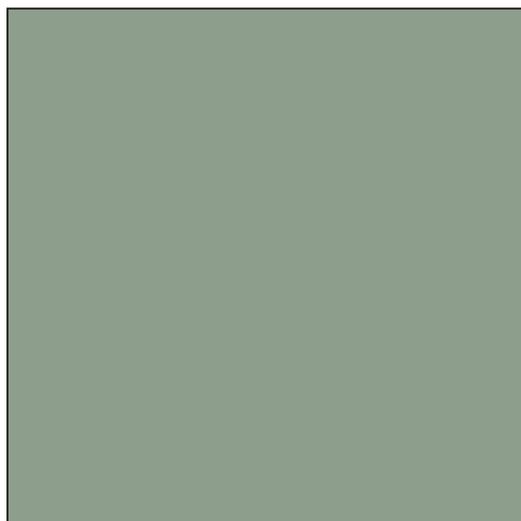


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

139



**LO STATO
COSTITUZIONALE**

RADICI E PROSPETTIVE

FIRENZE, 10 MARZO 2023

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

I volumi della Collana sono sottoposti a referenze anonimo da parte di due esperti selezionati dal Consiglio scientifico del Centro. Responsabile del processo di valutazione è il direttore della Biblioteca.

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

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTANOVESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da GIOVANNI CAZZETTA

I volumi della Collana sono sottoposti a
referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio scientifico del
Centro.

Responsabile del processo di valutazione è
il direttore della Biblioteca.

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

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOTRENTANOVESIMO

LO STATO COSTITUZIONALE

RADICI E PROSPETTIVE

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN MEMORIA
DI MAURIZIO FIORAVANTI
FIRENZE, 10 MARZO 2023

a cura di MASSIMILIANO GREGORIO e BERNARDO SORDI

ISBN 9788828859895

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023
Via Monte Rosa, 91 - 20149 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



Maurizio Fioravanti
(1952-2022)

PREMESSA

Maurizio Fioravanti ci ha lasciati all'improvviso, al termine di una lunga malattia, affrontata con raro coraggio e determinazione, il 19 agosto 2022, pochi giorni dopo aver compiuto il suo settantesimo compleanno e a poche settimane di distanza dalla scomparsa di Paolo Grossi, suo amatissimo maestro.

Ci siamo interrogati a lungo, noi amici del *Centro*, su come reagire a questa duplice, dolorosissima perdita. Se alla fine abbiamo scelto la strada del colloquio scientifico con questi nostri maestri, ciò è dipeso proprio dal bisogno forte di colmare, attraverso un dialogo che neppure la morte è in grado di interrompere, il vuoto, doloroso e profondo, che quelle perdite avevano causato. Il grande concorso di studiosi che sono intervenuti, direttamente o come auditori, alla giornata del 10 marzo 2023, svoltasi nella sede del *Centro*, nella Aula Rossa di Villa Ruspoli, in memoria di Maurizio, ci ha confortato sulla bontà della scelta, a dimostrazione di un lascito intellettuale importante che anche queste pagine intendono testimoniare.

A tutti loro va il nostro affettuoso ringraziamento, che estendiamo alla generosità della Fondazione Cassa di Risparmio di Prato, cui Maurizio aveva dedicato negli anni passioni ed energie, che ci ha supportati finanziariamente nell'organizzazione della giornata di studi.

Si è conservato anche nella edizione degli *Atti* il programma originario che, con al centro il tema de *Lo Stato costituzionale*, sul quale Maurizio ha lasciato riflessioni fondamentali, era così scandito:

Saluti istituzionali

Giovanni TARLI BARBIERI, Diana TOCCAFONDI

Presiede Paolo CAPPELLINI

Massimiliano GREGORIO, Stefano MANNONI, *Un ricordo. Introduzione ai lavori*
Bernardo SORDI, *Stato e costituzione: la prospettiva storica*
Gustavo ZAGREBELSKY, *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*

Lo Stato e le tipologie statuali

Luigi BLANCO, Luca MANNORI, Lorenzo ORNAGHI

Dalla costituzione cetuale alla costituzione liberale

Clara ALVAREZ, Marco FIORAVANTI, Luigi LACCHÉ, Anna Gianna MANCA

Presidente Pietro COSTA

*La costituzione democratica*Armin von BOGDANDY, Giovanni BISOGNI, Gustavo GOZZI, Olivier JOUANJAN,
Sara LAGI, Fulco LANCHESTER*Lo Stato costituzionale e le sue trasformazioni*

Paolo CARETTI, Mario DOGLIANI, Paolo POMBENI, Nello PRETEROSSÌ

Considerazioni di sintesi

Enzo CHELI

Questo volume, alla cui preparazione hanno contribuito, con intelligenza e affettuosa partecipazione, i dottori Paolo Corona, Stefano Malpassi, Lorenzo Pacinotti, Gianluca Russo, è dedicato alla figlia adorata di Maurizio, Giulia, come tanti dei suoi scritti precedenti, a testimonianza ulteriore di un filo che non si interrompe, ma che teso e vibrante continuerà a protendersi nel tempo.

MASSIMILIANO GREGORIO

BERNARDO SORDI

SALUTI ISTITUZIONALI

GIOVANNI TALI BARBIERI

È con grande emozione che porto il saluto della Rettrice, prof.ssa Alessandra Petrucci a questo importantissimo evento che onora l'Ateneo fiorentino, nell'anno che precede il centenario dalla sua fondazione.

Innanzitutto desidero ringraziare gli organizzatori per aver voluto qui nella 'storica' sede di Villa Ruspoli, così legata a Paolo Grossi e alla sua scuola, onorare uno studioso del calibro di Maurizio Fioravanti la cui scomparsa ha lasciato un vuoto difficilmente colmabile, non solo per gli storici del diritto.

Maurizio ci ha lasciato precocemente nello scorso agosto, a poche settimane dalla scomparsa del suo Maestro, Paolo Grossi, dopo essere stato colpito alcuni anni prima da una malattia che ha affrontato con coraggio e con grande dignità. Per inciso, la sua morte si è collocata in un periodo nel quale i giuristi dell'Ateneo fiorentino si sono dovuti confrontare con una lunga catena di lutti e di dolore; lutti e dolore che hanno lasciato attoniti tutti i colleghi ma che, sono sicuro, hanno rafforzato l'unità del Dipartimento di Scienze giuridiche, al quale Maurizio orgogliosamente apparteneva.

Ben altre voci rispetto a quella del sottoscritto faranno emergere il profilo e il valore di uno studioso che ha onorato l'Ateneo fiorentino con la sua ragguardevole produzione scientifica, ampiamente conosciuta e richiamata ben oltre i confini nazionali (e a testimonianza di ciò è la presenza in questo convegno di autorevolissimi studiosi non italiani).

Vorrei allora ricordare il profondo impegno di Fioravanti nelle istituzioni universitarie fiorentine, a dimostrazione, come ha ricordato Paolo Caretti, che attività di ricerca e impegno nell'organizza-

zione e nella gestione dell'Ateneo sono strettamente legate, facendo parte entrambe dei compiti di un professore universitario (1).

Preside della Facoltà di giurisprudenza dal 1993 al 1996, Fioravanti ha coordinato il gruppo di lavoro che ha redatto lo Statuto dell'Ateneo all'indomani dell'entrata in vigore della l. 168/1989, c.d. legge 'Ruberti' (in ciò anticipando il suo collega e amico Bernardo Sordi che avrebbe ricoperto analogo incarico all'indomani della legge 'Gelmini'); successivamente si è occupato della revisione dello stesso Statuto, di numerosi regolamenti attuativi e, come si legge nel suo *curriculum*, «in genere della legislazione universitaria, con particolare riferimento alle problematiche dell'autonomia» degli Atenei. Ha collaborato alla redazione dello schema di decreto ministeriale istitutivo delle Scuole di specializzazione per le professioni legali. Per due mandati è stato Direttore del Dipartimento di teoria e storia del diritto.

Personalmente ricordo Maurizio Fioravanti quale Presidente, a partire dal 2014, della Commissione di indirizzo e autovalutazione del Dipartimento di Scienze giuridiche, organo di grande rilevanza, essendo, in particolare, competente a formulare al Consiglio di Dipartimento le proposte in materia di reclutamento del personale docente e ricercatore. Maurizio assunse la carica allorché ero il Direttore dello stesso Dipartimento e esercitò le sue funzioni con grande saggezza, equilibrio e dedizione.

Sono profondamente grato a lui per il prezioso supporto al mio operato, che non è mai mancato, soprattutto nei momenti più difficili.

Non posso non ricordare con tanta nostalgia i tanti lunedì mattina trascorsi nel suo studio a Novoli a studiare assieme i documenti dell'Ateneo, pieni di indicatori numerici (le famigerate 'tabelle Poggi') che egli riusciva non solo a comprendere ma anche a interpretare al meglio, riuscendo a coglierne anche l'utilità per un equilibrato svolgimento delle politiche di reclutamento. In quei lunghi colloqui, peraltro, non mancavano mai, per così dire, 'divagazioni costituzionalistiche' quando su questioni di attualità, quando

(1) P. CARETTI, *La scomparsa di Maurizio Fioravanti*, in «Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna», 4 (2022), pp. IX ss.

su letture o su temi oggetto dei suoi studi; ‘divagazioni’ dalle quali, è quasi inutile sottolinearlo, ho imparato moltissimo.

Tra i suoi incarichi istituzionali non si può non ricordare quella di Presidente del PIN di Prato, consorzio che Maurizio Fioravanti aveva contribuito a promuovere, un Polo universitario dell’Università di Firenze in quella città.

Maurizio era legatissimo alla sua città; era, potremmo dire, orgogliosamente pratese. In questo senso, amava spesso ricordare come proprio un giovane e coraggioso pretore di Prato, Antonino Caponnetto, avesse sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 113 del T.u.l.p.s. che la Corte risolse nella sua prima sentenza, la 1 del 1956 che è stata definita, non a torto, la ‘*Marbury v. Madison* italiana’ (2). Ricorda Fioravanti:

Alla fine, lo strappo si produsse. Venne dal pretore di Prato, probabilmente perché quella città toscana era più di altre all’avanguardia della lotta sociale e sindacale, come testimoniano le cifre raccolte da una ricerca, che tenta meritoriamente di mettere in rilievo il peso che la città di Prato ha avuto, non solo nella storia sindacale e politica del paese, ma anche nella storia istituzionale e costituzionale (3).

Proprio sulla storia istituzionale e costituzionale Maurizio Fioravanti ha scritto pagine di fondamentale importanza che, secondo l’impostazione del suo maestro, non possono non essere attentamente meditate anche per il loro respiro prospettico: mi limito a ricordare l’ultima pagina di una delle sue ultime opere nella quale è contenuto un monito che dovrebbe essere attentamente meditato anche e soprattutto dai cultori del diritto costituzionale e che costituisce insieme una sorta di ideale testamento culturale:

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 Costituzione democratica, quel tipo di equilibrio, quel tipo di rappresentazione dell’ordine politico e sociale. Può darsi. Ma una cosa è certa.

(2) Vd. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, Carocci, 2017, pp. 96 ss.

(3) FIORAVANTI, *Il cerchio e l’ellisse*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 88.

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 ⁽⁴⁾.

Il ricordo di Maurizio Fioravanti non sarebbe completo se non si ricordassero le sue lezioni, che sapevano unire profondità di contenuti e una non comune chiarezza, favorita da uno stile espositivo spesso accattivante (è sufficiente richiamare qui l'azzeccatissima immagine del cerchio e dell'ellisse, a segnare il passaggio al diritto moderno « come capacità di mediazione tra una pluralità di forze e di soggetti, assai più che come esplicitarsi di una sola volontà sovrana » ⁽⁵⁾). Su questo punto, un collega ha osservato: « Di solito, specie nei professori giuristi, questo dato viene trascurato e si tende a valorizzare solo gli scritti: ma un professore è veramente tale se sa insegnare pubblicamente. Così è stato Maurizio Fioravanti, così come era stato il suo Maestro Paolo Grossi » ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 418 ss.

⁽⁵⁾ FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse*, cit., p. 94.

⁽⁶⁾ T.E. FROSINI, *Maurizio Fioravanti interprete del costituzionalismo*, in « federalismi.it », paper - 25 agosto 2022, p. 3.

DIANA MARTA TOCCAFONDI

È per me un grande onore essere qui per portarvi il saluto della Fondazione Cassa di Risparmio di Prato, di cui Maurizio Fioravanti è stato Vice presidente dal 2013 al 2018 e membro del Consiglio di Indirizzo dal 2013 al 2022. Ricordo inoltre che dal 2000 al 2017 ha ricoperto l'incarico di presidente del Pin, il consorzio che gestisce le attività dell'Università di Firenze a Prato, ente di cui la Fondazione è socio.

Ma il mio non vuole essere solo un 'saluto istituzionale', soprattutto se si consideri l'aggettivo 'istituzionale' nell'ormai prevalente accezione formalistica, mentre, come ben sappiamo, l'*istituzione* non è solo un'ingessata manifestazione della vita sociale ma un portato imperfetto del bisogno umano di partecipazione e mediazione. Consentitemi, per lo strano incrocio tra quella che è oggi la mia funzione di rappresentanza e la mia storia professionale passata tra le carte d'archivio — storia durante la quale ho avuto modo di incontrare molti di voi, traendone sempre un grande arricchimento — di fare alcune considerazioni 'extravaganti'.

Comincio con un ricordo: il 14 maggio 2019, in occasione dell'uscita dei primi tre volumi dell'*Edizione nazionale delle Opere di Giorgio La Pira* ⁽¹⁾, Paolo Grossi accolse l'invito della Commissione ministeriale per l'edizione nazionale — che ho l'onore di presiedere dal 2017 — a tenere una *lectio magistralis* nell'Aula magna di questa Università. Fu per me l'occasione, oltre che di ascoltarlo con grande piacere, di dirgli quanto dovessi a lui, al suo magistero, alla sua

(1) I primi tre volumi dell'*Edizione Nazionale delle Opere di Giorgio La Pira* presentati in quell'occasione erano: *Scritti giovanili*, vol. I, a cura di Piero Antonio Carnemolla; *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano*, vol. II, a cura di Patrizia Giunti; *Principi contro i totalitarismi e rifondazione costituzionale*, vol. III, a cura di Ugo De Siervo, Firenze, Firenze University Press, 2019.

scuola, ai suoi allievi. Pochi giorni dopo mi vidi recapitare il suo *L'Europa del diritto* ⁽²⁾, con una dedica che tengo tra le mie cose più care.

Lo raccontai a Maurizio (eravamo allora insieme nel Consiglio di Indirizzo della Fondazione Cassa di Risparmio di Prato) e ne seguì uno scambio di opinioni in cui i grandi temi della storia costituzionale si mescolavano — senza quasi che ci fosse distinzione — con le vicissitudini della Fondazione, allora in cerca di un nuovo equilibrio statutario che ne garantisse il ruolo, in termini di autonomia e rappresentatività.

Qualche giorno fa mi è tornato in mente quel colloquio e quella particolarissima commistione di registri e, riaprendo il libro di Grossi laddove parla delle *esperienze giuridiche*, intese come i « diversi modi di percepire, concepire, vivere il diritto », ho ritrovato il passo in cui egli sottolinea « una elementare ma spesso trascurata verità: che il diritto è scritto sulla pelle degli uomini, è dimensione della vita quotidiana, è scritto nella concretezza dei fatti della vita prima che in leggi, trattati internazionali, in opere scientifiche » ⁽³⁾.

Nell'impegno profuso da Maurizio Fioravanti all'interno degli organi di governo della Fondazione pratese, e in particolare nello sforzo di definizione delle sue regole e nella combattuta riforma statutaria, credo che egli abbia letto proprio il farsi concreto di una particolare *esperienza giuridica*, di cui la Fondazione era insieme laboratorio e osservatorio.

Il suo sguardo duplice e prospettico — di protagonista attivo da un lato e di osservatore sapiente di un microcosmo esperienziale dall'altro — gli consentiva di uscire dalle ristrettezze di una visione localistica e collocare la vicenda nell'interessante evoluzione che le Fondazioni di origine bancarie hanno avuto dalla Legge Amato del 1990 in poi. Un'evoluzione caratterizzata prima da una oscillazione fra funzione pubblica e autonomia privata e quindi da una chiara definizione della natura privatistica, sostenuta dalla pronuncia del Consiglio di Stato e poi della Corte Costituzionale, che nel 2003 scioglie definitivamente la questione aprendo ad un ruolo non più di supporto-supplenza ma di sussidiarietà orizzontale nei confronti

⁽²⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁽³⁾ Ivi, p. 8.

delle istituzioni pubbliche, in sintonia con l'art. 118 della Costituzione, fino ad arrivare in anni recenti a darsi strumenti originali di autogoverno come la *Carta delle Fondazioni* nel 2012 e il *Protocollo ACRI-MEF* nel 2015, e ad elaborare esperienze concrete misurate sulle realtà territoriali.

Se osserviamo bene, in questo percorso possiamo riconoscere una sorta di rappresentazione sintetica dell'evoluzione della cultura politica, amministrativa e anche sociale del nostro Paese. Proprio nella diversa torsione del rapporto pubblico/privato come si manifesta nella relazione tra Fondazioni di origine bancaria e realtà locali (istituzionali, associative, imprenditoriali, del terzo settore, ecc.) possiamo intravedere qualcosa di più di un'evoluzione normativa, qualcosa che assomiglia ad un vero e proprio cambiamento di paradigma, di cultura, di mentalità.

Sia ben chiaro: è un processo che ha conosciuto e conosce ancora difficoltà, incertezze, criticità. Basti pensare alle oscillazioni nell'equilibrio delle rappresentanze, alle tentazioni di chiusura autoreferenziale o, di converso, alle condiscendenze a logiche lesive dell'autonomia.

Con Maurizio ci chiedevamo spesso come rappresentare nel nuovo Statuto della Fondazione l'assetto sociale della comunità pratese nella sua complessità, come dare efficacia alle norme, come evitare di rimanere ostaggi di logiche spartitorie del potere o di una visione della società attardata su schemi ormai sclerotizzati. In una parola: come far sì che alle regole corrispondesse una dimensione fattuale vicina alla realtà e commisurata ai suoi bisogni.

Ricordo bene soprattutto la mattina in cui lo incontrai sul treno da Prato per Firenze: era il giorno in cui sarebbe stato nominato professore Emerito. Era felice e sorridente. Tornammo a parlare della Fondazione e mi raccontò come, negli anni dedicati a questo percorso di produzione di sfere di autonomia e, in certa misura, di nuove forme di diritto, fosse rimasto colpito dall'incontro con alcune persone, non di scienza o di particolare cultura ma dotate di vivace spirito pragmatico, oltre che di coraggio e visione, e ammirato della loro capacità di agire sulla realtà, modificandola. Mi commosse questa sua postura così aperta e così poco supponente, propria di chi riesce a guardare la realtà vedendovi la germinazione di semi di futuro, senza farsi intimorire dalla labilità incerta delle forme.

Vorrei concludere ancora con le parole di Grossi, quelle che chiudono il suo *L'Europa del diritto*:

Che il lettore non si lasci prendere dallo sgomento se il terreno è labile sotto i suoi piedi. Si sta, infatti, scavando per far posto ai basamenti di un nuovo edificio giuridico in coerenza con quanto è richiesto dalla nuova maturità dei tempi in lenta formazione ⁽⁴⁾.

Maurizio Fioravanti non era tipo da lasciarsi prendere dallo sgomento. Tutta la sua esperienza nelle istituzioni pratesi sta lì a testimoniare, nei fatti, la sua capacità di guardare sorridendo alla « nuova maturità dei tempi in lenta formazione ».

⁽⁴⁾ Ivi, p. 257.

INTRODUZIONE AI LAVORI

PIETRO COSTA

Lo 'Stato costituzionale' è il tema che i curatori del nostro incontro hanno individuato come il filo conduttore della riflessione che tanti amici e colleghi, italiani e stranieri, dedicheranno al lavoro storiografico di Maurizio Fioravanti. La scelta di questo tema mi sembra quanto mai felice: lo 'Stato costituzionale' (nella sua lontana genesi e nelle sue attuali configurazioni) può essere infatti considerato il centro di gravitazione di una ricerca che ha seguito e intrecciato i tanti momenti di un processo che dalla società cetuale arriva fino al nostro presente trovando nella dimensione (in senso ampio) 'costituzionale' la sua più significativa qualificazione.

I contributi di tanti studiosi coinvolti nell'iniziativa promossa dal Centro di Studi Paolo Grossi e dal Dipartimento fiorentino di Scienze giuridiche si presentano, al contempo, come una toccante testimonianza di amicizia e come un impegnativo esercizio di ricognizione storico-critica degli scritti del nostro Amico scomparso. È solo la memoria sempre rinnovata dell'importanza del suo lavoro di studioso che può in qualche misura compensare il dolore sempre vivo della sua perdita.

MASSIMILIANO GREGORIO
UN RICORDO DI MAURIZIO FIORAVANTI
PER INTRODURRE I LAVORI

L'onore di aprire questa raccolta ricade sul sottoscritto non per meriti personali, ma unicamente in virtù di una straordinaria fortuna che ho avuto nella vita: quella di essere allievo di Maurizio Fioravanti. Con lui ho condiviso non solo il mio intero percorso accademico, ma soprattutto gli ultimi venti anni dei nostri rispettivi percorsi di vita. È per questo che ricordarne la figura è un adempimento che mi risulta tuttora doloroso: perché mi obbliga a fare i conti con un senso di orfanità, che non è solo scientifico. Occorre tuttavia che lo metta da parte, per molte buone ragioni. Anzitutto perché a Maurizio le lamentazioni, pubbliche o private che fossero, non sono mai piaciute. Ciò era coerente con un'apparenza altera — persino burbero lo trovavano alcuni — che amava vezzosamente coltivare. Un vezzo, appunto; perché dietro a quell'apparenza Maurizio nascondeva invece una personalità esuberante e straordinariamente divertente, rivelata dal suo ironico e azzurrissimo sguardo sul mondo e dai suoi sorrisi sornioni. Ricordarlo con malinconia, dunque, non renderebbe merito alle sue qualità umane e neppure alla sua statura scientifica. Si può infatti rimpiangere un'assenza, ma i molti interventi contenuti in queste pagine restituiscono del pensiero di Maurizio Fioravanti la persistente e duratura presenza.

Quando si è trattato di organizzare questo ricordo, abbiamo naturalmente cercato di evitare che si trasformasse in una ripetitiva apologia del lavoro di Maurizio; ai redattori abbiamo dunque chiesto non di riflettere sul suo pensiero, ma di produrre una corale riflessione sui suoi temi di ricerca. Tuttavia da questa opera collettiva emergono, e con grande evidenza, almeno un paio di caratteristiche tipiche del suo modo di fare scienza.

La prima ha a che fare con l'organicità della sua ricostruzione.

Maurizio amava spesso ripetere che chi fa il nostro lavoro è sovente autore di un unico libro. Ma evidentemente questo non valeva per lui, perché la sua produzione lo smentiva clamorosamente. E non tanto per il cospicuo numero delle sue pubblicazioni, quanto piuttosto per la loro marcata sistematicità. Se osservata in campo lungo, la produzione fioravantiana appare come un insieme di tessere che, collimando, finiscono per formare infatti un disegno ben definito. Nella Prefazione all'ultima sua monografia pubblicata nella collana della Biblioteca del Centro di Studi fiorentino, mi riferisco a *La Costituzione democratica* ⁽¹⁾, è lui stesso a tirare le fila del proprio itinerario intellettuale, che muove, nel decennio che va dalla fine degli anni Settanta ⁽²⁾ alla fine degli anni Ottanta ⁽³⁾, dalle indagini sul concetto — il *Begriff*, avrebbe scritto Maurizio — di 'Stato moderno'. Il decennio successivo inaugura invece una seconda e « successiva fase della [...] ricerca » ⁽⁴⁾, che ruota attorno ai principali contributi e ai percorsi dottrinali in area italo-tedesca e che trovò una compiuta sistematizzazione nei due volumi del 2001 ⁽⁵⁾. Da questo secondo tempo, avverte Fioravanti, scaturì però immediatamente un terzo impegno di ricerca, quello che chiamava cioè a ricostruire una « *storia del costituzionalismo in Europa* » ⁽⁶⁾, sulla base dell'idea che tutta la cultura giuridica continentale avesse condiviso (e continui, almeno in parte, a farlo) un terzo tipo storico di costituzione (dopo quello rivoluzionario di fine Settecento e quello liberale ottocentesco): la 'Costituzione democratica del Novecento'. La linearità del percorso, che culmina nella seconda parte del XX secolo proprio con il concetto di 'Stato costituzionale', è evidente; così come la sua sistematicità, plasticamente scandita dalle immancabili tripartizioni che rappresentavano, per Maurizio, una divertente ossessione che offriva il destro ad immancabili esercizi di

(1) FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

(2) Il riferimento è alla prima monografia dell'autore: FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

(3) Ci si riferisce alla redazione della voce *Stato (storia)* per l'*Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, pp. 708 ss.

(4) FIORAVANTI, *Parole introduttive*, in Id., *La Costituzione democratica*, cit., p. VII.

(5) FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2001.

(6) Ivi, p. VIII. In corsivo nel testo.

autoironia (« se un oggetto di ricerca non è divisibile per tre », ripeteva sempre, « vuol dire che è sbagliato l'oggetto di ricerca »). È, dunque, seguendo le sue stesse indicazioni che abbiamo potuto articolare agevolmente la struttura del presente volume, pur contravvenendo (e per ciò confido nel suo perdono) all'obbligo tripartitorio.

Ma se la struttura del volume consente di apprezzare la sistematica evoluzione della riflessione di Maurizio, la platea di contributori intervenuti a collaborarvi dice molto sul suo metodo di ricerca. S'impone tuttavia una premessa: il numero dei partecipanti avrebbe potuto essere decisamente più consistente e nella cernita, imposta da ovvi vincoli di spazio, abbiamo senza dubbio esercitato una buona dose di arbitrio, facendo inevitabilmente torto a qualcuno, forse a molti. Il criterio che ci ha guidato nella scelta è stato quello di restituire, almeno parzialmente, una panoramica dei dialoghi scientifici che Maurizio ha saputo intessere nella sua ultraquarantennale carriera. Per dare testimonianza della ricca varietà di rapporti umani e culturali che egli ha saputo coltivare, certamente; ma anche e soprattutto per ripercorrerne il sentiero metodologico, caratterizzato da un dialogo continuo con amici e colleghi di diversa provenienza, non solo geografica (il che non stupisce, stante la caratura internazionale del pensiero di Maurizio), ma soprattutto disciplinare. I primi ad essere coinvolti in questo dialogo sono stati ovviamente gli storici del diritto e i costituzionalisti. Ma confesso che tenere i due ambiti disciplinari separati, per quanto formalmente corretto, suona — parlando di Maurizio — quanto meno fuori luogo. Che egli fosse uno storico del diritto è indubbio; ma non per questo si sentiva meno costituzionalista. Ricordo di aver notato che, quando è mancato, la maggior parte delle testate, nell'annunciare la notizia della sua scomparsa, proprio così lo definivano: Maurizio Fioravanti, costituzionalista. Non gli sarebbe affatto dispiaciuto. Il tema era, del resto, oggetto di costanti battute con i colleghi fiorentini di diritto positivo. Ad uno di essi, le cui lezioni seguivano immediatamente quelle di Maurizio, nel salutarsi alternandosi sulla cattedra, era solito ripetere sorridendo che, avendo lui terminata la lezione di diritto costituzionale generale, l'altro poteva dedicarsi con profitto alla parte speciale della materia. L'ironia, come è noto, funziona solo se riposa su un fondo di verità. E la verità è che

Maurizio aveva preso molto sul serio quel fondamentale mutamento di prospettiva (esprimibile col passaggio dall'originario 'dialogo coi giuristi' ad un più costruttivo 'dialogo tra giuristi'), che Paolo Grossi aveva indicato ai propri allievi come obiettivo prioritario, per restituire alla storiografia giuridica una più piena cittadinanza scientifica. Anzi, quel mutamento Maurizio ha saputo probabilmente incarnarlo. E forse la sintesi definitiva del suo approccio scientifico la fornì lui stesso quando, in occasione dell'ultimo corso tenuto assieme, discutendo dell'ipotetica intitolazione di quest'ultimo (ipotetica perché mutare i nomi dei corsi è come noto impresa burocraticamente improba), notava soddisfatto come fossimo riusciti a progettare un vero e proprio corso di « teoria e storia della costituzione ». Perché è ormai evidente che non si può cogliere appieno il senso della dimensione giuridica, se non la si colloca nella fucina della storia che ha contribuito a forgiarla. Ma, al tempo stesso, è non meno fruttuoso saper leggere la storia con le categorie del diritto. Credo sia per questo che il dialogo con Maurizio è stato sempre costantemente cercato ed apprezzato anche da molti storici (della politica e del pensiero politico), politologi, filosofi (del diritto e della politica). E a sua volta, tale costante confronto con tante discipline 'sorelle' ha senza dubbio contribuito a conferire alla riflessione di Fioravanti la profondità che ben conosciamo.

Se oggi Maurizio potesse leggere queste brevi riflessioni, credo che in fondo le troverebbe banali. Direbbe probabilmente che la storia costituzionale è fatta così: è un territorio di confine frequentato da genti di diversa cultura e provenienza, che vi compiono scorribande, lasciando traccia del proprio passaggio; è un *bazar* nel quale si fanno gli incontri più disparati (detto per inciso, questa mi pare la metafora più appropriata per descrivere l'approccio di Maurizio, pratese nel profondo; e Prato, diceva sempre, è città di mercanti). È quindi un luogo molto affascinante, ma nel quale è facile perdersi se non si dispone di una bussola efficiente, come quella rappresentata dalle categorie del diritto. Avrebbe naturalmente ragione, ma a patto di rendere esplicito un presupposto fondamentale. Io credo che per noi oggi la storia costituzionale sia tutto questo perché Maurizio, per oltre quarant'anni, così ce l'ha insegnata. E questa semplice considerazione lenisce parzialmente il dolore del distacco. Perché se quanto ho appena sostenuto non è

distante dal vero, ciò significa che continuando a studiare questa nostra materia, saremo inevitabilmente destinati a dialogare con Maurizio per molto, molto tempo ancora.

STEFANO MANNONI
UN RICORDO

Se oggi contribuisco con una testimonianza a questo omaggio in memoria di Maurizio Fioravanti è perché ho avuto l'onore di servire come suo assistente dal 1990 al 1998.

Per quanto possa sembrare poco elegante esordirò con un ricordo biografico. Nel 1990 mi trovavo in Francia e facevo la sponda con Firenze appunto per assistere Maurizio nella gestione di un flusso omerico di esami. Ebbene a Parigi era trascorso appena un anno da quando era stato celebrato il bicentenario della Rivoluzione Francese e si avvertivano potenti gli effetti e la risonanza di quell'evento. Tra questi merita rammentare il risveglio di studi sulla storia costituzionale della Rivoluzione che molto si doveva a François Furet e alla sua scuola, nonché a una nutrita pattuglia di costituzionalisti tra cui mi limito a citare Stéphane Rials e Michel Troper. La storiografia marxista che per decenni aveva messo in sordina l'epopea costituzionale del 1789 era stata battuta in breccia e finalmente si tornava a sentire echeggiare i nomi di Barnave, Mirabeau e Sieyès.

Si avvertiva però un limite in questa rinascita di studi. Era franco-francese fino al midollo. La tesi di fondo — la quale risaliva nientemeno che a Condorcet ⁽¹⁾ — era quella dell'incommensurabilità della vicenda francese sovrastata dalle due gigantesche ipoteche della sovranità e della *volonté générale*. E la Rivoluzione americana? Valeva la tesi della sua eccezionalità e, come tale, essa veniva relegata ai margini dell'analisi. Potrete allora immaginare il mio giubilo quando, proprio nel 1990, iniziando il mio sodalizio con Maurizio vengo a scoprire — una vera epifania — che, orbene no, le

⁽¹⁾ Si veda J. ISRAEL, *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre*, trad. it., Torino, Einaudi, 2015, p. 390.

costituzioni sono comparabili: eccome! La costituzione del 1776 della Pennsylvania appartiene insieme a quella giacobina del 1793 alla categoria delle costituzioni democratico-radicali che innervano di sé lo sviluppo del pensiero giuridico occidentale. Proprio questo del resto è il focus di Maurizio. Forte di una preparazione unica sull'area tedesca, inglese, americana, francese e italiana si impegna nella elaborazione di modelli, tassonomie, regolarità che sprigionano tanto dal testo, analizzato con la lente di ingrandimento, che dal contesto, ricostruito con pazienza e con particolare attenzione alla dottrina giuridico-politica. L'obiettivo? La definizione dei percorsi e degli itinerari di quello *ius publicum europaeum* che proprio il Prof. Armin Von Bogdandy, non a caso presente oggi tra di noi, lanciava come provocatorio progetto di ricerca oltralpe in quegli anni ⁽²⁾. Eppure tutto questo imponente edificio veniva impostato sulla base di ben pochi precedenti. Sì, è proprio esatto affermare che Maurizio Fioravanti ha inventato, *from scratch*, come direbbero gli americani, la storia delle costituzioni moderne, destinata ad affermarsi con vigore in Italia e altrove, a testimonianza del fatto che soddisfaceva un bisogno intellettuale fino ad allora disatteso.

Certo quando si apre una nuova strada non ci si può attendere solo plausi e mi vedo qui costretto, a beneficio della storia, a tenere fede alla mia reputazione di *mauvais garçon* dissotterrando un'ascia di guerra a suo tempo prudentemente tumulata nientemeno che da Paolo Grossi in persona, il quale mostrava in questo un presciente intuito diplomatico degno del cardinale Ercole Consalvi.

A cosa alludo?

Ecco che arriva nel 1990 il siluro lanciato nientemeno che da Sabino Cassese e destinato proprio al bersaglio Fioravanti ⁽³⁾. Le censure? Troppo idealismo, troppa teleologia, troppa selettività nella scelta degli autori e niente perlustrazione di archivi.

Orbene se qualcosa si ricava da questa *tirade* è piuttosto l'incomprensione del suo Autore per la *Begriffsgeschichte* nonché una

(2) Si veda al riguardo la suggestiva ricostruzione del dibattito tedesco in J.E. KHUSHAL MURKENS, *From Empire to Union. Conceptions of German Constitutional Law since 1871*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 112-116 e 120-125.

(3) S. CASSESE, *Che la storiografia della cultura giuridica si conceda un benefico letargo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1990, 4, pp. 1159-1165.

buona dose di feticismo per l'archivio, visto come *le sacre de l'historien*. Se si vuole verificare come la metodologia di Fioravanti non solo fosse corretta, ma fosse vocata ad ampia condivisione, anche da contrade che nessun rapporto avevano con la scuola fiorentina di Paolo Grossi, basti solo vedere Martti Koskenniemi, con la sua fortunatissima storia del diritto internazionale pubblicata nel 2002 e tradotta anche in Italia ⁽⁴⁾. Ebbene l'Autore finlandese ricostruisce una filiera di pensiero attraverso una individuazione di figure emblematiche della dogmatica: secondo una bussola precisa, alla luce di una precisa selettività, e con una forte considerazione per la dimensione teorica di quella disciplina. Non è detto certo che questo approccio debba necessariamente piacere o convincere appieno, ma non vi è dubbio che, almeno alla fine del secolo scorso, esso godeva di grande rispetto e considerazione. Quanto all'archivio, esso è necessario in funzione dell'oggetto storico che si vuole definire e non è certo un passaggio obbligato per chi nutra interessi prevalenti sulla dimensione intellettuale del diritto. Ogni narrazione ha le sue fonti e nessuna può rivendicare un primato sulle altre. L'ottima accoglienza che i numerosi saggi di Maurizio hanno ricevuto dal pubblico domestico e internazionale rappresenta quindi un'attestazione necessaria e sufficiente della validità del suo approccio e fa giustizia di critiche ingenerose.

Tanto, e fin troppo brevemente, per il Fioravanti ricercatore.

Ma vi è tutta una storia da scrivere su Maurizio docente. Occhi di un azzurro chiaro penetranti, il tono della voce profondo, una spietata gerarchizzazione degli argomenti presentati agli studenti erano un viatico sicuro per il successo, che ha arriso a Maurizio per decenni. Generazioni di giuristi fiorentini hanno goduto della possibilità di abbeverarsi a una storia delle costituzioni occidentale che nulla aveva a che spartire, per profondità e incisività, con i freddi e asettici compendi di diritto costituzionale comparato, ahimè in circolazione ancora oggi. Quante migliaia di esami ho condiviso con Maurizio! Lui era una roccia, con ben altra resistenza fisica della mia. Certo era severo ed esigente, a volte brusco, ma lo posso dire

⁽⁴⁾ M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale, 1870-1960*, a cura di G. Gozzi, L. Grandoni, P. Turrini, Bari, Laterza, 2012.

per averlo visto con i miei occhi, sempre giusto nel voto. Anche i non frequentanti, generalmente trattati agli esami di diritto come paria, ricevevano una degna considerazione. Infatti proprio in quegli anni Fioravanti sostituiva l'esauito Nicola Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, con il ben più impegnativo, ma molto suggestivo, *Diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky. Era una notevole sfida per gli studenti, ma che concorreva pienamente alla loro formazione culturale. L'ovvio riconoscimento di un dipartimento a cui così tanto egli aveva dato era l'alloro di emerito, conferitogli a furor di popolo. Come bene ha detto il prorettore Tarli Barbieri non sono davvero pochi gli studenti che molto gli devono per la sua straordinaria didattica.

Quanto a riconoscimenti, mi duole però aggiungere una nota di rammarico. Mai gli giunse l'invito ad aderire all'Associazione dei costituzionalisti, un gesto che Maurizio avrebbe considerato l'ovvio tributo a una carriera spesa al servizio del diritto pubblico e la cui assenza gli dispiacque molto.

Miopia e insipienza culturali da una parte, dall'altra un ottuso corporativismo disciplinare, peraltro molto diffuso in Italia, spiegano con ogni probabilità come si sia persa un'opportunità di consacrare con un applauso corale — cui Maurizio avrebbe tenuto molto come sa bene tutta la sua cerchia — trenta anni di dialogo scientifico.

Concludo manifestando una nota di apprensione. Il ricambio generazionale tra gli studiosi ha comportato un secco calo di interesse per la storia del diritto pubblico. Questo è imputabile da un lato all'affacciarsi di materie con molto *appeal*, come diritto e tecnologia, dall'altra all'onda lunga epistemologica di quella fine della storia, nella narrazione neoliberale, precocemente annunciata provocatoriamente da Francis Fukuyama proprio agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso.

Ebbene è un errore cui occorre rimediare. Proprio in un momento di forte crisi delle categorie tradizionali è necessario tornare ai fondamentali, molti dei quali sono racchiusi tra le pieghe di una storia di cui siamo figli, molto spesso poco degni, a tutti gli effetti.

Rivolgo pertanto l'invito a tutti i ricercatori che si affacciano oggi alla scienza giuridica a utilizzare i lavori di Maurizio come una preziosa Lampada di Aladino.

Vedrete che strofinandola ne sprigionerà il Genio.

BERNARDO SORDI
STATO E COSTITUZIONE:
LA PROSPETTIVA STORICA (*)

1. Lo Stato costituzionale. — 2. Uno sguardo di lunga durata. — 3. Una sequenza tipologica per un'adeguata comprensione, della storia e del presente.

Ringrazio gli amici che hanno così ben introdotto questi nostri lavori, nel ricordo intenso e affettuoso di Maurizio Fioravanti e del suo magistero.

Ci eravamo ripromessi di riprendere il filo delle riflessioni e dei pensieri, intavolando un dialogo serrato con le tante pagine che Maurizio ci ha lasciato.

