella interpretazione ed attuazione dei principi costituzionali. Ora può accadere che si formi un processo di attuazione dei principi costituzionali per via giurisprudenziale. E che l'esito di questo processo si ponga in contrasto con l'interpretazione che dei principi costituzionali è stata data da parte del legislatore.

In questo caso non vi sono principi chiari ed univoci che diano ragione all'uno o all'altro, se al legislatore in nome del principio di sovranità popolare, o alla giurisdizione in nome della supremazia della Costituzione come strumento massimo di tutela dei diritti fondamentali. La soluzione non può dunque andare nel senso di privilegiare l'uno o l'altro, sul presupposto di dover comunque attribuire ad uno dei due il diritto all'ultima parola, come se fosse quel potere, a preferenza dell'altro, il soggetto deputato a dire la « verità » sulla Costituzione. La verità è che con lo Stato costituzionale siamo già un po' fuori dalla versione « classica » e paradigmatica dello Stato moderno, secondo cui non c'è ordinamento senza un soggetto che sia qualificabile come *suprema potestas*, come tale capace in esclusiva di dire la « verità » sulla Costituzione.

Non siamo però ancora fuori dalla esperienza storica complessiva dello Stato moderno in Europa. Le Costituzioni democratiche del Novecento, come la nostra del 1947, hanno infatti — come già abbiamo messo in luce — una seconda « natura », che consiste nella rappresentazione di un indirizzo fondamentale, rivolto e perseguito nella direzione della « società giusta », che è la società in cui ad ognuno sia garantita una prospettiva di vita libera e degna. Su questo piano siamo dunque pienamente nel Novecento, che è infatti il secolo in cui il conflitto sociale si mostra in modo palese entrando

nel perimetro della Costituzione, che inizia a farsene carico, attribuendo alla collettività « compiti » di ordine sociale, secondo lo schema a tutti noto del secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione.

Noi consideriamo questo secondo carattere delle Costituzioni democratiche come un elemento forte, facente parte a pieno titolo della esperienza complessiva dello Stato moderno in Europa. È vero infatti che quello Stato si qualificava come « moderno » in primo luogo per la forza che esprimeva il diritto nel compimento della sua missione in senso neutralizzante, specialmente attraverso la rappresentazione in esso del principio di sovranità. Ma nella vicenda complessiva dello Stato moderno in Europa c'era anche questa seconda missione del diritto, che era quella di prescrivere un indirizzo, di assumere un compito cui adempiere collettivamente. Si può dire anzi che il « moderno » sia rappresentabile nel suo complesso proprio come una costruzione *a due lati*, ciascuno dei quali richiama, per il proprio verso, la *forza del diritto*: la forza passiva della neutralizzazione che nel corso di tutta l'età moderna, fino dai primi secoli, è forza decisiva per l'instaurazione e la legittimazione dei poteri pubblici sul territorio; e la forza attiva del governo, che nel Novecento è governo del conflitto, nel senso che finalmente, dopo tanto riferirsi teorico e pratico alla società, si scopre che in essa è endemica e strutturale la presenza proprio del conflitto, che la Costituzione non può non riconoscere e immettere nel suo perimetro, attribuendo così ad esso rilevanza costituzionale.

Ma allora, se tutto questo è parte ed espressione del « moderno », quando finalmente viene il « tempo » nuovo, e perché esso è così strettamente associato alla globalizzazione? Il migliore modo di rispondere a questa domanda, che per altro molti si pongono, non è quello d'inerpicarsi per gli incerti sentieri del « post-moderno », a tutt'oggi, dopo tanto discorrere, ancora quasi del tutto inconsistenti. È concettualmente e storicamente di gran lunga preferibile associare l'emersione de « tempo » nuovo al superamento del Novecento. Il « tempo » nuovo è dunque prima di tutto *oltre il Novecento*, ovvero oltre la scoperta del conflitto sociale e la sua inclusione nel perimetro della Costituzione. Quando quella « scoperta » cessa di avere rilevanza, quando declina l'idea stessa del governo del conflitto, legato

al processo di realizzazione dei principi costituzionali, è lì, in quel punto, che il « moderno » muore.

Tornando ora da ultimo al Novecento, non si può non rilevare come tutto il percorso disegnato nello svolgersi di quel secolo muova da un dato di partenza. Era quello che metteva la « tradizione » dello Stato moderno in Europa a confronto con il dato oggettivo della « crisi », di cui già parlava Romano nel 1909. La « crisi » era sentita nella forma di una minaccia sempre attiva, diretta a favorire il dominio degli interessi economici organizzati e alla fine a scomporre per interessi sezionali il corpo politico della Nazione. Alla « crisi » si rispondeva ribadendo la *forza del diritto*, che sicuramente avrebbe messo in salvo il patrimonio plurisecolare dello Stato moderno in Europa. Ne era certo Santi Romano, e con lui lo erano i giuristi europei dello Stato liberale di diritto. Ma ancora più avanti, in pieno Novecento, quel patrimonio sarebbe stato tutelato con altri ed ulteriori strumenti, che si ponevano questa volta sul piano della dottrina della Costituzione. Il governo di cui si aveva ora bisogno per contrastare la crisi economico-sociale, i fallimenti dei mercati, o dolorosi fenomeni sociali come la disoccupazione di massa, non era più infatti solo una forza di contenimento e di preservazione. Diveniva invece in modo esplicito un governo attivo, d'indirizzo, che coinvolgeva soggetti pubblici e privati in un esercizio coordinato dei rispettivi poteri discrezionali, che poi avrebbero dovuto tutti confluire nell'indirizzo costituzionale o fondamentale, che segnava la via della attuazione della Costituzione, che era poi nei fatti la costruzione della « società giusta », disegnata in Costituzione come società entro cui ciascuno è dotato dei beni essenziali necessari per il perseguimento dell'ideale di una vita libera e degna.

Ora, se ricomponiamo tutti questi « pezzi » del Novecento ci accorgiamo che il filo conduttore è sempre l'assunzione in Costituzione del conflitto sociale, e la necessità di un suo governo, che da ultimo assume decisamente i tratti di un progetto ispirato da principi generali di giustizia. Lo Stato moderno e la sua amministrazione, le Costituzioni democratiche del Novecento con l'attribuzione alla Repubblica dei decisivi compiti di ordine sociale, tutti insieme fanno parte del « moderno » e della sua proiezione in età contemporanea. Oltre tutto questo c'è il tempo « nuovo », che è tale perché prescinde dalla società reale con il suo carico materiale di conflitti e di

diseguaglianze. È « nuovo » perché è sradicato dai territori, sospeso nel vuoto, disperso nella dimensione globale. Con la pretesa di avere, costruire ed applicare diritto anche senza territorio, senza Stato, e perfino senza Costituzione, finisce davvero il « tempo » occupato dal « moderno », che complessivamente si configura come un « tempo » di « crisi », ma anche di risposta alla crisi, di governo della società e delle sue contraddizioni. Il « tempo » nuovo inizia quando tutto questo finisce. E finisce perché qualcuno — pochi o molti, comunque una parte rilevante ed autorevole della cultura giuridica — torna a pensare, come prima del « moderno », come ai tempi dell'ordine giuridico medievale, alle armonie del diritto e della società, che in questa linea tornerebbero di nuovo a realizzarsi, ora che il « moderno », ormai declinante, non ha più la forza necessaria per progettare e realizzare il governo dei territori e della società, proprio attraverso il ruolo protagonista del diritto. Quest'ultimo, libero dai compiti politici che il « moderno » aveva ad esso assegnato, di costruzione dell'amministrazione e del governo del territorio e della società intera, ed alla fine, con le Costituzioni democratiche, perfino di definizione in senso normativo delle finalità dell'intera collettività politica, tornerebbe così ad essere pienamente « diritto », non più prigioniero della politica, libero di esplicare la funzione ordinante sua propria, di ricercare in libertà le soluzioni più eque e commisurate, non per caso sempre più con lo strumento della giurisprudenza.

Ma soprattutto nella dimensione globale non si inciampa più nelle miserie e nelle contraddizioni della società. Questo è oggi in effetti il pensiero di molti. Che sia finalmente terminata la dannazione del « moderno » e del suo diritto. Di più ancora: che sia finita la pretesa del diritto di essere « governo », o addirittura « progetto », o « indirizzo ». Di costruire Stati, o di riflettere l'intera società nelle Costituzioni. Liberato da tutto questo il diritto diviene allora solo ciò che serve, qui ed ora, per comporre in modo adeguato e commisurato gli interessi in gioco.

Abbiamo dunque risposto al nostro quesito. Il « moderno » si dissolve quando viene a concludersi il Novecento stesso, inteso come tempo in cui ancora era ben presente la figura dello Stato moderno, ed in cui era ancora ben viva la missione del governo del conflitto, che anzi aveva trovato nelle Costituzioni democratiche una

nuova sede di riconoscimento, ed insieme le ragioni profonde di quel governo e della sua missione, che si collegava con i principi generali di giustizia, tradotti in principi fondamentali posti in testa a quelle medesime Costituzioni.

Ma quando il « moderno » declina ci accorgiamo quasi subito che qualcos'altro se ne sta andando, insieme a quella epoca. Nel momento in cui divengono sempre meno vivi e marcati i tratti del « moderno », quasi subito ci accorgiamo che insieme a quei tratti divengono sempre più flebili anche le tracce di uno dei protagonisti del « moderno », ovvero del giurista. Nel « tempo » nuovo non c'è più bisogno di lui. Il diritto è ormai divenuto tecnica. Ha bisogno di « consulenti », di « esperti legali », di scienze nuove in bilico sui confini tra diritto, economia, statistica, sociologia. La scienza giuridica è un ricordo, che ha avuto la sua ultima stagione tra Otto e Novecento.

III.
**LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
NELL'ESPERIENZA ITALIANA**

DALLO STATUTO ALLA COSTITUZIONE

1.

UN PROFILO DI STORIA COSTITUZIONALE ITALIANA:
LA CONQUISTA DELLA
SUPREMAZIA COSTITUZIONALE (*)

1. Premessa. — 2. Lo Statuto albertino come « legge fondamentale ». — 3. La Costituzione repubblicana: la Costituzione come suprema norma giuridica.

1. *Premessa.*

Si è soliti affermare in sede storiografica, secondo diversi punti di vista, che l'Italia ha avuto molteplici e successive 'Costituzioni', dipendenti da diversi assetti materiali di potere, da quella originaria liberale monoclasse a quella successiva, affermatasi tra Otto e Novecento, già densa di problematiche di stampo democratico-sociale, con una presenza nuova e diversa dei partiti, per poi passare attraverso il ventennio fascista, e giungere alla democrazia repubblicana. E per questa via, con il medesimo criterio, sarebbe magari possibile, approfondendo la storia costituzionale più recente, ritrovare più 'Costituzioni' anche entro la medesima vigenza della Costituzione repubblicana.

Diciamo subito che non è questo il nostro criterio d'indagine. Noi partiamo piuttosto, in modo del tutto consapevole, dal dato giuridico-formale della vigenza. Da questo punto di vista, non v'è dubbio che il nostro paese abbia avuto due, e solo due, Costituzioni: lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana. E poniamo su questa base il problema storico, che è integralmente tale, di quanto ciascuna di quelle Costituzioni sia stata capace, partendo dalla sua

(*) La pubblicazione di questo saggio è stata anticipata in « Diritto pubblico », 2006, 2, pp. 467 ss., con il diverso titolo *Costituzione e legge fondamentale*.

formale vigenza, di essere in senso pieno ed autentico *legge fondamentale*.

Una Costituzione può dirsi 'legge fondamentale' quando si verificano tre condizioni: (1) che la Costituzione regoli in modo effettivo la forma di governo e l'assetto complessivo dei poteri pubblici, in modo tale che ciascuno di quei poteri conosca i confini del suo spazio nella Costituzione, e che l'insieme di quei poteri tenda a ricondurre le dinamiche di relazione, anche di tipo conflittuale, entro la Costituzione. Non è necessario che la Costituzione prescriva una determinata forma di governo. Sono ben possibili anche elevati margini di elasticità, ma entro limiti che non possono essere valicati, e che sono individuati nella Costituzione; (2) che la Costituzione sia corredata della clausola di supremazia, ovvero che essa sia considerata dagli attori istituzionali e sociali come norma giuridica sovraordinata, cui deve essere ricondotto l'intero sistema delle fonti di diritto. Da qui la necessità, soprattutto sul piano della garanzia dei diritti, di accedere ad un sistema in cui sia possibile sindacare la costituzionalità delle leggi. Possono essere ovviamente diversi i modi di organizzazione di tale sindacato, ma deve essere chiaro che esso è espressione della supremazia della Costituzione; (3) che il mutamento della Costituzione sia regolato dalla Costituzione medesima. Anche in questo caso, le soluzioni procedurali possono essere molto diverse, ma deve essere chiaro che questo punto è altrettanto essenziale come i due precedenti: non c'è più legge fondamentale in quella situazione in cui il mutamento costituzionale esce fuori dai confini della regolazione costituzionale.

Ora, noi riteniamo che tutto questo possa valere anche nel caso italiano. È possibile cioè interrogare, su ciascuna delle tre questioni, lo Statuto albertino e la stessa Costituzione repubblicana. Ed è possibile poi rimettere insieme le risposte che otterremo, per tentare infine di affrontare la questione più ampia, e più delicata, che comprende tutte le altre: quanto questo paese può contare davvero su una propria *tradizione costituzionale*? Quanto nella nostra storia si è radicata, e da quanto tempo, l'idea stessa della legge fondamentale? Come ben si vede, si tratta di domande di — grande peso. Non è certo cosa di poco conto sapere se si può contare, o meno, e fino a quale punto, sulla Costituzione come norma giuridica suprema, come ordinamento regolativo dei poteri, come garanzia primaria dei

diritti, come procedura obbligata e delimitata per lo stesso mutamento costituzionale. Direi anzi che questa è per le democrazie di oggi, compresa ovviamente quella italiana, la questione preliminare, la più essenziale per la loro stessa esistenza. È superfluo aggiungere che qui potremo solo avviare un discorso così ampio ed impegnativo.

2. *Lo Statuto albertino come « legge fondamentale ».*

Com'è noto, lo Statuto conteneva la locuzione 'legge fondamentale' nel proprio testo. Si trattava però di una legge fondamentale « della Monarchia », che in quanto tale era proclamata « perpetua ed irrevocabile ». Con una tale formula, lo Statuto guardava senza dubbio indietro, al tempo dell'antico regime. E legava il carattere 'fondamentale' dello Statuto a quella tradizione di origine medievale, che voleva che in un determinato corpo politico, territorialmente definito, concretamente composto di ceti e di luoghi portatori di diversi diritti, esistessero leggi per l'appunto fondamentali, necessariamente regolative della vita di quel corpo, e in quanto tali indisponibili da parte del signore ⁽¹⁾. Lo Statuto non era altro che una moderna traduzione scritta di leggi in tal senso fondamentali. Era da questa consapevolezza che derivava il noto carattere ottriato dello Statuto. In questa linea, non poteva infatti non esser il Sovrano, e solo lui, a definire, « di Nostra certa scienza », e « Regia autorità » — come recita ancora lo Statuto —, quale fosse il contenuto di quelle leggi fondamentali.

Ma c'è ancora qualcos'altro da scoprire, nella linea dello Statuto come legge fondamentale della monarchia. È infatti solo in questa prospettiva che è possibile, a nostro avviso, una corretta interpretazione della clausola « perpetua ed irrevocabile », contenuta nel testo. Proprio sulla base della tradizione medievale, quella clausola contiene infatti inscindibilmente due aspetti: quello della obbligazione che il Sovrano certamente assume, dichiarando nella Carta

⁽¹⁾ Sulle 'leggi fondamentali' si veda ora I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 96 ss.; e su un piano diverso F. BAMBI, *I nomi delle 'leggi fondamentali'*, in *Studi di lessicografia italiana*, XI, Firenze, Accademia della Crusca, 1991, pp. 153 ss.

l'esistenza di una materia indisponibile, ma anche quello della conferma della sua autorità, che è quella che *ha fissato* il contenuto delle leggi fondamentali con un'operazione di propria 'scienza', in questo modo sottraendole al flusso delle mutevoli opinioni esistenti nel corpo politico, in definitiva alla temuta ipotesi del contratto. Non è possibile prendere dallo Statuto in modo isolato il primo aspetto, in cui è per altro certamente contenuta una valenza di carattere garantistico, e un effettivo limite alla monarchia, ignorando il secondo, in cui quel medesimo carattere 'perpetuo' e 'irrevocabile' dello Statuto è espressione in modo chiarissimo di una volontà originaria della monarchia che si ritiene intangibile, che non intende affatto aprirsi alla dimensione del contratto, e dunque ad una progressiva e successiva ridefinizione delle leggi fondamentali con lo strumento del dialogo tra monarchia e nazione, con le sue assemblee rappresentative ⁽²⁾.

Questa era dunque la situazione al momento della emanazione dello Statuto. La monarchia sapeva bene di essersi limitata con la concessione dello Statuto, ma nello stesso tempo vedeva proprio in quella Carta l'espressione più autentica della sua permanente autorità. E per converso, i liberali sapevano bene di non poter mettere in discussione quella autorità, ma confidavano sul fatto che lo Statuto avrebbe costituito una sorta di 'punto di partenza', da sviluppare nella direzione delle libertà civili e dei diritti politici della nazione.

In una simile situazione, era necessario riaprire il dialogo tra monarchia e forze liberali, evitando che le due parti finissero per irrigidire le loro rispettive posizioni. E non v'è dubbio che su questa via l'ostacolo più consistente fosse dato proprio dal proclamato carattere 'perpetuo' e 'irrevocabile' dello Statuto. Quella immagine di assoluta rigidità funzionava infatti in senso minaccioso in entrambe le direzioni: da una parte, come limite alla monarchia, se

(2) Sulla concessione dello Statuto, e sul suo carattere ottriato, si vedano: G.S. PENE VIDARI, *Parlamenti preunitari e Parlamento subalpino*, in *Storia d'Italia. Annali*; 17. *Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 2001, pp. 53 ss.; G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, pp. 45 ss.; P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, Bologna, il Mulino, 2003; I. SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto albertino. Studi e fonti*, Torino, Giappichelli, 2004; e C. GHISALBERTI, *La monarchia subalpina e lo Statuto*, in *Id.*, *Istituzioni e società civile nell'età del Risorgimento*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 163 ss.

portata all'estremo, tendeva a far uscire la Carta dal limbo delle leggi fondamentali ed evocava una norma sovraordinata, ovvero una Costituzione, fondata sul tanto temuto contratto, ma dall'altra, dal lato delle forze liberali, tendeva a far rivivere continuamente l'immagine non meno minacciosa di una monarchia indisponibile al dialogo, arroccata sul limite dato da ciò che aveva già concesso. Da una parte, il temuto spettro del potere costituente, dall'altra il pericolo di una sorta di neoassolutismo monarchico. Per evitare i due estremi, si doveva riaprire il dialogo tra monarchia e nazione, ma su un terreno che garantisse la prima che nessuna evoluzione in senso democratico e radicale sarebbe stata possibile. È ciò che si fece quasi subito, facendo carta straccia della originaria rigidità dello Statuto, e inventando il dogma della onnipotenza parlamentare.

È in questo contesto che deve essere collocato il notissimo articolo di Cavour del marzo del 1848 ⁽³⁾. Cavour difende lo Statuto da coloro che lo avevano criticato, in particolare con riferimento proprio al suo carattere 'perpetuo', alla clausola della irrevocabilità. Le critiche erano del resto ben comprensibili. Da un primo punto di vista, come pensare ad una monarchia talmente spogliata delle sue tradizionali prerogative sovrane da essere vincolata in modo 'perpetuo'? E dal punto di vista opposto, quello delle forze liberali, come pensare ad una Carta senza futuro, concessa dall'alto da un potere sovrano che non avrebbe consentito nessuna ulteriore evoluzione? Per ricacciare indietro queste critiche, era necessario sottrarre allo Statuto questa immagine di assoluta rigidità, proponendo la Carta come un terreno sul quale monarchia e forze liberali avrebbero potuto compiere un percorso comune. Il modello di riferimento era a disposizione, e Cavour lo indicò con grande chiarezza. Si trattava del modello inglese del *King in Parliament*, per un verso tradizionalmente ritenuto frutto di un processo secolare, a partire da una radice di stampo medievale, e per un altro verso considerato il 'tipo fondamentale' della 'monarchia costituzionale', storicamente colle-

⁽³⁾ L'articolo fu pubblicato il 10 maggio 1848 in « Il Risorgimento », I, 63, e si trova in *Tutti gli scritti di Camillo Cavour*, raccolti e curati da C. Pischetta e G. Talamo, 4 voll., Torino, Centro Studi Piemontesi, 1976-78, vol. III, pp. 1113 ss. Una più recente ripubblicazione, quasi integrale, è in F. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, Roma, Carocci, 2004, pp. 121 ss.

gato a precise garanzie dei diritti. Il primo aspetto rassicurava la monarchia, mentre il secondo dava un buon motivo alle forze liberali per sostenere lo Statuto e la sua applicazione. Seguendo quel modello, che prevedeva la necessaria alleanza tra monarchia e rappresentanze politiche, Cavour fu in grado di chiarire che di ‘perpetuo’ e ‘irrevocabile’ nello Statuto vi era solo il patto stesso, che funzionava in questo senso in entrambe le direzioni: la monarchia non avrebbe più potuto fare a meno del Parlamento, compreso il suo ramo liberamente eletto, e le Camere, a loro volta, non avrebbero più potuto proporsi in senso costituente, come rappresentanza esclusiva della nazione, al di là e senza la monarchia. Dentro questi confini, le singole clausole del patto avrebbero potuto essere riviste progressivamente, da un Parlamento composto di ‘tre rami’, con il necessario consenso congiunto delle Camere e della monarchia. In questo modo, le forze liberali potevano pensare alla Carta come ad un terreno sul quale avrebbero potuto trovare attuazione le proprie aspirazioni, e la monarchia, per suo conto, era rassicurata circa la direzione di questa futura evoluzione, che comunque non avrebbe potuto assumere toni e caratteri di stampo democratico e radicale, nel senso della Costituente (4).

L’operazione era integralmente politica, e sacrificava consapevolmente l’originario carattere rigido dello Statuto, aprendo un dibattito sulla ‘onnipotenza parlamentare’ e sulla ‘flessibilità’ dello Statuto che non si sarebbe più chiuso (5). L’intenzione originaria

(4) Anche tra i costituzionalisti si diffuse rapidamente il modello delineato da Cavour sul piano politico. Si veda in primo luogo L.A. MELEGARI, *Sunti dalle lezioni di diritto costituzionale date dal prof. L.A. Melegari nella Università di Torino*, a.a. 1856-57, in particolare p. 60 per il nesso tra onnipotenza parlamentare e rifiuto della Costituente. Su Melegari si veda ora G.S. PENE VIDARI, *Considerazioni sul contributo degli esuli risorgimentali al rinnovamento della Facoltà giuridica torinese*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXVI (2003), pp. 7 ss., e la letteratura ivi citata. Entro un quadro sintetico più ampio, si veda anche ID., *Lo Statuto albertino dalla vita costituzionale subalpina a quella italiana*, in « Studi piemontesi », XXVII (nov. 1998), 2, pp. 303 ss. Si veda infine L. MOSCATI, *Sulla dottrina costituzionalistica piemontese tra la Restaurazione e l’Unità*, in *Amicitiae Pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata e G.P. Massetto, Milano, Giuffrè, 2005, II, pp. 1591 ss.

(5) Si veda ad esempio A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, pp. 2 ss., che parte proprio dallo Statuto per offrire una riflessione più generale sulla rigidità

non era però quella di liberarsi del valore normativo della Carta per poter liberamente concordare in Parlamento quello che di volta di volta era ritenuto necessario, o semplicemente opportuno. Al contrario, Cavour intese creare sul piano politico le condizioni che consentissero a tutte le forze in gioco di riconoscersi nello Statuto, di assumere lo Statuto come norma fondamentale che segnava i confini entro cui il patto originario viveva e continuamente si evolveva.

Fu così, in effetti. E fu così prima di tutto sul terreno della forma di governo, forse il più insidioso tra quelli che la classe politica liberale si trovava di fronte. Com'è noto, il nostro paese, essenzialmente per la mancanza di un forte sistema dei partiti, capace di articolarsi in Parlamento in modo chiaro in maggioranza e opposizione, non approdò mai nel corso dell'età liberale ad una forma di governo propriamente parlamentare ⁽⁶⁾. Del resto, lo stesso Statuto non prescriveva affatto una tale forma di governo. Anzi, si deve osservare che un governo parlamentare strettamente inteso, fondato cioè in senso monistico sulla maggioranza parlamentare, e tale quindi da ridurre ad un ruolo meramente notarile la funzione del Re, sarebbe stato in clamoroso contrasto con lo Statuto, come subito vedremo.

Bisogna allora tornare alla lettera dello Statuto, per scoprire quale altra forma di governo, diversa da quella parlamentare, sia in essa prevista, e se tale forma sia stata realizzata nel corso dell'età

costituzionale. Con lui concordiamo sul fatto che lo Statuto rappresenta un chiaro 'caso storico' di superamento di un originario carattere assolutamente rigido di una Carta costituzionale, attraverso un'operazione in sostanza integralmente politica. Nel testo cerchiamo però di chiarire il risultato di questa operazione, che non fu assolutamente quello di un abbattimento totale del carattere normativo dello Statuto. E soprattutto che senza quella operazione lo Statuto sarebbe probabilmente rimasto lettera morta, perché privo del sostegno effettivo delle due parti del contratto costituzionale, della monarchia e delle forze liberali.

⁽⁶⁾ Su tutto questo, si veda S. MERLINI, *Il governo costituzionale*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma, Donzelli, 1995, pp. 3 ss., cui si aggiunga ora F. ROSSI, *Saggio sul sistema politico dell'Italia liberale. Procedure fiduciarie e sistema dei partiti fra Otto e Novecento*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001. Si veda ora anche A.G. MANCA, *Il Sonderweg italiano al governo parlamentare*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34 (2004-2005), pp. 1285 ss., che discute tutta la più recente letteratura, e riprende anche le sistemazioni dottrinali di Orlando e di Arcoleo.

liberale. Lo Statuto la dichiara in modo esplicito, solo apparentemente generico, all'art. 2: « Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo ». Il governo non potrà dunque non essere 'monarchico', ma nello stesso tempo non potrà non essere 'rappresentativo', in una linea che tende ad avvicinarsi a 'parlamentare'. Con lo Statuto non sono quindi compatibili né un governo parlamentare che faccia retrocedere la monarchia dal suo ruolo di componente essenziale della forma di governo, né una monarchia meramente limitata, che assuma le Camere come semplice limite esterno all'esercizio della propria prerogativa, ovviamente anche quando questa è diretta alla formazione del governo. Così, da questo secondo punto di vista, sarà inibita al monarca un'interpretazione neoassolutistica dell'art. 65: « Il re nomina e revoca i suoi ministri », e non a caso si affermerà nei fatti, per quanto in modo contrastato, il principio del necessario fondamento parlamentare del governo (7), ma nello stesso tempo tale fondamento non potrà mai assumere, nel corso della vicenda statutaria, un carattere esclusivo, perché contro tale approdo si ergerà comunque, sull'altro versante, il dettato dell'art. 5: « Al re solo appartiene il potere esecutivo », che ricorda come sia sostanzialmente la volontà positiva del monarca a trasformare in vero e proprio 'potere esecutivo' una semplice maggioranza politica. Sei ministri del Re senza il consenso del Parlamento, rischiano di essere scarsamente rappresentativi, i ministri del Parlamento senza il consenso del Re rischiano di essere mero governo politico, e non autentico potere dello Stato (8).

Del resto, non si può certo considerare questa forma di governo dualistica, monarchica e rappresentativa, un'isolata invenzione sca-

(7) Non si può qui ora, per ragioni di spazio, analizzare come sia rappresentabile in concreto il fondamento parlamentare del governo, specialmente in ordine alla formazione del governo. Come attestano le ricerche citate alla nota precedente, un vero e proprio voto di fiducia preventivo, dato su un indirizzo politico inteso in senso normativo, si afferma in Italia solo nel primo decennio del Novecento. Questo non significa però che quel 'fondamento' non fosse ritenuto costituzionalmente necessario anche prima, per quanto in forme diverse, e certamente meno riconducibili allo schema generale noto del governo parlamentare.

(8) Una analisi delle norme dello Statuto sulla forma di governo si trova in P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 21 ss.

turita da particolari condizioni della nostra storia nazionale. Quando Vittorio Emanuele Orlando, nel 1886, nei suoi *Studi giuridici sul governo parlamentare*, costruì una vera e propria dottrina costituzionale di quella forma di governo, divenne chiaro che per i liberali italiani essa rappresentava il compimento di una certa tradizione politica e costituzionale, in cui essi si identificavano, che prendeva le mosse da una certa interpretazione del modello costituzionale inglese, e passava poi attraverso le concrete esperienze delle monarchie costituzionali e parlamentari dell'Ottocento (9).

Tra queste ultime, particolare rilevanza assumeva certamente quella francese fondata sulla Carta del 1830. Ciò che valse sul piano costituzionale per molti liberali francesi che operarono in quei decenni, valse infatti anche per i liberali italiani, che ebbero anzi l'opportunità, senza la cesura del 1848, intervenuta in Francia, di prorogare le loro convinzioni nella seconda metà del secolo, fino ai primi decenni del Novecento. Tra queste convinzioni certamente assumeva particolare rilievo quella che riteneva possibile, nel solco della Carta, un progressivo consolidamento del regime parlamentare, con la configurazione di un organo collegiale titolare della funzione di governo e responsabile di fronte al Parlamento, ma senza che ciò implicasse l'esistenza di un vero e proprio mandato del Parlamento al governo, sempre revocabile da parte del primo perché fondato sul perseguimento di un preciso indirizzo politico, a sua volta espresso da una altrettanto precisa maggioranza politica. Ad una tale soluzione si opponeva uno dei fondamentali pilastri del costituzionalismo liberale, che era dato dal principio *dell'equilibrio dei poteri*. E per converso, la permanenza di un significativo potere d'influenza del monarca, fino a ritenere che il governo dovesse fondarsi su una 'doppia fiducia', non era in questo quadro da ritenersi una sorta di 'residuo' sulla via della piena realizzazione del governo parlamentare, ed era invece, al contrario, da valutare come elemento essenziale di quella forma, che impediva ad essa di degenerare in senso radicale. Questo il senso del continuo discutere, in Francia come in Italia, della necessità di un potere 'neutro', o 'intermediario', o 'preservatore', senza il quale a quel costituziona-

(9) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 345 ss.

lismo, in quella fase storica, il sistema parlamentare sarebbe apparso come un meccanismo destinato ad approdare ad una soluzione monistica, inconciliabile con il principio dell'equilibrio, e per giunta tale da affidarsi in ultima analisi all'incerta e mutevole volontà di una maggioranza politica ⁽¹⁰⁾.

L'equilibrio, a sua volta, è anch'esso in continuo movimento, nel senso che all'interno della concreta esperienza della forma di governo si determinano di volta in volta punti di equilibrio diversi, che in fasi successive privilegiano in modo diverso il ruolo della monarchia e quello del Parlamento. Ciò che dal punto di vista di una dottrina novecentesca della Costituzione, che tende a prescrivere le soluzioni istituzionali e le forme di governo, appare gravemente viziato nel senso della irrisolutezza, o della indeterminatezza, è invece inteso dalla cultura costituzionale liberale del tempo come un pregio, che consente di esercitare le virtù della prudenza e della moderazione. Ricerca progressiva in questo senso dei punti di equilibrio significa dunque, in particolare proprio per lo Statuto, anche *elasticità* della forma di governo, anch'essa intesa come una virtù, vicina alla moderazione: è infatti dal contrario della elasticità, dalla assoluta rigidità delle Costituzioni e delle forme di governo, che nascono, secondo la cultura del tempo, le soluzioni estreme ed unilaterali, quelle cesure brusche che sono certamente opposte all'ideale liberale della crescita sicura e graduale. Elasticità non significa però libertà assoluta, e tanto meno significa libera azione degli attori politici di fronte alla Costituzione. C'è qui forse qualcosa da chiarire, con riferimento al problema più generale della normatività delle Carte costituzionali dell'età liberale, ed in particolare dello Statuto. Bisogna distinguere a questo proposito aspetti diversi, così come abbiamo fatto all'inizio di questo saggio a proposito della nozione di 'legge fondamentale'. Da un primo punto di vista, che concerne proprio l'ordinamento dei poteri e la forma di governo, noi crediamo che lo Statuto sia stato veramente la 'legge fondamentale' dell'età liberale. Proprio grazie al suo carattere elastico, lo Statuto ha infatti sapientemente tenuto insieme monarchia e forze liberali,

⁽¹⁰⁾ Sulla esperienza francese, nel senso indicato nel testo, si veda L. LACCHÈ, *Governo rappresentativo e principio parlamentare: le Chartes francesi del 1814 e 1830*, in «Giornale di storia costituzionale», II (2004), 8, pp. 99 ss.

evitando ogni deviazione, ovviamente in entrambe le direzioni: lo Statuto fu infatti il simbolo della continuità istituzionale contro le interpretazioni in senso costituente dell'unità nazionale e dei plebisciti, ma fu anche il simbolo del regime parlamentare contro le interpretazioni in senso neoassolutistico di fine secolo, di riscoperta di una presunta sostanza originaria integralmente monarchica, che invece la prassi statutaria aveva completamente superato. La cultura costituzionale che sorresse lo Statuto avversò, com'è ben noto, ogni prospettiva democratica orientata in senso costituente, ma parimenti avversò ogni principio monarchico che pretendesse di operare contro il Parlamento.

In questo ambito, normatività della Carta costituzionale significa esistenza di un preciso vincolo costituzionale per ciascuno dei poteri costituzionalmente rilevanti. Significa, in una parola, 'sovranità della Costituzione', in senso obbiettivo, come superamento definitivo di ogni sovranità in senso subbiettivo, di uno di quei medesimi poteri, fosse esso quello del monarca o quello della nazione attraverso un mandato esclusivo ai suoi rappresentanti eletti. Una conclusione del genere vale per la Carta francese del 1830 come per lo Statuto ⁽¹¹⁾. E vale forse come 'tipo fondamentale' del costituzionalismo liberale in Europa, che segue la rivoluzione francese e precede la fase che si aprirà con il nuovo secolo, nel Novecento. Né è di poco rilievo, nel dipanarsi della vicenda storica di questo modello costituzionale, la recezione, in Italia come altrove, della dottrina tedesca dello Stato-persona, che depurata dell'originaria sostanza del principio monarchico come 'essenza' dello Stato sovrano si muoverà in ultima analisi proprio sulla scia di questo costituzionalismo liberale, indicando l'obbiettivo di uno Stato di diritto che è tale perché è capace di ridurre tutti i poteri alla

⁽¹¹⁾ Si veda L. LACCHÈ, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le « Chartes » nel costituzionalismo francese*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 155 ss.; e ID., *La garanzia della Costituzione. Riflessioni sul caso francese, in Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di A.G. Manca e L. Lacchè, Bologna, 2003, pp. 49 ss.

dimensione circoscritta e giuridicamente delimitata di propri organi ⁽¹²⁾.

Sarebbe dunque deformante sul piano storico dipingere il XIX secolo come un'età senza Costituzione, senza legge fondamentale. Noi siamo convinti invece che queste Carte dell'età liberale, come lo stesso Statuto, abbiano svolto una precisa funzione normativa, di livello primario, nell'ordinamento concreto dei poteri. E riteniamo anche che i confini che lo Statuto stabiliva al concreto svolgersi delle relazioni tra i poteri valessero anche sul piano del mutamento costituzionale, nel senso d'indicare un limite oltre il quale una trasformazione del modello costituzionale era da ritenersi contraria alla Costituzione, e dunque non ammissibile se non attraverso un vero e proprio mutamento di regime. Era del resto ciò che sostennero i maggiori esponenti del costituzionalismo liberale, come Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca, alla metà degli anni Venti, di fronte al fascismo che stava divenendo regime: per loro, si andava in quel momento oltre i confini della riforma costituzionale, segnando la fine dello Statuto, che dunque non era affatto un vestito buono per ogni stagione ⁽¹³⁾. Lo Statuto si eclissava, al di là della permanenza della sua vigenza formale, non perché 'flessibile', ma perché un colpo di Stato lo stava mettendo da parte. Lo Statuto valse dunque come legge fondamentale, in ultima analisi, sia sul piano dell'ordinamento dei poteri sia sul piano della regolazione del mutamento costituzionale, fin quando non fu eliminato da un mutamento di regime, che trovò in sé la sua legittimazione.

Ma, come sopra si diceva, e come già enunciavamo in premessa, la problematica della 'legge fondamentale' è estremamente complessa, e presenta comunque anche un altro lato, connesso a quello esaminato, ma da esso anche ben distinto. Una cosa è affermare che lo Statuto era sentito come legge fondamentale nello svolgersi delle relazioni tra gli attori politici e costituzionali, altra cosa è affermare

⁽¹²⁾ Esemplare in questo senso, come punto di congiunzione tra tradizione del costituzionalismo liberale e nuova influenza della dottrina tedesca, il saggio di Orlando cit. *supra*, nota 9.

⁽¹³⁾ Rinviamo sul punto a M. FIORAVANTI, *Mosca, Orlando e la crisi dello Stato liberale*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 2005, pp. 131 ss.

che quel medesimo Statuto fosse dotato di un precisa clausola di supremazia, che imponeva la sua osservanza come norma giuridica sovraordinata, collocata al vertice dell'ordinamento giuridico e del sistema delle fonti di diritto. È questo il passaggio che non si compì mai nel corso dell'età liberale, in Italia come altrove. Non si deve infatti confondere la 'sovranità della Costituzione' del costituzionalismo liberale, cui già abbiamo accennato, con la supremazia della Costituzione come norma giuridica, che è storicamente collegata alla diversa esperienza statunitense, e da cui derivano precise conseguenze, prima tra tutte quella del controllo di costituzionalità, che in Europa si affermeranno in modo massiccio solo a partire dalla metà del XX secolo ⁽¹⁴⁾. Non che non vi sia un nesso tra la prima e la seconda: una volta proclamata 'sovrana' la Costituzione bisognava infatti pure pensare a garantire tale primato contro coloro che intendessero violare i confini che essa segnava. Il tema della garanzia della Costituzione nasceva così già nel corso dell'età liberale. Ma rimaneva fatalmente sottotono, e spesso veniva anzi esplicitamente accantonato. Tutti erano infatti consapevoli del salto esistente, certo non rassicurante per la cultura costituzionale liberale, tra la 'sovranità della Costituzione' e la supremazia della Costituzione come norma giuridica. Mentre la prima era infatti in sostanza un ideale storico-politico, cui si era vincolati in ragione del patto originario irrinunciabile tra monarchia e nazione, e che si manteneva attraverso l'azione concorde degli attori politici e costituzionali, la seconda esprimeva seccamente, senza mediazioni apparenti, una superiorità di tipo giuridico, che richiamava la dimensione della sanzione, della non conformità, e dunque della invalidazione della norma contrastante, essenzialmente per opera dei giudici.

Era questo il passaggio che non si voleva e non si poteva compiere in quel contesto. Esso conteneva infatti l'inaccettabile

⁽¹⁴⁾ Si vedano in proposito le considerazioni di J. VARELA SUANZES, *Riflessioni sul concetto di rigidità costituzionale*, in « Giurisprudenza costituzionale », XXXIX (1994), 5, pp. 3313 ss., anche in risposta alle tesi di Alessandro Pace, per le quali si veda *supra*, nota 5. Per la vicenda italiana, si veda ora M. MECCARELLI, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in « Giornale di storia costituzionale », II (2002), 4, pp. 173 ss.; e ID., *Le Corti di Cassazione nell'Italia Unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 238 ss., e la letteratura ivi citata.

pericolo del sorgere di una *nuova legalità*, diversa e superiore rispetto a quella ordinaria. E rompeva lo schema di fondo dello Stato liberale di diritto secondo cui vi era una sola fonte di diritto, la legge ordinaria, dotata di forza propria, che si applicava direttamente ai rapporti tra i consociati definendo i loro diritti. Il potere da cui quella legge derivava era compreso nella Costituzione, che doveva dunque essere rispettata dallo stesso legislatore. Ma ciò non significava affatto che la Costituzione potesse essere concepita essa medesima come una norma giuridica da applicare ai casi concreti, magari in luogo della stessa legge ordinaria, in quanto su di essa prevalente come fonte primaria. La Carta costituzionale era infatti diretta al legislatore, e non ai consociati, che dunque erano raggiunti dalla Costituzione solo attraverso la mediazione della legge. La legge si produceva entro la Costituzione, ma una volta prodotta rimaneva sola, al centro dell'ordinamento, in posizione di monopolio nella disciplina dei rapporti tra i consociati.

Tutto questo era verificabile in modo particolarmente chiaro sul terreno dei diritti ⁽¹⁵⁾. Nel *Commento allo Statuto del Regno* di Racioppi e Brunelli, che all'inizio del secolo sistematizza, e in sostanza conclude, la lunga esperienza, iniziata nel 1848, di quel particolare genere letterario che si era espresso nella forma del commento allo Statuto, si trova una proposizione sul punto assolutamente chiarificatrice: « il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli » ⁽¹⁶⁾. Come ben si vede, lo Statuto è solo il 'presupposto' dei diritti, ma questi esistono concretamente solo per il tramite della legge, perché solo la legge è dotata di autentica forza giuridica, capace d'incidere nella disciplina dei rapporti tra i consociati.

⁽¹⁵⁾ Per un inquadramento generale dei diritti nello Statuto, si vedano. G.S. PENE VIDARI, *I diritti fondamentali nello Statuto albertino*, in *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee*, a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 41 ss.; e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2002, pp. 24 ss.

⁽¹⁶⁾ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Unione tipografico-editrice, 1909, II, p. 34.

L'affermazione è tanto più rilevante in un testo in cui non mancavano affatto spunti, anche ben netti e definiti, in direzione della supremazia, e della rigidità, della Costituzione: « Una costituzione o è rigida, o non è; o è modificabile soltanto con processi speciali che non siano nella quotidiana disposizione del legislativo, o cessa di essere una 'legge' per quest'ultimo »; e ancora: « alla costituzione vuole corrispondere una forza formale propria, che la rende inattaccabile non solo al decreto e alla sentenza, ma anche alla legge », con la conseguenza necessaria di dover arrivare prima o poi a « un efficace controllo, un controllo schiettamente giuridico sulla conformità sostanziale e formale delle leggi ordinarie ai limiti sostanziali e formali che si contengono nella legge suprema » (17).

Non manca quindi l'idea generale della Costituzione come 'legge suprema', o come 'legge fondamentale', ed anche la percezione che quella supremazia implica, per lo meno in prospettiva, un problema di garanzia, di modi di revisione della Costituzione, di controllo di costituzionalità. Ma il punto veramente decisivo per la comprensione dello Statuto, e delle Carte costituzionali in genere del XIX secolo; sta nel fatto che quella 'supremazia' non è collegata, a sua volta, all'affermazione ed alla garanzia dei diritti. In una parola, la Costituzione non è 'suprema' in quanto fondamento primo dei diritti. Lo è prima di tutto, ed anzi in modo esclusivo, per l'esigenza di tenere in equilibrio i poteri, di regolare la dinamica costituzionale. È una supremazia storico-politica, che risale al patto originario tra monarchia e nazione, entro cui sono contenuti, in una certa misura, anche i diritti, ma non può essere una *supremazia giuridica*, in nome dei diritti, da parte della legge suprema che li fonda, contro la legge ordinaria che li viola.

Compiere quel passo, e valicare quel limite, non era possibile per la cultura costituzionale liberale, per molti motivi. In primo luogo, era in gioco l'irrinunciabile principio del monopolio della

(17) Ivi, I, pp. 195 ss. Per un'opinione, isolata ma significativa ed autorevole, espressa in questa direzione già negli anni della unificazione, si veda L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale. Lezioni*, Genova, Stabilimento Tipografico Lavagnini, 1859-60, che arrivava fino ad indicare il modello statunitense del controllo diffuso di costituzionalità. Alcuni brani delle lezioni di Casanova si trovano in F. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, cit., pp. 151 ss.

forza normativa da parte della legge. In quella cultura, si poteva ammettere che la legge potesse contenere un vizio, ma non fino al punto d'indebolire la sua vigenza, come se questa fosse sospesa, perché dipendente da una condizione ulteriore, ovvero dalla sua conformità a Costituzione, da verificare nelle forme stabilite per il controllo di costituzionalità. Una cosa era ammettere la necessità di quel controllo, magari da organizzare in senso diffuso e da ricondurre alla funzione di sempre della Cassazione, altra cosa era vedere in esso l'affermazione di una nuova legalità, sovrastante quella ordinaria, e tale da indebolire fatalmente questa seconda, attraverso un processo di relativizzazione, e dunque di corrosione, della tradizionale sostanza storica della forza di legge cui il modello costituzionale liberale era indissolubilmente legato.

C'è poi l'altro lato di questa vicenda, che è dato dai diritti stessi. Nella cultura costituzionale del tempo, i diritti risultavano da una corretta ed uniforme applicazione delle leggi dello Stato. Certo, si trattava di uno Stato di diritto, che non poteva non procedere a quel fondamentale atto di riconoscimento, e di autolimitazione della sua sovranità, che generava lo spazio necessario per l'esistenza dei diritti. Ma proprio per questo medesimo motivo si doveva ritenere che i diritti non esistessero prima della legge dello Stato. Pensare che i diritti potessero essere fondati direttamente nella Costituzione significava uscire dai confini della dominante cultura positivista, significava togliere i diritti dall'alveo rassicurante della legge, che li definiva in modo preciso, e proiettarli nella dimensione dei principi, che era storicamente collegata al modello giusnaturalistico della Rivoluzione e delle Dichiarazioni dei diritti, e che a fronte della legge dello Stato, per sua natura dotata del crisma della giuridicità, rappresentava una dimensione integralmente 'politica', collegata alle trascorse esperienze rivoluzionarie, e soprattutto all'esercizio di quel potere costituente che la cultura costituzionale liberale ha sempre temuto e rifiutato.

Due parole di conclusione, su questa parte del nostro lavoro. Alla domanda se lo Statuto sia stato autentica 'legge fondamentale' nel corso dell'età liberale, si deve dare una risposta complessa ed articolata, che parte però da un presupposto chiaro: le qualità, e i limiti, dello Statuto come norma costituzionale sono le qualità e i limiti, delle Carte costituzionali del XIX secolo in Europa. La storia

dello Statuto deve dunque essere letta dall'interno del suo tempo storico, come un pezzo della storia del costituzionalismo dell'età liberale in Europa. Sotto questo profilo, lo Statuto realizzò in Italia quella 'sovranità della Costituzione' che si realizzò anche altrove, e che si esplicò essenzialmente nell'ordinamento dei poteri costituzionalmente rilevanti, svolgendo in questo senso una funzione tutt'altro che irrilevante nei decenni compresi tra l'unificazione e l'avvento del fascismo. Di fronte al fascismo divenuto regime, lo Statuto sostanzialmente cessò di essere Carta costituzionale effettivamente vigente. Certo, non furono pochi in quegli anni gli appelli allo Statuto, ed ebbero anche un certo significato, soprattutto al fine di legittimare un perdurante ruolo della monarchia. Ma lo Statuto non c'era più, proprio perché esso non era mai stato, tolte le sue immediate origini, una Carta puramente monarchica, e non era dunque pensabile senza quel ruolo attivo del Parlamento, che il fascismo aveva soppresso. La tradizione parlamentare italiana, innestata dallo Statuto, e accumulata nei decenni dell'età liberale, non morì tuttavia con il fascismo, e fu anzi capace di riproporsi dopo la caduta del regime, contribuendo in modo non marginale alla delineazione della forma di governo alla Costituente ⁽¹⁸⁾.

Tutt'altra valutazione deve essere data sul secondo versante della nostra problematica dello Statuto come 'legge fondamentale'. Se per 'legge fondamentale' s'intende una legge suprema, da concepire come autentica norma giuridica portatrice di una legalità superiore a quella ordinaria, e da applicare quindi in via prioritaria e in modo diretto ai rapporti tra i consociati, si deve concludere nel senso che lo Statuto non fu mai una legge di questo tipo. Ma questo limite non è solo proprio dello Statuto, ma di tutte le Carte del XIX secolo, traducendosi in un vero e proprio carattere del costituzionalismo dell'età liberale, successivo al tempo storico della Rivoluzione, ma anteriore alle grandi trasformazioni, che si produrranno in Europa nel corso del Novecento.

⁽¹⁸⁾ Per gli elementi di continuità tra la cultura costituzionale dell'età liberale e quella dei costituenti del 1947, anche in ordine alla configurazione della forma di governo, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 2004², pp. 87 ss. Torneremo tra breve sul punto.

È precisamente questo carattere che entra in discussione con le Costituzioni democratiche del nuovo secolo, come quella italiana del 1948. La discontinuità fu in questo senso notevole, ma non immediata. Furono infatti necessari alcuni decenni, successivi alla entrata in vigore delle nuove Carte costituzionali, per comprendere che si era di fronte ancora una volta ad un grande mutamento di paradigma, e che molteplici e profonde erano le implicazioni presenti nella nuova stagione delle Costituzioni come norme giuridiche sovraordinate, dotate di propria diretta forza normativa. Ciò che siamo abituati a chiamare il processo di ‘attuazione’ della nostra Costituzione sta dentro questa vicenda, che ha certamente avuto in Italia le proprie specificità, ma che è in sé parte di una vicenda più complessiva che è quella del cammino delle nuove democrazie europee verso la *democrazia costituzionale*, ovvero verso una forma politica fondata sulla supremazia della Costituzione, non solo nell’ordinamento dei poteri, ma anche nella garanzia dei diritti. Su questo cammino, le resistenze non furono poche, né poche furono le voci che si levarono a difesa dell’antico primato della forza di legge. Infondo, c’era da compiere a questo proposito una vera e propria rivoluzione culturale, che implicava in prospettiva mutamenti anche radicali su tanti punti: dalla concezione generale della norma e della legge come fonte di diritto, al ruolo del legislatore, e soprattutto dei giudici, che al fondo di ogni ragionamento erano poi quelli che sarebbero stati chiamati a far vivere in modo diretto la Costituzione come norma giuridica.

3. *La Costituzione repubblicana: la Costituzione come suprema norma giuridica.*

Se lo Statuto è stato — come abbiamo visto — solo entro certi limiti, e per certi versi, la ‘legge fondamentale’ dell’età liberale, in quali limiti, e per quali versi, si può affermare che la Costituzione del 1948 è stata, e ancora è, la ‘legge fondamentale’ della Repubblica? Questo il quesito al quale tenteremo di rispondere.

Sulle ambizioni dei costituenti non possono esservi dubbi. A differenza dello Statuto, la Costituzione scaturisce da un esplicito patto costituente, tra forze anche profondamente diverse, ma che riescono a convergere nella scelta per determinati principi fonda-

mentali da porre alla base della nascente forma politica democratica. Alla Costituzione vengono affidati due basilari compiti: per un verso, in nome della proclamata inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, essa è chiamata a rappresentare il limite all'esercizio dei poteri politici d'indirizzo, ovvero quello strato originario e rigido della convivenza civile che non può essere politicamente negoziato, e che si colloca al di là delle maggioranze politiche di volta in volta legittimate dal consenso popolare; per un altro verso, la Costituzione medesima è la norma che assegna alla Repubblica veri e propri compiti — secondo lo schema noto dell'art. 3, comma 2 — rappresentando in questo senso una sorta d'indirizzo fondamentale, in modo particolare nel campo delle politiche sociali, da realizzare essenzialmente in Parlamento, attraverso grandi leggi organiche di attuazione dei principi costituzionali, e in primo luogo del principio di uguaglianza. Per dirla in sintesi, l'ambizione dei costituenti è duplice: la Costituzione dovrà essere nello stesso tempo norma fondamentale di garanzia, da opporre ai poteri che intendano violarla, e indirizzo fondamentale per l'azione futura di quei medesimi poteri.

Non si trattava di ambizioni da poco. La seconda cadde ben presto, salvo poi essere ripresa nel corso degli anni Settanta, con la legislazione sociale in materia di diritti dei lavoratori, di scuola, di famiglia, di edilizia, chiaramente riconnessa in modo più o meno organico e diretto ai principi della Costituzione. Ma nell'immediato, le stesse elezioni del 1948 contribuirono non poco a lacerare in modo profondo il tessuto connettivo di cui si era alimentato il patto costituente, e a far tramontare quasi subito la prospettiva di un'azione solidale delle forze politiche in Parlamento per l'attuazione della Costituzione attraverso leggi organiche di riforma sociale. In quella data situazione, non vi erano le condizioni per fare della Costituzione la 'legge fondamentale' in quel determinato senso, che era essenzialmente collegato a quel certo modo d'intendere la realizzazione del principio di uguaglianza ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Per un bilancio complessivo di quegli anni, si veda ora *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, S. Guerrieri e A. Varsori, Roma, Carocci, 2004.

Rimaneva l'altro lato, in cui la Costituzione riprendeva la sua più tradizionale configurazione di norma fondamentale di garanzia. Ma anche per questo verso, non pochi problemi si ponevano. Prima di tutto per la presenza nel dettato costituzionale della Corte costituzionale, ovvero di un organo costituzionale nuovo, d'incerta natura, in parte politica e in parte giurisdizionale, cui erano attribuiti compiti relevantissimi, che in prospettiva avrebbero potuto incidere in modo diretto nella configurazione stessa della forma di governo, alterandola in direzioni difficili da prevedere. Tali timori erano assai presenti negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Si trovavano ad esempio nel saggio di Orlando che significativamente apriva nel 1951 il primo numero della « Rivista trimestrale di diritto pubblico », ovvero del periodico attorno al quale i giuristi stavano ricostruendo la loro identità disciplinare dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Dunque, una sede certo non periferica. Il saggio di Orlando, anche con riferimento specifico alla Corte costituzionale da istituire, esprimeva in modo esemplare un tipo di fedeltà alla Costituzione, come nuovo diritto positivo vigente, che si associava però immancabilmente ad una serie di diffidenze, che consigliavano prudenza, e « una maggiore cautela nel venire emanando le norme che ancora occorrono per l'attuazione della Costituzione », come se quella attuazione, una volta avviata e dispiegata, contenesse un pericolo rilevante, del quale era necessario essere ben consapevoli (20).

Ma che cosa si temeva più precisamente? Per dirla in sintesi, si temeva che la Costituzione, sulla base di modelli nuovi, come quello weimariano, che Orlando giudicava non compatibili con la tradizione nazionale, volesse imporre regole e limiti rigidi ai poteri pubblici, com'era il caso della pronuncia d'incostituzionalità da parte della Corte, e della conseguente secca abrogazione della norma ritenuta incostituzionale (21). E che in questo modo si perdesse del

(20) V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1951), pp. 5 ss., ora anche in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 95 ss., p. 137.

(21) Secondo Orlando, la Costituzione di Weimar « fece testo tra noi, soprattutto fra coloro che con maggiore autorità parteciparono alla formazione della Costituzione

tutto il contatto con quella tradizione, che si era nel tempo espressa, vigente lo Statuto, attraverso una serie di pratiche costituzionali ispirate ai criteri della elasticità, della moderazione, dell'equilibrio tra i poteri. Il modello costituzionale che ne era scaturito, e che si vorrebbe ora abbandonare, era da Orlando esplicitamente definito « anglo-italiano », per sottolineare il suo carattere storico, « antinormativo ed antisistemico », caratteristico in primo luogo della Costituzione inglese, contrario a quelle razionalizzazioni indotte e disposte dall'alto, che si vorrebbero ora invece introdurre ⁽²²⁾.

Si assisteva così, all'indomani della emanazione della Costituzione, ad un vero e proprio scontro tra due dottrine costituzionali. Da una parte, la dottrina della tradizione, d'impianto storicistico, che confidava in una permanenza del vecchio modello liberale del governo parlamentare, per quanto rivisto all'interno di una Costituzione repubblicana e con la presenza decisiva dei partiti, e che vedeva dunque la Corte collocata in una pericolosa posizione « supersovrana », tale da mettere in discussione « la pluralità e l'equilibrio degli organi sovrani », a sua volta considerata, a partire dalla tradizione storica statutaria del rapporto tra monarchia e Parlamento, come l'essenza dello Stato di diritto e della sua forma di governo liberale ⁽²³⁾; dall'altra, la nuova dottrina della Costituzione, che si era formata a partire dagli anni Trenta, che in sostanza si batteva per un nuovo modo d'intendere il principio di sovranità popolare, e insieme per affermare la nuova idea della Costituzione rigida, cui era collegata l'istituzione della stessa Corte costituzionale. Da una parte, ci si batteva per la permanenza della vecchia idea liberale della 'sovranità della Costituzione', dall'altra si propugnava una nuova concezione del primato della Costituzione, da intendere come norma in sé dotata di piena prescrittività, capace per forza propria divincolare i poteri e di indirizzare l'esercizio di ogni potere discrezionale, da quello del legislatore fino a quello degli stessi privati all'interno delle loro sfere di autonomia.

italiana »: *ivi*, p. 110. Orlando pensava qui certamente a Mortati, non senza una vena polemica, collegata alla esclusione della scuola giuridica nazionale, e sua personale, dalla Commissione dei Settantacinque, che aveva redatto il progetto di Costituzione.