E, anche se non è facile farlo, specialmente di fronte a Giulia, cui molti di quei lavori sono stati dedicati, è quello che dobbiamo fare, a partire da queste mie brevi considerazioni.

Come avete visto dal programma, abbiamo cercato di costruire l'intelaiatura di questa giornata intorno ad alcune idee guida che hanno caratterizzato la lunga e intensa stagione scientifica di Maurizio.

Abbiamo scelto, tra i tanti possibili temi, di concentrarci sullo Stato costituzionale e sulla stagione della costituzione democratica, perché su questi snodi si erano indirizzati, negli ultimi venti anni, gli studi di Maurizio. E, perché, sulle radici e sulle prospettive dell'uno e dell'altra era più facile ricostruire il dialogo trasversale tra giuristi, storici, filosofi, politologi, che caratterizzava i suoi studi e le sue stesse relazioni scientifiche e che abbiamo cercato di riprodurre nella

(*) Mi limito a riprendere le considerazioni svolte in apertura della nostra giornata di studi, aggiungendo solo alcuni essenziali riferimenti bibliografici.

ricca varietà dei tanti amici che hanno generosamente accettato di partecipare a questo nostro incontro e che affettuosamente ringrazio.

1. *Lo Stato costituzionale.*

Cos'era intanto per Maurizio lo Stato costituzionale, a sua volta intimamente pervaso dalla costituzione democratica? Una precisa forma storica della statualità, impostasi con il secondo dopoguerra e il crollo dei totalitarismi. A sua volta caratterizzata da una precisa conformazione delle istituzioni politiche (sovranità popolare, divisione dei poteri, istituzioni di garanzia, limiti ai poteri della maggioranza, giudizio di costituzionalità delle leggi...): una conformazione pensata in stretta coerenza con la tutela dei diritti fondamentali e dei valori della dignità, proiettata verso una società aperta e un chiaro pluralismo costituzionale. Un modello su cui il secondo dopoguerra, in gran parte d'Europa, scommetteva per la rinascita, dopo il disastro epocale del conflitto; un modello che conquistata, sia pur faticosamente, una sua effettività nella seconda metà del Novecento, risulta oggi (lo vedremo subito con la relazione di Gustavo Zagrebelsky e poi nel pomeriggio) non poco minacciato dalle involuzioni delle *defective and troubled democracies* del nostro presente e dalla globalizzazione dei poteri, dei problemi, delle sfide.

La silhouette che Maurizio tracciava aveva caratterizzazioni precise, pensate in preciso contrappunto con i modelli ottocenteschi dello Stato di diritto: là il costituzionalismo statualistico; la costituzione che non riesce a raggiungere direttamente i cittadini ed esaurisce la propria normatività tra i poteri e gli organi dello Stato; qua una proiezione sinora sconosciuta verso l'esperienza quotidiana delle persone ⁽¹⁾; l'esplosione delle norme costituzionali di principio; i nuovi rapporti tra legislazione, giurisdizione e costituzione, ben oltre i limiti tradizionali del positivismo giuridico; l'espansione del principio di uguaglianza a lambire e conformare la specifica individualità soggettiva di ciascuno e non degli astratti individui settecenteschi; infine, la sovranazionalità...

(1) Secondo una proiezione fortemente sottolineata anche da P. GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'. Tre lezioni Suor-Orsoliane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pp. 42 ss.

Lo Stato costituzionale assumeva così una sua precisa identità storica e contenutistica, niente affatto scontata, sol che si pensi che ancora per il Carl Schmitt della *Verfassungslehre*, riprendendo sul punto una classificazione risalente sino a Otto Mayer ⁽²⁾, Stato di diritto e Stato costituzionale erano semplicemente sinonimi ⁽³⁾; si identificavano, esprimendo i traguardi ottocenteschi della giuridificazione degli assetti di potere ereditati dallo Stato di polizia.

Qui, invece, il nesso stringente — tutto novecentesco — tra Stato costituzionale e costituzione democratica scavava un solco profondo rispetto alle eredità, pur significative, del XIX secolo e ne delimitava, in modo assai più netto, la periodizzazione.

Lo Stato costituzionale aveva dunque ben poco di ottocentesco. Era, al contrario, intimamente pervaso dalla costituzione democratica e dalle forme, tutte novecentesche, della democrazia politica e dei diritti fondamentali.

L'insegnamento di Peter Häberle ⁽⁴⁾, anche in Maurizio, aveva dunque lasciato il segno. Così come lo lasciava, negli stessi anni, in alcune dense pagine di Gustavo Zagrebelsky ⁽⁵⁾ e di Enzo Cheli ⁽⁶⁾, cui non per caso abbiamo rispettivamente affidato l'introduzione e la conclusione dei nostri lavori.

(2) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, vol. I, pp. 53 ss.

(3) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it. a cura di Antonio Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 171 ss. Uno Schmitt già proteso verso lo Stato totale, cui il concetto di *Rechtsstaat* appariva ormai, all'inizio degli anni Trenta, "un concetto giuridico obsoleto archiviato come qualcosa del passato" (L. LACCHE, *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 131).

(4) P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale. Principi generali. Sviluppo storico. La costituzione dello Stato costituzionale. Prospettive future*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2000; Id., *L'Etat constitutionnel*, édité par Costance Grewe, Paris, Economica, 2004.

(5) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 3-56, specialmente il capitolo secondo, il cui titolo — *Dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale* — già tracciava per intero il percorso cui accenniamo nel testo.

(6) E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006: pagine da cui abbiamo ripreso il titolo del nostro Convegno.

2. *Uno sguardo di lunga durata.*

Un profilo ulteriore e particolare contraddistingueva però l'ap-proccio di Maurizio.

Da cultore e conoscitore profondo della storia delle dottrine costituzionali, avvezzo allo sguardo di lunga durata, per Maurizio lo Stato costituzionale era solo una tappa di un più ampio percorso storico, che doveva essere indagato attraverso una lettura di lungo periodo e solo dopo questa indagine sull'intera campitura dello spazio e del tempo, lungo cui si era svolto il sentiero istituzionale dell'Occidente, diveniva presupposto indefettibile per la stessa indagine del presente.

Un percorso che poteva essere sì scandito, secondo una precisa continuità problematica, nel lungo filo rosso del contemperamento tra *voluntas* e *ratio* e, per noi giuristi, tra potere e diritto; ma all'atto pratico, frammentato e disperso nelle mille, distinte, soluzioni istituzionali che avevano contraddistinto le diverse epoche storiche e i diversi contesti geografici, nei modi, volta a volta, peculiari, secondo cui si erano definiti i compiti e l'organizzazione del potere politico e delle relative istituzioni.

Stato costituzionale e costituzione democratica erano quindi entrambi, prima di tutto, « autonomi tipi storici » (7), che dovevano trovare una propria precisa collocazione nella lunga vicenda dei rapporti tra diritto e potere.

E sulla tipizzazione, insieme di Stato e costituzione, Maurizio — che, non dimentichiamolo, era un grande didatta e alla didattica prestava grande attenzione — aveva profuso sforzi importanti, con risultati a mio avviso particolarmente significativi.

Vediamone alcuni.

Intanto, la sua tipizzazione — la ripercorreremo rapidamente tra un attimo, nella sequenza da lui proposta delle tipologie statuali e delle forme storiche di costituzione — non era mai assorbente ed esclusiva.

(7) FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo "tipo" storico*, ora in Id., *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 179 ss.

Alla tipizzazione si arrivava con l'obiettivo di una più stringente contestualizzazione storica, in funzione per dir così di periodizzazione. Si arrivava per scandire, non per soffocare, le individualità. Per dar corpo e sostanza, in ultima analisi, alla storia costituzionale, scongiurando l'immagine appiattita di un *constitutionalism, ancient and modern*, alla ricerca, eternamente identica, di un equilibrio tra *iurisdictio* e *gubernaculum*.

I tipi rendevano più pervio il racconto e, soprattutto, dovevano segnarne le tappe. Erano *Entwicklungstypen* più che *Daseinstypen*, secondo la classificazione di Georg Jellinek ⁽⁸⁾; pensati per cogliere lo sviluppo e i processi di trasformazione più che l'essenza della forma Stato. Avevano il preciso obiettivo di rendere più articolata la comprensione dei complessi itinerari che si erano snodati tra antico regime, Ottocento e, appunto, il Novecento, terra di specifica elezione dello Stato costituzionale e della costituzione democratica.

Rimanendo ben ferma la consapevolezza che, all'interno dei tipi, per una compiuta restituzione del pluralismo costituzionale, dovessero riesplodere le individualità dei tempi, dei contesti e degli itinerari, in parallelo alla mappatura dei prestiti, delle interconnessioni, delle circolazioni.

In modo così da rappresentare, in primis allo studente, il tronco e i rami del grande albero della storia costituzionale: il tronco, nella successione dei tipi; i rami, a ripercorrere, all'interno di ciascun tipo, l'individualità dei singoli percorsi. E basta riandare al suo fortunato corso di lezioni sulle libertà fondamentali, per trovarne una rappresentazione particolarmente felice, nelle convergenze e nelle specificità irriproducibili del modello storicistico inglese; del modello individualistico, diversamente declinato nelle due grandi rivoluzioni settecentesche; del modello statualistico dell'Ottocento liberale.

⁽⁸⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Häring, 1900, cap. II, § 4, p. 37; cap. X, pp. 259 ss. Ed è noto che Jellinek aveva sviluppato un importante rapporto personale con Max Weber, la cui formidabile analisi tipologica proprio dall'*Allgemeine Staatslehre* aveva ripreso il concetto di 'tipo ideale': M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 674-75; R. MARRA, *L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto e realtà*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 178 ss.; p. 184.

3. *Una sequenza tipologica per un'adeguata comprensione, della storia e del presente.*

Conoscitore profondissimo della giurispubblicistica tedesca, che aveva abbracciato, molto giovane, nel 1979, in una sintesi di rara efficacia — quando sintesi di storia del diritto pubblico tedesco ancora non avevano visto la luce —, Maurizio si era costantemente confrontato con il binomio di Stato e costituzione.

E proprio allo Stato aveva dedicato, dopo una ricerca a tutto campo di cui ricordo perfettamente l'intensità e la passione, una superba voce enciclopedica, mappandone, sulle orme, ben distinte, ora di Weber, ora di Schmitt, ora di Kelsen, le più radicate declinazioni teoriche.

Lo Stato, per Maurizio, così attento studioso di Kelsen, non poteva che essere un costrutto discorsivo e uno strumento conoscitivo, non certo il *konkrete Begriff* della teologia politica schmittiana⁽⁹⁾, dotato di tutti quegli effetti di 'realtà', tipici dello statualismo ottocentesco, marchio di un diritto pubblico immaginato in siderale antitesi con il diritto privato.

Da storico dei poteri e delle funzioni pubbliche, lo Stato gli appariva però pur sempre come una raffigurazione sintetica e (se posso utilizzare un termine con cui Pietro Costa ha messo recentemente a fuoco la posizione weberiana sullo Stato) come « uno schema orientativo »⁽¹⁰⁾.

E, precisamente, « uno schema orientativo » di un determinato assetto istituzionale, fatto di organi, apparati, funzioni e quindi di attività, di compiti, di obiettivi sostantivi di potere e infine di dosaggi tra diritto e potere (il binomio Stato e costituzione, appunto), mai identici a sé stessi e anzi in profonda trasformazione lungo tutto il corso della modernità e che richiedevano quindi una adeguata tipizzazione, per una loro piena comprensione storica.

⁽⁹⁾ C. SCHMITT, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), ora in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zur einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, pp. 375-385.

⁽¹⁰⁾ P. COSTA, « *Così lontano, così vicino* »: *il comune medievale e la sua autonomia*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 43 (2014), p. 777; all'interno di una più ampia discussione (pp. 764-82) sulla possibilità stessa di fare 'storia dello Stato', al di là della mera 'storia del concetto'.

Così a contraddistinguere, sin dal crepuscolo del medioevo, questo nascente soggetto di una qualità affatto nuova, stava un *governo del territorio*, dal timbro tipicamente moderno, frutto di una inedita concentrazione del potere, in discontinuità con il passato medievale e in grado di attivare una dialettica tra centro e periferia, mai prima delineata con tale strategica nettezza nelle precedenti forme politiche della convivenza.

Allo Stato costituzionale e alla costituzione democratica si arrivava perciò al culmine di una sequenza tipologica dal percorso secolare, sulla scorta dell'esempio dei grandi sistematici tedeschi di fine Ottocento, da Jellinek che, prima di completare l'*Allgemeine Staatslehre*, sente il bisogno, in un testo ancor'oggi affascinante, di confrontarsi con la dichiarazione del 1789 e le sue radici americane, per poi isolare, da tutti i tipi storici precedenti, la specificità dello *Stato moderno*, nella sua unità sovrana, ma anche nei necessari spazi di libertà individuale ⁽¹¹⁾; sino a Otto Mayer, che delinea il diritto amministrativo del *Rechtsstaat* in perfetto contrappunto con gli *iura maiestatica* del signore territoriale, prima, lo Stato di polizia, dopo ⁽¹²⁾.

La sequenza proposta da Maurizio di *Stato giurisdizionale*, *Stato di diritto*, *Stato costituzionale*, da un lato e quella, parallela, di *costituzione cetuale*, *costituzione liberale*, *costituzione democratica* ⁽¹³⁾, dall'altro, che abbiamo scrupolosamente conservato nella struttura del nostro incontro, anche per sottoporla al vostro vaglio critico, aveva lo scopo di tracciare, sulla lunga durata, l'intensità e gli stadi del processo europeo di formazione statale, segnare i dislivelli di statualità, offrendo gli strumenti minimali di comprensione e

⁽¹¹⁾ G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, 1^a ediz., 1895, trad. it. a cura di Damiano Nocilla, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002; ID., *Allgemeine Staatslehre*, cit., cap. X, § 5, pp. 294 ss.: testi attentamente ripercorsi da 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. 188-193.

⁽¹²⁾ MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., vol. I, pp. 23 ss. e pp. 38 ss.

⁽¹³⁾ Fioravanti la presenta per la prima volta in *Stato e costituzione*, nel volume da lui stesso curato, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002 (e da allora continuamente ristampato), pp. 3-36.

orientando, in modo meno occasionale e intuitivo, la comparazione diacronica e sincronica.

Anche una volta assunta la prevalente funzione conoscitiva della classificazione, pretenderne l'univocità, sarebbe assurdo. Ed era infatti l'obiettivo orientativo a prevalere in Maurizio, che incarnava perfettamente la preoccupazione del giurista di dare un volto, sufficientemente tratteggiato e distinto, alla storia del potere e delle funzioni pubbliche, ai suoi strumenti e alle sue forme, in parallelo alla storia dei diritti e ai percorsi dell'individualismo giuridico e del garantismo.

Altre sequenze si utilizzano, nei nostri corsi, anche in contestualità, per cogliere profili più direttamente di storia politica, ora di storia istituzionale o sociale, a partire dall'intramontabile e ancora efficace distinzione gianniniana tra *Stato monoclasse* e *Stato pluriclasse* o quella più recente di Charles Maier di *Leviathan 2.0*, tutta protesa a cogliere tra Ottocento e Novecento quell'*Inventing modern Statehood* che puntualmente esprimeva la decisa intensificazione delle ambizioni dello Stato e dei poteri dei governi, spinta dall'incontro con le nuove tecnologie della seconda rivoluzione industriale e dall'esplosione della questione sociale⁽¹⁴⁾. *Nihil sub sole novi* se da tempo la letteratura francese esprimeva lo stesso concetto con l'evocativo termine di *Etat-providence*.

Mentre, altre classificazioni, a partire da quella di *Stato di polizia* e persino di *Stato per ceti*, di notevole fortuna in passato specialmente in area germanica, dimostrano oggi — manca il tempo di spiegarlo in dettaglio — una minore tenuta concettuale e un uso più rarefatto.

Si può naturalmente concludere, puntando il dito contro la varietà e il carattere anfibologico delle tipologie, oltre che contro la loro rapida senescenza, che la complessità — inevitabilmente — fuoriesce sempre da ogni possibile schema di sintesi, rivendicando individualità non ripetibili e non semplificabili in tipi ideali. Tuttavia, quello che può costituire un ingombro per una storia istituzionale al lavoro con il fatto storico individualmente inteso, diventa invece essenziale per una comparazione giuridica orientata sulla

⁽¹⁴⁾ C.S. MAIER, *Leviathan 2.0. Inventing Modern Statehood*, 2012, trad. it. di Luigi Giacone, *Leviatano 2.0. La costruzione dello stato moderno*, Torino, Einaudi, 2018, p. 14.

diacronia, che voglia, dal passato, scoprire le peculiarità del presente.

Una volta rimosso ogni elemento evolutivo-prescrittivo, tipico di nomenclature ottocentesche impegnate a scandire i tempi, gloriosi e progressivi, della modernità, i tipi ideali restano a orientare un itinerario altrimenti disperso in una individualità inattuabile e alla fine inservibile per qualsiasi riflessione del giurista sull'attualità del potere, sulla sua specifica conformazione, sulla sua estensione, sui suoi obiettivi, sui suoi limiti.

E questa era certamente la posizione di Maurizio, che le tipologie, specialmente quelle kelseniane, a partire dalla distinzione tra *Stato giurisdizionale* e *Stato amministrativo*, aveva ampiamente utilizzato nello studio della giuspubblicistica europea nel passaggio tra Ottocento e Novecento, in lavori di grande impatto anche sul versante amministrativo delle istituzioni ⁽¹⁵⁾.

Certamente consapevole, oltre che delle pagine di Kelsen, anche della distinzione tipologica operata da Carl Schmitt in uno dei suoi scritti più celebri ⁽¹⁶⁾, Maurizio si era calato, con la sua invidiabile capacità di lettura, all'interno dell'incandescente primo dopoguerra, un momento particolarmente ricco di trasformazioni epocali, sia sul piano costituzionale, dischiusosi all'improvviso con la caduta degli Imperi centrali e nel quale si giocava la difficilissima scommessa della democrazia dei partiti e della integrazione fra forze politiche e

⁽¹⁵⁾ Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo, 1983, ora in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 451 ss. Decisivo anche il saggio *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, 1986, *ibid.*, pp. 405 ss. ove la contrapposizione tra *Stato giurisdizionale* e *Stato amministrativo* è ripresa dalla contrapposizione kelseniana tra *amministrazione indiretta* e *amministrazione diretta* (H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato* (1923-24), ora in *Id.*, *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 96-101; *Id.*, *Giurisdizione e amministrazione*, 1929, *ibid.*, pp. 152-156).

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è alla distinzione tipologica fissata nel 1932 da Carl Schmitt nella introduzione a *Legalità e legittimità (Le categorie del 'politico')*. *Saggi di teoria politica*, a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 211-23) che allo *Stato legislativo* affianca, come differenti tipologie statuali, in ordine di successione cronologica, prima lo *Stato giurisdizionale* e lo *Stato governativo*, e quindi, destinato a superarlo a causa della crescente penetrazione tra Stato e società, lo *Stato amministrativo*. Sul punto da ultimo J.F. KERVEGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, a cura di Francesco Mancuso, Roma-Bari, Laterza, 2016, pp. 139-40.

sociali radicalmente confliggenti; sia sul piano delle stesse funzioni pubbliche, segnato da inedite imbricazioni tra Stato ed economia e dal dilatarsi di compiti prestazionali, sino a quel momento rimasti a livello quasi rudimentale.

Non è un caso se proprio in questo momento i giuristi e appunto, in primo luogo, Kelsen e Schmitt ⁽¹⁷⁾, passino al vaglio le vecchie nomenclature tipologiche ottocentesche, depurandole dallo scolasticismo di maniera, e innestandovi elementi fondamentali utili a capire il senso delle trasformazioni in corso. Tanto che alla tradizionale sequenza storica, esclusivamente fondata su stadi in rigida progressione evolutiva, si sostituisce la sensazione di un continuo e costante rimescolamento dei tipi, a segnare con la loro compresenza — vedi in Schmitt lo *Stato legislativo* e lo *Stato amministrativo*, o in Kelsen lo *Stato giurisdizionale* e, di nuovo, lo *Stato amministrativo* — l'assetto del presente, frutto del lento superamento dello Stato di diritto del XIX secolo. Per comprendere le profonde trasformazioni istituzionali del primo dopoguerra, come non manca di far notare Carl Schmitt, « v'è bisogno di definizioni concettuali di diritto pubblico e costituzionale capaci di intendere la situazione politica contemporanea nelle sue implicazioni statuali » ⁽¹⁸⁾.

Maurizio, come si è visto, si sposta sul percorso di lunga durata, conducendolo sino agli esiti, tipici del secondo dopoguerra, dello *Stato costituzionale*, che la rivoluzione del paradigma dei diritti ha sensibilmente distinto dallo *Stato di diritto* ottocentesco, continuando però a interrogarsi sul problema delle origini e sulla qualificazione di una pretesa di dominio, tipica dell'intero antico regime europeo, ancora sensibilmente circoscritta e non paragonabile al

⁽¹⁷⁾ Cui Maurizio dedica nel 1987 uno dei suoi saggi più belli: FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, ora in Id., *La scienza del diritto pubblico*, cit., pp. 605-656. Ma di grande rilevanza ed esattamente contemporanee sono le problematiche sintesi, entrambe fortemente orientate sulle trasformazioni del presente, di Otto Hintze (*Wesen und Wandlung des modernen Staats*, 1931, trad. it., *Dallo Stato nazionalborghese allo Stato impresa*, e di Lucien Febvre (*De l'Etat historique à l'Etat vivant*, 1935, trad. it., *Dallo Stato storico allo Stato vivente*) raccolte non per caso nella preziosa e non dimenticata antologia curata da Roberto Ruffilli: *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 39-69; pp. 71-89.

⁽¹⁸⁾ SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 211.

dispiegamento della sovranità di fine Settecento. La scelta di porre all'inizio della sequenza tipologica lo *Stato giurisdizionale*, andava appunto in questa direzione.

Questo medesimo termine-concetto, auspice Luca Mannori, era stato utilizzato anche in una nostra sintesi, per spiegare l'esercizio delle funzioni subordinate di giustizia e amministrazione⁽¹⁹⁾, in un contesto, quello appunto precedente la Rivoluzione, ancora segnato dal prevalere dello *ius inventum*, da una legislazione del principe sempre bisognosa di una *causa legis*; più in generale, dall'invasione delle tecniche giudiziali di esercizio delle funzioni pubbliche, ereditate dall'esperienza medievale, coerentemente con un assetto istituzionale ancora in gran parte pluralistico, caratterizzato da gotiche intersezioni dei corpi, e che doveva essere tenuto attentamente in equilibrio con gli strumenti di un'antica *iurisdictio*.

Maurizio lo promuove a forma di Stato (noi prudentemente non avevamo neppur isolato il lemma nel sommario della nostra *Storia*), con un arricchimento, a mio avviso importante, della sequenza tipologica ricevuta dalla giuspubblicistica tedesca tra Otto e Novecento. Ma anche con alcuni, forse irrisolti, problemi di coerenza complessiva, a partire dal tema della sovranità, scissa da questa prima forma di Stato⁽²⁰⁾ e rinviata alle soglie della rivoluzione francese (secondo una periodizzazione utilizzata pure da Wolfgang Reinhard nella sua *Geschichte der Staatsgewalt*⁽²¹⁾ o, in forma diversa, da Cesare Mozzarelli⁽²²⁾). Uno spostamento in avanti, verso la frattura rivoluzionaria, in evidente tensione, non solo con le nuove politiche dell'assolutismo e quindi con l'insuperabile tema tocquevilliano della relazione tra antico regime e rivoluzione, ma pure con

(19) L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 15-16; pp. 36 ss.

(20) *Stato e costituzione*, cit., p. 8, secondo un ordine di idee pure presente in Carl Schmitt (*Legalità e legittimità*, cit., pp. 215-16) secondo cui lo 'Stato giurisdizionale' non poteva dirsi ancora compiutamente 'Stato', "poiché al posto di un'unità politica sussiste, almeno secondo la finzione, una semplice comunità di diritto, non-politica".

(21) W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt*, München, Beck, 1999, trad. it. a cura di Edoardo Tortarolo, *Storia del potere politico in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 11-17.

(22) C. MOZZARELLI, *Introduzione a L'Italia d'antico regime: l'amministrazione prima dello Stato*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, Archivio ISAP, n. s., Milano, Giuffrè, 1985, pp. 5 ss.

la precoce scoperta di un campo concettuale — quello appunto di sovranità — che, da Bodin a Hobbes, condensava l'essenza stessa della modernità giuridica.

L'arcipelago dell'antico regime — qui un'attenta osservazione di Luigi Blanco coglie nel segno ⁽²³⁾ — si conferma quindi il punto debole di ogni tentativo di tipizzazione, mai come in questo caso in evidente difficoltà a descrivere una statualità in sensibile movimento, già trasformata tra Seicento e Settecento da un sensibile sviluppo dei compiti pubblici, e sempre più capace di avviare una inedita conoscenza del territorio in funzione di guida della società corporata. Sempre più capace, soprattutto, di dar corso a deliberate politiche di potenza, a partire dalla massiccia espansione coloniale delle grandi monarchie nazionali. Eppure, al tempo stesso, ancora ingabbiata, quasi irretita, negli intrecci della società corporata e in una storicità del territorio straordinariamente resistente a ogni tentativo di omologazione.

E lo stesso — ma non ne abbiamo il tempo — si potrebbe dire per la tipologia della *costituzione cetuale*, poco adatta a esprimere le non poche realtà a persistente base cittadina, tipiche di tanti piccoli Stati e, più in generale, a dar conto della lentissima emersione del termine concetto stesso di *costituzione*, nell'intero antico regime continentale, destinato a rimanere, almeno sino alla Rivoluzione, una realtà eterogenea, a base prevalentemente federativa, fatta certo dei nuovi Stati nazionali, ma anche della persistenza dell'Impero, di città, di poteri signorili, di aggregati di ogni tipo ..., in « una relativa unificazione — come scriveva già Maravall — di terre e di uomini su cui esercitare il potere » ⁽²⁴⁾.

Proprio il caso dello *Stato giurisdizionale* e della *costituzione cetuale*, con la persistente difficoltà di raffigurare la incredibile pluralità di assetti istituzionali propri di un antico regime, lunghissimo e tutt'altro che immobile, conferma quanto possano essere problematiche, se non addirittura effimere, queste raffigurazioni

⁽²³⁾ L. BLANCO, *Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2020, pp. 285-286.

⁽²⁴⁾ J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972, trad. it. a cura di Cesare Mozzarelli, *Stato moderno e mentalità sociale*, Bologna, Il Mulino, 1991, vol. I, p. 130.

tipologiche. La strada per giungere ad una convincente attualizzazione della sequenza tipologica, adeguata a obiettivi storico-ricostruttivi, rispetto a quelli prevalentemente evolutivi e prescrittivi propri dei giuristi tedeschi dell'Ottocento, è quindi quanto mai impervia.

Resta però l'intuizione, a mio avviso preziosa, della necessità di arginare il flusso ininterrotto degli eventi e dei modelli giuridici con adeguate periodizzazioni, in grado di dare un senso alle svolte, scandendo assetti in notevole trasformazione, cui — anche per il solo *State building* europeo — la semplice contrapposizione tra l'assenza medievale dello Stato e la presenza, tutta moderna (ancora la definizione di Schmitt dello Stato *als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*), di uno Stato senza ulteriori specificazioni o aggettivi qualificativi, appare poco esplicativa e soprattutto troppo meccanica.

La proposta di Maurizio resta, dunque, attualissima.

E sul tappeto resta, soprattutto, il suo insegnamento, ben consapevole che alle grandi tematiche del presente si doveva necessariamente arrivare attraverso una storia costituzionale tracciata sulla lunga durata, intimamente riflettuta, protesa ad abbracciare, con un unico sguardo, radici e prospettive della dimensione costituzionale, quasi a voler aggiornare l'insegnamento di quel Georg Jellinek con cui si chiudeva il volume del 1979 e si apriva, qualche anno dopo, la voce *Stato*.

E di questo continuo, vitalissimo, stimolo gli saremo sempre affettuosamente grati.

GUSTAVO ZAGREBELSKY
PER FIORAVANTI

1. Per le considerazioni che seguono, prendo avvio dal bel saggio “*Lo Stato moderno*” nella dottrina (teoria?) della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940), in AA.VV., *Ordo iuris. Storie e forme dell’esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 182 ss., un volume degli allievi dedicato a Paolo Grossi.

La questione prima di ogni teoria della costituzione è il fondamento, la causa di cui è effetto, un effetto che, nei tempi nostri (ma non necessariamente sempre), ‘viene messo per iscritto’. La costituzione nel significato odierno è diritto positivo, nel duplice significato di diritto ‘posto’ e di diritto ‘efficace’. La domanda è: qual è la condizione storica per la quale posizione ed efficacia s’incontrano. In altri termini, come può un pezzo di carta scritta essere non solo una carta ma anche una norma?

La storia delle costituzioni scritte è storia recente. Nel passato che chiamiamo *Antico Regime*, se di costituzione si parlava, s’intendeva l’equilibrio precario tra il re che tentava di conquistare l’assolutezza del governo, la nobiltà e i ceti che cercavano di strappare privilegi e il terzo stato che chiedeva di imporre uguaglianza (così il celebre detto di M.me de Stael). Con le costituzioni scritte si presume la possibilità di disporre un piano politico destinato a vincolare l’avvenire. *Rebus sic stantibus hic et nunc*, ma anche *pro futuro*. Su che cosa si basa questa presunzione, non è poca cosa; è anzi un grandissimo atto di presuntuosità da cui dipende, addirittura, il successo o il fallimento della ‘costituzionalizzazione’ della vita politica e sociale.

Le risposte sono varie, ma tutte presuppongono l’esistenza, anzi la pre-esistenza, di un soggetto che accentra in sé *auctoritas* e *potestas*. *Auctoritas*, come capacità di trasformare, si potrebbe dire, di sublimare accrescendola la propria volontà particolare fino a

ottenere ch'essa sia accettata o subita, volenti o nolenti, come volontà generale; *potestas*, come capacità di imporla non come atto soggettivo unilaterale, ma come indiscutibile necessità. Che cosa sia e come operi questo soggetto dotato di tale eccezionale carisma e tanto straordinario e sorprendente da dividere la storia costituzionale in un prima e in un dopo e da far gridare allo scandalo gli Autori di *Antico Regime*, è questione non concettuale ma storica concreta.

Se prendiamo il termine *stato* in senso generico, come suggerisce la doppia consonante *st* (ῥστημι) che troviamo in un numero elevato di parole che sempre designano ciò che 'sta', è *stabile*, ha una sua consistenza solida, un punto può essere tenuto per fermo: lo Stato di cui di solito parlano i giuristi merita questo nome (da Machiavelli in poi) perché 'sta' senza dipendere da altro che lo possa abbattere, condizionare o sostituire. Di questa realtà storica sovrana la massima espressione è la costituzione. Come lo stato, secondo le sue varie 'forme', si dia la costituzione non è a dirsi concettualmente, ma solo storicamente; la stessa cosa, per i contenuti della costituzione. Così, è lo 'stato', nel significato generale anzidetto, quello che si esprime attraverso un'assemblea deliberante che esercita il *pouvoir constituant* delle Rivoluzioni di fine Settecento, preparato da due secoli di elaborazione concettuale a favore della borghesia; 'stato' è il governo e l'amministrazione, quando vi si concentri il potere supremo come nella Germania guglielmina; 'stato' è anche il sovrano che concede la costituzione al tempo dello stato liberale di diritto dell'Ottocento, sotto la pressione dei movimenti 'costituzionali' con la clausola implicita della sua revocabilità; 'stato' è il dittatore sostenuto da un partito totalitario vittorioso come è accaduto nel Novecento; 'stato' è anche ogni *situazione* di potere in cui tra gli elementi che lo compongono si sia formato un equilibrio, una stabilizzazione di rapporti, non necessariamente attraverso espliciti patti orizzontali di coesistenza e cooperazione, ma anche come effetto di dominio e subordinazione. In tutti i casi sopra detti è possibile individuare uno 'stato' effettivo e capace di esercitare le prerogative sovrane concettualizzate nella figura dello Stato. Tra queste e in primo luogo, precisamente, il potere di dare, anzi 'darsi' una costituzione. In questo senso generico è (già) 'stato' anche la 'costituzione in senso materiale' in quanto quest'espressione indichi la forza o l'agglome-

rato di forze che, in base a un processo di differenziazione rispetto al mero concorso caotico di forze disperse, portatrici, ciascuna per sé, della propria ragion d'essere e di agire, è capace di ergersi come energia governante dotata di indirizzo politico unitario e sovrano. Si comprende lo sforzo compiuto da colui che ha coniato quell'espressione, Costantino Mortati, per dimostrare che la sua nozione di costituzione in senso materiale non è la banale espressione descrittiva di dati di fatto senza valore, ma appartiene pienamente alla sfera del diritto, ne è anzi al centro. Potremmo dire: è il 'fatto normativo' per eccellenza.

Tutto ciò, insieme a molto altro ancora, è storia e storiografia costituzionale. La conclusione è che la costituzione con la quale si è avuto a che fare per più di due secoli ha avuto come presupposto 'uno stato', concettualizzato come 'lo Stato'. *Staatsverfassung*, ossia Costituzione come cosa dello Stato, che nasce comunque da uno stato. Concludendo, Maurizio Fioravanti, sopra citato, ha chiuso quell'epoca: « i nuovi orizzonti della [...] dottrina della costituzione incontravano sempre meno la traiettoria dello Stato. Un'intera epoca ... [alla metà del '900] si stava ormai chiudendo ».

Giusto, almeno per quel che riguarda l'esperienza costituzionale nella realtà del nostro Paese. Siamo in un'altra epoca, non facile da decifrare nel suo insieme anche perché forse non stabilizzata, ma almeno su un punto importante chiara ed evidente. Con Fioravanti, si può parlare della svolta verso un 'tipo' di costituzione che si distacca dalla tradizione dallo Stato *legislativo* di diritto e apre la strada allo Stato *costituzionale* di diritto. Lo Stato costituzionale di diritto, pur dentro la grande famiglia dello 'Stato di diritto' (espressione che, a seconda dei tempi, dei luoghi e delle tradizioni giuridiche, ha assunto vari significati), non è qualificabile come una sua evoluzione o come un semplice perfezionamento. È diffusa l'idea che lo Stato costituzionale di diritto si possa considerare come il completamento della storia della legalità attraverso l'estensione del primato della legge, dall'amministrazione e dalla giurisdizione alla legislazione, attraverso l'imposizione di una 'legge più alta'. Dal punto di vista giuridico, si tratterebbe, dunque, d'una questione di fonti del diritto, di un arricchimento non difficile da sistematizzare entro l'immagine già sperimentata della scala, cioè della gerarchia tra le fonti: inizialmente, la legge sopra l'amministrazione e la giurisdi-

zione, oggi la Costituzione sopra la legge. È un'idea semplice e tranquillizzante perché comporta il mantenimento, solo un poco arricchiti, dei consueti modi di lavorare sui testi normativi, basati sulla distinzione tra creazione e applicazione della legge, cioè tra il fare ed eseguire, sulla separazione dei poteri e sulla concezione meccanica del rapporto tra regola di diritto e fattispecie da regolare. Insomma, la teoria del diritto potrebbe riposare su basi ancora solide e ben conosciute come se ora si avesse a che fare con un edificio antico avente pianta, struttura, mura portanti e fisionomia già note, solo fornito di un piano in più. L'attico del sistema giuridico.

Non pare, però, che possa dirsi così.

2. La Costituzione che abbiamo è la deliberazione di un'Assemblea costituente. A differenza dei parlamenti che in passato si fregiavano di quest'appellativo, la nostra Assemblea costituente, tuttavia, era priva di uno stato presupposto. Lo Stato si era dissolto l'8 settembre 1943, data simbolica d'un tracollo che non si era mai visto; uno stato, nel senso generico e, ancor più evidentemente nel senso specifico sopra detto, non esisteva. Questo non è solo un dato storico. È un fatto denso di significato costituzionale. C'erano partiti precedentemente coalizzati nei Comitati di liberazione nazionale, ma la loro unità, ormai svanita, era stata 'contro', non 'per'. Un'immagine che viene dai commentatori dell'epoca costituente è quella della sabbia: come costruire, mettere insieme e dare una forma, e una forma solida, alla sabbia? La forza coesiva — anche questo è stato detto — fu il timore di fallire, timore che aveva la sua radice nel desiderio di pace, di pacificazione. Questo timore e il corrispondente impulso all'intesa furono matrice di convivenza. Ma, come fu notato criticamente da coloro che pronosticavano una vita stentata alla futura Costituzione, non c'era un 'unico potente pensiero', come disse Giuseppe Capogrossi.

L'Assemblea costituente, così, fu cosa assai diversa dalle Assemblee del passato storico, fondate su uno stato. Non fu l'organo di alcuna potenza sovrana in atto o, detto diversamente, non c'era alcun 'fatto normativo' preesistente da cui potesse nascere per derivazione l'atto normativo potente, la costituzione. Bisognava partire dal nulla per formare lo Stato per mezzo di una costituzione.

Mentre nella *Staatsverfassung* la costituzione è una funzione dello Stato, ora è lo Stato a dover essere funzione della costituzione, *Verfassungsstaat*: stato della costituzione, che proviene dalla Costituzione. L'Assemblea costituente fu, essenzialmente, una convocazione, una 'chiamata a raccolta' delle componenti politiche, i partiti, a loro volta espressioni di componenti sociali e culturali, *nessuna delle quali egemone*: una convocazione mossa da un'unica convinzione convergente: quella di non potere fare altrimenti che raggiungere un accordo di convivenza, pena la ripresa di quella violenza alla quale era necessario mettere fine. La Costituzione fu approvata quasi all'unanimità, il che non è un dato estrinseco ma è espressivo della sua natura. Non fu una 'decisione'.

Così spesso si dice, ma bisogna distinguere. Una decisione ci fu: l'antifascismo. L'antifascismo non si manifesta soltanto, o tanto, nel divieto di ricostituzione del 'disciolto partito fascista', ma soprattutto in quelle tante norme di principio che contraddicono l'ideologia del fascismo: l'uguaglianza invece che la gerarchia, la pace invece che la guerra, il pluralismo politico invece del partito unico, i diritti di libertà individuali invece che i cosiddetti diritti funzionali, eccetera. Naturalmente, tutti questi 'rovesciamenti' sono contro ciò che è stato, e su questo punto tutti (o quasi) potevano essere d'accordo anche per il futuro. Ma, ci sono molti modi di costruire uno stato antifascista.

La costituzione che ne derivò (con l'eccezione dell'esplicita condanna del fascismo storico) è lontana dall'essere un comando legislativo, solo più forte di quello ordinario. Ha all'origine una 'situazione' che non era né politica (se si vuol dire così: era prepolitica), né normativa: chiedeva e poteva essere solo 'normalizzata' nel senso di essere condotta consensualmente, per così dire, 'per mano', anzi, per le tante mani che vi lavoravano, alla normalità. Era, in una parola, pluralismo nel senso più pregnante del termine: non solo c'era tanta e diversa materia da costituzionalizzare ma, in più, per generale riconoscimento, nessuna 'parte parziale', nessun partito, da solo o in coalizione, quand'anche avesse voluto, aveva la forza o voleva tentare una prova di forza per imporsi sugli altri.

Si potrebbe dire che l'imperativo: 'voi non fallirete' fu la *Grundnorm* che operò efficacemente senza avere dietro di sé un potere, uno 'stato' nel senso anzidetto. Quando si dice che la

Costituzione, per quel che riguarda la prefigurazione del futuro, è un compromesso, si dice cosa vera.

Il compromesso sottintende una disposizione etica: affermare, di sé qualcosa senza rinunciare a tutto, affinché vi sia posto per qualcosa degli altri. Perché la Costituzione-compromesso potesse durare, occorreva ch'essa incorporasse nella misura del possibile le aspettative delle parti del compromesso. Le ragioni di ciascuna di esse non avrebbero potuto realizzarsi pienamente *hic et nunc*. Potevano però trovare riconoscimento in norme prospettiche, la cui concretizzazione sarebbe stata rinviata a successive negoziazioni secondo gli equilibri politici futuri. Vi sarebbe stata, comunque, quali che potessero essere gli sviluppi, la garanzia che la Costituzione poteva offrire alla ragion d'essere presente e futura di tutti coloro che avessero partecipato alla sua stesura. L'effettività costituzionale sarebbe stata non una semplice deduzione da norme poste al grado più elevato; sarebbe stata anch'essa effetto di processi politici di composizione di volontà plurime, ciascuna delle quali certamente mossa in vista del perseguimento dei propri interessi e programmi, ma sempre mantenuta al di qua di un limite di frattura.

3. In questo quadro si capisce l'importanza che assumono le cosiddette norme di principio. Esse hanno un duplice contenuto. Stanno, per l'appunto, al principio perché definiscono le identità politiche originarie sul campo, ma hanno anche una funzione promozionale in vista della più ampia affermazione pratica di tali identità, lasciando ampio spazio alle politiche di composizione di volontà in origine separate.

Sulla natura delle norme-principio ci sarebbe molto da ragionare. Qui ci si può limitare alle osservazioni che seguono per distinguerle dalle norme-regola. Da più parti si è contestata la differenza. I principi, s'è detto, sono regole come tutte le altre, semplicemente 'più generali'. Sulla base di questa convinzione, si crede possibile mantenere, anche nel campo della Costituzione del nostro stato costituzionale di diritto, l'armamentario che la scienza giuridica è venuta a dotarsi prima della 'svolta' che Maurizio Fioravanti, in concordanza col suo (e nostro) maestro, il Paolo Grossi dei cinque primi capitoli di *L'invenzione del diritto* (Roma-Bari, Laterza, 2017), ha descritto con tanta precisione e consapevolezza storica.

Innanzitutto, i principi hanno un duplice volto, stando all'inizio dell'argomentazione e prefigurano la fine. Stando all'inizio, suggeriscono l'orizzonte entro il quale la realtà di fatto deve essere 'compresa', cioè categorizzata secondo senso e valore. In breve, come i fatti devono essere trasformati in 'casi'. In secondo luogo, indicano la direzione lungo la quale i casi devono sciogliersi nella decisione. In entrambi i momenti esiste spazio per i 'punti di vista' attraverso i quali i *concetti* costituzionali si riempiono di contenuto attraverso le loro *concezioni*. Precisamente in questo doppio lato delle norme-principio, stando all'inizio e alla fine dell'argomentazione giuridica in cui entrano le possibili concezioni indicate dai concetti costituzionali, sta la loro virtù nella costituzione del compromesso. Su mere regole, cioè su norme che tracciano i confini in modo netto tra ciò che è vietato, imposto o permesso, nessun compromesso è possibile: *aut-aut*. Le norme di principio, invece, permettono accordi non definitivi, si possono cambiare e correggere, a seconda dei tempi e dei rapporti di forza legittimamente verificati secondo le procedure della democrazia. Ma, quali che siano tali rapporti, mai si giustificherebbe, alla luce della Costituzione, lo spegnimento delle ragioni delle parti più deboli.

Può essere utile mettere in rilievo il rovesciamento di prospettiva nell'applicazione delle norme-principio, rispetto alle norme-regole. Le norme-regole mettono in moto ragionamenti deduttivi dal precetto al caso descritto astrattamente nella fattispecie normativa e verificato nella realtà delle cose. I principi invece si mettono in moto solo quando sono sollecitati da casi verificatisi nella realtà delle cose, una volta che li si ritengano tali da implicare il bene ch'essi raccomandano. La riprova sta nella circostanza che i principi, i commentatori li possono riempire di contenuto pratico solo a partire da casi tratti dalla realtà della vita o ipotizzati nell'immaginazione. Altrimenti, si producono solo tautologie, cioè parole su parole che girano su sé stesse. Consideriamo la dignità. Possiamo spiegare le ragioni storiche e morali che hanno portato questo principio ad occupare il posto di primo piano nelle costituzioni (e nelle dichiarazioni internazionali) che hanno fatto seguito, come reazione, agli orrori dei totalitarismi del secolo scorso. Ma, per l'appunto, per dare contenuto, occorre fare riferimento a tali orrori per dire: mai più. Forse, sperabilmente, saremmo tutti d'accordo nel considerare contrari alla

dignità umana le politiche eugenetiche, l'uso di esseri umani indifesi come cavie, lo sfruttamento schiavistico, lo sterminio per ragioni politiche, le 'pulizie etniche' e razziali. Il fatto che in questi casi si sia, presumibilmente, tutti d'accordo rende meno visibile il modo di procedere dai casi alla norma e fa sembrare che si proceda dalla norma ai casi. Ma, in casi opinabili, che cosa diremmo? Sono quelli che la giurisprudenza ha affrontato dovendo stabilire se un certo caso sia rilevante rispetto al principio. Per esempio, viola la dignità la produzione di videogiochi che distribuiscono premi nella misura delle vittime (virtuali) che il giocatore sa collezionare? Oppure, è conforme alla dignità uccidere o torturare individui per salvare la vita di altre persone (per esempio, abbattere aerei usati come armi terroristiche o usare violenza per indurre alla confessione individui che tengono sotto sequestro altri individui oppure sono a conoscenza di un attentato imminente che potrebbe essere sventato)? Oppure, e per venire a interrogativi che le vicende odierne ci pongono di fronte senza possibilità di chiudere gli occhi: è rispettoso della dignità il 'carcere duro', o forse anche il carcere per così dire semplice, in condizioni di sovraffollamento e di alienazione, oppure il regime carcerario perenne senza prospettive di almeno parziali e temporanei contatti con la vita sociale esterna?

Sono domande specifiche difficili cui la norma di principio non dà risposta da sé. Se la desse, non sarebbe principio, ma regola. La risposta, anzi 'il principio di risposta' è sì contenuta nella norma-principio ma solo dopo che si sia deciso d'interpellarla. La norma non aiuta di per sé, ma solo dopo che si sia ritenuto di doversi fare aiutare. Il principio è certamente cogente, anzi più cogente di una regola, la quale può sempre essere sottoposta a cavilli parola per parola. Più cogente perché il principio non si interpreta, ma al principio si aderisce (o non si aderisce). Implica un atteggiamento che va al di là del ragionamento giuridico, nel senso del positivismo giuridico.

4. Queste semplici proposizioni sono confermate 'sul campo', ciò che più conta, quando ci si trova ad affrontare casi costituzionali difficili, espressione con la quale si vuol dire casi in cui s'intrecciano principi diversi, nessuno dei quali prevale assolutamente e nessun altro soccombe altrettanto assolutamente.

Può essere illuminante il modo di procedere nelle decisioni delle questioni costituzionali complesse. La difficoltà sta nella complessità, e la complessità deriva dalla incidenza e dalla concorrenza di più d'un principio sul medesimo caso. Analiticamente: innanzitutto si definiscono i caratteri rilevanti del fatto, successivamente il fatto si trasforma in caso e, successivamente ancora, si guarda al diritto. In realtà, questi passaggi, pur concettualmente autonomi, si mescolano, in pratica, in un andare e venire dall'uno all'altro. Ma, per cogliere l'essenziale con un'immagine, si può affermare che, dopo avere trasformato il fatto in caso, lo si colloca, per così dire, al centro del tavolo e lo si circonda dalla rete dei principi. Se ne fa — è stato detto — una mappatura. Dopo di che si cerca il punto di equilibrio che consente di risolverlo con il minor sacrificio possibile di ognuno dei beni che i principi impongono di prendere in considerazione. Tutto ciò è esperienza che ogni 'analitica' della decisione 'in diritto costituzionale' che voglia essere realistica deve tenere presente, per non perdersi in astruserie concettuali.

Si potrebbe dire: contrappunto, *punctum contra punctum*. Quando, in camera di consiglio, ci si trova a discutere cause difficili, non è impossibile, anzi è possibilissimo pensare alla costruzione di qualcosa di simile a quella forma musicale che è la fuga. 2, 3, 4, e persino 5 voci, tante quante sono i principi coinvolti, che si enunciano, s'intrecciano, si rispondono fino a concludere tutti insieme. Le 'voci' sono i principi che enunciano sé stessi. C'è un soggetto ripetuto ad altezze diverse tante volte, una dopo l'altra, quante sono le voci, mentre quelle che già si sono espresse continuano il corso enunciando un controsoggetto, poi un terzo, un quarto e un altro ancora. Segue uno sviluppo in cui singoli frammenti del soggetto e del controsoggetto lavorano, si confrontano, spesso faticosamente s'intrecciano, fino all'accordo finale che non è la fine, ma è la conclusione che mette pace tra tutti. È proprio così. Un esperimento simile potrebbe essere tentato nella scrittura in quel genere letterario dei giuristi che si chiama 'nota a sentenza', oggi purtroppo piuttosto disprezzato come se si tratti di una *deminutio*, mentre invece è cosa nobilissima e difficile: entrare negli argomenti, confrontarli, svilupparli gli uni nel confronto con gli altri, farli risuonare gli uni negli altri, e infine concludere. Cosa molto diversa dalla semplificazione supponente di chi ignora il lavoro, la fatica e i compromessi

necessari nel risolvere casi costituzionali, quando non c'è il 'punto di diritto' ma ce n'è più d'uno e occorre collegarli fino a fare emergere una figura complessa e comprensibile. Ci fu un tempo in cui queste cose si discussero a seguito di una polemica tra un presidente della Corte costituzionale e certi 'annotatori di sentenze', una polemica che si può ancora oggi leggere per imparare qualcosa di utile (G. BRANCA, *Quis adnotabit adnotatores?*, in *Foro italiano*, 1970, pt. V, cc. 17 ss.).

5. Presso la Costituente e nei primi anni di vigenza della Costituzione, certamente non si era consapevoli delle conseguenze, diciamo così, destabilizzanti dell'ordinamento giuridico che la nuova Costituzione avrebbe potuto comportare. Più o meno consapevolmente prevaleva la convinzione espressa nella formula: ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione (su questo punto, è chiarificatrice l'indagine di Carlo MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979). I giudici comuni avrebbero potuto entrare in rapporto con la Costituzione solo in via mediata, se e quando i principi costituzionali fossero stati trasformati, attuati o 'concretizzati' attraverso regole legislative. Corollario di questa visione fu la collocazione dei principi costituzionali tra le norme 'programmatiche', rivolte al solo legislatore e incapaci di fondare direttamente diritti e doveri e, quindi, decisioni giudiziarie su di esse. L'attuazione della Costituzione avrebbe dovuto essere riservata al legislatore; i giudici avrebbero continuato a essere sottoposti 'solo alla legge', la legge del Parlamento; i singoli non avrebbero potuto vantare diritti appellandosi direttamente alla Costituzione. Maurizio Fioravanti ha rappresentato tutto ciò in forma geometrica: in alto la costituzione; sotto la legge; sotto la legge, le sentenze dei giudici. Il rapporto dei giudici non sarebbe stato con la Costituzione, ma solo con la legge e questo rapporto non sarebbe mutato rispetto a quello tradizionale nello stato di diritto legislativo.

Ma, le cose non sono andate così. Del resto, il giudice che ricorre alla Corte costituzionale non lo fa per il piacer suo, in astratto. Lo fa perché deve definire un giudizio e, per decidere, deve avere una norma da applicare. Non basta dire: si tolgano di mezzo le leggi incostituzionali. Ma, poi, che si fa? Il giudice che si rivolge alla Corte, alla fine, deve pur disporre di una norma da applicare nel

suo giudizio dove si discute di diritti e di doveri. Se non provvede il legislatore, potrà il giudice ricavare direttamente dal principio costituzionale violato la regola di cui ha bisogno per definire il suo giudizio? In breve, sulle norme-principio possono fondarsi direttamente (cioè senza passare per la mediazione legislativa) diritti e doveri che il giudice deve garantire? Il giudice è anch'esso abilitato, al pari del legislatore, a 'svolgere' i principi. La risposta è sì, perché il giudice non può astenersi dal decidere. La 'denegata giustizia' è un illecito fin dal tempo del Codice Napoleone. Dunque non è lecito astenersi. Ma, fino a che punto la giurisdizione può sporgersi senza entrare in competizione, o in conflitto, col legislatore?

È una questione importante che involge il principio di separazione dei poteri. In agguato è la cosiddetta *giuristocrazia* (la versione odierna del 'governo dei giudici') e la preoccupazione è la salvaguardia dello spazio politico rispetto a quello giuridico. La politica, in democrazia, ha le sue sedi, che non sono quelle giudiziarie, ma quelle legislative. Il 'posto' occupato dalla giurisdizione rischia d'essere una sottrazione a quello della politica e, alla fine, della democrazia, intesa come libera determinazione delle maggioranze votate dai cittadini. A meno che non si tratti di giurisdizione esercitata da 'bocche della legge', il che negli ordinamenti pluralisti, come descritti sopra, sarebbe pura chimera.

Poiché questo non è più il tempo di Montesquieu, il problema della coesistenza dunque esiste, ma deve essere affrontato con la consapevolezza ch'esso nasce non per caso, non per malizia e non senza profonde radici nella costituzione pluralista. La Costituzione si è diffusa (direbbero i realisti), o ha straripato (direbbero i sognatori di altre realtà moniste) in tutti i settori dell'ordinamento giuridico. Essa è norma autonoma la cui forza giuridica non dipende dal beneplacito del legislatore e, così ha insidiato il primato della 'forza della legge'. Non è possibile, e forse qui è perfino inutile ripercorrere le tappe di questo percorso che ha portato lontano dal punto di partenza espresso nel motto: « alla Corte la costituzione; ai giudici la legge ». La forza precettiva e non (solo) programmatica; l'interpretazione conforme; le sentenze interpretative, additive e di principio. Forse il punto estremo dell'espansione della Costituzione nell'attività quotidiana dei giudici è rappresentato dall'affermazione contenuta in una pronuncia di qualche anno fa della Corte costituzionale

che non solo invita, ma addirittura impone l'interpretazione conforme: « le questioni di costituzionalità si sollevano non quando è possibile un'interpretazione incostituzionale, ma quando è impossibile un'interpretazione costituzionale ». Con il che la Corte ha ridotto lo spazio della sua garanzia della Costituzione, a favore della giurisdizione comune. La Costituzione non solo può, ma deve trovare immediato spazio nelle decisioni dei giudici d'ogni ordine e grado. Se c'è di mezzo una legge non conforme alla costituzione, il giudice la deve interpretare in conformità e, solo se non è possibile, la deve attaccare con i mezzi della giustizia costituzionale.

6. Gli attriti sono ben possibili. Sempre secondo Fioravanti, lo schema adeguato a rappresentare la collocazione dei poteri di fronte alla Costituzione non è la linea discendente: dalla Costituzione alla legge e dalla legge alla sentenza (o all'atto amministrativo). Così sarebbe, per esempio, in una concezione gradualistica, per così dire, semplice, adeguata allo Stato di diritto legislativo. È, invece, il triangolo isoscele. Al vertice la Costituzione e lungo i lati, da una parte, la legislazione e dall'altra la giurisdizione. Entrambe a tu per tu con la costituzione, in consonanza o in concorrenza tra loro. La concorrenza può facilmente trasformarsi in contrasto o in usurpazione di funzioni. La distinzione tra il *dicere* e il *facere*, il dichiarare e il creare il diritto, la sentenza e la legge perde di chiarezza. Resta differenza tra la decisione del caso concreto e la normazione in astratto, l'effetto *inter partes* e la disciplina astratta. Ma la *ratio* del decidere non può non incontrare le motivazioni astratte del legiferare. Cioè, non può essere solo 'casistica'. Già qui c'è la radice d'ogni possibile conflitto. Conflitto che può assumere la massima acutezza quando è la Corte costituzionale a pronunciarsi, in quanto le sue decisioni prendono l'avvio da casi concreti ma sfociano in un *ius dicere* che vale per tutti e per il futuro, per di più inappellabilmente.

C'è una regola chiara che consente di evitare i conflitti o permetta di risolverli una volta insorti? È sufficiente l'obbligo che grava sul giudice costituzionale di rispettare la 'discrezionalità legislativa'? Chi decide dove essa inizia, cioè dove la Corte deve fermarsi? La Corte. È quindi un auto-vincolo, qualcosa di contraddittorio perché i vincoli che sono stabiliti da chi li deve rispettare non sono vincoli, ma libertà. Il richiamo alla discrezionalità del

legislatore è un argomento utile per giustificare la decisione o di non decidere del tutto, o di non decidere ‘per ora’, o di decidere solo ‘un poco’, o di decidere ‘solo in principio’ o di segnalare la necessità d’una legge nuova.

Sono, dunque, numerosi gli strumenti tecnici, quanto efficaci è altra questione, di cui la Corte s’è auto-dotata per tentare di occupare un posto accettabile e non conflittuale. Essi non sono affatto espressione d’arroganza, ma di moderazione. Derivano, si potrebbe dire, dalla coscienza della complessità dello stato costituzionale di diritto e dalla consapevolezza delle difficoltà che nascono quando due corpi, il legislativo e il giudiziario, sono chiamati a operare entrambi *vis à vis* della Costituzione, traendo da essa la propria legittimazione e ciascuno con i propri strumenti che, in casi critici, possono interferire l’uno con l’altro.

Ma, quando il caso critico acuto si verifica, c’è qualcuno che ha l’ultima parola? Fermo il quadro costituzionale in cui il conflitto si verifica, no. Da una parte, il legislatore potrebbe superare la sentenza modificando la Costituzione, così cambiando le regole del gioco e vincendo la partita. Ma, allora sarebbe un’altra partita. Dall’altra parte, il giudice — il giudice costituzionale — si è riconosciuto il potere di dichiarare incostituzionale anche la legge costituzionale, quando essa violi i principi ‘supremi’ e immodificabili della Costituzione, categoria che spetta ancora una volta alla Corte di stabilire che cosa comprende. Quando si arrivasse al punto critico di un conflitto costituzionale, né il legislatore costituzionale, né la Corte costituzionale potrebbero risolverlo unilateralmente attraverso una ‘ultima parola’ se non innescando una nuova e più profonda crisi che scuoterebbe le basi della Costituzione stessa.

Questo significa una cosa importante, quanto all’etica necessaria nello Stato costituzionale di diritto: la crisi è sempre astrattamente possibile, anche se per lo più sta sullo sfondo. Occorre operare perché non appaia in primo piano poiché, in tal caso, ci sarebbero non più le ragioni del diritto, ma ci sarebbe solo la ragione della forza, il che è agli antipodi dello spirito della Costituzione che abbiamo. Come si parla di *self-restraint*, come virtù del giudice che pronuncia sentenze, così se ne dovrebbe parlare anche come virtù delle forze politiche che parlano con le leggi. Così ha concluso anche Maurizio Fioravanti in un bilancio tutto sommato assai positivo della

resa della Costituzione in questi decenni di sua vigenza (*La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale - Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, ora in *Lo Stato*, n. 19, anno X, 2022, pp. 153 ss.).

LO STATO E LE TIPOLOGIE STATUALI

LUIGI BLANCO
IL CONTRIBUTO DI MAURIZIO FIORAVANTI
ALLA COMPrensIONE
DELLA VICENDA STATUALE MODERNA IN EUROPA (*)

Memore di un antico e saggio consiglio, che mi invitava, negli anni di formazione dottorale, a rileggere di continuo i classici come anche quei contributi che hanno lasciato una traccia importante se non indelebile negli studi, sono tornato a leggere per questa iniziativa, dedicata al contributo scientifico di Maurizio Fioravanti, quei suoi testi che, ammetto da subito, hanno largamente influenzato le mie riflessioni sullo Stato moderno, in quanto forma storica di organizzazione del potere politico e della vita associata, condotte prevalentemente da una prospettiva storiografica, che era poi anche la stessa prospettiva privilegiata da Maurizio anche se maggiormente orientata sul versante storico-giuridico. In primo luogo la notissima voce dell'*Enciclopedia del diritto*, che considero il suo contributo più rilevante per questa sezione degli studi in sua memoria ⁽¹⁾, e che venne pubblicato nel momento in cui anche io mi accingevo a quella ricognizione storiografica che sfociò poi nel saggio ospitato nell'Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica (ISAP) del 1994 ⁽²⁾.

(*) Si pubblica, con pochissime integrazioni e con l'aggiunta dell'apparato bibliografico strettamente necessario, il testo dell'intervento preparato, e solo parzialmente svolto, in occasione della Giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti.

(1) Cfr. FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, pp. 708-758. Ma già anticipato, come estratto della stessa *Enciclopedia*, nel 1987 e poi ripubblicato in *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 7-104.

(2) L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di « Stato moderno »*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, « Annale I.S.A.P. », 2 (1994), pp. 259-297.

Come noto, in quel testo Maurizio Fioravanti passa in rassegna, in modo sistematico, con invidiabile capacità di sintesi e finezza di analisi, i contributi della storiografia e della scienza giuridica sulla vicenda dello Stato moderno, enucleando tre declinazioni o interpretazioni o « paradigmi interpretativi », come lui stesso li definisce, di tale vicenda.

Riservandomi di tornare sul punto, l'aspetto che più mi colpì sin dalla prima lettura stava nel quadro di lunga durata che si offriva della vicenda dello Stato, che inglobava per intero anche il medioevo o perlomeno il tardo medioevo. Era una indicazione importante che ha influenzato anche il mio modo di porre il problema della vicenda statale moderna, ma che è stata fondamentale anche in generale per gli sviluppi della storiografia sullo Stato, che allora a me appariva caratterizzata da una sorta di schizofrenia tra la tendenza a considerare la forma-Stato un « fantasma storiografico »⁽³⁾ e l'altra, antitetica, volta a retrodatarne la formazione ai secoli centrali dell'età medievale. Mi limito a citare soltanto, a quest'ultimo proposito, Jean-Philippe Genet, animatore delle due grandi ricerche collettive del Centre Nationale de la Recherche Scientifique francese e della Fondazione europea della scienza sulle origini dello Stato moderno, il quale ancora di recente ha sostenuto che fin dalla fine del Duecento si è prodotto un cambiamento decisivo « che conteneva *in nuce* la futura evoluzione e la trasformazione della monarchia a impronta feudale in ciò che possiamo definire già da quel momento Stato moderno, dal momento che quella forma di Stato fu l'antenato

⁽³⁾ Espressione coniata da Carlos Petit nella recensione al volume di F. Barrios, *El Consejo de Estado de la Monarquía Española, 1526-1812*, Madrid 1984, in « Hispania » XLVI (1986), p. 443; si veda anche a tale proposito S. DE DIOS, *El Estado Moderno, un cadáver historiográfico?*, in *Realidad e imágenes del poder. España a fines de la Edad Media*, coordinación A. Rucquoi, Valladolid, 1988, pp. 389-408 e l'intervento alla tavola rotonda conclusiva del Convegno di Chicago (26-29 aprile 1993), i cui atti sono stati raccolti sotto il titolo *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1994, di Paolo Prodi che ritiene sia giunta l'ora, storiograficamente parlando, di sottoporre ad esame autoptico lo Stato moderno (*È ora possibile l'anatomia dello Stato moderno?*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento » 1994, pp. 265-271, ripubblicato in P. PRODI, *Storia moderna o genesi della modernità?*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 91-99).

diretto, senza fratture evolutive, dello stato moderno europeo così come esiste oggi » (4).

Non era questa, come noto, la prospettiva di Fioravanti. Anzi il suo saggio prendeva le mosse da un interrogativo molto più sottile, relativo sempre al medioevo e alla sua immagine (5). Egli si chiedeva infatti « quanto la teoria dello Stato moderno abbia influenzato la storiografia delle trasformazioni politiche tra Medioevo ed Età moderna », ed in particolare « quanto quella teoria sia stata costruita anche ‘attraverso’ la riflessione storiografica sulle ‘origini’ dello Stato moderno, attraverso la continua produzione d’immagini del politico pre-moderno funzionali a ribadire i caratteri, ritenuti paradigmatici, di quello Stato medesimo ». In definitiva l’interrogativo verteva su « quale consistenza teorica avrebbe il nostro modello dello Stato moderno in chiave impersonale-burocratica [...] se la storiografia non avesse continuamente descritto il politico medievale prevalentemente in chiave opposta di relazioni personali-clientelari » (6).

Il rimando alla notissima, ancorché superata a mio avviso, formulazione di Theodor Mayer che aveva distinto troppo schematicamente tra « Stato per associazioni personali » (*Personenverbandsstaat*) e « Stato istituzionale territoriale » (*institutioneller Flächenstaat*) (7) può servire a chiarire il diverso orizzonte interpretativo che emerge dalla voce dell’*Enciclopedia del diritto*. Per Fioravanti la questione del medioevo non si declina nella direzione dello Stato *del* o *nel* Medioevo (alla polemica tra Otto Brunner e Georg von Below o Heinrich Mitteis dedica pagine molto dense e illuminanti), questione che si è riproposta ancora di recente, negli anni Duemila, nella storiografia anglosassone attraverso la discussione tra

(4) J.Ph. GENET, voce *Stato*, in *Dizionario dell’Occidente medievale. Temi e percorsi*, a cura di J. Le Goff e J.C. Schmitt, Torino, Einaudi, 2003, p. 1115 (l’edizione francese è del 1999).

(5) Cfr. almeno G. SERGI, *L’idea di Medioevo. Fra storia e senso comune*, Roma, Donzelli, 2005.

(6) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., pp. 709-710.

(7) Il saggio di Mayer, *I fondamenti dello Stato moderno tedesco nell’alto Medioevo*, risale al 1939 (« *Historische Zeitschrift* », pp. 457-487) ma ha avuto ampia circolazione nella storiografia italiana, al pari di molti altri contributi stranieri, grazie alla sua traduzione in *Lo Stato moderno*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, vol. I: *Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, il Mulino, 1971, pp. 21-49.

Rees Davies e Susan Reynolds, con il primo che ha stigmatizzato il ricorso eccessivo e indiscriminato al termine « Stato » per denotare l'esperienza politica medievale, rispolverando l'espressione coniata da Elizabeth Brown circa la « tirannia » esercitata sulla medievistica dal concetto di feudalesimo (che andrebbe pertanto espunto dal vocabolario dello storico del medioevo e dalla manualistica ⁽⁸⁾), per applicarla al concetto di *medieval State* ⁽⁹⁾. Se per Davies la medievistica si è mostrata troppo adesiva al vocabolario dei modernisti e più in generale ad una prospettiva che ha inteso riproporre a ritroso schemi e interpretazioni del mondo moderno e contemporaneo, giungendo ad esprimere la sua preferenza per la sostituzione del termine « Stato » con altri più adeguati alla comprensione della realtà medievale, come ad esempio il concetto di signoria (*lordship*, *Dominium*, *seigneurie*, *Herrschaft*), Susan Reynolds ritiene invece che non bisogna avere paura della terminologia ma piuttosto usarla con la necessaria attenzione critica e analitica. Al di là di questa disputa concettuale che del resto non è nuova nella storiografia contemporanea (basti ripensare alle considerazioni di Lucien Febvre o ancor prima a quelle di Otto Gierke, per non dire delle puntuali osservazioni di Otto Brunner sull'uso dei termini così come rinvenibili nelle fonti o tipologicamente costruiti), l'obiettivo principale di Fioravanti consisteva piuttosto nel riportare l'attenzione sul medioevo politico non in chiave di opposizione o alterità, positiva (come nel caso di Brunner) o negativa (come per Weber), bensì come « teatro storico, in senso ampio, della produzione di una serie di eventi di rilevanza costituzionale che sono giudicati essenziali per la concreta affermazione dello Stato moderno medesimo » ⁽¹⁰⁾. In

(8) E. A. R. BROWN, *The Tyranny of a Construct: Feudalism and Historians of Medieval Europe*, in « American Historical Review », 79 (1974), n. 4, pp. 1063-1088.

(9) R. DAVIES, *The Medieval State: The Tyranny of a Concept?*, in « Journal of Historical Sociology », 16 (2003), n. 2, pp. 280-300 (il saggio in forma più schematica e assertiva era stato già anticipato sul n. 1 del marzo 2002 della stessa rivista col titolo *The State: The Tyranny of a Concept?*, pp. 71-74); S. REYNOLDS, *There were States in Medieval Europe: A Response to Rees Davies*, in « Journal of Historical Sociology », 16 (2003), n. 4, pp. 550-555. Di quest'ultima si veda anche, per un inquadramento storiografico complessivo, *The Historiography of the Medieval State*, in *Companion to Historiography*, edited by M. Bentley, London, Routledge, 1997, pp. 117-138.

(10) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 733.

sostanza, attraverso la problematizzazione del medioevo, egli poneva la questione della lunga durata entro cui va opportunamente collocato il processo di formazione (gestazione, affermazione e consolidamento) dello Stato nell'Occidente europeo. Lunga durata che va assolutamente declinata, a mio avviso e a dispetto di coloro che vedono nella ricerca delle origini una deformazione della ricerca storica, tutta protesa a rinvenire il momento genetico o la causa prima, con il tema delle origini dello Stato ⁽¹¹⁾. Per la ragione che alla lunga durata non va associata una prospettiva continuista o evolutiva del processo storico né tantomeno la tesi dell'immobilismo della forma-Stato. È opportuno rileggere ancora Fioravanti che in un breve ma molto meditato saggio apparso in prima battuta sulla rivista « Scienza & Politica », metteva in guardia dal rischio più serio che corre la ricerca sullo Stato moderno (e sul suo profilo costituzionale), vale a dire il continuismo e la pesante ipoteca che esso lascia nell'interpretazione degli storici e nella percezione dei contemporanei:

Fin quando rimarremo in questa logica, dalla nostra posizione di oggi, e rivolti indietro, continueremo a vedere solo ciò che immediatamente ci precede, ovvero lo Stato nazionale sovrano del diciannovesimo secolo, e solo per suo tramite leggeremo il passato più risalente, immancabilmente deformandolo, e ragioneremo sul nostro presente e sul nostro futuro, leggendolo invariabilmente — come quasi sempre accade — in chiave di 'crisi' di quel medesimo Stato nazionale sovrano.

Ragion per cui risulta quanto mai necessario, a suo avviso, « uscire dalla logica continuistica [per] evitare di collocare il nostro attuale e immediato presente costituzionale alla fine di una catena in cui ogni anello precede e rende possibile quello successivo » ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Mi permetto di rinviare al mio *Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2020. A proposito della formazione dello Stato come processo di « lunga durata » si veda anche il IV volume della *Histoire de la France*, sous la direction de A. Burguière et J. Revel, ad opera di R. Descimon, A. Guery, J. Le Goff, *La longue durée de l'État*, diretto da J. le Goff, Paris, Editions du Seuil, 2000.

⁽¹²⁾ FIORAVANTI, *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in « Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine », 31 (2004), pp. 39-48, cit. pp. 46-47, che riproduce la relazione tenuta l'8 dicembre 2004 presso la Scuola Superiore di Studi Storici dell'Università degli Studi della Repubblica di San Marino, nell'ambito del

Per questa ragione, soffermarsi sulle origini, sulla genesi, dello Stato moderno, serve, al contrario di quanto si possa pensare di primo acchito, proprio per sfuggire alla trappola del continuismo, cercando di riattivare le possibilità inesprese o inattuato (non tanto una storia controfattuale ma la comprensione delle circostanze che non hanno consentito sviluppi altri) e allontanare, sulla scia delle riflessioni di Pierre Bourdieu, quei rischi di « naturalità », « universalità » e « neutralità » che sono da sempre insiti in una riflessione sullo Stato del passato e del presente. Per riprendere ancora una illuminante intuizione del sociologo francese, prematuramente scomparso, « la ricostruzione della genesi è forse il più potente degli strumenti di rottura » e serve per ricordarci, in ogni passaggio della ricerca, che « l'istituzione istituita » tende a far « dimenticare di essere il risultato di una lunga serie di atti di istituzione e si presenta del tutto naturale » (13).

Come noto, nella voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, da cui ho preso le mosse, Fioravanti individua, anzi ricostruisce con straordinaria capacità di sintesi e padroneggiando una vastissima letteratura, dottrinale e storiografica (14), tre paradigmi interpretativi della vicenda statale contrassegnati i primi due dalle coppie concettuali « razionalità-istituzionalità », e « unità-sovrantà » e il terzo dal termine « equilibrio ». Sarebbe troppo lungo soffermarsi su ciascuno di

Convegno su « Lo Stato moderno di *ancien régime* », i cui atti sono stati pubblicati col medesimo titolo, a cura di L. Barletta e G. Galasso, San Marino, Aiop Editore, 2007, pp. 185-195.

(13) Cfr. P. BOURDIEU, *Spiriti di Stato. Genesi e struttura del campo burocratico*, in *Ragioni pratiche*, Bologna, Il Mulino 1995, pp. 89-119, cit. p. 95 (una prima versione, che si discosta su più punti dalla traduzione italiana, era apparsa sulla rivista, fondata da Bourdieu, « Actes de la recherche en sciences sociales », 1993, n. 96-97, pp. 49-62); dello stesso si veda anche *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, édition établie par P. Champagne, R. Lenoir, F. Poupeau et M.-Ch. Rivière, Paris, Seuil, 2012 (trad. it. *Sullo Stato. Corso al Collège de France*, Milano, Feltrinelli, 2013).

(14) A proposito della traiettoria intellettuale di Fioravanti, dei centri di studio e di confronto, dei debiti contratti e dei contributi originali forniti alla comprensione della vicenda statale e costituzionale moderna, che ha avuto nell'Istituto storico italo-germanico di Trento e nei gruppi di ricerca finanziati dal C.N.R. e animati da Pierangelo Schiera un luogo privilegiato, si veda la bella intervista concessa a Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *Costituzionalismo e storia del pensiero giuridico. Intervista al Professor Maurizio Fioravanti*, in « Historia Constitucional », 14 (2013), pp. 583-610.

questi paradigmi, ma va quantomeno segnalato che la preferenza di Maurizio va al terzo, quello contraddistinto, con le sue parole, da « un ragionevole equilibrio tra autorità e libertà, tra concentrazione e partecipazione » (15). Nel delineare questo terzo paradigma, egli fa ricorso alla storiografia più avvertita, da Otto Brunner a Gerhard Oestreich, da Giorgio Chittolini a Elena Fasano Guarini a António Manuel Hespanha, a quella storiografia che, in estrema sintesi, ha insistito, per riprendere l'efficace espressione di Oestreich, sugli « elementi non assolutistici dello Stato moderno » (16), ma soprattutto, e sta qui a mio avviso l'aspetto più interessante della sua ricostruzione, recupera la storiografia costituzionale anglosassone, da Maitland a McIllwain, che era ed è rimasta più marginale nel panorama storiografico europeo-continentale. L'adozione di quest'ultimo paradigma interpretativo gli consente di mettere in evidenza e di sottolineare come la struttura dello Stato moderno non sia altro che il « risultato contraddittorio ed ambivalente di una permanente interazione tra *universitas* e *societas* », termini dietro i quali si celano, a suo giudizio, lo « Stato-progetto » della tradizione europeo-continentale e lo « Stato-equilibrio » di quella anglo-americana (17).

Pur consapevole delle differenze di sviluppo storico e giuridico tra mondo continentale ed esperienza politica insulare, Fioravanti è profondamente attratto dalle comunanze di sviluppo, dall'individuazione delle strutture fondamentali comuni dei sistemi di potere. In modo divergente dagli sviluppi storiografici più recenti in tema di Stato moderno, tutti protesi a delineare peculiarità, eccezioni, anomalie, *Sonderwege*, la sua impostazione è rivolta, invece, a individuare soprattutto i tratti comuni, le analogie strutturali di sviluppo, al di là di ogni eccezionalismo (18). Non si tratta, a mio avviso, di percorsi o impostazioni inconciliabili, bensì di scelte, che in defini-

(15) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 733.

(16) G. OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo* (1969), in *Lo Stato moderno*, vol. I: *Dal Medioevo all'età moderna*, cit., pp. 173-91, cit. p. 177.

(17) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 746.

(18) Il modello o il caso più celebrato di questo « eccezionalismo » resta quello inglese; cfr. M. BENTLEY, *The British State and its Historiography*, in *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, édité par W. Blockmans - J.-Ph. Genet, Rome, École Française de Rome, 1993, pp. 153-168.

tiva si riducono a una questione di scala e, conseguentemente, di prospettiva storiografica, non solo legittime, ma entrambe utili, se non necessarie, che rispondono al bisogno sia degli studi di caso come dell'elaborazione di modelli esplicativi più generali. Ciò che preme a Maurizio Fioravanti è la possibilità/capacità di elaborare profili d'insieme, modelli interpretativi, della vicenda statale su scala europea, senza scordare la proiezione nordamericana. Una ricostruzione che sia in grado di ricondurre ad unità non solo le molteplici e variegate esperienze di costruzione statale ma anche i due modelli interpretativi che hanno informato le letture storiografiche di questa plurisecolare vicenda, quasi sempre letta in modo unilineare.

La vicenda dello Stato moderno per la sua complessità e pluralità di radici non si presta, a suo giudizio, ad una lettura unilineare; essa è stata, al contrario, plasmata da entrambe quelle tradizioni politiche e giuridiche che fanno capo, nella sua impostazione, all'*universitas* che ha informato l'esperienza continentale e alla *societas* tipica della tradizione costituzionale inglese (19). E per tale ragione va inquadrata in un più ampio processo storico nel quale confluiscono elementi medievali e moderni. Sempre con le parole di Fioravanti:

(19) Non c'è quasi bisogno di ricordare che queste due esperienze sono state lette in modo oppositivo dalla storiografia, che ha visto nelle vicende e negli assetti istituzionali francese e inglese gli stereotipi delle opposte vie della costruzione dello Stato moderno e del costituzionalismo europeo. Così come non c'è bisogno di richiamare come alle spalle di queste interpretazioni vi sia la lezione di John Fortescue, acuto osservatore della realtà storica che aveva sotto gli occhi, ma anche fine propagandista della bontà della forma di governo inglese. Nel suo *De Laudibus Legum Angliae*, opera che si pone nel solco degli *specula principum*, concepita per l'istruzione del giovane principe del Galles, Edoardo, seguito nell'esilio francese, il più eminente giurista e teorico inglese del Quattrocento descrive la forma di governo inglese, contrapponendola a quella francese dominata dalle leggi civili (dal principio « quod principii placuit legis habet vigorem iuxta leges civiles »), come l'esempio più alto di *dominium politicum et regale*, vale a dire di esercizio del potere politico caratterizzato dal rispetto delle « leggi del paese » (*leges terrae*) e dal coinvolgimento nell'attività legislativa della comunità del regno attraverso i suoi rappresentanti (*De Laudibus Legum Angliae*, edited and translated with introduction and notes by S. B. Chrimes, 1949 (1^a ed. 1942) Cambridge, Cambridge University Press).

Non si tratta di riportare sempre più indietro le ‘origini’ dello Stato moderno, tanto meno di funzionalizzare la storia dei ceti alla storia dello Stato, o di rendere le istituzioni medievali-cetuali leggibili in chiave di moderna rappresentanza popolare. Si tratta piuttosto di non identificare la storia della ‘modernizzazione’ politica con la storia della sovranità statale ‘assoluta’ e dei suoi apparati, di complicare il nostro sistema di riferimento denominato ‘Stato moderno’ con il necessario richiamo al rapporto sempre presente tra esercizio dei poteri di prerogativa ed organizzazione degli interessi sul territorio ⁽²⁰⁾.