⁽²²⁾ *Ivi*, pp. 111-113.

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 126.

Era questa seconda la dottrina, di Costantino Mortati, di Vezio Crisafulli, di Piero Calamandrei, e di altri ancora, su cui si poteva contare per quella attuazione della Costituzione, che si presentò fin dall'inizio problematica (24). Quella dottrina poteva giocare carte importanti, perché la Costituzione era comunque il segno del superamento del precedente regime, si legava a sentimenti politici diffusi, al rinnovato esercizio delle libertà politiche, allo stesso principio democratico. Ma non erano da sottovalutare neppure le carte in mano alla dottrina più tradizionale. Una in particolare era spendibile con efficacia tra i giuristi. Era quella che della nuova Costituzione metteva in rilievo l'incerta natura normativa, soprattutto con riferimento alle norme fondamentali di principio, frutto di evidenti compromessi politici, ma dalle quali si pretendeva comunque di far derivare una sorta d'indirizzo fondamentale, per i pubblici poteri, ma anche nello spazio stesso della società civile, e dunque un processo di attuazione che era sentito come intrinsecamente politico, e in ultima analisi come minaccioso per la solidità dell'ordinamento, per il tradizionale valore liberale della certezza del diritto.

Non erano dispute solo dottrinali. A proposito della forza normativa della Costituzione, Orlando concludeva il suo saggio citando l'autorevole opinione della Cassazione, a suo giudizio « eccessivamente » allineata alla opinione di coloro che in quegli anni avevano « contestato il carattere normativo » di « non poche disposizioni di fondamentale importanza » della Carta costituzionale (25). Più precisamente, il nostro giurista si riferiva ad una celebre e discussa sentenza delle Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, del 7 febbraio del 1948, con cui s'introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attua-

(24) Sulla dottrina costituzionalistica italiana all'indomani della emanazione della Costituzione, si veda F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 ed il 1954*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, pp. 749 ss.; ed ora anche M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giurisprudenza nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35 (2006), pp. 849 ss.

(25) V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo*, cit., p. 137.

tivo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore una discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione (26). Come abbiamo visto, Orlando considerava 'eccessiva' una simile costruzione dottrinale, creata certamente dalla Cassazione per contrastare un pieno dispiegamento del processo di attuazione della Costituzione, ma nello stesso tempo, dall'interno del suo modello costituzionale, non poteva non guardare con simpatia a tutti quei dispositivi teorici, messi in opera dalla giurisprudenza o dalla stessa dottrina costituzionale, con cui si puntava a mettere un freno in quella direzione.

Orlando non era certo solo nell'assumere queste posizioni, negli anni compresi tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'istituzione della Corte costituzionale nel 1956. Scavando nei commenti alla sentenza della Cassazione, sopra ricordata, si scopre anzi l'esistenza di una sorta di 'opinione media' dei giuristi, che riteneva tutt'altro che errato quel ragionamento della Corte, con cui si rendeva necessario il ruolo attuativo del legislatore per dare sostanza normativa alla Costituzione, altrimenti destinata a rimanere sulla carta nella sua parte più rilevante. Per questi giuristi (27), la Costituzione è ovviamente norma positiva vigente, ma non nel senso tradizionalmente proprio della legge, che consiste nel disporre direttamente, con forza propria, nei rapporti tra i consociati. La Costituzione vige nel senso che non si possono emanare leggi con essa in contrasto, e nel senso del complesso di vincoli che pone ai poteri pubblici, ma per essere pienamente norma nel concreto della esperienza giuridica essa ha bisogno della forza di legge, che solo la legge possiede. In altre parole, la Costituzione stenta a conquistare il centro dell'ordinamento, che è ancora occupato dalla legge, per quanto ora positiva-

(26) Cass. Sez. un. pen., 7 febbraio 1948, in « Foro italiano », 1948, II, pp. 57 ss. Sulla sentenza, e sul contesto complessivo della attuazione della Costituzione in quegli anni, si veda S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 41 ss., al quale rinviamo anche per gli aspetti di seguito trattati nel testo.

(27) Si veda ad esempio A. AMORTH, *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, in « Foro padano », 1948, ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 1019 ss.

mente limitata dalla Costituzione medesima. E più in genere si stenta a superare il punto che si era raggiunto con l'esperienza liberale: in ultima analisi, la Costituzione non è ancora pronta ad essere pienamente 'legge fondamentale', e dunque a porsi per forza propria al vertice del sistema delle fonti di diritto non in astratto, ma nel concreto della esperienza giuridica, diretta mente nelle relazioni tra i consociati.

Bisogna poi aggiungere che tutto questo dibattito sulla normatività della Costituzione aveva anche un preciso risvolto pratico, che atteneva alla sorte delle norme entrate in vigore prima della Costituzione, che con essa confliggevano in modo evidente, com'era il caso delle norme emanate negli anni Trenta, in particolare dei Codici, penale e di procedura penale, e della legge di pubblica sicurezza, in chiarissimo contrasto con il nuovo apparato garantistico in materia di diritti di libertà introdotto dalla stessa Costituzione. È infatti evidente che far prevalere l'opinione dottrinale più tradizionale, riflessa anche nella sentenza della Cassazione significava di fatto creare il presupposto per la permanenza di quelle norme, che inattesa della istituzione della Corte costituzionale non avrebbero potuto essere disapplicate dai giudici per contrasto alla Costituzione, essendo quest'ultima ritenuta per l'appunto priva di una forza normativa propria, capace da sola, senza l'intermediazione della legge, di applicarsi direttamente ai rapporti e ai casi concreti. Così, le norme degli anni Trenta rimanevano in vigore, e la Costituzione con il suo apparato garantistico rimaneva sospesa nel vuoto, in uno spazio che ad un certo punto sembrava essere irrimediabilmente lontano dal concreto della esperienza giuridica.

Il problema non si poneva tanto sul piano ideale, della adesione ai nuovi principi che si volevano introdurre con la Costituzione, né si può dire che assumere un punto di vista interno alla tradizione significasse necessariamente difendere ad oltranza la legislazione degli anni Trenta. Il punto era un altro, e si collocava più propriamente sul piano della cultura giuridica e costituzionale. Ciò che non si poteva ammettere è che la Costituzione, con la sua origine così scopertamente politica, in quanto frutto esplicito delle forze politiche costituenti, potesse sottrarre a quelle leggi la loro forza, la loro capacità cogente. Per abrogarle, non a caso si ritenevano necessarie altre leggi, emanate in attuazione della Costituzione. Al fondo di

simili convinzioni permaneva in modo evidente, come ulteriore eredità della cultura costituzionale dell'età liberale, il tradizionale punto di vista positivistico e statualistico, secondo cui *lo Stato precedeva la Costituzione*: la cesura che la seconda aveva prodotto non avrebbe dunque mai dovuto essere così profonda da cancellare la permanenza del primo, con le sue leggi. Si doveva quindi procedere comunque con prudenza alla disapplicazione, o abrogazione, delle norme previgenti, facendo salvo il principio della continuità dello Stato, in un certo senso come se fosse sempre stato lo stesso soggetto, prima e dopo la Costituzione, quello che aveva provveduto ad emanare le norme, e poi successivamente ad abrogarle, per quanto ora, in questo secondo momento in attuazione della Costituzione.

Ma c'era di più. Al fondo, agiva anche la convinzione che le norme costituzionali, quasi per loro natura, non fossero comunque destinate ad operare direttamente nei rapporti tra i consociati ma avessero in sostanza come destinatari quasi esclusivi i poteri pubblici, e in particolare il legislatore. Non era difficile individuare la radice di tutto questo nella tradizione costituzionale dell'età statutaria, che allo Statuto chiedeva essenzialmente — come abbiamo visto — di rappresentare e garantire un rapporto equilibrato tra i poteri pubblici, e non certo di operare direttamente come norma giuridica. Certo, con l'avvento della Costituzione repubblicana un importante mutamento si era prodotto comunque, nel senso che la norma costituzionale tendeva ora a vincolare i poteri pubblici in modo diverso e più ampio: basti pensare a questo proposito a quelle norme che affidavano compiti in positivo alla Repubblica, come nel caso dei diritti sociali. Ma al di sotto di tutto questo vi era come uno strato profondo che al momento continuava a rimanere inalterato. E lì si trovava ancora la convinzione che senza l'intermediazione della legge la Costituzione non potesse operare nei rapporti giuridici, essendo in sostanza norma pattizia di origine politica, che solo per il tramite della legge acquisiva natura e forza giuridica ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Sul piano del contrasto della legge con la Costituzione, una simile impostazione spingeva a configurare il controllo di costituzionalità come controllo del corretto esercizio del potere discrezionale del legislatore, e dunque la relativa sanzione d'incostituzionalità come sanzione nei confronti di un esercizio distorto di quel potere, finendo

Questa impostazione, che manteneva la Costituzione in una posizione distaccata dall'ordinamento positivamente vigente nel concreto dei rapporti giuridici, come norma meramente regolativa dei rapporti tra i poteri pubblici, o degli indirizzi da essi assunti, era così forte da imporsi anche a quei giuristi che più si erano schierati dalla parte della Costituzione e della esigenza di una sua pronta attuazione. È il caso di Vezio Crisafulli, che pure, nel 1952, polemizzava apertamente contro coloro che considerando meramente programmatiche le norme di principio della Costituzione mostravano di non avere compreso la trasformazione prodottasi tra Otto e Novecento, ancora in corso, e di essere quindi permanentemente prigionieri dello « schema tipico delle Costituzioni ottocentesche », ormai inadeguato per le Costituzioni democratiche e sociali del Novecento ⁽²⁹⁾. Ma quando si passava alla parte ricostruttiva, e si tentava dunque di delineare i caratteri e i modi concreti di esistenza della normatività della Costituzione, non si sfuggiva dalla trappola della Costituzione come norma esclusivamente diretta ai poteri pubblici, e in particolare al legislatore. Così, Crisafulli considerava le « norme-principio » della Costituzione nel loro insieme, come « un indirizzo politico tradotto in termini di norme costituzionali », la cui normatività si esplicava mediante un « esercizio obbligatorio della potestà legislativa » ⁽³⁰⁾: anche nella sua posizione la Costituzione esisteva dunque come norma generica prima di tutto attraverso il legislatore, perché era in grado di mettere in moto il legislatore, nella

così fatalmente per essere applicabile solo alle leggi da emanare, e che saranno emanate dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Anche per questa via, si tornava dunque a negare la rilevanza immediata della Costituzione nei confronti delle norme emanate anteriormente. Torneremo più avanti su questo punto.

⁽²⁹⁾ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 12. Né si può dimenticare che proprio Crisafulli fornì in quegli anni un'esemplare ricostruzione critica della tradizione dottrinale del principio di sovranità dello Stato-persona, e della sua inconciliabilità con il principio di sovranità popolare contenuto in Costituzione: V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954), ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 94 ss.

⁽³⁰⁾ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione* (1948), in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni*, cit., pp. 27 ss.; e ID., *Le norme « programmatiche » della Costituzione* (1952), ivi, pp. 51 ss., poi anche in ID., *Stato, popolo, governo*, cit., pp. 53 ss.

linea indicata proprio nelle norme di principio, nei principi fondamentali della Costituzione medesima. Si rischiava così di ridurre la trasformazione costituzionale in corso, che pure Crisafulli individuava e rivendicava, alla dimensione di un accrescimento di compiti attribuiti dalla Costituzione allo Stato, o del prodursi di una maggiore intensità del vincolo che la prima era capace d'imporre al secondo, ma rimaneva sullo sfondo ancora una volta il pieno dispiegamento della forza normativa diretta della stessa Costituzione.

La normatività della Costituzione era dunque affidata in modo quasi esclusivo alla sua capacità di vincolare il legislatore e l'insieme dei poteri pubblici, indirizzandoli verso la sua attuazione. Ma quei poteri, e in particolare il legislatore, che i costituenti avevano immaginato impegnati nella concretizzazione dei precetti costituzionali attraverso grandi leggi organiche di riforma sociale non esistevano nei fatti. Il tessuto connettivo di cui si era alimentato il patto costituente si era infatti lacerato quasi subito, in particolare con le elezioni del 1948, ed era così subito caduta la prospettiva della attuazione costituzionale attraverso l'azione concorde dei poteri pubblici, e più specificamente per via politico-parlamentare. In questa situazione, era necessario uno scatto in avanti. Era necessario ripensare da capo la Costituzione come norma giuridica, e in particolare proprio *le* sue tanto discusse norme di principio. Si doveva passare da una concezione di quelle norme come principi ispiratori di un indirizzo fondamentale da realizzare essenzialmente per via legislativa ad una concezione in cui finalmente le norme di principio fossero veramente tali, ovvero norme di vertice di un ordinamento ad esse conformi, autentiche norme giuridiche su cui fosse possibile fondare pronunce giurisdizionali capaci di determinare in concreto l'interpretazione di una legge, o magari di provocare e sanzionare la sua invalidità ⁽³¹⁾.

In verità, esisteva un filone della cultura costituzionale italiana di

⁽³¹⁾ Sul punto sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., pp. 11 ss. Sulle incertezze dei costituenti nella qualificazione delle norme di principio, si veda ora S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in Id. (a cura di), *Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze: La democrazia, la cultura, il diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 43 ss. Sul tipo di positività che può essere proprio delle Costituzioni democratiche come quella italiana del 1948, si

tipo schiettamente positivistico che fin dall'inizio aveva cercato di guardare alla Costituzione come norma giuridica da attuare essenzialmente per via giurisdizionale, attraverso un'interpretazione delle leggi sempre più conforme e vicina ai principi della Costituzione. Se ne faceva interprete un personaggio di primissimo piano come Carlo Esposito, nell'ambito di una distinzione rigorosa tra politica e diritto. Questa linea ebbe però spesso il torto di porsi frontalmente contro la soluzione della Corte costituzionale, quasi riecheggiando *le* posizioni — da noi già viste — assunte da Orlando, vedendo nella Corte un soggetto che quasi necessariamente avrebbe finito per contrapporsi sul piano politico al Parlamento, e dunque sottovalutando per converso quella capacità di dialogare con le magistrature, e con lo stesso Parlamento, che la Corte medesima avrebbe in effetti successivamente mostrato ⁽³²⁾.

Dall'interno del filone positivistico, un'altra voce ancora era quella di Piero Calamandrei, che più intensamente si era misurato con la grande trasformazione in corso, anche attraverso la partecipazione diretta alla Assemblea costituente. I suoi celebri atti di accusa nei confronti della inattuazione della Costituzione, e in particolare nei confronti della permanenza, contro i nuovi principi di stampo garantistico, della legislazione penale degli anni Trenta, si associano ad una sofferta e progressiva rimeditazione del tradizionale principio di legalità, e ad una conseguente rivalutazione del ruolo della interpretazione giurisprudenziale, necessaria premessa per una concretizzazione della Costituzione come norma giuridica. Con Calamandrei, uno dei costituenti più radicali nel sostenere la libertà di azione del nuovo potere costituente, si intuisce la possibilità di un positivismo critico non più compromesso con le concezioni statualistiche, e dunque non più condizionato dalla idea della necessaria continuità dello Stato, ma nello stesso tempo attento a non confondere politica e diritto, e dunque proteso verso un'attuazione della Costituzione, che significasse essenzialmente suo pieno

vedano ora le riflessioni di A. DI GIOVINE, *Dall'approvazione all'attuazione della Carta costituzionale: l'ineluttabile dilazione*, in «Democrazia e Diritto», 2005, 4.

⁽³²⁾ Si veda in particolare C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 280 ss.

riconoscimento come norma giuridica, posta al vertice dell'ordinamento, e come tale utilizzata ed applicata dai giudici, nella interpretazione delle leggi, e nella loro eventuale invalidazione ⁽³³⁾.

Ciò che in questi termini era stato solo intuito iniziò quasi improvvisamente a divenire realtà con l'istituzione della Corte costituzionale. Con la prima sentenza della Corte, del 5 giugno 1956, che dichiarò incostituzionali alcune norme del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931 per contrasto con l'art. 21 della Costituzione, sembrarono infatti cadere di colpo, e nello stesso tempo, i due pilastri su cui si erano fino a quel momento rette le tesi che avevano negato piena normatività alla Costituzione, ovvero l'impossibilità di sanzionare direttamente l'incostituzionalità delle norme entrate in vigore prima della Costituzione, e la natura non immediatamente precettiva di molte norme costituzionali, e principalmente delle norme di principio. La Corte affermò infatti la sua competenza esclusiva a sindacare la costituzionalità di tutte le leggi, comprese quelle emanate anteriormente, ed in relazione a tutte le norme della Costituzione, al di là della loro formulazione in senso più o meno precettivo o programmatico ⁽³⁴⁾.

Si apriva in questo modo uno spazio nuovo. Non a caso, in quel

⁽³³⁾ Per l'evoluzione del pensiero di Calamandrei in quegli anni, si veda P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1960*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 158 ss. Sul punto, si vedano ora, da angolature diverse, anche B. SORDI, *Piero Calamandrei rettore*, e N. TROCKER, *Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei rettore*, cit., rispettivamente pp. 17 ss. e 60 ss. Su Calamandrei e l'Assemblea costituente, si veda ancora S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione*, ivi, pp. 30 ss.; e infine Id. (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948*, Roma-Bari, Laterza, 2007. I saggi di Calamandrei cui ci riferiamo nel testo sono assai noti: P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in Id., *Dieci anni dopo 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955, ora in Id., *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. II, *Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, pp. 467 ss.; e Id., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente (1955)*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1985, pp. 600 ss.

⁽³⁴⁾ Sulla sentenza si veda S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 122 ss. Sulla istituzione della Corte si vedano G. BISOGNI, *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in *La prima legislatura repubblicana*, cit., pp. 71 ss., e A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte Costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in « Giurisprudenza costituzionale », XLIX (2004), 4, pp. 3065 ss.

medesimo anno molti dei giuristi che abbiamo incontrato, come Mortati, Esposito, Crisafulli, e altri ancora, come Giannini e Vassalli, si raccolsero attorno al progetto di una nuova rivista, la « Giurisprudenza costituzionale », che aveva come obbiettivo proprio quello del dialogo tra la cultura costituzionale e la giurisprudenza che si andava ora a formare. Il fatto che la Corte avesse con chiarezza affermato la sua competenza a sindacare la costituzionalità delle leggi emanate anteriormente era decisivo: in questo modo diveniva infatti palesemente incongrua la tesi che voleva che la pronuncia d'incostituzionalità fosse in sostanza una sorta di sanzione contro un futuro esercizio contrario a Costituzione della discrezionalità legislativa, e s'iniziava così a demolire quell'idea, così diffusa, che le norme costituzionali quasi per loro natura avessero come destinatari esclusivi i poteri pubblici, e in particolare quello legislativo.

La sanzione d'incostituzionalità che colpiva la norma emanata anteriormente diveniva così l'emblema della emersione di una *nuova normatività*, che a questo punto non poteva più essere ristretta alla mera regolazione dei poteri pubblici, e si applicava perciò al complesso dei rapporti, non solo politici, ma anche civili sociali ed economici. Finalmente la Costituzione diveniva norma azionabile, ed entrava in contatto con tutti i rami dell'ordinamento. Il modello ottocentesco della Costituzione come norma di mera regolazione dei rapporti tra i poteri pubblici, e di semplice fissazione dei limiti alla loro attività, si avviava dunque ad essere superato nei fatti, nel concreto della esperienza giuridica comune. Non è esagerato affermare che la Costituzione iniziava così a vivere in una nuova dimensione, e che nello stesso tempo si determinavano le condizioni per l'emersione di *una nuova forma di Stato*, diversa dallo Stato liberale di diritto del XIX secolo. Torneremo più avanti su questo punto decisivo.

Preme per ora continuare a seguire il percorso avviato con l'istituzione della Corte. Ciò che si apre è un dialogo crescente tra le magistrature e la Corte costituzionale, che conduce a considerare la Costituzione sempre più norma giuridica piena, direttamente applicabile. Di tale tendenza si tirano le somme già alla metà degli anni Sessanta. Basterà ricordare a questo proposito la mozione conclusiva del XII Congresso indetto dall'Associazione nazionale magistrati, del 1965, secondo cui spetta al giudice, non in virtù di una speciale

attribuzione, ma come conseguenza immediata dell'esercizio ordinario della sua funzione, il compimento delle seguenti attività: « (1) applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; (2) rinviare all'esame della Corte Costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; (3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale » (35). Come ben si vede, siamo di fronte ad una posizione diametralmente opposta a quella assunta dalla Cassazione nel 1948, con la nota sentenza che anche noi abbiamo ricordato. Quella Costituzione, che prima doveva guadagnarsi sul campo la propria normatività, di volta in volta, attraverso lo strumento delle leggi di attuazione, è ora in modo chiaro la norma giuridica suprema, prima di tutto perché i giudici la considerano tale, dovendo essi in primo luogo garantire la sua applicazione, o comunque operare perché le altri fonti di diritto non si pongano con essa in contrasto.

La battaglia per la Costituzione sembrava dunque alla fine vinta, o comunque sembrava che un certo percorso fosse stato compiuto nella sua interezza, anche perché in questi anni il ruolo espansivo della Costituzione aveva finito per investire anche il Parlamento, con l'attuazione dell'ordinamento regionale, con l'approvazione della legge sul referendum, con una serie di leggi sociali, in materia di diritti dei lavoratori, di scuola, di famiglia, di edilizia, chiaramente collegate ai principi della Costituzione, e anzi spesso in modo esplicito emanate in attuazione della Costituzione (36). Insomma, era mutato il quadro generale. E finalmente la Repubblica aveva la sua Costituzione, e dunque non solo un Parlamento liberamente eletto, ma anche le fondamentali istituzioni di garanzia, un controllo di

(35) Associazione nazionale magistrati, *XII Congresso Nazionale. Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309 ss.

(36) La legislazione a cui ci si riferisce nel testo in modo sommario è stata emanata nel corso degli anni Settanta. Su questo periodo si vedano ora le ricerche compiute nell'ambito del progetto dedicato a *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, e in particolare *Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Manina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003.

costituzionalità, una funzione giurisdizionale operante nella linea dei principi della Costituzione, ed ora anche un ampio sistema di autonomie in via di formazione. Se noi riprendiamo in mano il nostro filo conduttore, si potrebbe concludere nel senso di una piena affermazione della Costituzione come 'legge fondamentale', capace di essere norma suprema, non solo nel processo politico e nel mutamento costituzionale, ma anche nel sistema delle fonti di diritto.

Eppure, proprio in questo momento, in cui sembrava concludersi in senso positivo la battaglia per la normatività della Costituzione, che era stata ingaggiata con tanta difficoltà praticamente all'indomani della sua emanazione, e con essa l'acquisizione alla democrazia italiana della essenziale dimensione della 'legge fondamentale', si apriva in realtà una fase ancora nuova e diversa, dai contorni incerti e problematici. Torniamo a questo proposito ancora una volta alla cultura costituzionale. Su questo piano, non può non colpire il fatto che Costantino Mortati, uno dei padri costituenti che più si era impegnato per dare alla Costituzione pieno valore normativo, nel 1975, commentando il primo articolo della Costituzione, non compia per nulla alcuna apologia del processo di attuazione costituzionale e dei suoi esiti, che a metà degli anni Settanta erano per altro ben constatabili. Al contrario, Mortati lamenta quello che a lui pare essere un palese tradimento del principio di sovranità popolare, e dunque una lesione evidente dell'articolo primo della Costituzione. I partiti, in primo luogo, sono oggetto della critica di Mortati. Proprio quei partiti cui pure la stessa dottrina mortatiana aveva attribuito un grande ruolo, e che concretamente erano stati gli autori della Costituzione. Ora essi sono visti come gli attori, in Parlamento e nelle istituzioni in genere, di un processo di continua ed incessante negoziazione, che disperde in mille rivoli l'attività legislativa, e che soprattutto impedisce la formazione di un indirizzo politico coerente e stabile, che come tale possa essere presentato al popolo sovrano, e da questo essere approvato o ricusato, proprio in attuazione del principio democratico, di sovranità popolare ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Art. 1-12. *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, pp. 1 ss. Già nella seconda metà degli anni Sessanta, in una

Pochi anni più tardi, proprio al compimento dei trenta anni di vigenza della Costituzione, Vezio Crisafulli constata come sia ormai diffusa l'impressione « che la Costituzione non sia stata in grado di contenere entro il quadro della legalità repubblicana, di cui sta alla base ed enuncia i principi, l'evoluzione dei rapporti sociali e politici », e ancora « che il regime in essa disegnato si sia rivelato intrinsecamente fragile, incapace di resistere alla accresciute spinte centrifughe, alla prepotenza dei gruppi organizzati, alla protervia di oscure coalizioni di interessi ai margini tra pubblico e il privato ». Crisafulli è ben consapevole del cammino compiuto, nella linea della « attuazione giurisdizionale » della Costituzione ma lamenta le incoerenze, i ritardi e la frammentarietà della « attuazione legislativa », da imputare ancora una volta, in significativa sintonia con Mortati, al ruolo dei partiti, che da una parte avevano invaso le istituzioni, ma dall'altra si erano rivelati incapaci di filtrare e governare in modo adeguato la grande massa di interessi organizzati in essi medesimi presenti in modo sempre più condizionante ⁽³⁸⁾.

Si scopre così, anche grazie a queste testimonianze, una sorta di seconda faccia degli anni Settanta: non più solo quella della grande legislazione sociale in attuazione dei principi costituzionali, ma anche l'altra, assai meno gradevole, dell'abbandono di ogni politica di programmazione, con il ricorso sempre più frequente ad una legislazione di carattere congiunturale, e alla normazione per legge degli oggetti più minuti e disparati, sotto la pressione proprio di quegli interessi sezionali che i partiti non riescono più a selezionare, a filtrare, a ricondurre alla dimensione dell'indirizzo politico. È come se ciò che a lungo è stato atteso ovvero la riforma sociale per via legislativa, in attuazione della Costituzione, non appena conseguito, mostrasse subito il suo rovescio: dalle grandi leggi sociali alle legghine meramente costitutive di benefici a categorie grandi e piccole, dai partiti come soggetti protagonisti del processo di attuazione delle grandi-norme di principio della Costituzione ai partiti come

direzione analoga si era espresso V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1966), in ID., *Stato, popolo, governo*, cit., pp. 209 ss.

⁽³⁸⁾ V. CRISAFULLI, *Ombre e luci della Costituzione* (1978), ivi, pp. 279 ss. In questo saggio, Crisafulli richiamava il suo precedente contributo del 1966 cit. *supra*, nota 37.

meri strumenti di trasmissione degli interessi organizzati nel sistema politico ⁽³⁹⁾.

Con gli anni Settanta troviamo dunque, in rapida successione entrambi gli aspetti: la riforma sociale e l'attuazione della Costituzione, ma anche l'inizio del declino del ruolo dei partiti, e con essi della immagine dello stesso Parlamento, sempre più sottoposti, gli uni e l'altro, alla pressione degli interessi sezionali, sempre meno capaci di offrire soluzioni coerenti ed organiche. Come abbiamo visto, è la stessa cultura costituzionale a sottolineare la complessità di questo passaggio, e a lamentare come il secondo degli aspetti nominati finisca per produrre in prospettiva una vera e propria *nuova crisi della Costituzione*, della cui riforma s'inizia a discutere non a caso proprio verso la metà degli anni Settanta. La circostanza non deve stupire. Era infatti molto forte il legame che i costituenti, e la stessa cultura costituzionale avevano stabilito tra la Costituzione come norma e il Parlamento come luogo in cui istituzionalmente si rappresentava, anche grazie alla legge elettorale proporzionale e al ruolo essenziale dei partiti, la concreta esistenza del popolo-sovrano e si esprimeva perciò un indirizzo che non era solo politico, sulla base del principio di maggioranza, ma anche costituzionale o fondamentale, mediante una funzione legislativa capace di svilupparsi in attuazione della Costituzione. Cadendo quel ruolo dei partiti, ed appannandosi quella immagine del Parlamento, era dunque fatale che tornasse ad essere problematico anche il discorso sulla Costituzione.

Non è possibile ora trattare in modo analitico la fase ulteriore eh: si apre all'inizio degli anni Ottanta, e che si caratterizzerà proprio per il progressivo intensificarsi della discussione sulla riforma della Costituzione, fino a raggiungere un punto assai critico che in modo significativo è stato indicato come il « punto di abbandono della Costituzione come modello » ⁽⁴⁰⁾. Preme piuttosto formulare un'ul-

⁽³⁹⁾ Sulle problematiche istituzionali degli anni Settanta, si vedano gli studi raccolti in *Sistema politico e istituzioni*, cit., e in particolare, per i profili che qui più interessano i saggi di P. Scoppola (pp. 17 ss.), M. Gervasoni (pp. 203 ss.), M. Fioravanti (pp. 301 ss.), N. Tranfaglia (pp. 315 ss.) e U. De Siervo (pp. 389 ss.).

⁽⁴⁰⁾ La frase è di M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, in *Guida all'Italia contemporanea 1861-1997*, diretto da M. Firpo, N. Tranfaglia e P.G. Zunino, vol. II, *Istituzioni politiche e forme di governo*, Milano, Garzanti, 1998, pp. 1 ss.

tima considerazione, che più direttamente deriva dall'analisi storica del processo di attuazione costituzionale in Italia, e nello stesso tempo si collega alla domanda posta inizialmente, relativa ai caratteri della nostra tradizione costituzionale, e in particolare alla radicazione nel nostro paese della 'legge fondamentale' come dimensione essenziale nella regolazione delle istituzioni, e delle stesse relazioni tra i consociati.

Noi riteniamo che nella valutazione di quel processo, e di quei caratteri, non si possa dimenticare con facilità il fatto che il momento di svolta fu dato dalla istituzione della Corte costituzionale, e dalla sua prima celebre sentenza. Se noi intendiamo un qualsivoglia processo di attuazione costituzionale come un processo di progressiva conquista, da parte della Costituzione, di una dimensione di piena normatività, non v'è dubbio alcuno che nel caso dell'Italia il momento decisivo nell'ambito di quel processo sia da collocare nel 1956, con l'istituzione della Corte. Non solo perché da quel momento esiste un importante istituto di garanzia che era stato previsto dai Costituenti, ma anche e soprattutto perché di lì in poi inizia il dialogo tra la Corte stessa e i giudici, e questi progressivamente si abituano a considerare la Costituzione come autentica norma giuridica, direttamente applicabile nel concreto della esperienza giuridica ⁽⁴¹⁾. In fondo, anche sul piano storico, è proprio questa la grande novità, rispetto al modello ottocentesco e allo Statuto albertino: la Costituzione è ora in modo chiaro un atto normativo direttamente applicabile « alla vita di relazione non solo ad opera di alcuni organi privilegiati, ma da tutte le autorità ed i soggetti coinvolti nei rapporti sociali » ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Per i mutamenti nel corpo della magistratura si veda S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in *Sistema politico e istituzioni*, cit., pp. 403 ss. Si veda anche A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 54 (2004), 4, *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, pp. 1325 ss. A questo fascicolo si rinvia più in genere per gli studi sulla giuspubblicistica italiana della seconda metà del secolo scorso, e in particolare per il saggio di P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale* (pp. 1253 ss.).

⁽⁴²⁾ È questa una delle conclusioni della indagine dedicata da Sergio Bartole proprio alla storia della progressiva conquista della piena normatività da parte della Costituzione: S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 421.

In questo modo, la stessa dimensione della Costituzione come norma suprema si svincola dalla necessità di evocare continuamente l'originario potere costituente, e si realizza piuttosto in concreto, caso per caso, in tal modo fatalmente relativizzando in modo progressivo e diffuso, presso ciascun giudice, il grande ed antico mito della forza di legge. La Corte ha operato in questa direzione, in costante e necessario dialogo con i giudici, soprattutto attraverso le sentenze interpretative, prima di rigetto e poi di accoglimento, fino alle 'additive di principio', in cui ancora più evidente appare essere la trasformazione in corso della funzione giurisdizionale, in questo caso chiamata a determinare una vera e propria disciplina conforme a Costituzione, per quanto provvisoria, e in attesa che il principio enunciato dalla Corte trovi attuazione in sede legislativa⁽⁴³⁾. Al di là della prevalente e più tradizionale immagine della 'attuazione costituzionale' come processo politico-parlamentare, noi riteniamo che anche tutto questo processo, avviato nel 1956 e ancora in corso, debba essere considerato come parte essenziale del processo di attuazione della Costituzione.

Non importa ora aggiungere molto. Ovviamente, nessuna attuazione costituzionale può essere solo giurisdizionale, e d'altra parte il ruolo dei giudici, e della stessa Corte, nella interpretazione e nella attuazione della Costituzione non può non trovare un limite evidente nel principio democratico, e dunque nel ruolo essenziale che in una democrazia costituzionale svolgono, nella loro sfera, i poteri rappresentativi e d'indirizzo. Del resto, la Corte ha sempre mostrato di avere piena consapevolezza della esistenza di questo limite. L'obbiettiva estensione del suo sindacato oltre i confini astrattamente fissati tra legittimità e merito non implica affatto l'adozione di una logica invasiva nei confronti delle prerogative del legislatore. Al contrario, la Corte si è mostrata infinite volte assai prudente, e in genere rispettosa di quelle prerogative. La configurazione e l'estensione del suo ruolo non deve dunque essere considerata come il

(43) A ciò si aggiunga l'altro filone giurisprudenziale che attiene al sindacato della discrezionalità del legislatore in applicazione del canone generale della ragionevolezza: si veda ancora ivi, pp. 399 ss.; sulle 'additive di principio', e sulla problematica più generale del rapporto tra Corte e Parlamento, si veda anche E. GROSSO, *Parlamento e Corte costituzionale*, in *Storia d'Italia. Annali*, 17. *Il Parlamento*, cit., pp. 443 ss.

frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obbiettiva, che ha progressivamente condotto ad esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconnesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione. Al posto di una forma di Stato ordinata verticalmente, in cui la giurisdizione sottostava alla legislazione, e solo per suo tramite riusciva a vedere la Costituzione, si ha una nuova forma, in cui la Costituzione è norma primaria e suprema direttamente per i giudici come per il legislatore. La Corte, operando per la Costituzione, dialoga su entrambi i lati del modello, con i giudici e con lo stesso legislatore. Le sentenze interpretative si spiegano così, a partire dai casi concreti, come strumenti funzionali a tenere in equilibrio il sistema, e in esso il ruolo di tutti gli attori. La Costituzione non ha un nuovo padrone al posto del Parlamento, come pensava Orlando, e molti con lui. Il cambiamento è più profondo: è la Costituzione in sé che non tollera più alcun padrone ⁽⁴⁴⁾.

Torniamo ora alla fine degli anni Settanta. Abbiamo visto lo sferzante giudizio della cultura costituzionale nei confronti del

⁽⁴⁴⁾ Il senso di questa trasformazione costituzionale è ormai oggi ampiamente tematizzato nella letteratura corrente. Per tutti, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992. Per lo svolgersi della giurisprudenza della Corte nel senso indicato nel testo, si vedano S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 407 ss.; e E. GROSSO, *Parlamento e Corte costituzionale*, cit., pp. 451 ss. In senso più ampio, per il ruolo della giurisdizione nello Stato costituzionale, si veda ora R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 16. Seminario 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 63 ss., che prende in considerazione anche l'incidenza del diritto comunitario, e in particolare della sua applicazione per il tramite delle giurisdizioni nazionali, nella trasformazione complessiva in atto nel ruolo della giurisdizione. Si tratta di un punto relevantissimo, che non può essere qui trattato. Infine, sulla problematica complessiva dello 'Stato costituzionale', sono ora disponibili le ottime sintesi di E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2006; di P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2006; e di G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2006.

sistema politico. Noi crediamo che in quel giudizio, e soprattutto nel coinvolgimento in quella critica della stessa Costituzione, abbia agito in profondità una matrice risalente nel tempo, che vuole che nella tradizione europea, dalla rivoluzione francese in poi, le Costituzioni siano essenzialmente *norme politiche*, che tali sono nella loro origine costituente, e che tali rimangono anche nella loro attuazione, destinata a svolgersi, quasi per loro natura, per via politica, essenzialmente nei parlamenti, e con il contributo decisivo dei partiti; e che dunque quelle Costituzioni, mancando un ruolo forte di quei partiti, e di quelle assémblee rappresentative, siano destinate a cadere. È proprio a questa matrice che deve essere riconnessa sul piano storico la rapidità con cui in Italia verso la fine degli anni Settanta si aprì il discorso sulla crisi e sulla riforma della Costituzione, a partire dall'avvio della crisi e del declino dei partiti e della immagine delle rappresentanze politiche, come se la Costituzione medesima fosse fatalmente destinata a cadere insieme agli uni e alle altre, come se la Costituzione non fosse storicamente anche altro, ovvero norma applicabile ed applicata, che quotidianamente orienta l'interpretazione del diritto, e dunque lo svolgersi della funzione giurisdizionale.

Proprio la vicenda italiana dimostra però che quello dei poteri politici e d'indirizzo è solo il primo lato delle Costituzioni democratiche. Proprio la nostra esperienza, in cui quei poteri hanno provveduto ad attuare la Costituzione in modo solo frammentario e comunque assai ritardato, mostra come la Costituzione medesima abbia potuto nondimeno affermarsi, ed abbia continuato anzi ad espandere la sua forza nel tempo, oltre la fase critica degli anni Settanta, principalmente perché ha conquistato una dimensione di piena normatività nella interpretazione del diritto, nella concreta disciplina dei rapporti sociali, e dunque presso i giudici, nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Ancora oggi, esaurito il più recente tentativo di revisione, che conteneva più di un aspetto di vera e propria eversione della Costituzione esistente, non si deve mai dimenticare che quella Costituzione ha sempre e comunque continuato a vivere come norma fondamentale nella dimensione che le era preclusa nel corso dell'età liberale, e che ha conquistato più recentemente, ovvero perché è riconosciuta come tale dai giudici, e con essi nell'insieme delle relazioni, civili economiche, e politiche, cui si applica il diritto interpretato in conformità alla Costituzione.

Si può concludere con un'immagine, in cui tentiamo di racchiudere il senso dell'intero percorso seguito, dall'età liberale a noi. Abbiamo visto come nel corso dell'età liberale lo Statuto trovasse un limite obbiettivo al suo essere 'legge fondamentale': in una parola, lo Statuto si occupava essenzialmente dei rami alti, della disciplina dei poteri, della forma di governo, e solo in modo molto mediato poteva dirsi norma giuridica applicabile, che interessava la disciplina dei rapporti giuridici tra i consociati, in qualità di norma suprema dell'ordinamento, collocata al vertice del sistema delle fonti di diritto. Come abbiamo visto, è proprio quest'ultima la dimensione che si è saputo conquistare nel corso dell'età repubblicana superando i limiti propri della precedente età liberale: in questo senso si può affermare che la Costituzione in questo passaggio stanco si è mossa scendendo fino ai rami bassi, in modo da divenire 'legge fondamentale' nel preciso senso di norma che opera costantemente nell'indirizzare l'interpretazione di ogni altra norma nel luogo dove ciò accade, che è la giurisdizione.

In altre parole, se nel corso dell'età liberale la Costituzione stava solo in alto, e di lì solo assai parzialmente era interessata a scorgere il concreto svolgersi della esperienza giuridica; ora, con l'età repubblicana, la Costituzione vive dentro quella esperienza, e accade così che di lì possa guardare, in direzione inversa, verso i rami alti. Ma se lo Statuto guardava comunque con una certa indifferenza verso il basso, presupponendo che i rapporti tra i consociati fossero normati in modo tutto sommato solido e durevole dalla legge; ora, lo sguardo della Costituzione verso l'alto non può non essere denso di preoccupazione, con riferimento a ciò che sta accadendo sui rami alti. Non si dimenticherà infatti ciò che abbiamo affermato in premessa: una Costituzione è 'legge fondamentale' quando accanto alla sua capacità di collocarsi al vertice del sistema delle fonti di diritto essa è in grado anche di regolare l'assetto della forma di governo, e lo stesso mutamento costituzionale. Questi ultimi due sono ora divenuti in effetti i fronti più problematici per l'esistenza della Costituzione come 'legge fondamentale'. Proprio ora che sembrava acquisita in concreto la presenza normativa della Costituzione nella interpretazione del diritto, tutto torna in discussione, e a quella medesima Costituzione sembra sfuggire la *materia politica*, ovvero la regolazione del mutamento in atto nell'assetto tra i poteri, come

dimostrano i reiterati e confusi, per quanto infruttuosi, tentativi di revisione. Se prima, nel corso dell'età liberale, la Costituzione era una norma sostanzialmente politica cui era di fatto preclusa una trasformazione nel senso di una vera e propria norma giuridica, ora la Costituzione è una norma giuridica cui rischia di sfuggire la materia politica. Non si vuole trarre da tutto ciò ambiziose conclusioni di ordine teorico, relative al rapporto tra origine politica della Costituzione e sua natura di norma giuridica. Si conclude anzi con una semplice e banale constatazione che scaturisce quasi direttamente da tutta la vicenda esaminata: che la battaglia per la conquista della 'legge fondamentale' si svolge evidentemente sempre su più fronti, ed è forse destinata a non concludersi mai. Quel che è certo è che quella battaglia è ancora oggi pienamente aperta.

2.

IL PRINCIPIO DI RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE (*)

1. Rigidità, Flessibilità ed Elasticità della Costituzione. — 2. La forma di governo da Cavour ad Orlando. — 3. Una sanzione « giuridica » per il fondamento del governo. — 4. Il Commento allo Statuto. — 5. Cenni sulla Costituente.

1. *Rigidità, Flessibilità ed Elasticità della Costituzione.*

Iniziamo da uno dei più noti saggi sullo Statuto: quello di Luigi Rossi inserito negli « Studi giuridici in onore di Santi Romano », pubblicati nel 1940. Lo scritto è noto più che altro per quella che Rossi considerava una qualità dello Statuto, ovvero la sua *elasticità* (1). Secondo Rossi, era da considerarsi positivamente il fatto che in Italia non si fosse fatto una Costituzione in senso razionalistico, sul modello della rivoluzione francese. Nel nostro Paese era piuttosto prevalso « il senso pratico italiano », che « avvicinandosi allo spirito costituzionale inglese, e in antitesi alle tendenze dottrinarie e demagogiche francesi, ha ottenuto un felice connubio della Costituzione rigidamente scritta col suo progressivo adattamento alle varie circostanze, connubio favorito appunto dal carattere della elasticità ».

La elasticità non è dunque la flessibilità, intesa come libera modificabilità della Carta da parte del potere legislativo ordinario. Al contrario, la elasticità è una qualità che solo alcune Costituzioni rigide hanno, per essere esse state concepite in modo non « dottri-

(*) Una prima versione di questo saggio è stata presentata come relazione al Convegno organizzato dall'Accademia della Crusca, e dedicato a « Un secolo per la Costituzione 1848-1948 » (Firenze, 11 novembre 2011).

(1) L. Rossi, *La « elasticità » dello Statuto italiano*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940.

nario », ovvero con la consapevolezza di dover lasciare spazio a successivi adeguamenti, sulla base di disposizioni volutamente all'insegna della « sobrietà e generalità », come Rossi scrive (2). Lo Statuto è dunque una Carta costituzionale rigida, in quanto scritta, in quanto sentita come tale nella « coscienza pubblica », ma è nello stesso tempo positivamente dotata del carattere della elasticità. Non è certo flessibile, ovvero liberamente modificabile, a causa del dato formale dell'assenza di una formale procedura di revisione. È questo un equivoco da dissipare. Se lo Statuto può essere modificato in Parlamento, non è perché si tratta di una Carta debole, liberamente modificabile da parte delle maggioranze politiche, ma perché in quel sistema il Parlamento ha il compito irrinunciabile di aggiornare la Carta ai tempi che mutano. È anzi proprio questa funzione, che il Parlamento svolge, a mantenere integra nel suo nucleo fondamentale la Carta, semplicemente adeguandola a esigenze nuove, che di volta in volta si manifestano.

Il ragionamento di Rossi presentava però una grave carenza. Nella sua ricostruzione mancava un'indicazione chiara sulla consistenza effettiva della rigidità della Carta, ovvero non si comprendeva in cosa consistesse il nucleo fondamentale dello Statuto sostanzialmente irrieducibile, aggiornabile ma non alterabile nella sua sostanza. Cosicché si era autorizzati a dubitare della elasticità come qualità. Senza quella indicazione, l'elasticità rischiava infatti di librarsi nel vuoto, di degradare, di essere associata alla assenza nello Statuto medesimo di un vero e proprio modello costituzionale, così da farne una Carta conciliabile con regimi politici molto diversi. Insomma, non l'elasticità come qualità, ma una sorta di vestito buono per tutte le stagioni.

Cinque anni più tardi, Massimo Severo Giannini, incaricato con Jemolo d'introdurre lo Statuto nell'ambito della Collana promossa dal Ministero della Costituente, esprimerà questo concetto in modo piuttosto colorito: « Così lo Statuto è rimasto allo Stato italiano come certe illustri facciate, che nate a ornare dimore di signori, hanno mantenuto nei tempi la propria impassibile immobilità all'edificio divenuto via via fabbrica, abitazione di borghesi, e anche

(2) Ivi, p. 28.

cinema o garage »⁽³⁾. Dunque, altro che elasticità come virtù, come qualità! Quello che secondo Giannini emerge dalla storia dello Stato italiano è la sostanziale irrilevanza dello Statuto, per l'appunto una mera facciata, priva di nessi significativi con la sostanza dei diversi regimi politici succedutesi nel tempo, da quello monarchico puro a quello più o meno perfettamente parlamentarizzato, fino allo stesso regime fascista.

La corrosiva critica di Giannini coglieva nel segno, per lo meno in parte, con riferimento soprattutto al fascismo e alla disinvoltura con cui il regime aveva potuto mutare l'ordine costituzionale, salvo poi recare omaggio, di tanto in tanto, alla facciata statutaria. Quella critica però aveva anch'essa il suo difetto, che era quello di finire per provare troppo: in effetti, se lo Statuto era così davvero per sua natura, se ne doveva dunque dedurre che il nostro Stato unitario non aveva mai avuto una vera legge fondamentale? E ora che ci si apprestava a fare una nuova Costituzione, si doveva forse pensare che il punto di partenza era zero, ovvero che si agiva presupponendo sostanzialmente l'assenza di una qualsivoglia tradizione costituzionale nazionale? Si doveva forse concludere che il nostro Paese non aveva avuto uno Stato liberale di diritto con la sua Carta costituzionale? in effetti, se il giudizio di Rossi rischiava di essere un po' troppo indulgente e auto celebrativo, quello di Giannini rischiava l'estremo opposto, di essere sommariamente liquidatorio. Conviene allora riprendere il discorso da capo, dal 1848.

2. *La forma di governo da Cavour ad Orlando.*

Il testo che più ci può aiutare è il noto articolo di Cavour su « Il Risorgimento » del 10 marzo 1848⁽⁴⁾. Qui troviamo la radice prima del carattere elastico dello Statuto, da cui abbiamo preso le mosse. Ma vi troviamo anche quella indicazione chiara del nucleo fondamentale irriducibile dello Statuto che mancava nella ricostruzione di

⁽³⁾ C. A. JEMOLO, M.S. GIANNINI, *Lo Statuto albertino* (Testi e documenti costituzionali, 3, Collana promossa dal Ministero della Costituente), Firenze, Sansoni, 1946, p. 45.

⁽⁴⁾ Riprodotto quasi integralmente in F. MAZZANTI PEPE, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, Roma, Carocci, 2004, p. 121 e ss.

Rossi. Cavour si preoccupava di rintuzzare le critiche di quella parte dell'opinione pubblica liberale che aveva espresso sentimenti di delusione nei confronti dello Statuto, considerando la nuova Carta costituzionale troppo moderata, troppo legata all'antico principio monarchico. La stessa autoqualificazione dello Statuto nei termini di « Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della monarchia », contenuta nel Preambolo, non rassicurava certo per il futuro. Il monarca aveva forse inteso dire che quello era il limite estremo della sua concessione? E dunque che il processo di costituzionalizzazione, appena avviato, era già concluso? Con notevole abilità, Cavour rovescia l'argomentazione, e domanda: come si può pensare che si sia ipotecato il futuro, che la nazione abbia ceduto « l'indispensabile potere di modificare la sue forme politiche, a seconda delle nuove esigenze sociali »? Non può essere così, perché quel potere non è rinunciabile, è insito nella comunità politica.

C'è tuttavia anche per Cavour qualcosa d'irrevocabile, come dice il Preambolo: è « il patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo e il Re », come lo stesso Cavour scrive. Per questo motivo, popolo e Re, presenti insieme in Parlamento, anche attraverso lo Statuto stesso, che all'articolo terzo attribuiva l'esercizio del potere legislativo collettivamente al Re e alle Camere, potranno proprio in Parlamento modificare le clausole di quel patto, per adattarle ai tempi nuovi. Non potranno però farlo disgiuntamente, né tanto meno potranno rompere il patto medesimo. Ecco dunque l'elemento di rigidità che stavamo ricercando l'evoluzione futura si dovrà contenere nei confini del perfezionamento del patto, e mai verso la sua negazione. E poiché ai sensi dell'articolo secondo la forma di governo è monarchico-rappresentativa, nessuna evoluzione futura potrà dirigersi contro uno dei due poli del sistema, per far assumere alla monarchia un ruolo puramente simbolico da una parte, o per negare la rilevanza delle istituzioni rappresentative dall'altra parte. L'intento politico di Cavour è ben chiaro: garantire la Corona circa il suo ruolo nel sistema costituzionale, in modo che questo non prevedesse comunque evoluzioni in senso radicale e repubblicano, e nello stesso tempo garantire il movimento liberale circa il ruolo della rappresentanza politica, e circa la possibilità di un progresso graduale, pacifico perché condotto entro i confini dello Statuto.

Quella di Cavour non era la raffigurazione dello Statuto cara alla monarchia, che era arrivata allo Statuto da ultimo e per forza, concependo la Carta in modo secco come un atto di propria autorità, e non come il frutto di un patto. Era però la raffigurazione in prospettiva vincente, frutto di notevole lungimiranza politica, perché proponeva un tipo di patto in cui erano conciliati in modo adeguato gli interessi dei due contraenti. L'aspetto della rigidità garantiva infatti ciascuno dei due circa l'essenzialità del proprio ruolo, quello della elasticità garantiva la prospettiva di un'evoluzione moderata, comunque concordata tra le due parti. Ecco dunque l'origine, tutta politica, del carattere rigido, e nello stesso tempo elastico, dello Statuto ⁽⁵⁾.

Sul piano prettamente storico, è altamente deformante prendere solo la coda di questa costruzione, ovvero la modificabilità dello Statuto in Parlamento, e concludere nel senso della flessibilità. È vero che già in Cavour è ammessa — come abbiamo visto — la modificabilità dello Statuto in Parlamento, ma il riferimento cade sulla cosiddetta « onnipotenza parlamentare » all'inglese, con la sua corposa radice medievale nel principio del *King in Parliament*, e dunque su una funzione che non è creativa di « Costituzione » per via ordinaria, perché la Costituzione è storicamente data, ma rappresenta invece il rinnovamento e l'aggiornamento dell'antico patto tra popolo e monarchia. È in questi termini che Cavour pensava al futuro dello Statuto. Escludeva cioè che lo Statuto si riducesse a fonte ordinaria liberamente modificabile. Escludeva la flessibilità, in una parola. Ma patrocinava l'elasticità, ovvero il rinnovamento del patto in Parlamento, per adeguarlo ai tempi nuovi, e mantenere così integra la sua sostanza. In questo modo, s'indicavano implicitamente anche i punti di rottura, in entrambe le direzioni, quella neo-assolutistica da una parte, e quella radicale e repubblicana dall'altra.

⁽⁵⁾ Sullo Statuto come « Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della Monarchia », si rinvia a M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in Id. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 3 e ss., e alla letteratura ivi citata. Per un'analisi puntuale, si veda R. FERRARI ZUMBINI, *Tra idealità e ideologia: il rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino, Giappichelli, 2008.

Il rafforzamento di uno dei due poli non avrebbe dunque mai, in nessun caso, dovuto condurre alla riduzione a ruolo formale dell'altro polo. La logica dell'elasticità impediva le soluzioni estreme, evitava i punti sui quali l'elastico avrebbe potuto rompersi. Ma c'è di più. In questo modo, nazione e monarchia venivano indissolubilmente legati. Insieme stavano e insieme cadevano. Sarà così anche a partire dal 1925, di fronte alla insorgenza del regime fascista.

3. *Una sanzione « giuridica » per il fondamento del governo.*

Preme ora fare un altro piccolo passo avanti. Spostiamoci verso la fine del secolo, a metà degli anni Ottanta, quando ormai era già piuttosto diffusa la letteratura antiparlamentaristica, e in particolare la critica al governo parlamentare. Sul punto interviene, con un saggio pubblicato nel 1886, Vittorio Emanuele Orlando ⁽⁶⁾. Se quello di Cavour era un intervento schiettamente politico, tutto alla ricerca di difficili equilibri da conseguire sotto l'ombrello dello Statuto, quello di Orlando è ora un discorso che pretende di essere puramente giuridico, costruito per opera della scienza giuridica. In particolare, Orlando vuole dirci quale sia il modello giuridico del governo parlamentare, espressione in senso oggettivo, naturale e necessario, non ideologicamente viziato, della comunità politica nazionale. Per arrivare a questo obiettivo, Orlando adopera una tecnica nota: individua due estremi logici e politici — quello neo-assolutistico e quello radicale — in quanto tali entrambi da ricusare, per poi costruire una « terza via », quella che si pone come autenticamente giuridica. In questo senso, diciamo subito che Orlando raccoglie il testimone da Cavour, che pure costruiva la sua prospettiva politica — come abbiamo visto — sulla « terza via », sulla ricusazione dei due estremi politici.

Orlando, con gli strumenti del giurista, è ben più chiaro dello stesso Cavour nella indicazione di questa via. Da una parte, il primo estremo è dato dalla possibile confluenza della letteratura antiparlamentaristica in direzione di un certo modo d'intendere la parlamentarizzazione dei sistemi politici ancora corrente in Germania,

⁽⁶⁾ V. E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 345 e ss.

nella linea di un'interpretazione chiusa e letterale dell'articolo 65 dello Statuto: « Il Re nomina e revoca i suoi ministri ». Ritenere cioè che il governo debba sostanzialmente rimanere regio nella sua essenza, pur essendosi affermate prassi di vario genere tendenti a coinvolgere il Parlamento nella formazione del governo. Prassi che non possono però intaccare il nucleo fondamentale, di stampo regio, né possono tanto meno ergersi a « fondamento » del governo. È questo l'estremo neo-assolutistico, ricusato da Cavour come da Orlando.

Ma ciò che caratterizza in profondità questa linea di liberalismo politico e giuridico è la specularità del ragionamento verso l'altro estremo, quello radicale, che Orlando ravvisa in tutte quelle dottrine di stampo contrattualistica che hanno concorso a fare del legislativo una sorta di *summa potestas*, espressione della sovranità popolare, vera e propria forza creatrice di diritto. È evidente che in questa linea la maggioranza dell'assemblea, dotata di un vero e proprio *Mehrwert*, tende a divenire il fondamento esclusivo del governo, riducendo il monarca a un ruolo meramente notarile. Anche questa soluzione era da ricusare, perché anch'essa di stampo monistico, anch'essa fondata su un principio di sovranità di stampo politico: non più monarchico ma popolare.

E veniamo finalmente alla soluzione in positivo, alla soluzione giuridica. Essa si fonda sull'idea del doppio fondamento del governo, monarchico e parlamentare. Se è vero che la costituzionalizzazione progrediente rende inattuale la soluzione del governo regio, è altrettanto vero che il governo non può essere mera e esclusiva proiezione di una maggioranza politica. È questo il senso dell'articolo quinto dello Statuto: « Al Re solo spetta il potere esecutivo ». Che è come dire: il Re è indispensabile per evitare che il governo sia rappresentabile come il semplice comitato esecutivo della maggioranza politica, e dunque per trasformare quel governo in organo dello Stato, in potere esecutivo. In altre parole, grazie alla presenza del Re si evita che la maggioranza, dominante in un'assemblea che nella linea radicale è a sua volta ritenuta espressione necessaria del popolo sovrano, si senta legittimata, in quella veste, a dominare le istituzioni. È in questo senso che Orlando presenta la soluzione del doppio fondamento come « giuridica », nel senso di una soluzione che nega la dominazione di ogni principio politico, compreso il

principio di maggioranza espressione del principio di sovranità popolare, che è ritenuto « politico » perché incline a porsi, quasi per sua natura, in senso monistico, come fondamento esclusivo, non bilanciato.

Le argomentazioni di Orlando erano tutt'altro che peregrine. Erano in linea, ad esempio, con le riflessioni che erano state svolte da Constant, su un altro piano, circa la necessità del ben noto potere « neutro », o « preservatore », concepito per altro proprio per non lasciare il sistema costituzionale nel suo complesso in dominio delle maggioranze politiche, dei possibili abusi del legislativo e dell'esecutivo. Anche in Francia infatti, in particolare nell'età della Restaurazione, si era stati alla ricerca di una « terza via », che impedisse il ritorno indietro al legittimismo, ma anche salti in avanti, di stampo contrattualistica e radicale, in nome del principio di sovranità popolare. Si può dire anzi che questa sia la dimensione ideale e tipica del costituzionalismo liberale europeo del diciannovesimo secolo, che è dunque anche, nella sua parte prevalente, un costituzionalismo monarchico, nel senso che confida in un ruolo costituzionalmente delimitato, ma non di meno attivo, della Corona.