Tutto ciò si riflette sul quadro periodizzante e sulle cesure interne a questo quadro, questione che tornerà prepotente nei successivi contributi, nel saggio di apertura, di carattere programmatico, al volume *Lo Stato moderno in Europa* (2002), da lui curato e che rappresenta un vero e proprio contributo collettivo della scuola fiorentina fondata da Paolo Grossi ⁽²¹⁾, e nel già richiamato intervento al Convegno di San Marino (2004). Ma sin dalla voce dell’*Enciclopedia del Diritto* egli guarda con interesse all’impostazione di Hespanha, nella quale « la problematica della ‘modernità’ politico-istituzionale » sembra svanire, « schiacciata verso la contemporaneità, o, come rovescio della medaglia, essendo diluita all’interno del lunghissimo periodo precedente dove è obbligata a fare i conti con la dominante stratificazione politico-sociale in senso corporativo-pluralistico » ⁽²²⁾. Polo corporativo-pluralistico nel quale va ricompresa anche la componente territoriale, vale a dire quei numerosi privilegi dei territori (su cui non posso soffermarmi in questo scritto) che rimandano a quella caratterizzazione composita degli Stati moderni che rappresenta un indirizzo storiografico prevalente, e tra i più interessanti per una più adeguata comprensione della forma-Stato, oggi negli studi, dopo i contributi pionieristici di Helmut G. Koenigsberger e di John H. Elliott ⁽²³⁾. In ogni caso, sin

⁽²⁰⁾ FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., pp. 734-735.

⁽²¹⁾ *Lo Stato moderno in Europa Istituzioni e diritto*, a cura di FIORAVANTI, Roma-Bari, Laterza, 2002 (con contributi nell’ordine di P. Costa, L. Mannori e B. Sordi, P. Cappellini, P. Grossi, G. Cazzetta, M. Sbriccoli, S. Mannoni).

⁽²²⁾ FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 733.

⁽²³⁾ H.G. KOENIGSBERGER, *Dominium Regale or Dominium Politicum et Regale. Monarchies and Parliaments in Early Modern Europe*, in *Politicians and Virtuous. Essays in Early Modern Europe*, London, Ronceverte, The Hambledon Press, 1986, pp. 1-25 (si

da quel momento la cesura rivoluzionaria gli appare fondamentale come « il luogo storico in cui si produce la forma Stato ‘moderna’, per il duplice tramite delle codificazioni, civili e costituzionali, e della creazione di un’amministrazione centralizzata finalmente capace di spezzare la struttura pluralistico-cetuale della costituzione tradizionale, d’imporre fini collettivi di lungo periodo ormai del tutto svincolati dall’adesione consociativa degli interessi organizzati » (24). Ma anche, si può aggiungere, attraverso una nuova configurazione (e percezione) del territorio dello Stato, geometricamente e omogeneamente ripartito, sulla base del disegno del Comitato di costituzione guidato da Siéyès e Thouret che attraverso la formazione dei dipartimenti mirava all’eliminazione anche dei privilegi territoriali delle antiche province e non solo di quelli sociali e corporativi (25).

tratta in realtà della Lezione inaugurale tenuta al *King’s College* dell’Università di Londra nel 1975); J.H. ELLIOTT, *A Europe of Composite Monarchies*, in « Past & Present », 137 (1992), pp. 48-71; C. RUSSELL, *Composite Monarchies in Early Modern Europe. The British and Irish Example*, in *Uniting the Kingdom: the Making of British History*, edited by A. Grant and K.J. Stringer, London-New York, Routledge, 1995, pp. 133-146; *Las monarquías del antiguo régimen, monarquías compuestas?*, dirigido par C. Russell-J.A. Gallego, Madrid, Editorial Complutense, 1996. Il termine *composite state* è stato utilizzato anche da James Grubb con riferimento alla repubblica di Venezia e in particolare ai rapporti tra Vicenza e la Dominante (*Firstborn of Venice. Vicenza in the Early Renaissance State*, Baltimore-London, Johns Hopkins University Press, 1988). Per un contributo recente, tra storia e scienza politica, D. DO PAÇO, *De l’État composite à l’État décomposé: le retour de l’Ancien Régime*, in « Histoire@Politique », 38 (2019), en ligne.

(24) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 751.

(25) Cfr. M.-V. OZOUF-MARIGNIER, *La formation des départements. La représentation du territoire français à la fin du 18 siècle*, Paris, Éditions de l’École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1989. Come noto, il volume della Ozouf-Marignier privilegia « lo studio delle rappresentazioni mentali », sulla scia di una geniale intuizione di Pierre Bourdieu secondo cui la sicurezza con la quale si privilegia « la connaissance de la « réalité » par rapport à la connaissance des instruments de connaissance n’est sans doute jamais aussi peu fondée que dans le cas d’une « réalité » qui, étant d’abord *représentation*, dépend aussi profondément de la connaissance et de la reconnaissance » (*L’identité et la représentation*, in « Actes de la recherche en sciences sociales » 35, 1980, p. 63). Va precisato che la soppressione delle antiche province non faceva parte di nessuna delle richieste formulate dal terzo stato nei *cabiers de doléances* e indirizzate agli stati generali dell’89. Sui « modelli tipologici » della territorialità dal medioevo al XIX secolo, cfr. L. MANNORI, *La nozione di territorio fra antico e nuovo regime. Qualche appunto per uno studio sui modelli tipologici*, in *Organizzazione del potere e territorio*.

Nell'ultimo richiamato saggio, confluito negli Atti del convegno sanmarinese, egli fa propria, nel contesto di una più stringente periodizzazione delle forme di Stato, un'espressione, non nuova a dire il vero, che può apparire a mio avviso un escamotage e che contiene una contraddizione intrinseca. Mi riferisco all'espressione « Stato moderno d'*ancien régime* » per la quale ringrazia, per il suggerimento formulato nel corso della discussione, Giuseppe Galasso e con la quale ritiene opportuno sostituire la sua originaria formulazione di « Stato moderno delle origini ». Tralasciando il fatto che a me personalmente risulta ancora oggi più pregnante quest'ultima espressione, e accennando soltanto alla paternità della stessa che spetta ad Angelo Ventura per il quale essa indica « un aggregato di ordini e corpi, di città e signorie rurali, di province e paesi, ciascuno dotato di particolari privilegi riconosciuti dal principe » (26), mi sembra che questa formula metta assieme due periodizzazioni che richiamano prospettive interpretative e orizzonti di valore antitetici: modernità e *ancien régime*.

Entrambi i termini, per i quali si sono formulate differenti periodizzazioni, risultano problematici e meritano qualche considerazione. Per il secondo è quasi superfluo riprendere le puntuali osservazioni di Denis Richet, per il quale l'espressione « antico regime » ha una connotazione « *uniquement négative* » in quanto definisce e legge « un existant, un présent, un réel, par un futur », considerando antico o obsoleto tutto ciò che precede la nuova società borghese, liberale e industriale del XIX secolo. Inoltre, utilizzando l'espressione « antico regime » si sposta l'attenzione sulle fasi finali e dissolutive di un processo che ha origini ben più remote (27); tanto che, in perfetta sintonia, il grande storico della

Contributi per una lettura storica della spazialità, a cura di L. Blanco, Milano, Franco-Angeli, 2008, pp. 23-44.

(26) Formulata nell'*Introduzione a Dentro lo "Stado italico". Venezia e la Terraferma fra Quattro e Seicento*, a cura di G. Cracco-M. Knapton, n. monografico di « Civis. Studi e Testi » VIII (1984), n. 24, p. 10 e applicata giustappunto all'organizzazione costituzionale e territoriale della Serenissima.

(27) D. RICHEL, *La France Moderne: l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973, p. 7 (trad. it. *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, a cura di F. Di Donato, Roma-Bari, Laterza, 1998); per lo storico francese non è possibile descrivere un insieme (« *une totalité* ») « par le moment où elle se dissout,

rivoluzione francese François Furet ha potuto affermare che l'*ancien régime* « a une fin mais pas de naissance », affrettandosi ad aggiungere che, al contrario, la rivoluzione « a une naissance mais pas de fin » (28). Tutto il contrario, insomma, di quanto accade con l'altra nozione di « età moderna » o modernità, che invece pone l'accento sulla crisi e sulla rottura col mondo medievale (29). Ma anche la nozione di modernità, e l'aggettivo moderno, che pure Fioravanti continua ad utilizzare e a ritenere necessario per denotare la forma-Stato, pone problemi sia in termini di periodizzazione che di connotazione sostantiva. Quest'ultimo non va inteso, a mio avviso, in termini periodizzanti, nel senso cioè di Stato dell'età moderna, con la conseguenza di individuare tante e diverse periodizzazioni in funzione delle differenti storiografie nazionali che continuano a dominare il panorama storiografico europeo nonostante gli appelli continui alla de-europeizzazione della storia e agli approcci globali. Ritengo più utile, semmai, porre il problema, sulla scia delle indicazioni di Paolo Prodi, della genesi della modernità per giungere opportunamente ad evidenziare che la modernità statale è solo una delle traiettorie che hanno contribuito a strutturare la civiltà occidentale e che è più appropriato parlare su scala globale di molteplici modernità (30).

dans les consciences puis dans les institutions»; si tratta piuttosto di una « illusion rétrospective — celle des hommes de 89 — abusivement accréditée par les historiens du XIX et XX siècles. Née de l'historiographie libérale et révolutionnaire, l'image de l'« Ancien Régime » n'est qu'une esquisse vague dépourvue de toute fermeté dans la couleur, de toute rigueur dans le dessin ». Cfr. anche D. VENTURINO, *La naissance de l'« Ancien Régime »*, in *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. II: *The Political Culture of the French Revolution*, ed. C. Lucas, 1988, Oxford-New York, Pergamon, pp. 11-40.

(28) F. FURET, *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978, p. 16, il quale precisa che: « l'histoire 'moderne' se termine en 1789, avec ce que la Révolution a baptisé l'« Ancien Régime », qui se trouve ainsi avoir, à défaut d'un acte de naissance clair, un constat de décès en bonne et due forme » (p. 15).

(29) RICHET, *La France Moderne*, cit., p. 7.

(30) P. PRODI, *La storia moderna*, in *La storia moderna*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 45-102, ripubblicato in *Storia moderna o genesi della modernità?*, cit., pp. 25-89; mi permetto di rinviare anche a L. BLANCO, *Stato, amministrazione, territorio: note sulla "modernità"*, in « Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia », XXXI (2019), n. 2, pp. 93-103.

Per tale ragione, conclusivamente, mi sembra che l'espressione proposta da Fioravanti, con l'intento di uscire dall'impatto relativo allo Stato moderno (mantenere l'aggettivazione ma senza limitarla esclusivamente allo Stato nazionale di diritto del XIX secolo) finisca per relegare in un indistinto antico regime l'arco storico plurisecolare nel quale si creano le condizioni per la realizzazione di quella forma storica di organizzazione del potere e di ordinamento della vita associata che gli uomini dell'epoca, ma soprattutto i posteri, chiameranno Stato e per assegnare un significato di radicale discontinuità alla svolta della rivoluzione francese. Con il rischio di ripetere l'errore dei rivoluzionari dell'89 che, nel tentativo palinogenetico di fondare un nuovo regime, coniarono retrospettivamente, per indicare tutto ciò che era vecchio e che andava pertanto abbattuto nel nuovo mondo dei diritti e dell'uguaglianza, l'espressione « antico regime »: errore che proprio Maurizio Fioravanti, a partire dal saggio da cui ho preso le mosse, ci invita insistentemente a non fare.

L'ultima osservazione riguarda la tipologizzazione delle forme di Stato e di costituzione, fornita nel saggio quasi introduttivo de *Lo Stato moderno europeo*, e in particolare la connotazione della prima forma come « Stato giurisdizionale », che si ritrova come una sorta di filo rosso pure nei suoi precedenti contributi anche se in quest'ultimo caso con un intento più sistematico ⁽³¹⁾. Si tratta di una formula che ha avuto molta fortuna e ampia circolazione nella storiografia giuridica e istituzionale italiana, ma anche in quella spagnola e francese. Con essa Fioravanti, e più in generale gli studiosi che si richiamano all'insegnamento di Paolo Grossi, indica la prima forma dello « Stato moderno europeo », « prevalente fino alla rivoluzione francese e alla svolta della fine del XVIII secolo » e caratterizzata, mi sia consentita la lunga citazione, da:

a) un territorio sempre più inteso in senso unitario, ma in cui l'unità è preceduta, logicamente e storicamente, dalle parti che la compongono, nel senso che chi governa al centro è sempre costretto a presupporre l'esistenza di una fitta schiera di soggetti, dalle città alle comunità rurali, dagli ordinamenti ecclesiastici alle corporazioni, ben lungi dal poter essere considerati mere 'sezioni' dell'intero e il cui contributo attivo è anzi necessario proprio per esercitare il governo del territorio medesimo; *b)* un

⁽³¹⁾ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 3-36.

diritto anch'esso sempre più funzionale alla cura dell'intero, ma che non per questo si traduce automaticamente in diritto gerarchicamente sovraordinato rispetto ai diritti delle parti e dei singoli luoghi: un diritto che continua dunque a essere comune, e non unico, perché proteso alla razionalizzazione e magari anche alla riforma, dei diritti particolari, ma non alla loro abrogazione; c) un governo che opera sempre più con riferimento al territorio nel suo insieme, e anche nella sua unitarietà, ma non per questo con l'intento di generare uniformità, nel senso di conformazione generalizzata della periferia al centro: un governo dunque che non opera per il tramite di un'amministrazione deputata a esprimere in ogni luogo, al centro come in ogni punto della periferia, la presenza e la forza dell'*imperium*, ma per il tramite della giurisdizione, che consente in modo ben più elastico di governare una realtà territoriale complessa, essenzialmente con l'intento di mantenere la pace, di consociare e tenere in equilibrio le forze concretamente esistenti ⁽³²⁾.

Fioravanti è estremamente consapevole, come si ricava da questa caratterizzazione molto controllata della prima forma dello « Stato moderno europeo », che corrisponde alla fase che si estende dall'autunno del medioevo alla rivoluzione francese, dei fattori di trasformazione che agiscono all'interno di questa forma di organizzazione del potere, a cominciare dalla stagione dell'« assolutismo », che ravvisa pienamente operante nella Francia *louis-quatorzienne* e nell'Inghilterra del Seicento; ma è altresì convinto che questa epoca storica non sia stata tale da assurgere ad una vera e propria forma di Stato nell'Europa moderna, semmai ad una forma di governo, limitata a quelle due esperienze storico-istituzionali. Anche le celebri *Ordonnances* di Luigi XIV non gli sembra siano state in grado di modificare del tutto i paradigmi organizzativi dello Stato giurisdizionale, dominato ancora, con l'espressione di due studiosi che provengono dalla stessa scuola e che hanno collaborato al volume in questione, dall'« auto-amministrazione » e non dall'« etero-amministrazione » che si affermerà con la svolta rivoluzionaria ⁽³³⁾.

Di questa forma di organizzazione del potere statale, su base giurisdizionale e dominante fino alla Rivoluzione francese, mi sembra sia opportuno sottolineare soprattutto la rilevanza della conflit-

⁽³²⁾ Ivi, pp. 8-9.

⁽³³⁾ Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 59-101 e degli stessi autori, con ben più ampio inquadramento e sviluppo. *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

tualità interna. Conflittualità che rimanda a quei due processi antitetici che fanno riferimento alla concentrazione del potere e alla partecipazione allo stesso o alla sua limitazione, e che possono essere definiti ricorrendo ai due concetti, che avrebbero bisogno di molte precisazioni ma che sono fortemente evocativi e forse anche orientativi, di « assolutismo » e « costituzionalismo ». Già Vicens Vives, nel lontano 1960, in occasione dell'XI Congresso internazionale di scienze storiche svoltosi a Stoccolma, aveva posto, in un saggio molto noto, al centro della sua analisi proprio l'elemento della conflittualità interna all'organizzazione delle entità statuali moderne, parlando di « passaggio dalla preponderanza dell'amministrazione giudiziale alla preponderanza dell'amministrazione esecutiva » (34). E successivamente, nella medesima direzione, Ernst Hinrichs ha evidenziato la contrapposizione durante il XVII e XVIII secolo tra i moduli organizzativi dello « Stato di giustizia » e dello « Stato di amministrazione » (35); persino il massimo studioso del *Conseil du roi* nella Francia moderna, Michel Antoine, ha utilizzato questa contrapposizione per descrivere le trasformazioni in atto nella monarchia francese ed evidenziare le due modalità di organizzazione e di esercizio del potere monarchico. Nella società di corpi francese, ma caratteristica dell'intero Occidente europeo sulla base dell'allargamento di orizzonti, storici e storiografici, operato da Émile Lousse con il passaggio dallo « Stato per ceti » allo « Stato corporativo » (36), il ruolo del « roi justicier relevait de l'arbitrage et du contrôle plus que de la gestion », mentre con lo smantellamento progressivo della società corporata, a vantaggio dell'individualismo

(34) J. VICENS VIVES, *Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII*, in *XI Congrès International des Sciences Historiques, Rapports IV: Histoire moderne*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1960, pp. 1-24 (trad. it. *La struttura amministrativa nei secoli XVI e XVII*, in *Lo Stato moderno*, cit., vol. I, pp. 221-246).

(35) E. HINRICHS, « Giustizia » contro « amministrazione ». *Aspetti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime*, in *La società francese dall'ancien Régime alla Rivoluzione*, a cura di C. Capra, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 199-227.

(36) A proposito dell'opera e dell'approccio di Émile Lousse mi sia consentito il rimando a BLANCO, *La storiografia « corporativa » e « costituzionale » di Émile Lousse: osservazioni e linee di verifica*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento » XIII (1987), pp. 271-326.

possessivo, è il ruolo dell'amministrazione tendenzialmente unitaria e accentrata a diventare preponderante o egemone (37).

Io stesso cercando di delineare il contesto politico e sociale entro cui collocare la nascita del corpo degli ingegneri di ponti e strade nella Francia del Settecento, il primo dei corpi amministrativi tecnici in ambito civile (38), ho insistito sul conflitto o scontro tra « società corporativa » e « monarchia amministrativa » che caratterizza la società e la politica francesi della tarda età moderna, giungendo al suo punto di rottura nell'epoca successiva al governo personale di Luigi XIV. Governo personale che risale come noto alla morte di Mazzarino (1661), quando il sovrano decide di fare a meno del sistema del « ministeriat », della mediazione cioè di un primo (o « principal ») ministro, assumendo direttamente la cura del governo del regno, e di emarginare la figura del cancelliere, centro e motore dell'« esprit de justice » (39) per imprimere una torsione amministrativa all'attività di governo (« esprit d'administration »). Trasformazione della struttura e dell'attività di governo (con al centro il nuovo Conseil des finances guidato da Colbert) che sempre Michel Antoine ha definito con il termine « rivoluzione », tracciando una sorta di filo rosso che la collega, sia pure non immediatamente e neppure troppo direttamente, alla grande rivoluzione.

Ciononostante, la formula dello « Stato giurisdizionale », pur comprendendo le motivazioni profonde che hanno portato alla sua costruzione, non mi ha mai convinto pienamente, perché finisce per

(37) Di Michel Antoine si veda, oltre alla sua grande opera *Le Conseil du Roi sous le règne de Louis XV*, Paris-Genève, Droz, 1970: *La monarchie française de François I à Louis XVI*, in *Les monarchies*, édité par E. Le Roy Ladurie, Paris 1986, pp. 185-208, cit. p. 188 e *La monarchie absolue*, in *The French Revolution and the creation of modern political culture*, vol. I. *The political culture of the Old Regime*, edited by K. M. Baker, Oxford-New York, Pergamon, 1987, pp. 3-24.

(38) BLANCO, *Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli « ingénieurs des ponts et chaussées »*, Bologna, il Mulino, 1991.

(39) A tale proposito si veda il cap. IX dell'opera di E. LE ROY LADURIE, *L'État royal. De Louis XI à Henri IV (1460-1610)*, Paris, Hachette, 1987 (trad. it. *Lo Stato del re. La Francia dal 1460 al 1610*, Bologna, il Mulino, 1999) dove viene riprodotta l'immagine dell'albero della giustizia di Charles de Fignon, mastro contabile presso la Camera di commercio di Montpellier, del 1579 che rappresenta una sorta di « organigramma » della monarchia francese con il tronco principale indicante la figura del cancelliere, personaggio centrale dello Stato di giustizia.

elidere l'altro corno del problema, quello dei progressi dell'amministrazione che pure non si possono negare, consegnando un'immagine troppo univoca o unidirezionale dell'antico regime o della modernità. In realtà le due modalità di organizzazione, di esercizio e di rappresentazione del potere sociale e politico hanno storicamente convissuto in un precario equilibrio e in modo conflittuale lungo tutto l'arco dell'età moderna. E anche quando sembra emergere nettamente la preponderanza egemonica dell'una sull'altra, di quella amministrativa su quella giustiziale, ciò non significa che il conflitto si sia definitivamente risolto, né tantomeno che la seconda abbia preso stabilmente il sopravvento eliminando del tutto moduli organizzativi e pratiche di esercizio del potere legate alle precedenti esperienze. Prova ne sia che neppure l'abolizione delle corporazioni d'arti e mestieri, nel corso della rivoluzione francese, abbia poi impedito la rinascita di forme e modalità di organizzazione corporativa e di tutela degli interessi nella nuova società borghese e liberale del mondo contemporaneo.

Inoltre mi pare che la formula « Stato giurisdizionale » non tenga pienamente conto di quanto essa sia anche lo specchio di una autorappresentazione, quella dei giuristi che partecipano attivamente alla costruzione dello Stato, e non si limitano a pensarlo e a interpretarlo giuridicamente ⁽⁴⁰⁾. Infine, da ultimo, mi sembra che la giurisdizione alla quale si fa riferimento risenta anche dei nostri schemi di pensiero, mentre nel medioevo e nell'età moderna, *iurisdicio*, come abbiamo tutti appreso dal gran libro di Pietro Costa, è un termine polisemico che non può essere confinato nei limiti angusti della giurisdizione odierna ⁽⁴¹⁾.

In definitiva, per chiudere queste poche osservazioni sul contributo fornito da Fioravanti alla comprensione della vicenda statutale moderna, mi sembra si debba più opportunamente parlare, prendendo ancora in prestito una sua citazione, di una « lunga coesistenza dei ricorrenti tentativi di concentrazione-razionalizzazione

⁽⁴⁰⁾ Cfr. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 19 (1990), pp. 323-504.

⁽⁴¹⁾ P. COSTA, *Iurisdicio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969.

dell'esercizio del potere politico — prima e dopo lo Stato assoluto — con la sostanziale caratterizzazione profonda della costituzione europea in senso corporativo-pluralistico » (42). Tale caratterizzazione mi pare sia una delle piste privilegiate per tentare di delineare una « prospettiva europea » (43) dello Stato moderno, che non è circoscrivibile alla traiettoria « atomistico-centralistica » (44), ma che va opportunamente collocata anche entro l'altra traiettoria di sviluppo che deve tener conto dei gruppi sociali e del loro contributo, alquanto sottovalutato, alla edificazione della moderna statualità (45). Compito quest'ultimo cui ha profuso molte delle sue energie intellettuali Maurizio Fioravanti.

(42) FIORAVANTI, voce *Stato (storia)*, cit., p. 735.

(43) Cfr. J. LALINDE ABADÍA, *Perspectiva europea de la Monarquía hispana*, in « Anuario de Historia del Derecho Español » LVIII (1988), pp. 205-276; BLANCO, *Lo Stato « moderno » nell'esperienza occidentale: appunti storiografici*, in *Dottrine e istituzioni in Occidente*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 2011, pp. 57-86 (volume dedicato da allievi e colleghi tedeschi al magistero di Pierangelo Schiera).

(44) L'espressione è di H. HINTZE, *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989 (ed. orig. Berlin-Leipzig, 1928).

(45) Cfr. O.G. OEXLE, *Les groupes sociaux du Moyen Âge et les débuts de la sociologie contemporaine*, in « Annales E. S. C. », 47 (1992), pp. 751-765; C. JOUIN, *Le moment Gierke. Introduction à Althusius et le développement des théories politiques du droit naturel d'Otto von Gierke*, in « Droit & Philosophie », 2021, en ligne.

LUCA MANNORI
STATO E TIPOLOGIE STATUALI
NELLA COSTRUZIONE DI MAURIZIO FIORAVANTI.
LA LEZIONE STORIOGRAFICA

Crocevia di una gran varietà di saperi, il tema dello Stato moderno è stato affrontato da Fioravanti dialogando intensamente non solo con i giuristi e i teorici della politica, ma anche con gli storici: intendendo qui non solo quelli del diritto o delle istituzioni, ma anche, e forse soprattutto, gli storici *tout court*, nel cui orizzonte lo Stato ha occupato un posto di primissimo piano. Come ha scritto per tutti Franco Benigno, « lo ‘Stato moderno’, per la storiografia europea degli ultimi due secoli, è stato molto più che un topos » (1). Esso ha rappresentato una delle vie maestre attraverso le quali « si è tentato in vario modo di dare conto, attraverso il filo rosso dell’accentramento dei poteri, della dimensione evolutiva della società europea occidentale » nel corso di un lunghissimo arco temporale, compreso tra il tardo medioevo e la piena contemporaneità (2). « Stato rinascimentale, *New Monarchies*, Assolutismo, *Polizeistaat*, Stato-macchina, *Despotisme éclairé* », per finire con lo Stato costituzionale e democratico — allineando in sequenza questa serie di modelli si è cercato di rispondere ad uno dei più formidabili interrogativi della storiografia contemporanea, quale quello della nascita del moderno. Un moderno che il paradigma statale collega appunto alla affermazione di un potere sempre più concentrato e

(1) F. BENIGNO, *Stato moderno*, in Id., *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, Viella, 2013, p. 163 (il testo riproduce, in parte rielaborandolo, il precedente saggio *Lo Stato moderno come topos storiografico*, in *Lo Stato moderno di Ancien Régime*, a cura di Laura Barletta, Giuseppe Galasso, Repubblica di San Marino, AIEP, 2007, pp. 17-38.

(2) *Ibidem*.

impersonale, in grado di trasformare poco per volta la vecchia e frastagliatissima società di corpi in un'unica comunità d'individui eguali ed autonomi ⁽³⁾. Tutto il blocco di secoli che s'interpone tra il medioevo e il pieno Ottocento si è reso per questa via effettivamente meritevole del nome che porta — età 'moderna' —, presentandosi fin dall'inizio già gravido di un presente declinato in antitesi alla civiltà medievale ⁽⁴⁾.

Un tale paradigma, d'altra parte, dopo aver raggiunto il suo massimo prestigio nella stagione a cavallo tra il periodo interbellico e gli anni Cinquanta-Sessanta del Novecento, ha imboccato poi una parabola discendente, destinata a sua volta a sfociare, nel corso degli anni Ottanta, in una crisi di credibilità dalla quale esso non sarebbe riuscito più a riprendersi ⁽⁵⁾. Non staremo qui a richiamare le dinamiche di questa rottura, che chiamano in causa una gran varietà di fattori — dal tramonto di una cultura del progresso di cui l'idea stessa di modernità era evidentemente una emanazione diretta, fino alla diffusione di un approccio conoscitivo al passato in chiave antropologica che ha spinto a ricomporre quest'ultimo in base ai linguaggi e ai quadri mentali di chi in esso viveva, riducendo

⁽³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁾ Per una disamina critica, in prospettiva storiografica, del contributo della tradizionale nozione di Stato alla costruzione stessa del concetto di modernità, ancora per tutti R. BIZZOCCHI, *Guida allo studio della storia moderna*, Bari, Laterza, 2002, § 2.4, *Lo Stato moderno*, pp. 61-66 e, più di recente, L. BLANCO, *Stato, amministrazione, territorio: note sulla "modernità"*, in «Semestrale di studi e ricerche di geografia», XXXI (2019), pp. 95-105.

⁽⁵⁾ Per una ricostruzione di questo percorso, oltre al saggio di Benigno ora richiamato, basti ancora il rinvio alle varie rassegne sul tema curate in un ampio arco di tempo da Luigi BLANCO (*Note sulla più recente storiografia in tema di 'Stato moderno'*, in «Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP», II (1994), pp. 259 ss.; *"Stato moderno" e "costituzionalismo antico". Considerazioni inattuali*, in *Chiesa cattolica e mondo moderno. Scritti in onore di Paolo Prodi*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 403-419; *Statalità e storiografia: considerazioni sparse tra passato e presente*, in *Alla ricerca della statualità. Un confronto storico-politico su Stato, federalismo e democrazia in Italia e in Europa*, a cura di Leonida Tedoldi, Verona-Bolzano, QuiEdit, 2012, pp. 65-74; *Lo Stato moderno nell'esperienza storica occidentale: appunti storiografici*, in «Storia Amministrazione Costituzione», 21 (2013), pp. 251-274, nonché il saggio *Lo 'Stato' della storiografia*, come primo capitolo del volume dello stesso *Le origini dello Stato moderno. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2020, pp. 8-44).

moltissimo lo spazio per qualsiasi lettura modernizzante costruita ex post.

Più di tutto, però, il tracollo dello ‘Stato moderno’ come canone storiografico si lega alla crescente estraneità della sua figura al nostro stesso presente. L’impetuoso riproporsi del pluralismo istituzionale, l’evidente impossibilità di governare società sempre più complesse come quelle attuali tramite una tecnica centralizzatrice, le sfide poste dalla globalizzazione, il pur ambiguo depotenziarsi degli spazi nazionali a favore di organizzazioni di livello superiore — questi e molti altri fenomeni consimili, impossibili da ricondurre lungo la direttrice ‘ascendente’ della *civilisation* statale, sembrano testimoniare come il paradigma classico dello Stato quale monopolista della forza e della produzione del diritto non si attagli definitivamente più alla realtà del nostro tempo ⁽⁶⁾. E di qui — eccoci al punto — l’alternativa fondamentale a cui la storiografia si è trovata di fronte negli ultimi decenni: quella, cioè, tra il continuare a prestar fede alla figura classica dello Stato moderno, ammettendo però che essa corrisponda ad un fenomeno molto più circoscritto di quanto si è a lungo creduto (un episodio più che una costante, e addirittura un interludio tra un lungo medioevo a poteri diffusi e una contemporaneità già da tempo ampiamente poliarchica), e la scelta invece di rifiutare in blocco quella figura, denunciandone l’incapacità di dar conto tanto del presente quanto del passato. Entrambe queste opzioni implicano un sostanziale rifiuto della nozione di moderno. La prima vede lo Stato relegato in un tempo ormai trascorso e non più contiguo rispetto a un presente generato appunto dalla sua ‘crisi’ novecentesca ⁽⁷⁾. La seconda, invece, contesta in modo radicale che

⁽⁶⁾ Per uno sguardo d’insieme a questo complesso di fattori cfr., ancora per tutti, P.P. PORTINARO, *Stato: un tentativo di riabilitazione*, in *Lo Stato dello Stato. Riflessioni sul potere nell’era globale*, a cura di Olivia Guaraldo e Leonida Tedoldi, Verona, Ombre Corte, 2005, pp. 34-63.

⁽⁷⁾ Un esempio per tutti di questa postura, offerto da una delle più note opere generali sul tema prodotte negli ultimi decenni, è quello di W. REINHARD, *Storia dello Stato moderno* (1999), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2002: che, dopo aver ricostruito tutta la vicenda instaurativa e espansiva dello Stato secondo il suo classico tracciato, giunge alla conclusione che lo Stato moderno oggi « non esiste più », vittima di un complesso di processi decostruttivi che finiscono per riportarci verso uno scenario politico di poteri diffusi tipologicamente affine a quello caratteristico della pre-modernità. Sul punto, cfr.

il moderno sia mai esistito al di fuori del mondo delle costruzioni ideologiche, insiste sulle decisive continuità tra medioevo ed età moderna e rivendica il diritto di leggere quest'ultima secondo le linee di una sua propria cultura, all'interno della quale lo Stato ha giocato un ruolo sicuramente minore di quanto a lungo si è sostenuto: fino a tracciarne una storia molto più ancorata ai suoi vari radicamenti local-cetualistici che ad alcun supposto processo centralizzatore di carattere generale ed ubiqou.

Naturalmente, stiamo molto semplificando. Ma una volta abbandonata, forzatamente o meno, la traccia della vecchia *Staatsgeschichte*, la scelta che si profila è proprio quella tra un'immagine tradizionale ma desueta dello Stato, che fa del contemporaneo (convertitosi ora in post-moderno) il luogo di una crisi senza uscita della istituzione statale, ed un'altra consistente al contrario — è Fioravanti stesso a rilevarlo — nel negare « che vi sia mai stata una vera e propria storia dello Stato moderno in Europa »; con la palese conseguenza « di disciogliere quella storia nel grande contenitore delle relazioni sociali e territoriali, intendendola dunque nient'altro che come storia dell'insieme degli assetti di potere conseguenti ad un certo modo di essere di quelle relazioni » medesime (8).

All'atto pratico, la tendenza prevalente si è avvicinata ben più al secondo che al primo dei due poli: fino a gettare le basi di un nuovo senso comune storiografico, che ha trovato la propria bandiera nel rifiuto radicale di ogni teleologismo. È ovvio che tutto ciò ha prodotto una serie di ricadute indiscutibilmente positive. Affrancarsi dalla griglia costrittiva dello Stato moderno ha permesso di superare la concezione unicamente dominativa e sovranitaria dell'autorità suggerita da un esame circoscritto alle sole istituzioni formali, di recuperare quindi ad una piena comprensione tutti quegli ambiti 'microfisici' di esercizio del potere la cui importanza era stata già segnalata dalla lezione foucaultiana e, proprio grazie alla valorizzazione di questi ultimi, di tornare a guardare a ciò che ha cronologicamente preceduto la contemporaneità più nei termini di un

l'analisi di F. BENIGNO, *Ancora lo "Stato moderno" in alcune recenti sintesi storiografiche*, in « Storica », XXIII (2002), pp. 119-145.

(8) FIORAVANTI, *È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, in *Lo Stato moderno di Ancien Régime*, cit., p. 186.

‘antico regime’ dotato di piena autonomia rispetto al presente che non in quelli di una ‘età moderna’ ridotta a mero antefatto di un ordine ottocentesco divenuto a sua volta molto più fragile e ambivalente di quanto si è a lungo creduto. Al tempo stesso, questa ormai tutt’altro che nuova prospettiva si è abbinata ad un atteggiamento di diffusa diffidenza verso l’impiego di qualunque schema generale atto a ricomporre in nuove sintesi organiche la complessità della storia istituzionale. «Se tutto è politico», notava già anni fa Giorgio Chittolini, nel senso che la politicità pervade inevitabilmente l’intero universo delle relazioni pubbliche e private, ogni ricerca sulla realtà istituzionale dell’età moderna tenderà a dissolversi in un ventaglio di percorsi autonomi, tutti egualmente legittimi, ma programmaticamente privi di ogni coesione ⁽⁹⁾. E se ciò non equivale necessariamente ad una deriva generalizzata verso quella «sorta di degustazione antiquariale del passato» a suo tempo paventata dagli analisti del pensiero debole ⁽¹⁰⁾, l’esigenza d’individuare nuovi modelli per pensare la modernità istituzionale, esenti sì dai vizi teleologici della precedente tradizione, ma anche capaci di salvaguardarne la vocazione unitaria e i valori periodizzanti, è scivolata in secondo piano.

Ecco: i contributi di Fioravanti di cui qui ci occupiamo si segnalano proprio per il loro tentativo d’indicare una ‘terza via’ rispetto all’alternativa secca tra il rifiutare o l’accettare in blocco il vecchio paradigma statale. La loro lezione punta a riaffermare con forza la centralità dello Stato nella storia europea, ma cambiandone radicalmente il profilo rispetto a quello consegnatoci dalle più consolidate tradizioni otto-novecentesche. Per Maurizio infatti lo Stato non è né la «razionale istituzione» propria di tutto il filone illuminista-weberiano (un soggetto, cioè, la cui modernità si risolve nell’agire tramite la sovranità della legge e l’impersonalità del comando burocratico), né la «sovra unità politica» di ascendenza hobbesiana e/o hegeliana (una forza irresistibile chiamata a preservare ad ogni costo la società dall’effetto devastante dei conflitti

⁽⁹⁾ G. CHITTOLINI, *Il ‘privato’, il ‘pubblico’, lo Stato*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di Giorgio Chittolini, Anthony Molho, Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 587-88.

⁽¹⁰⁾ Così ancora CHITTOLINI, *ivi*, p. 586, riferendosi all’introduzione di Gianni Vattimo e di Pier Angelo Rovatti a *Il pensiero debole*, a cura dei medesimi, Milano, Feltrinelli, 1983, p. 11.

interni e esterni che la minacciano da ogni lato) ⁽¹¹⁾. Storicamente, perciò, esso non nasce affatto per affermare un nuovo ordine convenzionale contro i tanti particolarismi di un medioevo entropico e discriminatorio; e neppure — secondo la prospettiva inversa ma complementare propria di antimodernisti convinti come Brunner o Koselleck — per cancellare una civiltà medievale portatrice di forti valori integranti in nome di un brutale primato della volontà e della decisione. La vera carta d'identità dello Stato la si può scoprire solo a patto di rovesciare il tradizionale rapporto dialettico tra medioevo e modernità stabilito dal comune mainstream storiografico. Cioè puntando a « riportare in primo piano il Medioevo politico, non come contrario — in senso 'positivo' o 'negativo' — dello Stato moderno », ma come « teatro storico, in senso ampio, di una serie di eventi di rilevanza costituzionale che sono giudicati essenziali per la concreta affermazione dello Stato moderno medesimo » ⁽¹²⁾. In particolare, lo Stato avrebbe preso forma proprio grazie al rilancio, su nuova scala, di una serie di vocazioni proprie del medioevo profondo, quali la predisposizione alla contrattazione politica, la fiducia nelle relazioni di fedeltà, il riconosciuto primato del diritto e della giustizia di fronte al potere, il rispetto per i diritti quesiti sanciti dalla consuetudine e via dicendo. Secondo Fioravanti, insomma, lo Stato moderno non nasce soltanto *nel* medioevo (ovvero, come spesso è stato scritto, dal bisogno di contrastare le tendenze anarchiche e dissolventi manifestatesi con particolare drammaticità nell'ultima parte della sua storia), ma soprattutto *dal* medioevo: cioè dalla peculiare cultura politica di quella stagione, basata tutta sulla negozialità dei rapporti politici e sulla correlativa credenza in un diritto superiore, capace di garantire l'invulnerabilità degli impegni assunti da ciascuno di quei protagonisti. L'entrata in campo dello Stato, fra Due e Quattrocento, non avviene dunque all'insegna di alcuna cesura netta rispetto all'ordine fluido e senza centro che lo

⁽¹¹⁾ La critica di questi due paradigmi, individuati come gli assi portanti di tutta la riflessione otto-novecentesca sullo Stato moderno, è sviluppata da Fioravanti nella ben nota voce '*Stato*' (*storia*), prima pubblicata sulla *Enciclopedia del diritto* (vol. XLIII, pp. 708 ss., Milano, Giuffrè, 1990) e alcuni anni dopo riedita in una versione più ampia sotto il titolo *Stato: dottrine generali e storiografia* in FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 9-104.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 55.

aveva preceduto, quanto piuttosto nella prospettiva di una rifunzionalizzazione di quell'ordine stesso, che vede lo Stato ergersi ora a garante di un patrimonio di regole capaci di vincolare tanto il nuovo signore territoriale quanto i vari protagonisti della società cetuale gravitanti attorno a lui.

Questa cifra originaria dell'impresa statale, d'altra parte, dalla forte natura contrattuale e consociativa, non corrisponde affatto ad una mera fase embrionale della sua parabola, destinata ad essere presto superata da un processo di irrobustimento che avrebbe portato il nuovo sovrano a riservare a sé solo la pienezza del comando. Essa esprime piuttosto una costante fondamentale della personalità statale, per non dire il comun denominatore di tutte le varianti che marcheranno lo svolgersi di tutta quanta la sua vicenda successiva.

È proprio questo che Fioravanti intende quando, accanto ai due modelli fondamentali di Stato moderno già richiamati di sopra, ne allinea uno ulteriore, quello dello « Stato-equilibrio », a cui egli affida appunto il compito di veicolare la propria nuova, originale concezione. Costruita sdoganando e universalizzando, per così dire, tutto quel filone della storiografia anglosassone che trova la propria radice remota nella interpretazione whig della rivoluzione inglese, una tale nozione scopre le radici della statualità proprio in quel versante dell'esperienza medievale che le classiche versioni continentali della *Staatsgeschichte* avevano sempre indicato come il luogo della resistenza e della opposizione alla crescita dello Stato. L'essenza della statualità, in sostanza, non va pensata, almeno in prima battuta, nei termini di un'agenzia indipendente rispetto al sociale, impegnata ad attuare un progetto calato dall'alto e diretta a trasformare da cima a fondo gli assetti preesistenti. Essa è piuttosto una strategia con cui il sociale stesso, nella sua inevitabile poliformità, tenta di ricomporre le proprie fratture attorno ad un nuovo asse fondamentale, scommettendo sulla possibilità d'individuare un « *ragionevole equilibrio* tra le esigenze dell'unità e della pluralità, della concentrazione e della partecipazione, dell'autorità e della libertà » (13). La vera missione dell'impresa statale, dunque, non sarebbe mai consistita nell'azzerare le differenze di una società

(13) Ivi, p. 66.

irriducibilmente plurale ed articolata, ma piuttosto nel cercare un accettabile punto di mediazione tra le spinte delle varie componenti presenti nel suo seno; e la costituzione stessa dello Stato, più che richiamarsi alle tradizionali metafore del corpo o dell'edificio, chiede di essere immaginata come un reticolo pattizio coinvolgente una serie di distinte unità politiche, che riconoscono determinate procedure giurisdizionali senza sentirsi necessariamente impegnate a perseguire alcun interesse positivamente comune.

Certo, il fatto che lo Stato si ponga, fin dal principio, come un territorio spazialmente definito e governato da un unico centro indica che esso non è soltanto « *societas* », ma anche « *universitas* » — per usare la coppia concettuale che Maurizio, attraverso la mediazione di Lorenzo Ornaghi, prende a prestito dal filosofo inglese Michael Oakeshott e la cui presenza costituirà fin da ultimo uno dei tratti più caratteristici del suo lessico ⁽¹⁴⁾. Lo Stato, cioè, non è soltanto una comunità nata da un accordo plurilaterale sul rispetto di certe regole, ma anche e sempre, in qualche misura, un soggetto intenzionato e una forza concentrata indirizzata a uno scopo condiviso (basti pensare al rilievo che, fin dal principio, gioca nel suo divenire il fattore militare, come continuo stimolo ad accrescere il potere del centro e a moltiplicare la sua attitudine ad intercettare risorse). L'immagine dello Stato moderno come organismo unitario, indirizzato a svilupparsi nei termini di una « *corporazione d'impresa* », non è affatto derubricata dal nostro modello. Solo che questa tendenza alla condensazione del potere, che in certi momenti della vicenda statale assume una rilevanza tale da mettere in ombra ogni altra dimensione, non si trasforma mai in un tratto tanto caratterizzante del suo profilo da soffocarne l'opposta vocazione 'societaristica', compositiva, arbitrare — vocazione, questa, destinata

⁽¹⁴⁾ Da Oakeshott (*La condotta umana* (prima ed. inglese 1975), trad. it Bologna, Il Mulino, 1985), Fioravanti mutua certamente l'idea che lo Stato possa essere letto come un campo di tensione permanente tra le due tendenze ora evocate, destinate a convivere senza escludersi; ma è da Ornaghi (*Dall'ambivalenza dello Stato moderno all'analisi della condotta umana. Michael Oakeshott e la ricerca politica contemporanea*, in « *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento* », V, 1979, pp. 279-307) che egli deriva la possibilità di un utilizzo pienamente storico di quelle stesse categorie, trasferendole dal terreno del discorso filosofico-politico, per il quale lo studioso inglese le aveva essenzialmente pensate, a quello della storia istituzionale.

a riaffiorare, anche dopo lunghe parentesi, come il suo tratto più autentico e indisponibile.

È proprio per definire meglio il contenuto di questo paradigma che Maurizio s'impegna, a partire dall'inizio del nuovo secolo, a profilare quella sua classificazione delle forme storiche dello Stato moderno che continuerà a precisare e ad arricchire fino ai suoi ultimi contributi. Si tratta di uno sforzo per certi versi singolare, nel suo riesumare dallo scaffale della dottrina giuspubblicistica ottonevicesca uno degli strumenti classici di cui ci si era serviti proprio per dare corpo e spessore all'immagine di uno Stato dall'univoca vocazione centralizzante, burocratica e dominativa. Nella prospettiva di Fioravanti, tuttavia, il recupero di questo approccio un po' scolastico serve proprio a smarcarsi da quella tradizione e a disegnare non solo una nuova immagine sostantiva della statualità, ma anche un nuovo modo d'intendere il suo divenire. Le tradizionali 'storie dello Stato', infatti, ricorrevano in genere ai 'tipi' ideali per tracciare una certa linea evolutiva nella vita dell'istituzione, che veniva fatta transitare da stadi iniziali meno perfetti verso forme via via più 'mature', fino a raggiungere il loro zenith in un momento coincidente di solito col presente dello storico (così nelle sequenze del tipo: 'Stato di giustizia', 'Stato di polizia', 'Stato di diritto', oppure 'Stato feudale', 'Stato patrimoniale', 'Stato assoluto', 'Stato liberale', 'Stato sociale' ecc.). Nel modello di Maurizio, invece, le transizioni da una forma all'altra non si accompagnano all'idea di alcuno sviluppo o di alcuna 'crescita'. Esse perimetrano delle 'fasi' nella storia dello Stato, ma non degli 'stadi', destinati a marcare una progressione lungo un'ideale linea ascendente. Per Fioravanti, lo Stato nasce già adulto, è pienamente 'moderno' fin dai suoi esordi medievali; e di qui appunto la sua fermezza non solo nel continuare a servirsi a tutto campo dell'espressione 'Stato moderno' contro i suoi molti critici ⁽¹⁵⁾, ma anche la proposta di ricorrere a sub-descrittori ancora più stridenti all'orecchio degli storici di oggi,

⁽¹⁵⁾ Basta a testimoniare il volume collettaneo, da lui concepito e curato, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, Laterza, 2002: i cui collaboratori furono invitati ad usare in modo uniforme la denominazione di 'Stato moderno' nella stesura dei loro saggi, e ciò anche quando (come capitò al sottoscritto) avrebbero preferito il più anodino e prudente 'Stato' senza aggettivi, che già allora si era decisamente imposto tra gli storici generali.

come quella, avanzata in occasione di un convegno sanmarinese, di « Stato moderno di Antico Regime »⁽¹⁶⁾. Certo: lo Stato non rimane sempre eguale a se stesso, ma muta la propria immagine nel corso del tempo, e lo fa in modo tutt'altro che randomico. Ma i suoi cambiamenti sono indotti ben più dal variare dei contesti in cui via via si colloca che non da una qualche dinamica interna che lo spinga in una determinata direzione; ed ogni fase che esso attraversa costituisce un mondo a sé, che non esaurisce il suo significato nel preparare quelle successive, ma chiede di essere compresa per ciò che è, in base al sistema di valori e alla specifica cultura di coloro che si collocano al suo interno⁽¹⁷⁾. In sostanza: affinché lo Stato esista e possa definirsi 'moderno' è sufficiente che esso si configuri come un territorio delimitato da confini (anche se comprendente una varietà di soggetti preesistenti allo Stato stesso), dotato di un diritto « funzionale alla cura dell'intero » (benché non necessariamente sovraordinato gerarchicamente a quello delle sue singole parti) e fornito, sì, di un governo operante « con riferimento al territorio nel suo insieme », ma non per questo diretto ad imporgli uniformemente il proprio *imperium*⁽¹⁸⁾. Lo Stato moderno è perciò semplicemente quello che volta definitivamente le spalle al medioevo fluido che lo ha preceduto, in cui non vi era né interno né esterno, né territorio definito, né centro né periferia, né « diritto della terra » a carattere minimamente sovralocale, ed in cui il potere risultava completamente diluito nella spontanea strutturazione delle relazioni sociali.

È proprio questa impostazione decisamente antievolutiva che permette di attribuire il massimo risalto al primo di questi idealtipi, cioè allo « Stato giurisdizionale ». Si tratta di un vecchio descrittore

⁽¹⁶⁾ Si tratta del saggio già citato *Lo Stato moderno di Ancien Régime*, del dicembre 2004. Questa stringa definitoria, scelta poi da Giuseppe Galasso come titolo per l'intero convegno ed il corrispondente volume di atti, nacque però da una proposta di Fioravanti, che fu in effetti l'unico dei relatori a riprenderla e ad usarla consapevolmente nella sua relazione, in giustapposizione qui allo « Stato moderno della rivoluzione » (*È possibile un profilo giuridico dello Stato moderno?*, cit., p. 190).

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 193: nel rifiutare nettamente una « logica continuista » che « colloca il nostro attuale ed immediato presente alla fine di una catena in cui ogni anello precede e rende possibile quello successivo ».

⁽¹⁸⁾ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 1-36 (il passo cit. è a p. 4-5).

proprio della dottrina ottocentesca, che con esso aveva inteso sottolineare il carattere ancora molto povero della primigenia costituzione statale, cioè la sua incapacità di assumersi ogni compito ulteriore rispetto alla mera risoluzione del contenzioso tra i propri sudditi. Fioravanti per un verso non solo accoglie in pieno questo contenuto, ma ne rende pienamente esplicito il carattere essenziale, costituito dal fatto che una forma statale del genere non era diretta in alcun modo ad instaurare « un dominio monopolistico e uniforme del territorio » e nemmeno a creare nei soggetti « un vincolo unico ed esclusivo di obbligazione politica, seccamente soppressivo delle molteplici solidarietà di ceti e di luogo che avevano caratterizzato il passato medievale » (19). Questo Stato non-sovrano, tuttavia, che nell'economia della narrazione tradizionale era destinato a preparare dialetticamente l'avvento dell'assolutismo cinque-secentesco e dunque a uscire di scena abbastanza presto, nella sequenza di Fioravanti occupa tutta quanta la campitura compresa tra il tardo medioevo e l'età delle rivoluzioni liberali. Quella del governo giustiziale non è perciò una mera fase prodromica alla entrata in scena del 'vero' Stato moderno — quello a vocazione potestativa — ma costituisce un modello dotato di grande stabilità e capacità funzionale, in grado di assolvere a compiti anche estremamente ambiziosi e sofisticati. Mentre a subire un forte schiacciamento è proprio l'assolutismo stesso, derubricato ora da forma di Stato a semplice forma di governo — cioè ridotto ad una delle molte varianti organizzative di una ben più generale ed ubiqua pratica di dominio a carattere arbitrale e regolativo (20).

È solo nella seconda metà del Settecento che, con la dissoluzione della società di corpi, lo Stato si deve, per così dire, 'rassegnare' a farsi per la prima volta pienamente sovrano, attribuendo a se stesso quella forte dimensione legislativa e amministrativa che risulta ora indispensabile per governare direttamente dal centro una società di individui priva di ogni baricentro secondario. Nel nuovo scenario apertosi con la Rivoluzione non è più possibile governare limitandosi a mantenere in equilibrio e ad orientare in un senso o nell'altro l'agire delle società intermedie, ora scomparse del tutto.

(19) Ivi, p. 8.

(20) Ivi, p. 10.

Per conservare il proprio ruolo centrale lo Stato deve necessariamente trasformarsi da un lato nel produttore di un nuovo diritto egalaritario, uniforme e razionale, e dall'altro nell'erogatore, in prima persona, di tutti quei servizi che durante la fase precedente ancora ricadevano entro la sfera di responsabilità degli enti subordinati. È dunque ora — e solo ora — che si afferma decisamente una statualità intensamente sovrana, volontaristicamente orientata e portatrice di un grande progetto complessivo di rifondazione della società, da realizzare demolendo ogni residuo particolarismo e assicurando il nuovo principio dell'uguaglianza giuridica.

A questa seconda tipologia, Fioravanti conferma la sua tradizionale denominazione di « Stato di diritto »⁽²¹⁾: ad indicare con ciò, tuttavia, non certo uno Stato che circonda con una barriera di limiti giuridici un antico nucleo di potere autocratico, già presente nel suo corredo identitario fin dalla primissima età moderna, ma piuttosto un ordinamento in cui la scoperta del primato della legge avviene in perfetta sincronia con quella nuova sovranità politica che in un universo individualista può essere esercitata solo assumendo la forma di un'autorità impersonale.

La parabola dello Stato di diritto, d'altra parte, giunge presto al suo tramonto. Già agli inizi del XX secolo, sotto i colpi di un incipiente processo di democratizzazione, le sue linee si intorbidano, in primo luogo a causa del riproporsi di quel pluralismo infrasocietario in cui riaffiora con forza, in forme nuove, uno dei connotati-cardine dello Stato d'antico regime. Nel nuovo scenario della società di massa, segnato prima dalla comparsa di partiti e sindacati, e a seguire da una miriade di altre forme di autonomia sociale, la legge torna a avvicinarsi al contratto, la sovranità a sbiadire in un potere di mediazione tra portatori d'interessi divaricati e la giurisdizione a recuperare molte delle posizioni perdute nel corso dell'Ottocento — in primo luogo, grazie a un sindacato di legittimità costituzionale dietro al quale rivive ora, in controluce, l'antico ruolo di difesa della costituzione materiale assolto a suo tempo da tante magistrature premoderne. Ma soprattutto, è questa costituzione stessa a guadagnarsi, nel corso del secondo Novecento, una centralità infinitamente superiore rispetto a quella che aveva rivestito nel disegno

(21) Ivi, pp. 17-18.

dello Stato liberale classico: venendo essa a mutare il suo ruolo tradizionale di legge suprema — espressione cioè di una volontà costituente concepita come la depositaria più alta della sovranità — in quello di un complesso di principi fondamentali condivisi, a carattere oggettivo, che si stanno svincolando sempre più dalla forma della « loi politique ». Si tratta di una costituzione che « non ha più bisogno ora di essere pensata come frutto di una *potestas*, e dunque di una soggettività originaria » (22), ma che, sullo sfondo della crisi della democrazia dei partiti, si riappropria di un compito analogo a quello assolto un tempo dal diritto oggettivo extrastatuale nell'ambito degli ordinamenti proto-moderni.

È appunto a questa trasformazione che si aggancia il senso della formula « Stato costituzionale », diffusasi in Italia a partire dagli anni Novanta del secolo scorso e corrispondente alla terza tipologia descrittiva adottata da Fioravanti (23). Quella formula evoca un modello che, pur senza cancellare la figura dello Stato personalizzato sette-ottocentesco, la riassorbe entro un ordine popolato anche da molti altri soggetti e legittima ciascuno di essi a far valere i diritti riconosciutigli dalla comune cornice costituzionale davanti ad una serie di autorità di garanzia, esterne al circuito della politica. La costituzione, la cui attuazione per lungo tempo era stata pensata come appannaggio tipico del legislatore statale, oggi tende ad ergersi addirittura contro la legge, come palladio di un diritto superiore azionabile direttamente dal basso ed il cui significato autentico è rimesso integralmente all'interpretazione di ultima istanza delle autorità giurisdizionali (24); mentre lo Stato, per parte sua, torna sempre più a farsi ordinamento, ad assumere un aspetto obbiettivato

(22) FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari, Laterza, 2020, p. 21.

(23) Emerso nella letteratura italiana anzitutto grazie al contributo di Gustavo Zagrebelsky (*Il diritto mite. Legge giustizia diritti*, Torino, Einaudi, 1992, di cui tutta la prima parte è dedicata a ripercorrere lo sviluppo di questa nuova forma come superamento del vecchio Stato di diritto), questo modello ha attratto in misura crescente l'attenzione degli studiosi (per una messa a punto sulla sua evoluzione dottrinale, P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, a cura di Fulco Lanchester, Padova, Cedam, 2019, pp. 212-238).

(24) FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 20: e più diffusamente ID., *Legislazione e giurisdizione in Europa. L'età dello Stato costituzionale* (2016), poi nella raccolta

e a individuare la sua funzione prioritaria nel bilanciamento degli interessi, distaccandosi almeno in qualche misura dal principio-guida della sovranità.

Questa dunque, in estrema sintesi, la costruzione di Fioravanti. Lasciando da parte ogni scavo sulle sue fonti ispiratrici e sulle fitte implicazioni che la legano a molti rami della scienza politica, ciò che preme qui cogliere è solo il segno essenziale della sua ispirazione. Un segno che riassume tutta la vicenda dello Stato in un moto molto più circolare che lineare: tanto che si potrebbe sospettare perfino una qualche suggestione polibiana, se non fosse che il disegno dell'autore si presenta non solo radicalmente alieno da ogni venatura pessimistica, ma volto anzi ad affrancarci proprio da quella ricorrente ossessione per una 'crisi dello Stato' che ci perseguita da più di un secolo ⁽²⁵⁾. Una tale ossessione, nell'ottica di Fioravanti, è in realtà il semplice sottoprodotto di una vecchia immagine del divenire statale, declinata tutta nei termini di un processo di necessaria concentrazione del potere, e che vede dunque in ogni battuta d'arresto di quel processo una fatale 'deviazione' dal modello dello Stato moderno. Per chi, al contrario, liberatosi da ogni « ipoteca continuista », guardi alla « profondità plurisecolare della tradizione costituzionale europea » ⁽²⁶⁾, il moto oscillatorio che porta lo Stato ad assumere ora una forma più densa, ora invece una più aperta e pluralista, non ha niente d'inquietante. Esso riflette semplicemente il diverso carattere dei quadri ambientali, per così dire, che lo Stato via via attraversa nel suo lungo cammino ed ai quali è chiamato ad adattarsi. Molto più 'costituzionale' che 'amministrativo', del resto, lo Stato di Fioravanti non è, al suo grado 'normale', né volontà irresistibile né sistematico progetto incrementale di dominio, ma piuttosto continuo tentativo di garantire la coesione di una società frastagliata e complessa tramite gli strumenti dell'arbitrato, del compromesso e del richiamo ad un diritto condiviso. Una configu-

collettanea *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 199-210 (volume, quest'ultimo, che raccoglie vari altri contributi dell'autore sul tema); ma si veda ancora ID., *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, Mucchi, 2021.

⁽²⁵⁾ Sul quale, in particolare, FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto* (2011), poi in *La costituzione democratica*, cit., pp. 147-153.

⁽²⁶⁾ FIORAVANTI, *È possibile un profilo giuridico*, cit., p. 193.

razione minimalista dello Stato, se si vuole: che ne fa però, proprio per questo, un soggetto assai più adattabile al variare dei contesti e capace quindi di guardare ancora davanti a sé senza particolari timori. La stagione dello Stato 'moderno', insomma, — questo il nocciolo della lezione di Fioravanti —, quantomeno fintanto che i suoi analisti ne adottino una nozione meno dogmatica di quella che ha impregnato tanta parte della tradizione precedente, sembra ancora ben lontana dal chiudersi.

LORENZO ORNAGHI
STATO COSTITUZIONALE, STATO PER CETI:
A UN BIVIO DELLE DEMOCRAZIE
DELLA TARDA MODERNITÀ

1. Una premessa e due quesiti. — 2. Lo ‘Stato moderno’ e la sua storia nelle ricerche italiane degli anni '70 e '80. — 3. La democrazia costituzionale nella teoria di Maurizio Fioravanti. — 4. Notazioni finali.

1. *Una premessa e due quesiti.*

È ormai maturo il tempo in cui la riflessione storiografica sullo Stato moderno può utilmente diventare essa stessa ‘oggetto di riflessione’ ⁽¹⁾. E in cui, di conseguenza, anche le tipologie statuali adoperate con frequenza o maggiore confidenza — nella loro individualità specifica, così come nella concatenata successione ovvero nelle mescolanze e sovrapposizioni lungo gli svolgimenti del ‘tipo ideale’ dell’organizzazione moderna del potere — possono attirare su di sé un rinnovato interesse delle analisi storico-critiche e della teoria politica.

Che il tempo sia maturo (già sin troppo, forse), non dipende interamente dal ciclo di vita di teorie e analisi, le quali, anche in

⁽¹⁾ Nell’indicare il passaggio attraverso il quale la ‘riflessione sull’oggetto’ viene assunta come ‘oggetto di riflessione’, così da costituire un terreno fertile di analisi (oltre che, con ogni probabilità, un ausilio per imboccare nuovi sentieri metodologici), mi rifaccio a L. FLECK, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache*, Frankfurt, Suhrkamp, 1935 (trad. it. *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico. Per una teoria dello stile e del collettivo di pensiero*, con un’introduzione di P. Rossi, Bologna, Il Mulino, 1983). Per ulteriori considerazioni, mi permetto di rinviare a L. ORNAGHI, *Democrazia, politica e nuovi poteri: una frontiera comune per gli studi politici*, in « Power and Democracy. Rivista internazionale di Politica, Filosofia e Diritto », I (2020), n. 1, pp. 15-30.

questo campo come in ogni altro della conoscenza scientifica, nascono, si consolidano e, prima di declinare, solitamente originano nella comunità dei cultori la convinzione che lo 'spazio' del proprio sapere goda ormai di una « strutturazione sistematica *forte* », tale che il sapere risulta costituito necessariamente di « connessioni di idee plausibili (radicate nel tempo), concluse (limitate), propagandabili (conformi allo stile) » (2). D'altro canto, benché con velocità e modalità alquanto differenti nei diversi settori della conoscenza, l'accelerazione (3) delle fasi di un tale ciclo è oggi davanti ai nostri occhi. E perfettamente rispecchia, anche quando per le più svariate ragioni si sia a disagio nel prenderne atto, il rapido processo di obsolescenza degli schemi di pensiero sin qui prevalenti, il crepuscolo delle idee « plausibili », « concluse », « propagandabili ».

Anche lo 'Stato (moderno)' sembra lentamente fuoriuscire dalle solide griglie con cui — per un'intera, lunga stagione (e intanto che, per un arco di tempo quasi altrettanto lungo, si scavava alla ricerca delle cause della sua 'crisi') — lo si è non solo e non tanto 'ideal-tipizzato' quale organizzazione monopolistica del potere, quanto e soprattutto legato in modo indissolubile alle sorti della modernità e dell'Europa, che della prima è stata genitrice e per più secoli nutrice (4). La fuoriuscita da simili griglie, quando la si veda e se ne prenda consapevolezza, inevitabilmente solleva un interroga-

(2) Così P. ROSSI, *Ludwik Fleck e una rivoluzione immaginaria*, introduzione a FLECK, *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico*, cit., p. 20.

(3) Utile è vedere H. ROSA, *Alienation and Acceleration: Towards a Critical Theory of Late-Modern Temporality*, Natchitoches, NSU Press, 2010 (trad. it. *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tarda modernità*, Torino, Einaudi, 2015).

(4) È proprio FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale* (1995), ora in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. II, p. 855 e p. 856, rispondendo al quesito se sia « possibile parlare di una tradizione europea dello Stato di diritto come forma di Stato propria e peculiare dell'Europa continentale », ad argomentare in modo persuasivo che « dopo parecchi lustri di storie costituzionali nazionali, è necessario ora ristudiare le istituzioni e le dottrine dello Stato liberale di diritto su un piano europeo, che più precisamente vuol dire ristudiare quelle istituzioni e quelle dottrine per come esse si formano nella comunicazione tra esperienze diverse, su un piano transnazionale, ovvero su quel piano in cui non è più importante che un certo materiale — istituzionale o dottrinale — abbia

tivo: come immaginare il destino ‘politico’ dello Stato, una volta che la ‘post-modernità’ prenda definitivamente il sopravvento sulla modernità? Interrogativo che, a sua volta, non può che accompagnarsi a quest’altro: la sequenza usuale delle ‘tipologie statuali’ è da considerarsi conclusa, oppure la mancanza di un ‘tipo’ soddisfacente rispetto ai cambiamenti in corso nel ruolo, nello ‘spazio politico’ e, alla fin fine, nelle stesse rappresentazioni e mentalità sociali riguardanti lo Stato è il segnale eloquente delle nostre difficoltà a comprendere e spiegare ciò che nell’organizzazione statale del potere è irreversibilmente cambiato, sta mutando e ancora di più muterà, persiste e, mediante aggiustamenti e adattamenti, non inverosimilmente si consoliderà?

Ripensare alla fioritura di studi sullo Stato moderno, davvero rigogliosa qui in Italia sin dai primi anni Settanta del secolo passato, è un punto di partenza utile a una più ampia e chiara formulazione dei problemi sollevati in questa premessa.

2. *Lo ‘Stato moderno’ e la sua storia nelle ricerche italiane degli anni ‘70 e ‘80.*

Per le cure di Ettore Rotelli e Pierangelo Schiera vengono alla luce, dal 1971 al 1974, i tre volumi dell’antologia *Lo Stato moderno*. Tra gli scopi principali dell’antologia vi è quello di mostrare, grazie a una serie ricchissima di studi di autori non italiani, che « la estrema diversità delle esperienze statali dell’Europa moderna » non impedisce di riassumere quest’ultime « sotto il denominatore comune di due aspetti centrali che sono stati individuati nella concentrazione del potere e nella partecipazione al potere » (5). Ed è uno scopo raggiunto con successo, poiché il lavoro di Rotelli e Schiera incontra rapidamente il favore di un pubblico di studiosi più largo degli storici dell’età moderna, di quella contemporanea, o della medievale. Quasi che (ma ne vedremo fra pochissimo alcuni motivi) gruppi inizialmente pur ristretti di studiosi, appartenenti a distinte comu-

un certo determinato luogo d’origine nazionale: l’importante è che esso sia funzionale a costruire un comune modello europeo di Stato liberale di diritto ».

(5) E. ROTELLI, P. SCHIERA, *Introduzione a Lo Stato moderno*. Vol. I: *Dal Medioevo all’età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 11.

nità scientifico-accademiche, attendessero con pari impazienza il momento non solo di lasciarsi alle spalle le immagini di Stato concettualmente rigide e schematiche, o ideologicamente deformate e inquinate, ma anche di dissepellire i caratteri propriamente 'europei' della nascita e degli svolgimenti della moderna organizzazione del potere.

Grande, e ancora oggi da ricordare e apprezzare, fu il rilievo della lunga citazione di Ernst-Wolfgang Böckenförde, con cui nel 1976 Pierangelo Schiera apriva la voce *Stato moderno*, da lui redatta per l'edizione originaria del *Dizionario di politica* diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci. Non foss'altro che per la vasta influenza riconoscibile o sotterranea, dispiegata sugli studi successivi dal 'concetto' di Stato scolpito da un giurista allora ignoto in Italia ai più (ma naturalmente non a Schiera, che pochi anni addietro, per la *Prima collana. Monografie, ricerche ausiliarie, opere strumentali* dell'Archivio della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa, ne aveva tradotto e introdotto una monografia tuttora fondamentale) ⁽⁶⁾, è opportuno rileggere per intero la citazione: « Per la nostra generazione, rientra ormai nel sicuro patrimonio della consapevolezza scientifica il fatto che il concetto di Stato non è un concetto universale, ma serve soltanto ad indicare e a descrivere una forma di ordinamento politico sorta in Europa, a partire dal XIII secolo fino alla fine del XVIII o agli inizi del XIX, sulla base di presupposti e motivi specifici della storia europea, e che da quel momento in poi si è estesa — liberandosi in certa misura delle sue originarie condizioni concrete di nascita — all'intero mondo civilizzato » ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Si tratta, com'è noto, dell'opera di E.W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca*, Milano, Giuffrè, 1970, la cui edizione tedesca è del 1961.

⁽⁷⁾ P. SCHIERA, *Stato moderno*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, Utet, 1976, p. 1006. Definizione e considerazioni, queste di Böckenförde, che troveranno eco — o un controcanto, forse — in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Grossi, guardando soprattutto al « potere politico perfettamente compiuto » dello Stato, descrive quest'ultimo come « realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicologico, una volontà 'totalitaria' che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella

Al concludersi degli anni Settanta, viene pubblicata l'antologia *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, a cura di Roberto Ruffilli. Per la storiografia (per quella soprattutto « portata a trasformarsi in una specie di 'scienza dello Stato' »), l'analisi della crisi dello Stato significa necessariamente « fare i conti con la sempre minore possibilità di lasciare in piedi il 'soggetto' o l' 'oggetto', posto al centro dell'indagine storica dallo storicismo, idealistico o meno: e cioè lo Stato nazione e lo Stato capitale, lo Stato legale e lo Stato burocratico » (8). L'antologia documenta quanto sia stretto il nesso che lega il crescente interesse per gli svolgimenti storici dello Stato, sino agli esiti contemporanei, con la consapevolezza della condizione ormai troppo lunga di crisi in cui versano istituzioni e formule di legittimazione statali, classi politiche e apparati di raccordo tra lo Stato e la società. Assai significativamente, la raccolta antologica testimonia altresì — già dai titoli originali dei saggi, o da quelli intenzionalmente modificati dal curatore — l'esistenza di una pluralità e varietà di aggettivazioni-specificazioni dello Stato. Le quali risultano opportune o necessarie non solo a causa di un indebolito vigore unitario dell' 'ideal-tipo' di Stato moderno, ma anche e in particolare per le difficoltà di 'tipizzare' convincentemente le composite forme attuali di organizzazione statale del potere (e fors'anche quelle che, precedenti, hanno lasciato impresse durevolmente le loro caratteristiche, pur se talvolta non troppo coerenti con gli aspetti distintivi delle forme successive). Nei titoli dei lavori riuniti dall'antologia, difatti, alle qualificazioni-specificazioni più note — « Stato di diritto » e « Stato sociale », per esempio — si accompagnano o

proiezione territoriale si realizzi. In altre parole, un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva » (ivi, p. 42). Con la conseguenza che « [s]e lo Stato sembra essere a noi una presenza irrinunciabile non tanto nella platea storica quanto nella nostra coscienza di moderni, è perché siam figli d'una età — quella moderna — che, con un processo lento ma crescente dal Trecento in poi, vive della presenza sempre più ingombrante di questo soggetto politico, così ingombrante da averlo protagonista — ieri e ancora oggi, anche se non nei progetti per il futuro — della sua vita associata; ma è questo pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra per esaltare le scelte alternative e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, per esempio di quella della civiltà medievale » (ivi, p. 43).

(8) R. RUFFILLI, *Introduzione a Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 8.

avvicinando formulazioni meno usuali, così da riuscire a comprendere, e prima ancora rendere visibili, quei particolari tratti di svolgimento « dallo Stato nazionalborghese allo Stato impresa », « dallo Stato storico allo Stato vivente », sin « verso lo Stato degli apparati » e lo « Stato post-moderno ».

Gli studiosi e le ricerche, che negli anni Settanta e nel decennio successivo hanno esteso e dissodato in Italia il campo dell'analisi dello Stato e delle tipologie statuali, sono ovviamente ben più numerosi di quelli sin qui richiamati (9). D'altronde, la limitatissima (per necessità) elencazione di lavori che, osservati retrospettivamente, sembrano tuttora disporre di una rilevante esemplarità, inevitabilmente riflette non tanto la scala delle preferenze soggettive del compilatore dell'elenco, quanto e in particolare i perduranti effetti della funzione esercitata da questi studi nella fase del suo apprendistato professionale. Due ulteriori scritti, però, sono doverosamente da considerare, prima di concludere il rapido *excursus* tra i più cospicui lavori italiani degli anni Settanta e Ottanta. L'uno, *Lo Stato immaginario* di Pietro Costa, è cronologicamente posteriore, seppur di poco, all'altro, e cioè alle pagine, dense e capaci di offrire ulteriori suggerimenti e prospettive sorprendenti a ogni rilettura, che Gianfranco Miglio dedica nel 1981 a *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*. Poiché però il volume di Pietro Costa non solo rappresenta il punto in cui una fase di studi vede profilarsi innanzi a sé orizzonti differenti e nuovi, ma a mio giudizio anche emblemattizza (e in parte suggella, almeno rispetto alle teorie giuridiche dello Stato) il periodo di sommovimenti epistemologici e metodologici che, negli anni Sessanta e Settanta, coinvolsero pressoché ogni campo e struttura di conoscenza scientifica, ritengo opportuno ricordarlo per primo.

Già dagli anni Sessanta, le evoluzioni e le innovazioni nel campo dell'epistemologia stavano calamitando con potenza crescente l'attenzione di tutte quelle scienze che, grazie a una 'rottura' metodo-

(9) Almeno un altro studioso è però da ricordare, di cui è importante vedere un lavoro che, pur posteriore ai due decenni qui considerati, completa e sistematizza i risultati di precedenti indagini svolte dallo stesso autore, oltre a offrire un'ampia rassegna di fonti e letteratura: G. CHITTOLINI, *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 553-589.

logica rispetto alle indebolite ma ancora predominanti 'strutturazioni sistematiche' dei differenti campi del sapere, confidavano sia in un proprio avanzamento sia (è il caso soprattutto di parecchie discipline sociologiche e politologiche) nel distacco da un *corpus* scientifico-accademico attempato e talvolta acciaccato, così da potersi autonomizzare e istituzionalmente stabilizzare. Alla forza attrattiva di una tale calamita (e in un clima culturale, va ricordato, in cui soffiavano impetuosi e in direzioni contrastanti anche i venti della 'critica' al metodo scientifico, agitati dal pensiero filosofico meno convenzionale o, per dire così, più scapigliato), non potevano certamente sottrarsi la storiografia e la teoria dello Stato. Talché le ricostruzioni storiche delle vicende (o della vita, o dell' 'esperienza') dello Stato moderno e, soprattutto, la diversa collocazione dell' 'oggetto-Stato' all'interno di gran parte delle analisi o riflessioni relative al diritto, alla politica, all'economia, non meno che al 'pensiero' e alla 'cultura' stessi dell'Europa moderna, sembrarono segnare l'indispensabile discontinuità, o la faglia, nei confronti delle forme obsolete di conoscenza scientifica.

Pietro Costa, rileggendo la « tradizione disciplinare » come « il versante testuale, sintattico, di quella realtà che ha come versante pragmatico, metatestuale, la 'comunità scientifica' », individua, scompone e analizza « quegli elementi del discorso che permettono che esso funzioni come unità semiotica, come *testo* »⁽¹⁰⁾. Per la tradizione giuspubblicistica, il centro del testo è occupato dallo Stato. Ma lo Stato « è la realtà *del* testo: è come funzione del testo, non come predicato della 'realtà', che ci viene incontro nella lettura. Il testo non 'trova' lo Stato, ma lo costruisce e lo rappresenta: lo *immagina* »⁽¹¹⁾. Una volta che lo si concepisca onnipotente, dotato di personalità, immortale o mortale e mortifero, voler immaginare lo Stato — questa la conclusione di Costa — « anche come 'reale' appare non tanto il frutto di una perdita di autocontrollo epistemologico quanto un'esigenza dettata dalla logica stringente dell'immaginario disciplinare. Ad Icaro, al fascinoso personaggio del suo

⁽¹⁰⁾ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 6.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 7.

romanzo, tutto poteva concedere Hubert Lubert, anche la morte: ma non la irrealtà » (12).

Tra gli iniziali passaggi della relazione, che Gianfranco Miglio tiene a Pescara durante il lavoro del 51° corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, dedicato a « Stato e senso dello stato oggi in Italia », non può invece non colpire la seguente osservazione (e, al suo interno, il non casuale impiego del verbo 'sfaccettarsi'): « [d]urante gli ultimi cinquant'anni, una legione di storici ha rilevato e descritto una quantità di sequenze ideologiche e di sviluppi concettuali — spesso contraddittori — in cui sembra sfaccettarsi la lunga evoluzione del sistema politico 'moderno' » (13). Ciò che a Miglio soprattutto interessa, muovendo dall'origine e dalle successive mutazioni della « parola 'Stato' », è il « tentativo di una rappresentazione *unitaria* » (14) di quell'organizzazione del potere, che egli giudica il vero e proprio « capolavoro del pensiero occidentale » (15). Lo Stato moderno, per la parte della sua ascendenza 'borghese' (o « economico-utilitarista »), è anche il tentativo di 'contrattualizzare' la politica, o, almeno, di non penalizzare eccessivamente la sfera del 'contratto-scambio' a tutto vantaggio di quella dell'« obbligazione politica ». Questa sorta di paradosso genetico è forse il segreto della formidabile ambivalenza, che ha consentito allo Stato di 'alloggiare', o senza grandi differenze favorire, regimi assolutistici, autocratici e totalitari, liberali, democratici e oligarchici. È anche, probabilmente, uno dei fattori della sua longevità.

(12) Ivi, p. 459.

(13) G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'* (1981), ora in ID., *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, Milano, Giuffrè, 1988. vol. II, p. 801 (gli atti del corso di aggiornamento culturale del 1981, pubblicati in quello stesso anno da Vita e Pensiero, sin dal titolo presentano sempre la parola 'Stato' con l'iniziale minuscola).

(14) *Ibidem*.

(15) Ivi, p. 825 (l'espressione citata è il titolo del par. 8). A proposito dell'« idea astratta e 'personalizzata' dello 'Stato' come il capolavoro del pensiero politico occidentale, e, ad un tempo, la più sofisticata delle 'finzioni' dietro cui, da sempre, gli uomini che compongono la classe politica, sono *costretti* a celarsi », Miglio aggiunge che ciò che « più stupisce è la naturalezza con la quale tutti oggi — dai più raffinati giuristi ai più incolti cittadini — evocano lo 'Stato', parlano dello 'Stato' come se fosse una creatura *realmente* esistente. Eppure sono passati quasi centocinquanta anni dacché Frédéric Bastiat ammonì ironicamente: *L'État est la grande fiction à travers la quelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde* » (p. 825 e p. 826).

Ora, però, dopo essersi ‘particolarizzato’ territorializzandosi, accentrandosi, personificandosi, e dopo essere stato per quasi tutto il suo accidentato percorso l’« anello della rete delle relazioni internazionali » (come ha opportunamente messo in rilievo Schiera, richiamando un fondamentale dato storico raramente e insoddisfacentemente ‘contenuto’ nelle tipologie statuali, se non in parte dentro quella di ‘Stato-potenza’) ⁽¹⁶⁾, lo Stato moderno sembra da tempo bloccato e inerte, per effetto della caduta verticale della sua funzionalità, dinnanzi a « due vicoli ciechi » ⁽¹⁷⁾. L’uno è quello degli « ordinamenti ‘totalitari’ »; l’altro « è costituito dai ‘sistemi occidentali’, nei quali il centro decisionale pretende sempre (come nel primo) il monopolio della ‘funzione pubblica’, ma è indebolito dall’alternanza frenetica delle frazioni di classe politica al potere (pluralismo esasperato dei partiti), e deve vedersela con ‘cittadini liberi’, la cui ‘sovranità’ atomistica genera una ‘società’ destabilizzata (oltre che dall’afflusso dell’“informazione”) da una sfrenata ‘libertà di contratto’ » ⁽¹⁸⁾.

Lo « Stato per ceti » — ossia un « sistema politico dominato dalla ‘funzione pubblica diffusa’ e dal potere ‘contrattato’ » ⁽¹⁹⁾ — appare, a questo punto, l’assetto in grado di produrre, secondo le

⁽¹⁶⁾ Poiché, appunto, lo Stato « non è un fine in sé, ma una macchina, uno strumento per raggiungere altri scopi »: si veda P. SCHIERA, *Il problema dello ‘Stato’ e della sua ‘modernità’*. Gianfranco Miglio dalla storia alla scienza politica, introduzione al saggio di Miglio sul termine-concetto ‘Stato’, ripubblicato — Brescia, Morcelliana, 2007 — a cura di Schiera stesso (la frase citata è a p. 9).