Lo Statuto, per parte sua, non fa eccezione ed è invece pienamente inserito in questa dimensione europea (7). Il ruolo attivo della monarchia, ribadito come necessità istituzionale dallo stesso Orlando, non è dunque da leggersi come formalizzazione di una sorta di anomalia nazionale, come un subalterno appoggiarsi alla monarchia per carenza di un chiaro e netto indirizzo politico nel Paese e in Parlamento, ma come espressione definita e consapevole di un carattere essenziale del costituzionalismo del diciannovesimo secolo, che non intende deliberatamente fondare il governo sulla base esclusiva del principio di maggioranza. Non per caso, la cultura costituzionale italiana di fine secolo — e lo stesso Orlando — ignorava del Paese madre del parlamentarismo, ovvero dell'Inghilterra, la ben nota trasformazione in direzione del governo del Premier, proprio perché quella nuova figura tendeva fatalmente a ridurre lo spazio costituzionale della monarchia, e si poneva nei termini di un accentramento — una sola e unica figura dominante in

(7) Si vedano i saggi contenuti in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di A.G. Manca e L. Lacchè, Bologna, il Mulino, 2003.

Parlamento e nel governo — sconosciuto al mondo liberale, che è un mondo all'insegna dell'equilibrio tra i poteri.

È dunque ingeneroso per tornare alla opinione di Giannini riportata all'inizio — dipingere lo Statuto come un vestito buono per tutte le stagioni. Quella Carta costituzionale disegnava invece un perimetro preciso, entro il quale gli attori politici e istituzionali avrebbero comunque dovuto svolgere la loro azione. Proprio al culmine dell'età liberale, nel 1914, scriverà Santi Romano nella sua sintesi dedicata al diritto pubblico italiano: « Noi riteniamo che lo Statuto sia effettivamente una legge superiore alle altre, non per la sua origine o perché emani da un'autorità superiore, ma per la sua natura, che si manifesta nella sua medesima intenzione, nella sua volontà di valere come tale » (8).

Non è dunque vero che l'età liberale si è consumata senza disporre di una propria legge fondamentale. È vero invece che nell'età del costituzionalismo liberale, dai primi decenni del diciannovesimo ai primi decenni del ventesimo, la superiorità della Costituzione è svincolata — come si legge implicitamente anche nella frase di Romano appena citata — dalla dimensione del potere costituente. Quella dimensione era stata abbandonata nella soffitta della Rivoluzione, in cui erano riposti i ferri vecchi, inutili e pericolosi, della fine del diciottesimo secolo. In età liberale, e dunque in Italia nell'età dello Statuto, la superiorità della Costituzione è data piuttosto dal fatto che in essa è trascritta la forma politica della nazione, che è monarchica e rappresentativa, perché così vuole la sua storia, e perché tale è di conseguenza il suo destino, che è scritto nel grande patto tra la monarchia e la nazione medesima. La sovranità non è dunque del popolo, e neppure dello Stato, ma della nazione e della sua Carta. È la sovranità della ragione, come diranno i dottrinari francesi, e di seguito anche i liberali italiani. È la sovranità della ragione contro ogni forma di arbitrio, sia esso monarchico o popolare, contro la tirannia di uno o di molti, contro la tirannia del numero.

C'è indubbiamente, alla base di una simile concezione, una visione elitaria della politica, c'è la prospettiva del governo dei

(8) S. ROMANO, *Diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, p. 234.

migliori, che sono coloro che sanno interpretare la storia e i destini della nazione. Sono scelti con un suffragio ristretto, in collegi piccoli, con il metodo uninominale, per formare un Parlamento, che non a caso è descritto nella dottrina liberale — ben al di là delle più occasionali polemiche antiparlamentaristiche — come il luogo della ragione, della interpretazione e trascrizione in forma di legge del diritto della nazione. Da qui, la ben nota « onnipotenza parlamentare ». Non è un prepotere minaccioso, per il mondo liberale. È invece la potestà, che il Parlamento liberale deve avere, di rivedere la Carta costituzionale, non per stravolgerla, ma per aggiornarla, per farla vivere in sintonia con tempi nuovi, secondo quella concezione elastica della Costituzione che già conosciamo.

4. *Il Commento allo Statuto.*

Questo mondo, in sé così ordinato, è però parzialmente in movimento già nei primi anni del Novecento. Lo testimonia il *Commento allo Statuto del Regno*, pubblicato nel 1909, che ci fornisce un quadro già in parte mutato ⁽⁹⁾. Nella parte del *Commento* dedicata alle modificazioni dello Statuto è ben tangibile un travaglio in atto, una parziale ma tangibile presa di distanza dal dogma della « onnipotenza parlamentare », ovvero dalla concezione, di matrice britannica, a lungo dominante nel corso del diciannovesimo secolo, secondo cui la Costituzione è un patrimonio storico continuamente riletto e aggiornato dal Parlamento. Tutto questo è ora presentato come appartenente ad una fase storica che tende a concludersi, per lasciare spazio a problemi nuovi. Primo fra tutti quello dei limiti da porre al potere legislativo, da parte della Costituzione come legge superiore. Nella nuova sensibilità costituzionale del Novecento è infatti ormai sorto all'orizzonte « il timore di eccessi anche da parte del legislatore, col pensiero che anch'esso deve avere giusti limiti all'azione propria »; e la distinzione tra la Costituzione e le leggi ordinarie torna ora ad assumere in modo

⁽⁹⁾ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Unione tipografico-editrice, 1909.

esplicito il significato di « un mettere limiti all'organo deputato a fare le leggi » (10).

Il *Commento* segnala quindi una trasformazione in corso, dalla sovranità della Costituzione che già conosciamo, di matrice britannica, di stampo storico-politico, posta alla base della elasticità delle Carte costituzionali del diciannovesimo secolo, alla superiorità della Costituzione come *norma giuridica*, in quanto tale dotata di « una forza formale propria, che la renda inattaccabile non solo al decreto e alla sentenza, ma anche alla legge; non solo all'esecutivo e al giudiziario, ma anche al Parlamento. Una costituzione o è rigida o non è; o è modificabile soltanto con processi speciali che non siano alla quotidiana disposizione del legislativo, o cessa di essere una 'legge' per quest'ultimo » (11). La grande novità non è la superiorità in sé della Costituzione, ma il fatto che nel sistema costituzionale si avverte ora l'esigenza di « una forza formale propria » della Costituzione medesima destinata ad imporsi, come superiore fonte di diritto, sulla legge ordinaria. In altre parole, la grande novità sta nel collegamento tra superiorità della Costituzione e controllo di costituzionalità, che finalmente appare all'orizzonte: « l'attribuire una maggiore forza formale alla costituzione è perfettamente inutile, se non si giunge poi ad ammettere un efficace controllo, un controllo schiettamente giuridico, sulla conformità sostanziale e formale delle leggi ordinarie ai limiti sostanziali e formali che si contengono nella legge suprema » (12).

Sullo sfondo, s'intravede la soluzione che il mondo liberale aveva sempre escluso affidare al giudiziario, nelle forme da stabilire, il controllo di costituzionalità. Diviene imprescindibile ora il riferimento agli Stati Uniti: « Solo un popolo al mondo ha inteso che la costituzione è la legge data dal Sovrano a tutti gli organi del Governo, e l'ha circondata di maggior forza formale confidandone la guardia al Giudiziario. Questo è il popolo degli Stati Uniti d'America ». È quel Paese troppo lontano e diverso? Il *Commento* risponde di no: « l'America è paese costituzionale al pari di noi: e il regime costituzionale è sempre un regime di limiti e controlli

(10) Ivi, I, p. 191.

(11) Ivi, I, p. 190.

(12) Ivi, I, p. 199.

giuridici, sia poi repubblicano o monarchico, federativo o unitario, rappresentativo semplice o a governo di gabinetto » (13). È un'affermazione importante. Il « regime costituzionale » può assumere forme anche assai diverse, com'è il caso degli Stati Uniti rispetto all'Europa, ma se vuole essere « costituzionale » non può rinunciare a porre limiti e controlli a tutti i poteri, compreso il legislativo, come per l'appunto si era fatto negli Stati Uniti e ancora non si riusciva a fare in Europa. Il *Commento* sembra dunque dirci che si deve superare la cultura della « onnipotenza parlamentare », a lungo dominante nel corso del diciannovesimo secolo, perché legata ad un'idea imperfetta e incompleta della superiorità della Costituzione, di stampo meramente storico-politico. Ora si è di fronte al sorgere di un'altra superiorità della norma suprema, che si afferma perché espressiva, in senso pienamente giuridico, di una sua propria superiore « forza formale », e che porta dunque con sé fatalmente la problematica del controllo di costituzionalità.

Si deve ora porre un'altra domanda. La voce del *Commento* è espressiva davvero di una tendenza in atto, o non è piuttosto una voce isolata? Si risponde a questa domanda riprendendo in mano il *Diritto pubblico italiano* di Santi Romano, che possiamo qui assumere come l'opera di sintesi maggiormente rappresentativa di quell'universo liberale che di lì a non molto — il testo di Romano era pronto nel 1914 e non fu pubblicato a causa degli eventi bellici — sarebbe stato travolto, dalla guerra, dalla svolta del 1919, dall'avvento del fascismo. Come già sappiamo, Romano considerava effettivamente lo Statuto una legge superiore. Ma non per questo intendeva compiere il passo proposto nel *Commento*. Senza mezzi termini afferma: « Non esiste nel diritto italiano un potere legislativo superiore a quello ordinario. Il quale non soltanto è un potere supremo, ma è altresì assolutamente insindacabile da ogni altro potere, compreso il giudiziario » (14).

Sono parole pesanti. È la scienza giuridica ufficiale che chiude le porte in modo secco al controllo di costituzionalità. I motivi sono molti. C'è quello di sempre, del timore del potere costituente. Tutto il volume è percorso dall'esigenza di configurare un diritto pubblico

(13) Ivi, I, pp. 199-200.

(14) S. ROMANO, *Diritto pubblico*, cit., p. 253.

nazionale che non è nato da un atto costituente, che in ipotesi avrebbe potuto essere ravvisato nei plebisciti effettuati all'atto della unificazione. Vi è dunque ben chiaro il timore che tramite l'introduzione del controllo di costituzionalità riemerga un'idea della rigidità costituzionale legata, a sua volta, ad una superiorità della norma costituzionale determinata da una genesi costituente, in qualche modo fondata sul principio di sovranità popolare. Si tratta di tematiche risalenti, appartenenti alla prima critica liberale alla Rivoluzione, ma ancora ben presenti nelle pagine di Romano. Ma c'è di più. La nettissima presa di posizione di Santi Romano contro il controllo di costituzionalità mostra con chiarezza che fin quando si rimane nei confini del positivismo giuridico d'impianto statualistico, dominante in questa epoca, nel tempo storico dello Stato liberale di diritto, risulta impossibile anche solo intaccare il principio di sovranità incardinato nella legge dello Stato sovrano. In fondo, ciò che non si può ammettere è che un potere diverso da quello che ha generato la legge — in ipotesi, il giudiziario — abbia il potere di annullarla. Non si capirebbe più, in tale situazione, quale sia il potere supremo, rappresentativo del principio di sovranità, se quello che ha fatto la legge, o quello che l'ha annullata. E sarebbe ineluttabile il richiamo da parte di questo secondo di un altro diritto, superiore a quello della legge dello Stato: insomma, una sorta di ritorno al diritto naturale, inammissibile per giuristi come Santi Romano.

Questo non significa che il potere legislativo sia privo di limiti. C'è lo Statuto stesso — dice Romano ⁽¹⁵⁾ — che il legislatore può integrare e interpretare, ma non disconoscere, e che può modificare solo « per speciali e gravi motivi e con opportune cautele »; e vi sono poi principi generali dell'ordinamento come il divieto di leggi eccezionali o, in linea generale, di leggi retroattive. Vi è per Romano anche l'obbligo di non fare leggi « contrarie ai principi di uguaglianza o di libertà sanciti negli articoli 24 e seguenti » dello Statuto. Insomma, potere supremo non significa potere illimitato. I limiti connaturati all'esercizio del potere legislativo sono però limiti « relativi, elastici, e rimovibili, quando ne sia il caso, dagli stessi organi

(15) Ivi, pp. 234 e ss.

che vi sono soggetti, i quali, se non possono arbitrariamente violarli, sono talvolta autorizzati a sorpassarli, usando di una specie di potere discrezionale». In altre parole, si tratta di limiti per il legislatore positivamente esistenti, ma a lui non opponibili, nel senso che non è sindacabile per opera di un altro potere — il giudiziario, in ipotesi — il ragionamento, in sé altamente discrezionale, che ha condotto il legislatore a collocare in quel certo punto, e non altrove, il limite all'esercizio del suo potere ⁽¹⁶⁾. Manca quindi il presupposto stesso per il controllo di costituzionalità. E la conclusione non può non essere netta: «È da escludersi, il che è ormai pacifico, il così detto sindacato sulla costituzionalità intrinseca della legge formale» ⁽¹⁷⁾.

5. *Cenni sulla Costituente.*

Siamo ora in grado di formulare una prima provvisoria conclusione. Il giudizio sulla cosiddetta «flessibilità» dello Statuto deve essere probabilmente rivisto. Lo Statuto possedeva infatti un nucleo fondamentale irridevibile espresso nel suo articolo secondo: «Il governo monarchico rappresentativo». Anche lo Statuto dunque è stato rigido, nel senso che gli attori politici e istituzionali dell'età liberale sapevano bene di muoversi entro confini costituzionalmente delimitati, che impedivano loro, a meno che non volessero porsi fuori dall'ottica del governo costituzionale, di tendere verso soluzioni incompatibili con lo Statuto, e in particolare con il suo articolo secondo. Lo Statuto è stato poi — come sappiamo — elastico, nel senso che il suo nucleo fondamentale è stato continuamente riletto, e reinterpretato, per adattarlo a tempi sempre nuovi, essenzialmente per opera del Parlamento. Tutto ciò naturalmente fino a quando si è trattato appunto di riletture, e non di voltare pagina, come accadde a partire dal 1925, con la demolizione progressiva, ma anche assai

⁽¹⁶⁾ Romano aveva già trattato il problema dei limiti in un corposo saggio: S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 217 e ss. Un anno prima, in evidente connessione di problematica, Romano aveva pubblicato un altro saggio dedicato a *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in ID., *Scritti minori*, cit., pp. 131 e ss.

⁽¹⁷⁾ S. ROMANO, *Diritto pubblico*, cit., p. 1173.

rapida, della forma di governo statutaria. Ma lì non c'era più elasticità. C'era semplicemente l'eversione della Costituzione vigente, dello Statuto medesimo, che sostanzialmente stava finendo la sua corsa, insieme all'età liberale ⁽¹⁸⁾.

Con l'avvento della Carta costituzionale repubblicana si è grandemente accresciuta la consistenza del nucleo fondamentale irriverdibile, che ora comprende anche quei principi fondamentali, e quei diritti fondamentali della persona, che erano sconosciuti al tempo dello Statuto. D'altra parte, la stessa Carta repubblicana, pur aumentando la sua rigidità, non ha perduto in elasticità. Si può anzi dire che la Carta ha saputo attraversare fasi diverse della storia della Repubblica, e anche accompagnare grandi trasformazioni nel tempo intercorse, proprio grazie alla sua attitudine a essere riletta alla luce di problemi nuovi. A mio avviso, quella della elasticità, anche per l'età repubblicana rimane una problematica da approfondire. Ma quel che è importante è aver intanto rilevato questa differenza tra flessibilità e elasticità: la prima è comunque indice di debolezza di una Costituzione, nel senso della sua derogabilità da parte della legge ordinaria, la seconda è invece un carattere delle Costituzioni rigide, ma non astrattamente dogmatiche, e dunque capaci di adeguarsi a tempi nuovi mantenendo la propria identità di fondo. A suo modo, elastico è stato lo Statuto; a suo modo, elastica è la Costituzione repubblicana ⁽¹⁹⁾.

C'è poi l'altro aspetto della rigidità, che ha a che fare con l'attitudine della Costituzione a porsi come *norma giuridica*, in modo da possedere la forza necessaria ad annullare la legge ordinaria con essa in contrasto, attraverso il controllo di costituzionalità, essenzialmente in funzione di tutela dei diritti individuali, riconosciuti direttamente nella Costituzione medesima. Qui la frattura tra Statuto e Costituzione repubblicana si accresce ancor più. È infatti soprat-

⁽¹⁸⁾ Esempio in questo senso l'atteggiamento di fronte alla insorgenza del regime fascista di due protagonisti dell'età liberale come Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca. Si rinvia in proposito a M. FIORAVANTI, *Mosca, Orlando e la crisi dello Stato liberale*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1926)*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 2005, pp. 131 e ss.

⁽¹⁹⁾ Qualche riflessione in più sulla esperienza repubblicana in M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi* (Atti dei Convegni Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008), Roma, Bardi, 2009.

tutto qui, su questo aspetto della rigidità, che si ha pienamente il superamento del modello statutario. Scriveva infatti il *Commento* allo Statuto a noi già noto: « il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presupposizioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli » (20). In altre parole, lo Statuto rinviava alla legge la disciplina dei diritti, in ciò vietando che quella disciplina potesse essere introdotta con atto del sovrano o del governo, e dunque seguendo un intento di carattere garantistico, ma lasciava poi la legge libera nella definizione della disciplina medesima, in piena coerenza con il vero assunto di fondo, che voleva che i diritti avessero « esistenza giuridica » con la legge, e solo con essa, perché solo la legge possedeva piena e autentica forza normativa.

Il passaggio dalla sovranità della Costituzione dell'età liberale, di stampo essenzialmente storico-politico, alla supremazia della Costituzione come norma giuridica non è stato né breve, né semplice. Per la cultura positivistica e statualistica, a lungo dominante, era infatti sommamente difficile ammettere che la Costituzione potesse contenere una specie del diritto diversa e superiore rispetto a quella da sempre conosciuta attraverso la forma della legge. Ne è testimonianza esemplare, ancora una volta, Santi Romano, nel suo *Diritto pubblico italiano*. Vi leggiamo che le libertà individuali possono essere colte nel momento in cui la personalità del titolare « appare meno compenetrata con quella dello Stato, in modo che esse non possono considerarsi solo come atteggiamenti e manifestazioni dello *Staatsrecht*, ma si affermano in una certa antitesi a quest'ultimo, come un suo al di là, pure ammettendo che derivino da un limite che, secondo la dottrina corrente, lo Stato si sia posto da sé » (21).

È evidente il travaglio sottostante. Da una parte, si avverte l'insufficienza del tradizionale modello statualistico, e dunque la presenza di un « al di là » rispetto al diritto legislativo statale, ma dall'altra parte, alla fine, non si può e non si deve abbandonare l'idea che il fondamento ultimo dei diritti rimanga nella legge dello Stato

(20) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento*, cit., II, p. 34.

(21) S. ROMANO, *Diritto pubblico italiano*, cit., p. 93.

sovrano, nel limite che essa medesima ha posto. Quell'« al di là » andava forse esplorato, ma con grande prudenza, per il timore, davvero dominante, che vi si potesse reincontrare il temuto e aborrito diritto naturale, l'ipotesi del contratto e del potere costituente, insomma che risorgesse dalle ceneri, forse mai spente, della Rivoluzione, un altro diritto, con la pretesa di porsi come diritto superiore. Di fronte a questa eventualità bisognava affermare con forza che « la legge, una volta formata, ha con sé la presunzione invincibile di essere conforme al diritto e le si deve, da tutti, obbedienza assoluta » (22). Non esiste dunque un altro diritto, soprattutto nel senso che non esiste un diritto opponibile alla legge dello Stato, dotata pertanto di una « presunzione invincibile » di legittimità.

La scienza giuridica impiegò non poco tempo, e non poca fatica, per uscire da questo recinto. La ricerca sulla supremazia della Costituzione riprese, anche in Italia, nel corso degli anni Trenta, e ovviamente si dispiegò ancor più successivamente, a partire dal tempo della Costituente repubblicana. Ma a leggere molte delle pagine di quei decenni si capisce bene che nulla era scontato. E anzi, che era assai difficile rompere l'antico monopolio della forza normativa detenuto dalla legge. Per troppo tempo quella forza si era espressa essenzialmente nella forma della legge, e si stentava ora perciò a ammettere un'altra sua fonte, che per giunta si poneva come suprema.

C'è un momento, nel corso dei lavori della Assemblea Costituente, in cui questo passaggio diviene particolarmente visibile. È la seduta del 23 aprile del 1947. Prende la parola l'antico Maestro, Vittorio Emanuele Orlando, e presenta un ordine del giorno. Orlando punta a eliminare dalla Costituzione, o comunque a collocare in un preambolo iniziale, le norme del titolo secondo della parte prima, relative ai rapporti etico-sociali, alla famiglia, alla scuola, alla salute, all'arte e alla scienza. Sembrava a Orlando che si trattasse di un elenco confuso, di scarso valore normativo. Di più. Ove ne fossero derivate delle norme autentiche, queste avrebbero invaso, e stravolto, settori da tempo immemorabile — Orlando pensava qui

(22) S. ROMANO, *Osservazioni preliminari*, cit., p. 229.

soprattutto alla famiglia — affidati ad una salda, prudente e collaudata disciplina di ordine civilistico. Orlando sapeva bene che tutto stava cambiando, e dunque che la nuova Costituzione avrebbe comunque dovuto rifondare la forma di governo e il sistema dei diritti, ma poneva il problema dei confini dell'opera costituente avendo in mente il suo modello di Carta costituzionale, entro cui non rientrava certo l'ambizione a ridisegnare la società intera, in tutte le sue diverse manifestazioni: proprio l'ambizione che sorreggeva la parte del progetto di Costituzione dedicata ai rapporti etico-sociali.

Fu l'ultima battaglia di Orlando alla Costituente. Contro il suo ordine del giorno prende la parola Costantino Mortati. È come un passaggio di testimone, da un tipo di giurista ad un altro, l'uno protagonista a tutti i livelli dell'età liberale, l'altro che aveva iniziato la sua riflessione negli anni Trenta, in pieno regime fascista, l'uno che aveva preso le mosse dall'esigenza di una rigorosa distinzione tra diritto e politica, l'altro che aveva inteso esplorare le radici del primo nella seconda, l'uno educato sui classici del liberalismo e della dottrina generale dello Stato, l'altro in dialogo con la nuova dottrina novecentesca della costituzione. Contro la proposta di Orlando, afferma dunque Mortati: « non esistono materie assolutamente legislative e materie assolutamente costituzionali ed invece sono esclusivamente le valutazioni che le forze politiche fanno, in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono per il contenuto legislativo o costituzionale della medesima ».

In una parola, era tornato il potere costituente. Questo stava dicendo Mortati; e che nell'esercizio di questo potere si era liberamente deciso che famiglia, scuola, salute, arte e scienza, dovessero essere comprese nell'opera costituente. L'ordine del giorno di Orlando, per parte sua, era espressione della tradizionale cultura liberale, che temeva da sempre quel potere, perché lo associava al celebre articolo 28 della Dichiarazione giacobina dei diritti, del 1793: « Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare, cambiare, la propria Costituzione ». Si agitava insomma ancora una volta lo spettro della Costituente giacobina, espressione di una sovranità popolare per sua natura mutevole: su quella base, che ne sarebbe stato della famiglia, della scuola, della scienza? In verità, la Costituente c'era, ma non era più di quello stampo. Orlando non

poteva percepire questa differenza. Per lui, l'evocazione stessa del potere costituente era portatrice, in quanto tale, d'instabilità sociale, politica e istituzionale. E invece ora, il potere costituente era sì associato al popolo sovrano, ma per essere proteso alla costruzione di un nuovo ordine stabile, fondato su principi condivisi. Quel potere era espresso dalla società, ma ambiva ad affermare i principi fondamentali della Repubblica, che nel tempo avrebbero conquistato piena normatività. Dall'esercizio del potere costituente, per quanto in sé strutturato in senso pluralistico e conflittuale, non nasceva dunque instabilità politica e istituzionale, come si era pensato nel corso di tutta l'età liberale, ma, al contrario, si determinavano le condizioni per l'emersione di un nuovo ordine, l'ordine della Repubblica.

3.

GENESI E IDENTITÀ COSTITUZIONALE
DELLO STATO NAZIONALE UNITARIO

1. Il significato costituzionale delle celebrazioni, con particolare riguardo a quella del 1911. — 2. Il « nucleo fondamentale » dello Statuto. — 3. Il *Diritto Pubblico Italiano* di Santi Romano.

1. *Il significato costituzionale delle celebrazioni, con particolare riguardo a quella del 1911.*

Si celebrano i centocinquanta anni dello Stato unitario italiano. Se lo si faccia in modo adeguato, lo si scoprirà a cose fatte, quando si tratterà un bilancio ragionato delle celebrazioni. In quella sede, si potrà comprendere quale immagine dello Stato italiano abbiano le nostre celebrazioni riprodotto, e quanto tale immagine sia stata condizionata dalla fase attuale, dalla odierna discussione sulle nostre istituzioni. A noi spetta il compito di proporre una simile prospettiva per ciò che riguarda lo specifico trascorso dell'età liberale, ovvero dello spazio storico compreso fra il fatto storico dell'Unità e l'avvento del regime fascista. Per questo motivo, inizieremo dalle prime grandi celebrazioni della nascita dello Stato unitario, ovvero dal cinquantenario dell'Unità, che ricorre nel 1911. Come si celebrarono i primi cinquant'anni? Come il regime liberale di allora ricordò il fatto costitutivo dell'Unità? Una cosa è certa: sembrava allora, nel 1911, che la nave fosse definitivamente in porto, che il progetto liberale, che l'anno dopo si sarebbe aperto al suffragio universale maschile, avesse sostanzialmente vinto. La crisi di fine secolo era ormai alla spalle, e nulla faceva presagire le tragedie che in pochi anni, dal 1915 in poi, si sarebbero abbattute sul Paese.

Sul piano della teoria dello Stato, un'importante scuola giuridica nazionale, fondata da Vittorio Emanuele Orlando, svolgeva un ruolo

di primo piano. Fu questa scuola, per mano in primo luogo di Santi Romano, a creare la prima grande teoria della genesi dello Stato unitario. Una teoria che lo stesso Orlando, ancora nel 1937, considerava opinione dominante ⁽¹⁾. In un clima che si immaginava di sostanziale e pacifico consenso al regime liberale, non vi era bisogno di alcuna evocazione politica del potere costituente inteso come originaria volontà generatrice della forma politica nazionale. Lo Stato unitario sembrava saldo di per sé, sulle sue proprie gambe, e non aveva quindi bisogno di alcuna legittimazione politica, della forza di un qualche mito originario. Anzi, nella cultura politica e giuridica del tempo il potere costituente era sentito come una dimensione potenzialmente pericolosa — Ruggero Bonghi aveva non a caso affermato che « potere costituente è una parola mite per dire in sostanza rivoluzione » —, o comunque estranea, relegata al tempo, che si riteneva trascorso, delle rivoluzioni della fine del diciottesimo secolo.

È vero che nel corso del 1860 vi erano stati i plebisciti, in Emilia, in Toscana, nel Regno di Sicilia e di Napoli, nelle Marche ed in Umbria, ma quelle manifestazioni di volontà popolare ⁽²⁾ erano interpretate come meri fatti preparatori del successivo Regio Decreto, che di volta in volta recepiva i risultati del plebiscito, e disponeva l'incorporazione del corrispondente territorio al Regno di Sardegna, che a sua volta, attraverso questa serie di annessioni, diveniva Regno d'Italia, ma in sostanza mantenendo la medesima personalità giuridica, seguendo un procedimento che non prevedeva dunque alcuna soluzione di continuità. È vero che poi, alla fine del procedimento, c'è comunque la legge 17 marzo 1861 con cui si proclama la nascita del Regno d'Italia, ma è anche vero che lo stesso Vittorio Emanuele II — come recita il disposto normativo della legge — « assume per sé e per i suoi successori il titolo di re d'Italia ». Non è dunque un nuovo Stato, in ipotesi tale perché fondato su una originaria volontà popolare costituente, a ricono-

⁽¹⁾ V.E. ORLANDO, *Sulla formazione dello Stato d'Italia*, in Id., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 311 e ss., orig. « voce » del *Nuovo Digesto italiano*, sotto il titolo *Regno d'Italia (formazione del)*, Torino, UTET, 1937-39.

⁽²⁾ Sulle quali si veda E. MONGIANO, *Il "voto della Nazione". I plebisciti nella formazione del Regno d'Italia (1848-1860)*, Torino, Giappichelli, 2003.

scere la monarchia sabauda come propria — tra l'altro, se così fosse stato, Vittorio Emanuele avrebbe dovuto essere I — ma al contrario, è quella monarchia, emblema della continuità dello Stato medesimo nel passaggio dal Regno di Sardegna al Regno d'Italia, a riconoscere il nascente Regno d'Italia, per assumerne la guida, nel senso dell'alta rappresentanza istituzionale. Proprio perché non vi era stato fatto costituente, non vi era stata soluzione di continuità, il Re sabauda non poteva non essere il Re d'Italia, e per lo stesso motivo non s'interrompeva la vigenza dello Statuto e di tutte le altre principali leggi del Regno. In altre parole, per dirla in sintesi, un'Unità per espansione regia, e non per iniziativa popolare.

Non si deve ora misurare quanto una simile teoria fosse in realtà unilaterale, proprio nel trascurare il contributo effettivo della voce del popolo. Qualche dubbio sorse non a caso in seguito, da parte dello stesso Orlando, che proprio nello scritto del 1937 sopra ricordato lamenta la troppo rigida esclusione dell'« elemento soggettivo » nella ricostruzione della unificazione. Non è un caso che questo sia uno dei pochi scritti pubblicati dal fondatore della scuola giuridica nazionale durante il ventennio fascista, con la consapevolezza dunque della debolezza che lo Stato liberale aveva mostrato di fronte alla insorgenza del fascismo. Si avverte allora la necessità di affermare ora quello che nel 1911 si era voluto escludere da parte della stessa scuola giuridica nazionale — se non da parte dello stesso Orlando — ovvero che « proprio intorno agli anni 1859-60 tutte le popolazioni d'Italia erano animate da uno spirito eroico tendente irreversibilmente all'unità di nazione »; ed ancora più precisamente che « tutto quanto avvenne in Italia fra il marzo ed il novembre del 1860 costituisce uno sforzo, animato da intenti di unità e di spirito, la cui meta storicamente necessaria era la formazione del nuovo Stato nazionale, non l'ingrandimento del Regno di Sardegna » (3).

Si è qui ad un passo dal sovvertimento della teoria tradizionale, che pure nel medesimo testo di Orlando è ancora considerata quella dominante. Si è cioè ad un passo dall'affermare che nel 1861 si è prodotto un nuovo Stato nazionale, e che per tale genesi sono state decisive le manifestazioni di volontà delle popolazioni coinvolte, e

(3) Vedi *supra*, nota 1.

infine che quelle manifestazioni erano anch'esse nazionali, animate cioè da uno spirito nazionale unitario, per quanto dislocate in diverse sedi territoriali. C'era cioè in quel testo una sorta di embrione di genesi dal basso dello Stato unitario. E per quanto Orlando si affanni, in continuità con le convinzioni di sempre, a negare che tutto ciò si configuri come esercizio di un potere costituente, essendo tale potere anche per lui relegato nel dismesso e abbandonato magazzino degli attrezzi della rivoluzione, il mutamento di rotta pare essere evidente. Altrettanto evidente è la tardività di tale mutamento, nato certamente dalla percezione — tardiva, per l'appunto — di quella che era stata la fragilità intrinseca dello Stato liberale, presentatosi all'appuntamento più impegnativo, dopo il 1919, e di fronte al fascismo insorgente, come lo Stato delle aristocrazie borghesi governanti e della monarchia, troppo poco rappresentativo, proprio a partire dalle sue origini, delle volontà e dei bisogni reali della nazione.

2. *Il « nucleo fondamentale » dello Statuto.*

Andremmo ora fuori dei confini a noi assegnati se mostrassimo come e quando si spezza definitivamente l'immagine della unificazione nazionale creata nel 1911. È sufficiente accennare che ciò accade a partire dal 1946, quando si apre il nuovo processo costituente, questa volta in modo esplicito, per opera in primo luogo dei partiti di massa. Sono quei partiti, in cerca di legittimazione, che rievocano la loro prima entrata in scena con la proporzionale nel 1919, e più indietro ancora proprio nell'Unità nazionale, questa volta letta in connessione con il Risorgimento, come lo sbocco dunque di una volontà nazionale maturata nei decenni precedenti l'Unità medesima. E si ricorderà qui a questo proposito la dottrina dei due grandi fatti di popolo: il Risorgimento appunto, e la Resistenza, una dottrina formulata proprio nel tentativo di riscoprire nella storia nazionale, fino dalle sue origini, un filo conduttore contrassegnato dal peso della volontà popolare come fattore unificante, indispensabile per configurare, e sorreggere, la stessa unità nazionale. Per questa nuova dottrina, che concorre ad animare la Costituente repubblicana, non vi è unità nazionale senza volontà popolare, che potrà esprimersi direttamente, o attraverso il nuovo

parlamento, animato dai partiti di massa. Il mutamento rispetto al paradigma liberale è evidente, perché allora, nell'età liberale, vi era pure una forte aspirazione alla unità nazionale, ma la condizione di base per la sua esistenza non è la volontà popolare, ma la rappresentabilità della nazione medesima nello Stato, attraverso il grande patto tra monarchia e parlamento.

Veniamo così al punto successivo: dai plebisciti allo Statuto, alla Carta costituzionale che sanciva quel grande patto. E vi veniamo riprendendo i temi già affrontati, e formulando una domanda: perché in età liberale si volle in modo così netto respingere l'idea stessa del potere costituente alla base della unificazione nazionale? Qualche risposta l'abbiamo già data: perché il regime liberale si riteneva saldo e non aveva bisogno di un mito politico originario; o semplicemente perché il potere costituente evocava la Rivoluzione, ritenuta appartenente ad un tempo storico trascorso. C'era però anche altro, di cui dobbiamo ora occuparci. Il motivo di fondo della repulsione del potere costituente si collocava infatti nella natura stessa dello Statuto come Carta costituzionale, come legge fondamentale del Regno.

Il tema è stato lungamente dibattuto (4). Iniziamo sgombrando il campo da un possibile equivoco, concernente il ben noto carattere dello Statuto come Carta flessibile. Qui pesa una tradizione vera e propria, ben consolidata, che consiste nella contrapposizione tra questo carattere dello Statuto, inteso nel senso di una sua libera modificabilità da parte del legislatore ordinario, e la Costituzione repubblicana, intesa a sua volta prima di tutto come Carta rigida, perché modificabile solo entro certi limiti, e con un particolare procedimento di revisione, quello prescritto dall'articolo 138. Ebbene, noi riteniamo che questo schema deformi per lo meno in parte la realtà delle cose, soprattutto con riferimento al nostro oggetto odierno, ovvero all'età liberale. In effetti, nessuno, nel corso dell'età liberale, nessun esponente politico, da Cavour a Giolitti, nessun giurista, dai costituzionalisti dell'Unità fino a Orlando e Santi Ro-

(4) Anche noi abbiamo recentemente espresso la nostra opinione a questo proposito: M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in Id. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 3 e ss.

mano, ha mai davvero ritenuto che lo Statuto fosse una semplice legge ordinaria, come tale liberamente modificabile da una legge successiva del parlamento. Insomma, non era mera retorica politica quella che conduceva i politici e i giuristi dell'età liberale a considerare lo Statuto « legge perpetua » o « legge fondamentale del Regno », come se esso contenesse — come in effetti conteneva, anche secondo noi — qualcosa di essenziale, nel senso di necessariamente costitutivo della forma politica.

Insomma, anche lo Statuto aveva il suo « nucleo fondamentale », indisponibile da parte delle maggioranze politiche, cosicché, ove quel nucleo in ipotesi fosse stato violato, ciò avrebbe portato ad un inevitabile mutamento di regime, ad una fuoriuscita dal regime liberale inaugurato dallo Statuto medesimo. Era questa una convinzione profonda di buona parte del ceto politico e della scienza giuridica dell'età liberale. Più avanti faremo riferimento, proprio sotto questo profilo, a qualche presa di posizione di esponenti di primo piano della cultura politica e giuridica liberale, di fronte alla insorgenza del regime fascista. Dopo alcune esitazioni iniziali, essi videro bene che era in atto un mutamento di regime politico, che era tale, in profondità, proprio perché si stava demolendo il « nucleo fondamentale » dello Statuto.

In quella occasione, si vide bene anche in cosa consisteva quel medesimo nucleo. Ci arriveremo tra un attimo. Ma diciamo prima che si sbaglierebbe, commettendo un grave errore di prospettiva storica, se lo ricercassimo con gli strumenti che siamo soliti adoperare a proposito della Costituzione repubblicana. Il « nucleo fondamentale » di quest'ultima si ritiene infatti di solito composto dalle grandi norme di principio, in primo luogo dalla materia dei diritti, ed in particolare dal loro carattere inviolabile, indisponibile anche da parte del procedimento di revisione. Questo era però un mondo sconosciuto all'età liberale, non solo in Italia, ma nell'intera Europa. Quel mondo non conosceva, né le norme costituzionali di principio, né la dimensione dei diritti fondamentali, così come si è affermata nelle democrazie della seconda metà del secolo ventesimo. Lo Statuto non aveva infatti il compito di disegnare la società del tempo — che era piuttosto riflessa nei Codici, soprattutto nel Codice civile — né tanto meno di fissare indirizzi per la società del futuro, come sarà nella ambizione delle Costituzioni del Novecento; e per quanto

riguardava la materia dei diritti, si era ben lungi da pensare ad una loro tutela di livello costituzionale, e ci si limitava a riservare la loro disciplina alla legge, con un effetto di garanzia solo parziale, essendo poi la legge sostanzialmente libera nella loro disciplina, in assenza — come noto — di un controllo di costituzionalità. Dunque, dove risiedeva il « nucleo fondamentale » dello Statuto, il pilastro portante, necessario per l'esistenza stessa del regime liberale?

Per dirlo in una parola, stava nella materia politica, ovvero nel grande patto, che lo Statuto voleva per l'appunto « perpetuo », tra monarchia e nazione, tra re e parlamento. Il patto prevedeva, per la rappresentazione e per l'esistenza stessa della unità nazionale, la necessità di una forma di Stato, e di governo, monarchica costituzionale. Si escludevano così, in quanto irrevocabilmente contrarie allo Statuto, sia la soluzione assolutistica, ovvero il ritorno ad una forma assolutistica, sia la soluzione democratica e radicale, ovvero un'evoluzione verso la repubblica, o comunque verso un regime così integralmente parlamentarizzato da rendere puramente formale e simbolico il ruolo della monarchia. I due contraenti — ecco il contenuto politico effettivo del patto — si assicuravano così reciprocamente, seguendo tra l'altro un modello storico ben preciso che aveva avuto la sua origine in Inghilterra: da una parte, la monarchia s'impegnava, ben al di là della ben nota dottrina della Carta « ottriata », a non revocare lo Statuto, a non tornare indietro sul piano delle garanzie costituzionali, e lasciava così che si diffondesse la convinzione che il carattere « perpetuo » dello Statuto si ponesse come vincolo anche verso la sua volontà futura; dall'altra, la nazione rappresentata in parlamento s'impegnava, con il medesimo patto, ed a condizione della sua reciproca e contestuale obbligatorietà, a non assumere tratti costituenti, a non rivendicare tutta per sé la rappresentanza della nazione.

3. *Il Diritto Pubblico Italiano di Santi Romano.*

Perfettamente in linea con la tradizione britannica della forma di governo dualistica bilanciata ⁽⁵⁾, lo Statuto era così destinato a favorire l'evoluzione della forma di governo in senso parlamentare,

⁽⁵⁾ Su cui si veda la sintesi di M. FIORAVANTI, *I caratteri storici della forma di governo dualistica*, in « Quaderni di Scienza politica », XV (2008), 3.

ma in seno alla forma di Stato monarchica costituzionale, e dunque mantenendo fermo il pilastro monarchico anche nella formazione del governo stesso. Il celebre articolo 5 dello Statuto: « Al Re solo spetta il potere esecutivo », esprimeva appunto questo carattere di fondo del regime politico e costituzionale, per cui il governo non avrebbe mai potuto fondarsi esclusivamente su una maggioranza parlamentare, su quello che noi oggi chiamiamo un indirizzo politico di maggioranza. In sostanza, l'articolo 5 vuol dire che solo al Re spetta il delicatissimo compito di configurare quella che è una semplice maggioranza politica come potere dello Stato, come potere esecutivo. In sostanza, l'articolo 5 non ostacola affatto una certa parlamentarizzazione del sistema. Impedisce piuttosto che essa si svolga escludendo la monarchia, ed approdando dunque ad una forma di governo monistica, dominata integralmente dalla maggioranza parlamentare. Il meccanismo inaugurato dallo Statuto voleva in sostanza impedire che accadesse quello che già stava accadendo proprio in Inghilterra, ovvero il crollo progressivo della grande tradizione storica di stampo dualistico a favore di una forma monistica, dominata dalla imponente e minacciosa figura del Premier, capo del governo e nello stesso tempo leader della maggioranza in Parlamento.

Torniamo allora alla nostra problematica del potere costituente. Si è ora in grado effettivamente di comprendere fino in fondo l'avversità del mondo liberale per il potere costituente. Quel mondo si reggeva in effetti su questa convinzione di fondo: che nessun potere costituente sarebbe stato più possibile, ovvero che niente avrebbe potuto distruggere il grande patto, né dal lato della monarchia, in senso assolutistico, né dal lato del movimento liberale, in senso democratico e radicale. Vi sarebbe stata in futuro solo evoluzione dei poteri costituiti, in particolare della relazione tra re e parlamento, ma entro quel quadro ben definito della monarchia costituzionale. Né governo del re fondato sulla sua autorità, né governo della nazione fondato sulla maggioranza espressa dal voto popolare, ma governo costituzionale fondato necessariamente su entrambi i pilastri, governo rappresentativo nel duplice senso della rappresentazione istituzionale del re e della rappresentanza politica del parlamento. È questo il governo parlamentare, per la classe politica come per la scienza giuridica dell'età liberale. Ancora una

volta, è Vittorio Emanuele Orlando a dare una stabile sistemazione teorica della forma di governo, in un saggio notissimo del 1886 (6).

Su un piano più generale, la sintesi complessiva del diritto pubblico dell'età liberale si trova poi ne *Il diritto pubblico italiano* di Santi Romano, per lungo tempo rimasto sepolto tra le sue carte, pubblicato nel 1988, ma in effetti già pronto e interamente redatto nel corso del 1914, dunque proprio al culmine dell'età liberale (7). Vi ritroviamo tutti i punti cui anche noi abbiamo fatto cenno: la negazione del carattere costituente dei plebisciti; il carattere parlamentare del governo, ma nel senso che conosciamo; l'esclusione di un controllo di costituzionalità sui contenuti della legge. Il volume di Romano è anche in modo esemplare indicativo dei limiti che la dottrina costituzionale non può valicare. Si consideri la problematica che noi oggi chiameremmo dei diritti fondamentali. Qui Romano avverte la necessità di rivedere qualcosa, avverte che è in atto un mutamento che impone di considerare le libertà individuali al di là dei confini che ad esse erano stati assegnati dalla dogmatica gius-pubblicistica, che le considerava — come sappiamo — come il semplice frutto di un atto di autolimitazione da parte dello Stato sovrano. Ma il passo è difficile, quasi impossibile. Ascoltiamo la sua contorsione teorica: quelle libertà devono essere considerate « in quanto costituiscono l'oggetto di un diritto del suddito nel momento in cui la sua personalità appare meno compenetrata con quella dello Stato, in modo che esse non possono considerarsi solo come atteggiamenti e manifestazioni dello *Staatsrecht*, ma si affermano in una certa antitesi a quest'ultimo, come un suo al di là, pure ammettendo che derivino da un limite che, secondo la dottrina corrente, lo Stato si sia posto da sé » (8). C'è dunque, anche per il rigorosissimo Romano, un « al di là » rispetto al diritto pubblico statale, ma il giurista lo può solo percepire, ma non elaborare, perché, alla fine, quelle libertà per lui non sono altro che spazi aperti dalla norma dello Stato, fondati sulla sovranità dello Stato. Il timore a iniziare una vera e propria esplorazione « al di là » ha la stessa radice del

(6) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, ora in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345 e ss.

(7) S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988.

(8) Ivi, p. 93.

timore che abbiamo trovato a proposito del potere costituente. È il timore ad uscire fuori dal quadro liberale, il timore di far rinascere il paradigma giusnaturalistico rivoluzionario, risvegliando così le pretese di carattere contrattualistico, con il risultato — così pensavano i giuristi dell'età liberale — d'indebolire fatalmente l'autorità dello Stato, di frammentarla, di metterla a disposizione delle volontà e degli interessi parziali e frazionari.

Qualcosa di analogo si può dire per la parte del volume di Romano concernente la Camera, e dunque la rappresentanza politica. Anche qui — siamo nel 1914 — stenta a farsi largo il popolo, ad acquisire un suo spazio nella dottrina del diritto costituzionale. Anche se sono tangibili i tentativi di revisione della dottrina tradizionale che nel popolo vedeva quasi esclusivamente un elemento dello Stato. Ora Romano afferma che «l'elezione non ha solo il significato della nomina di persone capaci che una volta elette si emancipano dal popolo, ma ha anche quello di una sanzione al rapporto permanente che deve intercedere fra popolo e Camera». E dunque la Camera, che risulta eletta, non è solo organo dello Stato, ma anche del popolo, che però nient'altro è, a sua volta, se non «lo Stato stesso nel suo elemento mobile e variabile»⁽⁹⁾. Romano si rende quindi conto che il giurista non può più considerare il momento elettorale esclusivamente sotto il profilo del processo di formazione di un o degli organi dello Stato, ovvero della Camera, ma anche in questo caso c'è un «al di là» al quale ci si affaccia assai timidamente, come se si trattasse di scoperchiare una pentola entro cui potrebbero bollire cibi indigesti per la salute dello Stato liberale. Eppure in quell'«al di là» si stavano muovendo già dalla fine del secolo precedente i nascenti partiti di massa, che di lì a poco avrebbero assunto un ruolo di primo piano con le elezioni del 1919, e in particolare con l'avvento dello scrutinio proporzionale di lista.

Tutto stava cambiando, ma la dottrina tenacemente prorogava nel tempo, e ribadiva, l'immagine tradizionale dello Stato liberale di diritto, come se invece assai poco stesse mutando. Quella immagine, perfettamente disegnata nel 1914 da Santi Romano, aveva resistito alla crisi di fine secolo, senza sbandare sul lato della monarchia o sul

⁽⁹⁾ Ivi, p. 140.

lato opposto della sovranità popolare, non aveva perso di smalto o di autorevolezza con l'estensione del suffragio mantenendosi ferma alla riconsacrazione del potere costituente, e dunque alla negazione della origine popolare dello Stato unitario, infine aveva tematizzato con la nascente scienza del diritto amministrativo i nuovi compiti dello Stato in materia sociale, ma sempre senza sacrificare in alcun modo il valore ritenuto primario della sovranità dello Stato. Insomma, quello riflesso nelle costruzioni dei giuristi è il grande filo conduttore, ed il sostanziale elemento di continuità nella esperienza dello Stato liberale, dall'Unità all'avvento del fascismo: in una parola, è il grande patto che regge tutto il sistema, il patto per la nazione, tra la monarchia e il parlamento.

Quel patto minacciava di cadere a partire dal 1919. Come tutti sappiamo, il liberalismo politico e la stessa scienza giuridica criticarono pesantemente la scelta per la proporzionale e per lo scrutinio di lista. Vi vedevano l'affermazione di un modo d'essere della politica che il mondo liberale aveva sempre respinto. Una politica che non si faceva più nei collegi, secondo il collaudato sistema uninominale, e in parlamento attraverso la rappresentanza, ma nel paese direttamente, sul piano nazionale, attraverso la grande e temuta novità del partito di massa. Da quel modo nuovo d'essere della politica sarebbero nate delle maggioranze direttamente fondate sul consenso popolare, e dunque dei governi altrettanto direttamente fondati su quel consenso, che in quanto tali non avrebbero più avuto bisogno né della mediazione parlamentare, né di quella regia. I due pilastri del governo di gabinetto così caro ai liberali insieme stavano ed insieme cadevano, come in effetti accadde.

Una sola testimonianza evochiamo, per ragioni di brevità. È il celebre discorso di Gaetano Mosca al Senato, del 19 dicembre 1925, sulle prerogative del Capo del Governo ⁽¹⁰⁾. Come tutti sanno, Mosca era stato assai critico nei confronti della forma parlamentare liberale. Ma ora, nel 1925, non può fare a meno di sottolineare «l'immenso cammino compiuto dal paese» dalla Unità fino alla grande guerra. Un cammino compiuto con «la nostra costituzione»

⁽¹⁰⁾ Sul discorso di Mosca si veda M. FIORAVANTI, *Mosca, Orlando e la crisi dello Stato liberale*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, a cura di P. L. Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 2005.

— dice Mosca — ovvero con lo Statuto, che ora sta per essere travolto. Tre sono i punti critici. Il primo è la concentrazione di potere nella figura del Capo del Governo, contro la tradizione liberale del collegio, contro la natura in sé collegiale del governo di gabinetto. Il secondo è lo smarrimento della tradizione liberale dell'equilibrio e della moderazione nei rapporti tra legislativo ed esecutivo, con una prevalenza quasi assoluta del secondo sul primo. Il terzo è l'assenza del principio di responsabilità, dal momento che il Capo del Governo non è più responsabile né di fronte al parlamento, né di fronte al re, ma solo di fronte alla sua stessa maggioranza, al partito o ai partiti che la compongono, insomma di fronte a una forza e non a una istituzione.

Due parole di conclusione. Avevamo preso le mosse dai plebisciti, dalla negazione del loro carattere costituente. Non pochi hanno visto in quella negazione la conferma del carattere elitario del liberalismo italiano, del suo radicato timore verso qualsiasi evoluzione in senso democratico. Abbiamo anche visto come ancora nel 1914, nelle pagine di Santi Romano, stenti a farsi largo una realtà nuova, che pure esiste e preme. Ora vediamo però, attraverso il discorso di Mosca, una sorta di rovescio della medaglia. La costituzione che Mosca difende è fatta d'istituzioni, di precise attribuzioni di responsabilità, di bilanciamenti. È qualcosa che stava per inabissarsi proprio in nome di nuove sovranità, che in concreto erano quelle del partito e del Capo del Governo, ma non a caso in un contesto complessivo in cui si evocava continuamente proprio la sovranità del popolo, o della nazione, o addirittura delle masse, contro la tradizione liberale del parlamento e della rappresentanza. Quell'inabissamento è costato caro. Solo la sapienza e la prudenza dei nostri costituenti repubblicani sarà infatti capace di far rivivere — ma questo è un altro e successivo discorso — in forme diverse la parte migliore della tradizione liberale, quella storicamente collegata agli ideali costituzionalistici del governo limitato e dell'equilibrio dei poteri.

IL PROBLEMA DELL'ORDINE POLITICO NELLA
CULTURA COSTITUZIONALE ITALIANA
DEL NOVECENTO

1. Premessa: la « cultura costituzionale ». — 2. Il punto di partenza: lo Stato legislativo di diritto. — 3. Il progetto autoritario. — 4. Il progetto democratico. — 5. Il punto di arrivo: lo Stato costituzionale.

1. *Premessa: la « cultura costituzionale ».*

In questa relazione si narrerà una vicenda che si dipana nel corso del Novecento, in un tempo compreso tra la Grande Guerra e l'aprirsi del processo costituente democratico in Europa all'incirca verso la metà degli anni Quaranta: in Europa e specificamente in Italia, con la caduta del fascismo e il determinarsi delle condizioni per la convocazione della Assemblea costituente. È una vicenda che noi leggiamo nel senso della *trasformazione costituzionale*, ovvero del prodursi di un processo che muta in profondità l'assetto costituzionale, e dunque le relazioni tra i poteri pubblici, e tra questi e la società, sia essa quella tradizionale degli individui o piuttosto quella nuova delle forze organizzate, dei partiti e dei sindacati, che proprio in questi decenni irrompono sulla scena, pretendendo di occupare un posto di rilievo nell'assetto costituzionale. Dovessimo indicare in un rigo il senso di questa trasformazione costituzionale, diremmo che essa muta irreversibilmente *la forma di Stato*: dallo *Stato legislativo di diritto*, intesa come forma di Stato dominante in Europa nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento allo *Stato costituzionale*, che è da intendere come la forma di Stato peculiare delle democrazie dell'ultimo dopoguerra, che seguiranno alla caduta dei regimi totalitari.

Indagheremo sui contenuti di questa trasformazione su un piano particolare, ma anche sufficientemente generale: il piano della *cultura costituzionale*. In via di premessa, è necessario quindi prima di tutto chiarire cosa s'intenda qui per « cultura costituzionale ». Sgombriamo il campo da un possibile equivoco. Il fatto che in questo contributo si prendano in esame figure di regola appartenenti all'universo disciplinare delle scienze giuridiche non significa affatto che si ritenga che la « cultura costituzionale » sia semplicemente la cultura dei giuristi costituzionalisti, dei giuspubblicisti. La « cultura costituzionale » cui ci riferiamo ha confini che si collocano in effetti molto al di là del territorio occupato dal sapere specialistico della scienza giuridica. Quest'ultimo dunque interessa solo in quanto, e nella misura in cui, sia stato capace di riflettere la « cultura costituzionale » del proprio tempo, che come tale ha un'esistenza molto più ampia e diffusa, che si sviluppa in molti altri luoghi, nella cultura della classe politica, della burocrazia, degli attori sociali, politici ed economici.

Veniamo allora, con questa premessa, a definire compiutamente quale sia il piano su cui si svolge la nostra ricerca. Per « cultura costituzionale » intendiamo l'insieme delle convinzioni, e delle consapevolezze, che ogni tempo storico possiede, circa i contenuti, il ruolo nella società, e il significato, della propria legge fondamentale, della Costituzione. Così intesa, la « cultura costituzionale » attraverso l'intera società, si esprime nelle strategie della classe politica e delle forze economiche e politiche, concorre in modo spesso decisivo a delineare caratteri e prospettive di una certa società storicamente data. I giuristi la riflettono nelle loro costruzioni, la traducono in principi giuridici, utilizzando strumenti anche specialistici, ma operando a questo livello in primo luogo come intellettuali che cercano di dare risposte ai problemi che la società pone.

È in questo senso che introdurremo nella nostra narrazione le figure di Santi Romano, di Alfredo Rocco, di Costantino Mortati. Scoreremo nelle loro opere il riflesso della cultura costituzionale del loro tempo storico e del maturare in essa di decisive consapevolezze: della crisi dello Stato liberale di diritto e del modo di rappresentazione nello Stato del principio di unità politica; della necessità di elaborare strategie di risposta alla crisi, che assumeranno tratti e contenuti diversi, autoritari, magari decisamente totalitari,

ma anche, in prospettiva altrettanto decisamente democratici. Vedremo come tutto questo si produca all'interno di un formidabile trentennio, compreso tra la Grande Guerra e la Costituente. Per noi è importante mantenere fermo lo sguardo sulla cultura costituzionale dell'intero trentennio, collocando quindi il regime fascista entro uno spazio temporale più ampio, con un segmento che lo precede, l'ultimo della esperienza dello Stato liberale di diritto, e con un segmento che lo segue, quello che guarda già alla Repubblica che nasce.

2. *Il punto di partenza: lo Stato legislativo di diritto.*

Ogni cultura costituzionale, in ogni tempo storico, assume come primo problema quello della costruzione, e della rappresentazione, dell'ordine politico. Così è stato anche per la cultura costituzionale dell'età liberale, compresa tra la Rivoluzione e il primo ventennio del Novecento. La prima caratteristica di quella cultura è certamente data da un forte investimento nello Stato, nella capacità dello Stato di rappresentare la nazione, e con essa il principio di unità politica. È questo ovviamente anche il tempo delle Carte costituzionali, del costituzionalismo liberale, di una certa progressiva e graduale espansione delle libertà civili e politiche. Ma quando si ha bisogno di pensare all'ordine politico non si pensa alla Costituzione, ma allo Stato nazionale, che in questa età assume una forma determinata, che abbiamo denominato « Stato legislativo di diritto ». Nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento, nel punto più alto della esperienza degli Stati nazionali, abbiamo in Europa svariati regimi politici e soluzioni istituzionali anche assai diverse — una monarchia integralmente parlamentarizzata in Inghilterra, un sistema politico che ancora dava spazio considerevole al principio monarchico in Germania, una repubblica fondata sulla sovranità della nazione in Francia — ma secondo noi *un'unica forma di Stato: lo Stato legislativo di diritto.*

Nella nostra ricostruzione, lo Stato legislativo di diritto è il punto di partenza della trasformazione costituzionale che di lì a poco investirà l'Europa. Dalla sua crisi si tenterà di uscire in direzioni diverse, seguendo prospettive decisamente autoritarie, o addirittura già proiettate verso un futuro orientato in senso demo-

cratico. Ma ben poco si capisce del rapido susseguirsi di quelle prospettive se non si ha chiaro il punto di partenza, ovvero quali siano i caratteri identificativi dello Stato legislativo di diritto.