⁽¹⁷⁾ MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto ‘Stato’*, cit., p. 828.

⁽¹⁸⁾ Ivi, pp. 828-829.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 831. Per descrivere i caratteri tipici dello ‘Stato per ceti’, Miglio richiama con ampie citazioni — ivi, pp. 811-812 — *La Société d’Ancien Régime* di Émile Lousse (del quale si riprometteva di presentare, nella collana *Arcana Imperii*, una versione italiana del più agile volume *Organização e representação corporativas*). Peraltro, già in una lunga nota del saggio *Le trasformazioni dell’attuale sistema economico* (1976), ora in MIGLIO, *Le regolarità della politica*, cit., vol. II, p. 645, egli aveva osservato che l’« imbarazzante carenza di modelli interpretativi scientificamente fondati », riguardo al settore dell’indagine politologica dei rapporti tra ‘struttura corporativa’ e ‘rappresentanza degli interessi’, dipendeva « anche dal fatto che, come ben sanno gli storici, malgrado le sterminate ricerche di Emile Lousse, dei suoi allievi e della “Commission internationale pour l’histoire des Assemblées d’états”, il meccanismo della ‘società d’antico regime’ (che costituisce il ‘precedente’ più importante per l’argomento) non è stato ancora affatto chiarito ».

previsioni di Miglio, un « generale effetto di *stabilizzazione* e di riduzione delle mutazioni » (20). Un effetto che riguarda sì la pacificazione, o la progressiva convergenza, tra la propensione ‘totalitaria’ e quella ‘pluralista’ dello Stato, ma tocca anche e in particolare — in un’epoca dominata dall’incertezza e dall’insicurezza collettiva — la società nel suo sempre più oscillante e ambiguo rapporto con i regimi politici, in cui si è andato via via evolvendo il sistema rappresentativo-elettivo dell’età moderna.

3. *La democrazia costituzionale nella teoria di Maurizio Fioravanti.*

È a Maurizio Fioravanti che quasi certamente si devono sia la definizione più accurata e l’elaborazione giuridica maggiormente realistica dello ‘Stato costituzionale’ contemporaneo, sia e in particolare l’argomentata prefigurazione del comune destino che alle sorti dello Stato moderno sembra indissolubilmente unire quelle dei regimi democratici occidentali, quale sviluppo — nei loro aspetti effettuali e ideali — della ‘democrazia dei moderni’. Con precisione, infatti, Fioravanti individua e analizza il punto in cui (e le concrete modalità attraverso le quali) il costituzionalismo del Novecento è stato di necessità costretto ad allargare il suo alveo tradizionale e principale, deviando talora in direzione inaspettata e verso campi nuovi. Lo ‘Stato costituzionale’, se come altri ‘tipi’ racchiude in sé i tratti distintivi e gli esiti di un complesso di trasformazioni della moderna organizzazione del potere, diversamente da tutti gli altri distende la sua ‘figura’ sul futuro possibile, e auspicabile, non solo e non tanto del moderno sistema rappresentativo-elettivo, quanto e in modo speciale della democrazia. È nella ‘democrazia costituzionale’, difatti, che trasformazioni politiche (o sommovimenti politici) e trasformazioni giuridiche trovano la loro area cruciale di intersecazione, reciproca compensazione e, in definitiva, non instabile o provvisorio equilibrio (21).

(20) MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto ‘Stato’*, cit., p. 831.

(21) Da qui l’attenzione crescente — anche rispetto alla Costituzione italiana — per quella categoria di « trasformazione costituzionale », di cui « dobbiamo impadronirci »: cfr. 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, ora

Ai risultati della storiografia sullo Stato moderno e alle tipologie statuali più solide (elaborate in prevalenza dagli storici, ovvero nate o più diffusamente ed efficacemente impiegate dai giuristi), Fioravanti attinge con adesione convinta ⁽²²⁾. Del resto, proprio « dal modo con cui ancora oggi si rilegge la nostra tradizione statalistica europea » — scrive Fioravanti nelle *Parole introduttive* del 2018 al libro *La Costituzione democratica* — dipendono « molti dei problemi del diritto pubblico contemporaneo, lasciati irrisolti perfino nelle Costituzioni democratiche del Novecento » ⁽²³⁾.

Il ‘moderno’ che qualifica lo Stato, connotandolo sin quasi a modificarne qualche lineamento o scolorire qualcuna delle caratteristiche predominanti nelle differenti stagioni storiche, è lontanissimo dall’accezione stringente, e a lungo resistente tra i giuristi dell’Otto e anche del Novecento, che Wilhelm Albrecht, recensendo nel 1837 i *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, systematisch entwickelt* di Romeo Maurenbrecher, riservava al « moderno diritto dello Stato »: ‘moderno’, appunto, poiché contrapposto all’‘antico’ diritto, avendo ora per suo fondamentale ‘oggetto’ l’inedita, e per automatica trasposizione essa stessa moderna, « persona giuridica » dello Stato ⁽²⁴⁾. Semmai, rispetto agli storici dello Stato moderno, Fioravanti è assai più sensibile a non impiegare in

anche in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 187-403. Cfr. inoltre ID., *La trasformazione costituzionale*, in *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 G. Brunelli e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 355-363.

⁽²²⁾ Si veda, anche perché restano esemplari e ancora oggi di utilissima consultazione l’apparato di note e la ricca *Bibliografia* conclusiva, FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990 (in versione rivista, 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. 7-104). Cfr. altresì FIORAVANTI, *Lo ‘Stato moderno’ nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in AA.VV., *Ordo Iuris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 181-217.

⁽²³⁾ FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, cit., p. VII. Da vedere è anche ID., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, in cui l’autore torna ad affermare esplicitamente la ‘vicinanza’ delle proprie idee alla lezione di Nicola Matteucci (p. 67, n. 31).

⁽²⁴⁾ Della recensione, pubblicata sui « Göttingische gelehrte Anzeigen », si può leggere una versione italiana in *Il concetto di “interesse”*, a cura di L. Ornaghi, Milano,

modo anelastico (o eccessivamente idealizzato) il ‘tipo’ unitario di Stato moderno. Le due varianti storiche — o i due ‘sotto-tipi’? — della moderna organizzazione del potere, ossia l’europea-continentale e l’europea-insulare con la sua estensione successiva agli Stati Uniti, hanno infatti giocato un ruolo decisivo negli svolgimenti del costituzionalismo ⁽²⁵⁾. Sino al punto in cui — dall’età di Weimar, che ne porta i segni precorrenti, al periodo che segue il secondo conflitto mondiale e subito si trova a vivere la bipolarizzazione internazionale e la contrapposizione ideologica della Guerra fredda, a oggi — il costituzionalismo viene a collocarsi in una posizione centrale rispetto a ogni analisi del presente dello Stato, la quale, allungando pur di poco lo sguardo, s’interroghi non solo sul futuro prossimo del ‘moderno Stato’, ma anche e innanzitutto sul domani della ‘democrazia costituzionale’ ⁽²⁶⁾.

La ‘equiparazione’ o addirittura la ‘immedesimazione’, ovvero e più banalmente l’inconsapevole ‘indistinzione’ e ‘confusione’ — in

Giuffrè, 1984, pp. 408-415 (le espressioni citate ricorrono più volte: segnatamente cfr. p. 415 e p. 410).

⁽²⁵⁾ Tra le molte pagine da lui dedicate all’argomento, si vedano almeno quelle dei due saggi *La Costituzione federale americana come ‘modello costituzionale’* e *Un’eredità delle rivoluzioni: il ‘modello costituzionale’ radicale*, riuniti in FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, rispettivamente pp. 53-69 e pp. 70-85. Merita peraltro di essere ricordata estesamente, per la chiarezza delle definizioni e precisazioni, questa spiegazione in ID., *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in « Revista chilena de historia del derecho », XXII (2010), t. II, p. 1204: « Il costituzionalismo, per quanto ricco di riferimenti, nello svolgersi del suo percorso, a problematiche proprie dell’età medievale, o a modelli dell’età antica, appartiene per intero all’età moderna. Più precisamente, esso rappresenta il *secondo lato* dello Stato moderno europeo. Se immaginiamo lo Stato moderno europeo come una figura a due lati, possiamo collocare sul primo la ben nota tendenza, che si apre all’incirca in Europa nel XIV secolo, alla concentrazione del potere sul territorio, con particolare riferimento ai poteri d’*imperium*, al potere di esigere i tributi, di dire la giustizia, di chiamare alle armi; e sul secondo lato la parallela tendenza, che è proprio quella del costituzionalismo, a circoscrivere quei poteri, ad offrire e determinare limiti e garanzie, e ad introdurre inoltre, entro questo processo storico, l’elemento della partecipazione e del consenso, con la progressiva costruzione delle assemblee rappresentative ».

⁽²⁶⁾ Sul « ‘tipo’ storico di Costituzione che Weimar inaugura: la Costituzione democratica del Novecento », si vedano le pagine persuasive e belle del saggio introduttivo di FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, in C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. V-XXII (la frase citata è a p. XXI).

specie nelle mentalità sociali e nelle rappresentazioni collettive largamente diffuse — tra lo Stato e la democrazia, è una realtà che non offusca le diversità e talvolta i contrasti o le 'contraddizioni' nella vicenda storica dell'uno e dell'altra. Nemmeno cancella la necessità, oggi addirittura maggiore di ieri, di disporre dei rispettivi, precisi 'ideal-tipi'. La simbiosi tra i due potrebbe rivelarsi più il risultato di contingenze storiche e convenienze politiche, che non il prodotto, 'razionale' e perennemente migliorabile con la ragione, della modernità. D'altronde, nel caso che un tale risultato si rivelasse transeunte (o, per dirla diversamente, nell'eventualità che l'alleanza, salda finché reciprocamente vantaggiosa, fra Stato e democrazia si allentasse sino a minacciare di sciogliersi), non è improbabile che sia il primo — proprio per la sua congenita ambivalenza o ambiguità — a risultare più coriaceo della seconda.

Nel profondo della « forma di Stato » — sottolinea Fioravanti — vi è certamente, quale « dato caratterizzante », una concezione di « democrazia ancora per molti versi legata alla grande tradizione europea della centralità della legge, alla grande figura del legislatore impersonante l'intera comunità politica, nella complessità delle sue articolazioni » (27). Ora, però, la democrazia « non è più solo una democrazia legislativa. Si tratta invece di una *democrazia costituzionale*, che non si esaurisce più nel suo lato legislativo, politico-rappresentativo » (28). E la 'democrazia costituzionale', che via via ha preso corpo dalla seconda metà del secolo ventesimo, è esattamente da intendere « come una sorta d'*ideale condizione di equilibrio* tra le ragioni della politica, nel cui ambito si compiono, attraverso l'esercizio degli stessi diritti politici, le grandi scelte d'indirizzo che interessano la collettività nel suo complesso, e le ragioni del diritto, che si esprimono direttamente nella costituzione, e si realizzano mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale, ed in genere tramite gli istituti di garanzia, posti a protezione dei diritti individuali e dei diritti della minoranza » (29).

Le 'ragioni della politica' non vengono mai dimenticate da Maurizio Fioravanti. D'altronde, se lo stesso costituzionalismo nasce

(27) FIORAVANTI, *Sovranità e costituzione: il 'modello europeo' tra Otto e Novecento* (2000), ora in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., t. II, p. 892.

(28) *Ibidem*.

(29) Ivi, p. 893.

« da un'esigenza pratica, e schiettamente politica »⁽³⁰⁾, il « dato dell'agire politico », per una società civile, è « elemento decisivo della propria esistenza come società »⁽³¹⁾. Quando le 'ragioni' non guidino l'agire politico (o, almeno, efficacemente lo imbriglino), fumosa e pericolosa può diventare la necessaria distinzione « tra la società *presupposta* e la società *voluta*, ovvero tra la società che la costituzione presuppone e la società che la costituzione propugna, e immagina per il futuro »⁽³²⁾.

Neanche la forza disordinante della politica, che ciclicamente riesplode nelle e tra le comunità 'particolari', viene da lui esorcizzata, rinchiudendola in quel rapporto inesorabilmente disarmonico tra diritto e politica, in cui quest'ultima assomma in sé ed esaspera tutti gli elementi negativi dell'umana imprevedibilità, se non dell'irrazionalità. La realtà della politica è sempre dietro, o dentro, la forma dello Stato. Lo è alle origini dello Stato moderno, nonostante (o proprio per) la presenza della robusta radice 'contrattuale-utilitaristica'. E vi rimane lungo l'intera sequenza dei 'tipi' storici di Stato⁽³³⁾. Sino, appunto, a quello Stato costituzionale a cui è affidato il compito, oggi ancora più gravoso che in tempi passati, di contrastare e contraddire ogni tentazione e immagine luciferina del potere politico⁽³⁴⁾.

(30) FIORAVANTI, *Costituzionalismo e positivismo giuridico* (inedito destinato al primo numero di *Politica & Società*) ora in Id., *Costituzionalismo*, cit., p. 91.

(31) Ivi, p. 71.

(32) *Ibidem*.

(33) Il che spiega l'attenzione costante di Fioravanti alla presenza, e al differente ruolo nelle varie stagioni storiche, delle 'minoranze organizzate', non meno che — dal tardo Ottocento in poi — all'«estensione» della politica alle masse. L'impronta e gli orientamenti di metodo, da lui lasciati nel campo delle ricerche di storia giuridica, sono riconoscibili alle fondamenta e nello svolgimento dell'analisi di M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

(34) Rispetto al rapporto fra politica e diritto, e in particolare alla concezione del potere e alla sua 'compiutezza' nello Stato moderno, vi è a mio giudizio uno scostamento rilevante e assai significativo di Fioravanti dalla direzione, analitica e teorica, lungo la quale si è costantemente mosso il suo maestro Paolo Grossi (per chiarimenti e considerazioni su una tale direzione, rinvio a L. ORNAGHI, *Società, Stato e costituzione nei «sommovimenti» della politica nell'età pos-moderna*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», LII (2023), in corso di pubblicazione).

Nel capoverso conclusivo di un suo saggio, scritto in memoria di Roberto Ruffilli, assai persuasivamente Fioravanti esorta a « riattivare un corretto rapporto di comunicazione tra ‘politica’ e ‘diritto’, ripensando per altro le forme dell’una e dell’altro, evidentemente non più all’altezza dei tempi, non più adatte a mantenere in posizione centrale quella norma fondamentale cui pure continua ad essere legata tanta parte delle nostre sorti sul piano della organizzazione dei poteri e della tutela dei diritti » (35). Una necessità tanto più acuta e incombente, questa, quanto più le costituzioni formalmente intese non siano più « sorrette, per la loro interpretazione ed attuazione, da un complesso definito di valori e di principi » (36). Giunti a un tale punto, difatti, risulta pressoché « inevitabile che ‘diritto’ e ‘politica’ tornino ad opporsi: accade così che qualcuno torni a coltivare l’illusione, tipicamente liberale, di un diritto pubblico non più fondato su scelte di principio e d’indirizzo, e che qualcun altro, parallelamente, e certo non a caso, rispolveri il grande mito della ‘politica pura’, della soggettività originaria capace di produrre la ‘grande decisione’ alla quale riannodare di nuovo le sparse membra di tutta la costituzione » (37).

4. *Notazioni finali.*

Quando Gianfranco Miglio prospetta per regimi democratici e sistemi totalitari, a Ovest e a Est, una comune « ricostituzione dello ‘Stato per ceti’ » quale parziale e poco entusiasmante « ritorno al

(35) Il saggio *Potere costituente e diritto pubblico* (originariamente pubblicato, con un titolo lievemente diverso, in *Potere costituente e riforme costituzionali. Scritti di politica e storia in memoria di Roberto Ruffilli*, a cura di P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 1992) è in FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., p. 235.

(36) Ivi, p. 234.

(37) *Ibidem.* D’altronde, a proposito delle trasformazioni costituzionali in atto da tempo, FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, cit., p. 33, osserva che esse « 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 ancora 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 ».

passato» (38), è certamente il primo a essere consapevole della massiccia dose di paradosso, deliberatamente versata dentro l'ipotesi di un simile, impossibile 'ritorno'. Nessun 'tipo' — neppure in virtù di qualche suggestiva analogia, o in forza della residua e magari inaspettata persistenza degli elementi ideali-ideologici o della funzionalità degli istituti politici e amministrativi tipizzati — riuscirebbe peraltro a visualizzare, in maniera più precisa e con più impressionante forza dello 'Stato per ceti', ciò che da tempo sta corrodendo e ora mette sempre più a repentaglio (o rende nostalgicamente e irrealisticamente pretenziosa) la fondamentale 'unità' reclamata dallo Stato moderno (39). Sino a rendere non infondato il dubbio se lo stesso 'ideal-tipo' della moderna organizzazione del potere non sia uno strumento ancora confacente, sì, a descrivere distanze e differenze del presente anche rispetto al passato recente, ma sempre meno maneggevole e utile per cercare di capire quanta ancora sarà, nel destino dello Stato moderno, la sua capacità di mantenere, magari dislocandola e militarmente e tecnologicamente sempre più proteggendo, la posizione di incontrastabile superiorità nella produzione e distribuzione del potere politico.

Se — per gli ordinamenti occidentali, per gli eredi diretti della 'democrazia dei moderni' — la strada obbligata sembra essere quella (già percorsa, appunto, durante l'esperienza storica dello 'Stato per ceti') di riuscire a « *guadagnare* » non solo « autorità » ma anche « ruolo » (40), è pur vero che la 'potenza' dello Stato nell'arena internazionale sta facendo 'riguadagnare' a quest'ultimo gran parte del peso, perduto o indebolitosi da tempo, nel rapporto di apparente immedesimazione, o di strettissima alleanza, con la democrazia. In questo caso senza paradosso alcuno, gli orizzonti temporali delle

(38) MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, cit., p. 831.

(39) Va ricordato, ai fini di valutare le implicazioni del 'paradosso' di Miglio, che già O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes*, in « *Historische Zeitschrift* », CXLI (1930), pp. 229-248 (trad. it. *Tipologia delle costituzioni per ceti in Occidente*, in Id., *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 223) sottolineava che il « dualismo », caratterizzante in prevalenza le « costituzioni per ceti », consiste « fondamentalmente nel fatto che allo Stato per ceti — se lo si vuol chiamare così — manca l'unità e la chiusura interna dello Stato moderno, in particolare l'unità del potere statale ».

(40) MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, cit., p. 831.

democrazie, quando vengano traguardati dal punto di osservazione di un sistema internazionale le cui turbolenze sempre più scuotono e condizionano la vita feriale di ogni politica domestica, quasi si disperdono dentro quelli dello Stato. E, nella loro linea specifica, rischiano di diventare distinguibili soltanto con sforzi crescenti.

Neanche il 'tipo' più tradizionale di 'Stato-potenza', tuttavia, può colmare in maniera soddisfacente i vuoti in cui oggi s'imbatte la costruzione delle tipologie statuali. Mentre persino i 'tipi' elaborati in tempi da noi non troppo lontani — dallo 'Stato amministrativo', di più largo impiego tra i giuristi, a quello scarno e talvolta sin troppo ossificato dello 'Stato-partito' e al malleabile e talora debordante '*Welfare State*', cui soprattutto fanno ricorso politologi e sociologi — faticano o sono impossibilitati a fuoriuscire dal campo 'domestico' dello Stato, la figura antica e mai infiacchita dello 'Stato-potenza' si trova a operare in un'arena, o in un contesto, alquanto differente dal passato. Differente per la quantità e qualità di risorse tangibili e intangibili (oltre che per l'abilità nel saperle usare) necessarie all'acquisizione e poi alla conservazione dell'egemonia internazionale. Ma diverso e per molti aspetti nuovo, l'attuale 'sistema degli Stati', anche per gli elementi che, con i loro rapporti di interdipendenza (e di dipendenza), lo compongono, lo articolano e stratificano. Le stesse relazioni di 'clientela internazionale' (con i conseguenti 'allineamenti', più o meno forzati o interessati, dei regimi formali e delle classi al potere, che dal *patronus* si attendono protezione politica, militare, economico-tecnica) si dispiegano oggi in una « società degli Stati » sempre più refrattaria a essere e sentirsi « una comunità di cultura », di cui sono condivisi e appaiono condivisibili i 'valori' fondanti: come invece — secondo una giusta, importante sottolineatura di Otto Hintze — si sentiva ed era, quale « metamorfosi secolarizzata della comunità di fede e di cultura medievale », la società degli Stati europea, nascente al nascere dello Stato di potenza e del « principio dell'autodifesa dei singoli Stati » ⁽⁴¹⁾.

Emilio Bussi, nel precisare l'« oggetto » del corso da lui tenuto

(41) O. HINTZE, *Wesen und Wandlung des modernen Staats*, in « Sitzungsberichte der Preussischen Akademie der Wissenschaften », 1931, pp. 790-810 (trad. it. *Essenza e trasformazione dello Stato moderno*, in ID., *Stato e società*, cit., pp. 144-145).

sull'evoluzione storica dei tipi di Stato, espose con sicurezza la propria convinzione che la storia dello Stato dovesse, di necessità, essere surrogata da « una storia dei 'tipi' di Stato » (42). La quale storia, oltretutto, vedeva in sequenza un numero « piuttosto limitato » di tipi (43). Trascorsi da allora non pochi decenni, la vicenda storica dello Stato moderno ha attirato interesse e fatiche di un numero crescente di studiosi. E i 'tipi' (le 'sfaccettature' da cui non farsi fuorviare, pena il rischio di fallire l'obiettivo fondamentale — a giudizio di Miglio — della « rappresentazione *unitaria* » del moderno Stato) (44) si sono via via infoltiti e più o meno nitidamente precisati.

Nel cercare di comprendere quale sia, oggi, il ruolo e lo spazio politico dello Stato, e nel considerare — per quanto possibile — le sorti che prevedibilmente attendono non solo la 'moderna' organizzazione del potere, ma anche i regimi politici di cui questa si è trovata talvolta a subire o tollerare la più o meno lunga esistenza e talaltra a favorire l'avvento e il consolidamento, sino a ritrarsi dietro la loro imponente figura, è con ogni probabilità prematura la pretesa di poter disporre di un quadro di connessioni concettuali, in sé unitario anche perché (relativamente) privo di contraddizioni o incoerenze vistose. Anzi, a ben guardare, ciò che oggi risulta più interessante e proficuo è proprio l'inventario delle sfasature e dei contrasti, che rendono difficilmente rinserrabile per intero la realtà dello Stato dentro una delle 'classiche' tipologie statuali. E che, nel medesimo tempo, anche per essere semplicemente 'inventariati' obbligano a ricorrere ancora una volta a simili tipologie, magari scomponendo e poi ricomponendo per commistione alcune delle loro 'connessioni concettuali' fondamentali, persino quelle all'apparenza meno compatibili (45).

(42) E. BUSSI, *Evoluzione storica dei tipi di Stato*, Cagliari, Editrice Sarda, 1954, p. 11.

(43) *Ibidem*. Tre — conta ricordarlo — sono i tipi individuati ed esaminati da Bussi: 'Stato patrimoniale', 'Stato di polizia', 'Stato di diritto'.

(44) Cfr. *supra*, n. 13 e n. 14.

(45) Rilevanti e assai utili, in questa prospettiva, sono le considerazioni conclusive di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 222-223, il quale, dopo aver analizzato a fondo le molteplici realtà del « nuovo amalgama tra diritto pubblico e diritto privato », della « nuova combinazione tra regolazione pubblica e regolazione privata; tra regolazione transnazionale e regolazione

D'altronde, una delle prime conseguenze positive del fare della riflessione sull'«oggetto-Stato» uno specifico «oggetto di riflessione» potrebbe essere quella, appunto, di porre soprattutto attenzione a ciò che maggiormente determinerà il destino «politico» della moderna organizzazione del potere. Vale a dire, la superiorità effettiva e l'efficacia del suo potere «organizzante», rispetto alla rete sempre diversa di poteri, antichi o nuovi, ancora «ordinati» e «ordinabili», ovvero indipendenti, restii a qualsiasi «ordinamento» da parte dello Stato e magari assai poco inclini a sincere concertazioni e contrattazioni con il potere di quest'ultimo, persino al solo scopo di salvaguardare o far crescere il proprio ⁽⁴⁶⁾.

sovranzionale», dell'«ibrida formazione di regole tra attori statali e non statali», osserva che «nonostante tutto, lo Stato si conferma ancora l'esclusivo detentore della forza legittima e la cerniera fondamentale di ogni stabilizzazione».

⁽⁴⁶⁾ L'insieme di accordi e patti più o meno stabili tra questi poteri, ovvero di competizione crescente e conflitti, avrà tanto più peso sulle sorti dello Stato, quanto più risulterà non facilmente contrastabile l'«ideologia dell'immediatezza». La quale — cfr., su questo tema, D. INNERARITY, *Politics in the Time of Indignation. The Crisis of Representative Democracy*, London, Bloomsbury, 2020 — consegue, e al medesimo tempo offre ulteriori spinte, al deperimento del moderno sistema rappresentativo-elettivo: rispetto già alle tavole fondamentali dei suoi valori di legittimazione, prima e in misura più insidiosa che non nei confronti del rendimento delle istituzioni rappresentative e delle «qualità» dei leader o dei componenti dei ceti che di volta in volta (e in archi temporali sempre più limitati) le guidano e personificano.

**DALLA COSTITUZIONE CETUALE
ALLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA**

CLARA ÁLVAREZ ALONSO
MAURIZIO FIORAVANTI/
JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA
Y EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL,
EUROPEO E IBEROAMERICANO

1. La producción de Fioravanti y el paradigma neoconstitucionalista. — 2. Fioravanti-Varela. Las razones de la afinidad. — 3. En defensa de una historia constitucional y una Constitución europeas.

Es necesario establecer una precisión acerca de la intitulación antes de entrar en el *leit motiv* de esta aportación que, por sugerencia del profesor Sordi, se centra acertada y fundamentalmente en las relaciones de carácter científico y académico de nuestro homenajeado y el catedrático de Derecho Constitucional español Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. En realidad, he elegido este título para resaltar el hecho de que el conocimiento y frecuentación de la producción de Maurizio Fioravanti no se limita solo a España, donde su autoridad es más que reconocida en diferentes especialidades — Historia, Ciencia Política — y disciplinas jurídicas, en especial Historia del Derecho, Derecho Constitucional, Derecho Político y Filosofía del Derecho, sino del ámbito iberoamericano. Ahí ha ejercido y ejerce una influencia notable en asuntos sustanciales que merece la pena reseñar, en parte facilitada por la traducción de algunas de sus obras más importantes, una de las cuales, *Los Derechos Fundamentales*, ha alcanzado siete ediciones hasta el momento ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sin contar los artículos y contribuciones a obras colectivas, se han traducido al castellano, casi siempre por Manuel Martínez Neira, los libros de su autoría, *Constitu-*

1. *La producción de Fioravanti y el paradigma neoconstitucionalista.*

La recepción de su obra en toda latinoamérica, pero en especial en países como Méjico y Colombia, es, a mi juicio, especialmente reseñable por tratarse de áreas académicas que, con Brasil y otros, desarrollan meritoria y vigorosamente la alternativa que presenta el movimiento neoconstitucionalista, vinculado o no a presupuestos posmodernistas. Relacionado, como es bien conocido, con los procesos electorales de los países andinos (Venezuela, Ecuador y Bolivia) pero también Brasil, ese nuevo constitucionalismo, con su doble proyección en el terreno de la praxis y la teoría, dio lugar, a partir de unas inequívocas y reconocibles bases multiculturales, a procedimientos constituyentes que se volcaron en la construcción del así denominado « socialismo del siglo XXI », por un lado y, por el otro, a la creación de una nueva clase de Estado y a la reformulación — y sobre todo normativización — de, al menos, elementos principales del derecho (2).

Se trata, por consiguiente, de una corriente bien interesante que, en el plano de la teoría jurídica, rivaliza en importancia con el constructivismo y el pragmatismo, entendidos ambos como alternativas al *constitucionalismo democrático*, al que algunos consideran la « gran ideología del siglo XX » por haber facilitado la realización de aspiraciones sociales cómo, entre otras, los derechos fundamentales, dando así paso a la aparición de un constitucionalismo robusto y reforzado. Fue de esta manera cómo la Constitución se erigió en el centro de todo el sistema político, lo que a su vez generó como una de sus consecuencias más obvias la ampliación de la jurisdicción constitucional. Una jurisdicción, por cierto, particularmente intensa en la época del así llamado pospositivismo y su definitiva influencia

ción: de la antigüedad a nuestros días. Trotta 2001; *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales.* Trotta, 2014; *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones.* Trotta, 1996 (1ª edic. con introducción mía) y 7ª 2016, así como la obra de la que fue coordinador, *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho.* Trotta, 2004.

(2) A. NOQUERA FERNÁNDEZ, *El nuevo constitucionalismo multicultural: ¿reforma o revolución? reflexionando acerca de los límites del constitucionalismo*, « Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco », n° 9, 2017, (Ejemplar dedicado a: Derecho y política en sociedades multiculturales), págs. 119-147.

en los cambios de la hermenéutica jurídica, uno de cuyos mayores méritos fue conseguir la normatividad de los principios ⁽³⁾.

Para constructivistas y pragmatistas, con sus referentes en Ponsner, Rawls, Rorty e incluso Dworkin, la hermenéutica, sobre todo judicial, en cuyo centro se halla la razón práctica, adquiere un protagonismo inusitado que, desde el terreno más propiamente historicojurídico, fue asimismo reivindicado por autores tan determinantes como el propio Paolo Grossi. De hecho, aunque existen ciertamente otras opciones de incontestable influencia, sobre todo en los medios europeos, como la que presenta sin ir más lejos Gadamer, las dos tendencias mencionadas parecían acaparar todo el debate en los medios americanos hasta la emergencia del neoconstitucionalismo que, en seguida, se situó como un « nuevo paradigma » frente a ambas. Sin embargo, es obligatorio añadir que, aunque ciertamente se lo reconocía como una teoría, se la calificaba

(3) Vid, las ilustrativas aportaciones de la jurisprudencia doctrinal brasileira, como, entre otros, A.P. BARCELLOS, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005; del mismo, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas* en D. SARMENTO, F. GALDINO, (orgs.), “Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres”, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 31-60; L.R. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 4.ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2000; del mismo, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)* en C.P. SOUZA NETO, D. SARMENTO, “A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 203-250 y del mismo, *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo* en D. SARMENTO, (Coord.), “Filosofia e teoria constitucional contemporânea”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 209-345; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; D. SARMENTO, *¿O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades* en D. SARMENTO, (Coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. Una aproximación al debate más amplio la ha realizado J. TAVARES RAPOZO, *Pragmatismo y neoconstitucionalismo una contribución a la recepción de la filosofía pragmatista en el nuevo paradigma constitucional*, tesis doctoral dirigida por A.J. García Figueroa. Universidad Castilla-La Mancha. En sentido crítico al mismo, p. e. D.A. MONTERO ZENDEJAS, *El constitucionalismo latinoamericano. La constitución de la Ciudad de México. ¿Una nueva constitución?*, « Quaestio Iuris », vol. 12, n° 3, Rio de Janeiro, 2019, págs. 466-489 o M. LÓPEZ, *Çbaramicos: una revisión de la modernidad revolucionaria dominicana*, “Bulletin of Hispanic Studies”, vol 92, n° 6, 2015, págs. 706-718.

con un cierto tono peyorativo de *particular* y se insistía en que, a diferencia de aquellas, era producto de un determinado momento histórico cómo si las demás no lo fueran. Aun así, en general, tanto para sus defensores como para sus críticos y detractores, el derecho revestía ahí unas condiciones específicas.

Es, a este respecto innegable que tanto el discurso característicamente revolucionario del neoconstitucionalismo — que para algunos entronca con las grandes revoluciones del siglo XX ⁽⁴⁾ — como las transformaciones realizadas o pretendidas — que afectan tanto a la participación ciudadana y a la reformulación de los clásicos poderes estatales como, de manera muy particular, a la constitución económica a través de las nacionalizaciones y la reformulación del concepto de propiedad codificado y la garantía real y efectiva de los derechos sociales y económicos — han recuperado y revitalizado el discurso propio del modelo impulsado en los años setenta por Salvador Allende. Si el golpe militar puso fin a su proyecto cuyo objetivo inmediato era la instauración de un socialismo democrático y la creación de un Estado acorde al mismo, la aniquilación de su partido tuvo una honda y larga trascendencia involutiva no solo para Chile sino para toda Iberoamérica que solo se superó con los procesos democráticos ideológicamente fundados en los presupuestos neoconstitucionalistas dirigidos por partidos políticos que, no por casualidad, adoptaron el mismo nombre, Unidad Popular, que el de Allende.

En este sentido, no deja de ser altamente ilustrativo que se relativice el alcance, no solo doctrinal sino incluso material, de este nuevo constitucionalismo, donde es innegable el lugar destacado concedido a la política y a la interpretación jurisprudencial, por algunos sectores introduciendo dudas, cuestionando los logros y desprestigiando sus metas a través de críticas que proceden de todas

(4) I. VANEGAS USECHE, *El constitucionalismo revolucionario*, “Procesos Revista Ecuatoriana De Historia”, n° 37, 2013, págs. 35-56; D. ZANGO BULGARELLI, *El constitucionalismo revolucionario, análisis de las primeras constituciones soviéticas desde la teoría marxista del Estado y del Derecho*, «Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica», vol. 57, n° 148, 2018 (Ejemplar dedicado a: 100 años de la Revolución rusa), págs. 129-139; M. DEL R. GONZÁLEZ, *La nueva España en la Constitución mexicana de 1917: Los nuevos comienzos en el constitucionalismo revolucionario*, «Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo», vol. 5, 1996, págs. 297-318.

las corrientes doctrinales. En este sentido, se comprende muy bien que en los propios medios académicos se describa la situación actual lúcidamente sintetizada en torno a dos cuestiones básicas: « ¿nos encontramos ante una auténtica revolución de la que está emergiendo una nueva forma de Estado y de Derecho no liberal?, o bien, ¿estamos ante una simple evolución, ampliación y especificación de los derechos liberales y de un constitucionalismo liberal de tercera generación? » (5)

Sin ser este el lugar oportuno para entrar en una discusión de gran altura científica y de definitiva importancia material, nos basta con señalar que es en ese contexto donde, a mi parecer, alcanza toda su importancia la aportación de Fioravanti en su doble vertiente histórica y actual, que, bien mirado, conforman un único hilo conductor. Así lo puso de manifiesto él mismo en esa espléndida exposición del constitucionalismo revolucionario de la primera época y el soberbio análisis comparado entre el republicanismo inicial y el del novecientos tomando como referencia, precisamente, la *Constitución de Apatzingán* mexicana y la italiana del 48 (6).

Así pues, existe en esas áreas académicas una innegable huella de Fioravanti que no se limita a aspectos puramente instrumentales procedentes del aparato conceptual, sino a la inteligencia de todo el complejo entramado doctrinal del que él fue un orientador y renovador, como testimonian contribuciones específicas que afectan de manera sobresaliente al entendimiento de las categorías básicas de la teoría constitucional y del Estado. Las aportaciones de, en especial, Andrés Botero Bernal o Rafael Estrada Michel, o de Andrés Eduardo Gómez Alarcón, por ejemplo, por citar solo algunos, son ilustrativas al respecto como acreditan sus, por lo demás, elocuentísimos títulos: *Fioravanti visita Colombia y Soberanía y Constitución. Las categorías historiográficas de Maurizio Fioravanti en el análisis de la historia constitucional mexicana* (7).

(5) NOQUERA FERNÁNDEZ, *El nuevo constitucionalismo*, cit.

(6) FIORAVANTI, *La « repubblica » come ideale (rileggendo la Costituzione de Apatzingán)*, « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XLIV (2015), págs. 1111 ss.

(7) R. ESTRADA MICHEL, *Soberanía y constitución: Las categorías historiográficas de Maurizio Fioravanti en el análisis de la historia constitucional mexicana*. “Parlamento y

Para Fioravanti el conocimiento histórico es irrenunciable para interpretar y entender el presente. Se trata de una posición, sobre la que volveré más adelante, de la que en el artículo mencionado aporta un ejemplo ilustrativo al definir « lo que es república en nuestro tiempo histórico ». En una admirable síntesis advierte que existen ahí dos, por así decir, modalidades: « la república de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona, la república de los derechos sociales que propugna una sociedad justa y, en fin, la república de los poderes constituidos y limitados que impide la formación de una *suprema potestas* » pero, añade, ambas responden a un único ideal republicano. Un ideal en el que, afirma, se entrecruzan dos sentimientos, el antidespótico donde la política adquiere un lugar secundario, y el social y solidario, en el que tiene una « función decisiva y protagonista para la realización del principio de igualdad y dignidad social (porque) en el ideal republicano el temor por una posible arbitrariedad en la política se entrecruza continuamente con el pensar la política en grande en función de ambiciosas funciones de orden colectivo » (8).

Es precisamente esa tan escueta como contundente narración de « las vicisitudes de nuestro republicanismo » desde aquel 22 de octubre de 1814 y la localización, enumeración y descripción de sus características esenciales y sus finalidades y objetivos los que le hacen particularmente receptivo en el paradigma neoconstitucionalista.

Y lo cierto es que no sorprende en absoluto esa recepción de su obra en la actualidad habida cuenta que, como exponen Gaetano y Mayorga en una interesantísima compilación de autores latinoamericanos, en esa concreta área « los temas referidos a la consolidación democrática se enlazan con indagaciones sobre la calidad de la democracia, que reclaman la vigencia del Estado de derecho, y enfatizan en el vínculo entre lo político y lo institucional ». En este sentido, como los mismos autores reconocen, el aparato doctrinal y

Constitución”. Anuario, n° 22, 2021, págs. 47-76; A. BOTERO BERNAL, *Fioravanti visita Colombia: sobre la aplicación de los modelos de cartas de derechos constitucionales*, “Revista de Filosofía UIS”, vol. 14, n° 2, 2015, págs. 15-46; A.E. GÓMEZ ALARCÓN, *Una aproximación al concepto de justicia en el historicismo británico del siglo XVIII*, “Revista Filosofía UIS”, vol. 19, n° 2, 2020, págs. 135-160.

(8) FIORAVANTI, *La « repubblica »*, cit., pág. 1123.

normativo que aporta Fioravanti se muestra como un mecanismo eficaz, incluso como contrapunto cuando es necesario, para la identificación de las «instituciones informales» el peso de los «liderazgos carismáticos» y la decisiva influencia de los consorcios mediáticos en la comunicación política (9).

Para nosotros, los españoles, existe con esos países una relación muy natural, aunque no siempre reconocida, y no solamente por el pasado colonial. En este caso concreto, se trata más bien de otra clase de lazos que tienen precisamente su origen en compartir el nacimiento del constitucionalismo moderno a través de la primera Constitución común, pero gestada en pleno nacimiento de los movimientos independentistas (10). Aquella Constitución, que alcanzó una increíble proyección internacional dotó de identidad propia a aquel primer constitucionalismo que se ha denominado *atlántico*, como el propio Fioravanti reconocía a Varela Suanzes en una memorable entrevista que no ha perdido un ápice de interés desde su realización en 2013 (11).

2. *Fioravanti-Varela. Las razones de la afinidad.*

No era ciertamente aquella la primera vez que ambos se confrontaban. De hecho, Fioravanti estuvo invitado en Oviedo para

(9) G. CAETANO, F. MAYORGA (comp.), *Giros políticos y desafíos democráticos en América Latina: enfoques de casos nacionales y perspectivas de análisis*. Buenos Aires: CLACSO, 2020.