Di questo dobbiamo ora occuparci. Lo faremo utilizzando un classico della nostra materia: il « Diritto pubblico italiano » di Santi Romano, un manuale destinato ad una prestigiosa collana pensata nella dimensione europea dall'editore Mohr, mai pubblicato per ragioni belliche — Romano vi aveva lavorato in quegli anni ed era sostanzialmente pronto nell'estate del 1914 — ed ora, reperito nelle carte di Romano, finalmente pubblicato nel 1988 (1). Troviamo in questo testo, espressi in modo esemplare, tutti i caratteri storicamente propri dello Stato legislativo di diritto, in Italia come in Europa.

Sono tre. Li esaminiamo partitamente, sapendo che dal loro insieme risulta l'identità complessiva di quella determinata forma di Stato della quale in quei medesimi anni s'iniziava a denunciare la « crisi », aprendo la discussione sulle prospettive, sulle risposte da elaborare. Il primo carattere è relativo alla *genesì dello Stato*. Ricollegendosi ad una risalente problematica, relativa al peso da attribuire ai plebisciti nella genesì dello Stato unitario, Romano prende una posizione di netta ripulsa, considerando l'opinione contraria, che pretendeva di fondare lo Stato medesimo sulla volontà popolare espressa nei plebisciti come il residuo d'ideologie politiche appartenenti al tempo trascorso della Rivoluzione. Tale è in modo esplicito la « sovranità popolare »: un ferro vecchio, inutile e pericoloso (2). Cade qui in modo clamoroso il paradigma contrattualistico: non c'è più l'associazione politica della Rivoluzione, e lo Stato è considerato « di diritto » proprio perché non dipendente nella sua genesì, e nella sua stessa esistenza, da una volontà originaria, che Romano, in sintonia con la cultura costituzionale del suo tempo, immagina come una volontà disordinata, in sé incapace di produrre ordine.

Il secondo carattere è relativo alla *garanzia dei diritti*. Insieme al paradigma contrattualistico cade anche quello giusnaturalistico, nel senso che la titolarità dei diritti non è più data dalla nascita, ma dalla

(1) S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988.

(2) Ivi, p. 19.

legge dello Stato: i diritti esistono, e sono garantiti, perché ed in quanto una legge dello Stato li preveda. È questo il celebre dogma della autolimitazione dello Stato sovrano, che con un proprio atto fonda e costituisce i diritti, limitando la sua integrale potestà originaria. I diritti non sono più un presupposto della costruzione pubblicistica, ma un suo esito, un suo risultato. Seppure con qualche significativa sofferenza ⁽³⁾, Romano aderisce a questa concezione dei diritti. Anche per lui, non è più il tempo delle Dichiarazioni dei diritti, come nell'89. Non è più il tempo delle costruzioni razionalistiche. Ora i diritti non assumono più la veste di principi originari. Sono semplicemente ciò che la legge dello Stato dichiara che debbano essere.

Il terzo carattere è dato dal *primato della legge*. Leggiamo questa volta direttamente Santi Romano: « Non esiste nel diritto italiano un potere legislativo superiore a quello ordinario. Il quale non soltanto è un potere supremo, ma è altresì assolutamente insindacabile da ogni altro potere, compreso il giudiziario » ⁽⁴⁾. La frase rileva non tanto per il suo aspetto più evidente e noto, ovvero l'esclusione dall'orizzonte dello Stato legislativo di diritto della prospettiva del controllo di costituzionalità, quanto per la filosofia che la ispira — che pure può dirsi alle origini di quella esclusione — che è quella del « potere supremo », che è tale in quanto la sua manifestazione di volontà, ovvero la legge, è presunta dall'ordinamento sempre e comunque legittima. Per questo motivo è insindacabile, perché l'ordinamento non prevede l'ipotesi che essa possa essere illegittima. Su questa presunzione si regge l'intero sistema dello Stato legislativo di diritto, e non solo in Italia. Che si tratti del Parlamento italiano, o di quello inglese, o magari della Assemblea nazionale francese, è questo comunque, in tutta Europa, il tempo della legge come primaria e insindacabile manifestazione di volontà dello Stato sovrano. Non esistono diritti se non in quanto una legge li preveda; e più in genere non c'è più un altro diritto, poiché sono caduti i modelli giusnaturalistici e contrattualistici della Rivoluzione.

Tutto questo rende la legge straordinariamente forte, ma sulla base di un presupposto a sua volta assolutamente necessario: che la

⁽³⁾ Ivi, p. 93.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 233.

società che è governata da quella legge sia rappresentabile come una realtà in sé ordinata, storicamente fondata, e progredente in modo graduale, lontano dagli eccessi della Rivoluzione. Insomma, quella legge è suprema e insindacabile perché riferita ad una società in cui è sostanzialmente assente la dimensione del conflitto.

Così non era però, nella realtà. Alcuni anni prima, con la celebre prolusione pisana del 1909 ⁽⁵⁾, lo stesso Romano aveva apertamente parlato di « crisi », con riferimento ad una società che in modo sempre più evidente si popolava di aggregazioni basate — come nel caso esemplare del sindacato — sul criterio dell'interesse economico, della categoria ⁽⁶⁾. Ciò era visto — dallo stesso Romano, e dalla cultura costituzionale del tempo — come una sorta di disporsi delle truppe sul campo di battaglia, nell'attesa di un conflitto che si sarebbe fatalmente scatenato, tra interessi parziali determinati a prevalere su altri interessi altrettanto parziali. Nel mezzo, le istituzioni dell'età liberale, e lo stesso Stato di diritto, si sarebbero trovati nella ben nota posizione dei vasi di coccio, destinati a rompersi, forse ad uscire definitivamente di scena. E tra i cocci più grossi rischiava di esservi proprio quello della legge, che avrebbe in effetti potuto ridursi al ruolo di mediazione tra gli interessi organizzati, ben lontano da quello di atto del « potere supremo » che abbiamo visto qualificare in profondità il modello dello Stato legislativo di diritto.

I toni di Romano sono però tutt'altro che pessimistici. Anzi, la parte conclusiva della prolusione con accenti perfino enfatici prevede un futuro ancora centrale per lo Stato moderno ⁽⁷⁾, magari riformato, in particolar modo sul terreno della rappresentanza, in modo da dare voce a tutte quelle società intermedie che la Rivoluzione aveva avversato, dando vita ad un sistema « troppo semplice », e quindi troppo lontano dalla concretezza dei rapporti sociali ⁽⁸⁾. Riforme che nella logica di Romano si renderanno necessarie, ma che hanno comunque in questa prospettiva il sapore di un completamento, di un perfezionamento, e non certo di una messa in

⁽⁵⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽⁶⁾ Ivi, p. 5 e ss., p. 11.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 13 e ss.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 8 e ss.

discussione. Infatti, Romano non dimentica mai che quel medesimo Stato moderno ha una dimensione plurisecolare da tenere ben distinta dal più contingente « Stato moderno » della rivoluzione francese; e che in quella più ampia dimensione c'è comunque un valore da preservare che è quello della « impersonalità del potere pubblico », che poi coincide con la « personificazione del potere per mezzo dello Stato » ⁽⁹⁾. Questo valore, per quanto anch'esso minacciato dalla crisi, è per Romano ancora vincente, proprio perché frutto di una storia di lungo periodo che l'ha profondamente radicato nella cultura costituzionale e nella vita delle istituzioni. È il valore per cui quando il « permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi a favore di quest'ultima », ciò è percepito come « uno stato di cose » contrario all'ordinamento giuridico ⁽¹⁰⁾. Romano vede insomma la crisi, ma crede ancora nel diritto. Non ritiene necessario uscire fuori dalla formula dello Stato moderno. In quella formula è contenuto tutto quanto serve per affrontare i tempi nuovi. La legge potrà mutare nella forma e nella sua struttura, ma non cambierà lo Stato, che continuerà ad essere uno Stato legislativo di diritto. La « forza oggettiva del diritto » permarrà come perno centrale dell'ordine sociale e politico.

3. *Il progetto autoritario.*

La domanda che ora dobbiamo porci è la seguente: lo Stato legislativo di diritto, una volta recise — come abbiamo visto — le matrici di carattere contrattualistico e giusnaturalistico, una volta ridotto tutto il diritto a legge dello Stato, in modo tale da rendere possibili, nei confronti della volontà dello Stato sovrano, quei soli limiti che lo Stato stesso abbia posto, è rappresentabile come una forma di Stato destinata necessariamente ad evolversi in senso apertamente e schiettamente autoritario? Noi propendiamo in linea generale per una risposta di carattere negativo. Riteniamo cioè che il progetto autoritario che matura in Italia a partire dalla metà degli anni Venti non possa essere qualificato come l'esito necessario della

⁽⁹⁾ Ivi, p. 4.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 5.

precedente forma di Stato, come se in quest'ultima fosse in atto una sorta di meccanismo interno di obbligata conduzione della cosa pubblica verso esiti di carattere autoritario. Riteniamo anzi che nel progetto autoritario — che riferiamo alla emblematica figura di Alfredo Rocco ⁽¹¹⁾ — sia contenuto un *quid pluris* che cambia radicalmente le cose rispetto alla tradizione giuspubblicistica dell'età liberale.

Ovviamente vi sono anche sostanziosi elementi comuni, tra il tardo Stato liberale raffigurato dalla dottrina costituzionale inaugurata in Italia da Vittorio Emanuele Orlando e lo Stato autoritario di Rocco. Comune è certamente il rifiuto del principio di sovranità popolare e la connessa ricusazione dei modelli di carattere contrattualistico e giusnaturalistico. Lo stesso Rocco giocherà in modo abile su questo punto, presentandosi per questo aspetto come l'erede di quella tradizione giuspubblicistica, che non per caso era approdata al principio di sovranità dello Stato. Soprattutto in certi discorsi pubblici, di alto rilievo istituzionale, come la relazione sul disegno di legge sulle attribuzioni e prerogative del Capo del Governo, Rocco tenderà palesemente a presentare determinate soluzioni istituzionali come il precipitato ultimo della tradizione statutaria, depurata dalle degenerazioni di stampo parlamentaristico, in modo da renderla finalmente conforme al suo principio fondamentale, a quel principio di sovranità dello Stato, che il fascismo intendeva ora far trionfare in modo definitivo ⁽¹²⁾.

Rocco giocava tuttavia sull'equivoco, o meglio sul carattere strutturalmente ambivalente del concetto stesso di 'Stato sovrano'. Lo Stato moderno portatore del principio di sovranità della scuola giuridica nazionale, di Orlando e Santi Romano, è infatti una costruzione a due lati. Il primo — ma solo il primo — ha effettivamente quel contenuto autoritario che Rocco ricercava, e che il

⁽¹¹⁾ Tra la letteratura più recente: R. D'ALFONSO, *Costruire lo Stato forte: politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano, F. Angeli, 2004; *Alfredo Rocco: dalla crisi del parlamentarismo alla costruzione dello Stato nuovo*, a cura di E. Gentile, F. Lanchester e A. Tarquini, Roma, Carocci, 2010; e G. SIMONE, *Il guardasigilli del regime: l'itinerario politico e culturale di Alfredo Rocco*, Milano, F. Angeli, 2012.

⁽¹²⁾ A. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Roma, Anonima Editrice, 1927, pp. 195 e ss.

fascismo, nella sua linea, avrebbe dovuto portare a compimento. È il lato della originarietà del potere, della sua inderivabilità da una volontà di stampo pattizio, che pretenda di costruire l'ordine politico dal basso, attraverso lo strumento del contratto. Già abbiamo ricordato in proposito l'opinione di Santi Romano sui plebisciti alle origini dello Stato unitario. A conferma si può ora accennare al Romano del settembre del 1944, che usa toni assai scettici, se non proprio dispregiativi, nei confronti del tentativo dei partiti politici di costruire un nuovo ordine politico e costituzionale. Qui c'è effettivamente una tradizione, una cultura costituzionale, orientata in senso anticontrattualistico, di cui lo Stato autoritario di Rocco è nei fatti legittimamente erede ⁽¹³⁾.

Ma c'è per l'appunto un secondo lato nel principio di sovranità dello Stato. E qui le strade divergono. Per la scuola giuridica nazionale, dire che lo Stato è 'sovrano' significa affermare con forza la superiorità del diritto statale, della legge dello Stato, sulle volontà particolari. Significa, ancor più, far trionfare la « forza oggettiva » del diritto sulle volontà dei soggetti, politici, sociali, o economici. In una parola, lo Stato è sovrano in funzione del diritto, per far vincere il diritto, e non un qualsivoglia indirizzo politico. Qui c'è una cultura del diritto come neutralità, come impersonalità, come prefigurazione di un sistema in cui tutto sia obbiettivamente calcolabile, in cui conta la regola astrattamente prefissata, e non la decisione, non l'indirizzo. Qui c'è il secondo lato del principio di sovranità dello Stato, che alla fine vorrebbe far trionfare il diritto stesso, rendere quest'ultimo sovrano.

Tutto questo era inaccettabile dal punto di vista del progetto autoritario di Rocco. Qui si produce il salto, la differenza. È questo il lato della nota critica allo Stato liberale come « Stato agnostico », che troviamo espressa in modo compiuto nel saggio del 1927 su « La trasformazione dello Stato » ⁽¹⁴⁾. Nella linea di Rocco, la « forza oggettiva » del diritto — tanto cara a Santi Romano, come sappiamo — si risolveva in realtà in assenza di « forza », ovvero in incapacità a confrontarsi con le « forze » reali, quelle che nella società concre-

⁽¹³⁾ S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto* (settembre 1944), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 220 e ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *supra*, nota 12.

tamente operavano in forma organizzata, determinando il fatto nuovo della esistenza del *soggetto politico nella società*, e dunque della base materiale necessaria per l'individuazione del soggetto titolare dell'indirizzo politico. Qui si recupera per intero il senso della discontinuità. Nel processo di superamento dello Stato liberale da parte dello Stato fascista è contenuta infatti sul piano storico l'esigenza di fondare un intero « nuovo sistema di diritto pubblico » (15). Non c'è più quindi solo uno Stato imperfettamente sovrano da ulteriormente irrobustire. C'è molto di più. C'è da superare decisamente quella cultura costituzionale che aveva risolto il principio di sovranità in dominio del diritto in senso oggettivo. E c'è da recuperare quella concezione piena, tutta politica, della sovranità per cui non c'è sovranità se non c'è il soggetto decisore, se non c'è la scelta per un determinato indirizzo, per certi principi da porre alla base della forma politica, per una certa concezione della convivenza sociale, dei rapporti civili e delle relazioni economiche.

Se torniamo ora per un attimo al 1925, alla relazione sul disegno di legge sulle attribuzioni del Capo del governo, si comprende allora perché liberali come Orlando, o come Gaetano Mosca, rimanessero così colpiti da quella ormai aperta ed espressa considerazione del Primo Ministro come « Capo riconosciuto di ingenti forze politiche, economiche, morali esistenti nel Paese » (16). Stava nascendo l'indirizzo politico, sconosciuto al parlamentarismo liberale. Lo si riferiva al fatto nuovo della organizzazione di « ingenti forze » intorno ad un « Capo ». Di fronte al fatto le regole divenivano accessorie. Si stavano rompendo gli equilibri su cui era stato costruito il sistema costituzionale liberale. E di conseguenza erano destinati ad un ruolo sempre più marginale i soggetti protagonisti di quel sistema, il parlamento e lo stesso Sovrano. Contro il mondo liberale del notabilato, dell'equilibrio e della moderazione, tornava il tempo dei soggetti, delle « forze » operanti nella società, prima ancora che nelle istituzioni. Ma era una società irreggimentata. Tornava il tempo della politica e della decisione, ma era una politica senza democrazia. Era un progetto nuovo, ma decisamente autoritario.

(15) A. Rocco, *Scritti e discorsi politici*, III, Milano, Giuffrè, 1938, p. 771.

(16) Ivi, p. 925.

4. *Il progetto democratico.*

Il progetto di Rocco poteva risolutamente dirsi autoritario perché debordava dai confini del principio di sovranità fissato nella dogmatica della scuola giuridica nazionale. Anche quest'ultima infatti aveva finito per esaltare l'esecutivo come 'cuore' ed 'essenza' dello Stato, ma ancora una volta in un senso del tutto funzionale alla riaffermazione del primato del diritto in senso oggettivo, soprattutto come diritto dell'amministrazione, in sostanza a difesa della tradizionale cittadella delle istituzioni, ormai sempre più da vicino assediata da una società nuova, dominata dalle categorie, dai sindacati, dalle organizzazioni degli interessi. Questa società aveva sferrato l'assalto decisivo nel 1919, con l'adozione della proporzionale. Quest'ultima, se lasciata libera di produrre tutti i suoi effetti, avrebbe distrutto ogni principio di sovranità. Bisognava rapidamente contrastarla. Era questo il pensiero di Orlando, di Santi Romano, di quasi tutta la scuola giuridica nazionale. Ma era una strategia difensiva, che nel primato dell'esecutivo vedeva più che altro un baluardo, un argine contro il montare degli interessi organizzati che penetravano nelle istituzioni per la via che a loro si era aperta, e che ovviamente era quella parlamentare.

Rocco andò ben oltre. E superò il confine oltre il quale non si trattava più di difendere le istituzioni, ma di ricercare in avanti un vero e proprio nuovo principio di unità politica, che ormai prescindeva in modo sempre più esplicito dalla mediazione e dalla legittimazione parlamentare. Allora il primato dell'esecutivo finiva per assumere un significato del tutto nuovo. In una parola, significava ricercare una *suprema potestas*, che fondava la sua posizione di supremazia — come afferma il passaggio sopra riportato della relazione del 1925 — sempre meno nelle regole e nelle istituzioni costituzionalmente date, e sempre più sul *fatto*, ovvero sulla presenza nella società di « ingenti forze » raccolte attorno ad un « Capo riconosciuto ». Mentre i giuristi della tradizione si ponevano a difesa del principio di sovranità dello Stato considerando il nuovo che stava affermandosi nella società semplicemente come una minaccia da respingere, Rocco passava al contrattacco, metteva le mani in questo « nuovo », e proprio lì, in quel territorio ostile, fondava il nuovo principio di unità politica, che non passava più per il parla-

mento dei notabili, e neppure ovviamente per il parlamento dei partiti e della proporzionale. Passava piuttosto per un processo di organizzazione delle masse che si svolgeva per l'appunto direttamente nella società, in modo da costituire in essa la prevalenza netta di un indirizzo politico, impersonato da un « Capo ». Quest'ultimo, su questa base fattuale, non potrà non essere il Capo del governo, non potrà non avere con sé la maggioranza del parlamento, non potrà non essere riconosciuto come tale dallo stesso Sovrano. Così, tutti i complicati problemi della forma di governo si semplificavano drammaticamente. Il progetto autoritario relegava tutti gli attori istituzionali di sempre, e in primo luogo il parlamento e lo stesso Sovrano, a ruoli marginali. Il progetto autoritario stroncava ogni discussione perché metteva tutti di fronte al fatto, ad un tipo di supremazia che si pretendeva fondata direttamente nella società.

Abbiamo così già individuato due culture costituzionali. La prima è quella della scuola giuridica nazionale di Orlando e Santi Romano. È indubbiamente una cultura statualistica. Basti pensare alla dottrina dei diritti pubblici subbiettivi, alla loro fondazione nel principio di sovranità dello Stato. Si può anche dire che da una simile cultura derivano conseguenze di carattere autoritario. Ma solo fino ad un certo limite. Quei giuristi infatti coltiveranno sempre la fiducia nella autonoma forza ordinatrice del diritto e nella tendenza dei poteri a ricercare l'equilibrio. In quei primi decenni del Novecento si potranno rendere necessarie delle riforme, dirette a difendere la cittadella delle istituzioni dalla aggressività degli interessi organizzati, e si penserà così anche nel loro caso ad un ruolo maggiore e rafforzato dell'esecutivo, ma sul presupposto della permanenza sostanziale dello Stato moderno « che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede », come afferma lo stesso Romano nella nota prolusione pisana (17).

Lo stesso non si può dire per la seconda cultura costituzionale, quella autoritaria di Rocco. In questo caso, contro il medesimo avversario, contro la nuova società degli interessi organizzati, non vale più la via della riproposizione dello Stato sovrano nella forma conosciuta, e magari parzialmente riformata. C'è bisogno di un

(17) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 18.

nuovo tipo di ordine politico, che ha ora la sua base decisamente nella società, non più lasciata libera di scomporsi e ricomporsi secondo proprie dinamiche, ma organizzata saldamente, in modo da costituire la base materiale del governo, di un esecutivo che in questo senso, con il suo Capo, diviene la *suprema potestas*, il potere pubblico supremo.

Il panorama non è però completo. Accanto alla cultura dello statualismo liberale, e a quella autoritaria del fascismo proteso a divenire regime, c'è in questi decenni del Novecento una *terza cultura costituzionale*, che possiede caratteri tali da poter essere considerata in prospettiva funzionale alla proposizione del *progetto democratico*. C'è insomma in questi decenni — particolarmente negli anni Trenta — l'emersione di problematiche che diverranno cruciali negli anni della Costituente. E in molti casi, alcuni degli esponenti di questa terza cultura costituzionale, non per caso ragioneranno, in quegli anni della Costituente, con le categorie studiate e messe a punto nel corso degli anni Trenta. Il principale tra questi è Costantino Mortati, con la sua celebre dottrina della costituzione in senso materiale. Di questo dobbiamo ora occuparci ⁽¹⁸⁾.

Anche Mortati, come Rocco, guarda alla società, per ricercarvi un nuovo principio di unità politica. Entrambi i giuristi sono infatti proiettati in una dimensione post-liberale. Non credono cioè più che sia sufficiente, per la costruzione e la raffigurazione dell'ordine politico, la concezione tradizionale della nazione rappresentata nello Stato. In questo senso Rocco e Mortati procedono fianco a fianco, nel tentativo di andare oltre il consueto riferimento alla nazione, e di reperire nel concreto della società un nuovo e più adeguato fondamento dell'ordine politico. Le vie sono però diverse, e soprattutto sono diversi gli esiti. Quello di Rocco è seccamente autoritario. Alla fine, consiste nell'obbligo di conformare l'intero sistema politico e costituzionale al fatto nuovo della organizzazione delle masse attorno ad un Capo. È la necessità di questa organizzazione che Rocco

⁽¹⁸⁾ Qui la letteratura è divenuta imponente negli ultimi anni. Sia consentito di rinviare a M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 657 e ss.

scopre, alle origini ed alla base dell'ordine politico. In questo stesso punto Mortati scopre altro. Scopre una norma, che chiama la *costituzione originaria*, o anche la *costituzione in senso materiale*. Certo, una tale norma non può librarsi nel vuoto. In concreto, si arriva a definirla perché c'è un soggetto che la vuole e la promuove. E questo soggetto non può essere altro che il partito, lo stesso che provvede alla organizzazione delle masse nella proposta di Rocco. Il PNF, negli anni Trenta, per Rocco come per Mortati. Dunque, dove risiede la differenza? Sta per l'appunto nel concetto di norma, che Mortati mette al centro della sua ricostruzione della origine dell'ordine politico. Quest'ultimo esiste in funzione di un dover essere, in funzione di alcune grandi finalità da perseguire, che sono fissate nella costituzione originaria, e che come tali s'impongono agli stessi detentori del potere. In questo senso, la costituzione originaria è essa stessa da ascrivere pienamente al campo del diritto, è norma giuridica, e non mera realtà fattuale. Alle origini dell'ordine politico non troviamo dunque — come in Rocco — il fatto nudo e crudo della « forza » organizzata, ma la costituzione, che contiene le grandi norme di principio che danno senso, ed identità, a quell'ordine, che alla fine esiste proprio per perseguire le finalità indicate nelle stesse norme di principio.

Certo, siamo negli anni Trenta, e quelle norme saranno in concreto dettate dal partito unico. Ma il punto centrale della dottrina di Mortati, secondo cui l'ordine politico esiste se esiste una norma fondamentale che definisce i suoi caratteri e le sue finalità, andava ben oltre il regime. Si riferiva alla dimensione ben più ampia delle forme politiche del Novecento. Avrebbe cioè potuto riferirsi — come in effetti accadde — anche ad un progetto democratico, costruito da una pluralità di soggetti e di forze. In effetti, Mortati portò con sé alla Costituente la dottrina della costituzione in senso materiale coniata negli anni Trenta. In particolare, la concezione della costituzione come indirizzo fondamentale, che contiene le finalità di fondo da perseguire da parte della Repubblica, è certamente nella linea che abbiamo visto emergere con Mortati nel corso degli anni Trenta ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), in *Id.*, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, III, pp. 999 e ss.; *Id.*, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940; *Id.*, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi* (1947), in *Raccolta di scritti*, cit.,

Potrà sembrare paradossale, ma il lato più ambizioso della nostra democrazia repubblicana, quello che vuole che la Costituzione non sia solo garanzia e limite, ma anche indirizzo per il futuro, quello che vuole che la Repubblica non sia solo *societas*, semplice comunanza di diritti, ma anche *universitas*, unità di scopo, che esiste in funzione di alcune grandi finalità da realizzare, di compiti di ordine sociale da condurre avanti in nome di una progressiva realizzazione del principio di uguaglianza, quel lato che da sempre è più in gioco nella battaglia per l'attuazione della Costituzione, ha la sua radice dottrinale negli anni Trenta, nella ricerca che allora fu avviata della costituzione originaria, dei principi fondamentali su cui si basa l'identità di una comunità politica: allora, quelli voluti dal partito unico, oggi quelli costruiti attraverso l'incontro di una pluralità di partiti, di soggetti sociali e politici, che operano con le regole della democrazia.

5. *Il punto di arrivo: lo Stato costituzionale.*

Siamo all'epilogo. Il punto di arrivo è radicalmente diverso da quello di partenza. I tre momenti che avevamo individuato in Santi Romano come essenziali per la definizione della forma di Stato nel senso dello Stato legislativo di diritto sono travolti dall'avvento della Costituzione democratica: così, si torna a ragionare di una genesi dello Stato di tipo contrattualistico, si torna a collocare i diritti in posizione di anteriorità rispetto al potere, si pone la legge al di sotto della Costituzione, con il controllo di costituzionalità. Sui tre punti indicati il sistema si ribalta: la società prima dello Stato, la persona prima dello Stato, la Costituzione prima della legge. Ci si avvicina perciò ad una nuova forma di Stato, che oggi definiamo « Stato costituzionale ».

La discontinuità è questa volta netta. Lo Stato costituzionale

I, pp. 601 e ss. I tre saggi nella loro successione temporale mostrano il dipanarsi di una vicenda dottrinale che ha la sua origine negli anni Trenta e il suo esito al tempo della Costituente. La relazione del 1947, che lucidamente espone il piano di quella che sarà la Costituzione democratica, non è infatti comprensibile prescindendo dalla svolta che si produsse in seno alla dottrina costituzionale a partire dagli anni Trenta, per opera di giuristi come Mortati.

non si presenta come un semplice perfezionamento dello Stato legislativo di diritto, cui ritornare una volta esaurita la fase autoritaria e totalitaria. È decisamente una forma nuova e inedita, scaturita dalla svolta della metà del secolo scorso. Non è questa la sede per un'esposizione ragionata dei caratteri dello Stato costituzionale. Si può solo accennare a quello che forse è il suo carattere di fondo, consistente nel tentativo di coniugare il momento del limite, della garanzia e della inviolabilità dei diritti, che s'impondeva in reazione alle politiche assolute, e di sterminio, dei precedenti regimi totalitari, con il momento dell'indirizzo, della individuazione di alcuni grandi principi di giustizia, come in primo luogo il principio di uguaglianza, da realizzare attraverso il processo di attuazione della Costituzione. Da una parte, una politica che può divenire arbitrio, e dunque da limitare e contenere, dall'altra una politica da promuovere, la « grande politica », che si svolge in attuazione dei principi costituzionali. Com'è noto, le cose sono andate così solo in parte, soprattutto a partire dalla fine degli anni Settanta, quando il quadro complessivo è andato rapidamente mutando. Tra i mutamenti intercorsi se ne può ricordare uno che riguarda un aspetto che fino ad ora non abbiamo toccato. Mi riferisco al ruolo, sempre più ampio, che nelle democrazie odierne è svolto dai giudici, dalla giurisprudenza. Nello Stato legislativo di diritto il giudice non era altro che il fedele esecutore della volontà del legislatore. A lui si chiedeva semplicemente un'applicazione della legge pronta, sicura e uniforme. Oggi, la giurisprudenza è molto di più: è divenuta, a fianco della legislazione, una via essenziale per la concretizzazione dei precetti costituzionali. In certi momenti, proprio a partire dalla fine degli anni Settanta, a causa della crisi dei partiti, delle istituzioni rappresentative, dei parlamenti, è sembrata addirittura essere la via prevalente.

Oggi, la partita è aperta. E si presenta non di rado come una partita decisiva per le sorti delle democrazie contemporanee. Da una parte, la crescente rilevanza del momento giurisdizionale è certamente da salutare come il frutto di una conquista, nel senso che è il segno della avvenuta acquisizione da parte della Costituzione di una forza normativa propria, che si esplica direttamente nell'esercizio della giurisdizione, senza che vi sia più bisogno della intermediazione della legge. Nessuno può dimenticare in proposito i primi anni Cinquanta, quando la Costituzione vigeva solo formalmente, e si

continuava ad applicare la legge — ovviamente anche quella emanata nel corso del precedente ventennio — come se niente fosse accaduto, appunto perché la Costituzione senza leggi di attuazione — che continuavano a mancare — rimaneva appesa nel vuoto, priva di autentica forza normativa, e dunque ignorabile e ignorata da parte dei giudici.

Ma c'è anche il rovescio della medaglia. Nella sempre più evidente rilevanza del momento giurisdizionale nello svolgersi concreto della esperienza costituzionale delle democrazie contemporanee si può scorgere — come nel caso dell'Italia, a partire dalla fine degli anni Settanta — il progressivo esaurimento di quella concezione della costituzione come indirizzo fondamentale che abbiamo incontrato nel nostro percorso già a partire dagli anni Trenta. Quella concezione presupponeva infatti — per ciò che riguarda il tempo nuovo della democrazia — un'attuazione delle grandi norme costituzionali di principio per la via maestra della legge deliberata con le regole della democrazia, nei parlamenti, con il contributo decisivo dei partiti. Ora, è bene sapere che se ciò non fosse più possibile, a causa della sempre più profonda e evidente crisi dei soggetti e delle istituzioni della democrazia politica, allora la storia che abbiamo narrato potrebbe dirsi davvero conclusa. Ciò che in questo caso andrebbe a conclusione è infatti la costituzione stessa come luogo privilegiato di costruzione e rappresentazione dell'ordine politico, così come la si era intesa nel corso dell'intero Novecento, complessivamente inteso, al di là delle differenze di regime. In uno Stato costituzionale che dovesse davvero prendere questa via, la costituzione non avrebbe più nulla a che fare con l'ordine politico. Sarebbe intesa come pura norma giuridica, destinata come tale a vivere la parte maggiore della sua esistenza nei tribunali. Si sarebbe così conclusa la fase che si era aperta nel corso degli anni Trenta, quando si era iniziato a riflettere sull'indirizzo politico, sulla funzione di governo, sul ruolo del partito. E giungerebbe in tal modo alla fine in modo irrevocabile l'intero Novecento, il secolo dei totalitarismi, ma anche il secolo che ha inventato la Costituzione democratica.

LE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI
DEL NOVECENTO

LE TRASFORMAZIONI DELLA CITTADINANZA NELL'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE (*)

1. La costruzione dello Stato costituzionale. — 2. Verso una nuova cittadinanza, su esclusiva base costituzionale? — 3. Il ruolo della giurisprudenza, in particolare nella definizione della titolarità dei diritti sociali.

1. *La costruzione dello Stato costituzionale.*

Iniziamo con un'asserzione. Noi oggi sperimentiamo la nostra esistenza, individuale e collettiva, in un'età storicamente determinata — il nostro tempo storico — che chiamiamo *l'età dello Stato costituzionale*. Si tratta di un'età che ha avuto il suo avvio alla metà del secolo scorso, con l'emanazione delle nuove Costituzioni democratiche, trascorsi i regimi totalitari, e che è caratterizzata dall'avanzare di grandi trasformazioni costituzionali, che in modo sempre più evidente corrodono e alterano i lineamenti della forma di Stato ereditata, ovvero dello Stato nazionale di diritto. Siamo quindi di fronte ad un processo imponente, tale da implicare un mutamento nella forma di Stato, il prodursi di una fase nuova nella plurisecolare vicenda dello Stato moderno in Europa. Altrove ho cercato di analizzare i contenuti principali di questa trasformazione apertasi alla metà del ventesimo secolo e ancora ampiamente in corso. Li riassumo in questa sede ⁽¹⁾.

(*) Si riproduce qui, con l'aggiunta di qualche minima indicazione bibliografica, la relazione tenuta al Convegno su « Italiani vecchi e nuovi: la cittadinanza e le trasformazioni dell'identità nazionale », promosso dalla Fondazione Gramsci Emilia Romagna (Bologna, 19-20 maggio 2011).

(1) Per un inquadramento storico ampio, si veda M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e

La prima grande novità si è verificata sul piano decisivo dell'assetto complessivo delle fonti di diritto. Nella precedente forma di Stato, ovvero nel tempo storico dello Stato nazionale di diritto, compreso tra la Rivoluzione e la prima metà del secolo scorso — circa due secoli, dalla metà del diciottesimo alla metà del ventesimo — la fonte dominante è la legge, in quanto espressione della volontà generale, o della sovranità nazionale, o anche della sovranità popolare. È vero che il tempo della Rivoluzione, e anche della successiva età liberale, è anche il tempo delle Dichiarazioni dei diritti e delle Carte costituzionali, ma le une e le altre sono in sostanza *loi politique*, dettano cioè principi che solo la legge sovrana può realizzare attraverso un processo di attuazione per via legislativa, principi cioè che non sono diritto fino a quando non sono sostenuti dalla forza di legge; o che disegnano la forma di governo, nel secolo diciannovesimo per lo più sancendo il grande patto nazionale, tra monarchia e parlamento. In altre parole, per dirla in modo più semplice, se si vuole conoscere il diritto italiano dell'età liberale non si legge lo Statuto albertino; si leggono piuttosto le leggi, e prima di tutto il Codice civile, o le leggi che ordinano la pubblica amministrazione. La Carta costituzionale è in quel tempo al massimo una cornice, entro cui il diritto vigente è monopolizzato dalla legge. La celebre 'onnipotenza parlamentare' ha sul piano tecnico questo significato, che consiste, in sintesi, nel dominio della legge nell'assetto complessivo delle fonti di diritto.

Lo stesso deve dirsi verso il basso, sempre prendendo le mosse dalla legge, e dunque guardando al momento della applicazione, in primo luogo verso la funzione giurisdizionale. Che si tratti della volontà generale della Rivoluzione, o della sovranità nazionale dell'età liberale, il risultato non cambia: la legge, in quanto espressione di sovranità, ha bisogno di un meccanismo di applicazione pronto, sicuro e uniforme, ha bisogno cioè di ridurre al minimo il cosiddetto 'arbitrio giurisprudenziale', ovvero il margine d'interpretazione della legge da parte del giudice, con ciò ostacolando la presenza della

ss. Per il concetto di « Stato costituzionale » da diversi profili si vedano ora i saggi contenuti in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. Caretti e M. C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2010.

giurisprudenza nel panorama complessivo delle fonti di diritto. Soprattutto, il giudice, nel sistema dello Stato nazionale di diritto, non conosce la Carta costituzionale, poiché questa non è per lui direttamente fonte di diritto; egli — per così dire — non vede la Costituzione se non attraverso la legge, in quanto cioè abbia a che fare con una legge che ha attuato, o magari integrato, la Costituzione.

Questo era il punto di partenza alla metà del secolo scorso, quando entrò in vigore la Costituzione, quella italiana come altre, quando cioè iniziò la trasformazione di cui stiamo parlando.

Di fatto, le nuove Costituzioni, come quella italiana, hanno profondamente trasformato l'impianto tradizionale dello Stato di diritto. Hanno mantenuto la centralità della legge, ora più chiaramente espressione del principio di sovranità popolare, ma ad una condizione: che quella legge sia conforme a Costituzione. Ciò in un senso profondo, ovvero con un significato che nella pratica dello Stato costituzionale trascende ampiamente il caso di scuola dell'annullamento secco di una norma legislativa per contrasto con la Costituzione e per mano della Corte costituzionale. Ciò che prevale è piuttosto un processo ben più capillare e diffuso, spesso sollecitato dalla stessa Corte, con le ormai note sentenze interpretative di rigetto, di continua rilettura della legge alla luce dei principi costituzionali, per opera dello stesso giudice ordinario, nei casi concreti che gli si presentano di fronte. È cioè storicamente caduta la presunzione assoluta di legittimità a favore della legge in quanto espressione del principio di sovranità: quella legge vige ora in modo legittimo solo nella misura in cui sia interpretabile dai giudici nel senso di poterle attribuire significati conformi alla Costituzione.

Non è questa una perorazione a favore della Costituzione e tanto meno un'apologia della giurisprudenza. È semplicemente una constatazione, ovvero l'espressione formalizzata di ciò che accade in concreto nella fisiologia delle democrazie contemporanee, in conseguenza di una svolta ormai da tempo avviata, e che si è fondata, a sua volta, su una presa di consapevolezza: che al vertice dell'ordinamento delle fonti di diritto c'è ora la Costituzione, in quanto norma fondamentale, ovvero norma che contiene i fondamenti della convivenza civile attraverso le norme di principio, proprio quelle norme la cui giuridicità, e prescrivibilità, era negata nel precedente modello

costituzionale, nell'epoca dello Stato nazionale di diritto. E lo era anzi — come ricorderete per ciò che riguarda l'Italia — anche dopo l'emanazione della nuova Costituzione, per lo meno fino alla istituzione della Corte Costituzionale e alla sua storica prima sentenza nel 1956.

Veniamo ora al secondo lato della nostra trasformazione costituzionale, che è quello della sovranazionalità. Vengono qui in primo piano gli articoli 10 e 11 della nostra Carta Costituzionale, cui si deve ora aggiungere il primo comma dell'articolo 117 relativamente ai « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali », che con le due sentenze gemelle della Corte Costituzionale, la n. 48 e la n. 49 del 2007, ha in sostanza attribuito ai principi contenuti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo la rilevanza di parametro di costituzionalità, sul quale fondare, di fronte alla Corte, un giudizio di costituzionalità di una legge ordinaria statale. Dunque, per il giudice italiano, già ora, i principi costituzionali, sulla base dei quali si può dichiarare l'incostituzionalità di una legge, non sono più solo i principi della nazione, quei principi cioè che si spiegano esclusivamente in rapporto ad una storia nazionale, nel nostro caso quelli scelti dal popolo sovrano nel 1947 nell'ambito della vicenda storica dello Stato nazionale unitario italiano, in reazione al precedente regime, o meglio: sono quei principi, ma riletti entro il contesto più complessivo della comunità europea e internazionale.

C'è un modo rapido e sicuro per comprendere questo lato della trasformazione costituzionale in atto: diceva la Carta costituzionale pre-vigente, ovvero lo Statuto albertino: « La libertà individuale è garantita per legge », è cioè garantita quando è disciplinata dalla legge dello Stato nazionale italiano; risponde la Carta costituzionale vigente: « La libertà personale è inviolabile », è cioè garantita quando è disciplinata da una legge sì — poiché anzi la riserva di legge viene in misura massiccia rafforzata nel passaggio dallo Statuto alla Carta repubblicana — ma non una qualsivoglia, ma da quella legge che è espressione della tradizione politico-culturale della inviolabilità della persona, a partire dall'*Habeas Corpus* con le sue radici addirittura medievali, per arrivare alla fine di un percorso plurisecolare alla Dichiarazione del 1948, alla Convenzione del 1950, fino alla Carta europea ora incorporata nel Trattato di Lisbona;

dunque espressione di qualcosa che non è certo una tradizione nazionale. I nostri costituenti non hanno dunque proclamato l'inviolabilità della libertà personale solo contro il fascismo inteso come fenomeno nazionale, ma oltre, in positivo, per ricollegarsi ad un lato decisivo della tradizione costituzionalistica europea, e per proiettarsi, su quella base, nella dimensione, che si apriva già allora, alla metà del secolo scorso, della sovranazionalità.

Questo è per l'appunto — come si diceva all'inizio — un lato decisivo della trasformazione costituzionale intercorsa nel passaggio dallo Stato nazionale di diritto allo Stato costituzionale. Nella precedente forma di Stato una Costituzione poteva essere più o meno democratica, ma era comunque una Costituzione statale-nazionale; nello Stato costituzionale del presente la Costituzione democratica è, semplicemente in quanto tale, una Costituzione aperta alla sovranazionalità, come l'attuale Costituzione italiana. È necessario insistere sulla valenza pratica di questa vicenda, nel senso che questa apertura verso la sovranazionalità significa, in concreto, che i giudici nazionali non utilizzano più esclusivamente fonti di diritto nazionali, e che il parametro di costituzionalità, rispetto a cui si misura la costituzionalità delle leggi, è molto spesso di origine complessa, nazionale, europea, internazionale, sovranazionale.

2. *Verso una nuova cittadinanza, su esclusiva base costituzionale?*

Tutto questo ha una ricaduta di primaria importanza sul problema che qui ci interessa, che è quello della cittadinanza. Di questo dobbiamo ora occuparci. Dobbiamo cioè individuare con la massima chiarezza possibile la consistenza storica effettiva della trasformazione in atto nel concetto, e nella pratica, della cittadinanza, in conseguenza della trasformazione più complessiva cui più volte abbiamo fatto riferimento. In modo ancora più esplicito: quale cittadinanza è adeguata al tempo storico dello Stato costituzionale (2)?

(2) Per i fondamenti storici del concetto di cittadinanza è indispensabile P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 tomi, Roma-Bari, Laterza, 1999-2001. Si vedano anche i saggi contenuti in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura

Iniziamo dal dato normativo. Da una parte, con riferimento al precedente modello dello Stato nazionale di diritto, abbiamo la legge 13 giugno 1912 n. 555, dall'altra, con riferimento al periodo repubblicano, abbiamo la legge 5 febbraio 1992, n. 91: le due fondamentali leggi sulla cittadinanza nella storia dello Stato unitario. Ebbene, il confronto è sorprendente: entrambe le leggi sono fondate sul cosiddetto *jus sanguinis*, e dunque sulla distinzione tra straniero e cittadino, che è tale per derivazione genitoriale, ma mentre nel 1912 erano sufficienti cinque anni di residenza dello straniero per l'acquisizione della cittadinanza, nel 1992 questo termine è addirittura raddoppiato, e ridotto di un solo anno, a quattro, per i cittadini di un altro Stato membro dell'Unione europea, distinzione evidentemente sconosciuta nel 1912. Dunque, la sensazione è quella di essere di fronte ad una politica di arroccamento, in special modo per l'imposizione agli extracomunitari del termine lunghissimo di dieci anni. In parte è certamente così. Sarebbe però errato fermarsi alla superficie della disposizione legislativa. Come abbiamo già osservato, nello Stato costituzionale è decisivo il versante della pratica, soprattutto l'operare della giurisprudenza sulla base dei principi costituzionali. Bisogna dunque ora rivolgersi alla pratica, e alla giurisprudenza, della cittadinanza, per comprendere come nel contesto dello Stato costituzionale stia mutando di fatto la condizione giuridica proprio di coloro che sono sottoposti al termine dei dieci anni, ovvero degli extracomunitari. Dalla pratica torneremo poi, in conclusione, alla teoria. Il mutamento in atto impone infatti, a nostro avviso, una revisione complessiva del concetto di cittadinanza.

Il filo conduttore che seguiremo è quello dei contenuti sociali della cittadinanza: in una parola, la materia dei diritti sociali. È a tutti noto il processo storico che ha condotto a costituzionalizzare la materia sociale, a rendere cioè il lavoro, l'istruzione, l'assistenza, la salute, beni costituzionalmente protetti. Si potrà contestare il modo e la misura delle realizzazioni effettive in materia sociale, ma nessuno può negare — io credo — la portata davvero grande di questo passaggio, e soprattutto la sua rilevanza proprio per la questione cruciale della cittadinanza. L'accesso concreto al godimento di

di D. Zolo, Roma-Bari, Laterza, 1994; e il lavoro di E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, Cedam, 1997.

questi beni è infatti condizione necessaria per dare senso e contenuto a quella che l'articolo terzo della nostra Costituzione chiama « pari dignità sociale », e per favorire, ancora nel medesimo articolo, « il pieno sviluppo della persona umana ». Ebbene, ciò che si va affermando nella pratica dello Stato costituzionale è l'inerenza di questa dimensione sociale della cittadinanza a « tutti i cittadini » — ancora l'articolo terzo — considerando tali tutte le persone che operano nel « Paese », alle quali si rivolge la « Repubblica » — ancora parole dell'articolo terzo —, siano esse italiane o non, secondo la legge nazionale e il criterio tradizionale dello *jus sanguinis*. Non si tratta solo di teorie, o di mere aspirazioni. In una sentenza della Corte Costituzionale del 1998, la n. 454, relativa al diritto di un individuo di nazionalità somala di essere iscritto nell'elenco dei lavoratori invalidi civili da avviare obbligatoriamente al lavoro ai sensi della legge n. 482 del 1968, la Corte ragiona in termini addirittura categorici, nel senso di ritenere oramai acquisito al nostro ordinamento il criterio della « piena uguaglianza » nei diritti tra lavoratori, siano essi italiani o non. È a tutti chiaro cosa emerge da una simile conclusione, per altro tutt'altro che rivoluzionaria, e fondata puntualmente su dati normativi inoppugnabili: emerge una comunità di lavoratori — e, di nuovo, proprio ai « lavoratori » fa riferimento il nostro articolo terzo — che è tale in quanto composta di soggetti portatori in condizioni di uguaglianza dei medesimi diritti. E dunque, come non definire questi soggetti 'cittadini', indipendentemente dalla loro nazionalità? Non è forse a loro che bisogna pensare quando si legge « Tutti i cittadini » all'inizio dell'articolo terzo della nostra Costituzione? A loro, dunque, e non più esclusivamente agli italiani. Ecco dunque che nella vita dello Stato costituzionale emerge in modo sempre più distinto il profilo di una *cittadinanza sociale*, o *costituzionale*, data nella sua essenza da una comunanza di diritti, e composta al suo interno da cittadini di diverse nazionalità. Per l'acquisizione dei diritti di cittadinanza non è più indispensabile quella determinata nazionalità. Al contrario la cittadinanza di cui parliamo — quella sociale, o costituzionale — è composta per sua natura da soggetti appartenenti ad una pluralità di nazionalità.

Torniamo a questo proposito, di nuovo, sulla giurisprudenza. In una recentissima sentenza della Corte, del 2010, la n. 187, si dichiara

l'illegittimità costituzionale di una norma della legge finanziaria del 2001 nella parte in cui condizionava il diritto alla fruizione dell'assegno sociale, d'invalidità civile, al possesso, da parte dello straniero, della carta di soggiorno, e dunque alla legale presenza sul territorio nazionale da almeno cinque anni. Da una parte c'è un « diritto fondamentale », come dice la Corte, che è tale « perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto », essendo il suo presupposto l'incapacità radicale al lavoro, e dunque l'incapacità a provvedere alla propria persona; un diritto fondamentale che è tale perché relativo ad « un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare »; dall'altra c'è un potere politico che nell'esercizio della sua discrezionalità ha ritenuto di limitare la concessione del beneficio a quegli stranieri che in quanto titolari della carta di soggiorno sono con più forza e durata radicati sul territorio nazionale, sono cioè più vicini, se lo vorranno, all'acquisizione della cittadinanza italiana.

La Corte non ha esitazioni nello scegliere la via della dichiarazione d'illegittimità. Non ne può avere perché i diritti fondamentali non possono spettare solo ai cittadini di nazionalità italiana, o a coloro che stanno per divenire tali. Essendo inerenti alla persona e ai suoi bisogni primari, essi spettano a tutte le persone, ovvero a tutti coloro che legalmente risiedono sul territorio nazionale. La discriminazione è dunque costituzionalmente illegittima sotto un duplice profilo: perché discrimina tra cittadini italiani e stranieri, imponendo solo per i secondi particolari condizioni per la concessione del beneficio, come se i cittadini italiani fossero per definizione persone per la nostra Costituzione, e gli stranieri fossero tali solo se in possesso di un ulteriore requisito formale, e perché discrimina tra stranieri, come se quelli non in possesso della carta di soggiorno fossero persone non degne della medesima tutela.

Infine, per dare concretezza a quello che si diceva in avvio sulla tendenza verso la sovranazionalità che anima le vicende dello Stato costituzionale contemporaneo, si deve qui osservare come tutto il ragionamento che la sentenza conduce in materia d'uguaglianza, e del suo contrario, ovvero della ingiusta discriminazione, si fonda in primo luogo sull'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sulla giurisprudenza sul punto elaborata dalla Corte

europea dei diritti dell'uomo. Sotto questo profilo, la sentenza è espressione esemplare del principio contenuto nell'articolo 117 primo comma della nostra Costituzione — già richiamato in apertura, insieme alle due sentenze gemelle della Corte, la n. 348 e la n. 349 del 2007 — relativamente ai « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ». Mostra cioè in concreto come lo Stato nazionale stia perdendo il suo storico monopolio sul principio d'uguaglianza, nel senso che la legittimità delle sue decisioni in materia — se esse siano legittimo esercizio del proprio potere discrezionale o costituiscano invece ingiusta discriminazione — è ora sindacata — come abbiamo visto nel caso di specie — sulla base di fonti sovranazionali.

È vero che si potrebbe sostenere che il fondamento ultimo di tutto questo è pur sempre, ancora una volta, nella volontà degli Stati sovrani, ovvero che i « vincoli » di cui all'articolo 117 primo comma sono espressione anch'essi, in ultima analisi, della sovranità degli Stati, ma questo argomento è congruente solo se arriva al suo estremo logico, che consiste nell'affermazione della libera revocabilità dei vincoli in questione. Ma è così veramente? Io credo di no. Credo anzi che una delle grandi novità dell'odierno Stato costituzionale sia proprio questa: di non poter essere più immaginato come una 'persona' che si obbliga, si autolimita, e successivamente magari può revocare i vincoli che esso medesimo ha generato, com'era ancora nella grande dottrina giuridica dello Stato nazionale sovrano. Lo Stato costituzionale non vive esprimendo una volontà sovrana, in ipotesi sempre revocabile, com'era ancora nel modello dello Stato nazionale di diritto. Vive piuttosto entro quella che chiamerei un'*esperienza costituzionale*, nel senso di un processo costruttivo di principi costituzionali, i cui confini non sono più esclusivamente nazionali. Al di sopra degli Stati nazionali infatti non vi è più solo il diritto internazionale dei trattati, generato dagli stessi Stati nazionali, e come tale a certe condizioni anche revocabile; vi sono invece *ordinamenti sovranazionali*, come quello europeo, pure di origine pattizia, ma dotati di principi propri, spesso originati dalle Costituzioni statali, ma comunque viventi ormai in un intreccio continuo e sempre più stretto tra i diversi livelli della esperienza costituzionale. Lì, in quell'intreccio, concreto e materiale, si colloca l'irreversibilità dei vincoli nascenti dalla tendenza dello Stato costituzionale con-

temporaneo verso la sovranazionalità, e dunque l'impossibilità storica di una sorta di restaurazione dei caratteri tradizionali dello Stato nazionale sovrano.

Infine, sempre in materia di cittadinanza, è possibile cogliere un ulteriore lato della nostra problematica tramite un'ultima, e pure recentissima, sentenza della Corte Costituzionale, la n. 269 del 2010. In questo caso, era stato il governo a chiedere la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di alcune norme, più precisamente di alcune norme della legge regionale toscana del 9 giugno 2009, n. 29, in materia di « accoglienza, integrazione partecipe e tutela dei cittadini stranieri nella regione toscana », in modo particolare nella parte in cui si stabiliva in materia di diritto alla salute che « specifici interventi sono previsti anche a favore di cittadini stranieri comunque dimoranti sul territorio regionale », dunque a favore anche degli immigrati privi di regolare permesso di soggiorno. La posizione del governo era fin troppo chiara. A suo parere, in questo modo la regione toscana avrebbe finito per creare una sorta di sistema assistenziale parallelo per gli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno, inficiando così gli sforzi del governo tesi a contrastare il fenomeno della immigrazione clandestina, su un terreno di primario interesse nazionale, e come tale di esclusiva competenza statale e governativa.

La Corte non ha seguito il ragionamento del governo, stabilendo così la piena costituzionalità della legge regionale, in quanto fondata sul principio in particolare contenuto nel suo articolo sesto, comma trentacinquesimo, che suona così: « tutte le persone dimoranti sul territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio assistenziali urgenti e indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni persona in base alla Costituzione e alle norme internazionali ». Esiste dunque, in materia di diritto alla salute — e la Corte lo riafferma riprendendo anche sue precedenti sentenze, come la n. 252 del 2001 e la n. 148 del 2008 ⁽³⁾ — una sorta di « nucleo irriducibile » che è « protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana », e che come tale si riferisce a tutti,

⁽³⁾ Sulle medesime problematiche, si vedano anche la n. 432 del 2005 e la n. 306 del 2008.

compresi gli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno. Negare le cure ambulatoriali o ospedaliere necessarie e indifferibili, o la tutela sociale della maternità e della gravidanza, o la profilassi, significa offendere la dignità dell'uomo; si colloca in una dimensione in cui non può non valere la regola della uguaglianza assoluta, tra persone, che tali sono, nulla rilevando che si tratti di cittadini italiani o di stranieri, anche se privi del titolo regolare. Si può quindi ben ammettere che un esecutivo possa introdurre politiche di contrasto alla immigrazione clandestina, ma la presenza fisica dell'immigrato, con la sua richiesta di cure, fa di per sé cadere ogni priorità politica, perché si riferisce ad una dimensione che la Costituzione colloca comunque prima, e che è quella della dignità della persona. Analoghe considerazioni ha svolto la Corte con la sentenza n. 61 del 2011 su un caso simile, relativo ad una legge della Regione Campania — la n. 6 del febbraio 2010 — anch'essa dedicata all'inclusione sociale, economica e culturale degli stranieri, con riferimento all'abitazione, all'istruzione e formazione professionale, alle prestazioni sanitarie e assistenziali, ancora una volta proclamati come diritti fondamentali della persona.

3. *Il ruolo della giurisprudenza, in particolare nella definizione della titolarità dei diritti sociali.*

Ripercorriamo ora il filo delle nostre argomentazioni. È lunghissimo il termine per l'accesso alla cittadinanza italiana per gli stranieri extracomunitari. Ma intanto essi possono dirsi già cittadini, nel senso che nel nostro ordinamento il principio di uguaglianza funziona già ora tra italiani e stranieri, per lo meno per ciò che riguarda l'accesso ai beni fondamentali del lavoro, dell'assistenza, della salute. Il concreto esercizio dei diritti corrispondenti si sostanzia in una serie di pratiche e d'interrelazioni sociali e istituzionali dalle quali sarà difficile tornare indietro, e che rappresentano, nel loro insieme, la base materiale della cittadinanza costituzionale. L'ordinamento della cittadinanza costituzionale, sul piano normativo, è già ora dato dai principi della Costituzione, uniti ai principi derivati dalle fonti sovranazionali, e garantiti dalla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale.

Infine, c'è un ultimo lato della vicenda qui ricostruita. Nell'armadio della nostra cittadinanza sociale, o costituzionale, c'è infatti uno scheletro. Si potrebbe dire: ogni armadio ha il suo scheletro. In questo caso, si tratta dei diritti politici, e in particolare di quei diritti, come il diritto di voto, che si esercitano per concorrere «alla determinazione della politica nazionale», come nella lettera dell'articolo 49 della nostra Costituzione. Certamente, agli stranieri spettano quei diritti, come la libertà di manifestazione del pensiero, o il diritto di riunione, o di associazione, che vengono esercitati anche per concorrere alla determinazione della politica nazionale, ma che hanno al loro centro la dimensione della persona, o comunque il lato sociale e associativo. Ma che dire del 'nucleo duro' dei diritti politici, ad iniziare dal diritto di voto? Ovvero di quei diritti che si riannodano al principio di sovranità? Il popolo dei cittadini italiani — dei soli cittadini italiani — che decide in autonomia del proprio futuro in base al tradizionale principio democratico è anch'esso da mettere in discussione nel contesto del nuovo Stato costituzionale? E dunque, in ultimo, assisteremo forse anche all'esito del diritto di voto agli stranieri? È una simile conclusione nella logica dello Stato costituzionale (4)?

La risposta non è facile. Proviamoci, tuttavia. Non v'è dubbio che la trasformazione costituzionale cui si faceva cenno all'inizio ha portato grandi novità. Ha fatto emergere, sulla base dei principi costituzionali e della loro realizzazione per via giurisprudenziale, una dimensione societaria della cittadinanza entro cui sono inclusi gli stranieri, per quanto riguarda i diritti della persona, compresi i diritti sociali. Ciò che hanno in comune tutti coloro che sono inclusi in questa sfera non è più dunque la nazionalità, ma la titolarità stessa dei diritti: è la Costituzione stessa a generare uguaglianza e inclusione. A questo primo livello si può dunque parlare di una cittadinanza senza nazionalità. Di una cittadinanza sociale, o costituzionale, e non più nazionale. E tuttavia, ciò che emerge per questa via,

(4) Nella più recente letteratura giuspubblicistica italiana, si vedano E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2001; e C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparatistico sui confini della comunità politica*, Roma, Aracne, 2008.

in conseguenza della nostra trasformazione costituzionale, è una mera *societas*, ovvero una dimensione della cittadinanza in cui l'elemento della comunanza si esaurisce nella titolarità dei medesimi diritti. Si deve allora concludere nel senso di un ormai compiuto tramonto del contenuto propriamente politico della cittadinanza? Noi crediamo di no.

Crediamo che nella cittadinanza, per lo meno dalla Rivoluzione in poi, sia insopprimibile la dimensione della *universitas*, ovvero della associazione di scopo, che poi significa presenza di un popolo, o di una nazione, che si autorappresenta come comunità in cammino, che compie scelte, e non solo garantisce diritti. È qui che trova il suo limite il riconoscimento agli stranieri del diritto di voto nelle elezioni politiche. È un punto sul quale si arrovellarono anche le Costituzioni dell'età rivoluzionaria. La Costituzione della Virginia chiedeva, per l'esercizio del diritto di voto, che si fosse cittadini della Virginia, e si era tali solo se si aveva con la comunità della Virginia un legame « evidente » e « permanente »; e anche le Costituzioni della rivoluzione francese chiedevano una residenza più o meno lunga e l'acquisto di una proprietà. Insomma, si è sempre ricercato, con strumenti diversi, una misura della appartenenza ad un determinato popolo, appunto perché da questo secondo punto di vista nella cittadinanza non si esprime più l'aspetto societario, ma quello più propriamente politico della comunanza d'intenti, della decisione sul proprio futuro in senso collettivo.

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, lo Stato costituzionale odierno ha fatto emergere una dimensione societaria, o costituzionale, della cittadinanza, entro cui i diritti della persona, compresi i diritti sociali, sono tutelati al di là della nazionalità. Ma la trasformazione costituzionale che stiamo vivendo non è tale da demolire l'altro lato della cittadinanza, che è quello politico della appartenenza. Si potranno e si dovranno studiare forme e modi diversi di accesso a questo lato della cittadinanza — per esempio per l'accesso alla cittadinanza italiana — ma allo stato non sembra superabile l'immagine dei due cerchi concentrici: al centro la Costituzione, dentro il cerchio più grande la *societas* composta da tutti i soggetti titolari dei diritti civili e sociali garantiti dalla Costituzione medesima, e dentro il cerchio più piccolo solo quei cittadini che appartengono, secondo i criteri dati, alla *universitas*, al popolo, o alla

nazione. Quest'ultima non copre più tutto il cerchio. Non bisogna quindi più essere cittadini in senso nazionale per essere titolari di diritti, perché questi trovano il loro fondamento direttamente nella Costituzione, al di là del criterio della nazionalità. Ma nello stesso tempo, non si può non riconoscere che quella medesima Costituzione — poiché nella nostra figura il centro è unico — trae gran parte della sua forza e della sua legittimazione dall'essere espressione di un processo politico democratico, riferito ad un popolo, ad una nazione. Lo Stato costituzionale non è più lo Stato nazionale di diritto, ma questo non significa che esso sia divenuto un non-Stato, ovvero un mero ordinamento giuridico giurisdizionalmente amministrato. Anche lo Stato costituzionale non può fare a meno dell'elemento politico della Costituzione. Per gli stessi motivi, la cittadinanza continua ancora oggi ad essere anche appartenenza.

LE DUE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI DELL'ETÀ REPUBBLICANA

1. Premessa. — 2. Forza di legge e forza della Costituzione. — 3. Il mutamento dell'assetto delle fonti del diritto. — 4. La questione di un ordine giuridico sovranazionale.

1. *Premessa.*

Nel tema che ci è stato assegnato è implicita la necessità di un confronto ⁽¹⁾. Bisogna quindi prima di tutto intendersi sui termini del confronto. Io lo imposterei così: da una parte quella che chiamerei la Costituzione dei costituenti, ovvero la Costituzione come era intesa da coloro che la votarono, ed anche dalla cultura politica e giuridica di quel tempo storico, dall'altra la Costituzione di oggi, ovvero la Costituzione come risulta dai *processi di trasformazione* che sono intercorsi in questi sessant'anni. Ne abbiamo individuati due, che passeremo tra poco ad esaminare, e che consideriamo assai rilevanti, tali da aver segnato nel profondo la storia costituzionale della Repubblica. Dunque, per avviare il nostro discorso, la categoria di cui dobbiamo impadronirci è quella di 'trasformazione costituzionale', che ben si adatta alla nostra storia costituzionale ⁽²⁾.

È bene subito chiarire per altro che la nostra Repubblica ha avuto una sola Costituzione, da cui è scaturita una sola ed unica

⁽¹⁾ Si è deciso di mantenere il più possibile nella forma scritta il carattere di immediatezza proprio della relazione orale, tenuta il 9 gennaio 2008 presso l'Accademia dei Lincei, in occasione del Convegno su « La Costituzione ieri ed oggi ». Per questo motivo, i riferimenti bibliografici sono contenuti ed adeguati al carattere del testo.

⁽²⁾ La useremo con un significato vicino a quello ad essa attribuito da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004.

Repubblica, quella che abbiamo. Le trasformazioni cui stiamo alludendo, per quanto rilevanti siano state, si sono dunque sviluppate *dentro* la Costituzione del 1948. Ma ciò significa, a sua volta, una sola cosa: che la Costituzione del 1948 è nata dotata della formidabile virtù della *elasticità*, che consiste nella capacità della Costituzione, attraverso un mutamento della sua interpretazione, di mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano stati previsti dai suoi autori, dai costituenti (3). Si potrebbero fare numerosi esempi in questa direzione: dal diritto all'ambiente alle norme che siamo soliti racchiudere sotto l'etichetta della 'costituzione economica', fino alle norme sulla forma di governo, oggetto di molteplici tentativi, anche attuali, di revisione, ma che proprio grazie alla qualità della elasticità hanno saputo attraversare fasi diversissime della nostra storia costituzionale repubblicana (4).

Si apre qui, proprio sul piano storico, la necessità di una certa riflessione, anche nuova, sui nostri costituenti. Essi vollero certamente emanare una Costituzione nel segno della discontinuità, non solo ovviamente verso il regime fascista, ma anche verso il precedente regime liberale. E vollero in questo senso una costituzione rigida. Ma nello stesso tempo furono anche dei costituenti *prudenti*, che si sforzarono sempre di scrivere una Costituzione non ideolo-

(3) Le più recenti discussioni in materia d'interpretazione costituzionale sono documentate in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

(4) L'elasticità così intesa presuppone inoltre un motore sottostante alla Costituzione che guida nel tempo le trasformazioni costituzionali. Per ragioni storiche profonde, che non possono essere qui esaminate, questo motore era in Italia dato dall'insieme dei partiti di massa autori materiali della Costituzione repubblicana. E questo spiega la crisi successiva degli anni Ottanta e Novanta, quando quell'insieme si è disciolto per dar luogo a nuove forme di particolarismo sociale e territoriale. Nella nuova situazione, non a caso ritorna l'esigenza di una razionalizzazione di livello costituzionale della forma di governo, promessa alla Costituente e mai attuata. Se ne è occupato con esemplare chiarezza in questo stesso Convegno L. ELIA, *La "stabilizzazione" del governo dalla Costituente ad oggi*, ora in « Rassegna Astrid », giovedì 10 gennaio 2008, n. 63. Si vedano in proposito anche le recenti considerazioni di G. AMATO, *Per i sessanta anni della Costituzione*, in « Rassegna Astrid », mercoledì 19 dicembre 2007, n. 62; e sia infine consentito di rinviare a M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 7 e ss., e pp. 108 e ss.

gica, non dogmatica, adatta ad essere recepita in una pluralità di direzioni, ed anche a recepire essa medesima realtà nuove, che gli stessi Costituenti, nel loro tempo, solo in parte potevano prevedere. Ciò vale in particolare per le norme di principio, che come sappiamo caratterizzano nel profondo, sul piano storico, le Costituzioni del Novecento, come la nostra italiana. Quelle norme rappresentavano certamente nel loro insieme una scelta decisa — secondo la classica lettura mortatiana — per un sistema democratico e sociale, voluto dal potere costituente, e che segnava nel profondo la nuova forma di Stato. Ma nello stesso tempo, quelle medesime norme di principio erano in realtà costruite e formulate all'insegna della prudenza e della elasticità, in modo che lo schieramento costituzionale, assai ampio ed articolato, si potesse riconoscere in esse partendo da concezioni in quel momento convergenti, ma delle quali nessuno sapeva come avrebbero potuto rincontrarsi nella concreta vita della istituenda Repubblica ⁽⁵⁾.

2. *Forza di legge e forza della Costituzione.*

Vi erano quindi molti motivi per volere una Costituzione elastica, all'insegna della prudenza. Sopra abbiamo definito l'elasticità una 'virtù', quindi una qualità positiva di una Costituzione. E noi crediamo che ciò sia valso, e valga, a conti fatti, anche per la storia costituzionale della nostra Repubblica. Ma c'è un punto debole in tutto questo. Infatti, le costituzioni, in genere, possono permettersi il lusso della elasticità se sono alla base ben fondate, ovvero riconosciute senza

(5) Dovremo tornare su questa 'doppia faccia' delle norme di principio. Dal primo punto di vista, è fatale che prevalga una concezione tutta politica dell'attuazione costituzionale. Ma il secondo punto di vista, che valorizza di più la pluralità e le differenze, è la premessa per quel ruolo attivo della giurisdizione nella concretizzazione dei principi costituzionali, di cui ci occuperemo in seguito. Deve però essere chiaro che i due aspetti non possono reciprocamente elidersi, e sono dunque destinati a convivere necessariamente nelle norme di principio delle Costituzioni democratiche del Novecento, che in tal modo esprimono da una parte il principio di unità politica insito nel potere costituente, ma dall'altra parte, e nello stesso tempo, si pongono obbiettivamente come punti di equilibrio rispetto ad una società mai come in questo tempo storico caratterizzata da un ampio pluralismo politico, culturale e sociale. Sulle norme di principio si vedano ora i chiarimenti concettuali di G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31 (2002), pp. 865 e ss.

incertezze come norme fondamentali e primarie dalle rispettive comunità politiche. Altrimenti, può accadere che determinate caratteristiche di quelle costituzioni, come l'indeterminatezza, per lo meno apparente, di certe disposizioni, una certa costruzione delle stesse norme di principio, la tendenza a lasciare spazi bianchi da riempire con la prassi costituzionale, vengano assunte come prova della loro natura di 'leggi politiche', in quanto tali inadatte a disciplinare i rapporti tra i consociati, e dunque a porsi in concreto come vere e proprie norme giuridiche, dotate di qualcosa di analogo alla forza di legge.

Non bisogna mai dimenticare del resto che nell'Europa continentale, sul modello della rivoluzione francese, la costituzione nasce proprio come *loi politique*, che proclama certamente i diritti, ma che non è chiamata all'inizio affatto a disciplinare i rapporti in concreto, sociali ed economici, che vengono lasciati alla disciplina di sempre, quella della legge, ora divenuta, con la rivoluzione, espressione della sovranità nazionale o popolare. La storia conosceva da sempre la forza di legge, prima del sovrano e poi della assemblea. Non conosceva invece *la forza della costituzione*. Le Dichiarazioni dei diritti avevano un posto rilevante, per lo meno in epoca rivoluzionaria, ma non erano forse quei diritti destinati a divenire vero e proprio patrimonio giuridico degli individui solo, ancora una volta, per il tramite della legge? E per quanto riguardava la forma di governo non era forse vero che in fondo tutti si attendevano che le norme della costituzione dovessero esser riempite in concreto dai comportamenti effettivi delle forze politiche? C'è qui evidentemente un punto oltre il quale l'elasticità non è più una virtù, e rischia di essere invece l'anticamera della emarginazione della costituzione come norma giuridica.

Ebbene, questo è proprio quello che si è rischiato in Italia nei primi anni di vigenza della Carta costituzionale. Nel tempo della inattuazione costituzionale. Quella inattuazione ebbe certamente cause specificamente politiche, come tutti sappiamo, ma non solo. Prende ora campo l'idea che le cause fossero anche più estese e profonde, di ordine che potremmo definire culturale. In altre parole, premeva sui nostri costituenti, e poi anche negli anni immediatamente successivi, proprio la tradizione rivoluzionaria della *loi politique* sopra ricordata, certo voluta da un sovrano potere costituente, ma proprio per questo 'legge politica', quasi per sua natura posta in alto, troppo lontano dal campo della disciplina dei rapporti sociali

ed economici, cui continuava a provvedere la fonte di sempre, ovvero la legge. Certo, la fonte primaria era ora dichiaratamente la costituzione, ma la legge, in quanto non fosse in contrasto con la costituzione, continuava a stare al centro dell'ordinamento. Rispetto al classico modello liberale del secolo precedente, la legge era maggiormente condizionata dalla costituzione, ma non aveva affatto ceduto a questa, nel sistema delle fonti di diritto, la sua posizione di centralità. Ovviamente, nella Costituzione vi era, rispetto al passato, una vera e propria riscrittura globale dei principi fondanti, e degli stessi diritti, dotati ora della qualità della inviolabilità, sorretti da riserve di legge di qualità nuova, aperti alla materia sociale del lavoro, della salute, della istruzione, della assistenza. Ma era anche diffusissima la convinzione che tutto questo, specialmente e proprio nella materia sociale, sarebbe rimasto lettera morta senza la decisiva opera di attuazione da parte del parlamento, con lo strumento di sempre della legge. Invocare l'intervento del legislatore per l'attuazione della Costituzione aveva dunque in molti casi questa doppia faccia: da una parte significava sottolineare la necessità di rendere concreto il primato dei nuovi principi costituzionali, ma dall'altra significava quasi ammettere l'incapacità della costituzione di stare in piedi come norma giuridica con le sue proprie gambe.

Ed in effetti, nella cultura giuridica e politica prevalente in quegli anni questo era il punto cruciale. Spesso, anche tra i sostenitori della normatività della nuova Costituzione era infatti diffusa l'opinione che nulla di decisivo si sarebbe potuto fare per affermare quella normatività senza il legislatore. E dunque, che avere una Costituzione normativamente forte significasse quasi esclusivamente avere una Costituzione capace d'imporsi al legislatore, inteso come unico vero destinatario delle norme costituzionali. Ebbene, questa è la *prima grande trasformazione* che abbiamo individuato, che prende le mosse dalla prima sentenza della Corte costituzionale del 1956, e che giunge fino a noi. La sintetizzerei così: *dalla Costituzione come loi politique alla Costituzione come norma giuridica* ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Rinviamo in proposito, per una ricostruzione più dettagliata, a M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, in « Diritto Pubblico », 2006, 2, pp. 467 e ss.. Si veda ora anche M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico

Non voglio ora ripercorrere vicende fin troppo note. Voglio solo ancor più esplicitare il punto di avvio di questa trasformazione, che abbiamo collocato nella sentenza del 1956. Di quella sentenza non interessa tanto, nella nostra ricostruzione, la nota affermazione del carattere pienamente normativo delle norme c.d. ‘programmatiche’, quanto il ragionamento implicito nella estensione del sindacato della Corte alla valutazione della costituzionalità delle norme anteriori. Se questo si rivelava possibile, significava che era evidentemente caduta la barriera principale che si ergeva contro la normatività della Costituzione, ovvero ritenere che questa si indirizzasse in sostanza al legislatore, sanzionandolo quindi per il mancato rispetto della Costituzione, quando questi avesse emanato norme ad essa contrarie, naturalmente dopo l’entrata in vigore della Costituzione. Ora, era chiaro che il giudizio di costituzionalità si svincolava dallo schema della sanzione contro il legislatore, dal momento che operava anche verso i legislatori del passato, ovviamente ignari della norma costituzionale quando avevano emanato le loro leggi. Diveniva così chiaro che in realtà il controllo di costituzionalità operava non sui legislatori, ma sulle norme, rispetto alle quali la norma costituzionale rivendicava finalmente la sua supremazia, indipendentemente dalla loro data di emanazione, perché contava ormai, in questa logica, solo il fatto che esse fossero vigenti, e che pretendessero di esserlo nonostante la loro contrarietà a costituzione. La costituzione doveva colpire quelle norme, non solo per tutelare i diritti in esse coinvolti, ma anche perché ora su di essa si era trasferita la responsabilità della unità e della coerenza dell’ordinamento.

3. *Il mutamento dell’assetto delle fonti del diritto.*

Si apriva così una nuova vicenda. Nuova rispetto alla *tradizione legicentrica* propria del modello costituzionale europeo-continentale, ma nuova anche rispetto all’intento originario dei nostri costituenti, che erano fermi nel volere una correzione, anche rilevante, di quel modello, ma che non avrebbero mai pensato che con l’introduzione

moderno», 35 (2006), pp. 849 e ss. Il senso della trasformazione intervenuta è testimoniato con efficacia da N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LX (2006), 4, pp. 1047 e ss.

della Corte avrebbero di fatto avviato una trasformazione di questa portata, tale da mutare — come cercheremo progressivamente di mostrare — l'assetto delle fonti di diritto, ed in particolare il ruolo tradizionale della legge e della stessa giurisdizione. Seguiamo ora questo filo conduttore (7).

Torniamo al 1956. Quasi subito si mostrò quanto fosse problematica, nella materia della giustizia costituzionale, quella distinzione tra legittimità e merito, che era stata introdotta per la giustizia amministrativa, e che non pochi alla Costituente avevano preso come base per i loro ragionamenti sulla Corte, soprattutto per tranquillizzare coloro che in essa vedevano un potenziale 'super-sovrano', a danno della legge e del principio democratico. Quello che noi chiamiamo controllo di ragionevolezza della legge iniziò infatti quasi subito ad affacciarsi nella giurisprudenza della Corte, avviando un cammino che nel tempo avrebbe condotto a costruire un vero e proprio sindacato attorno al rispetto del principio di uguaglianza, e dunque alla ragionevolezza, o al suo contrario, ovvero alla arbitrarietà, del trattamento uguale di situazioni diverse, o del trattamento diverso di situazioni uguali, da parte del legislatore, con sviluppi poi ulteriori che hanno sempre più arricchito il campo della valutazione della ragionevolezza della legge, anche al di là della originaria problematica della eguaglianza, del divieto di discriminazione. E per quanto la Corte potesse ripetere fin dall'inizio che alla base del suo ragionamento vi erano le valutazioni compiute dallo stesso legislatore, in realtà si vedeva bene che per quella via la Corte intraprendeva un cammino che finiva per attraversare il campo della discrezionalità legislativa, ed inoltre — cosa certo non secondaria — che essa era condotta dal suo medesimo ruolo ad indagare sulle

(7) Precisando che la vicenda italiana è parte della più ampia vicenda delle democrazie europee, tutte investite dal medesimo processo di trasformazione. Significativamente la discussione è aperta anche in Francia, paese per eccellenza, sul piano storico, della tradizione legicentrica. Nella letteratura più recente, e nella direzione da noi indicata, si vedano P. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, Parigi, Presses Universitaires de France, 2001; F. MONERA, *L'Idée de République et la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Parigi, LGDS, 2004; ed i saggi contenuti in « Pouvoirs. Revue française d'Etudes constitutionnelles et politiques », 2005, 114.

realtà di fatto sottostanti alla questione di costituzionalità, in dialogo con i giudici stessi ⁽⁸⁾.

Quello che molti avevano immaginato, ovvero una Corte nell'empireo costituzionale, confinata in questioni di mera legittimità, era smentito in entrambe le direzioni: verso il legislatore, con il quale si apriva un dialogo sui contenuti della legge, e verso i giudici, con i quali si apriva un dialogo sulla interpretazione della legge, a partire dai casi concreti. Il legame che si stabiliva con i fatti della vita portava fatalmente in primo piano la tutela delle posizioni soggettive che vi erano coinvolte e trasformava quella che era stata concepita come una giurisdizione oggettiva, di legittimità delle leggi, in una giurisdizione costituzionale, dei diritti. Per questa via la funzione della Corte si incastonava sempre più nel cuore del sistema costituzionale, in qualche modo mutandone la struttura. Chi aveva accettato la novità della Corte, ma a condizione che rimanesse nei confini di una mera aggiunta, o correttivo, dei tradizionali assetti, ed in particolare del ruolo tradizionale della legislazione e della giurisdizione, era smentito. Nel futuro non vi sarebbe stato tanto la normale e fisiologica validità della legge, e per converso la sua eccezionale e patologica incostituzionalità, quanto un'opera costante di riconduzione della legge alla costituzione, attraverso la sua interpretazione secondo costituzione, a partire dai casi concreti, per opera dei giudici, in buona misura guidati dalla Corte medesima ⁽⁹⁾.

Sono assolutamente convinto che alla Costituente nessuno pensava ad una prospettiva di questo genere. Certo, la Corte fu accolta nella Carta senza che le pur rilevanti perplessità di alcuni dei costituenti, anche di primo piano, minacciassero davvero la sua eliminazione. Ma quasi tutti erano significativamente incerti sulla sua natura, politica o giurisdizionale. Senza che si possedessero gli strumenti, a causa della lunga dominanza del paradigma giuspositi-

⁽⁸⁾ Utile in questo senso 1956-2006. *Corte Costituzionale italiana. Giurisprudenza Costituzionale. Cinquant'anni di Diritto Costituzionale*, con prefazione di S. Bartole, Milano, Giuffrè, 2006.

⁽⁹⁾ Sullo sfondo, ciò che va cadendo è la concezione tradizionale della legge come espressione della 'volontà generale'. E dunque la trasformazione riguarda l'intero assetto delle fonti di diritto. Una prospettiva di grande interesse si trova in M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in « Rivista di diritto costituzionale », 2006, pp. 50 e ss.

vistico, per inquadrare una funzione che era fatalmente in sé sia 'giurisdizionale' che 'politica', come poi in effetti è stato. Ma soprattutto si pensava che in nessun caso si sarebbe stabilito un nesso così forte tra normatività della costituzione ed esercizio della funzione giurisdizionale, ordinaria e costituzionale. E che comunque sarebbe stato assolutamente prevalente il ruolo del legislatore nel dare attuazione alla Costituzione medesima, com'era del resto nella tradizione della *loi politique* di rivoluzionaria memoria ⁽¹⁰⁾.

Le cose sono dunque andate diversamente, rispetto a ciò che gli stessi costituenti potevano immaginare. Non bisogna però pensare ad una sorta di 'colpo di mano' della giurisdizione, ed in particolare della Corte, ai danni del legislatore. C'è da considerare, in proposito, prima di tutto, il meccanismo di accesso alla Corte, da parte di un giudice *a quo*. La Corte cioè non ha iniziativa, non sceglie, costruisce nel tempo la propria giurisprudenza, ma non ha un indirizzo, che è cosa ben diversa. E dunque la sua opera, per quanto ampliata rispetto alle previsioni dei costituenti, non può comunque, in nessun caso, essere valutata alla stregua dell'esercizio di un potere legislativo o di un potere politico d'indirizzo. La Corte non ha mai potuto scegliere, di sua iniziativa, quali aspetti della Costituzione valorizzare in particolare, e si è sempre occupata di ciò che la pratica, attraverso la giurisdizione, le proponeva. La Corte ha sempre avuto una mente pratica, e solo entro quei confini, che le sono istituzionalmente dati, ha sempre avuto, ed ancora ha, anche una dimensione politica. Infine, bisogna considerare il fatto che la Corte aveva di fronte a sé un parlamento nuovo, espressione di un suffragio universale, animato dai grandi partiti di massa protagonisti della Costituente. Nei suoi confronti, la Corte, organo nuovo a dalla incerta natura, aveva una naturale deferenza, che nei termini di un fisiologico *self-restraint* ha per altro sempre mantenuto. Non si tratta di un formale omaggio al principio democratico. Si tratta anche di altro, ovvero di un più elementare principio di autoconservazione. La Corte percepì infatti

⁽¹⁰⁾ Per la discussione sulla Corte alla Costituente rinviamo alle nostre osservazioni in M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., pp. 100 e ss., ed alla letteratura ivi citata. Sul punto, e sulle problematiche che affrontiamo nel testo, rimane indispensabile la ricostruzione di E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, il Mulino, 1996.

fin dall'inizio che un suo troppo marcato ingresso nel campo della discrezionalità politica avrebbe compromesso la sua identità, ancora fragile ed incerta, politicizzandola oltre misura. In altre parole, si comprese che solo stando un passo indietro si poteva fare qualche passo in avanti, che è poi ciò che la Corte fece ⁽¹¹⁾.

Nessun 'colpo di mano', dunque. A nostro avviso, l'obbiettivo estensione del ruolo e dei compiti della funzione giurisdizionale, compresa la Corte, ha una spiegazione più ampia, più risalente nel tempo, meno legata alla contingenza del momento. Noi riteniamo che in effetti, con le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra, all'incirca alla metà del secolo scorso, trascorsi i regimi totalitari, si sia storicamente aperta la fase ultima di declino del precedente modello costituzionale, dello Stato di diritto dell'età liberale. I nostri costituenti erano proprio sul confine, e guardavano così fatalmente qualche volta indietro, e qualche altra in avanti, intuendo il futuro. Così, per quanto in forme diversissime, cercavano di salvare l'essenza del vecchio modello, ovvero la tradizionale supremazia della legge, ma nello stesso tempo intuivano la necessità di limitarla, in un modo in sostanza inedito per la tradizione europeo-continentale. Sulla stessa falsariga, consideravano per altro verso la Corte indispensabile, ma non ne capivano ancora completamente la natura e le potenzialità. E vedremo successivamente che lo stesso vale anche per la seconda grande trasformazione, che è certamente quella della creazione di *un ordine giuridico sovranazionale*, anch'essa intuita, nella stessa misura, dai nostri costituenti.

Oggi queste trasformazioni, allora solo avviate, si sono distese, e dominano il nostro presente. Tanto che non pochi ormai, in diversi paesi europei, parlano del costituirsi di una forma di Stato diversa da quella ricevuta dai nostri costituenti sul filo della tradizione legicentrica europeo-continentale. E si parla così di uno *Stato costituzionale di diritto*, o semplicemente di uno *Stato costituzionale*, appunto per indicare una forma di Stato diversa ed ulteriore, caratteristica del

⁽¹¹⁾ Sulla istituzione della Corte, si vedano ora G. BISOGNI, *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, S. Guerrieri, A. Varsori, Roma, Carocci, 2004, pp. 71 e ss.; ed A. SIMONCINI, *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione*, in «Giornale di storia costituzionale», 1 (2006), 11, *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, pp. 295 e ss.

nostro tempo storico, ovvero del tempo che si aprì con le nuove Costituzioni democratiche e sociali del Novecento⁽¹²⁾. Per ciò che riguarda il problema fin qui in prevalenza esaminato, ovvero il *rapporto tra costituzione, legge e giurisdizione*, la differenza è evidente. Da una parte, abbiamo una centralità storica della legge, solo limitata verso l'alto dalla costituzione, e verso il basso univocamente applicata dalla giurisdizione. Un modello in cui la giurisdizione, coperta ed allineata dietro la legge, non vede la costituzione, non ha con essa un rapporto diretto. La trasformazione intervenuta nel corso del Novecento consiste proprio in questo, nel ricrearsi di un rapporto diretto tra costituzione e giurisdizione. E così, dall'altra parte, abbiamo un modello assai diverso, che ha al proprio centro la costituzione stessa, e che considera legislazione e giurisdizione come funzioni previste dalla costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente *equiordinate*.

Questo è per noi il carattere più rilevante di quello Stato costituzionale di cui sopra si discorreva come forma di Stato nuova, caratteristica del nostro tempo storico. È per l'appunto il carattere di *equiordinazione* di legislazione e giurisdizione di fronte alla Costituzione. Ciò non significa sminuire il ruolo della legge, che avrà comunque margini di libertà assai più ampi di quelli della giurisdizione nel lavoro di concretizzazione dei precetti costituzionali, e che potrà anzi muoversi liberamente nei confini della Costituzione, seguendo gli indirizzi che vengono democraticamente fissati di volta in volta nella competizione per la determinazione dell'indirizzo politico. Il nostro Stato costituzionale non tende affatto a rendere meno rilevante lo spazio che la Costituzione assegna alla libera volontà dei cittadini, al mutevole combinarsi, di volta in volta, delle forze politiche e sociali.

La nostra equiordinazione significa altro. Significa riconoscere

(12) Due recenti sintesi, esemplari per chiarezza, sono quelle di E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*; e di P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*: entrambe Napoli, Edizioni Scientifiche, 2006 (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza, Lezioni Magistrali, nn. 9 e 11). Esse testimoniano la consapevolezza, che inizia ad essere diffusa, della portata storica delle trasformazioni in corso. A loro volta, quelle trasformazioni si inseriscono in una vicenda ancora più ampia e risalente, che è quella dello Stato moderno in Europa. Sul punto, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e ss.

che è tramontato il tempo storico in cui la costituzione poteva vivere in concreto nei rapporti sociali ed economici solo per interposta mediazione, ovvero per il tramite della legge. Oggi, la Costituzione ha trovato ormai *una seconda via* per affermare la propria normatività, che è quella giurisdizionale. Anzi, questa seconda via si sta sempre più ampliando, per la necessità di dare risposte concrete ad una società sempre più complessa ed articolata, che propone spesso questioni non risolubili secondo alternative secche. La nostra Corte è al centro di questo processo. E per questo motivo, in buona misura del tutto oggettivo, ha costruito strumenti flessibili, come le sentenze interpretative di rigetto o le cosiddette additive di principio, che consentono di governare determinate situazioni complesse, facendosi carico del costo che avrebbe un certo vuoto legislativo, ma anche la permanenza di una certa legge con un certo significato contrario alla Costituzione, e dunque attivando soluzioni che sono commisurate alla concretezza delle cose, e che presuppongono un dialogo, sempre aperto, con i giudici, e con lo stesso legislatore. Si forma così, in questo modo, *un altro diritto*, diverso da quello legislativo, ma che è anch'esso, come quello legislativo, *un diritto positivo*, per quanto non posto dal legislatore.

Viene così a conclusione il tempo storico del positivismo giuridico, o più precisamente di quelle teorie ed ideologie di stampo positivistico che storicamente sono collegate in modo oggettivo a soluzioni costituzionali di tipo *monistico*, a partire dal grande modello hobbesiano, attraverso la volontà generale della rivoluzione francese, fino alla sovranità nazionale e statale del diciannovesimo secolo e della prima metà del ventesimo. Quello che è accaduto successivamente, con le nuove Costituzioni democratiche e sociali, è molto di più dell'affermarsi di un nuovo livello superiore di legalità, come se l'edificio fosse rimasto il medesimo, solo sopraelevato di un piano. Né si è trattato semplicemente di mettere la Costituzione al posto della legge al centro del sistema, mantenendo fermo tutto il resto. La trasformazione in atto è più profonda perché implica lo sgretolarsi della logica stessa del centro, per lo meno nella sua versione tradizionale di punto da cui tutto deriva, ed il ricostruirsi di un ordine non più comprensibile nella sua interezza in una sola dimensione, e che tende invece ad apparire in forme plurime e diverse, ora prevalentemente legislative, ora prevalentemente giuri-

sdizionali, che solo sotto l'ombrello della Costituzione possono ritrovare un significato coerente, di misure che insieme concorrono a costruire, o perfezionare, o mantenere, il comune ordine giuridico e politico. Insomma, in una parola, *un altro ordine*, collocato al di là della esperienza storica, ormai conclusa, del modello monistico.

4. *La questione di un ordine giuridico sovranazionale.*

Questo è quanto vediamo oggi, come frutto di quella prima grande trasformazione che si è prodotta a partire dalla metà del secolo scorso, che le Costituzioni vigenti hanno per lo meno in parte innestato, o comunque favorito, ma che nella sua dimensione attuale è andata comunque oltre le intenzioni dei costituenti di allora. Lo stesso deve dirsi per la *seconda grande trasformazione*, che ha a che fare con le limitazioni della sovranità dello Stato, con la costruzione europea sullo sfondo. Anche in questo caso i costituenti hanno intuito i tempi nuovi, lasciandoci l'articolo 11 della Costituzione, un articolo che certamente non sarebbe stato possibile nella fase storica precedente, nell'età della piena sovranità degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento. Ma come nel caso precedente, i costituenti medesimi non potevano certo prevedere quanto si sarebbe andati oltre in questa direzione, e come sarebbe stato interpretato, in questa linea, il già citato articolo 11. L'articolo 11, nato per consentire quelle limitazioni di sovranità che nel tempo si fossero rilevate necessarie per il perseguimento delle finalità classicamente internazionalistiche della pace e della giustizia tra le nazioni, è stato progressivamente interpretato con crescente larghezza, al fine di dare copertura costituzionale alla sempre più evidente rilevanza del diritto comunitario sul piano interno. Così, facendo perno proprio sull'articolo 11, si è prima ritenuta legittima l'efficacia diretta delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento, si è poi ammesso che tali fonti dovessero prevalere su quelle interne, ed infine che ogni giudice potesse disapplicare, o non applicare, queste seconde, quando fossero contrastanti con le fonti comunitarie ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ L'evoluzione è documentata in S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., pp. 288 e ss.

È vero che non pochi si affannano a mostrare come in realtà tutto questo dipenda, alla radice, dalla obbligazione liberamente assunta dagli Stati sovrani con i Trattati europei, e dunque come, in ultima analisi, quegli Stati, compreso il nostro, rimangano signori dei Trattati. E la stessa Corte costituzionale italiana, decisiva per altro nell'interpretare in modo ampio e nel senso sopra indicato l'articolo 11, rimane in fondo ferma, per lo meno a parole, alla dottrina dei due ordinamenti, proprio al fine di lasciare intatto quello interno nel suo fondamento primo di validità. Insomma, il significato di quel medesimo articolo 11 è stato certamente nel tempo esteso, ma non fino al punto di fame addirittura una sorta di 'clausola di supremazia' del diritto comunitario, sul modello degli Stati federali. Anzi, al contrario, com'è ben noto, si è voluto indicare un limite comunque non valicabile dallo stesso diritto comunitario, la cui penetrazione nel diritto interno non può giungere fino al suo nucleo fondamentale, fino ad alterare i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, o ad intaccare i diritti inalienabili che quello stesso ordinamento garantisce. Può darsi che questo limite, così formulato, abbia un valore più che altro simbolico. Ma è certo significativo il fatto che si sia sentito il bisogno di fissarlo, per segnare evidentemente una linea ideale, al di là della quale la sovranità rimane integra. Come se essa, mutata anche in modo consistente nelle sue modalità di esercizio, rimanesse però integra nella sua essenza, nel suo fondamento primo (14).

In ogni caso, questo è il punto al quale si è giunti. Non si sono

(14) Il punto cui siamo giunti in proposito, nel rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali, è bene illustrato da M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Una Costituzione per l'Unione Europea*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 185 e ss. Sulla questione della sovranità, l'impostazione più condivisibile è quella espressa in modo nitido da A. JAKAB, *Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since*, in « *European Constitutional Law Review* », 2006, pp. 375 e ss. In questo ambito, si vedano inoltre: J.H.H. Weiler, M. Wind (a cura di), *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge, University Press, 2003; N. Walker (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003; P. Costa (a cura di), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2003 (« *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 31, 2002); e S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, Milano, Franco Angeli, 2005.

stravolte le Costituzioni nazionali fino al punto di far nascere uno Stato federale. Ci si è fermati qualche passo prima. Ma i passi compiuti sono stati comunque molti, e comunque molti di più di quelli che i nostri costituenti immaginavano quando sottoscrissero l'articolo 11. Questa è per l'appunto la *seconda grande trasformazione costituzionale* intercorsa nei sessant'anni di vigenza della nostra Costituzione. Consiste nella sempre maggiore rilevanza della dimensione della *sovranazionalità*. Nel nostro tempo storico non abbiamo più solo diritto interno, degli Stati sovrani, e diritto internazionale, dagli stessi Stati sovrani generato con lo strumento del Trattato. Abbiamo anche, e sempre più, diritto sovranazionale, che non è né interno, né internazionale, e che è strutturato, come nel caso europeo, nella forma di un vero e proprio ordinamento dotato di propri principi generali e fondamentali ed anche di una propria capacità cogente, seppure per mezzo delle giurisdizioni nazionali, e dunque attraverso gli Stati.

Le due trasformazioni costituzionali che abbiamo indicato hanno molti punti in comune. Lo si vede emblematicamente nella figura del giudice, per il quale la Costituzione italiana è ormai molto di più della norma che lo riguarda solo nel caso di un 'incidente' nel corso del processo, da valutare ai soli fini della rilevanza e della non manifesta infondatezza. La Costituzione lo riguarda invece nella ordinarietà dello svolgimento delle sue funzioni, o per lo meno in tutti i casi in cui solo interpretando in un certo modo, conforme a Costituzione, una certa norma si può consentire che essa continui a vigere, evitando anche il controllo di costituzionalità. Com'è noto, è stata del resto la Corte stessa a indurre questa soluzione. Ma questo giudice è lo stesso che altrettanto nello svolgimento ordinario delle sue funzioni consente al diritto comunitario di vigere in modo effettivo sul territorio nazionale interpretando le norme nazionali in una direzione ad esso conforme. Quel giudice nel precedente modello costituzionale aveva da applicare solo la legge. Ora, negli Stati costituzionali di oggi, ha bisogno di un tavolo più grande, in cui trovino posto, insieme alla legge, la stessa Costituzione, la giurisprudenza costituzionale, e le fonti comunitarie ⁽¹⁵⁾.

(15) Coglie con precisione questo medesimo aspetto R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento*

Ma c'è di più. Se si scava appena un po' di più in profondità, ci si accorge che quelle due trasformazioni si riducono forse ad una sola, o si riconducono comunque ad *una sola matrice*. Ciò che storicamente si sta consumando è la rappresentabilità dell'ordine politico e giuridico in un solo luogo e con un solo strumento, com'era nello Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento, nell'età degli Stati nazionali, in cui si riteneva possibile esaurire quella rappresentazione nella legge dello Stato sovrano. È ciò che sopra abbiamo chiamato il *carattere monistico* del modello costituzionale. Questo è ciò che sta cadendo, in una parola. Oggi, per rispondere a quella domanda di fondo sulla rappresentazione dell'ordine politico e giuridico, dobbiamo certo partire dalla Costituzione, che è il nuovo punto di partenza obbligatorio e vincolante, ma dobbiamo poi seguire piste diverse, quella legislativa, quella giurisprudenziale, quella della relazione stabilitasi tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Insomma, la vita del diritto si è fatta più complessa, rispetto al tempo dei nostri costituenti. Essi intuirono e videro le grandi novità, ma confidavano ancora sulle virtù della legge, nel senso proprio del tradizionale modello legicentrico, allora ancora ben vivo, e per converso mantenevano in buona misura una concezione tradizionale del ruolo della giurisprudenza. Oggi, le trasformazioni indicate sono state così incisive da portare questa seconda, la giurisprudenza, in primo piano. Non certo per sminuire — come abbiamo visto — il ruolo del legislatore, il principio democratico, l'esercizio dei diritti politici, la competizione per la determinazione dell'indirizzo politico. Ma perché la nostra società, a sua volta fattasi infinitamente più complessa, ha bisogno di risposte che spesso sono possibili solo attraverso un ruolo attivo della giurisprudenza. Ha bisogno di risposte che partano dai casi concreti, che si fondino sul principio del mutuo riconoscimento tra fonti ed ordinamenti diversi, con il metodo del dialogo, della comparazione, della commisurazione. Il ruolo della giurisprudenza è dunque quello di un indispensabile strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, ha insomma un significato essenzialmente *costruttivo di ordine*, nel contesto complessivo di un ordinamento di tipo

giudiziario, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 16, Seminario 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 63 e ss.

policentrico, in cui la legge mantiene un ruolo essenziale, ma non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell'ordine giuridico e politico.

7.

GLI ANNI SETTANTA:
LA TRASFORMAZIONE DEL
MODELLO COSTITUZIONALE (*)

1. La critica di Mortati all'attuazione della Costituzione, ferma alla rivalutazione del Parlamento. — 2. La crisi dei partiti, che non riescono ad essere motore di un'effettiva costruzione di uno Stato di « tipo nuovo ». — 3. Prende corpo un'attuazione di tipo giurisdizionale.

1. *La critica di Mortati all'attuazione della Costituzione, ferma alla rivalutazione del Parlamento.*

Il titolo della mia relazione, volutamente così generale, allude in realtà a una questione del tutto specifica: se sia legittimo sostenere che gli anni Settanta, con il loro carico complessivo di problematiche, politiche, sociali e istituzionali, siano stati così rilevanti e incidenti nella storia della nostra democrazia repubblicana da poter essere indicati come gli anni in cui ha avuto inizio una vera e propria *trasformazione costituzionale*, che in qualche modo ha avviato un processo tendente nel tempo a mutare il *modello costituzionale*, ovviamente rispetto alle scelte originariamente compiute alla Costituente.

Come ben si vede, si tratta di questioni assai impegnative, cui si deve rispondere in modo necessariamente articolato, non senza avere però prima chiarito un possibile equivoco. Noi distinguiamo

(*) Relazione presentata al convegno su « L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. La crisi di un sistema politico » (6-7 dicembre 2001), con il diverso titolo *I caratteri della Costituzione repubblicana*. Il testo che pubblichiamo mantiene volutamente i caratteri originari della relazione, ma contiene anche una serie di integrazioni e precisazioni rispetto al testo provvisorio che fu consegnato al convegno.

qui, in questo contributo, tra « Costituzione » e « modello costituzionale ». La Costituzione è quella repubblicana del 1948, ed è bene precisare subito un dato formale di assoluta evidenza: che la nostra Repubblica non ha per ora: avuto alcuna altra Costituzione, diversa da quella che fu emanata nel 1948. Diverso è il discorso se ci spostiamo sul piano del modello costituzionale. Per « modello costituzionale » intendiamo quell'insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente. Su questo piano, avanziamo l'ipotesi, per tornare al nostro oggetto specifico di ricerca, che gli anni Settanta possano essere considerati, come sopra si diceva, come una fase di assoluta rilevanza nella nostra storia costituzionale, tale da avviare per l'appunto una trasformazione del modello costituzionale, ovvero del modo prevalente d'interpretare la Costituzione e d'intendere il suo ruolo nell'ambito dell'ordinamento giuridico, della sfera della politica, della società medesima.

Al centro del periodo preso in considerazione, proprio nel 1975, si pone una testimonianza di assoluto rilievo, che è il commento di Costantino Mortati al primo articolo della Costituzione, ovvero, in sostanza, al principio democratico ⁽¹⁾. Mortati ribadisce molte delle convinzioni che avevano orientato il suo lavoro scientifico e anche la sua opera di costituente. Prima tra tutte, quella che sottolineava con forza la cesura storica tra Stato liberale ottocentesco e Stato democratico del Novecento, e dunque la necessità di prendere sul serio la grande novità, emersa dalla Costituente di Weimar in poi, contenuta nel principio di sovranità popolare, cui le Costituzioni del Novecento, tra cui anche quella italiana, avrebbero dovuto dare concreta realizzazione. Mortati ribadisce inoltre, a livello di modello e di astratta tipologia della forma di Stato di carattere democratico, la grande rilevanza, nell'ambito di quel processo di realizzazione del principio democratico, dei *partiti politici*, che avrebbero dovuto essere molto di più di un semplice modo di manifestazione della libertà di associazione, o di organizzazione delle libertà politiche. E

⁽¹⁾ C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 1 ss.

infatti, come sappiamo, nella ricostruzione di Mortati, che aveva iniziato a precisarsi, sempre a livello di modello, già nel corso degli anni Trenta, i partiti erano ciò che induceva, nel grande corpo, altrimenti indistinto, del popolo sovrano, il fondamentale *processo di differenziazione*, che portava all'emersione di *un indirizzo politico prevalente*, cui ricondurre l'azione di governo. In altre parole, per Mortati è democratica quella forma di Stato, e di governo, in cui il popolo non si limita a designare le cariche elettive, ma riesce anche, proprio attraverso l'essenziale strumento del partito politico, a scegliere in modo diretto l'indirizzo politico di governo (2).

Ma torniamo al 1975. Qui Mortati non sta più immaginando una costituzione, come negli anni Trenta e Quaranta, o progettando una costituzione, come negli anni della Costituente. Qui il nostro giurista sta commentando una Costituzione positivamente vigente. È dunque inevitabile il momento del confronto tra il modello astratto e la concreta esperienza che si sta sviluppando vigendo quella Costituzione. E il risultato del confronto, per quanto espresso in forma sobria, è all'insegna della critica, della disillusione, e anche di una certa malcelata amarezza. Per Mortati, si è infatti realizzata in Italia « una forma di sovranità del Parlamento », ma con modalità tali da precludere « un'effettiva partecipazione del popolo all'indirizzo politico »: c'è dunque *una sovranità parlamentare senza sovranità popolare*. Quasi una rivincita del vecchio parlamentarismo liberale, da Mortati così a lungo avversato. Le ragioni di questo fallimento sono evidenti. I partiti politici, anziché operare *nel* popolo, al fine di rendere i cittadini consapevoli del loro potere sovrano di scelta, e di determinazione, dell'indirizzo politico di governo, hanno preferito occupare una quota-parte della sovranità parlamentare, sulla base del più « rigoroso proporzionalismo », aprendo tra loro un incessante processo di negoziazione e di continua ridefinizione dei contenuti dell'azione di governo, e impedendo così « la formulazione di orientamenti programmatici impegnativi »

(2) Per una ricostruzione in questo senso dell'opera di Mortati, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 657 ss.

per la stessa azione di governo, e come tali valutabili, in modo chiaro e distinto, sulla base del principio di responsabilità, da parte dello stesso popolo sovrano (3).

Come vedremo tra un attimo, la critica di Mortati non è certo isolata. Ma è particolarmente significativa perché Mortati era tra quelli che più aveva indicato nel partito politico la forma-principe nella organizzazione della nuova democrazia repubblicana. E ora la disillusione è tale da spingere il nostro giurista alla più ampia valorizzazione di tutte le forme di partecipazione che si possano realizzare al di là dei partiti. Non solo il referendum, e non solo l'azione sindacale: il saggio del 1975 si conclude infatti con il riferimento alla « esigenza di nuove forme rappresentative » (4), in una linea per la verità un po' confusa, per qualche aspetto orientata in senso neocorporativo, e quasi memore delle infinite discussioni alla Costituente sulla rappresentanza politica degli interessi e sul bicameralismo, ma che comunque riflette molto bene il clima di quegli anni, e anche la disillusione di quelli che avevano finito per puntare tutto sui partiti, e sulla capacità che questi avrebbero dovuto mostrare di selezionare in modo chiaro gli interessi sociali, riconducendoli a grandi prospettive d'indirizzo costruite con il consenso popolare, e sulle quali avrebbe poi dovuto esercitarsi, in modo altrettanto chiaro, il libero potere di scelta del popolo sovrano.

Ma quali erano i caratteri e gli eventi che in senso più puntuale avevano sollecitato la critica di Mortati? Abbiamo visto sopra che il riferimento cade sul « rigoroso proporzionalismo », o anche sulla « sovranità del parlamento ». Ma non era forse vero che i costituenti, e tra essi lo stesso Mortati, si erano battuti per l'uno e per l'altra, ovvero per un parlamento forte, che tale avrebbe dovuto essere proprio sulla base della proporzionale, e dunque in quanto specchio fedele del paese reale? Qui è il punto critico su cui ragionare, e su cui in effetti s'iniziò a ragionare in modo serrato nella seconda metà degli anni Sessanta, e poi nel corso dei nostri anni Settanta. Tor-

(3) MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, cit., per la parte del saggio più specificamente dedicata alla critica del sistema politico e costituzionale italiano vedi pp. 36 ss.

(4) Ivi, pp. 48 ss.

niamo allora indietro di qualche anno e diamo voce a un altro costituzionalista del Novecento, a Vezio Crisafulli, che nel 1966 interviene anch'egli sul nodo problematico che lega partiti, parlamento e governo ⁽⁵⁾.

Per Crisafulli, all'origine della « crisi della odierna democrazia parlamentare » vi sono i partiti, ormai incapaci di svolgere il loro compito storico, che è quello della « mediazione politica degli interessi », finalizzata alla costruzione di un indirizzo politico coerente. Quei partiti, accusati di essere troppo presenti e invadenti nelle istituzioni, sono però anche nello stesso tempo troppo deboli di fronte agli interessi organizzati, di cui spesso non sono altro che i portatori materiali, i veicoli di cui quegli interessi si servono per fini che poco hanno a che fare con la grande sintesi politica, e che piuttosto si riferiscono, sempre più esclusivamente, a « Ottenere e mantenere qualche porzione di potere, a distribuire incarichi e vantaggi alle loro clientele ». Sul piano del « modello costituzionale », ciò che Crisafulli coglie è l'avvio di « un processo di involuzione e decadimento dei partiti », che tende a ridurre la rilevanza « del momento politico nella dialettica della vita associata », a favore d'ipotesi vagamente tecnocratiche, e che in realtà favoriscono il dominio, sempre meno mediato sul piano politico, delle forze « di natura economica », che la politica si limita a sommare e a giustapporre, rinunciando alla sua funzione d'indirizzo, e cedendo ogni giorno di più alla « pressione degli interessi particolaristici e sezionali » ⁽⁶⁾.

Come ben si vede, Mortati e Crisafulli esprimono un vero e proprio sentimento di disillusione, che matura in quegli anni, a partire dalla fine degli anni Sessanta. È la disillusione nei confronti della politica, e in particolare nei confronti della possibilità di realizzare, nell'ambito della esperienza stanca delle democrazie del Novecento, una *grande politica*, ovvero una politica fortemente connessa con la realizzazione dei principi e dei valori costituzionali, non solo con quello della libera decisione del popolo sovrano sull'indirizzo politico di maggioranza, ma anche, e ancor più, con il

⁽⁵⁾ V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in ID., *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 209 ss.

⁽⁶⁾ Ivi, pp. 219 ss.

fondamentale principio di uguaglianza così come espresso dal celebre secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione, inteso come la vera e propria norma-madre, cui riconnettere l'avvio di una politica che potesse appunto considerarsi « grande », in quanto ispirata da finalità costituzionali, da condurre nella linea della *attuazione della Costituzione* soprattutto in Parlamento, con l'adozione di grandi leggi di riforma sociale, espressione di un *indirizzo fondamentale e costituzionale* diverso dal mero indirizzo politico di maggioranza, perché collocato, rispetto a esso, su un piano ulteriore e più elevato.

2. *La crisi dei partiti, che non riescono ad essere motore di un'effettiva costruzione di uno Stato di « tipo nuovo ».*

È questa la politica in cui ancora si sperava quando negli anni Cinquanta si sosteneva il ruolo forte, e integralmente precettivo, delle grandi norme di principio della Costituzione, e quando si sottolineava con forza, in quei medesimi anni immediatamente successivi alla Costituente, il fondamento costituzionale del diritto al lavoro, o di una certa disciplina della proprietà fondiaria. Erano gli anni in cui ancora si credeva a *questo tipo* di forza normativa della Costituzione, derivato direttamente dalle scelte del potere costituente del popolo sovrano, che per il tramite degli organi politici, e in primo luogo del Parlamento, prorogava la sua forza oltre il momento costituente, nella linea della attuazione della Costituzione, che in tal modo diveniva molto di più della doverosa messa in opera di una serie di organi e istituti, come la Corte costituzionale, o il referendum, o le regioni, e diveniva piuttosto l'indicazione prescrittiva per il futuro della Repubblica; per l'appunto l'indirizzo fondamentale o costituzionale, cui conformare l'azione di tutti i poteri, pubblici e privati (7).

Era in questa linea che assumeva un particolare significato, negli

(7) Si veda sul punto M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 7 ss., 87 ss.; e ora anche C. GIORGI, *La sinistra alla Costituente. Per una storia del dibattito istituzionale*, Roma, Carocci, 2001, dal nostro punto di vista specialmente per la figura di Crisafulli.

anni della Costituente, la scelta per la proporzionale. Era la scelta per un parlamento che non poteva limitarsi a rappresentare l'esistenza di una maggioranza e di una minoranza, e che avrebbe dovuto, al di là di quella opposizione, con il concorso di tutte le forze sociali e politiche, proprio grazie alla proporzionale in esso presenti, procedere alla attuazione della Costituzione, attraverso grandi leggi organiche, in materia di lavoro, di salute, d'istruzione. C'era quindi un nesso forte, e profondo, tra proporzionale e attuazione della Costituzione, e c'era il rifiuto di quella concezione della legge, storicamente dominante soprattutto nella esperienza statunitense, che in essa vede quasi esclusivamente uno dei modi istituzionali di espressione del potere della maggioranza, dal cui possibile arbitrio è necessario perciò difendersi sul piano giurisdizionale, con il controllo di costituzionalità. I nostri costituenti conservavano invece una visione molto più ampia, e comunque ben diversa, della legge, che si riconnetteva alla Rivoluzione francese, e in essa vedeva l'espressione di una razionalità di carattere generale, e anche lo strumento-principe necessario per la riforma sociale, al tempo della Rivoluzione per la distruzione dell'antico regime, e ora, in pieno Novecento, per l'attuazione della Costituzione soprattutto sul versante del principio di uguaglianza.

Torniamo allora agli anni Settanta. Ciò che i nostri costituzionalisti testimoniano è il crollo verticale di quella certa immagine forte dell'attuazione costituzionale per via politico-parlamentare, attraverso lo strumento legislativo. La grande questione istituzionale che hanno di fronte è infatti quella di una « centralità del parlamento » ben diversa da quella che era stata immaginata alla Costituente. È vero che proprio in quegli anni Settanta si deliberano molte leggi di grande rilevanza sociale, che potrebbero essere lette, nel loro complesso, proprio nella linea della attuazione costituzionale, e in particolare in quella ispirata dal principio costituzionale di uguaglianza: dallo Statuto dei lavoratori alla tutela delle lavoratrici madri, dal nuovo processo del lavoro alla riforma del diritto di famiglia, dalla istituzione del Servizio sanitario nazionale alla disciplina delle locazioni. Ma è anche vero che tutto questo coincide troppo spesso con l'abbandono di ogni politica di programmazione, con l'avvio della legislazione di carattere congiunturale, con la rincorsa alla legge sugli oggetti più minuti e disparati, sotto la

pressione di quegli interessi sezionali che i partiti riescono sempre meno a selezionare, a filtrare, a ricondurre alla dimensione dell'indirizzo politico. È come se ciò che è stato lungamente atteso, ovvero la riforma sociale per via legislativa, in attuazione della Costituzione, non appena conseguito, mostrasse subito il suo rovescio, quasi senza soluzione di continuità: dalle grandi leggi sul piano sociale alle leggende meramente costitutive di vantaggi e benefici a categorie grandi e piccole, dai partiti come soggetti che guidano il processo di realizzazione dei principi e dei valori costituzionali ai partiti che si limitano a trasmettere al sistema politico i bisogni, ancora una volta grandi e piccoli, di quelle categorie, di quei determinati interessi sezionali. Negli anni Settanta troviamo dunque, in una rapida successione, entrambi gli aspetti: la riforma sociale e l'attuazione della Costituzione, ma anche l'inizio del declino dei partiti, e con essi dello stesso Parlamento, sempre più sottoposti, gli uni e l'altro, alla pressione degli interessi organizzati, sempre meno capaci di offrire soluzioni coerenti e organiche ⁽⁸⁾.

3. *Prende corpo un'attuazione di tipo giurisdizionale.*

Torniamo allora alla domanda posta all'inizio, relativa alla possibile collocazione, alla fine degli anni Settanta, dell'avvio di una fase di vera e propria trasformazione costituzionale. Noi tendiamo a dare una risposta positiva a questa domanda, e pensiamo anzi che il nostro paese viva ancora oggi dentro quella trasformazione. Beninteso, la Costituzione è sempre quella, né prenderei troppo sul serio le voci che ogni tanto si levano a propugnare la riforma della prima parte della Costituzione, la riscrittura dei principi costituzionali, compreso il tanto discusso e citato secondo comma dell'articolo

⁽⁸⁾ Sul punto si vedano A. PIZZORNO, *Le trasformazioni del sistema politico italiano 1976-1992*, e M. CALISE, *Il governo*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, t. 2, *Istituzioni, politiche, culture*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 303 ss. e 347 ss. Negli Atti di questo medesimo convegno si veda inoltre la relazione di N. TRANFAGLIA, *Parlamento, partiti e società civile nella crisi repubblicana degli anni Settanta*; e per un'elencazione della produzione legislativa degli anni Settanta, si veda ora G. MELIS, *La legislazione ordinaria*, in *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, a cura di S. Cassese, fascicolo di « Rivista Trimestrale di diritto pubblico », 2001, 4, pp. 1059 ss.

terzo della stessa Costituzione. E non di meno non è poco quel che muta a partire dalla fine degli anni Settanta: muta, in una parola, il *rapporto tra politica e costituzione*, nel senso che tende a tramontare, a causa della sempre più evidente crisi dei partiti politici, l'idea della grande politica, animata da finalità costituzionali, l'idea della attuazione politica, per via politico-parlamentare, della stessa Costituzione e dei suoi principi fondamentali. Tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta scompaiono Aldo Moro ed Enrico Berlinguer, che sono certamente stati, su sponde diverse, gli ultimi rigorosi eredi, nella classe politica dell'Italia repubblicana, di quella determinata concezione finalistica della democrazia, di quel nesso forte tra politiche democratiche e principi costituzionali, di quella certa idea, altrettanto forte e impegnativa, del ruolo dei partiti politici, che erano stati dominanti alla Costituente ⁽⁹⁾.