(10) Solo a modo de ejemplo, I. VANEGAS USECHE, *El Constitucionalismo y los imperativos revolucionarios: Popayan 1808-1815*, «Anuario colombiano de Historia Social y de la Cultura», vol. 44, n° 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Tema Libre/Foro in memoriam Jaime Jaramillo Uribe), págs. 199-222; J. L. OSSA SANTA CRUZ, *Revolución y constitucionalismo en Chile, 1808-1814*, «HIB, revista de historia iberoamericana», vol 5, n° 1, 2012, pp. 111-39; F. QUINZIANO, *España desde Argentina: monarquía y constitucionalismo en la "Gaceta de buenos Aires (1820-21)*, «Spagna contemporánea», n° 16, 1999, págs. 23-42; M. CHUST CALERO et al., *La ilusión de la libertad: El liberalismo revolucionario en la década de 1820 en España y América*. Ariadna ediciones, 2021; A. BOTERO BERNAL, *El soberano según el constitucionalismo independentista neogranadino: ¿El pueblo católico o la Nación católica?*, «Historia constitucional: revista electrónica de Historia constitucional», n° 19, 2019, págs. 467-504; C.M. MOLINA BETANCUR (comp.), *Bicentenario constitucional colombiano*, tomo I, 1810: Revolución o independencia. Centro de Investigación jurídicas de la Universidad de Medellín, 2013.

(11) *Constitucionalismo e Historia del pensamiento jurídico. Entrevista al profesor Maurizio Fioravanti*, «Historia Constitucional», n° 14, 2013.

impartir un seminario por el grupo de constitucionalistas (Punset, Bastida, Villaverde, Aláez, Presno, Fernández Sarasola, Pagés, Leonardo Álvarez) que están considerados entre los más brillantes de España años antes. Y fue entonces cuando se forjó una relación que trascendió lo puramente profesional para extenderse al terreno de lo personal que se intensificó en los últimos años por compartidas y no gratas circunstancias personales.

Pero ¿qué era lo que, en el ámbito científico, unía a un constitucionalista y a un historiador del Derecho? En su relación el profundo respeto mutuo por la propia producción primaba sobre las opiniones divergentes acerca de algunas cuestiones, incluso capitales, que afectaban al entendimiento de categorías y conceptos clave de las teorías de la Constitución y el Estado y, en especial, los modelos históricos cuyo conocimiento ambos dominaban. Incluso sobre las sostenidas y encontradas acerca de un tema tan sensible para nosotros como era la Constitución de 1812, cuya forma de gobierno Varela consideraba «extraña» frente al constitucionalismo francés y británico y Fioravanti defiende argumentando que tal vez los extraños eran aquellos ⁽¹²⁾. O la frustrante, por nacionalista casi provinciana, hegemonía del Derecho político en la España de entre siglos que retardó el nacimiento de una ciencia del Derecho Constitucional entre nosotros ⁽¹³⁾, opinión que Fioravanti no comparte por estimar «que el derecho fuera *político* (cursiva original) era una cuestión europea y no solo española» ⁽¹⁴⁾. Porque, por encima de todo eso, está, a mi parecer, como un nexo de unión fácilmente identificable en primer lugar, la insatisfacción por la orientación y naturaleza de los estudios sobre la materia.

Varela Suanzes, constitucionalista de profesión, y a quien Fioravanti definió en las sentidas páginas redactadas con ocasión de su muerte, como «un jurista español que a principios de los años noventa del siglo pasado leía a Kelsen en el sentido de una estata-

⁽¹²⁾ FIORAVANTI, *La presenza della Spagna nella storia costituzionale europea. Ricordo di Joaquin Varela*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 48, 2019, págs. 621-629.

⁽¹³⁾ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX*, «Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario», 1997, n° 9, pp. 71-128.

⁽¹⁴⁾ FIORAVANTI, *La presenza*, cit., p. 626.

lidad en absoluto cerrada» (15), se acercó desde el inicio a la especialidad desde unos presupuestos que superaban el reduccionismo dogmático y espaciotemporal. Varela defendía para la historia constitucional, tal y como él la entendía, un papel activo. A este respecto, a pesar de su confesado positivismo, compartía con Ferrajoli la idea de que la ciencia — las ciencias — jurídica no debe limitarse únicamente a ser y actuar como observadora de su objeto de estudio. Debe contribuir asimismo a crearlo porque, de esta manera, se convierten en una suerte de metagarantía de todo el ordenamiento jurídico (16). De ahí la necesidad perentoria, en otras palabras, el imperativo, de buscar un encuentro común entre varias especialidades que acabó por dar origen a una historia constitucional o del constitucionalismo, caracterizada epistémicamente por lo que gráficamente denominó « carácter fronterizo » (17), de la que fue pionero, con Tomás y Valiente, en implantarla como disciplina en la Universidad española.

Observada desde la perspectiva del tiempo, no sorprende en absoluto esa afinidad entre el florentino y el ovetense. De hecho, se podría concluir que estaban condenados a encontrarse y aún más a entenderse porque ambos compartían la idea de que lo que hacían, aquello a lo que se dedicaban, superaba el ámbito de la docencia, y el reducto del propio taller que diría Marc Bloch, para proyectarse y ofrecer respuestas a las demandas sociales del mundo real.

Varela buscaba incansablemente respuestas a los interrogantes que planteaba una historia constitucional tan compleja como la española, con particularidades propias pero, a la vez (18) plenamente incardinada en la europea, cuyos conflictos irresueltos revierten una

(15) Ibi, p. 624.

(16) En especial, L. FERRAJOLI, *Il diritto come sistema di garanzie*, « Ragion pratica », 1, 1993, págs. 143-161; *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*. Roma-Bari, Laterza, 2001; *Epistemología jurídica y garantismo*. México, Fontamara, 2004; *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 3 vols.

(17) J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia Constitucional*, « Teoría y realidad constitucional », n° 21, 2008, págs. 411-425, p. 414.

(18) ID., *El constitucionalismo español en su contexto comparado*, « Documentos de trabajo IELAT, Instituto universitario de investigación en estudios latinoamericanos », n° 13, 2010, págs. 1-26; *El constitucionalismo español y portugués durante la primera mitad del siglo XIX (un estudio comparado)*, « Estudios Ibero-Americanos », vol. 33, n° 1, 2007, págs. 38-85; *La dimensión europea del constitucionalismo español*, « Claves de

y otra vez y a los que dedicó una continua atención que adquiere su punto de madurez en su obra póstuma, la *Historia Constitucional de España* (19). Por su parte, la posición al respecto de Fioravanti, que considera a Varela el « principal protagonista » del debate histórico constitucional abierto en España tras la promulgación de la Constitución de 1978, había alcanzado su sazón muchos años atrás y es terminante al respecto.

En su caso, se presenta, en efecto, nítida en aquel pensamiento, fruto no solo de la reflexión sino de una experiencia personal, que él mismo lanzó en aquel encuentro celebrado en Padua en noviembre de 2005, donde escuetamente afirmaba « he pensado con frecuencia en lo útil y productivo que sería una enseñanza de Justicia constitucional o de Derecho constitucional especial dedicado a los derechos fundamentales, en la que el historiador del derecho pudiese desarrollar un módulo que imagino lleno de cuestiones actuales que necesitan una comprensión histórica ». Y añadía, « pero lo mismo sirve para el nuevo campo del derecho público europeo, en el cual se está formando, con sus luces y sombras, una realidad como la de la Unión Europea, que claramente no corresponde a ninguna forma conocida en los esquemas tradicionales de los últimos dos siglos del derecho público estatal » (20).

3. *En defensa de una historia constitucional y una Constitución europeas.*

Así pues, un Historiador del derecho o, como él prefería, de las Constituciones reclamaba la colaboración con los vigenistas porque

Razón Práctica », n° 200, 2010, págs. 46-55, son solo una muestra de un interés ininterrumpido que se proyectaba también a América, en especial Iberoamérica.

(19) VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Historia constitucional de España* (edición de Ignacio Fernández Sarasola), Madrid, Marcial Pons Historia, 2020. Varela murió antes de darla a la imprenta y fue su discípulo Ignacio Fernández Sarasola quien se encargó de su edición y revisión.

(20) FIORAVANTI, *El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo*, « Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija », 9 (2006), pp. 343-351. Es la traducción de Martínez Neira de la intervención en el Encuentro de estudio dedicado a « Fines y métodos de la historia del derecho y formación del jurista europeo » (Padua, 25-26 noviembre de 2005).

pensaba que « los historiadores del derecho debemos convertirnos en promotores de una auténtica alianza de juristas » (21), y un constitucionalista que hacía lo propio, pero a la inversa. Y ambos con un objetivo común derivado de una idea compartida que se convirtió casi en una obsesión y que se expresa en la dualidad sostenida en el plano científico y en el más contingente de la *realpolitik* o de la praxis. Me refiero a la creación de una historia constitucional europea y a la elaboración de una Constitución igualmente europea.

A este respecto es claro que los dos coincidían asimismo en el método y eran plenamente conscientes de los cambios que exigía el objeto de estudio porque, como con claridad meridiana exponía Fioravanti aquí lo relevante, lo verdaderamente importante, es que la colaboración en modo alguno debía proceder de « las conveniencias académicas » tan caras a los que Chomsky calificó de « guardianes de la historia », es decir, de los que « construyen a su manera el pasado » (22), sino del interés, y la necesidad, de resolver problemas. Por consiguiente, se trataba y trata de una etapa de transformación que requería un, por así decir, orden de prelación: primero el derecho comunitario y después los nacionales o estatales, resaltando así esa segunda dimensión, que es la supranacional, que representaba el derecho genuinamente europeo.

Esta visión, que se asentaba en los sólidos fundamentos de una producción personal de carácter comparatista y supranacional y que, al menos en ciertos aspectos relativos al planteamiento, coincide con la que el economista Dani Rodrik aplicaba en su crítica a la actual concepción de la globalización — es decir, no renunciar a la dimensión nacional o intraestatal (23) —, es la que hace *naturalmente* imprescindible el estudio de la historia, de las historias, tanto para crear una historia genuinamente europea cómo, más directamente, la elaboración de una Constitución igualmente europea.

(21) Ibi, pág. 347.

(22) Ibi, p. 349; N. CHOMSKY, *Crónicas de la discrepancia*, Madrid, Visor, 1993, pág. 33.

(23) D. RODRIK, *Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane World Economy*, Princeton, U.P., 2018, cap. 9.

De las dos ambos eran fervientes partidarios (24). Pero sabían, y así lo expresaron que, para alcanzar el éxito, era necesario partir de dos premisas elementales: una, la creación de auténticos juristas que estudiaran desde una óptica europea los diferentes derechos nacionales y, dos, la certeza de que si una Constitución no puede ser una construcción exclusivamente jurisprudencial, en el « caso de Europa es necesario retomar una iniciativa política dirigida a construir el fundamento democrático de la Constitución europea ».

Ciertamente se reconoce, incluso por un kelseniano confeso como Varela, ahí un lugar, se diría decisivo, a la política en sentido estricto. Sobre todo en un primer momento, pues es una decisión política « a lo grande » de la que depende la elaboración de una Constitución europea y, también, de su historia. Pero una vez adoptada, es precisamente entonces y a lo largo del proceso Constituyente donde « la storia può molto. Direi anzi che il ‘patto costituzionale’ europeo ha senso solo nella prospettiva storica, come traduzione in senso normativo di un patrimonio comune » como expresó magistralmente Fioravanti en la aludida entrevista con Joaquín Varela (25). Es una elegantísima forma de reivindicar un pacto constitucional europeo que, al igual que Varela defendía, alcanzaba su mejor plasmación y realización en el consenso construido sobre las peculiaridades y el reconocimiento de que no había países del segunda y hasta tercera clase como en la Europa del Concierto y equilibrio del siglo XIX.

No se pueden expresar mejor ni más directamente los funda-

(24) Y ambos lo dejaron sentado en numerosas ocasiones. También lo era Böckenforde que respaldaba entusiásticamente ambas ideas en la entrevista que le hizo Varela “*La Constitución: entre la Historia y el derecho. Entrevista a Ernst-Wolfgang Böckenforde*”, « Historia constitucional », n° 5, 2004, p. 335. Sin embargo este entusiasmo no era compartido por Vile y Troper. El primero lo veía difícilmente alcanzable “por el desconocimiento de otras lenguas de sus colegas británicos y americanos” y el segundo planteaba serias dudas al respecto “porque no estoy seguro de lo que significa precisamente esta dimensión europea de la historia constitucional”. Vid sus entrevistas en “*Política y Constitución en la historia británica y estadounidense. Entrevista al profesor M. J. C. Vile*”, en « Historia Constitucional », n° 10, 2009, p. 555 y “*La dimensión histórica del constitucionalismo. Entrevista a Michel Troper*”, en « Historia Constitucional », n° 7, 2006, p. 357.

(25) VARELA, *Constitucionalismo e Historia del pensamiento jurídico. Entrevista al profesor Maurizio Fioravanti*, pág. 578.

mentos que suponen el punto de partida para la construcción de una Constitución europea. Unos presupuestos históricos incuestionables que nos recuerdan el carácter historicista de la crítica que Bruce Ackerman lleva a cabo en la « Constitución viviente » y los problemas que conlleva con la definición del canon constitucional (textos clave de la tradición) y la interpretación del canon en conformidad a un constitucionalismo vivo en el que el fin de la interpretación es, precisamente, « entender los compromisos constitucionales del pueblo (...) en la historia, no los compromisos que uno u otro filósofo consideran que debieron haberse hecho » (26). Una conclusión esta que, sin duda, bien pudiera aplicarse a la idea y al concepto de Constitución e historia constitucional europeas que Fioravanti y Varela sostenían y a las que debería prestarse especial atención en la encrucijada en que se encuentra en este sinuoso momento la mismísima identidad de Europa.

(26) B. ACKERMAN, *La Constitución viva*, « THEMIS Revista De Derecho », nº 55, 2008, págs 29-75. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view> y *La constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.

MARCO FIORAVANTI
DALL'ORDINAMENTO CETUALE
AL POTERE COSTITUENTE
(BREVI NOTE SU METODO E PROSPETTIVE
NELL'OPERA DI MAURIZIO FIORAVANTI)

Debitore sia verso il lascito della storia concettuale di Reinhart Koselleck, sia verso quell'idea cara a Giovanni Tarello dei meta-concetti, così come degli inneschi della scuola di Cambridge riconducibile a Quentin Skinner, Maurizio Fioravanti ha percorso, a partire almeno dai primi anni Novanta, le tappe dell'idea di costituzione dal medioevo all'età contemporanea, arricchendola di problematiche fino a quel momento estranee allo studio della storia giuridica e al suo insegnamento (soprattutto nelle facoltà di Giurisprudenza). Si pensi a questioni come il diritto di resistenza e il potere costituente (delegate di solito ai costituzionalisti e ai filosofi), o ad autori quali François Hotman (sempre relegato in un limbo dagli storici del diritto, con rare eccezioni) e Baruch Spinoza, inspiegabilmente assente dagli interessi dei cultori della storia del diritto. Il *Tractatus politicus* di quest'ultimo, invero, altro non è che una riflessione sull'ordine giuridico, in quanto nell'epoca di Spinoza la scienza del diritto è parte della filosofia politica. Forte di questa premessa, Fioravanti ha legato in maniera efficace lo sviluppo della concezione moderna della legge al parallelo affermarsi dell'idea cinque-seicentesca di sovranità dello Stato, riconducibile ai *Sei libri sullo Stato* di Jean Bodin e al *Leviatano* di Thomas Hobbes.

Tra gli anni Ottanta e Novanta Fioravanti contribuisce al rinnovamento del panorama degli studi di storia del diritto pubblico (e in senso più ampio di storia del potere), fino a quel momento la cenerentola della storia del diritto. Sia il magistero intellettuale che l'insegnamento universitario *tout court* di Fioravanti impediscono di seguire una divisione disciplinare nello studio della storia costitu-

zionale: storia delle costituzioni, storia costituzionale, e storia delle istituzioni, ma anche diritto pubblico e diritto costituzionale comparato sono tutti ambiti tra loro fortemente imbricati, la cui separazione disciplinare nuocerebbe soltanto a una comprensione di un fenomeno squisitamente giuridico, sociale e politico. La storia costituzionale dunque intesa come terreno di incontro di saperi e di discipline, riluttante, per sua stessa natura a trasformarsi « da terreno d'incontro in territorio governato dal meccanismo doppio della inclusione e della esclusione, secondo la posizione che ciascuno occupa rispetto ai confini, dentro o fuori ».

Nel caso dello storico della costituzione sono più che mai improbabili risposte legate ai confini chiusi della identità disciplinare. In altre parole, non possiamo cavarcela dicendo che la storia della costituzione è la storia ricostruita dagli storici della costituzione, semplicemente perché non sappiamo chi siano costoro, non disponiamo di una mappa che li identifica. Si deve allora scartare l'immagine politica, un po' astratta, un po' ideologica, del territorio, e ripiegare sull'altra immagine, da cui siamo partiti, del terreno d'incontro, un'idea più materiale, più pragmatica, più convenzionale. Se compiamo questa 'virata', se cessiamo cioè di chiederci quale sia la 'vera' storia costituzionale, o come debba obbligatoriamente vestirsi lo storico della costituzione per potersi ritenere tale, i nostri occhi si dischiudono sul terreno in esame in un modo diverso. Prima di tutto ci accorgiamo della presenza di una straordinaria pluralità di soggetti, provenienti da terre diverse, che non sono arrivati lì per omologarsi, per fondare una nuova comunità. Sono spinti da qualcos'altro, che dobbiamo comprendere. Ebbene, i nostri viandanti vengono dalla terra del diritto, delle scienze giuridiche, e non solo di quelle pubblicistiche, da quella della economia, delle scienze politiche e sociali, o magari da altri territori della storia, sociale, politica, economica. Si occupano di cose diversissime, di avvenimenti politici o sociali, di norme, di idee, di dottrine, di istituzioni. Non intendono perdere la loro identità di partenza, di storici, di giuristi, di economisti. Stanno solo viaggiando sul terreno della storia costituzionale (1).

(1) FIORAVANTI, *Sulla storia costituzionale*, in « Giornale di storia costituzionale », 19, I, 2010, pp. 29-32.

Al di là di questo fondamentale aspetto metodologico, il contributo di Fioravanti, forte del magistero di Paolo Grossi, contribuisce a emancipare la storia del diritto, dalla pressoché esclusiva prospettiva civilistica limitatamente all'evo intermedio, per aprirla al diritto pubblico, ovvero a quel rapporto, fino a quel momento storiograficamente ossificato, tra Stato e Costituzione, spingendosi, cosa forse meno nota, fino a lambire la storia del diritto penale, che, seppur in maniera più circoscritta, è stata oggetto dei suoi studi. Come è noto le ragioni della tradizionale preclusione della storia del diritto a questioni costituzionali inevitabilmente legate all'età moderna, sono riconducibili a opzioni scientifiche e ideologiche, riassumibili in un duplice pregiudizio: da un lato la storia del diritto pubblico portava con sé una forte componente politica che la allontanava dalla scientificità della scienza giuridica, da un altro, proprio le coordinate spazio-temporali che la tradizione italiana privilegiava (la Penisola e il Medioevo) escludevano la possibilità di volgere lo sguardo a categorie non ancora sedimentatesi come quelle di diritto pubblico e penale. Quella che possiamo definire, con una certa improprietà di linguaggio ma efficacemente, « la pregiudiziale antimoderna » era legata inoltre a quell'idea di stampo idealista e storicista, che tanto peso ha avuto (e ha) nella formazione del giurista, che i secoli successivi all'evo intermedio fossero caratterizzati da un lento e inesorabile declino delle istituzioni civili italiane e pertanto non meritevoli dell'attenzione e dell'approfondimento da parte dei cultori della religione civile della libertà.

Proprio dentro questa svolta epistemologica si posiziona *Appunti di storia delle costituzioni moderne* ⁽²⁾, un'opera fondamentale che ha rappresentato una chiave di volta nell'elaborazione del suo pensiero più maturo sulle questioni costituzionali. In questo intenso e fortunato libro pensato anche ad uso didattico, Fioravanti muoveva proprio dalle rivoluzioni settecentesche e dalla 'scoperta' del potere costituente per porre il primo tassello di quella che sarebbe divenuta una monumentale storia delle costituzioni. Egli proseguiva seguendo e analizzando le forme di governo ottocentesche fino all'affermazione dello Stato costituzionale nel secondo dopoguerra,

(2) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, III ed. 2014.

terminando questa disamina di lungo periodo lambendo le questioni degli spazi e dei soggetti in una dimensione globale, questioni che avrebbero trovato un felicissimo momento di concettualizzazione nel suo ‘canto del cigno’, *Il cerchio e l’ellisse*, metafora riuscitissima del rapporto tra assolutezza della sovranità e limitazione dei poteri (3).

Il costituzionalismo come seconda faccia dello Stato moderno (4), il cui verso era rappresentato dall’imperium sul territorio (« l’elemento tellurico della sovranità », per usare una terminologia cara a Carl Schmitt, il quale forse oggi, di fronte allo smaterializzarsi della sovranità a cui assistiamo un po’ attoniti negli ultimi anni, utilizzerebbe altre pregnanti espressioni). Chiamare alle armi, imporre tributi, dire giustizia, sono elementi che troveranno una sintesi, più teorica che reale, nelle dottrine della sovranità, in una continua dialettica potere/diritti, centro/periferia, un incontro/scontro tra potere sovrano e poteri corporativi e cetuali, o se vogliamo il « poteri dei luoghi », secondo un’espressione forte che forse sarebbe piaciuta a Maurizio (5). Da un lato ‘l’uno’ sovrano, dall’altro ‘i molti’ che resistono: Leviatano *versus* Idra. Ma anche i ceti che resistono, si deduce in chiaro scuro dalle posizioni di Fioravanti, alla fine convergono nella necessità, diciamo storica, di non rifiutare, ma di collaborare a un processo inarrestabile. Non è un caso che Fioravanti utilizzi l’espressione di grande suggestione, per indicare la struttura dello Stato moderno prima della Rivoluzione francese, di *unità costitutivamente fatta di parti distinte*, ovvero un’appartenenza comune fatta di una pluralità di appartenenze.

L’aver calato la dimensione dello Stato e della Costituzione in tutta la sua portata moderna è testimoniata dalle acute pagine presenti proprio nel poc’anzi citato volume del 1995 che risulta quasi un manifesto dell’interpretazione dell’Autore sulla modernità

(3) FIORAVANTI, *Il cerchio e l’ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

(4) Sulla nozione di ‘Stato moderno europeo’, il riferimento è a FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Bari-Roma, Laterza, 2002, pp. 3 ss.

(5) FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 47 ss.

che si sarebbe sviluppata compiutamente nel successivo quarto di secolo.

Il processo di superamento del paradigma della molteplicità dei centri sovrani, iniziato con la prima età moderna, avrebbe subito un'accelerazione nel corso del XVIII secolo, secondo un percorso che vedeva l'individuo emanciparsi progressivamente dalle tutele delle diverse appartenenze e dei diversi *status* nei quali era inserito (come la famiglia e le corporazioni) ⁽⁶⁾, proseguendo, lentamente e in maniera discontinua ma inesorabilmente, fino alla Rivoluzione francese, quando avvenne l'emersione, tutta moderna, della coppia categoriale pubblico-privato ⁽⁷⁾ e del concetto di sovranità, assente, o quasi, nel lessico giuridico medievale, per lo meno, nella sua accezione di esclusività.

A margine del celebre art. 6 della Dichiarazione del 1789, vera e propria riproduzione della teoria di Rousseau (al primo capoverso), Fioravanti ricorda che la legge, alla luce di questo articolo, « non può non contenere la volontà generale, e dunque è legittima per il fatto stesso di esistere, di essere venuta alla luce. C'è insomma una vera e propria *presunzione assoluta di legittimità* a favore della legge, data dalla sua mera esistenza » ⁽⁸⁾.

Con buone ragioni Fioravanti sottolineava un aspetto così macroscopico che la storiografia ha sottovalutato se non ignorato, al punto da creare, mi sembra, un corto circuito interpretativo. Come è possibile che il costituzionalismo ottocentesco, che in linea di principio si pone sulla scia delle grandi conquiste rivoluzionarie, a partire da quelle del 1789, rifiuti non solo il potere costituente ma lo stesso contrattualismo rivoluzionario di matrice giusnaturalistica? La categoria polimorfa di potere costituente della nazione o del popolo, tipica dell'esperienza rivoluzionaria, non apparteneva all'Europa della Restaurazione e fu nel corso dell'Ottocento progressivamente indebolita e rimossa dai testi costituzionali e più in

⁽⁶⁾ Cfr. R. CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution française*, Paris, Seuil, 1990, pp. 32 ss.

⁽⁷⁾ Sul punto cfr. L. SCUCCIMARRA, *La trasparenza del politico. Habermas e il paradigma della sfera pubblica*, in « Giornale di Storia costituzionale », 35 (2003), pp. 35 ss.; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020.

⁽⁸⁾ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/3.pdf>.

generale dalla cultura giuridica dominante ⁽⁹⁾. Infatti il ricorso a questo « odiato potere » ⁽¹⁰⁾ fu escluso dai 'legislatori-costituenti' della Restaurazione europea i quali, interpreti dei tempi nuovi, vollero imbrigliare le spinte provenienti dal basso nella gabbia della monarchia censitaria, o se vogliamo, dello Stato monoclasse.

A titolo di esempio, uno dei redattori della *Charte* del 1814, il prototipo del costituzionalismo duale di compromesso tra aristocrazia e borghesia, Etienne-Denis Pasquier, temeva esplicitamente di « créer une espèce de pouvoir constituant; on voulait des conseils, point de délibérations qui pussent s'imposer » ⁽¹¹⁾. Il potere, in un orizzonte di costituzioni ottriate, si poteva consigliare, mai costituire. Alcuni membri della commissione, tra i quali paradossalmente proprio il più anti-costituzionale, Antoine-François-Claude Ferrand ⁽¹²⁾, proposero per definire il nuovo testo, l'intitolazione di *Acte constitutionnel*, altri, come il cancelliere Charles-Henry Dambray, *Ordonnance de réformation* ⁽¹³⁾, ma alla fine prevalse la proposta di Beugnot di *Charte* ⁽¹⁴⁾. A suo parere la parola costituzione rimandava sia al potere costituente sia al concorso tra il re e i suoi rappresentanti per stabilire un nuovo ordine pertanto da accantonare. Tale concezione 'rivoluzionaria' e 'contrattualista' era esclusa dalla logica dei giuristi *royalistes*. Dato che si trattava di una

⁽⁹⁾ Cfr. G. BIANCO, *Brevi note su potere costituente e storia*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1999, I, 148 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione, in Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, pp. 64 ss.; FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 118 ss.; P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 199.

⁽¹⁰⁾ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 224.

⁽¹¹⁾ E.-D. PASQUIER, *Mémoires du chancelier Pasquier: histoire de mon temps*, 6 voll., Paris 1893-1895, II, p. 415.

⁽¹²⁾ Cfr. A.-F.-C. FERRAND, *Mémoires du Comte Ferrand, ministre d'État sous Louis XVIII*, Paris 1897.

⁽¹³⁾ Si veda il testo manoscritto, redatto presumibilmente da Dambray, in *Archives nationales*, A.N. BB³⁰-191, dossier 1.

⁽¹⁴⁾ Nelle carte private di Beugnot, conservate alle *Archives Nationales de France*, si trovano le diverse tappe di redazione del testo e dei progetti per migliorarlo presentati dai membri della commissione, A.N., *Papiers Beugnot*, 40/AP/7; cfr. E. DEJEAN, *Un préfet du Consulat. Jacques-Claude Beugnot*, Paris 1907; B. YVERT, *Beugnot (Jean-Claude comte)*, in *Dictionnaire Napoléon*, sous la direction de J. Tulard, Paris 1989, pp. 211-212.

concessione fatta liberamente dal re ai suoi sudditi, fu ritenuto opportuno utilizzare il termine *Charte* — « le nom anciennement utilisé, celui consacré par l'histoire de plusieurs peuples et par la nôtre est celui de Charte »⁽¹⁵⁾ ricordava Beugnot — che si ispirava alla tradizione d'*Ancien Régime* francese, piuttosto che quello di *Constitution* che evocava il periodo rivoluzionario e il potere costituente della nazione: « En 1814, on tournait les dos à cette idéologie »⁽¹⁶⁾.

Fino a che punto è sostenibile — si domanda Fioravanti tenendo insieme questioni giuridiche, prospettiva storica e battaglia (militanza, si sarebbe detto una volta) politica — « 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? »⁽¹⁷⁾.

Il potere costituente per Fioravanti è incompatibile con una concezione neutra e puramente tecnica della Costituzione così come estraneo alle dottrine liberali sullo Stato di diritto, mentre esso è espressione del radicalismo rivoluzionario, da Sieyès e Condorcet per giungere ai giuristi del 1848, che avevano esteso i confini della sovranità fino a farle assumere la sua forma 'pura': le costituzioni

⁽¹⁵⁾ J.-C. BEUGNOT, *Mémoires du comte Beugnot*, Paris 1866, II, p. 219.

⁽¹⁶⁾ P. BASTID, *La théorie juridique des Chartes*, in « Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle », p. 163; cfr. P. DUVERGIER DE HAURANNE, *Histoire du gouvernement parlementaire en France, 1814-1848*, 10 v., Paris 1857-1871, II, pp. 175 ss.; E. ROUX, *Le pouvoir constituant sous la Restauration*, Paris 1908, p. 27; P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, Paris 1994, pp. 50 ss.

Le differenze e le similitudini tra le *Chartes* medievali e quella concessa da Luigi XVIII sono evidenti. Se, durante la Restaurazione, con il termine *Charte* si designava la legge fondamentale dello Stato, nel Medioevo si indicava una concessione di tipo feudale, ma, venne sostenuto, già nel 1822, che « depuis que les Anglais ont tiré de la *Charte* du Roi Jean, un si grand parti, et qu'ils l'ont prise pour base de leur constitution, des idées de supériorité se sont attachées naturellement à ce mot. Il n'est donc pas étonnant que Louis XVIII l'ait adopté, à l'époque de sa restauration, de préférence à celui de constitution. Il a voulu y attacher un caractère de stabilité et de perpétuité, que les constitutions précédentes n'avaient point encore obtenu », F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, sous la direction de Jourdan, Decrusy, Isambert, Armet, Taillandier, 29 v., Paris 1821-1833, I, *Préface*, pp. LXXIX-LXXX.

⁽¹⁷⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 430.

rivoluzionarie esistono perché sono state volute dal potere costituente del popolo sovrano, scrive lapidariamente Fioravanti (18). L'età delle rivoluzioni dunque caratterizzata dalla Costituzione come atto, secondo una concettualizzazione che Fioravanti avrebbe affinato nel corso degli anni (19). Il potere costituente che possiamo anche far corrispondere, dentro una logica rousseauiana che catalizzò gli interessi tra le due sponde dell'Atlantico, a quel *power of instruction* di cui parlava l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti degli abitanti dello Stato della Pennsylvania del 28 settembre 1776, forse l'esperienza costituzionale più radicale, insieme a quella giacobina, del Settecento (20). Solo il popolo ha il potere di « istruire i suoi rappresentanti », ovvero di munirli di un potere che solo da esso deriva, potere che spaventava la vecchia Europa dell'*Ancien régime* agonizzante così come avrebbe spaventato le nuove oligarchie post-rivoluzionarie.

Ma ascoltiamo Fioravanti sull'involuzione ottocentesca della spinta rivoluzionaria delle costituzioni:

Dopo la Rivoluzione, la legge sarà sempre più svincolata dalla sua immagine rivoluzionaria. Anzi, le dottrine liberali dello Stato di diritto cureranno in modo particolare questo aspetto, quasi per nascondere l'origine rivoluzionaria della forza di legge, troppo legata alle minacciose filosofie contrattualistiche, o ancora di più allo stesso potere costituente. Ma si tratterà tutt'al più di un'accurata opera di cosmesi, condotta però stando ben attenti a non penetrare negli strati profondi, a non erodere il nucleo fondamentale di quella forza speciale della legge sovrana, di cui la società borghese e liberale del diciannovesimo secolo non intendeva certo fare a meno (21).

Proseguendo nella disamina dello Stato costituzionale novecentesco, ci imbattiamo, sempre seguendo il ragionamento di Maurizio, in altre macroscopiche aporie:

Se si domanda allora su quale base la Costituzione è da ritenersi norma suprema, la risposta che troviamo è la seguente: è norma suprema perché

(18) Id., *Costituzione e popolo sovrano*, cit., p. 57.

(19) Id., *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, pp. 43 ss.

(20) Ivi, p. 49.

(21) <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/3.pdf>, p. 7.

contiene i principi e i valori sui quali non può non fondarsi la convivenza civile, che, come tali, sono inalterabili, e non per caso sottratti allo stesso momento 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. [...] Lo 'Stato costituzionale' 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. [...] 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, come era quella del legislatore della Rivoluzione. Ma è pur sempre e non di meno, una forza su cui la Costituzione può e deve contare. [...] Non sarà più il tempo della Costituzione 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* ⁽²²⁾.

Chissà quali prospettive avrebbe aperto una sua lettura, severa e disincantata ma, in fondo ironica e gramscianamente ottimista, sulla quasi interminabile crisi del costituzionalismo e delle categorie giuridiche della modernità. Una lettura che ci avrebbe sicuramente orientato nel nostro mestiere di storici del diritto e nella ben più difficile sfida, *à la* Fioravanti, di operare una serrata critica del presente.

(22) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., pp. 430-431.

LUIGI LACCHÈ
IL COSTITUZIONALISMO LIBERALE
E LA LEGGE FONDAMENTALE

1. Premessa. — 2. Dalla costituzione cetuale alle costituzioni ottriate. — 3. Dalle costituzioni ottriate alla sovranità della Costituzione. — 4. Dalla «sovranità della Costituzione» allo statualismo liberale.

1. *Premessa.*

Maurizio Fioravanti ha rappresentato nel mio percorso di ricerca dedicato alla storia costituzionale comparata un imprescindibile punto di riferimento intellettuale e un saggio compagno di viaggio col quale condividere e scambiare riflessioni e lavori. Ho meditato, dagli anni 1990 in poi, sulle idee che Maurizio andava elaborando, nella sua coerente e solida concezione della storia costituzionale (1). Una visione, la sua, chiara e netta nei contorni fondamentali ma sempre aperta e dialogante, sensibile ad una pluralità di punti di vista, di approcci metodologici, di prospettive di sviluppo. Nella *Prefazione* al volume del 2021 che ha raccolto una parte dei corsi universitari, Fioravanti scrive che

[...] questa alla fine è la storia costituzionale, così come noi la intendiamo. Non è mai la storia della singola Costituzione formalmente intesa, e della sua vigenza, ma è piuttosto la storia di un Paese, o di un territorio, dal punto di vista delle *dottrine* e delle *istituzioni*, ovvero degli elementi codificati, teorici e pratici, che danno vita ed identità a quel Paese, a quel territorio. È questo che a noi interessa, ed è per questo motivo che abbiamo

(1) Cfr. L. LACCHÈ, *Maurizio Fioravanti: il viandante della storia costituzionale*, in «Journal of Constitutional History / Giornale di storia costituzionale», 44, II (2022), pp. 313-315.

voluto ascrivere il nostro lavoro, fin dal titolo, al campo della storia costituzionale ⁽²⁾.

La ‘sezione’ di questa Giornata dedicata a Maurizio, dal titolo ‘Dalla costituzione cetuale alla costituzione liberale’, offre la possibilità di tracciare e poi seguire diversi itinerari. Io intendo dedicare la mia riflessione ad uno snodo problematico che ha caratterizzato lo sviluppo delle esperienze costituzionali europee per gran parte del XIX secolo e che è stato motivo di un dialogo costante con Maurizio sul *nomos* della ‘costituzione liberale’. Mi riferisco in particolare a quel filone assai rilevante ed esteso del costituzionalismo ottocentesco che si intreccia con l’esperienza delle cd. costituzioni *ottriate* di cui il nostro Statuto albertino rappresenta un esempio significativo e che propone un tema centrale, ovvero su come le monarchie e le classi dirigenti ‘liberali’ hanno cercato — tra collaborazione e conflitto — di ‘governare’ la lunga transizione/trasformazione da strutture ancora segnate da, più o meno forti retaggi cetuali, a sistemi costituzionali a ‘tendenza’ rappresentativo-parlamentare.

2. *Dalla costituzione cetuale alle costituzioni ottriate.*

Come è noto, Fioravanti ha esaminato il tema della costituzione cetuale a partire dal suo corso universitario sulle libertà fondamentali, la cui prima edizione a stampa risale al 1991 ⁽³⁾. Il *focus* principale di quel corso — che ha avuto ampio successo didattico e non solo — è rappresentato dal rapporto tra tempo storico e *cultura delle libertà*, ovvero quell’insieme di *presupposti* che condizionano, qualificano e orientano un’esperienza costituzionale e lo stesso dato giuridico-formale. La riflessione di Maurizio sulla costituzione cetuale come forma storica di una determinata società e di un territorio poggia anzitutto, e non potrebbe essere diversamente, sulla *cultura* del « modello storicistico ». Lo scenario di partenza è medievale, allorquando « [...] si costruisce la *tradizione europea della necessaria*

(2) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, Giappichelli, 2021, p. X.

(3) Con il titolo *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991.

limitazione del potere politico d'imperium» (4). È la dimensione oggettiva, consuetudinaria, delle *libertates* che assegna a ciascuno un 'posto' nell'assetto complessivo di un territorio. Fioravanti, citando i lavori di Kern, Brunner e Oestreich, evoca i *contratti di dominazione* che per iscritto regolano, anche dal punto di vista dei 'diritti' e delle 'libertà', i rapporti con ceti, comunità, corporazioni. Si tratta di testi che confermano i poteri di preminenza del vertice politico ma che, al tempo stesso, fanno emergere alcune specifiche istanze del 'popolo' soprattutto attorno al mantenimento e alla difesa di forme 'consensuali' di decisione (in tema per es. di tassazione straordinaria) e di tutela patrimoniale e personale.

La costituzione cetuale, ovvero il suo retaggio storico, è stato un fattore vitale nella costruzione e nell'evoluzione delle esperienze costituzionali caratterizzate dalla forma dello Stato giurisdizionale (5) e dalle sue molteplici permanenze nella progressiva articolazione della 'costituzione liberale' (6). Il modello storicistico è dunque il vettore principale della costituzione cetuale. Esso, « una volta affrancato dalle immagini più radicalmente confliggenti con l'universo politico e culturale moderno, ed opportunamente combi-

(4) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 7. Fioravanti ha parlato anche di « costituzione medievale » (*Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 21-70) e di Costituzione come patto (*Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, pp. 15 ss.).

(5) Fioravanti individua nella costituzione *cetual-assolutistica* il "tipo" intermedio tra costituzione cetuale e costituzione liberale. « La costituzione cetual-assolutistica è mediamente, in Europa, la costituzione degli stati assoluti dei due secoli precedenti la rivoluzione » (*Stato e costituzione*, in ID., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 23).

(6) Sulla necessità di andare oltre la rigida dicotomia costituzione medievale/moderna cfr. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 109: « [...] proprio l'auspicata riscoperta della nozione liberal-garantistica della costituzione chiede a nostro giudizio di essere argomentata ed attuata in un quadro più complesso, non scartando in modo aprioristico i contributi che possono derivare dalla analisi di situazioni costituzionali più risalenti nel tempo, o da dottrine costituzionali diverse da quelle immediatamente conseguite al crollo dell'antico regime. Una simile prospettiva, più elastica e meno radicale, sembra essere più funzionale ai problemi che abbiamo di fronte ». Fioravanti ha sempre privilegiato la lettura di lungo periodo del fenomeno costituzionale allo scopo di individuare le connessioni, le giunture e le sovrapposizioni tra i regimi e i "tipi" storici di costituzione.

nato con altri elementi teorici, tornerà più volte utile nella costruzione concettuale dei diritti e delle libertà dal Settecento in poi » (7).