Inizia dunque la trasformazione del modello costituzionale. Gradualmente, ma in verità non troppo lentamente, la politica tende a essere ricollocata, dal punto di vista della Costituzione, nella classica sfera liberal-costituzionalistica del *possibile arbitrio*: non è più qualcosa da sviluppare per sostenere lo sforzo di attuazione della Costituzione, come pensavano i nostri padri costituenti a proposito della politica democratica dei grandi partiti di massa, ed è invece qualcosa da limitare, perché potenzialmente contenente la lesione di un principio, o di una regola, costituzionale. Mi si perdonerà questa immagine: è come se la Costituzione, approfittando del crescente stato di debolezza dei partiti e della sfera politico-rappresentativa, tendesse a divenire adulta, a emanciparsi dalla politica, e in fondo dai suoi stessi autori, che erano pur sempre stati quei medesimi partiti, dopo la caduta del fascismo.

È evidente però che nessuna costituzione, compresa quella italiana del 1948, può vivere librandosi nel vuoto. Divenire adulta; anche per una costituzione, non può voler dire perdersi nel nulla. Anzi, la costituzione, proprio in quanto norma giuridica di specie del tutto particolare, ha bisogno più di ogni altra norma giuridica di

⁽⁹⁾ Su questo punto rinviamo ad altre relazioni presentate a questo medesimo convegno: P. SCOPPOLA, *Una crisi politica e istituzionale*, e F. BARBAGALLO, *Il PCI dal sequestro di Moro alla morte di Berlinguer*. Si veda ora anche G. CAROCCI, *Destra e sinistra nella storia d'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 174 ss.

un soggetto attuatore, o comunque di un punto di riferimento nelle istituzioni su cui contare per poter rendere il suo dettato normativo cogente e vivo. Se questo punto non poteva essere collocato nel parlamento e nell'azione solidale dei grandi partiti di massa, bisognava cercare altrove. In Italia come anche in altri paesi, fu fatale uscire in una certa direzione dalla crisi della democrazia rappresentativa, e ricercare questo punto nella *giurisprudenza*, e più precisamente nella *giurisprudenza*, che diviene così gradualmente il luogo istituzionale per eccellenza d'interpretazione della Costituzione, che più di ogni altro, e dello stesso Parlamento, rende possibile la vita concreta della Costituzione. In particolare, proprio in questi anni, la giustizia costituzionale allarga i suoi orizzonti, e attraverso le tecniche del bilanciamento tra diversi principi costituzionali inizia di fatto a dare risposte alle istanze del pluralismo sociale, in fondo a comporre ciò che non era più componibile sul piano parlamentare, con gli strumenti tradizionalmente appartenenti alla sfera politico-rappresentativa ⁽¹⁰⁾.

Come ho cercato di mostrare altrove, uno sviluppo del genere non era compreso nell'orizzonte dei nostri costituenti, che certamente vollero restituire alla giurisdizione, dopo il regime totalitario, grande forza e dignità, e che pure istituirono la Corte e il controllo di costituzionalità, ma che non pensavano affatto che il circuito giurisdizionale avrebbe finito per essere quello decisivo per le sorti stesse della Costituzione ⁽¹¹⁾. È questo dunque il grande mutamento intercorso, ed è significativo il fatto che la staffetta, dal primato della politica parlamentare al primato della giurisdizione, inizi a realizzarsi proprio in quegli anni, a partire dalla fine degli anni Sessanta. Proprio tenendo conto delle considerazioni fin qui svolte, non può certo essere considerato casuale il fatto che gli anni in cui i Mortati e i Crisafulli lamentano, come abbiamo visto, la decadenza dei partiti e della sfera della politica come strumento-principe di attuazione della Costituzione siano anche gli anni in cui i magistrati iniziano a

⁽¹⁰⁾ Sulla svolta degli anni Settanta da questo punto di vista, si veda ora P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, in « Rivista Trimestrale di diritto pubblico », 2001, 4, pp. 1275 ss.

⁽¹¹⁾ Rinviamo, per una più ampia trattazione, a FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., pp. 7 ss.

proporre la giurisprudenza come terreno privilegiato di realizzazione dei valori costituzionali (12).

Si cita sempre, a questo proposito, il XII congresso indetto dall'Associazione nazionale magistrati, del 1965, noto come congresso di Gardone (13). Anche per noi, quel congresso costituisce un autentico punto di svolta, nella linea sopra indicata del rapporto con la Costituzione. E in effetti, quella nozione d'indirizzo politico fondamentale e costituzionale, che era stata pensata per sostenere lo sforzo di attuazione della Costituzione con gli strumenti appartenenti alla sfera politico-rappresentativa, e in primo luogo mediante l'opera del Parlamento costruito con il sistema proporzionale, sempre più abbandonata nell'ambito di quella sfera, viene ora collocata al centro della riflessione della magistratura sui propri compiti. È sufficiente leggere, a questo proposito, la mozione finale del congresso del 1965, che mette in luce come spetti al giudice:

1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte Costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale (14).

Non si tratta di ovvietà. Al contrario, si tratta di affermazioni che ben difficilmente avrebbero potuto essere sottoscritte dalla stragrande maggioranza dei nostri costituenti, che pensava in termini

(12) Ricostruisce bene questa fase, dal punto di vista della Corte costituzionale e del suo rapporto con la giurisdizione ordinaria, A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2001, 4, pp. 1331 ss.

(13) Si vedano sul punto E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*, t. 2, *Istituzioni, politiche, culture*, cit., pp. 141 ss., e P. COSTA, *L'alternativa « presa sul serio »: manifesti giuridici degli anni Settanta*, in « Democrazia e diritto », 1987, 3, pp. 20 ss. Le nostre considerazioni, che seguono nel testo, sono da confrontare sul punto con i contenuti espressi nella relazione tenuta a questo medesimo convegno da S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*.

(14) Si veda Associazione Nazionale Magistrati, *XII Congresso Nazionale. Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309-310.

tutto sommato tradizionali, sia alla funzione giurisdizionale, ancora intesa come mera applicazione della norma positiva vigente al caso concreto, sia alla centralità della legge come fonte di diritto, la cui vita non avrebbe affatto dovuto dipendere in modo così stretto e quotidiano dalla Costituzione. E invece, ciò che caratterizza la mozione finale del congresso del 1965 è proprio la consapevolezza della esistenza di « nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale », contenuti nella Costituzione, che avrebbero dovuto operare continuamente e fisiologicamente tramite l'interpretazione della legge e di tutto il diritto positivo vigente da parte dei giudici, nello sviluppo della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale. Un tale tipo di supremazia della Costituzione, così pervasivamente intesa, non era certo nelle intenzioni e nella cultura dei nostri costituenti. E anche se lo spirito iniziale, alla fine degli anni Sessanta, e poi nei primi anni Settanta, è quello della scoperta della « politicità » dell'opera della giurisprudenza, magari collegata a un certo nuovo attivismo della magistratura, in realtà, dal punto di vista più prettamente storico-costituzionale, ciò che la mozione di Gardone richiama, magari in modo inconsapevole, è la *supremacy clause*, ovvero il grande modello di supremazia della costituzione contenuto nell'articolo sesto della Costituzione americana, secondo cui la costituzione è suprema *prima di tutto* perché rappresenta la norma verso cui i giudici hanno il dovere di fedeltà primo e primario, che precede quello verso ogni altra norma positivamente vigente.

Torniamo allora, ancora una volta, al significato fondamentale della trasformazione costituzionale che proprio gli anni Settanta mettono in moto. Si chiude una fase, che è quella della politica democratica dei grandi partiti di massa come strumento principale di attuazione della Costituzione, soprattutto in Parlamento, e si apre una fase nuova, in cui la stessa Costituzione afferma la sua supremazia essenzialmente per via giurisdizionale, con il contributo sempre più rilevante e penetrante della stessa Corte costituzionale. Gli stessi diritti sociali, tradizionale cavallo di battaglia di coloro che avevano combattuto per l'attuazione della Costituzione fino dai primi anni Cinquanta, sempre meno vengono considerati nella loro dimensione « oggettiva » di principi che qualificano l'azione dello Stato sul piano sociale, e sempre più vengono considerati, uno per uno, e caso per caso, nella loro attitudine a configurarsi come vere e

proprie situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette, e come tali azionabili, al pari dei diritti di libertà tradizionali, in sede giurisdizionale ⁽¹⁵⁾. Più in generale, tende a dissolversi la grande immagine del *soggetto politico originario*, che ha voluto la Costituzione come potere costituente, e che continua a vivere anche dopo la sua emanazione, attraverso il processo di attuazione costituzionale, nella dimensione del progetto, e tende parallelamente a prendere forza l'altra immagine, quella pluralistica della Costituzione come equilibrio, come luogo di libera e pacifica coesistenza di una pluralità di principi e di valori, tutelato e presidiato in primo luogo con gli strumenti della giustizia costituzionale.

Inseguito, il processo avviato negli anni Settanta è divenuto sempre più netto ed evidente, in entrambe le sue componenti: da una parte, la crisi sempre più profonda del Parlamento e dei partiti politici come protagonisti di una legislazione dal profilo alto, da intendersi come attuazione della Costituzione, dall'altra parte, la rilevanza sempre maggiore della giurisprudenza, e in particolare della interpretazione della stessa Costituzione da parte dei giudici, ordinari e costituzionali, con l'affermazione di un controllo di costituzionalità inteso in modo ormai trasparente come controllo di ragionevolezza delle leggi, e dunque con un grado d'intensità che certo i nostri costituenti non avevano previsto. Torno continuamente su questo aspetto, del rapporto storicamente mutato tra Costituzione, legislazione e giurisdizione, perché è precisamente su questo punto che è possibile collocare il punto focale della trasformazione già avvenuta, e ancora in corso, su cui è forse possibile esprimere ancora qualche considerazione di carattere conclusivo.

Il commento forse meno adeguato a questa trasformazione è certamente quello che inserisce tutto questo nell'abusata categoria della « anomalia », e dunque della particolare debolezza della nostra democrazia, in particolare per ciò che riguarda il nesso tra partiti e istituzioni, con un'ottica tutta chiusa entro la storia nazionale, e le sue presunte « incompiutezze », o « anomalie », per l'appunto, nel senso di « divergenze » da quei modelli di democrazia che imman-

⁽¹⁵⁾ Si veda sul punto l'ottimo saggio di G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo « statuto » difficile. La trasformazione del modello costituzionale. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in « Scienza e politica », 24 (2001), pp. 75 ss.

cabilmente si presumono realizzati altrove, in altri paesi. Io credo invece che tutte le Costituenti del Novecento, da Weimar in poi, siano state Costituenti di partiti, perché quella era la forma storica della Costituente in quel secolo. E credo anche che tutti i paesi che si sono dati altrettante Costituzioni su quella base abbiano poi vissuto il problema che anche noi abbiamo di fronte, della decadenza storica dei soggetti costituenti, e dunque degli stessi partiti. Non è certo questa una problematica solo italiana.

Ma allora, sarebbe forse più corretto leggere la trasformazione costituzionale apertasi anche in Italia con gli anni Settanta entro un processo storico più ampio, che riguarda *i caratteri della democrazia in Europa* a partire dall'ultimo quarto del secolo ventesimo. La nostra ipotesi è che in questo torno di tempo in Italia avvenga, magari in modo particolarmente drammatico e convulso, ciò che anche altrove avviene: per dirla in una parola, si consuma in modo forse definitivo *un certo modello storico di costituzione e di democrazia*, che in fondo è quello scaturito dalla Rivoluzione francese, ed è imperniato sulla centralità del fattore politico-rappresentativo e del parlamento, inteso come strumento assolutamente privilegiato di attuazione della stessa costituzione.

In altre parole, retrocede fino quasi a dissolversi quella immagine della *costituzione democratica*, fino a quel momento assolutamente forte e prevalente, secondo cui non c'è costituzione se non c'è una volontà politica espressa dal popolo sovrano, in origine nell'assemblea costituente, ed in seguito nelle istituzioni politiche della democrazia rappresentativa, entro cui vive il processo di attuazione della costituzione. Beninteso, rimane primaria l'esigenza di avere una forte componente politico-rappresentativa della costituzione, ma si tratta per l'appunto di una « componente », decisiva ma non esclusiva: il totale non è più dato dalla democrazia politica, che produce una sua costituzione, ma all'inverso dalla costituzione, *entro cui* la democrazia stessa è possibile e necessaria. Precisamente come dice il secondo comma dell'articolo primo della nostra Costituzione: « La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione ». Non vi sarebbe costituzione senza popolo, senza fondamento democratico, ma parimenti nessuna democrazia sarebbe possibile senza costituzione, al di fuori della costituzione.

Io credo che dagli anni Settanta si sia usciti con gravi danni e perdite. E aggiungo anche che chi come me ha avuto una certa frequentazione con gli Atti della nostra Costituente non può non provare una certa nostalgia per quella idea della grande politica in cui allora si credeva, che fino agli anni Settanta si è mantenuta viva, e che ora non c'è più. Tuttavia, non è questo un buon motivo per rivolgere sistematicamente il nostro sguardo all'indietro, e per non porsi il problema di comprendere in positivo che cosa è scaturito dal nodo degli anni Settanta. La mia tesi è che sia iniziato a nascere e a delinarsi un altro *modello costituzionale*, entro cui acquisiscono nuova rilevanza tutta una serie di elementi già presenti, ma ora più che mai in continuo divenire, come il sistema delle autonomie, o come lo stesso controllo di costituzionalità, e in genere il ruolo della giurisdizione. E in effetti, a ben guardare, non a caso oggi tutte le grandi discussioni riguardano sempre problemi di *confini*: tra il centro e le autonomie, tra la politica e l'amministrazione, o la giurisdizione. Sotto questo profilo, perfino quello che in realtà può apparirci minuto, e qualche volta anche francamente un po' misero, nella dimensione convulsa della attualità politico-costituzionale, o della mera rivendicazione di potere, è in realtà espressione di un travaglio più profondo, della ricerca di un nuovo punto di arrivo, appunto di un nuovo modello costituzionale, che va determinando la sua identità, e assegnando a ciascuna sua componente il proprio posto, il proprio ruolo.

Non sono certo io a poter dare indicazioni in questo senso. Per concludere, mi è venuta in mente una straordinaria pagina del *Federalist*, di James Madison, in cui si spiegava che la nuova Costituzione era certamente democratica, perché fondata sul potere costituente del popolo americano, ma prima ancora, e più ancora, era *repubblicana*; e mi è venuto in mente che il nostro articolo 139 sottrae alla revisione costituzionale proprio la «forma repubblicana». Io credo che questo sia il tipo di democratico che non arrivava mai a enfatizzare, a sovradeterminare, alcun potere, e quindi neppure quello degli stessi rappresentanti del popolo. Per questo, la Costituzione americana era federale, ed era ricca di contrappesi e di garanzie, e più in genere era animata da un sano sentimento di diffidenza nei confronti di tutti coloro che detenessero, a qualsiasi titolo, un qualsiasi potere. punto sul quale lavorare per il futuro. Per

Madison, il repubblicano era quel particolare tipo di democratico che non arrivava mai a enfatizzare, a sovradeterminare, alcun potere, e quindi neppure quello degli stessi rappresentanti del popolo. Per questo, la Costituzione americana era federale, ed era ricca di contrappesi e di garanzie, e più in genere era animata da un sano sentimento di diffidenza nei confronti di tutti coloro che detenesero, a qualsiasi titolo, un qualsiasi potere.

Il nostro modello, quello che stiamo cercando, per molti motivi che poco hanno a che fare con questa relazione, e che quindi lascio inespressi, non può essere quello statunitense. Ed è certo che noi europei ricercheremo ancora, per le nostre vie, le forme della nostra democrazia politica. Ma è altrettanto certo che tra i caratteri della nostra Costituzione repubblicana dovrà esservi anche quello indicato da Madison, perché la Repubblica, anche in Europa, non potrà più tollerare *un* potere dominante, anche se espresso dal popolo sovrano, e si comporrà sempre più di una pluralità di poteri, tutti parimenti limitati, tutti contenuti nella Costituzione, tutti di pari valore e dignità costituzionale. In particolare, la frontiera della separazione dei poteri, nuova e nello stesso tempo antica, si pone oggi tra la politica democratica da una parte, che può e deve disporre di tutti gli strumenti necessari per la libera determinazione e attuazione dell'indirizzo politico prevalente, e la giurisdizione dall'altra parte, cui spetta l'altrettanto libero ed esclusivo potere d'interpretazione della legge a garanzia, di diritti, secondo i principi costituzionali. È questa la linea su cui oggi si costruisce la *democrazia costituzionale*, che pare essere il *tipo storico* di democrazia possibile per l'Europa del nuovo secolo.

Come più volte abbiamo detto, dagli anni Settanta si è usciti orfani di una grande politica. Ma può darsi che da quella medesima svolta sia uscita anche una nuova presenza, che è quella di una Costituzione capace, come autentica norma giuridica, di prescrivere limiti, di offrire garanzie, di risolvere pacificamente controversie. Non è affatto scontato, ma è possibile. E comunque credo che questo sia l'ultimo grande ideale su cui la democrazia si può fondare: la Costituzione come legge fondamentale del paese.

L'ULTIMO QUARTO DEL NOVECENTO: LA TRASFORMAZIONE COSTITUZIONALE (*)

1. Premessa. — 2. Il senso della trasformazione. — 3. Lo « Stato costituzionale » come esito della trasformazione. — 4. Bilancio della trasformazione: il permanente problema del fondamento della Costituzione.

1. *Premessa.*

Ha osservato Enzo Cheli ⁽¹⁾ che i primi sessant'anni di vigenza della nostra Costituzione possono essere divisi in due periodi: i primi trent'anni che contengono tre decennali, ovvero 1958, 1968, 1978, e i trent'anni successivi che parimenti contengono tre altre celebrazioni, ovvero 1988, 1998, 2008. Ebbene, esaminando quelle celebrazioni balza agli occhi un dato univoco: i primi trent'anni sono dominati da un concetto-chiave, che è 'attuazione', fino dunque al 1978; i secondi trent'anni abbandonano quel concetto e lo sostituiscono con quello di 'riforma'. Insomma, per trent'anni non si fa altro che parlare di attuazione, nel senso che le sorti della Repubblica sembrano essere legate alla necessità di attuare la sua Costituzione, ma subito dopo, nel periodo successivo, quelle sorti, di quella medesima Repubblica, sembrano piuttosto collegarsi con

(*) Il testo riflette puntualmente l'intervento svolto presso l'Istituto della Enciclopedia Italiana (29 ottobre 2012) in occasione della presentazione di due volumi: E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012, e C. PINELLI, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012. È stato intenzionalmente mantenuto il taglio e il tono ampiamente discorsivo, limitando al minimo i riferimenti bibliografici.

(1) E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana*, cit., pp. 29 ss.

la prospettiva della riforma della Costituzione. Prima, la Repubblica è salva, e solida, se attua la sua Costituzione; poi, di lì a breve, quella medesima Repubblica è salva, e solida, solo se è capace di rimettere in discussione la sua Costituzione, di promuovere la sua riforma.

In questo contributo, noi cercheremo di mettere a nudo il significato di fondo di questo mutamento. Non lo faremo però proponendo un'ennesima storia dei tentativi di riforma costituzionale che si sono succeduti nel tempo, praticamente fino a noi. Dico subito infatti che quei tentativi mi sono sempre sembrati assai modesti, spesso improvvisati sul piano storico e culturale, quasi sempre motivati più che altro dalla contingenza politica di turno. Non per caso non hanno avuto successo. Sul piano storico, l'insieme di quei tentativi è però a sua volta qualificabile come una sorta di epifenomeno, ovvero di manifestazione secondaria — per quanto rappresentata spesso in modo eclatante — di qualcos'altro di più centrale, di più profondo, che è il cuore vero e proprio della *trasformazione costituzionale* che si apre in Italia verso la fine degli anni Settanta. È il senso di questa trasformazione ciò che cercheremo di mettere in luce in questo contributo.

2. *Il senso della trasformazione.*

Ora, dal punto di vista propriamente storico, delle scansioni interne alla storia della nostra Repubblica, ciò che balza in primo piano è il carattere di fondo degli anni Settanta come terra di confine, che si situa tra due periodi, chiudendo il primo e aprendo il secondo. La storiografia politica ha avvertito da tempo la rilevanza di questa problematica. Presso l'Istituto della Enciclopedia Italiana, nel corso del 2001 si tennero infatti una serie di convegni dedicati per l'appunto alla « Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta », ovvero ad indagare sui caratteri della trasformazione che si aprì in Italia nel corso di quel decennio. Le ricerche che scaturirono da quella iniziativa ci dicono oggi che si trattò di una trasformazione profonda, sociale e culturale, oltre che politica e istituzionale. Una trasformazione che non poteva non incidere anche sulla Costitu-

zione, sul modo d'intendere la Costituzione, di attribuirle senso e significato (2).

Gli anni Settanta sono infatti gli anni che segnano il culmine del processo di attuazione della Costituzione, con l'istituzione delle regioni, con il referendum, con la legislazione sociale in materia di lavoro, di famiglia, di scuola, collegata ai principi della Costituzione, ad iniziare dal principio di uguaglianza; ma nello stesso tempo sono anche gli anni in cui inizia il ripensamento, in cui s'inizia a riflettere criticamente su quello che Pinelli ha chiamato (3) il « paradigma costruttivistico », ovvero su una concezione della Costituzione che vuole che in essa siano contenuti i principi chiamati a dirigere il mutamento sociale, a « catturarlo » — come lo stesso Pinelli scrive —, soprattutto nella sua componente economica, per renderlo conforme nei suoi esiti a quei medesimi principi. S'inizia cioè a chiedersi se quella concezione della Costituzione come *indirizzo fondamentale*, che in quanto tale contiene in sé le finalità essenziali — e quasi il destino, si potrebbe dire — della Repubblica, e che aveva sostenuto il processo di attuazione fino al suo culmine, proprio negli anni Settanta, sia ancora attuale, sia cioè adeguata alla società che per suo conto sempre più velocemente cambia. È qui, nella seconda metà degli anni Settanta, in questo clima che muta, che risiede la radice prima di quella trasformazione costituzionale che si svolgerà nel trentennio successivo, fino a noi.

Collocata all'inizio di questo processo di trasformazione, per la precisione nel 1975, a me è sempre sembrata particolarmente preziosa la testimonianza di Costantino Mortati, con il suo commento all'articolo primo della Costituzione (4). La testimonianza è amara, condotta all'insegna di un sentimento preciso, che chiamerei di disillusione. Per Mortati, si deve prendere atto che il grande sforzo intrapreso alla Costituente non ha dato l'esito sperato. In partico-

(2) Dei quattro tomi che compongono la Collana di studi su « L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta » nella nostra prospettiva interessa soprattutto il quarto, dedicato a *Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003.

(3) C. PINELLI, *Nel lungo andare*, cit., p. 201.

(4) C. MORTATI, *Commento all'articolo primo della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro it., 1975, pp. 1 ss.

lare, non si è riusciti a fondare una forma di Stato autenticamente democratica, a superare pienamente gli angusti confini del parlamentarismo liberale. Il sistema proporzionale, che alla Costituente — e anche per lo stesso Mortati di allora — aveva rappresentato la quintessenza della democrazia, perché garante della esistenza di un Parlamento costruito in modo da rispecchiare fedelmente la realtà del Paese, era ora etichettato in senso dispregiativo dallo stesso Mortati: il « proporzionalismo » è ora divenuto la base di un sistema istituzionale in cui ogni forza politica gode di una rendita di posizione, in cui tutto è negoziato, proprio e non per caso in quel luogo in cui tutti hanno una posizione garantita, ovvero in Parlamento. Il popolo assiste a questa gigantesca negoziazione, ma non partecipa, non decide. Il popolo ha preposto alle cariche elettive, ha distribuito le carte, ma non gioca. In particolare — nei termini cari a Mortati — non decide sull'indirizzo politico, perché questo si forma in Parlamento entro le pieghe della negoziazione tra le forze politiche, di cui il popolo è solo il presupposto.

Non bisogna però fermarsi alla superficie. Nel discorso di Mortati non c'è solo una rinnovata polemica contro il riprodursi dei vizi del parlamentarismo, contro una sovranità del Parlamento che tende a svincolarsi di fatto dal principio di sovranità popolare. C'è di più, ed è ciò che più ci interessa. Prima ancora che al Parlamento, il sentimento di disillusione che Mortati esprime si riferisce ai partiti politici, ovvero ai soggetti che avrebbero dovuto essere i protagonisti della nuova forma di Stato democratica. Quei soggetti infatti non avrebbero dovuto solo genericamente garantire partecipazione. Avrebbero dovuto in primo luogo « disciplinare » — il termine è dello stesso Mortati — l'irruzione del pluralismo sociale, e degli interessi, nelle istituzioni della Repubblica, non per negarlo, ma per ricondurre le mille parzialità di cui la società si componeva ad alcune opzioni di fondo, diverse tra loro, ma tutte da collocare sul piano alto della sintesi politica, della interpretazione dell'interesse generale della Repubblica. Quell'interesse non era dunque minacciato dai partiti. Al contrario, avrebbe dovuto prendere forma proprio grazie ai partiti, al ruolo che essi avrebbero dovuto svolgere nella società, filtrando, selezionando, riconducendo a una dimensione più comprensiva e generale i mille interessi frazionali di cui la società medesima si componeva. Ebbene, proprio verso la metà degli anni

Settanta, si va scoprendo che quei partiti, lungi dall'essere in questo senso fattori di disciplinamento, costitutivi di unità politica, si stanno piuttosto trasformando, in direzione opposta, in associazioni d'interessi, dedicate sempre più minutamente a richiedere al sistema politico ciò che di volta in volta a quegli interessi più preme, in termini di provvidenze, di speciali disposizioni, di benefici. La legislazione sociale degli anni Settanta è anche questo. Non ha cioè solo il volto nobile della attuazione dei principi costituzionali, ma anche quello ben più prosaico della leggina, del provvedimento particolare quale risultato della singola pressione sulle istituzioni.

La lamentata debolezza del principio democratico, di sovranità popolare, ha dunque la sua base nella crisi dei partiti politici. Ma ancora più rilevante per noi è il fatto che quella crisi, destinata poi ad acuirsi nei decenni successivi, sta a sua volta alla base del primo grande ripensamento della Costituzione, che non per caso ha il suo avvio proprio nella seconda metà degli anni Settanta. Infatti, senza lo svolgersi concreto di quel determinato ruolo da parte dei partiti, di riconduzione delle mille particolarità sociali ed economiche alla dimensione dell'indirizzo politico, a sua volta collocato sul piano alto della interpretazione dell'interesse generale della Repubblica, senza un sostrato materiale, e politico, di questo genere, sarà sempre più difficile pensare alla Repubblica medesima nei termini di un soggetto che si realizza seguendo la via indicata dalla propria Costituzione, dai principi costituzionali, essenzialmente attraverso l'esercizio di una funzione legislativa che si svolge su un piano alto, in quanto direttamente ispirata dalla Costituzione. In altre parole, ciò che entra in crisi nella seconda metà degli anni Settanta a livello più specificamente costituzionale è proprio questo aspetto, o lato, della Costituzione, che era stato invece decisivo per i Costituenti, ovvero il lato della Costituzione come indirizzo fondamentale, che in quanto tale non si limita a prestare garanzie, ma attribuisce anche compiti per il futuro, soprattutto in materia sociale, come nel celebre secondo comma dell'articolo terzo, con la « rimozione degli ostacoli » quale compito primario della Repubblica, e in primo luogo del suo legislatore.

Dalla trasformazione che si apre nella seconda metà degli anni Settanta si esce dunque con un mutamento di senso della Costituzione, sempre meno intesa come il luogo in cui si è voluto definire

la società giusta, da realizzare in futuro, nel processo di attuazione, essenzialmente attraverso il Parlamento, e con il sostegno attivo dei partiti, e sempre più intesa come il luogo in cui si garantisce un ordinato dispiegarsi del pluralismo, ovvero delle relazioni che si stabiliscono tra la pluralità di soggetti di cui la società di compone. Sempre meno la Costituzione come indirizzo, e sempre più la Costituzione come « arena », secondo una delle immagini che in questi anni saranno più frequentemente usate, in sintonia anche con il diffondersi delle ideologie neo-liberiste che diverranno presto dominanti nel corso degli anni Ottanta. Sempre meno rilevante sarà dunque quell'*idem sentire de re publica* che per molti dei Costituenti aveva anche il significato del progetto, della comunanza sostanziale d'intenti; e sempre più rilevante sarà il fatto che la nostra « arena » sia ben tenuta, sia in ordine, ovvero che la composizione, o anche la semplice coesistenza, tra soggetti diversi avvenga mediante regole sicure e trasparenti.

Con la fine degli anni Settanta inizia dunque il rapido declino della concezione « politica » della Costituzione, intesa come *loi politique*, sul modello della rivoluzione francese, come frutto del sovrano potere costituente, da attuare e rendere concreto essenzialmente attraverso la legge, non per caso anch'essa espressione, come la stessa Costituzione, della nazione sovrana. I nostri Costituenti erano ancora in parte figli di quella tradizione costituzionale. Per pensare alla supremazia della Costituzione avevano cioè bisogno di pensare all'esercizio del potere costituente come massima espressione di sovranità del popolo. Un potere che nel Novecento, da Weimar in poi, era stato esercitato per il tramite essenziale dei partiti. Solo grazie ai partiti la società del Novecento, enormemente complessa e articolata in senso pluralistico, era infatti riuscita a disporsi in senso costituente, come in Italia nel 1947. Quando si scoprirà che quei partiti erano a loro volta pienamente immersi nella particolarità degli interessi sociali, essendone anzi non di rado dominati, verrà a mancare la base politica, e materiale, della Costituzione. La Costituzione rimarrà orfana. È quello che accadde anche in Italia, a partire dagli anni Settanta.

3. *Lo « Stato costituzionale » come esito della trasformazione.*

Ma la Costituzione c'era. La sua supremazia non era solo una

teoria. Misurata dall'osservatorio della metà degli anni Settanta, quella supremazia era già da vent'anni — a partire dalla storica prima sentenza della Corte costituzionale, del 1956 — una realtà, che si esprimeva nel controllo di costituzionalità. A metà degli anni Sessanta, i magistrati, riuniti a Congresso a Gardone nel 1965, avevano a loro volta sottolineato la supremazia della Costituzione in termini svincolati dalla tradizione della *loi politique*, su un piano che riguardava piuttosto la Costituzione come norma giuridica, e che ricordava più o meno da vicino la *supremacy clause* della Costituzione Federale americana. Nella mozione finale del Congresso è presente prima di tutto la prospettiva di una penetrazione progressiva della Costituzione in tutte le pieghe dell'ordinamento, attraverso l'esercizio della giurisdizione: « applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile »; « rinviare all'esame della Corte costituzionale le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale »; « interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione » (5). Ciò che qui impressiona è la rivendicazione di un ruolo protagonista del giudice in quanto tale, attraverso l'interpretazione della legge, da parte dello stesso giudice ordinario. È quella la sede in cui si realizza la nuova legalità, fondata sulla supremazia della Costituzione, in questa linea meno *loi politique* e più norma giuridica, che non ha più bisogno di attendere una legge che provveda alla sua attuazione, che opera con la propria forza normativa direttamente nella giurisdizione. È questa la grande novità, destinata a grande sviluppo. Prima ancora che nella presenza di una Corte costituzionale, la novità sta proprio nella presenza diretta della Costituzione come norma giuridica nell'esercizio quotidiano della giurisdizione, ovvero nella ordinaria attività d'interpretazione della legge da parte del giudice.

C'è qui il senso complessivo della trasformazione che stiamo analizzando, che potrebbe essere così finalmente riassunto: *dalla Costituzione come loi politique alla Costituzione come norma giuridica*. Il punto d'arrivo del processo in questione riecheggia il titolo di una nota monografia di Paolo Barile, del 1951. Riecheggia tempi

(5) Associazione Nazionale Magistrati, *XII Congresso Nazionale. Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, pp. 309 s.

in cui una buona parte della cultura politica e giuridica, e gli stessi vertici della magistratura, negavano carattere normativo in senso proprio a numerose norme della Costituzione, cosiddette « programmatiche », e che poi erano in concreto le norme fondamentali di principio, che più intensamente qualificavano la Costituzione medesima, proprio nella sua qualità di norma suprema. Oggi, noi sappiamo che uno dei capitoli più rilevanti della storia costituzionale della nostra Repubblica è dato proprio dalla battaglia che s'ingaggiò per sciogliere quel nodo, per superare quell'ostacolo.

Non è il caso di ritornare qui sulla straordinaria rilevanza che nello svolgersi di quella battaglia ebbe la prima storica sentenza della Corte costituzionale, del 1956. Né di seguire gli sviluppi successivi, che hanno condotto ad un ampliamento sempre più consistente del ruolo dei giudici, soprattutto tramite lo strumento della « interpretazione conforme » — alla Costituzione, ma anche, per altro verso al diritto comunitario, o al diritto internazionale — che per certi aspetti sembra oggi essere giunto al punto addirittura di trasfigurare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità, e il connesso meccanismo della incidentalità, a favore di un sistema inedito, che di fatto si pone in senso « quasi diffuso », in quanto direttamente fondato sulla interpretazione della legge da parte del giudice ordinario, con esclusione della stessa Corte costituzionale. Insomma, qualcosa che si avvicina al sistema degli Stati Uniti, ovvero al Paese in cui è reperibile la matrice storica originaria della supremazia della Costituzione come norma giuridica, e del connesso carattere diffuso del controllo di costituzionalità. Da questo punto di vista, seguire la trasformazione costituzionale di cui ci stiamo occupando significa prima di tutto seguire il progressivo affievolirsi, a favore della giurisdizione, dell'originario monopolio legislativo, parlamentare e politico, sul processo di concretizzazione dei principi costituzionali, e ancora più in profondità la crescente presa di distanza dal modello illuministico europeo-continentale, ben radicato nella storia plurisecolare del principio di sovranità, culminata nella rivoluzione francese ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Sul punto, si vedano le considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in « Rivista della associazione italiana dei costituzionalisti », 2012, 3.

Questo è il senso della trasformazione costituzionale che ha caratterizzato la storia della nostra Repubblica. È una trasformazione profonda, che non pochi ormai descrivono su un piano che potremmo definire di mutamento della forma di Stato. Tra gli altri, Enzo Cheli, a più riprese (7), con la consueta cristallina chiarezza, ha enunciato i caratteri dello « Stato costituzionale » quale forma di Stato storicamente nuova, che risulta dalla svolta intercorsa alla metà del secolo ventesimo con le nuove Costituzioni democratiche — tra cui ovviamente quella italiana del 1947 — in particolare attraverso il netto distacco da quello « Stato legislativo di diritto » che aveva fin lì dominato, sulla base data originariamente dal legicentrismo rivoluzionario e successivamente dal primato ottocentesco del diritto legislativo codificato. L'approdo allo « Stato costituzionale » — in Italia come altrove — può e deve essere valutato in questo quadro nel senso di una conquista, soprattutto perché in seno a quella forma di Stato si assiste finalmente ad una piena affermazione della normatività della Costituzione. Nessuno può dimenticare i tempi in cui quella normatività era negata, e con essa erano negati quei diritti fondamentali che la Costituzione stessa prevedeva, ma che rischiavano di rimanere lettera morta, perché in concreto bisognosi comunque, in quel contesto storico e culturale, della attuazione legislativa. È come se con lo « Stato costituzionale » la Costituzione fosse finalmente divenuta adulta, e dunque capace di stare in piedi sulle proprie gambe, essendo dotata di riconosciuta forza propria. È su questa base — come abbiamo visto — che la Costituzione vive direttamente nella giurisdizione, orientando l'interpretazione della legge.

4. *Bilancio della trasformazione: il permanente problema del fondamento della Costituzione.*

Dobbiamo però ora chiederci: è questo mutamento davvero rappresentabile storicamente in modo univoco come una « conquista » — come sopra lo si è definito — o non contiene forse anch'esso, come ogni processo storico, accanto alle luci, anche qualche ombra, qualche aspetto meritevole di riflessione? E ancora:

(7) E. CHELI, *Nata per unire*, cit., pp. 49 ss.

erodendo progressivamente quella concezione che voleva che la Costituzione fosse prima di tutto un indirizzo fondamentale da attuare per via legislativa, ovvero la concezione « politica » della Costituzione, abbiamo semplicemente abbandonato quello che in sé era ormai un relitto della storia, o non corriamo piuttosto ancora oggi, per quella via, il rischio di perdere qualcosa di essenziale? In altre parole, fino a che punto è sostenibile una Costituzione che tende a privarsi del suo elemento politico, che tende cioè a vivere in modo sempre più prevalente nei tribunali, quasi come se fosse una pura norma giuridica?

Qui la storia può effettivamente dare una mano. Sul piano storico, l'affermazione dello « Stato costituzionale » è infatti certamente collegata strettamente ad un processo di progressiva riscoperta della supremazia della Costituzione come norma giuridica: una supremazia che per sua natura si realizza essenzialmente attraverso la giurisdizione, sulla base — come abbiamo visto — della matrice statunitense. È collegata inoltre al superamento della dimensione nazionale della democrazia, perché fondata su principi e valori di carattere sovranazionale, fissati in Carte e Dichiarazioni che si collocano al di là delle singole esperienze statali e nazionali. E non per caso anche in questo spazio ulteriore ritroviamo di nuovo il ruolo decisivo della giurisdizione come modo principe di concretizzazione dei principi costituzionali.

Tutto questo può effettivamente aver generato l'idea, o forse anche l'illusione, che con l'avvento dello « Stato costituzionale », a partire dalla metà del secolo ventesimo, si sia definitivamente esaurito il tempo in cui la Costituzione aveva ancora bisogno di un fondamento materiale, di ordine politico. Si può ritenere insomma, in quella prospettiva, che sia finito il tempo, non solo del potere costituente del popolo sovrano e del legislatore sovrano interprete della volontà generale, sul modello della rivoluzione francese, ma anche il tempo della ricerca del fondamento materiale, tra i soggetti che compongono e organizzano la società, della Costituzione medesima. Se si domanda allora — sempre in questa linea — su quale base la Costituzione è da ritenersi norma suprema, la risposta che troviamo è la seguente: è norma suprema perché contiene i principi e i valori primari sui quali non può non fondarsi la convivenza civile, che come tali sono inalterabili, e non per caso sottratti allo stesso procedimento di revisione.

In un certo senso, sovrani sono ora quei principi, e quei valori. Sovrano è un ordine valoriale, e non più un soggetto, come il popolo, o la nazione, o il legislatore. E quell'ordine, che ovviamente non può essere immobile, è amministrato nelle sue evoluzioni, e scansioni interne, dal suo custode, che è la giurisprudenza. Torniamo dunque, anche per questa via, al primato della giurisprudenza, che evidentemente si pone come vero e proprio contrassegno del tempo storico dello « Stato costituzionale ».

La realtà dello « Stato costituzionale » è però più complessa. La storia — come sopra si diceva — ci può aiutare, proprio nel senso di cogliere questa complessità. Lo « Stato costituzionale » infatti non nasce storicamente solo dall'affermazione della Costituzione come norma giuridica suprema, ma anche dalla necessità di superare gli angusti confini del parlamentarismo liberale, in nome di una rinnovata forza del principio di sovranità popolare. La novità consiste nel fatto che quella forza si esplica ora solo entro la Costituzione, nelle forme e nei limiti dettati dalla Costituzione, come recita il comma secondo del nostro articolo primo. Non è più una forza primigenia cui legittimamente ricorrere ogni volta che lo si ritenga opportuno, in nome del principio di sovranità. Non può più fondare poteri che tendano ad esprimere volontà legalmente incontrastabili, com'era quella del legislatore della Rivoluzione. Ma è pur sempre, e non di meno, una forza, su cui la Costituzione può e deve contare. Nel senso che la Costituzione è tanto più forte quanto più i principi fondamentali che essa contiene sono riconosciuti come tali nella società, tra i soggetti che operano nella società, che di quei principi danno una lettura prevalente, che tende a divenire generalmente condivisa.

In altre parole, non sarà più il tempo della costituzione in senso materiale, nella linea di Mortati, e tuttavia, anche nel tempo nuovo dello « Stato costituzionale », non si potrà comunque prescindere dall'idea del *fondamento materiale della Costituzione*, ovvero dalla esistenza di un ordine sociale entro cui si produce un certo livello di riconoscimento, con determinati significati, dei principi formalmente espressi nella Costituzione vigente ⁽⁸⁾. Dunque, nel tempo nuovo, dello « Stato costituzionale », rimane ben viva l'esigenza di

⁽⁸⁾ Si veda in proposito la ricostruzione di A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in « Quaderni costituzionali », 2010, pp. 311 ss.

un *political constitutionalism*, di un costituzionalismo che guarda alla storia e alla società, che non si riduce cioè all'aspetto *legal*, delle tecniche di bilanciamento tra principi da operare nella giurisprudenza.

Nella riduzione in senso tecnico, o meramente *legal*, del diritto costituzionale sono contenute in effetti diverse insidie. Vogliamo metterle in rilievo, in conclusione. La prima è insita in quella che Pinelli chiama la « sfida populistica allo Stato costituzionale »⁽⁹⁾. L'insidia è fin troppo evidente. Consiste nella contrapposizione secca tra un diritto costituzionale legale, risultato di ragionevoli mediazioni e bilanciamenti, che vive principalmente nella giurisprudenza, e un diritto costituzionale politico, artatamente presentato come frutto della cosiddetta « reale volontà del popolo », e destinato in quanto tale ad essere interpretato da un' autorità politica, investita direttamente dal basso, dallo stesso popolo sovrano. In un simile contesto, non si difende adeguatamente lo Stato costituzionale con il semplice appello ai sacri principi del costituzionalismo liberale, al principio pluralistico, all'equilibrio dei poteri. È necessario anche che lo « Stato costituzionale » si presenti ad un confronto di questo genere come uno Stato politicamente non esangue, che non vive cioè di sole ragionevoli mediazioni, e di soli bilanciamenti, ma anche di decisioni assunte nell'interesse di soggetti che in esso sono rappresentati. Mancando questo legame con la società, e con le forze che in essa concretamente agiscono, lo « Stato costituzionale » rischia di librarsi nel vuoto, di lasciarsi contrassegnare come « Stato neo-giurisdizionale », carente di legittimazione democratica, alla fine esponendosi così pericolosamente alle critiche che vengono sollevate dal versante populistico, nell'ambito della « sfida populistica ». Proprio per questo motivo, è urgente, a sostegno dello « Stato costituzionale », la riforma del sistema politico, nel senso indicato da Enzo Cheli⁽¹⁰⁾, ovvero la riforma delle istituzioni della società politica, dei meccanismi elettorali e rappresentativi, dei partiti politici in primo luogo. Lo « Stato costituzionale » non può vivere infatti di sola giurisprudenza, quasi come se si fosse affermato storicamente per far rinascere il primato dei legisti, e con esso recuperare addirittura ai

(9) C. PINELLI, *Nel lungo andare*, cit., pp. 619 ss.

(10) E. CHELI, *Nata per unire*, cit., pp. 139 ss.

nostri orizzonti una sorta di principio aristocratico. Lo « Stato costituzionale » è nato per rendere sindacabile, e controllabile, la decisione democratica, non per negarla. Anzi, è sempre più evidente che senza l'altra gamba, quella della politica democratica, lo « Stato costituzionale » è destinato a zoppiare, e non poco.

C'è poi una seconda insidia, che minaccia lo « Stato costituzionale », soprattutto quando esso tenda ad essere rappresentato su un piano quasi esclusivamente *legal*, come mero ordinamento di principi giurisdizionalmente amministrato. Nella convinzione secondo cui deve ormai ritenersi concluso il tempo del potere costituente, a favore di un nuovo tempo in cui sono ormai possibili solo mediazioni, e bilanciamenti, di tipo puntuale, da realizzare essenzialmente per via giurisdizionale, è contenuto infatti il pericolo di un sostanziale inaridimento della radice storico-materiale della Costituzione. È un pericolo che diviene attuale nel momento in cui si abbandona l'idea della Costituzione come indirizzo fondamentale — com'è progressivamente accaduto in Italia a partire dalla fine degli anni Settanta — a favore di una concezione secondo cui il compito quasi esclusivo della norma fondamentale è quello della limitazione dei poteri, della mediazione, del bilanciamento.

Beninteso, è questo un compito essenziale. Quello della riduzione dell'arbitrio, del limite alla dismisura, può dirsi anzi, dal punto di vista della storia del costituzionalismo, addirittura il compito primario della Costituzione. Ma se lasciato a se stesso, se coltivato in modo separato, lo svolgimento di quel compito tende a tradursi in mera tecnica, come se tutta la vita della Costituzione dovesse ormai dipendere quasi esclusivamente dalla ragionevole composizione tra principi costituzionali per opera della giurisprudenza. Non è così. Lo « Stato costituzionale » della fine del secolo scorso, e di questi primi decenni del nuovo, non ha più probabilmente un indirizzo fondamentale da attuare, ma questo non significa che non abbia anch'esso l'esigenza di fondarsi su un *ordine costituzionale*, predisposto a tradursi in ordinamento, ovvero in un complesso di principi che possano dirsi appartenenti, in senso profondo, alla identità di una collettività storicamente data ⁽¹¹⁾. La stessa giurisprudenza, se

(11) Richiamiamo di nuovo la ricostruzione di BARBERA, cit., *supra*, nt. 8.

non vuole perdersi nei meandri di una ragionevolezza tendente a divenire sostanzialmente autoreferenziale, ha bisogno di far riferimento a questa dimensione storico-materiale dei principi costituzionali.

Tra l'altro, solo in quella dimensione si recupera allo « Stato costituzionale » l'idea — per noi imprescindibile — del « nucleo fondamentale » della Costituzione, ovvero la consapevolezza della esistenza quei « principi supremi che anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale — secondo la celebre sentenza n. 1147/1988 — formano il limite necessario alla revisione costituzionale. Solo la storia può dirci infatti che cosa è « fondamentale », o « supremo », nella esperienza di una collettività. È ciò che avevano chiaro i nostri Costituenti facendo della « Repubblica » — nei primi articoli della Costituzione, ma anche nell'ultimo, nel 139 — il cuore del loro progetto. È ciò che a nostro parere deve rimanere fermo anche nel tempo, per quanto nuovo e diverso, dello « Stato costituzionale ». Quest'ultimo è largamente divergente, nei suoi esiti attuali, dalle previsioni dei nostri Costituenti, soprattutto per il ruolo amplissimo che in esso gioca, nella concretizzazione dei precetti costituzionali, la giurisprudenza. I nostri Costituenti erano infatti ancora portatori di una concezione « politica » della attuazione della Costituzione, che manteneva al centro la figura del legislatore. Ciò che non è più, nel tempo dello « Stato costituzionale ». Ma c'è anche un filo conduttore, che ci tiene ancora uniti alla Costituzione dei Costituenti. Risiede nella consapevolezza della esistenza di un « nucleo fondamentale » della Costituzione, ovvero di una identità della Repubblica, che è data in Costituzione, e che è storicamente data, perché anche nel tempo dello « Stato costituzionale » — come sostiene con particolare vigore Enzo Cheli ⁽¹²⁾ — la Costituzione è frutto della storia.

Lì, in quel punto, nel punto dove prende forma l'identità della Repubblica, c'è anche il limite alla revisione costituzionale, come sopra si accennava. Lì, oltre quel punto, vi è l'inizio della dissoluzione della Repubblica, in conseguenza dell'insorgere di eventi di segno eversivo, e non più la riforma della Repubblica e della sua

⁽¹²⁾ La natura necessariamente storica della Costituzione come norma fondamentale è riaffermata in tutta l'indagine condotta da E. CHELI, *Nata per unire*, cit., *passim*.

Costituzione. Lo « Stato costituzionale » deve poter mantenere ferma questa distinzione. Vi sono infatti riforme che non sono tali, perché tendono in realtà a sbriciolare la Costituzione, preparando di fatto il suo superamento, e vi sono riforme autentiche, che appartengono alla fisiologia dello « Stato costituzionale » perché condotte in nome di esigenze reali, nel rispetto del « nucleo fondamentale » della Costituzione medesima.

Distinguere le une dalle altre è uno dei principali compiti delle democrazie odierne. Serve a rendere tutti avvertiti nei confronti dell'avanzare della falsa riforma, che in nome di esigenze politiche contingenti è disposta nei fatti a sacrificare lo stesso « nucleo fondamentale » della Costituzione — com'è accaduto non di rado nel nostro Paese nel corso degli ultimi decenni —, ma anche a percepire l'esigenza della vera riforma, fondata su esigenze obbiettive, e in quanto tale per sua natura destinata a svolgersi nei confini della Costituzione. Lo « Stato costituzionale » ha infatti inteso storicamente affermare l'invulnerabilità di determinati principi fondamentali contro le versioni radicali del potere costituente, che di esso facevano il padrone della Costituzione, capace sovranamente di mutarla a proprio piacimento, ad ogni momento, ma non per questo ha inteso proclamare una sorta di assoluta immobilità, chiudendosi alla prospettiva della riforma costituzionale. Si può anzi dire che il tempo dello « Stato costituzionale » sia caratterizzato proprio dal tentativo di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le due aspirazioni da sempre presenti nella storia delle Costituzioni moderne: da una parte, l'aspirazione della Costituzione a durare, a esprimere stabilità e rigidità, e dall'altra parte l'aspirazione — di ogni generazione, secondo la celebre formulazione rivoluzionaria — al mutamento, a riconoscere nella Costituzione i tratti sempre nuovi di una società che fatalmente muta. Mediare, ricercare un punto di equilibrio significa in questa linea ricercare una rigidità non assoluta da una parte, e nello stesso tempo un mutamento dall'altra parte tale da non mettere in discussione l'identità dello « Stato costituzionale ». In una parola, una rigidità consapevole della possibilità, e anche della necessità, della riforma, e insieme una riforma consapevole dei propri limiti.

Un punto deve rimanere fermo. Posto di fronte alla ipotesi della riforma, lo « Stato costituzionale » deve comunque rimanere consa-

pevole della sua identità, che ad esso è data dalla storia. E sulla base di tale consapevolezza deve poter reagire quando quella identità è minacciata. In quest'ultima ipotesi, di minaccia alla sua integrità, lo « Stato costituzionale » deve poter contare su un sufficiente grado di riconoscimento dei principi fondamentali della Repubblica nella società, tra le forze che agiscono nella società. Lì, e solo lì, si trova il fondamento storico-materiale della Costituzione, che rimane ancora oggi il fondamento ultimo e più profondo della stessa supremazia della Costituzione, anche e proprio come norma giuridica. Anche per questo motivo, l'esistenza dello « Stato costituzionale » non può fondarsi esclusivamente su un equo e ragionevole bilanciamento tra principi e valori, da realizzare nella giurisdizione. La Repubblica insomma ha bisogno di essere riconosciuta prima di tutto nella società, tra le forze che operano nella società. In una parola, la Repubblica non può essere affidata solo ai suoi giudici.

IL LEGISLATORE E I GIUDICI DI FRONTE ALLA COSTITUZIONE

1. Lo Stato di diritto della tradizione e lo Stato costituzionale del presente. — 2. Il « modello » della tradizione: la cultura costituzionale europea tra Otto e Novecento. — 3. Le Costituzioni democratiche del Novecento. — 4. Conclusioni: il superamento della cultura del « primato ».

1. *Lo Stato di diritto della tradizione e lo Stato costituzionale del presente.*

Lo scopo delle brevi note che seguono è ben ambizioso. Si tratta, in una parola, di favorire l'acquisizione della piena consapevolezza, sul piano della teoria e della storia costituzionale, dell'esistenza, nel nostro tempo, di una configurazione complessivamente nuova della relazione tra le due funzioni essenziali dello Stato costituzionale, la legislazione e la giurisdizione ⁽¹⁾. La nostra tesi è che si tratta sul piano storico di una configurazione inedita, che si è andata affermando nella seconda metà del secolo scorso, percorrendo vie quasi del tutto sconosciute e comunque radicalmente divergenti dalle vie percorse dallo Stato liberale di diritto sulla base delle formule riprese dalla Rivoluzione, nell'epoca precedente, com-

⁽¹⁾ Quella configurazione costituisce poi il quadro complessivo entro cui si svolgono le odierne tormentate vicende che interessano il rapporto tra Magistratura e Politica, alle quali è stato dedicato un recente Convegno, promosso dal Centro studi politici e costituzionali Piero Calamandrei — Paolo Barile, dalla Scuola superiore della magistratura e dalla Fondazione Cesifin (Firenze, 5-6 novembre 2015). In quella occasione presentammo sotto forma di relazione gli esiti della ricerca che sono illustrati anche nel presente contributo.

presa tra la Rivoluzione medesima e l'avvento delle democrazie contemporanee nel corso del ventesimo secolo (2).

Bisogna quindi distinguere tra due forme politiche: uno Stato di diritto, che io chiamo lo *Stato di diritto della tradizione*, che possiede una nozione molto precisa delle due funzioni, e soprattutto una percezione chiara del limite non oltrepassabile dalla giurisdizione, che in quella fase storica, tra la Rivoluzione e la metà del Novecento, non « vede » direttamente la Costituzione, percependola cioè solo attraverso la legge; e dall'altra parte lo *Stato costituzionale del presente*, che non nasce come per incanto e d'un solo colpo dalle Costituenti democratiche del secolo scorso, come quella italiana del 1947, ma piuttosto dagli sviluppi successivi di cui quelle Costituenti sono solo il presupposto, necessario per avviare la rottura con lo Stato di diritto della tradizione, ma non sufficiente a fondare il nuovo modello, che emergerà dunque solo nei decenni successivi, via via che si svilupperanno relazioni di tipo nuovo lungo i lati del triangolo che lega al vertice della Costituzione entrambe le funzioni, la legislazione in primo luogo, ma anche la giurisdizione. La definizione prospettata, con il riferimento al « presente », vuole inoltre significare che noi stiamo sperimentando la realtà dello Stato costituzionale a presa diretta, siamo cioè ben dentro la trasformazione costituzionale indotta dall'avvento della nuova forma di Stato.

Per comprendere la novità storica insita nello Stato costituzionale bisogna quindi chiarire i termini di quello che potremmo definire il « modello della tradizione », che dominò in Europa nell'epoca d'oro degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento. È il « modello » che lo Stato costituzionale del Novecento gradualmente sovvertirà, conducendoci agli esiti attuali. È questo un punto di estrema rilevanza per la comprensione del nostro stesso presente costituzionale. Ed è un punto in cui la consapevolezza di ordine storico aiuta in modo palese e diretto l'interpretazione della Costituzione. Quel presente in cui viviamo, e in cui vive la concreta esperienza di relazione tra legislazione e giurisdizione, non deriva infatti da un mero perfezionamento del modello classico dello Stato

(2) Sul piano propriamente storico, per quanto limitate al campo della giustizia penale, si vedano ora le indagini raccolte in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti (a cura di), *Giustizia penale e politica tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2015.

di diritto. Troppo spesso accade che la cultura giuridica pensi il presente in chiave di « perfezionamento », di accrescimento della tradizione. È questa forse un'antica e rassicurante abitudine. Vedremo ora invece come si sia trattato di un vero e proprio processo di *trasformazione costituzionale*, che ha ridisegnato gli assetti complessivi, e in primo luogo proprio quello inerente al rapporto tra giurisdizione e legislazione, ponendo le due funzioni l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione. Non un perfezionamento, ma un vero e proprio nuovo assetto dei poteri.

2. *Il « modello » della tradizione: la cultura costituzionale europea tra Otto e Novecento.*

Il « modello della tradizione », dunque. Lo si comprende, in via di sintesi, usando i testi circolanti nell'età d'oro degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento. Ne abbiamo scelti tre: il primo, contenuto nel *Commento allo Statuto* di Racioppi e Brunelli, in omaggio alla nostra tradizione statutaria, e il secondo e il terzo, rispettivamente di Raymond Carré de Malberg e di Albert Venn Dicey, che rappresentano due punti alti di quello che sopra abbiamo chiamato lo « Stato di diritto della tradizione », e che testimoniano l'esistenza, in due situazioni così diverse — la Terza Repubblica in Francia e il parlamentarismo dell'età vittoriana in Inghilterra —, di una cultura costituzionale comune, che esalta il ruolo del parlamento e della funzione legislativa ⁽³⁾.

Iniziamo con lo Statuto. In un passo piuttosto noto del *Commento* si legge: « il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano ed è in queste che bisogna

⁽³⁾ Per la comparazione tra le diverse soluzioni nazionali, nell'ambito della comune cultura costituzionale europea dello « Stato di diritto della tradizione », e con riferimenti dottrinali più ampi, sia consentito rinviare a M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nell'epoca del diritto pubblico statale*, in F. Mancuso, G. Preterossi, A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Quaderni del Laboratorio Kelsen, Milano-Udine, Mimesis, 2013, pp. 221 ss.

ricercarli » (4). Al di là dello stile sommario, quasi disadorno, il testo è preziosissimo per una ragione di primaria rilevanza. Intanto quasi sicuramente si rivolge proprio ai magistrati e dice loro: non cercate i diritti nella Costituzione, ma nelle leggi che specificamente li prevedono. Ma noi, ancora oltre, ci riferiamo in senso più ampio al concetto di «esistenza giuridica» dei diritti, che campeggia al centro del testo. Secondo l'autore del testo, e secondo il liberalismo di cui quel testo è espressione, i diritti possono certamente essere proclamati — come si faceva soprattutto al tempo delle Rivoluzioni — e collocati nelle Carte costituzionali, ma a quel livello la loro esistenza è più che altro di natura politica, si svolge sul piano delle «presunzioni», ovvero nella dimensione di principi che per loro natura risultano essere di ordine puramente programmatico. Si può addirittura dire, in questa linea, che i diritti nascono dalla politica ed hanno in loro medesimi natura politica. Mentre se quei diritti vogliono venire ad «esistenza» sul piano giuridico non possono non prendere la via della legge, del Codice, delle norme che regolano la pubblica amministrazione, in genere della legge dello Stato, perché in quel sistema la legge detiene il *monopolio della forza dispositiva*, possiede cioè quella celeberrima «forza di legge» che fin dal tempo della Rivoluzione si era guadagnata i gradi del comando, come detentrica monopolista della forza legittima necessaria per disciplinare i rapporti tra i consociati, e dunque anche per fondare e tutelare i diritti, per estrarli cioè dalla loro originaria e indistinta origine politica e farne dei diritti autentici, delle autentiche posizioni giuridiche soggettive tutelate in senso proprio, perché fondate su una norma positiva vigente in modo obbligatorio, per tutti cogente.

Non esiste dunque uno strumento diverso dalla legge che sia idoneo a far entrare la materia dei diritti nel campo del diritto, che possa conferire loro autentica «esistenza giuridica». La conseguenza pratica è ben evidente. Da una parte, abbiamo il diritto delle Carte costituzionali, che però è solo in embrione «diritto», poiché contiene al massimo «presunzioni», e per lo più materia intrinsecamente politica. Di quel «diritto» si occuperanno i governanti e le classi politiche. Dall'altra parte, abbiamo la legge, detentrica mono-

(4) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, 2 vol., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1909, II, p. 34.

polista della forza necessaria a dare ai diritti « esistenza giuridica ». Di quella legge, e di quei diritti, si occuperà il giudice, che vedrà quindi la Carta costituzionale come qualcosa di non inerente all'ordinamento di cui egli si occupa, esclusivamente costruito sulla forza della legge. È questo un dato culturale di grande peso, che avrà lunghissima vita. È il dato che conduce il giudice a riconoscere il diritto attraverso la legge, e più precisamente la forma della legge. Ciò che più o meno precisamente sembra che abbia pretese normative non interessa al giudice, se non quando quella pretesa finalmente esce dal limbo e si solidifica nella forma della legge. Per questo motivo il mondo della Carta costituzionale, per sua natura colmo di proposizioni generalissime e di norme di principio, è culturalmente lontano dal giudice, che è abituato a riconoscere il diritto attraverso la presenza di una forza disciplinante, che storicamente, dalla Rivoluzione in poi, è quella propria della legge, e solo della legge.

Quello che il *Commento* allo Statuto dice, per la precisione nel 1909, è senso comune nei regimi costituzionali europei tra Otto e Novecento, che presentano soluzioni ben diverse nella forma di Stato — dalla Repubblica, la Terza, in Francia al regime parlamentare dell'Inghilterra vittoriana, passando attraverso il secondo *Reich* in Germania —, ma nello stesso tempo una solida identità comune proprio sul terreno che stiamo esplorando, che è quello che definirei così: *il primato della legge nella determinazione di ciò che è diritto*, che è poi il problema che ricade sulle spalle del giudice, nel senso che il diritto che a lui compete di applicare viene identificato attraverso la forma della legge. Ma allora la domanda centrale diviene: da dove proviene questa forza della legge, su cosa si fonda in effetti il suo primato?

Se dovessi indicare non la radice prima in assoluto, che molto probabilmente è assai indietro nel tempo, ma la radice prima del diritto pubblico moderno e contemporaneo, non avrei esitazione nell'indicare i primi due libri del *Contratto sociale* di Rousseau ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Torino, Einaudi, 2005, pp. 21 ss. Sulla « questione costituzionale » in Rousseau, si vedano ora G. SILVESTRINI, *Diritto naturale e volontà generale. Il contrattualismo repubblicano di Jean-Jacques Rousseau*, Torino, Claudiana, 2010, e C.M. Herrera (dir. de), *Rousseau chez les juristes*, Paris, Kimé, 2013.

Qui c'è una sorta di marchio originario che rimarrà indelebile fino a tempi recentissimi. Consiste nell'individuazione, alle origini di un qualsivoglia ordinamento di diritto pubblico, della figura del *Legislatore* che è per Rousseau « un uomo straordinario nello stato », che « non è compreso nella costituzione della repubblica » (6). Abbiamo quindi certamente la necessità di una « costituzione », che in questo contesto argomentativo è da intendere ancora come ordinamento delle magistrature, ma quell'ordinamento risulta essere come una macchina ferma, inerte se non alimentata dal Legislatore, che rappresenta in questo senso la mossa originaria, il *prius*, o per dirla più precisamente *il fatto politico originario* da cui tutto deriva, compresa la costituzione. Quel fatto consiste nella vittoria del Legislatore sulle forze particolari e nella conseguente fondazione della Repubblica. Senza quel fatto non vi sarebbe ordine politico, e dunque non sarebbe possibile neppure la Costituzione. Tutto il diritto pubblico europeo scaturito dalla Rivoluzione avrà come suo carattere dominante la presenza di questo *quid pluris* originario, che è potere pieno, non derubricabile a competenza; se vogliamo, caratterizzato per molti versi da materiali provenienti dalla storia della prerogativa, del principio monarchico. Prima della Costituzione e delle sue regole c'è dunque un fatto politico costitutivo, che si esprime nei termini di un potere pieno. Il potere del Legislatore.

È del tutto errato pensare che questa matrice rousseauviana si disperda con l'avvento dello Stato liberale di diritto, e dunque con l'affermarsi di posizioni politiche meno radicali, più moderate. In una serie di saggi pubblicati nel corso degli anni '30, il maggiore dei giurispubblicisti della Terza Repubblica, Carré de Malberg, ribadisce il primato del legislatore, ormai in modo esplicito contro la soluzione statunitense, che aveva posto il legislatore e i giudici « di fronte alla Costituzione, in una posizione di eguaglianza ». Secondo Carré de Malberg si snaturerebbe il modello uscito dalla Rivoluzione se si procedesse nella direzione indicata dagli statunitensi. Infatti, nel modello europeo la creazione della legge non avviene sulla base di una « concessione » che abbia origine nella stessa costituzione, ma in virtù di un « potere » che il parlamento detiene dall'origine, essendo

(6) J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 57.

esso medesimo « il popolo stesso, ossia il sovrano », così da rendere improponibile qualsiasi paragone con i giudici e con i funzionari. Alla fine si afferma con nettezza che il legislatore possiede « una qualità infinitamente superiore a quella dell'esecutivo e dei giudici » (7). Una differenza che bisogna mantenere, per evitare che si addivenga ad una situazione in cui potrebbe essere « nel potere dei tribunali di rovesciare il nostro ordinamento gerarchico costituzionale, risalente alle origini rivoluzionarie, solo mediante l'evoluzione della giurisprudenza » (8). Alla fine, ciò che balza fuori con evidenza è l'esclusione delle Corti dal processo d'interpretazione e attuazione dei principi costituzionali. Gli enunciati contenuti nella Costituzione sono dunque rivolti solo al legislatore che provvederà a svilupparli. Non se ne occupano i giudici, che secondo la celebre e lapidaria formulazione di Carré de Malberg sono di necessità limitati alla legge. Così si esprime dunque il nostro giurista: « il giudice deve applicare le leggi ordinarie, e non la Costituzione » (9).

Non cambiano le cose se ci spostiamo in Inghilterra. Dove pure si potrebbe pensare a soluzioni diverse, in nome di quel *common law constitutionalism*, che in teoria prevede un ruolo ben più ampio del giudice. Nelle celebri pagine di Dicey, contenute nella *Introduction*, e riferite quindi al 1915, si ritrova infatti una dottrina della sovranità del parlamento non dissimile da quella dominante in Francia sulla base del modello ereditato dalla Rivoluzione. Afferma Dicey: « Il parlamento può legittimamente legiferare su qualsiasi materia che secondo il suo giudizio sia idonea a formare oggetto di regolazione legislativa. Nell'ordinamento non v'è alcun potere che possa competere con la sovranità legislativa del parlamento » (10). È questa, al fondo, la stessa concezione di Carré de Malberg, che sottolineava proprio questo aspetto, della irriducibilità della *potestas* legislativa a mera competenza, che è per l'appunto ciò che impedisce ad una norma, come la stessa Costituzione, di porre limiti ad un potere che

(7) R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale* (1931), tr. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 154-155.

(8) Ivi, pp. 170 ss.

(9) Ivi, pp. 183 ss.

(10) A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* (1915), Bologna, il Mulino, 2003, pp. 58-59.

per sua natura, in quanto potere originario, è capace di decidere quanta e quale parte della società, delle concrete relazioni tra i consociati, porre ad oggetto della disciplina legislativa.

Non si può ora insistere sull'aspetto comparativo, tra Francia ed Inghilterra. Dalle pagine di Dicey emerge però un aspetto parallelo che riteniamo di grande rilevanza. Si tratta della fondamentale distinzione tra « federalismo » e « unitarismo ». Questo secondo è caratteristico dei Paesi europei, compresa l'Inghilterra, e consiste nella tendenza a esprimere un « centro visibile del potere » che di norma è lo stesso parlamento; di contro, negli Stati Uniti abbiamo il « federalismo », ovvero una pluralità di poteri tendenzialmente equiordinati, perché tutti parimenti derivati dalla Costituzione e da essa posti in condizioni di equilibrio. Così, anche in Inghilterra, in quanto anch'essa appartenente al modello unitarista europeo, i giudici sono sì protetti nel loro ruolo e « posti al riparo della diretta influenza della Corona e del governo », ma questo non significa che « il dipartimento della giustizia presuma di porsi sul medesimo livello del parlamento ». Le differenze tra l'Inghilterra e gli altri paesi europei permangono, ma non intaccano la comune appartenenza di tutti i Paesi europei, compresa l'Inghilterra, al modello « unitarista », che vuole che per aversi un'effettiva forma politica dotata di Costituzione si debba esprimere — come dice Dicey — un « centro visibile del potere » che non può non essere il parlamento ⁽¹¹⁾.

Questo parlamento si collocherà al centro dell'ordinamento costituzionale per motivi diversi: in Francia perché in esso si realizza il dominio della volontà generale, in Inghilterra perché in esso si esprime il principio fondamentale del *King in Parliament*. Rimane però comune il carattere di fondo che abbiamo enucleato a partire dalle pagine di Dicey, ovvero che non c'è forma politica, e non c'è neppure Costituzione, se non c'è un « centro visibile » produttivo di legge. Quest'ultima non è dunque solo una fonte di diritto, né ci si può fermare ad indicarla come la più alta tra le fonti di diritto. Nella legge si rappresenta molto di più, ovvero l'esistenza stessa della Repubblica, che solo in quanto è capace di produrre legge esiste

⁽¹¹⁾ Ivi, pp. 129-130.

come compiuta forma politica, e dunque può anche dotarsi di Costituzione. La successione logica, ed anche storico-materiale, non è dunque Costituzione-Repubblica-Legge, cioè la Repubblica esiste perché è stata fondata per il tramite della Costituzione, che in quanto atto originario provvede anche a disciplinare il procedimento di formazione della legge, ma piuttosto Legge-Repubblica-Costituzione, ovvero la Repubblica esiste perché in una certa situazione storica si è affermato il Legislatore, che è in sintesi il potere capace di esprimere il principio di unità politica, quel principio che rende poi possibile, una volta che sia nata la sua rappresentazione nella Repubblica, la scrittura e la messa in opera di una Costituzione, che è per l'appunto la Costituzione della Repubblica.

Su questa base — per tornare al nostro tema di fondo — non vi possono essere dubbi sul ruolo che spetta ai giudici. Essi devono applicare la legge in modo pronto, sicuro e uniforme, perché nella legge c'è molto di più che la disciplina del caso concreto. In essa è contenuto anche, ed anzi soprattutto, il principio di unità politica, in modo tale che l'infedeltà alla legge, o la messa in discussione della sua validità — ad esempio con il controllo di costituzionalità — costituisce lesione di quel principio. Ai giudici non interessa invece la Costituzione. Essa contiene infatti due tipi di enunciati comunque distanti dall'universo culturale e operativo del giudice: quelli riguardanti l'ordinamento delle magistrature, nel senso della forma di governo, e quelli che attengono alla dimensione del programma, dell'indirizzo, che in quel contesto non possono non essere altro che norme direttive per la legislazione futura. In altre parole, quegli enunciati interesseranno il giudice solo quando diverranno legge, confermando così la regola generale secondo cui il giudice in quel sistema non « vede » mai la Costituzione direttamente, ma sempre e solo attraverso una legge che la integra, la interpreta, la realizza.

3. *Le Costituzioni democratiche del Novecento.*

Ora, da un punto di vista più prettamente storico la domanda diventa: fin quando questo modello, che abbiamo denominato « modello della tradizione », è destinato a dominare la scena? Balziamo intanto d'un colpo su una prima scena, che è quella dell'Assemblea Costituente. È una scena complessa entro cui appare impossibile

non procedere ad una qualche revisione del ruolo del legislatore, con il connesso approdo al controllo di costituzionalità. Il problema è come, e quale sia il pensiero dominante tra i Costituenti nel progettare il profilo e le modalità di accesso e di funzionamento del controllo di costituzionalità. Ebbene, noi siamo convinti che quel pensiero sia ancora rivolto in larghissima misura al nostro « modello della tradizione ». Nel senso che innovare si doveva, come pure non si poteva non approdare al controllo di costituzionalità, ma tutto ciò avrebbe dovuto prodursi il più possibile senza mettere in discussione il modello maturato nella precedente epoca dello Stato liberale di diritto, quel modello che aveva fatto dire a Carré de Malberg che i giudici devono applicare le leggi, e non la Costituzione.

Agli stessi Costituenti appariva necessario conservare questo punto. Anche noi siamo convinti che presso i Costituenti prevalesses la concezione tradizionale della Costituzione come *loi politique*, ovvero come insieme di enunciati concretizzabili solo attraverso l'opera del legislatore. Pur nella piena conoscenza del sistema statunitense, si era ancora culturalmente molto lontani dall'idea della Costituzione come norma giuridica, dotata di forza propria, direttamente utilizzabile nella regolazione del caso. Questa idea maturerà in seguito, in particolare dopo l'istituzione della Corte, e poi nel corso degli anni '60. Molti ricordano — e con ragione — a questo proposito il Congresso di Gardone dell'Associazione Nazionale dei Magistrati del 1965, le cui risoluzioni finali sono per l'appunto riconducibili alla concezione della Costituzione come norma in sé dotata di autonoma forza disciplinante ⁽¹²⁾. Ci si avviava dunque a rompere lo steccato che aveva circondato il campo entro cui operavano i giudici per l'applicazione della legge. Fuori dal loro recinto tradizionale i giudici non potevano più essere quelli di prima. Si stava costruendo un nuovo assetto costituzionale che li chiamava a compiti ulteriori rispetto a quelli loro assegnati dal modello della tradizione. Essi sarebbero stati sempre più coinvolti nella concretizzazione dei precetti costituzionali. È quanto è accaduto nel tragitto dalle prime sentenze della Corte, che quasi subito aprirono la strada

⁽¹²⁾ Associazione Nazionale Magistrati, *Atti e commenti*, XII Congresso Nazionale, Brescia-Gardone, 25-28 settembre 1965, Roma, Jasillo, 1966, pp. 309 ss., per le risoluzioni finali.

al dialogo, ed alla collaborazione, con il giudice ordinario, fino alla odierna problematica della interpretazione conforme. Si è finito così per costruire un assetto sostanzialmente nuovo rispetto al modello della tradizione, che ancora dominava la scena al tempo dell'Assemblea Costituente. La Corte non era più consegnata ad un ruolo di puro rimedio ad una patologia della legge, come tale da esercitare nella dimensione della straordinarietà, per sua natura distante dall'esercizio quotidiano della giurisdizione, ed entrava sempre più nelle pieghe della esperienza concreta delle due funzioni, legislativa e giurisdizionale, dialogando dunque sia con il legislatore come con i giudici. La Costituzione scendeva dall'empireo in cui qualcuno avrebbe voluto limitarla ed iniziava a vivere nella concreta e quotidiana esperienza dell'ordinamento.

La differenza potrebbe essere espressa anche graficamente. Prima avevamo una linea retta, con tre stazioni in linea. Il giudice, posizionato in basso, si dedicava esclusivamente alla applicazione della legge, perché sopra di sé vedeva solo la seconda stazione, quella in cui era collocato il Legislatore, l'unico capace di vedere la terza stazione, ovvero la Costituzione. E dunque avevamo due fenomeni tra loro strettamente connessi: la riduzione della giurisdizione a stretta applicazione della legge, e il monopolio dell'attuazione della Costituzione nelle mani della legislazione. Ora, con la trasformazione costituzionale in atto, che sta mutando l'assetto complessivo dei poteri, abbiamo non più una linea retta, ma un triangolo, con la Costituzione al vertice, tutelata per opera della Corte, e le due funzioni, legislativa e giurisdizionale, che si sviluppano rispettivamente sui due lati del triangolo, in modo che alla fine si ha lo svolgersi del processo d'interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali per due vie, e non più per una sola. Il legislatore perde così il monopolio del processo di attuazione della Costituzione, e nello stesso tempo i giudici, per la loro via, operano nell'esercizio ordinario della giurisdizione sempre più alla luce della Costituzione, presupponendo cioè un contenuto normativo della Costituzione da far valere direttamente nella disciplina del caso concreto, anche senza più l'interposizione della legge. I problemi si pongono però in modo particolare quando si scende a livello del terzo lato, della base del triangolo, perché questo è il lato su cui scorrono, su un terreno comune, entrambi i modi d'interpre-

tazione e concretizzazione dei precetti costituzionali. Può trattarsi infatti di una comunanza pacifica, all'insegna del dialogo e della collaborazione, ma anche di una situazione di conflitto, che in qualche misura può alimentare il riprodursi della questione del primato, dell'una funzione sull'altra. Torneremo tra un attimo su questa ultima ipotesi.

Il mutamento è considerevole, e sembra essere espressione di una svolta irreversibile, che invano — e secondo noi a torto — viene da qualcuno giudicata come una lesione dei principi fondamentali dello Stato di diritto. A chi ragiona così si può obiettare che lo « Stato di diritto » non è una formula magica, con la quale si evoca una sostanza storica che si vorrebbe sempre uguale a se stessa. Non è così. Abbiamo infatti avuto in Europa per lo meno due versioni dello Stato di diritto, quella legislativa, che in effetti prevedeva un ruolo del giudice il più possibile confinato alla stretta applicazione della legge, e quella costituzionale, che è quella che si sta sviluppando sotto i nostri occhi, che prevede un ruolo diverso e più ampio per i giudici medesimi. La seconda versione non può essere valutata in chiave di « anomalia » per il suo evidente divergere dalla prima. Deve essere invece valutata per la sua congruenza con il nostro tempo storico, che è comunque diverso da quello entro cui si affermò, tra Otto e Novecento, lo Stato legislativo di diritto.

Il punto da indagare nella transizione tra le due versioni dello Stato di diritto è piuttosto un altro. Ciò che si deve davvero comprendere è soprattutto quale sia la ragione di fondo della trasformazione costituzionale. Muovendo da un presupposto. Non si è trattato di una lotta tra poteri, di un assalto alle prerogative del legislatore condotto dai giudici, per acquisire potere e sostituire il legislatore nella sua posizione di preminenza. C'è qualcosa di più profondo, di preliminare, che si situa in quel *prius* iniziale sul quale Rousseau collocava l'emersione della sovrana volontà generale attraverso la mitica figura del Legislatore. Era quello il *fatto politico originario*, che il positivismo dell'epoca dello Stato liberale di diritto considerava come tale, senza pretendere di entrare nella sua struttura interna, e dunque sostanzialmente accettandolo, come presupposto necessario per l'esistenza stessa dell'ordinamento costituzionale.

Nell'epoca successiva, quella attuale dello Stato costituzionale, ciò che muta è proprio l'atteggiamento di fronte a quello che sopra abbiamo chiamato il « fatto politico originario ». Con le Costituenti del Novecento non è più possibile alcuna mitizzazione dell'origine, del tipo di quella che si produceva al tempo delle rivoluzioni. Quello che in Rousseau — o anche nel modello storicistico inglese, per altro verso — è un remoto e mitico fatto costitutivo da cui deriva ogni possibilità di ordine, ed in definitiva di costituzione, diviene ora un processo storico concreto, che produce costituzione attraverso patteggiamenti e compromessi espliciti, guidati dai partiti politici, i veri nuovi protagonisti della storia costituzionale del Novecento. Privata del carattere mitico della sua origine, la Costituzione si avvicina a grandi passi al mondo delle norme giuridiche, come le altre norme frutto di volontà concrete plurime, tutte misurabili e verificabili. Tende a dissolversi il mito del Legislatore, ovvero della volontà primigenia che fonda tutto ciò che segue, e che come tale non può non trasfondersi nel primo e predominante potere costituito, che ovviamente è il legislativo; e vi subentra una visione processuale secondo cui la costituzione si forma a partire da volontà plurime che alla fine risultano essere certamente convergenti, ma mantenendo per lo meno in parte la loro identità distinta.

È una svolta di portata incalcolabile. Con le Costituzioni del Novecento si apre un tempo del tutto nuovo, che chiede di ritrovare nei processi costituenti non più il fatto politico originario, consistente nell'affermazione della sovranità del legislatore, ma *una norma*, che è da intendere come la norma originaria, quella che Mortati chiamerà la costituzione in senso materiale. In concreto, si tratta di un insieme coordinato di principi fondamentali sui quali è possibile costruire ordine e autorità politica, collocando proprio quei principi, e non altri, al vertice, e nel cuore, della Costituzione che sta nascendo. La Costituzione democratica del Novecento, che a nostro giudizio è un « tipo storico » di Costituzione — come lo erano state le Costituzioni rivoluzionarie della fine del diciottesimo secolo, o le Carte costituzionali del diciannovesimo —, trova proprio in questo punto, concernente l'origine, la propria peculiarità, la propria identità specifica e distinta sul piano storico. Con le Costituzioni del Novecento non si ha più infatti la necessità di trasfondere in un potere, che poi fatalmente è quello legislativo, la presenza e la

forza del sovrano — il mitico Legislatore di Rousseau —, che è all'origine dell'ordine costituzionale, e dunque della Costituzione stessa. Quelle Costituzioni non puntano più sul sovrano, sulla individuazione netta e chiara del potere impersonante il principio di sovranità, ma sulla condivisione, e sul riconoscimento nella società, dei *principi fondamentali* che nel loro insieme rappresentano il contenuto essenziale della Costituzione nascente. Su una norma, e non su un potere, si potrebbe dire in estrema sintesi.

La differenza è radicale, e davvero decisiva. Per avere ordine politico, e dunque costituzione, non è più necessario il Legislatore, il potere che impersona il principio di sovranità. 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 esplose, ma entro un processo che quella volontà forma, progressivamente determina. Le norme che in quel processo si affermano sono di tipo nuovo, nel senso che non esistevano in quella configurazione nella fase storica precedente, compresa tra la Rivoluzione e la metà del Novecento. Si tratta dei *principi fondamentali*, ovvero delle norme di principio, che esprimono nel loro insieme il senso delle nuove scelte costituenti. Il reiterato tentativo di non considerarle autentiche norme, intrapreso alla Costituente, e poi ancora a più riprese dopo l'emanazione della Costituzione, era destinato a fallire. In effetti, quello era il senso della trasformazione costituzionale, dal quale non si poteva tornare indietro.

I principi fondamentali della Costituzione, che prima non erano dati in Costituzione, o comunque non erano considerati « diritto » perché non espressi, e non esprimibili, nella forma della legge, divenivano ora il vertice dell'ordinamento, già in sé pienamente appartenente all'universo del diritto, e che solo doveva essere interpretato ed attuato, ancora per la via tradizionale della legge, ma ora fatalmente, nel nuovo contesto, anche per il tramite della giurisprudenza, sempre più decisiva nell'opera di concretizzazione dei principi costituzionali. Da questa svolta non si poteva tornare indietro. Non si poteva restaurare la precedente versione dello Stato di diritto. Il nuovo tempo storico imponeva ormai in modo irreversibile un assetto dei poteri e delle funzioni che proponeva la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra ed entrambe di fronte alla

Costituzione. Qualcosa che non solo il positivismo del diciannovesimo secolo, ma anche la cultura media e diffusa dei nostri Costituenti, avrebbe considerato decisamente aberrante.

E in effetti per questa via si arriva dritti, e non per caso, al cuore dell'assetto costituzionale, alla *questione della sovranità*. Se infatti si dovesse chiedere quale delle due funzioni abbia come sua prerogativa il diritto all'ultima parola, con l'obbligo dell'altra funzione a conformarsi, se la giurisdizione in nome della supremazia della Costituzione, o se la legislazione in nome del principio di sovranità popolare, non si potrebbe rispondere in modo chiaro e netto. In verità, lo Stato costituzionale del presente vuole che a prevalere sia la Costituzione in funzione di tutela dei diritti fondamentali, essenzialmente per il tramite della giurisprudenza, ma è carattere necessario e peculiare di quel medesimo Stato che ciò avvenga mantenendo nello stesso tempo fermo e garantito uno spazio di discrezionalità politica, al cui interno la potestà legislativa riafferma la sua *potestas*, la sua irriducibilità a mero esercizio di competenza. Si ha così uno stato di tensione tra legislazione e giurisdizione che nello Stato costituzionale del presente deve essere considerato fisiologico, strutturale, costitutivo di un ordine che non si realizza in un punto e nelle sue diramazioni per via retta, ma attraverso la tensione che si determina tra due fuochi, come nella figura geometrica dell'ellisse.

4. *Conclusioni: il superamento della cultura del « primato ».*

È questo il segno più evidente della profondità della trasformazione intervenuta. Dopo un lungo giro abbiamo finito infatti per generare un assetto dei poteri che ha come propria caratteristica di fondo quella di lasciare irrisolta la questione della sovranità: una situazione che negli ordinamenti moderni e contemporanei, da Hobbes in poi, si era sempre cercato accuratamente di evitare. L'ordinamento dello Stato costituzionale contemporaneo è invece approdato proprio a questo esito. Può dirsi cioè un *ordinamento a sovranità indecisa*. Qualcosa d'impensabile per tutta la precedente tradizione, dalla Rivoluzione in poi, che considerava possibile l'esistenza di un ordinamento, e in definitiva di una costituzione, solo in presenza di un sovrano chiaramente definibile come tale, e di una

altrettanto chiara identificazione di un potere quale soggetto impersonante quel sovrano.

Per tornare al nostro tema di fondo, e concludere, si può ora forse a ragion veduta suggerire un certo tipo di confronto tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, che definirei storicamente collocato. Vi sono infatti nella storia di questo confronto per lo meno tre fasi: quella dello Stato legislativo di diritto tra Otto e Novecento, quella delle Assemblee Costituenti del Novecento, e quella attuale, che incorpora in sé le trasformazioni intervenute nei decenni successivi, fino a giungere al nostro immediato presente. È chiaro che il filo conduttore è l'incremento di ruolo e di rilevanza della giurisdizione. Ma questo incremento non deve essere valutato in astratto, ma di volta in volta nel contesto complessivo della fase entro cui esso si produce. Ciò che oggi nell'esercizio ordinario della giurisdizione può apparire esorbitante o addirittura del tutto arbitrario, se misurato alla luce delle categorie dello Stato di diritto della tradizione — come l'abbiamo definito in apertura, con riferimento allo spazio compreso tra la Rivoluzione e la metà del Novecento —, può invece essere considerato, quasi all'inverso, come il tentativo, che oggi si compie, proprio ed anche per il tramite della giurisprudenza, di acquisire quei livelli di certezza e di garanzia che il nuovo tempo storico solo in questo modo articolato e complesso riesce ad assicurare, ora che non si può più contare sul beneficio ordinante della forza della legge che aveva caratterizzato lo Stato di diritto della tradizione, in quel tempo ancora capace di rappresentare da sola il principio di unità dell'ordinamento.

Importante infine è che il confronto avvenga sui ruoli, sui compiti, sulle funzioni, all'interno degli assetti costituzionali concretamente presi in esame, e non sui c.d. « primati ». Non solo su quello storicamente più noto, che è ovviamente quello del legislatore che nelle sue punte più estreme pretendeva di ridurre la funzione giurisdizionale ad una meccanica inerte, puramente applicativa, ma anche sul suo possibile opposto, che nelle sue punte più estreme vorrebbe quasi annullare la dimensione della discrezionalità politica, come se fosse possibile concepire l'intera esperienza costituzionale come l'estrinsecazione di una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata. Questa seconda via non è meno antistorica della prima. Se imboccata, per quanto nobilmente motivata in

nome della supremazia della Costituzione e della garanzia dei diritti fondamentali, finirebbe per portarci del tutto fuori strada. Come abbiamo visto nello svolgersi intero di questo contributo, noi riteniamo che lo Stato costituzionale del presente sia cosa ben diversa dallo Stato di diritto della tradizione, e che sia un grave errore sul piano storico, ed anche sul piano della interpretazione costituzionale, considerare il primo una mera evoluzione, o perfezionamento, del secondo. Si può ora aggiungere che quello Stato costituzionale del presente propone non per caso un ruolo ben più ampio della giurisdizione, e che questa tendenza è da considerare strutturale, non reversibile. Ma nello stesso tempo non si può dimenticare che tutte queste forme politiche, dallo Stato di diritto della tradizione allo Stato costituzionale del presente, appartengono storicamente alla *vicenda dello Stato moderno in Europa*, e che quella vicenda ha comunque due lati, ciascuno dei quali corrispondente ad una delle due vocazioni storiche del costituzionalismo: istituire poteri in essi esprimendo il principio di unità politica, e nello stesso tempo limitare questi medesimi poteri, perseguendo la finalità di tutelare i diritti, come anche il carattere distinto di ciascuna delle parti che compongono l'intero collettivo. E dunque, di conseguenza, anche lo Stato costituzionale del presente, facendo parte di questa più ampia e risalente vicenda plurisecolare dello Stato moderno, ha anch'esso necessariamente un lato politico, non si esaurisce cioè nella funzione di tutela dei diritti, per via giurisdizionale ⁽¹³⁾.

Insomma, anche lo Stato costituzionale del presente rimane uno Stato politico, come ogni forma, o tipo, di Stato moderno storicamente dato. La sua politicità non ha però più le sembianze della *suprema potestas*, o del popolo come forza primigenia e informe. Ha piuttosto il carattere di un indirizzo che si determina processualmente, attraverso il dialogo tra diversi soggetti e la collaborazione tra diversi poteri. Tra questi, ancora decisivo è e rimane il ruolo del legislatore, che mantiene in sé quel carattere appartenente alla tradizione europea del principio di sovranità, che vuole che esso non

⁽¹³⁾ Ho esposto questa configurazione a due lati dello Stato moderno, e del costituzionalismo che accompagna l'evoluzione di quella medesima forma di Stato nel corso dell'intera età moderna, in M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 3-36.

sia nella sua essenza qualificabile come mero potere derivato, che si esaurisce cioè nell'esercizio di una competenza. E tuttavia, quel medesimo legislatore ha nello stesso tempo perduto definitivamente la sua posizione di monopolio di fronte alla Costituzione, come soggetto deputato in via esclusiva a interpretare e attuare i precetti costituzionali. 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 da cui siamo partiti, rispetto al tempo in cui gli si chiedeva esclusivamente una stretta esecuzione della legge, che per sua natura potesse dirsi pronta, sicura e uniforme. L'immagine con cui concludiamo è la medesima da cui siamo partiti. La legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione. È un'immagine che contiene e presuppone un elevato livello di complessità, che differenzia lo Stato costituzionale del nostro presente dallo Stato di diritto della tradizione. Questo secondo può essere in questo senso inteso come il « mondo di ieri », cui il nostro agitato presente guarda prima di tutto con nostalgia, sapendo che in quel tempo, che non tornerà mai più, ognuno — il legislatore come i giudici — svolgeva con sicurezza i suoi compiti, consapevole in modo univoco del proprio carattere e dei propri limiti.

LA CORTE E LA COSTRUZIONE DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

1. Premessa: quale democrazia? — 2. Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale. — 3. Le tre finalità fondamentali della Costituzione. — 3.1. Riconoscere e governare il conflitto sociale: realizzare i principi generali di giustizia. — 3.2. Anteporre la persona allo Stato: riconoscere la dimensione della inviolabilità. — 3.3. Limitare ed equilibrare i poteri. — 4. Il ruolo della Corte nel processo di trasformazione costituzionale: considerazioni conclusive.

1. *Premessa: quale democrazia?*

Le note che seguono sono dedicate ad illustrare il contributo recato dalla Corte alla costruzione della democrazia costituzionale in Italia. È a tutti noto il diffondersi, più o meno recente, di una distinzione che risulta essere basilare per la comprensione degli assetti costituzionali del nostro presente. Si tratta della distinzione tra due « tipi storici » di democrazia: la *democrazia legislativa*, e la *democrazia costituzionale*, cui facciamo riferimento in questo contributo. È parimenti noto come il nostro tempo storico sia caratterizzato da un vasto e profondo processo di *trasformazione costituzionale* che si è aperto nel corso della seconda metà del secolo scorso. Quella trasformazione si è prodotta per l'appunto lungo una linea che muove dalla « democrazia legislativa », fondata sul carattere dominante della legge, e del legislatore medesimo, per dirigersi progressivamente verso l'altro « tipo » di democrazia, ovvero verso la « democrazia costituzionale », caratterizzata da un altro primato, che è in sintesi quello della Costituzione. Se poi si volesse guardare più in profondità ai luoghi e ai tempi di quel processo di trasformazione costituzionale, ci accorgeremmo che esso non si svolge per

la sua parte più rilevante, e tanto meno si completa, in seno alle Assemblee Costituenti del Novecento, come la nostra del 1947.

L'affermazione non deve sorprendere. Infatti, come subito vedremo, i nostri Costituenti, per tanti versi decisi, e anche brillanti, innovatori, su questo piano sono mediamente, e soprattutto ancora in profondità, debitori della grande cultura giuridica dominante in Europa nell'età d'oro degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento, che era la cultura del primato della legge, della irrinunciabilità del valore primario della certezza del diritto, in quanto certezza data in primo luogo dalla intangibilità della presunzione assoluta di validità a favore della legge positivamente emanata. Certamente, quegli stessi Costituenti si proponevano per altro verso di assicurare il primato della Costituzione, che era in un certo senso obbligato in quel tempo, in cui si era alla ricerca, anche intensa ed affannosa, di una legalità « superiore », che ci garantisse in modo più stringente, se del caso anche contro i legislatori degli Stati sovrani, che avevano prodotto nella prima metà del secolo la violenza e gli stermini a tutti noti. E tuttavia ciò che appare subito evidente nella discussione dei Costituenti è che questa nuova legalità è destinata fino dalla sua origine a confrontarsi con la permanente forza della tradizione della legge come atto sovrano, espressivo del principio di unità politica, e perciò dotato di quei caratteri di obbligatorietà, imperatività, esecutorietà, che in linea generale tendono a inibire — e di fatto inibiranno — il formarsi di un sindacato dei contenuti della legge medesima. Ed in effetti, dai dibattiti in seno alla Costituente emerge costantemente la presenza, e la permanente forza, di quella tradizione che la più recente letteratura contrassegna come « legicentrica », con un significato molto vicino a quello che anche noi stiamo esplorando.

Si deve quindi provvisoriamente concludere nel senso che il processo di trasformazione che ci condurrà — e che a nostro avviso ancora ci sta conducendo — verso il nuovo assetto della « democrazia costituzionale » inizia dopo la Costituente, nelle pieghe del processo di attuazione della Costituzione, e in particolare attraverso la nuova e decisiva presenza istituzionale della Corte, a partire dalla sua celeberrima prima sentenza del 1956, la n. 1. È in questo nuovo contesto istituzionale che si apre il processo di trasformazione che a noi interessa, e che si svilupperà nel corso degli anni successivi,

portando sempre più in primo piano la giurisdizione, non solo quella della Corte, ma anche quella dei giudici ordinari. È questa la vicenda che noi narreremo.

2. *Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale.*

E finalmente domandiamoci ora: che cosa è la « democrazia legislativa »? Rispondiamo in modo assolutamente sintetico. È quel « tipo » di democrazia che si realizza essenzialmente attraverso l'esercizio di un diritto fondamentale: il diritto di concorrere alla formazione della legge, « personalmente o tramite i propri rappresentanti », come recita l'articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 26 agosto 1789, che può essere qui assunta come il testo-base della democrazia legislativa. La proposizione che apre quel medesimo articolo, e che dunque precede il breve inciso sopra riportato è tra le più celebri della storia delle costituzioni. Suona così: « La legge è l'espressione della volontà generale ». Ciò che equivaleva ad affermare in modo solenne che la legge, per il solo fatto puro e semplice di esistere, di essere stata deliberata e messa in vigore, è in sé giusta, perché espressiva della volontà generale. Ed è ben noto come un simile modo d'intendere la legge, attribuendo ad essa un *quid pluris* di legittimazione così forte, abbia a lungo ostacolato l'affermazione del controllo di costituzionalità, in particolare proprio in Francia.

Nella fase storica successiva al tempo della Rivoluzione, ovvero nel corso del diciannovesimo secolo, nell'età dei Codici, degli Stati nazionali, delle Carte costituzionali liberali e parlamentari, si rafforzerà ancora di più il concetto di fondo che era sottostante all'articolo sesto della Dichiarazione dell'89. Si radicherà cioè ancora di più nel profondo della tradizione costituzionale e statale europea il concetto-base della legge che si vuole presumere valida semplicemente in quanto deliberata, positivamente vigente. Per il Maestro delle nostre discipline, fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, Vittorio Emanuele Orlando, l'introduzione del controllo di costituzionalità nel nostro ordinamento avrebbe generato una pericolosa « scusa » legittimante la « disobbedienza alla legge ». Che era come dire: se tocchiamo la presunzione di validità a favore della

legge positiva vigente, se cioè non consideriamo più la vigenza come dimostrazione automatica di validità, e iniziamo a pensare che possano esistere leggi positive vigenti invalide perché non conformi ad un parametro di ordine « superiore », come la Costituzione, allora finiremo per distruggere il bene più grande che abbiamo, che è senza dubbio la *certezza del diritto*, qui intesa come la certezza di un'applicazione della legge pronta, sicura e uniforme.

Si diceva sopra della perdurante forza di questa tradizione c.d. « legicentrica », ancora nel cuore del Novecento, ed anche in seno alle Assemblee Costituenti, compresa la nostra del 1947. Una serie di rilevanti ricerche condotte su questo piano, che è poi quello della cultura giuridica, ha dimostrato come e quanto sia stato difficoltoso introdurre nel nostro ordinamento il concetto stesso della supremazia della Costituzione, posta a tutela e garanzia dei diritti. Si dirà: non vi furono dubbi sulla necessità di collocare al vertice dell'ordinamento la Costituzione, in posizione di supremazia, e sulla conseguente introduzione del controllo di costituzionalità, ma il punto è che nel pensare e progettare quella supremazia, e poi in concreto i modi di accesso e di funzionamento di quel controllo, si pensò e si operò assai spesso con uno sguardo che era ancora rivolto alla tradizione dello Stato legislativo di diritto, a quel particolare modo d'intendere la certezza del diritto che abbiamo poco sopra ritrovato in una pagina di Orlando.

In particolare, se alla fine emerse a proposito del controllo la modalità della Corte che lo esercita in modo accentrato, fu senza dubbio per contrastare, e poi definitivamente mettere da parte, l'alternativa del sindacato c.d. diffuso, nel quale si coglieva soprattutto l'insorgere di un pericolo mortale: quello della compromissione della « forza di legge », che sempre più si sarebbe indebolita presso i singoli giudici, attraverso la disapplicazione della legge medesima, in nome della Costituzione certamente, ma seguendo percorsi fatalmente plurimi e frammentati, perché inesorabilmente legati alla logica dei singoli casi. Da qui, la necessità di un sindacato accentrato, che ovviamente leggesse anch'esso la Costituzione sul lato della garanzia dei diritti, e della giurisdizione delle libertà, ma senza dimenticare il lato oggettivo, che aveva a che fare con il valore primario della coerenza dell'ordinamento. La differenza è ben chiara. Mentre dal controllo diffuso può nascere solo una giurispru-

denza delle libertà, dal controllo accentrato nasce una giurisprudenza entro cui si raffigura l'ordinamento intero, comprensivo delle libertà, ma che non si esaurisce in esse. E in quell'ordinamento continua a giocare un ruolo rilevante il legislatore. Al potere legislativo infatti continuano a pensare i Costituenti come potere per eccellenza, necessario per concretizzare le grandi norme di principio della Costituzione, che spesso anzi sono concepite non come autentiche norme giuridiche, come tali dotate di tutti i caratteri necessari per proporsi nella disciplina dei casi concreti, ma come direttive rivolte al legislatore, che solo grazie alla tradizionale « forza di legge », conquistata sul campo con la Rivoluzione dell'89, e storicamente contenuta nella legge medesima, compie il « miracolo » di trasformare quelle generalissime dichiarazioni di principio in autentiche norme giuridiche, attraverso la legislazione di attuazione.

E tuttavia, per quanto fossero i Costituenti legati alla tradizionale cultura del primato del legislatore, in effetti la transizione verso la democrazia costituzionale era nelle cose già in atto. Un soggetto ne era protagonista: la *Repubblica*, che si vedeva affidati dalla nuova Costituzione democratica *tre compiti essenziali*, che non sarebbero stati neppure pensabili nel quadro della precedente forma di Stato e nei confini tradizionali della democrazia legislativa. In effetti, perseguire quelle tre finalità, adempiere a quei tre compiti, significava comunque incamminarsi verso il nuovo « tipo » di democrazia, verso la democrazia costituzionale. E in effetti il cammino iniziò subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel fuoco della contesa per la sua attuazione.

Ma quali sono i tre compiti fondamentali della Repubblica? Il *primo compito* si riconduce ad una finalità che è quella di riconoscere in Costituzione l'esistenza di una società piena di conflitti, e carica di disuguaglianze, che può e deve essere governata con lo scopo di conformarla a quei principi generali di giustizia, che le Costituzioni democratiche del Novecento enunciano con grande chiarezza, e che si riassumono nel diritto di ognuno di sviluppare la propria personalità, di costruire una condizione di vita libera e dignitosa; il *secondo compito* è quello d'individuare, e proteggere, lo strato della esistenza che può e deve essere considerato *inviolabile*, ovvero indisponibile da parte di tutti coloro che esercitino del potere, di carattere pubblico, ma anche privato, e dunque idoneo per collo-

carvi, in quello strato, e in posizione di anteriorità rispetto alla norma positiva statale, la *persona*, con il suo bagaglio di diritti, civili e politici, ma anche sociali, perché collegati all'accesso ai beni essenziali della vita, come l'istruzione, la salute, il lavoro; infine, il *terzo compito* è quello di costruire un sistema di poteri limitati e tra loro posti in condizione di equilibrio, in particolare tra i *poteri d'indirizzo*, che risultano dalla ordinaria competizione per la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza e i *poteri di garanzia*, che nel loro nucleo fondamentale sono dati dalla *iurisdictio*, ovvero dal potere di « dire » il diritto, di fissare cioè limiti positivi allo svilupparsi dell'indirizzo politico, che potrà così avere uno spazio suo proprio, entro cui manifestarsi discrezionalmente e in libertà, ma non tutto lo spazio, non l'intero spazio della Costituzione.

3. *Le tre finalità fondamentali della Costituzione.*

Percorrere le tre piste che sopra abbiamo indicato significava attuare la Costituzione, ma nello stesso tempo significava anche mutare il quadro democratico, il « tipo » di democrazia, rispetto a quanto avevano voluto e immaginato i Costituenti. Quest'ultimi conservavano infatti una certa concezione della centralità del potere legislativo, che voleva che questo potere dovesse essere protagonista anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, mediante grandi leggi organiche di riforma, in attuazione delle norme di principio della Costituzione. E in effetti in parte le cose andarono anche in questa direzione. È per esempio in questo quadro generale di riferimento che deve essere storicamente valutata la grande legislazione sociale degli anni Settanta, sulla famiglia, sulla scuola, sulla salute, e in genere sui diritti sociali, visti nella loro connessione con la nuova concezione del principio di uguaglianza posta alla base del secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione. Ma questo non è tutto, non copre l'intero spazio dei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Nel caso della seconda e della terza delle nostre tre piste si trattava non più di tornare a valorizzare il legislatore, ma di scoprire — quasi all'inverso, si potrebbe dire — due ulteriori caratteri della democrazia che stava nascendo che poco si conciliavano con il tradizionale primato del legislatore. Il primo,

che si riassumeva nel concetto d'inviolabilità, faceva sentire forte l'esigenza di un limite che potremmo definire « assoluto », che si collocava ben al di là della ordinaria pratica della riserva di legge; il secondo, che si riassumeva nel concetto di equilibrio, faceva sentire forte l'esigenza di avere poteri tutti limitati, contro la tradizione della *suprema potestas*, che poi in concreto era quella del legislativo, che era il potere che più impersonava il principio di sovranità.

3.1. *Riconoscere e governare il conflitto sociale: realizzare i principi generali di giustizia.*

Il primo carattere della nostra Costituzione, come di ogni altra Carta appartenente alla famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, è senz'altro quello del riconoscimento, all'interno della stessa Carta, della esistenza del conflitto sociale, e della conseguente necessità di governare la società medesima, al fine di moderare quel conflitto, e dunque di evitare che da esso derivino miseria e disordine, ingiustizia sociale e diseguaglianze radicali. Si potrebbe dire che con il Novecento la società reale, con il suo carico di tensioni e di contraddizioni, entra in Costituzione. Nella nostra Costituzione il segno più evidente è quello tracciato nella scrittura del secondo comma dell'articolo terzo, che muove dalla percezione della esistenza di « ostacoli » di vario genere che nel loro complesso impediscono, non solo la realizzazione della personalità, e dei progetti di vita, dei singoli consociati, ma anche il consolidarsi di una cittadinanza consapevole, politicamente attiva, e dunque partecipe delle vicende della Repubblica.

Come sopra si diceva, l'attuazione di questo lato della Costituzione sarà affidata in primo luogo all'opera del legislatore, che effettivamente opererà in linea con questo primo compito della Repubblica, varando nel corso degli anni Settanta numerose leggi di riforma, che certamente si ispiravano ai principi costituzionali, e in primo luogo al nuovo principio di uguaglianza, così come enunciato nel già menzionato secondo comma dell'articolo terzo. Ma in questo ambito è stata certamente importante anche la Corte. Ricordiamo qui in primo luogo la sentenza n. 290, del 19 dicembre 1974. La sentenza dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'articolo 503 del codice penale nella parte in cui puniva lo sciopero politico, inten-

dendo come tale ogni azione di sciopero, che non fosse ordinata a fini economici, e più precisamente ancora a fini contrattuali.

L'aspetto più interessante della sentenza sta nel continuo richiamo, che essa più volte opera, proprio al secondo comma dell'articolo terzo, nel senso che lo sciopero politico trova ora, in quel riferimento normativo, il proprio spazio e il proprio significato, come espressione della partecipazione dei lavoratori alle vicende complessive del Paese. Ad una stagione che a metà degli anni Settanta è ancora una stagione di riforme e di partecipazione la Corte offre uno strumento prezioso, che consente di distinguere dallo sciopero eversivo, diretto contro le istituzioni della Repubblica, un'altra forma di sciopero politico, che è invece addirittura istituzione e strumento della democrazia partecipata.

Non è dunque difficile reperire, all'interno della giurisprudenza della Corte, l'immagine di una società che si sviluppa in diverse direzioni ed articolazioni, con riferimento diretto alle organizzazioni sindacali e del lavoro, ma anche al volontariato, a sua volta decisivo strumento di acquisizione, di promozione, e di tutela, di essenziali « beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, la sanità » (sentenza n. 75 del 1992). La Corte contribuisce quindi in modo assai rilevante a dare primario rilievo giuridico a queste realtà collettive, che operano ben al di là dei « tradizionali schemi di beneficenza e assistenza », e che nello stesso tempo superano la dimensione dei semplici « doveri e obblighi normativamente imposti », per collocarsi piuttosto sul piano della ricerca di una doppia finalità, enunciata proprio nel secondo comma dell'articolo terzo: la costruzione di una cittadinanza attiva e consapevole, e nello stesso tempo lo sviluppo pieno della personalità di tutti i consociati. Si misura qui la capacità reale della nuova Costituzione democratica di rappresentare « il superamento del limite atomistico della libertà individuale », in nome di un principio di solidarietà che così inteso è sicuramente da collocare, grazie al disegno contenuto nella Costituzione democratica, « tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico », accanto ai diritti inviolabili dell'uomo, entro la complessa tessitura dell'articolo 2 della Costituzione (sentenza n. 75 del 1992; e sentenza n. 500 del 1993).

È dunque questa la prima grande novità contenuta in una Costituzione democratica del Novecento, come la nostra del 1948.

Finalmente la Costituzione ci parla della società, del lavoro, delle organizzazioni dei lavoratori, delle libere associazioni dei cittadini, del loro impegno nel volontariato. Ne parla in concreto perché la sua lettera è viva grazie alla Corte, che valorizza il dettato costituzionale, calandolo nella realtà, che ora è realtà viva, ricca di formazioni sociali che operano nel concreto della società. È ormai lontana, indietro nel tempo, la società immaginata secondo i dogmi giusnaturalistici, fatta solo d'individui astrattamente intesi, riuniti nella comune esistenza politica nella sola forma della autorità della legge, della sovranità dello Stato.

3.2. *Anteporre la persona allo Stato: riconoscere la dimensione della inviolabilità.*

Il secondo compito della Repubblica è forse quello a più ampio raggio. Lo si ritrova infatti in tutte quelle situazioni in cui la Repubblica è impegnata a costruire la persona come nuova soggettività giuridica, che come tale supera e mette da parte il precedente soggetto di diritto, ricostruito nel corso dell'età liberale nei termini di un soggetto astratto, ricalcato sul modello del titolare del diritto di proprietà. La « persona » di cui si parla ora, in pieno Novecento, è al contrario un soggetto socialmente denso e connotato, perché colto nel momento in cui esprime concreti bisogni, o cerca di accedere a beni come l'istruzione, o il lavoro, o l'assistenza, che sono dotati di un insopprimibile contenuto economico.

Studiare e analizzare questi « modelli » non significa solo allargare il nostro quadro di riferimento, dai diritti naturali e civili ai diritti sociali, questi ultimi in tutta evidenza collegati al secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione, e dunque al progetto di una cittadinanza attiva e consapevole, composta non di semplici individui, ma di persone, che come tali esprimono singoli bisogni determinati, e nello stesso tempo perseguono l'ideale della realizzazione della propria personalità. In questo passaggio storico, dai diritti dell'individuo in senso astratto ai diritti della persona inserita nella realtà concreta delle relazioni tra i consociati, è contenuto infatti un ulteriore salto, che comporta la demolizione della vecchia tipologia dei diritti, esclusivamente basata sulla norma statale, quasi miracolosamente capace di esprimere, accanto al momento della

sovranità, l'aspetto del limite, che è poi quello su cui si fondava la garanzia dei diritti nella epoca d'oro degli Stati nazionali sovrani, tra Otto e Novecento.

Ed è questo « salto », questa discontinuità tra i diritti pubblici soggettivi della precedente epoca e i diritti fondamentali della nuova epoca costituzionale, ciò che in effetti si produce a partire dalla metà degli anni Cinquanta, anche con il contributo decisivo della Corte. Non ci riferiamo tanto all'opera di eliminazione dall'ordinamento delle norme che in modo massiccio vi erano entrate nel corso del ventennio fascista. Un lavoro certo di grande rilievo, che inizia subito con la prima sentenza del 1956, con riferimento a più disposizioni contenute nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931. Di lì parte sicuramente una linea che per tappe successive provvede a smantellare e dismettere l'eredità marcata-mene autoritaria condensata nella legislazione degli anni Trenta. E lungo quella linea la Corte, con la sua opera, concorre in modo decisivo alla costruzione del nuovo sistema delle libertà, che caratterizzerà a sua volta in profondità la Repubblica. Dobbiamo qui limitarci, a questo proposito, alla semplice menzione di alcuni dispositivi normativi dati dal precedente regime, e sui quali la Corte sarà chiamata a intervenire: dalla carcerazione preventiva senza limiti di durata, alle misure di prevenzione, implicanti limitazioni gravi alla libertà dei soggetti, dalla punizione dell'adulterio femminile, fino alle diverse tipologie del segreto, istruttorio, d'ufficio, di Stato, o politico-militare.

Ebbene, tutto questo è rappresentabile certamente come la genesi di un nuovo sistema di diritto pubblico, fondato su valori e principi nuovi, che sono quelli della Repubblica appena nata. Non siamo però ancora arrivati al punto di svolta. Quella della Corte è infatti un'opera di disboscamento della legislazione marcata in senso autoritario degli anni Trenta. Contro quelle leggi, e quei decreti, si fanno valere le nuove libertà fondamentali: di corrispondenza con la garanzia della riservatezza, di riunione e di associazione, di manifestazione del pensiero. È un passaggio storicamente necessario, che però non esprime da solo la trasformazione che si sta realizzando. Il passo ulteriore atterrà alla qualità della democrazia, avrà cioè il significato della creazione di un nuovo « tipo storico » di democrazia, che abbiamo convenuto di chiamare « democrazia costituzio-

nale ». È proprio qui, a questa altezza della trasformazione, che prende corpo con particolare evidenza il contributo della giurisdizione, quella ordinaria, e ovviamente quella costituzionale, con in particolare la Corte medesima.

A questo proposito, la parola-chiave diviene « inviolabilità ». È il secondo carattere della democrazia costituzionale. Lo esprime con chiarezza una nota sentenza della Corte, la n. 1146 del 1988, dove leggiamo:

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (articolo 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.

Del resto, in altre precedenti sentenze (sentenze n. 183 del 1973, e n. 170 del 1984) la Corte medesima aveva già espresso la necessità di assoggettare al suo sindacato la legge di esecuzione del Trattato CEE ogni volta che si fosse ravvisata per quella via la possibilità di un' inaccettabile violazione dei « principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana ». Ed ancora, diritto inviolabile è la libertà e la segretezza della corrispondenza (sentenza n. 366 del 1991), così come enunciato dall'articolo 15 della Costituzione, con la conseguente sua sottrazione alla revisione costituzionale, essendo un diritto in tal senso inviolabile dell'individuo per ciò stesso un « valore supremo costituzionale », che non può essere violato o alterato se non provocando una caduta complessiva dell'edificio costituzionale. Nella stessa direzione, la sentenza n. 238 del 2014, che dichiara costituzionalmente illegittimi quegli articoli di legge riferiti agli obblighi internazionali dello Stato italiano che lo vincolino ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di Giustizia (CIG) anche quando per questa via si finisca per essere obbligati a rinunciare alla propria giurisdizione sugli atti di uno Stato straniero che si configurino come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti individuali della persona.

L'inviolabilità, dunque. È il segno nuovo delle Costituzioni democratiche del Novecento, che portano il lavoro, ed anche il conflitto sociale, nella Costituzione, ma nello stesso tempo esaltano anche il dato primigenio della esperienza costituzionale, che è il valore, unico ed irripetibile, di ciascuna persona. Il costituzionalismo imperniato sui diritti della persona si sviluppa in molteplici direzioni nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, in particolare con riferimento agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, nel tentativo di fissare con la massima precisione possibile i confini della « discrezionalità legislativa », segnati dal consenso informato delle persone sottoposte a trattamento medico — ad esempio in materia di procreazione medicalmente assistita, come nel caso della sentenza n. 151, del 2009 — unito alle acquisizioni della scienza e della tecnica, applicate sotto la autonomia e la responsabilità del medico. In questo ambito assurgono a veri e propri diritti fondamentali della persona il diritto ad esprimere un consenso informato (sentenza n. 438, del 2008), o su un piano diverso il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte procreative (sentenza n. 96, del 2015). In tutti questi casi la democrazia costituzionale esprime come valore primario quello della persona, e della sua libera volontà, che l'ordinamento tende a mettere il più possibile a mettere al riparo dalla invadenza del legislatore, della discrezionalità politica.

Ma questa medesima persona non opera solo in profondità, a difesa della sua autonomia, ma anche in ampiezza, ponendo in modo sempre stringente la questione — che è propria e peculiare del tempo storico nuovo della democrazia costituzionale — della titolarità di determinati diritti espressi in Costituzione, che appare sempre meno circoscrivibile ai cittadini in senso statale e nazionale, e al contrario sempre più estesa a tutti coloro che risiedono sul suolo nazionale, appartenenti a diverse nazionalità e cittadinanze in senso politico e statutale, ma accomunati dalla titolarità di determinati diritti, nell'ambito di una cittadinanza di qualità nuova, che potremmo definire societaria, o semplicemente costituzionale. La giurisprudenza costituzionale registra puntualmente questa tendenza.

In una rilevante e recente tendenza, la n. 230, del 2015, si considerano costituzionalmente illegittime quelle disposizioni che escludono gli stranieri extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, ma al momento privi della « carta di

soggiorno », da determinati benefici — nel caso di specie dalla pensione d'invalidità per sordi — indispensabili, in presenza di patologie o inabilità particolarmente gravi, per la conduzione di « una vita dignitosa », per il « soddisfacimento di bisogni primari », come tali « indifferenziabili e indilazionabili ». Si è in questi casi di fronte alla concreta esistenza di un bisogno primario, situato in modo effettivo e radicale nella vita di una persona, che come tale non può non essere la persona in senso universale, al di là della speciale cittadinanza sul piano statale e nazionale. Nella cultura della democrazia costituzionale il *costituzionalismo universale dei bisogni* non può non vincere sul costituzionalismo speciale fondato sulle appartenenze statali e nazionali.

La sentenza sopra menzionata si situa all'interno di un percorso giurisprudenziale tutto orientato nella direzione indicata (sentenza n. 454, del 1998; n. 432, del 2005; n. 306, del 2008; n. 11, del 2009; n. 299, del 2010; n. 172, del 2013; n. 22, del 2015), e concernente aspetti non marginali delle erogazioni del sistema pubblico a favore dei soggetti in situazione di particolare disagio, dall'assegno di cura funzionale alla permanenza della persona nel proprio domicilio, alla pensione per i ciechi civili, dalla indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili alla tutela dei minori portatori di patologie particolarmente invalidanti. Il fatto che la Corte consideri « manifestamente irragionevole » l'esclusione dal beneficio dello straniero extracomunitario per la carenza di un requisito di ordine amministrativo, come la titolarità della « carta di soggiorno », dimostra che la Corte stessa ritiene ormai in modo fermo e costante che a livello di benefici non accessori, e cioè necessari per lo svolgimento di una vita dignitosa, vi siano di fronte alla Costituzione solo persone in perfetta condizione di uguaglianza, che tale è nonostante la loro appartenenza a nazionalità diverse.

Il legislatore potrà ben disporre in senso diverso tra cittadini e stranieri laddove vi siano tra gli uni e gli altri diversità di fatto riconducibili ad una diversa radicazione di domicilio sul territorio nazionale (sentenza n. 104, del 1969), ma tale differenziazione dovrà arrestarsi sulla soglia su cui si attesta con il suo nucleo fondamentale il diritto della persona, che nella sua essenza non può non essere il medesimo per tutti, perché inerente all'eguale diritto di ognuno di condurre una vita dignitosa, possibile solo in presenza di quei

benefici e di quelle provvidenze che il sistema pubblico non può dunque non erogare a favore di tutti. Anzi, quando quei benefici e quelle provvidenze assumono la forma, e la sostanza, di cure ambulatoriali o ospedaliere urgenti ed essenziali, nel senso di appartenenti al « nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana », si deve concludere nel senso che quelle cure devono essere erogate a favore di tutti, anche indipendentemente dalla regolarità della posizione e del soggiorno sul territorio nazionale delle persone che ne beneficiano (sentenza n. 299, del 2010). Si assiste qui all'emergere con chiarezza di un costituzionalismo dei bisogni che si impone nella sua oggettività, per l'urgenza di provvedere in applicazione di elementari principi di giustizia.

Tentiamo una prima provvisoria conclusione. Il costituzionalismo che si afferma nella seconda metà del Novecento ha dunque più caratteristiche: è un costituzionalismo fortemente radicato nella concretezza dei rapporti sociali, a livello delle effettive possibilità di accesso ai più rilevanti beni pubblici, come il lavoro, la salute, l'istruzione o l'assistenza; è un costituzionalismo che pretende di segnare confini netti all'esercizio della discrezionalità politica, a tutela dei diritti fondamentali della persona; e infine è un costituzionalismo che si sviluppa in senso inclusivo e universalistico, a favore anche di coloro che non sono cittadini in senso nazionale e statale.

Più in particolare, il costituzionalismo della persona, dati i suoi caratteri di fondo, è destinato a incontrare ulteriori problematiche di forte spessore storico e culturale. Vogliamo accennare ad almeno tre di queste. Si tratta della *obiezione di coscienza* (sentenza n. 164, del 1985; 409, del 1989; 470, del 1989; 467, del 1992; 343, del 1993; 43, del 1997), con il riconoscimento, da parte della Corte, che la inderogabilità del dovere di tutti i cittadini di difendere la Patria non necessita come modo di attuazione il servizio militare armato, e dunque ben può essere assolto con altre prestazioni personali di portata equivalente, dando così rilievo primario e diretto ai « motivi di coscienza » della persona, posti alla base del rifiuto delle armi; del *principio di laicità* (sentenza n. 203, del 1989; 149, del 1995; 334, del 1996; 508, del 2000), che ha visto nel tempo maturare la sua posizione e assurgere al rango di « principio supremo », come tale

caratterizzante l'identità dello Stato e della democrazia costituzionale, ma sempre seguendo il filo conduttore dei diritti fondamentali della persona, e dunque anche in questo caso in funzione di tutela della libertà della persona, della « pari protezione della coscienza di ciascuna persona »; ed infine il *diritto della informazione* (sentenze n. 225, del 1974; 826, del 1988; 155, del 2002), con particolare riferimento al settore radiotelevisivo, dove il bilanciamento che in questa materia è necessario realizzare tra la libertà di opinione espressa dalle singole emittenti private e il fondamentale « interesse costituzionale generale, quale è quello della informazione e formazione consapevole della volontà del cittadino-utente », posto alla base di una serie di regole di carattere modale imposte allo svolgimento delle trasmissioni, viene risolto a favore del secondo, ancora una volta in linea con il primato della persona, come valore da tutelare, che in questo settore della informazione significa prima di tutto osservanza di regole e assolvimento di doveri di neutralità e imparzialità funzionali alla protezione della persona medesima, al formarsi non manipolato dei suoi convincimenti.

Ovviamente molto altro vi sarebbe da dire su questo costituzionalismo della persona. Basti pensare in proposito alla problematica del diritto sovranazionale, in particolare europeo (sentenza n. 170, del 1984; e 102, del 2008), che potrebbe rappresentare lo scenario ideale per l'affermazione dei principi che storicamente stanno alla base del costituzionalismo della persona, ma che spesso rischia di rivelarsi assai debole nell'interpretazione di questo ruolo. Anzi, in diverse fasi della sua storia, più o meno recente, la dimensione europea sembra quasi al contrario far retrocedere la grande prospettiva novecentesca della democrazia costituzionale e sociale, basata sui diritti fondamentali della persona.

3.3. *Limitare ed equilibrare i poteri.*

La Corte ha dunque dato un contributo decisivo per la costruzione della democrazia costituzionale nel nostro Paese. Ha valorizzato il secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione, visto come immagine di una democrazia partecipata, cui concorrono molteplici soggettività, dalle organizzazioni dei lavoratori, alle associazioni che operano nel campo del volontariato. Ha esaltato la

dimensione della inviolabilità, inaugurando il *costituzionalismo della persona*, in una duplice direzione: come consapevolezza della esistenza di uno strato della esperienza in cui si coltiva la libertà di coscienza e di autodeterminazione in modo assolutamente libero, ovvero indisponibile da parte delle autorità politiche; e come introduzione nel diritto della Costituzione di una tendenza inesorabilmente inclusiva e universalizzante, che opera nel senso di considerare titolari di diversi diritti, o benefici amministrativi, tutti coloro che risiedono sul territorio, in modo indipendente dalle rispettive nazionalità.

C'è infine un terzo e ultimo carattere della democrazia costituzionale. È quello che conduce questo « tipo storico » di democrazia a negare la dimensione della *suprema potestas*, ovvero l'esistenza di un potere preminente, che è tale perché in esso si rappresenta l'esistenza del sovrano. Nel modello costituzionale derivato dalla rivoluzione francese, è questo certamente il potere legislativo. Nella nuova democrazia costituzionale neppure il legislativo ha questa posizione di preminenza. Ne abbiamo già implicitamente discusso quando abbiamo illustrato il principio della « inviolabilità », che pone un limite oggettivo invalicabile in primo luogo proprio al legislatore, riconducendolo quindi, al pari di tutti gli altri poteri, ad una dimensione integralmente costituita. E tuttavia, sarebbe fuorviante leggere le nuove tendenze in atto nelle odierne democrazie costituzionali esclusivamente in chiave di riduzione del ruolo del legislatore.

Già dalle primissime sentenze della Corte (le sentenze nn. 3, 28 e 118, del 1957) si comprende quanto sia intricato questo nodo. La Corte infatti comprende quasi subito come il suo sindacato sia destinato, soprattutto seguendo il filo del principio di uguaglianza espresso nell'articolo terzo della Costituzione, ad espandersi in regioni limitrofe a quelle del merito legislativo, della discrezionalità politica. Ma proprio per questo motivo, proprio a causa della percezione del pericolo insito in quel procedere sul crinale tra legittimità e merito, la Corte frena, e ad ogni occasione in cui si trova su quel crinale non manca di precisare come al di là vi sia una regione da preservare, entro cui non può non rimanere integra e prevalente la « discrezionalità del legislatore ». In particolare, proprio nel sindacato che muove dall'articolo terzo, la Corte mette

costantemente in rilievo come la valutazione sulla effettiva diversità tra due situazioni, e dunque la decisione di riservare ad esse due discipline diverse, implichi « valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte non spetta esercitare ».

Non c'è dunque, nelle odierne democrazie costituzionali, una « decapitazione » del potere legislativo, e in genere dei poteri politici d'indirizzo, fondati sulle scelte che si operano attraverso l'ordinaria competizione democratica per la definizione dell'indirizzo politico di maggioranza. Né c'è un nuovo potere sovrano al posto del legislatore. C'è una crescita del ruolo della giurisdizione, ma nessuna tendenza verso il c.d. « governo dei giudici ». È vero però che soprattutto a partire dagli anni Novanta ha iniziato ad emergere, e ad essere come tale riconoscibile, un modo d'interpretazione e concretizzazione dei principi costituzionali di carattere giurisdizionale, che si svolge parallelamente a quello legislativo. Si legge così in una sentenza della fine degli anni Novanta (sentenza n. 347, del 1998): « L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nella attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali ». Per quanto quasi in posizione di « supplenza », è giunto dunque il tempo in cui può esistere una via prettamente giurisdizionale alla attuazione della Costituzione, che in concreto significa equa composizione dei valori e dei beni coinvolti nella decisione che si deve assumere.

Sempre nel corso degli anni Novanta si produce poi un'altra tendenza (sentenza n. 356, del 1996), sostenuta dalla Corte medesima, che inizia a respingere le questioni di costituzionalità, mantenendo così in vita la legge che era stata portata all'attenzione della Corte perché sospetta d'incostituzionalità, a condizione che quella stessa legge venga poi in concreto interpretata dai giudici nella direzione che viene indicata dalla Corte medesima. In questo modo, la Corte induce i giudici ad evitare il controllo di costituzionalità, proponendo e mettendo in opera essi medesimi direttamente un'interpretazione della legge che garantisca la sua conformità a Costitu-

zione. Così, mediante questa interpretazione della legge costituzionalmente orientata si forma presso i giudici una giurisprudenza dei diritti che nel suo insieme rappresenta un modo di attuazione dei principi costituzionali che prende sempre più spazio rispetto al tradizionale strumento legislativo.

Alla fine, sembra quasi che nel corso della esperienza delle odierne democrazie costituzionali si siano invertite le parti: se all'inizio di quella esperienza si trattava soprattutto di limitare la sovranità del legislatore opponendovi una Costituzione rigida, corredata di principi fondamentali, o supremi, dotati della clausola della inviolabilità, ora sembra che la parte più debole della esperienza costituzionale si trovi proprio nella legislazione, nel senso che l'ordinamento concreto dei diritti, del modo della loro individuazione, e della loro garanzia, è sempre più dislocato nella giurisdizione. La nostra Corte ha certamente operato in questa direzione, favorendo il diffondersi della interpretazione conforme, o costituzionalmente orientata. Il risultato è evidente, sotto l'occhio di tutti. A tratti sembra che il cuore delle democrazie costituzionali del nostro tempo — e dunque anche della nostra — sia ormai tutto collocato nella sfera della *iurisdictio*, comprensiva di ogni giurisdizione, ordinaria e costituzionale. Mentre sempre più in situazione critica sembrano essere gli istituti e i soggetti della democrazia rappresentativa, ovvero il *gubernaculum*, l'insieme dei poteri politici d'indirizzo. Anche se si deve rifuggire da un'immagine di maniera che rappresenta le trasformazioni in atto come il passaggio da un primato all'altro, da quello del legislatore radicato indietro nel tempo della Rivoluzione a quello attuale dei giudici. È piuttosto vero che il nuovo tempo della democrazia costituzionale tende a far cadere ogni « primato », proponendo la via della collaborazione, del dialogo, del legislatore con i giudici, e viceversa.

Infine, all'interno di un simile assetto costituzionale, la Corte ha necessariamente un doppio ruolo: da una parte è componente essenziale della *iurisdictio*, dall'altra è massimo organo regolatore dei confini, e dei conflitti, tra la *iurisdictio* e il *gubernaculum*. Lo si vede bene in quella parte della giurisprudenza della Corte dedicata alla immunità parlamentare (sentenza n. 379, del 1996; n. 120, del 2014; n. 144, del 2015), dove si ricerca un punto di equilibrio tra due esigenze primarie, entrambe necessariamente da soddisfare se si

vuole mantenere integro il quadro della democrazia costituzionale: da una parte, il valore insito nella autonomia delle istituzioni parlamentari, inteso come base su cui fondare la necessaria protezione della libertà della rappresentanza politica, e dall'altra parte il valore insito nella regola fondamentale presente nel cuore della esperienza costituzionale europea, ovvero l'eguale sottoposizione di tutti al sindacato della giurisdizione. Due basilari valori, dunque, che devono essere bilanciati, in modo tale che ciascuno di essi esprima tutto quanto è contenuto nel suo nucleo essenziale, ma senza disconoscere l'eguale l'esigenza che parimenti muove l'altro valore. E nel mezzo la Corte, che presidia il confine, impedendo entrambi gli eccessi: per un verso, il dilagare della parte politica in sostanziale regime d'immunità totale, e per l'altro verso il dominio della giurisdizione, così stringente da paralizzare la vita concreta delle istituzioni parlamentari.

4. *Il ruolo della Corte nel processo di trasformazione costituzionale: considerazioni conclusive.*

Due parole di conclusione. In questi ultimi sessant'anni il nostro Paese è cambiato molto. Con esso si sono mossi anche i grandi principi costituzionali posti alla base della scelta costituente democratica del 1947, iniziando un cammino che era destinato a calarli nel concreto della società, nell'insieme delle relazioni tra i consociati.

Primo tra tutti il principio di uguaglianza, che con il secondo comma dell'articolo terzo — ben presente nella giurisprudenza della Corte — richiama la necessità di concepire la comunità nazionale non come una mera *societas*, unita solo dalla comune titolarità di una serie di diritti, ma come una vera e propria *universitas*, ovvero come un'unità di scopo, che si proietta nel futuro operando per l'attuazione della Costituzione, con lo scopo ultimo di affermare i valori posti alla base della decisione costituente, che coincidono poi con i principi generali di giustizia, ad iniziare dal diritto di sviluppare liberamente la propria personalità, nel contesto di un accesso possibile ai beni primari della vita individuale e associata, come l'istruzione, il lavoro e la salute, che renda possibile lo svolgimento di una vita libera e dignitosa.

C'è poi, ancora ben presente nella giurisprudenza della Corte, la nascita del *costituzionalismo della persona*, sia nella dimensione verticale che raggiunge gli strati profondi della esistenza, sui quali nulla può la forza del *gubernaculum*, sia nella dimensione orizzontale, che vede estendersi sempre più la platea dei titolari dei diritti, come semplici persone, al di là delle appartenenze in senso nazionale e statale. E c'è infine una dinamica dei poteri che nelle odierne democrazie costituzionali tende verso l'equilibrio, in particolare tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, con il ruolo arbitrale della Corte.

Se perciò si legge la giurisprudenza della Corte lungo tutto l'itinerario della sua sessantennale esistenza vi ritroviamo con relativa facilità i segni e le tracce della trasformazione intercorsa, dal punto di partenza, ancora fortemente radicato nell'universo culturale della democrazia legislativa, fino a noi, che siamo ancora ben immersi nella nuova realtà in formazione della democrazia costituzionale.

Concludiamo con una notazione che concerne ancora più da vicino il ruolo della giurisdizione, della Corte, ma anche dei giudici ordinari, nella costruzione progressiva della nuova forma democratica che caratterizza il nostro tempo storico. C'è la pagina di una sentenza che vorremmo evocare, e che sentiamo particolarmente lontana nel tempo. È la sentenza del 23 novembre 1961, la n. 64. Quella sentenza, nel contesto di una legge penale che considerava l'adulterio ancora penalmente rilevante, e che puniva con netta maggiore severità quello della donna, concludeva nel senso della legittimità costituzionale di tale differenziazione di pena, avendo il legislatore semplicemente valutato come diverse due situazioni che tali in effetti erano — a giudizio della Corte — prima di tutto nel costume, e nella cultura diffusa del tempo, essendo reputato da quella cultura ben più grave l'adulterio femminile, per la maggiore « azione disgregatrice sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale » che esso produce, e ancora per il maggiore « turbamento psichico » che induce nei figli minori.

Com'è noto, la sentenza in questione fu superata da una successiva sentenza del 27 novembre 1969, la n. 147, che assai correttamente non motivò nel senso di un mutato costume sociale, ma semplicemente sulla base del principio di uguaglianza fissato nella Costituzione, che impedisce in assoluto di introdurre differenze di trattamento normativo — nel nostro caso pene diverse per il compimento del medesimo

atto — per causa del sesso. I giudici del 1969 non dicono dunque che si deve rivedere la decisione semplicemente perché i tempi sono cambiati. Essi dicono piuttosto, in modo implicito ma netto, che la sentenza del 1961 era errata perché ignorava il principio di uguaglianza sancito nella Costituzione repubblicana, perché considerava legittimo sanzionare in modo diverso due soggetti che avevano compiuto il medesimo atto, soltanto perché di sesso diverso.

Una terza ed ultima sentenza (sentenza n. 138, del 2010), relativa all'unione tra due persone del medesimo sesso, può essere conclusivamente menzionata, a proposito della fondazione della decisione giurisprudenziale nella osservazione della realtà. La sentenza riconosce l'unione di coppia, compresa quella tra due soggetti dello stesso sesso, e la qualifica come « formazione sociale » nel senso dell'articolo 2 della Costituzione, con tutto ciò che può e deve derivarne sul piano dei rispettivi diritti e doveri. Nel compiere questo passo la sentenza richiama la nuova realtà sociale della famiglia che è ormai costruita in una pluralità di forme e di modi, che l'ordinamento non può ignorare.

Si potrebbe dunque dire: il giudice che nel 1961 osservava la realtà sociale e ne traeva argomenti che a suo parere legittimavano la pena maggiore per l'adulterio femminile, sulla base di una visione del tutto tradizionale della donna, che a suo dire ancora dominava quella realtà, ora, a distanza di più decenni, nel 2010, dalla osservazione della realtà trae argomenti in direzione opposta, che non confermano cioè la tradizione, ma che anzi sospingono a mettere in discussione la dominanza esclusiva della famiglia tradizionale.

Ma con un limite. Il ragionamento avviato con il riconoscimento della qualità di « formazione sociale » a favore della unione tra due soggetti del medesimo sesso non può essere completato, fino a raggiungere una vera e propria acquisizione di quella unione all'ambito del matrimonio e della famiglia, con le sole forze della giurisprudenza. La Corte ha qui avvertito l'esistenza di un « balzo » che essa non poteva compiere da sola. E ha concluso richiamando la « discrezionalità del Parlamento », che sola può sciogliere il nodo. La vicenda mostra perciò, in modo particolarmente nitido, quanto rimanga ancora complesso l'intreccio tra legislazione e giurisdizione nello svolgersi del fondamentale compito, ciascuno per la propria parte, di attuazione dei principi della Costituzione.

APPENDICE

IL « SENTIMENTO POPOLARE » PER LA COSTITUZIONE

In conclusione, dobbiamo onorare un debito nei confronti di coloro che, presenti alla iniziativa del 28 aprile 2016, non ritrovano nel testo sopra riportato (in III.10) i toni, e perfino i contenuti, del discorso da me effettivamente tenuto quel giorno alla Corte (per concludere la manifestazione promossa dalla Corte medesima, e dedicata a 1956-2016. *La Corte costituzionale e la vita degli italiani*).

In effetti, i due testi sono diversi in quanto chiamati a svolgere funzioni diverse. Il primo a sistematizzare per linee generalissime la giurisprudenza della Corte, anch'esso svolgendo in questo senso una funzione divulgativa, di ampio raggio, non specialistica. E rinviamo quindi il lettore in questo senso di nuovo a quel primo saggio. Ma poi effettivamente subito dopo riteniamo utile pubblicare anche il secondo, il cui contenuto è dato dalla trascrizione fedele, quasi parola per parola, dell'intervento conclusivo del 28 aprile. Quella manifestazione fu infatti voluta proprio per aprire le porte della Corte, e per invitare gli italiani a comprendere più da vicino la rilevanza che la Corte ha avuto nella loro vita quotidiana.

Era quindi imprescindibile per me, che fui chiamato a concludere proprio quella manifestazione, chiudere il mio libro con le ultime parole dell'intervento orale, che richiamano la rilevanza del « sentimento popolare » per la Costituzione, nel nostro caso presente attraverso le figure di due operai tessili pratesi, che non sapevano nulla di Costituzione, ma che avevano istintivamente capito che le loro conquiste sarebbero regredite senza il contributo decisivo della forza vincolante della Costituzione. Come ormai tutti sanno, il contributo di Enzo Catani e di Sergio Masi fu altrettanto decisivo quanto quello di Giuliano Vassalli, di Massimo Severo Giannini, di Vezio Crisafulli, ed infine di Antonino Caponnetto, il primo a sollevare l'incidente di costituzionalità.

Il titolo della nostra iniziativa contiene un riferimento preciso: « La vita degli italiani ». Ed infatti la manifestazione di oggi è voluta per significare agli italiani, nel modo più efficace possibile, mediante l'uso più ampio possibile dei mezzi di comunicazione, che la regolazione concreta della loro vita è legata in modo sempre più stringente alla Costituzione, sia come parametro per giudicare le leggi e la loro conformità alla norma fondamentale, sia come criterio per interpretare le leggi, in modo da

renderle nella loro vigenza effettiva dotate di significati conformi alla Costituzione medesima, sia infine come autentica norma giuridica, che si applica direttamente al caso da disciplinare. Insomma, la Costituzione vive nel concreto della realtà sociale e dei rapporti tra i consociati, e s'introduce nelle mille pieghe dell'ordinamento, occupando campi e settori che da tanti decenni erano nel monopolio della legge e della sua espressione più organica e sistematica, ovvero il Codice Civile. Come dimenticare quelle pagine della Assemblea Costituente, nelle quali non pochi tra i costituenti, magari guidati dal padre della giuspubblicistica italiana, ovvero Vittorio Emanuele Orlando, esprimevano per esempio la loro netta ripulsa nei confronti della introduzione della famiglia nella Costituzione, quella famiglia che era da sempre oggetto della salda ed ordinata disciplina del Codice Civile.

Insomma, ciò che qui oggi s'intende mettere in evidenza è che la Costituzione ha definitivamente abbandonato quella concezione della sua supremazia, che sembrava esaltare la sua posizione di vertice nell'ordinamento, ma che nel contempo finiva per condannarla ad essere per così dire troppo in alto, e dunque distante e in definitiva poco o punto presente nella regolazione effettiva dei rapporti tra i consociati, che per lungo tempo è rimasta ancora nel monopolio del legislatore.

Noi partiamo dunque da questa idea: che in questi ultimi decenni la Costituzione si sia a grandi passi avvicinata alla realtà sociale, nel senso di porsi sempre più nel concreto dei rapporti tra i consociati come autentica norma giuridica, dal contenuto immediatamente dispositivo e regolativo. Beninteso, funzione legislativa e funzione di governo, che sono le due funzioni politiche, d'indirizzo, dello Stato costituzionale, continuano ovviamente ad essere il cuore della democrazia, che non potrà certo mai rendere periferico il momento propriamente politico della Costituzione, quello che alla base si esprime in democrazia nel « diritto di concorrere alla formazione della legge », e che produce la legge, come diritto positivo fondato sulla volontà del legislatore, sulle scelte d'indirizzo, sul *principio democratico*, in una parola. Ed infatti, ciò che anima questa iniziativa, ovvero l'intento di mettere in luce *il diritto della giurisprudenza costituzionale come diritto che riguarda direttamente la vita degli italiani* non è certo uno spirito polemico, o contrappositivo, con il diritto legislativo.

Si vuole dire altro. Si vuole dire che è ormai tramontato definitivamente il tempo in cui si pretendeva che la legge, con il suo ordine sistematico, dominasse la realtà, senza lasciare scarti, zone grigie, contraddizioni irrisolte, com'era nel paradigma classico del Codice. E si vuole dire che parallelamente, non per caso all'interno della medesima fase della storia costituzionale europea, è tramontata definitivamente un'altra convinzione: che la Costituzione sia essenzialmente *loi politique*, ovvero l'atto politico per eccellenza, che sistema la forma di governo, e magari introduce anche alcune garanzie, come tipicamente nel caso della riserva di legge, ma senza

contenuto dispositivo, senza essere veramente regola effettiva nella vita dei consociati.

A trasformare, se non addirittura, a sovvertire questa tradizione, che voleva la vita concreta regolata dal Codice, con la Costituzione che al massimo rappresentava la cornice entro cui quella vita si sviluppava, hanno pensato le nuove Costituzioni, ovvero le Costituzioni democratiche del Novecento, tra le quali naturalmente la nostra italiana; e con esse Costituzioni le rispettive Corti, e tra queste senz'altro la nostra, che nei primi sessanta anni della sua vita ha contribuito in modo decisivo a portare la Costituzione nella società, e la società nella Costituzione. In modo tale che oggi, leggendo il grande libro della giurisprudenza costituzionale, scorgiamo in quelle pagine il nostro stesso volto, vi riconosciamo i caratteri e le contraddizioni della nostra società, insomma vi reperiamo, nella sua concretezza, proprio la vita degli italiani.

In un contributo che ho redatto in queste ultime settimane, proprio per aiutare una comprensione ordinata — prima di tutto per me medesimo — di quel grande libro che la nostra Corte ha scritto, ho incontrato dunque non per caso i problemi concreti della società italiana, per un motivo che è del tutto evidente: le nuove Costituzioni democratiche del Novecento, rispetto alle Carte liberali e parlamentari del diciannovesimo secolo, hanno incluso in sé, nel proprio perimetro, la società reale, con il suo carico di contraddizioni e di diseguaglianze, che sono poi alla origine di quegli « ostacoli » che la nostra Repubblica dovrebbe rimuovere secondo il noto dettato del secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione medesima. Così, chi legge il libro della Costituzione, e della sua giurisprudenza, legge il libro della società. E chi legge questo libro non procederà dunque per teoremi, o per dottrine, ma individuando nella complessa tessitura del testo della Costituzione e della giurisprudenza costituzionale i *cittadini* in concreto, che operano come *soggetti*, ovvero come *persone* concretamente esistenti nella esperienza costituzionale, entro cioè quella esperienza che si determina nello svolgersi della attuazione, o concretizzazione dei precetti costituzionali. Insomma, l'indice che proponiamo non è di principi o di regole, ma di soggetti, che concretamente operano nella società riflessa nella Costituzione.

Ed allora, seguendo il filo conduttore che ho ritenuto di proporre per compiere un'analisi ragionata della giurisprudenza costituzionale, si trova, nell'ordine *a*) il cittadino che opera usando gli strumenti di partecipazione alla vita collettiva, di concorso alla determinazione dell'indirizzo politico, o anche semplicemente di realizzazione in concreto del principio supremo di solidarietà espresso nell'articolo 2 della Costituzione: troviamo qui la sentenza sul c.d. « sciopero politico » o anche le sentenze sul volontariato proprio come primario modo di realizzazione del principio di solidarietà; *b*) il cittadino come persona in sé dotata di valore assoluto, come tale protetta dalla clausola della *inviolabilità*, che è l'altra grande novità delle Costituzioni del Novecento: troviamo qui le sentenze che hanno espresso la

necessità di fissare un *limite assoluto* alla discrezionalità politica, a fronte, specialmente in materia di trattamenti sanitari, del diritto alla autodeterminazione; c) il non cittadino italiano, l'extracomunitario, anche non completamente in regola con le carte necessarie per il soggiorno, ma portatore di fatto di *bisogni* che chiedono una risposta celere se non immediata: troviamo qui le sentenze che riconoscono il diritto dei non cittadini di accedere a determinati benefici erogati dal sistema nazionale di assistenza e previdenza sociale, ovvero di cure che si presentano nei fatti come indispensabili ed indefettibili, senza le quali vi è un rischio per un valore assoluto presente nella Costituzione, che non ha e non può avere nazionalità, e che si esprime nel principio di *integrità della persona*; d) il cittadino alle prese con la sua *coscienza*, con la tutela e con la concreta manifestazione della sua libera opinione, di nuovo non in astratto, ma nell'esercizio concreto della obiezione di coscienza, o in rapporto alle problematiche concrete che nascono dal principio di laicità, o nel vasto e complesso campo del diritto della informazione.

E dunque, la Costituzione è animata da una folla di concreti soggetti sociali: le « formazioni sociali », come i sindacati, ma anche le associazioni del volontariato; gli individui titolari di diritti contenenti un nucleo inviolabile, come quelli del paziente sottoposto a cure mediche, per ciò che riguarda il diritto all'informazione, all'espressione del consenso, alla autodeterminazione; ma anche i non cittadini, che chiedono di accedere a cure indispensabili e indifferibili, che il nostro ordinamento non può rifiutare, essendo tutti di fronte alla radicalità del bisogno semplicemente e paritariamente persone. C'è infine, in altre sentenze ancora, il grande pianeta dei *diritti sociali* che da ultimo va tutto riannodandosi attorno ad un unico grande diritto: il *diritto di condurre una vita libera e degna*, che come tale necessita di poter accedere in modo sufficiente ed adeguato ai beni primari della vita, come l'istruzione, il lavoro, la salute, l'assistenza. Beni senza i quali l'ideale costituzionale sembra affievolirsi a dismisura, proponendo vite — ecco la vita degli italiani del nostro titolo — non più libere, non più degne.

La società che è presente nella Costituzione non è dunque quella immaginata dal giusnaturalismo come società di individui astrattamente liberi ed uguali. È invece una società concreta, che come tale espone nella Costituzione non solo *la virtù ideale* dell'uguaglianza ma anche *il peccato materiale* della disuguaglianza, come fonte di miseria e di conflitto. Per questo la Repubblica dei primi articoli della nostra Costituzione non è solo *societas* d'individui, ma anche *universitas*, ovvero complesso di forze che si propone d'intervenire nella società, di realizzare in essa il progetto che vuole che ad ognuno sia data la possibilità di costruire la prospettiva di una vita libera e degna.

Rimane da chiarire un ultimo punto. La democrazia che è andata delineandosi in questi ultimi decenni non è più la democrazia legislativa della Rivoluzione e del successivo Stato liberale di diritto. Non solo perché è dotata di una Costituzione rigida, come si ripete sempre. La differenza

grande, che ci sospinge ad affermare che abbiamo ormai un'altra democrazia, che denominiamo *costituzionale*, sta proprio — e io direi piuttosto, o comunque soprattutto — nel carattere di fondo che abbiamo fin qui illustrato, che si esprime nella inclusione della società reale nella Costituzione, con la conseguente assunzione di un onere collettivo, che è quello di rimuovere, di sanare, di liberare il cammino della società e dei cittadini, fornendo a questi ultimi i mezzi e gli strumenti necessari. È *compito della Repubblica*, come recita l'incipit del fondamentale secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione. È dunque compito primario del legislatore, ma ora, nell'assetto fondamentale della nuova democrazia, ovvero della democrazia costituzionale, è compito anche della Corte, e degli stessi giudici, poiché anch'essi, per quanto in modo diverso ed a titolo diverso, sono e rappresentano la Repubblica.

Tuttavia, il passaggio verso la democrazia costituzionale che stiamo ormai da diversi decenni vivendo, e che sempre più mette in evidenza l'accresciuto ruolo della giurisdizione, non è e non può essere inteso — come qualcuno dice — nel senso dell'avvento del c.d. «governo dei giudici». Chi conosce e legge senza pregiudizi la giurisprudenza della Corte sa che essa si è trovata fino dalle primissime sentenze ai confini della regione riservata all'esercizio della discrezionalità politica. E sa anche che fino da quei momenti la Corte ha evitato con cura d'invadere quella regione. La Corte ha sostanzialmente sempre rispettato le prerogative del legislatore. Ha però nel contempo sviluppato un sindacato — quello cosiddetto di ragionevolezza — che consente di entrare nella tessitura della legge, quella interna e quella che la connette al contesto, alla complessità dell'ordinamento, per correggere storture, contraddizioni, illogicità, al fine di ricondurre la legge che presenti aspetti «irragionevoli» alla misura che si ritiene conforme alla Costituzione. Non abbiamo dunque un legislatore spodestato, ma un legislatore affiancato dalla giurisdizione: *legislazione e giurisdizione l'una accanto all'altra di fronte alla Costituzione, partecipi di uno sforzo comune di attuazione del principio costituzionale*. È questa l'immagine più adeguata alla nostra contemporaneità, alla realtà dello Stato costituzionale del nostro tempo. In questa veste, proprio la nostra Corte costituzionale ha offerto contributi decisivi nei suoi sessanta anni di vita. Ha valorizzato il secondo comma dell'articolo terzo, visto come immagine di una democrazia partecipata, cui concorrono molteplici soggettività. Ha esaltato la dimensione della *inviolabilità*, inaugurando il *costituzionalismo della persona*, che segna limiti assoluti a tutela delle libertà fondamentali, su strati della esperienza indisponibili da parte della autorità politica. Ha aperto una via inclusiva e universalizzante, che va costruendo una cittadinanza di tipo societario, intesa come comunanza di diritti attribuiti in questa logica a tutti, ovvero alla persona in quanto tale.

Infine, una conclusione contenuta in un'immagine. La Corte tenne la prima udienza pubblica quasi esattamente sessant'anni fa, il 23 aprile del 1956. La rilevanza della sentenza n. 1 che giunse alla fine della trattazione

di quel primo caso è a tutti nota, ed è stata ampiamente valutata e discussa. Meno nota è l'organizzazione che fu minutamente costruita per arrivare a quel risultato, che fece dire a Calamandrei la celebre frase: « La Costituzione s'è mossa ». Quella organizzazione prevedeva i ruoli, distinti ma tutti essenziali, di più soggetti: il primo, Il Pretore di Prato che con ordinanza del 27 dicembre 1955 sollevava per primo la questione di costituzionalità. Era una specie di segnale convenuto, che dava il via alla operazione, ed infatti nei primi mesi del 1956 alla ordinanza di Prato seguirono altre 28 ordinanze di Preture sparse in tutta Italia. Il Pretore di Prato era il giudice Antonino Caponnetto. Ma prima ancora di lui protagonisti della operazione furono i due operai tessili pratesi che avevano deliberatamente e scopertamente violato la norma del 1931 sulla autorizzazione a tenere manifestazioni pubbliche, in clamoroso contrasto con il principio contenuto nell'articolo 21 della Costituzione, al fine di provocare l'intervento della Corte, ben sapendo che il giudice Caponnetto avrebbe rimesso la questione alla Corte medesima. Conviene nominare anche loro: Enzo Catani e Sergio Masi. Due operai che non sapevano nulla di Costituzione ma che sentivano di lottare per qualcosa di giusto, rappresentando così qualcosa che è sempre esistito nella storia delle costituzioni, ovvero il *sentimento popolare* per la Costituzione. Infine tre professori. La grande scienza giuridica del tempo. Vezio Crisafulli e Giuliano Vassalli che difendevano il Catani, e Massimo Severo Giannini che difendeva il Masi. Si conclude volutamente così, semplicemente ricordando che la storia di cui abbiamo parlato oggi ha avuto inizio in un giorno di aprile di sessant'anni fa per opera di sei personaggi: un giovane giudice al suo primo incarico, tre professori che rappresentavano la nuova dottrina costituzionale, e due operai, simbolo dell'Italia che aveva voluto la Costituzione democratica, e che voleva ora che essa divenisse piena e autentica norma giuridica, viva nella vita degli italiani.

RICONOSCIMENTI

I.1. È stato predisposto per il decimo colloquio costituzionale italo-inglese organizzato presso l'Istituto italiano di cultura di Londra sul tema *The constitutional Heritage of Magna Carta* (Londra, 8 giugno 2015). In una precedente occasione in forma breve è servito per costruire l'intervento alla tavola rotonda presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Roma Tre dedicato a *Una cultura delle libertà: Magna Carta Libertatum* (Roma, 21 maggio 2015). Sulla stessa Carta si è poi partecipato al Convegno organizzato presso l'Università di Brescia (Brescia, 2 ottobre 2015); e alle *Jornadas Magna Carta* presso l'Università di Siviglia (Siviglia, 12 novembre 2015). Si trova ora in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 45 (2016), pp. 66-86.

I.2. È stato presentato al Convegno annuale della Società Italiana di Storia del Diritto (Parma, 15-16 dicembre 2011), ma ha poi assunto la sua forma definitiva nel Colloquio salernitano in memoria di Alfonso Catania (Salerno, 19-20 aprile 2012) e si trova infatti negli Atti di quel Colloquio: *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di F. Mancuso, G. Preterossi e A. Tucci, Milano-Udine, Mimesis Edizioni, 2013, pp. 221-243.

I.3. Si trova in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 43 (2014), pp. 1077-1094. Predisposto in origine per la lezione-seminario tenuta a Città del Messico (9 dicembre 2013) nell'ambito del IV Congresso Internazionale su *La giustiziabilità dei diritti umani* organizzato presso la Corte Suprema di Giustizia e l'Istituto della Magistratura Federale.

I.4. Predisposto come relazione al Convegno su *Le ragioni dell'uguaglianza* (Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008). Si trova negli Atti del Convegno: *Le ragioni dell'uguaglianza. Atti del VI Congresso della Facoltà di Giurisprudenza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Università degli Studi di Milano-Bicocca, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 45-73.

I.5. Predisposto come relazione al Seminario su *Fine del diritto?* organizzato dall'Accademia delle Scienze di Torino (Torino, 4 giugno 2008). Si trova negli Atti dell'incontro, con il titolo *Fine o metamorfosi?*, pp. 53-63, Bologna, il Mulino, 2009.

II.1. Predisposto come Introduzione alla Sezione dedicata al Novecento nel volume *Il pensiero giuridico italiano*, a cura di P. Cappellini, P.

Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, Treccani, 2015, pp. 327-337.

II.2. Predisposto come relazione al Convegno su *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo d'integrazione europea e sovranità nazionale*, Firenze, Fondazione Cesifin Alberto Predieri, 15 maggio 2012. Si trova ora negli Atti del Convegno: *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 13-23.

II.3. Predisposto come relazione al Convegno su *Crisi dello Stato e del principio di legalità? Lo Stato e il diritto contemporaneo*, in particolare in forma di commento al paper presentato da Ferdinando Mazzarella, dedicato a *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, Palermo, 6 maggio 2011. Si trova in: « Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica », XVI (2011), dedicato a *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, Roma, Carocci, 2011, pp. 81-95.

II.4. In formato elettronico, e in lingua italiana, sta in « Historia constitucional », 12 (2011), pp. 21-30. Pubblicato in spagnolo, con il titolo *Las doctrinas de la Constitución en sentido material* in « Fundamentos », 2010, 6, dedicato a *Conceptos de Constitución en la historia*, pp. 425-438.

II.5. Predisposto come Discorso inaugurale del Congresso Internazionale su *Poderes públicos y privados ante la regeneración constitucional democrática*, Elche, 26-27 ottobre 2015, negli Atti del Convegno, a cura di Rosario Tur Ausina, pp. 13-29. Il medesimo testo ha costituito anche la base del Seminario del 7 aprile del 2016 presso l'Università di Bilbao, ed è in quanto tale pubblicato, in forma elettronica e in italiano, in « Historia constitucional », 17 (2016), pp. 1-14.

II.6. Sta in *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso, e J. Luther, Torino, Einaudi, 2016, pp. 188-198.

II.7. In origine preparato per introdurre i lavori della edizione del 2009 del Festival del diritto di Piacenza, dedicato quell'anno proprio al rapporto tra pubblico e privato (Piacenza, 24 settembre 2009). Il testo è poi divenuto una lezione, tenuta presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, come discorso inaugurale di un ciclo di lezioni organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza, dedicato a *Le promesse della Costituzione* (Napoli, 9 aprile 2013). Successivamente il testo ha fornito la base per un Seminario di storia del diritto pubblico diretto da Ricardo Marcelo Fonseca (Università Federale del Paraná, Curitiba, Brasile, 2 settembre 2013). Nella sua forma più estesa il testo è una piccola monografia, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

II.8. Il testo è stato predisposto per una serie d'incontri e Seminari dedicati alla problematica dell'accresciuto ruolo della giurisdizione nello Stato costituzionale, a partire dalla prima versione redatta come lezione, effettivamente tenuta il 30 aprile 2010 presso la Scuola di Dottorato in

Scienze Giuridiche della Università degli Studi di Firenze nell'ambito del Seminario dedicato a *La produzione del diritto tra legge e giudice: il rapporto tra democrazia e giurisdizione*. Il testo ha poi assunto una forma compiuta, per essere destinato agli *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, pp. 519-527.

II.9. Il testo è stato redatto come relazione al Convegno dedicato a *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012, pp. 191-207.

II.10. Inedito. Predisposto come relazione al Convegno dedicato a *Sovranità e diritti nel tempo della globalizzazione* (Roma, Istituto Emilio Betti, 28 ottobre 2016), da pubblicare negli Atti.

III.1. Sta in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 3-40.

III.2. Il saggio è stato pensato per due distinte ma quasi concomitanti occasioni: il Convegno che si è tenuto all'Accademia della Crusca (Firenze, 11 novembre 2011), di cui si sono pubblicati gli Atti: *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 67-83, con il titolo *Principio di sovranità e rigidità della Costituzione. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*; ed il Seminario organizzato dalla Corte Costituzionale (Roma, 25 novembre 2011), di cui si sono pubblicati gli Atti: *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 19-38, con il titolo *Lo Statuto albertino*.

III.3. Sta in «Democrazia e Diritto. Le culture giuridiche dell'Italia unita», 2011, 1-2, pp. 15-24.

III.4. Predisposto per la Relazione al Convegno *1914-1944. L'Italia nella guerra europea dei trent'anni*, Firenze, 22-23 maggio 2015, ora negli Atti del Convegno, a cura di Simone Neri Serneri, Roma, Viella, 2016, pp. 39-54.

III.5. Predisposto come relazione al Convegno su *Italiani vecchi e nuovi: la cittadinanza e le trasformazioni dell'identità nazionale* promosso dalla Fondazione Gramsci Emilia-Romagna (Bologna, 19-20 maggio 2011). Ora sta, con il medesimo titolo, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41 (2012), pp. 427-439.

III.6. Predisposto come relazione al Convegno su *La Costituzione ieri e oggi* (Roma, Accademia dei Lincei, 9-10 gennaio 2008), di cui si hanno gli Atti (Atti dei Convegni Lincei, 247), Roma, Bardi Editore, 2009, pp. 21-35.

III.7. Sta negli Atti del Convegno dedicato agli anni Settanta (Roma, 6-7 dicembre 2001): *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. La crisi di un sistema politico*, vol. 4, *Sistema politico e istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2003, pp. 301-315.

III.8. Sta in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», LXIV (2014), 2, pp. 295-308. Il testo nasce come riflessione condotta su due volumi nel corso di un incontro di discussione ad essi dedicato organizzato presso

l'Istituto dell'Enciclopedia Italiana (29 ottobre 2012). I volumi in questione erano quelli di E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012; e di C. PINELLI, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova della esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

III.9. Sta in «Quaderni Costituzionali», 2016. Il testo era stato elaborato come relazione al Convegno su *Magistratura e Politica*, promosso dal Centro studi politici e costituzionali Piero Calamandrei-Paolo Barile, dalla Scuola superiore della Magistratura e dalla Fondazione Cesifin (Firenze, 5-6 novembre 2015); ed è perciò ora anche in *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze, Passigli Editori, 2016, pp. 55-72.

III.10. Testo predisposto per ricordare e celebrare i sessant'anni trascorsi dalla prima udienza pubblica della Corte tenuta il 23 aprile 1956. Inedito (comunque reperibile in www.cortecostituzionale.it, al seguente indirizzo: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/Conclusioni_FIORAVANTI.pdf).

APPENDICE. Inedito. Riproduce in modo quasi letterale quanto in effetti ebbi modo di dire nel Palazzo della Consulta il 28 aprile 2016, concludendo la manifestazione organizzata e promossa dalla Corte. Contiene anche un cenno a quella che abbiamo definito «La vera storia della prima sentenza della Corte», e illustra comunque quanto in queste vicende valga ciò che abbiamo chiamato il «Sentimento popolare» per la Costituzione.

NOTA PER IL LETTORE

Il saggio II.3, dedicato alla analisi del concetto di “crisi”, applicato allo Stato liberale di diritto, presenta alcune pagine del tutto identiche ad altre pagine comprese nel saggio II.4, dedicato a chiarire il concetto di costituzione in senso materiale. Ho deciso di pubblicarli entrambi in questo volume, non solo perché in fin dei conti i due testi non sono affatto nel loro complesso identici, ma anche perché mi sembrava importante dar conto della duplice “committenza”: degli storici e dei filosofi del diritto attorno alla nozione di “crisi dello Stato liberale di diritto” e dei costituzionalisti sul concetto di “costituzione in senso materiale”. Infine, non posso dimenticare che fu Joaquin Varela a chiamarmi per discutere quel concetto. Un mio ricordo di Lui, e della Sua rilevanza per la storiografia costituzionale europea, sarà presente nel prossimo numero dei “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”.

INDICE SOMMARIO

<i>Ringraziamento</i>	V
<i>Parole introduttive</i>	VII

I.

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO

1.

IL DIRITTO MEDIEVALE E IL DIRITTO DEI MODERNI: LA MAGNA CARTA NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO

1. La Magna Carta e il <i>Rule of Law</i>	3
2. La Magna Carta e il governo del territorio: il <i>Government by Agreement</i> e il governo limitato	8
3. <i>The New British Constitution</i> : la Magna Carta oggi	15

2.

LEGGE E COSTITUZIONE NELL'EPOCA DEL DIRITTO PUBBLICO STATALE

1. Premessa	23
2. Il modello della Rivoluzione: il primato del Legislatore	25
3. Dopo la Rivoluzione: il <i>Rechtsstaat</i>	33
4. Il modello inglese: la sovranità del Parlamento	39
5. Conclusioni	47

3.

LEGGE E COSTITUZIONE: IL PROBLEMA STORICO DELLA GARANZIA DEI DIRITTI

1. Premessa: posizione del problema	51
---	----

2.	Le origini rivoluzionarie: la Dichiarazione dei diritti del 26 agosto 1789 e la garanzia legislativa dei diritti	53
3.	Dopo la Rivoluzione: il modello positivistico e lo Stato legislativo di diritto.	58
4.	Le trasformazioni costituzionali del Novecento: lo Stato costituzionale e la garanzia costituzionale dei diritti	64

4.

L'UGUAGLIANZA COME PRINCIPIO COSTITUZIONALE

1.	Premessa	73
2.	Uguaglianza contro Costituzione: la tradizione della costituzione mista	76
3.	Uguaglianza nella legge: la Rivoluzione e lo Stato di diritto	84
4.	Uguaglianza nella Costituzione: le Costituzioni democratiche del Novecento	91

5.

I PARADIGMI DELLA MODERNITÀ GIURIDICA E
LE COSTITUZIONI DEL NOVECENTO

1.	Il paradigma politico e quello economico	103
2.	La Costituzione democratica del Novecento e la sua incidenza sulla attualità dei paradigmi tradizionali del diritto moderno.	108

II.**I CARATTERI STORICI DELLA
COSTITUZIONE DEMOCRATICA**

1.

STATO E COSTITUZIONE: L'ESPERIENZA DEL NOVECENTO

1.	Premessa: la vocazione del secolo.	117
2.	Tra le due guerre	119
3.	Dopo la Costituzione	125
4.	Conclusioni: alla fine del secolo.	129

2.

CULTURA COSTITUZIONALE
E TRASFORMAZIONI ECONOMICO-SOCIALI

1.	Premessa	133
----	--------------------	-----

- | | | |
|----|---|-----|
| 2. | La « cultura costituzionale » del Novecento | 134 |
| 3. | L'eredità del Novecento: la Costituzione democratica ed il governo del conflitto. | 140 |

3.

LA CRISI DELLO STATO LIBERALE DI DIRITTO

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Le radici rivoluzionarie dello Stato di diritto | 147 |
| 2. | Il consolidamento borghese del diciannovesimo secolo | 150 |
| 3. | La crisi dell'ordine statale della società | 153 |

4.

LE DOTTRINE DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Premessa: la posizione del problema | 165 |
| 2. | La radice della dottrina della costituzione in senso materiale in Savigny. | 168 |
| 3. | Le rielaborazioni della dottrina nel mutato quadro costituzionale del Novecento | 170 |

5.

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
COME AUTONOMO « TIPO » STORICO

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | La posizione del problema: la Costituzione democratica come « tipo » storico | 179 |
| 2. | Il primo carattere della Costituzione democratica: l'inclusione in Costituzione del conflitto sociale | 182 |
| 3. | Il secondo carattere della Costituzione democratica: la dimensione della inviolabilità. | 186 |
| 4. | Il terzo carattere della Costituzione democratica: l'equilibrio dei poteri | 192 |
| 5. | Conclusioni. | 194 |

6.

LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE IN EUROPA:
L'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | I caratteri storici dello « Stato costituzionale ». | 199 |
| 2. | Legislazione e Giurisdizione: il senso della trasformazione costituzionale | 203 |

7.

PUBBLICO E PRIVATO NELL'ETÀ
DELLO STATO COSTITUZIONALE

1.	Premessa	213
2.	La democrazia costituzionale e i diritti della persona	216
3.	Il peso della storia: la grande contrapposizione	218
4.	La Costituzione italiana del 1948	221
5.	Le tendenze in Europa	225
6.	Conclusioni.	229

8.

IL DIRITTO TRA LEGGE E GIUDICE:
IL RAPPORTO TRA DEMOCRAZIA E GIURISDIZIONE

1.	La posizione del problema. Il modello della tradizione	233
2.	La trasformazione costituzionale. Le Costituzioni del Novecento	235
3.	Conclusioni. La democrazia costituzionale	238

9.

IL DIRITTO PENALE NELL'ETÀ
DELLO STATO COSTITUZIONALE

1.	Con l'avvento dello Stato costituzionale muta radicalmente il quadro costituzionale complessivo.	241
2.	Quale costituzionalizzazione del diritto penale?	245
3.	La ricerca di un punto di equilibrio tra autorità della legge e nuova rilevanza della giurisprudenza	247

10.

OLTRE IL NOVECENTO.
COSTITUZIONE DEMOCRATICA E GLOBALIZZAZIONE

1.	Premessa. I paradigmi della modernità giuridica	255
2.	Il Novecento e la Costituzione democratica	260
3.	Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel « tempo » nuovo	269

III.

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
NELL'ESPERIENZA ITALIANA

DALLO STATUTO ALLA COSTITUZIONE

1.

UN PROFILO DI STORIA COSTITUZIONALE ITALIANA:
LA CONQUISTA DELLA SUPREMAZIA COSTITUZIONALE

1. Premessa	281
2. Lo Statuto albertino come « legge fondamentale »	283
3. La Costituzione repubblicana: la Costituzione come suprema norma giuridica	298

2.

IL PRINCIPIO DI RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE

1. Rigidità, Flessibilità ed Elasticità della Costituzione.	321
2. La forma di governo da Cavour ad Orlando.	323
3. Una sanzione « giuridica » per il fondamento del governo	326
4. Il Commento allo Statuto	330
5. Cenni sulla Costituente	334

3.

GENESI E IDENTITÀ COSTITUZIONALE
DELLO STATO NAZIONALE UNITARIO

1. Il significato costituzionale delle celebrazioni, con particolare riguardo a quella del 1911.	341
2. Il « nucleo fondamentale » dello Statuto	344
3. Il <i>Diritto Pubblico Italiano</i> di Santi Romano	347

4.

IL PROBLEMA DELL'ORDINE POLITICO
NELLA CULTURA COSTITUZIONALE ITALIANA DEL NOVECENTO

1. Premessa: la « cultura costituzionale »	353
2. Il punto di partenza: lo Stato legislativo di diritto.	355
3. Il progetto autoritario	359

- | | | |
|----|---|-----|
| 4. | Il progetto democratico | 363 |
| 5. | Il punto di arrivo: lo Stato costituzionale | 367 |

*LE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI
DEL NOVECENTO*

5.

LE TRASFORMAZIONI DELLA CITTADINANZA
NELL'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | La costruzione dello Stato costituzionale | 373 |
| 2. | Verso una nuova cittadinanza, su esclusiva base costituzionale? | 377 |
| 3. | Il ruolo della giurisprudenza, in particolare nella definizione della titolarità dei diritti sociali | 383 |

6.

LE DUE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI
DELL'ETÀ REPUBBLICANA

- | | | |
|----|--|-----|
| 1. | Premessa | 387 |
| 2. | Forza di legge e forza della Costituzione | 389 |
| 3. | Il mutamento dell'assetto delle fonti del diritto | 392 |
| 4. | La questione di un ordine giuridico sovranazionale | 399 |

7.

GLI ANNI SETTANTA:
LA TRASFORMAZIONE DEL MODELLO COSTITUZIONALE

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | La critica di Mortati all'attuazione della Costituzione, ferma alla rivalutazione del Parlamento | 405 |
| 2. | La crisi dei partiti, che non riescono ad essere motore di un'effettiva costruzione di uno Stato di « tipo nuovo ». | 410 |
| 3. | Prende corpo un'attuazione di tipo giurisdizionale | 412 |

8.

L'ULTIMO QUARTO DEL NOVECENTO:
LA TRASFORMAZIONE COSTITUZIONALE

- | | | |
|----|---|-----|
| 1. | Premessa | 421 |
| 2. | Il senso della trasformazione | 422 |

- 3. Lo « Stato costituzionale » come esito della trasformazione. 426
- 4. Bilancio della trasformazione: il permanente problema del fondamento della Costituzione 429

9.

IL LEGISLATORE E I GIUDICI DI FRONTE ALLA COSTITUZIONE

- 1. Lo Stato di diritto della tradizione e lo Stato costituzionale del presente 437
- 2. Il « modello » della tradizione: la cultura costituzionale europea tra Otto e Novecento 439
- 3. Le Costituzioni democratiche del Novecento 445
- 4. Conclusioni: il superamento della cultura del « primato » 451

10.

LA CORTE E LA COSTRUZIONE
DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

- 1. Premessa: quale democrazia? 455
- 2. Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale 457
- 3. Le tre finalità fondamentali della Costituzione. 460
 - 3.1. Riconoscere e governare il conflitto sociale: realizzare i principi generali di giustizia 461
 - 3.2. Anteporre la persona allo Stato: riconoscere la dimensione della inviolabilità. 463
 - 3.3. Limitare ed equilibrare i poteri 469
- 4. Il ruolo della Corte nel processo di trasformazione costituzionale: considerazioni conclusive 473

APPENDICE

IL « SENTIMENTO POPOLARE »
PER LA COSTITUZIONE

477

- Riconoscimenti* 483
- Nota per il lettore* 486

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesis del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE
E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat (1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896 (1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi (1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud (1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani (1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro (1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile (1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi (1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari (1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina (1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936) (1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna (1991), 8°, p. VI-259

- 40 Giovanni Cazzetta, *RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)*
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, *IL DOMINIO E LE COSE*
Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 *L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO*
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 *PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio*
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, *IL SOVRANO TUTORE*
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, *TOMÁS Y VALIENTE*
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, *L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO*
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, *LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE*
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 *GIURISTI E LEGISLATORI*
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, *SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE*
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, *ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO*
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, **SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI**
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, **IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"**
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, **CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA**
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, **ANTES LEYES QUE REYES**
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, **DIRITTO D'OLTREMARE**
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, **LA RAGIONE DEL DIRITTO**
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, **GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007**
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisorie fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della
prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494

€ 50,00
024205009

ISBN 978-88-28-80836-7



9 788828 808367