Lo sguardo non può che dirigersi allora, prima di tutto, verso l'Inghilterra, esempio di una effettiva, e al tempo stesso 'mitizzata', continuità tra libertà medievali e moderne, di una transizione graduale che nel corso del Seicento trova le basi dottrinarie (Coke, Locke) e la 'soluzione' istituzionale a seguito della *Glorious Revolution* che apre la nuova lunga fase della storia del sistema costituzionale britannico. Il modello inglese si sviluppa anzitutto attorno alla *libertà come sicurezza*, a libertà politiche funzionali « al controllo, all'equilibrio delle forze, alla tutela dei diritti acquisiti » (8). Il governo moderato o bilanciato, e non il *momento costituente* è la chiave d'accesso alla costituzione liberale ottocentesca.

Seguendo questa linea ricostruttiva, il modello individualistico — così fortemente ideologizzato nell'esperienza rivoluzionaria francese — non può che collocarsi dall'altro lato dell'ordine attuale e dei lasciti medievali. Il problema principale è che, mentre l'Inghilterra è riuscita — per una molteplicità di fattori, spesso *place specific* — a ricondurre le fasi di rottura, 'radicali' o 'gloriose', nell'alveo di una continuità storica strategicamente enfatizzata, sul Continente europeo, e non solo nella Francia post-rivoluzionaria, tale dinamica ha tentato a trovare la propria strada dando vita ad un vasto campo di tensione.

È nel periodo della *Restaurazione* che la pulsione verso l'antico regime assume i contorni dell'ucronia, mentre il nuovo ordine *sociale* — che si preannuncia con tempi e consistenza diversi — cerca di combinare e di governare quell'insieme di principi e di regole politico-giuridiche in grado di dare soluzione all'incontro, non facile, tra le libertà/garanzie dei moderni e un principio stabile ma progressivo di ordine costituzionale. Le costituzioni 'ottriate' rappresentano forse l'immagine di 'copertina' del difficile processo di transizione verso i primi regimi liberal-costituzionali. Come è ben noto, il nostrano Statuto albertino del 1848 — « legge fondamentale » della Monarchia — fa parte, seppure in un nuovo orizzonte temporale, di quella 'famiglia' di testi che connotano l'*âge d'or* delle

(7) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 12.

(8) Ivi, p. 16.

costituzioni concesse ⁽⁹⁾. Se la *Charte constitutionnelle* francese del 1814, taluni testi del *Frühkonstitutionalismus* germanico (per es. Bayern 1818, Württemberg 1819), le costituzioni di area lusitana (Portogallo, Brasile) aprono questa stagione e definiscono i termini e i confini essenziali di questo fenomeno, lo Statuto sabaudo nasce, nel 1848, concettualmente ‘vecchio’ ma in sintonia con la cultura politica e costituzionale della classe dirigente liberale del tempo. L’*octroi* è il *fondamento* dei testi costituzionali: lo strumento per affermare il protagonismo costituzionale dei sovrani « restaurati » minacciati nella loro autorità politica.

Attraverso questo strumento il monarca vuole riportare nel suo raggio d’azione ⁽¹⁰⁾ un elemento fondamentale di quella « teologia politica » ⁽¹¹⁾, ostile e pericolosa, sorta contro la monarchia, sintetizzata dall’idea della costituzione-atto. Cerca così di ‘raffreddare’ quella dinamo potente accesa a fine Settecento dal *We the People*, *Nous la Nation*. Nel concedere la *Charte* nel 1814 Luigi XVIII e il suo *entourage* intesero affermare la piena paternità dell’atto costituzionale. Il conte Beugnot — principale artefice del « progetto » — aveva osservato come ogni deliberazione delle due Camere volta a far dipendere il re dalla volontà della nazione fosse inammissibile, « surtout en ce qui concerne le pouvoir constituant » ⁽¹²⁾.

Il ricorso a espedienti linguistici come *Charte constitutionnelle*, *Lanständische Verfassung*, *Statuto (Fondamentale) del Regno* rivelano

⁽⁹⁾ Su questo fenomeno rinvio in generale a L. LACCHE`, *Granted Constitutions. The Theory of octroi and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution*, in *European Constitutional Law Review*, 9, II, 2013, pp. 285-314, poi in ID., *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th-20th centuries)*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2016, pp. 227-257; O. FERREIRA, *Les équivoques du “constitutionnalisme octroyé”: un débat transatlantique*, in « *Historia Constitucional* », 16, 2015, pp. 67-131, November 2017; ID., *Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d’un interconstitutionnalisme au XIXe siècle (France, Portugal, Brésil)*, Paris, Editions ESKA, 2019.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. COLOMBO, *Con lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 37.

⁽¹¹⁾ C. SCHMITT, *Politische Theologie*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 33-86.

⁽¹²⁾ Cit. da A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, Puf, 2002, p. 56.

i diversi volti del fenomeno concessorio. Si cerca di dar vita ad un costituzionalismo *alla Walter Scott*, con un lessico che evoca franchigie feudali, organismi cetual-territoriali, liberi Comuni medievali. Un lessico medievalizzante che copre un'area semantica al cui interno troviamo l'idea di privilegio, i concetti di concessione, ma anche di disposizione e di accordo. L'arcaismo ⁽¹³⁾ di questi testi non è un dato di facciata. La divina Provvidenza sorregge la mano dei sovrani che « concedono » la costituzione. Sono paterne le intenzioni che li animano. Il re continua ad essere il buon padre per i suoi amatissimi e fedelissimi sudditi. Lo Statuto albertino ne è un esempio eloquente. È « Con lealtà di Re e con affetto di Padre » che il titubante Carlo Alberto lo concede nel 1848 seguendo il consiglio del conte Borelli: « bisogna darla [la costituzione], non lasciarsela imporre; dettare le condizioni, non riceverle; bisogna avere il tempo di scegliere con calma i modi e l'opportunità, dopo aver promesso di impiegarli » ⁽¹⁴⁾. Il re-patriarca è tornato sul trono, come nel caso francese, o si è messo, a malincuore, alla testa del movimento « costituzionale » per « soddisfare ai desideri dei nostri fedeli sudditi » ⁽¹⁵⁾ o per trovare « un mezzo il più sicuro di raddoppiare coi vincoli d'indissolubile affetto che stringono all'itala Nostra Corona un Popolo » ⁽¹⁶⁾. « Perciò di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo in forza di Statuto e Legge Fondamentale, perpetua ed

⁽¹³⁾ Questo profilo, già evidenziato da J. BONNEFON, *Le régime parlementaire sous la Restauration*, Paris, Giard et Brière, 1905 e da Ch. ROHMER, *Le droit d'ordonnance et l'esprit de la Charte de 1814*, Paris, Les Presses Modernes, 1931, è stato sviluppato da S. RIALS, *Essai sur le concept de monarchie limitée (autour de la Charte de 1814)*, in Id., *Révolution et contre-révolution au XIXème siècle*, Paris, Albatros, 1987, pp. 88-125 e soprattutto da LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire en France*, cit. Non bisogna del resto dimenticare che già Luigi-Filippo d'Orléans aveva, nei suoi ricordi del 1814, posto l'accento sul carattere arcaico della Carta.

⁽¹⁴⁾ Il testo in *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, a cura di G. Falco, Roma, Capriotti, 1945, p. 180. Cfr. anche E. CROSA, *La concessione dello Statuto. Carlo Alberto e il Ministro Borelli "redattore" dello Statuto (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino, Istituto giuridico dell'Università, 1936, pp. 68 ss. Su questo momento costituzionale è ora da vedere 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.

⁽¹⁵⁾ Costituzione del Granducato di Württemberg, 25 settembre 1819.

⁽¹⁶⁾ Statuto del Regno di Sardegna, 4 marzo 1848.

irrevocabile della Monarchia » (17). Usando la formula di antico regime, ‘legge fondamentale’, il sovrano, come è stato acutamente osservato, intende affermare

[...] inscindibilmente due aspetti: quello della obbligazione che il Sovrano certamente assume, dichiarando nella Carta 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 (18).

Questa ambivalenza — si potrebbe dire tra la *lettre* e l'*esprit* dei testi del costituzionalismo monarchico (19) — ha contrassegnato il dibattito e la lotta politica negli Stati liberali ottocenteschi. Il ‘trattato di pace’ (20) della Francia della seconda Restaurazione è una strada comune a molti Stati europei, alla ricerca di un certo ‘grado’

(17) *Ibidem*. Sui termini utilizzati nel preambolo e sulla loro interpretazione cfr. A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, 2ª ed.; F. SODDU, *Lo Statuto albertino: una Costituzione «flessibile»?*, in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi. Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*, a cura di/hrsg. von A. G. Manca, L. Lacchè, Bologna, Il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 425-433. Sui preamboli dei testi costituzionali «ottriatì» del '48, v. P. CASANA, *Le costituzioni italiane del 1848-'49*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 25 ss.

(18) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana: la conquista della supremazia*, ora in Id., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 283-284. È bene sottolineare il cambio del titolo di questo saggio che era stato pubblicato in origine nella rivista *Diritto pubblico* (2006) come *Costituzione e legge fondamentale* e poi nel 2009 come *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, pp. 3-40.

(19) Su questo profilo nel dibattito francese dopo il 1814 cfr. LACCHÈ, *Granted Constitutions*, cit., pp. 246-248; Id., *La garanzia della Costituzione. Riflessioni sul caso francese*, in *History & Constitution*, cit., pp. 261-266.

(20) La Carta « se présente comme une pure concession royale, au lieu de se proclamer ce qu'elle était réellement, un traité de paix après une longue guerre, une série d'articles nouveaux ajoutés, d'un commun accord, au pacte d'ancienne union entre la nation et le roi » (F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, Paris, Lévy frères, 1858-1867, I, p. 34).

di collaborazione tra il monarca e i nuovi 'ceti' della rappresentanza politica. Il recupero formale dell'*octroi* fondamento della *Charte* del 1814 — la « più monarchica », come fu definita nel '48 italiano — non poteva impedire ai liberali piemontesi di leggere lo Statuto come la fonte di un patto rinnovato tra monarchia e nazione, e quindi di un assetto costituzionale progressivo. Esemplare l'interpretazione immediata del conte di Cavour che, nel celebre articolo del 10 marzo apparso ne « Il Risorgimento », osservò che, una volta intrapresa la strada dell'« autolimitazione », il potere unilaterale « il Re non [lo] possiede più. Un ministro che gli consigliasse di farne uso, senza consultare la nazione, violerebbe i principii costituzionali, incorrerebbe nella più grave responsabilità ». Il *King in Parliament*, nella lettura dualistica che fu da allora proposta, servì a delineare — all'interno di un testo come lo Statuto che veniva dopo il costituzionalismo orleanista e la carta belga — una struttura 'rigida' (il patto) che avrebbe dovuto limitare e contemperare le ragioni e gli interessi contrapposti offrendo garanzie reciproche. Cavour conosceva bene il dibattito e il conflitto politico-costituzionale che aveva portato alla costituzione orleanista del 1830. Sempre Cavour osservava:

La parola irrevocabile, come è impiegata nel preambolo dello Statuto, è solo applicabile letteralmente ai nuovi e grandi principi proclamati da esso, ed al gran fatto di un patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo e il Re. Ma ciò non vuol dire che le condizioni particolari del patto non siano suscettibili di progressivi miglioramenti operati di comune accordo tra le parti contraenti. Il Re, col concorso della nazione, potrà sempre nell'avvenire introdurre in esso tutti i cambiamenti, che saranno indicati dall'esperienza e dalla ragione dei tempi.

3. *Dalle costituzioni ottriate alla sovranità della Costituzione.*

Questi caratteri dello Statuto albertino sono diventati nel corso del tempo un terreno comune di riflessione e di dialogo con Maurizio Fioravanti sul tema più ampio della costituzione liberale. Maurizio aveva riflettuto sul problema delle libertà nelle dottrine dell'età liberale partendo dai suoi studi fondamentali dedicati a

Savigny e la giuspubblicistica tedesca ⁽²¹⁾ e agli scritti ‘giovani’ di Vittorio Emanuele Orlando ⁽²²⁾.

Nei suoi corsi universitari ha posto l’accento soprattutto sulla duplice visione critica dei (giuristi) liberali sia verso la *Costituzione-indirizzo* « che chiama tutti i poteri pubblici, e gli stessi individui, a lavorare per il compimento *di un’impresa collettiva* [...] », che verso la *Costituzione-garanzia* « che lascia a tutte le forze in campo, ed agli stessi individui, il potere di liberamente definire *i propri fini*, limitando in modo certo e sicuro la capacità d’influenza dei poteri pubblici, nella linea del governo limitato » ⁽²³⁾. In realtà, la Rivoluzione francese — e in particolare la *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789 — è il laboratorio che diede forma compiuta ad alcuni principi fondamentali della costituzione liberale come la presunzione di libertà, la riserva di legge, la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri ⁽²⁴⁾. Ma al tempo stesso è lo storicismo — anzitutto nella declinazione istituzionale britannica — lo spazio concettuale entro cui collocare la visione liberale che ripropone la centralità del binomio *liberty and property*, della nazione e del governo limitato contro il costruttivismo razionalista e l’emersione di una sfera autonoma di volontà politica a carattere costituente: « [...] un po’ tutto il liberalismo europeo della prima metà del XIX secolo, anche quello francese e tedesco, è segnato da una forte ripresa del modello storicistico, proprio in polemica con il volontarismo politico giacobino della rivoluzione » ⁽²⁵⁾. Nello stesso tempo, però, abbracciare a piene mani la dimensione conservatrice, se non reazionaria, dello storicismo significa non poter valorizzare quanto c’è di positivo nei principi rivoluzionari della *Dichiarazione* alla francese. Per questa ragione « [...] il costituzionalismo del

⁽²¹⁾ FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁽²²⁾ FIORAVANTI, *La vicenda intellettuale del ‘giovane’ Orlando (1881-1897)*, Firenze, 1979, ora in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. I, con il titolo *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, pp. 67-180.

⁽²³⁾ FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 89.

⁽²⁴⁾ FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, cit., pp. 26 ss.

⁽²⁵⁾ FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 91.

Diciannovesimo secolo, in forme e con soluzioni diverse, ricerca dappertutto una sorta di ‘terza via’[...]»⁽²⁶⁾ tra questi due ‘poli’.

È in questo ambito di ricerca sulla ‘terza via’ — in realtà la ‘via’ per eccellenza — del liberalismo ottocentesco che nel corso degli anni i nostri percorsi si sono incontrati, passando dal piano delle dottrine costituzionali a quello dell’assetto istituzionale dei regimi politici liberali, avendo come *focus* soprattutto l’Italia e la Francia. Lo Statuto albertino come « legge fondamentale »⁽²⁷⁾ ha rappresentato il tema centrale del nostro dialogo, in una prospettiva comparata. Come abbiamo visto lo Statuto limita senza dubbio la monarchia e, in tal senso, esplica la sua dimensione *costituzionale*, ma al tempo stesso afferma e codifica lo spazio costituzionalizzato del ‘principio monarchico’ come legge fondamentale, perpetua e irrevocabile. È il limite ‘massimo’ che la monarchia può ‘concedere’ ed è ‘sufficiente’ per aprire in Italia la strada verso una sfera pubblica costituzionale.

Il paradigma storico francese aveva mostrato che la *Charte* concessa non poteva più sostenere un tentativo neo-assolutistico come quello delle famose ordinanze firmate da Carlo X nel luglio 1830⁽²⁸⁾. Nello stesso tempo, la sua ‘nazionalizzazione’, a seguito della *Glorious Revolution* di fine luglio, era la via per depotenziare lo spettro del potere costituente e della sovranità del popolo. Questo tipo di riflessione riveste un carattere più ampio sottolineando l’importanza a livello europeo del costituzionalismo monarchico — visto come un laboratorio complesso, specifico e duraturo in cui è possibile osservare le relazioni, le tensioni e i conflitti tra tradizione e cambiamento, parole antiche e nuovi concetti, l’ideologia dell’*octroi* e vari esperimenti parlamentari. L’interesse verso questo approccio risiede nella sua capacità di leggere le costituzioni del primo Ottocento non come sterili arcaismi ma come strumenti che servono a preservare antiche forme di sovranità accanto ad alcune innovazioni post-rivoluzionarie. Il ‘costituzionalismo proto-liberale’ di ini-

(26) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 41.

(27) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 283.

(28) Su tutto ciò non posso che rinviare a LACCHÉ, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le « Chartes » nel costituzionalismo francese*, Bologna, il Mulino, 2002.

zio secolo introduce a un nuovo ‘paesaggio’ ibrido, ricomposto attraverso elementi antichi e moderni, segnato da importanti idee costituzionali, movimenti politici, conflitti. Con esso si svela un « campo di battaglia » controverso, produttivo, che pone al centro rilevanti questioni costituzionali, di sovranità e di governo. « 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 » (29). Lo Statuto, come le costituzioni della stessa matrice, aveva un « nucleo fondamentale » incentrato sul patto tra monarchia e nazione, re e parlamento (30). La forma di Stato monarchico costituzionale doveva condizionare ma non impedire un certo grado di parlamentarizzazione del sistema in chiave ‘dualistica’.

Nella mia prospettiva — che qui rileva più per l’aspetto ideologico e programmatico che per quello della concreta istituzionalizzazione — è soprattutto la dottrina della « sovranità della Costituzione » ad emergere con forza nello sviluppo europeo della costituzione liberale ottocentesca (31). I liberali italiani — a cominciare dai primi pubblicisti subalpini (Balbo, Boncompagni, Cavour, Peverelli, Carutti, Melegari, Pescatore, tra gli altri) — parlano inglese, enfatizzano l’esperienza e la cultura britannica, ma poi agiscono soprattutto ‘alla francese’. Ciò significa aver meditato e valorizzato quelle dottrine che si svilupparono in Francia tra la Restaurazione e soprattutto l’età orleanista. La *Charte* del 1830 appariva come l’*alfa* e l’*omega*, la risorsa strategica per fronteggiare quelle che per i liberali erano due minacce: lo spettro rivoluzionario del potere costituente rivendicato in forma radicale (cioè esclusiva) dal popolo sovrano e il rischio — meno concreto per la verità — di un ritorno alla sovranità assoluta del monarca.

(29) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 292.

(30) FIORAVANTI, *Genesi e identità costituzionale dello Stato nazionale unitario*, in Id., *La Costituzione democratica*, cit., pp. 346-347.

(31) V. più ampiamente LACCHÈ, *The Sovereignty of the Constitution. A historical Debate in a European perspective*, in « Journal of Constitutional History / Giornale di storia costituzionale », 34, II (2017), pp. 83-102.

L'obiettivo era quello di fondare un regime in grado di associare stabilmente l'ordine alla libertà. Come conciliare il principio della libertà con una autorità stabile? A quali condizioni rappresentare la società e garantire un governo solido?

Su questa linea di pensiero, la natura *democratica* della sovranità, che si esprime attraverso il potere costituente, è vista come una forza bruta, un fiume in piena che non sembra riconoscere né argini, né barriere, che abbatte il pluralismo dei poteri, livella le condizioni, riduce lo spazio di autonomia degli individui, contesta le differenze e i ranghi sociali. I liberali cercano in vari modi di 'neutralizzare' la sovranità politica poiché sanno per esperienza diretta che questa tende a concentrare il potere in un solo 'luogo'. La topografia liberale si fonda su una pluralità di luoghi del potere, divisi eppure collaboranti, moderatori l'uno dell'altro, rivolti ad uno stesso fine.

Sono stati soprattutto i dottrinari francesi, nel corso della Restaurazione, a qualificare la sovranità in termini prevalentemente negativi, trattandosi per loro di una « controversia teologico-giuridica » (32). Questa concezione era destinata — sotto il nome di « sovranità della Costituzione » — ad avere significativi, sebbene infruttuosi, sviluppi nella storia costituzionale europea. Era stato Royer-Collard dopo la Restaurazione ad affermare l'equivalenza tra sovranità del popolo e « sovranità della forza ». Nel 1820 François Guizot richiamava l'analogia tra ogni forma di sovranità che si pretendesse assoluta, derivata dal popolo o dal diritto divino, e l'usurpazione della forza, per aggiungere poi che la sovranità popolare era una forma di tirannia, ovvero il potere assoluto della maggioranza numerica sulla minoranza (33). « Je crois — scrisse Guizot — à la souveraineté de la raison, de la justice, du droit: c'est là le souverain légitime que cherche le monde et qu'il cherchera toujours; car la raison, la vérité, la justice ne résident nulle part complètes et infaillibles » (34).

(32) A. OMODEO, *Studi sull'età della Restaurazione. La cultura francese nell'età della Restaurazione*, Torino, Einaudi, 1974, 2ª ed., p. 66.

(33) GUIZOT, *Philosophie politique: de la souveraineté*, in Id., *Histoire de la civilisation en Europe depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française*, ed. P. Rosanvallon, Paris, Hachette, 1985, pp. 309 ss. (*Présentation* di Rosanvallon) e p. 374.

(34) Id., *Du gouvernement de la France depuis la Restauration, et du ministère actuel*, Paris, Ladvocat, 1820, p. 201. Sul carattere trascendente della sovranità in Guizot cfr. C.

Nei dottrinari — da Pierre-Paul Royer-Collard a Pierre François Hercule de Serre, da Camille Jordan ad Abel-François Villemain, da François Guizot a Charles de Rémusat, da Prosper de Barante a Victor de Broglie, da Victor Cousin a Pellegrino Rossi — la sovranità della ragione è il punto di convergenza della teoria della rappresentanza e della fondamentale distinzione tra origine ed esercizio della sovranità ⁽³⁵⁾. Il costituzionalismo del gruppo di Coppet e l'idea di nazione elaborata dagli scrittori contro-rivoluzionari offrirono ai dottrinari taluni « ingredienti » per elaborare — a modo loro — una teoria politica ⁽³⁶⁾. La sovranità della ragione possiede la stessa natura e presuppone le stesse condizioni di esercizio della sovranità nazionale. In particolare, ciò che le accomuna è proprio la volontà di collocare la sovranità in una sorta di non-luogo ⁽³⁷⁾. Non è certo casuale che tale filosofia, nel corso del regime orleanista, ambisca a diventare anche una dottrina giuridica. Ci si rifugia nella *Charte* per puntellare il nuovo regime. « Chiedere dov'è la sovranità — aveva detto Royer-Collard — significa essere e dichiararsi a favore del dispotismo » ⁽³⁸⁾. Non è sovrano nessuno dei poteri istituiti dalla *Charte*; in tal senso non può esistere un sovrano come 'soggetto' individuato, ovvero un potere investito di tutti i diritti e senza limiti.

Era dunque la Costituzione — la *Charte*, lo Statuto — a diventare il parametro di ragione cui assegnare l'attributo di entità *sovrana* per modo che né il principe né il popolo, né la monarchia né la democrazia potessero pretendere l'esercizio esclusivo del temuto potere costituente ⁽³⁹⁾. Solo così aveva senso lo *slogan* « La Charte désormais sera une vérité ». La ragione veniva incorporata dalla Costituzione e dai suoi organi, 'risultato' di una discussione e di una

LEFORT, *Introduction a GUIZOT, Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, Paris, Belin, 1988 (1821), p. 31.

⁽³⁵⁾ Su questo profilo rinvio a LACCHÈ, *La libertà che guida il Popolo*, cit.

⁽³⁶⁾ G. BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Ed. du CNRS, 1985, pp. 120 ss.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 135. Cfr. anche D. ROLDÁN, *Charles de Rémusat. Certitudes et impasses du libéralisme doctrinaire*, prefazione di P. Rosanvallon, Paris, L'Harmattan, 1999, pp. 133 ss.

⁽³⁸⁾ G. REMOND, *Royer-Collard. Son essai d'un système politique*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 39.

⁽³⁹⁾ Si vedano al riguardo le osservazioni di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 21, 80-83, 270.

cooperazione tra i poteri. Le rivendicazioni di sovranità fatte dal Re o dal popolo dovevano essere quindi ricondotte alla Costituzione.

Il potere costituente — scriveva Balbo in *Della monarchia rappresentativa in Italia* agli inizi degli anni '50 — distrugge l'idea secondo cui la sovranità risiede nei tre poteri e quindi « la rappresentanza nazionale non risiede né può risiedere in nessuno dei tre poteri detti, ma in tutti e tre; che nessuno di questi solo, ma tutti e tre si debbono chiamare Parlamento; e che in questo Parlamento solo può e debbe risiedere la potenza del fare e disfare le leggi e di mutare la costituzione dello Stato, quella potenza che è opportunamente ed esattamente chiamata *onnipotenza parlamentare* » (40).

Lo 'spazio statutario' va dunque analizzato muovendo da questa cultura politico-istituzionale dei liberali (anche italiani) variamente collegata al dottrinarismo francese e alla matrice 'pura' britannica del *King in Parliament* (41). Ha osservato Fioravanti:

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. E vale 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 (42).

« Sovranità della Costituzione » non vuol dire, dunque, « supremazia della Costituzione » come norma giuridica. La prima ha una

(40) C. BALBO, *Della monarchia rappresentativa in Italia. Saggi politici*, Firenze, Le Monnier, 1857, p. 209. Sul Parlamento come 'costituente perpetua' cfr. ora G. MECCA, *The Omnipotence of Parliament in the Legitimation Process of 'Representative Government' under the Albertine Statute (1848-1861)*, in *Reconsidering Constitutional Formation. I. National Sovereignty. A Comparative Analysis of the Juridification by Constitution*, ed. U. Müßig, Cham, Springer, 2016, pp. 159-214; Id., *Il governo rappresentativo. Cultura politica, sfera pubblica e diritto costituzionale nell'Italia del XIX secolo*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2019.

(41) Cfr. anche FIORAVANTI, *Le forme di governo*, in *Lezioni di storia costituzionale*, cit., pp. 190 ss.

(42) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 292.

valenza storico-politica, è il 'luogo' della collaborazione, della moderazione, della 'neutralizzazione' di ogni sovranità in senso soggettivo (43).

« 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 » (44).

Il concetto di supremazia giuridica — pur muovendo i primissimi incerti passi continentali (45) — non è compatibile con la cultura, si direbbe l'*antropologia*, del costituzionalismo liberale (46).

Il 'tipo' della costituzione liberale deve essere pertanto valutato alla luce delle sue specifiche coordinate storico-concettuali. L'elasticità ne è uno dei corollari essenziali. Da qui possiamo ritornare alla lettura cavouriana dello Statuto nel marzo 1848 e in particolare alla struttura normativa della forma di governo. La lettera dell'art. 2 dello Statuto (« Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo ») è eloquente (47). « 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 'parlamen-

(43) « La gestion de la complexité constitue la tekne de l'esprit libéral, dont la vertu de modération forme la face morale: il faut combiner en vue du meilleur possible » (L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 546). Vedi soprattutto A. CRAIUTU, *Liberalism under Siege. The Political Thought of the French Doctrinaires*, Lanham, Lexington Books, 2003, pp. 291-295 e ID., *A Virtue for Courageous Minds. Moderation in French Political Thought, 1748-1830*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

(44) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 295.

(45) LACCHÈ, *La garanzia della Costituzione. Riflessioni sul caso francese*, cit.

(46) LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, ottava appendice, *Diritto*, *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 294-301.

(47) Cfr. ora MECCA, *The Omnipotence of Parliament in the Legitimation Process of 'Representative Government'*, cit.; ID., *Il governo rappresentativo*, cit.

tare' » (48). La dinamica della « parlamentarizzazione » non descrive in maniera esaustiva la logica istituzionale del costituzionalismo liberale. Se per parlamentarismo, inteso come regime o governo liberale, intendiamo — secondo la classificazione tradizionale delle forme moderne di governo (parlamentare, presidenziale, collegiale/direttoriale) — quello nel quale il governo è ritenuto, in solido, politicamente e giuridicamente responsabile del suo programma davanti ad un parlamento eletto (in tutto o in parte) che gli affida, attraverso un vincolo maggioritario revocabile, il potere di guidare le Camere (e quindi la nazione in esse rappresentata), non sarà facile collocare dentro questo schema e con questi termini i fenomeni osservabili nel periodo esaminato.

Allora, più che di governo parlamentare, bisognerebbe parlare del « principio parlamentare » come problema, come cifra da leggere all'interno del campo da gioco che trova nel governo rappresentativo la formula più ampia e più elastica. Il parlamentarismo — diversamente da quanto viene ancora sostenuto — non appare una conseguenza naturale, logica e quasi automatica dell'applicazione sincera del sistema rappresentativo. Principio parlamentare e governo rappresentativo sono invece i termini compresenti ma non convergenti di una vicenda complessa (49). Piuttosto emerge e si struttura un regime di bilanciamento dei poteri ad esecutivo monarchico, nella convinzione che lo stretto rapporto tra monarca e governo (affermato dal testo dello Statuto, artt. 5, 6 e 65) debba contrastare — in funzione « conservatrice » — la pretesa o la tendenza della Camera elettiva ad « assorbire » il potere esecutivo ed assumere una posizione di preponderanza in contraddizione col principio del « concorso » e dell'equilibrio dei poteri.

(48) FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., p. 288: « 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 ».

(49) LACCHÈ, *Governo rappresentativo e principio parlamentare: le Chartes francesi del 1814 e 1830*, ora in *History & Constitution*, cit., pp. 303-327; ID., *La razionalizzazione ottocentesca: il problema dell'affermazione del modello parlamentare nell'età delle Chartes*, Ivi, pp. 329-354.

La monarchia costituzionale è la forma prevalente di ordine politico per tutto il XIX secolo, uno spazio concettuale che assume caratteri e condizioni diversi pur muovendo da ragioni e presupposti comuni. Gli esiti però non sono scontati ⁽⁵⁰⁾. Per comprendere la funzione monarchica nel suo processo di adattamento costituzionale è fondamentale il concetto di influenza, un concetto chiave, ancorché sfuggente. Basta leggere le riflessioni dei costituzionalisti liberali per rendersi conto di questo aspetto.

La fortunata formula dell'orleanismo francese, il « re regna ma non governa », deve essere letta in questa prospettiva. Già Benjamin Constant, al momento della Restaurazione, aveva rivalorizzato le potenzialità costituzionali della « condizione monarchica ». Nella sua lucida riflessione sul « potere neutro » — non di rado malintesa ⁽⁵¹⁾ — concepito sia come « potere neutro e preservatore » che come « potere neutro e intermedio » — il sovrano è l'organo dell'unità nazionale e della continuità dello Stato, organo che incarna la « puissance publique ». Il re potere neutro dovrebbe avere la capacità e la volontà — e qui sta il problema — di tenere in equilibrio l'opinione e il « potere ministeriale », le Camere e la funzione di governo, individuando il punto variabile di compromesso. Mediare tra queste due forme di legittimità indipendenti, il sovrano e la « rappresentanza dei moderni », è dunque il compito storico del XIX secolo e in particolare del costituzionalismo liberale. La non casuale vaghezza e duttilità della formula costituzionale — strutturale nel costituzionalismo della Restaurazione — era in realtà un programma, da interpretare e riempire di contenuti. E, a ben vedere, la difficile separazione fra regnare e governare è anche il grande tema della storia italiana.

4. *Dalla « sovranità della Costituzione » allo statualismo liberale.*

Il disperato tentativo di inverare la « sovranità della Costituzione » non impedì che alcuni dei suoi elementi costitutivi potessero

⁽⁵⁰⁾ Cfr. A.G. MANCA, *Il Sonderweg italiano al governo parlamentare (a proposito delle acquisizioni della più recente storiografia costituzionale italiana)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 33-34 (2004-2005), pp. 1285-1333.

⁽⁵¹⁾ LACCHÈ, *Coppet et la percée de l'État libéral constitutionnel*, ora in *History & Constitution*, cit., pp. 201-226.

essere ri-tematizzati nel processo di costruzione dello Stato liberale di diritto durante la seconda parte dell'Ottocento. Qui si possono evocare solo alcuni dei profili strategici: *a*) l'approccio critico alla teoria della volontà generale e del potere costituente; *b*) l'idea di costituzione (concessa o deliberata) a forte vocazione storicistica; *c*) la rinnovata idea di nazione come realtà storico-naturale; *d*) il liberalismo elitario basato sull'idea di un governo rappresentativo che valorizza le capacità socio-politiche.

Questi, ed ulteriori, aspetti hanno contribuito in vario modo, nel corso dell'Ottocento, alla formazione e al consolidamento di una dottrina europea della Costituzione basata sulla sovranità dello Stato. In Germania l'idea, implicita nel pensiero dottrinario, che le istituzioni parlamentari potessero essere considerate come 'organi' della Costituzione e non del popolo, fu comune ai percorsi di costruzione organicistica della *Staatslehre* da Carl Friedrich von Gerber in poi ⁽⁵²⁾. Tale impostazione mirava a neutralizzare il conflitto emergente tra sovranità monarchica e popolare e ad ipostatizzare un compromesso costituzionale ⁽⁵³⁾. In Italia, queste matrici istituzionali e culturali troveranno il più lucido 'sistematore' in Vittorio Emanuele Orlando, a cominciare da uno dei suoi saggi giovanili, gli *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886) ⁽⁵⁴⁾. Se, in conclusione, guardiamo il costituzionalismo liberale da questo osservatorio possiamo cogliere l'avvio e il primo consolidamento di una strategia ideologica e discorsiva incentrata sul trasferimento allo Stato-persona della piena titolarità di una sovranità opportunamente ridefinita. L'obiettivo non è solo quello 'classico' del costituzionalismo liberale, ovvero limitare/regolare i poteri pubblici e garantire i

⁽⁵²⁾ H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 539-542.

⁽⁵³⁾ M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014 (1992), pp. 542 ss. V. anche 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», 2, 2006, p. 379.

⁽⁵⁴⁾ Oltre al citato *La vicenda intellettuale del 'giovane' Orlando (1881-1897)*, cfr. anche *Gaetano Mosca e Vittorio Emanuele Orlando: due itinerari paralleli (1881-1897)*, pp. 181-199 e *Vittorio Emanuele Orlando e le prime riviste della giuspubblicistica italiana (1891-1903)*, pp. 201-275, in FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, cit., t. I.

diritti; ora si tratta di assicurare un valore centrale nell'antropologia liberale: la stabilità del costruito sociale reso « persona » attraverso il diritto e la sua capacità di conformarne i poteri a guisa di organi.

Nel riflettere sul governo parlamentare come forma politica non si poteva restare alla superficie (la crisi), ma occorreva scavare più nel profondo osservando le forze operanti nella società incapaci di tradursi in unità politica e fondamento costituzionale dello Stato. L'evoluzione della forma politica rivelava in realtà le dimensioni del conflitto in seno al corpo sociale e alle sue forze. È in quegli anni che Orlando costruisce, saggio dopo saggio, la sua teoria giuridica dello Stato rappresentativo moderno inteso come Stato liberale di diritto. La fondazione dello Stato giuridico (e con esso della scienza deputata a sistemare e custodire le strutture di diritto pubblico che legano lo Stato alla società) è il risultato di una complessa e razionale concettualizzazione. Lo Stato-persona non si può « spiegare » e rappresentare attraverso la società e le forze che in essa operano. Lo Stato giuridico deve essere sottratto all'incandescenza del reale e alla dimensione del conflitto. L'autonomia di volontà della persona/Stato ha come corollari un'idea storicistica di diritto, una sovranità propria, un meccanismo di rappresentanza/designazione dei capaci, una forma bilanciata di governo parlamentare-rappresentativo. L'operazione orlandiana postula una soggettività statale dotata di autonomia giuridica che sterilizzi ogni elemento originario e attribuisca dimensione organica alle forze sociali sottoposte al vaglio di una razionalità amministrativa di tipo moderno. Non a caso lo Stato amministrativo diventerà la forma tipica della sovranità dello Stato nel pieno esercizio dei suoi poteri.

Se nell'ottica del costituzionalismo liberale ogni forma di atomismo può indebolire la parte nobile e stabile della costituzione (Corona, esecutivo 'monarchico', prerogativa militare), il celebre *Torniamo allo Statuto* di Sidney Sonnino non riuscirà a fine secolo a reinventare una tradizione che già nel marzo del 1848 Cavour aveva inteso respingere. Il patto tra il popolo e il re sancito dalla ermeneutica dottrinale e consacrato dalla prassi istituzionale aveva in sé una sufficiente capacità di resistenza. Ma, nello stesso tempo, il regime di bilanciamento dei poteri ad esecutivo monarchico poteva essere piegato a logiche « monocratiche » sull'asse degli artt. 5, 6 e 65 dello Statuto. Lo Stato liberale di diritto edificato sulla « sovra-

nità della Costituzione» — e quindi essenzialmente sul *frame of government* — puntava a trovare un variabile ma necessario punto di equilibrio tra monarchia e parlamento. Il concetto di « legge fondamentale » — richiamato da Fioravanti — non poteva diventare supremazia.

La Costituzione dello Stato liberale non era ‘attrezzata’ per raggiungere la società e i cittadini. In quell’edificio l’idea dei diritti era costituzionalmente debole, confinata nello Statuto in pochi e frammentari articoli. La *normatività forte* risiedeva invece nella legge dello Stato, la norma concreta e immediatamente « applicabile » che limitava, individuava, garantiva e disciplinava i diritti. Nello Stato legislativo/amministrativo la cultura dei diritti è fragile. Il tema delle libertà individuali e del pluralismo politico e sociale rimase un problema strutturale, costitutivo della statualità in Italia e del rapporto autorità/individuo. La « stupenda creazione del diritto », lo Stato nazionale moderno creato nel XIX secolo, mostrava già ad un osservatore attento come Santi Romano ⁽⁵⁵⁾ le crepe di un edificio costruito per governare un universo più ‘semplice’. Una ‘forma di Stato’ chiamata ora a misurarsi con le sfide del collettivo: economia industriale, avanzata della tecnica, associazionismo e sindacalismo. La guerra mondiale funzionò da straordinario catalizzatore e accelerò il manifestarsi di fenomeni già visibili. Gli Stati liberali avevano vinto la guerra, ma per vincere la pace dovevano essere in grado di riformare in profondità la loro costituzione. In Italia la costituzione liberale non riuscì, come sappiamo, a fronteggiare le questioni che annunciavano con forza il Novecento ⁽⁵⁶⁾: l’avanzata delle masse e i tumultuosi processi di democratizzazione; il rapporto tra il regime politico-costituzionale e i nuovi fini sociali e collettivi dello Stato legati al lavoro e alla produzione; la ‘disgregazione’ dell’autorità statale da difendere e ‘modernizzare’ attraverso le riforme istituzionali. Lo sbocco non fu, come sappiamo, la costituzione democratica ma la peculiare e ‘aggrovigliata’ *costituzione autoritaria* del

⁽⁵⁵⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso per l’inaugurazione dell’anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909*, Pisa, Tipografia Vannucchi, 1909, p. 8.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. LACCHÈ, *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023.

fascismo ⁽⁵⁷⁾. Solo le vicissitudini dello Stato di diritto, specie dopo gli orrori delle dittature e della guerra, spinsero i nuovi Stati democratici a dar vita ad un vero e proprio punto di svolta.

Maurizio Fioravanti, in uno dei suoi ultimi scritti ⁽⁵⁸⁾, ricordava la grande promessa della Costituzione di Weimar che ha aperto il ciclo della Costituzione democratica del Novecento, evocando una delle norme-chiave: « L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo » (art. 151). La società, con i suoi problemi reali e i conflitti, divenne allora l'oggetto della Costituzione. Weimar offriva al futuro costituente italiano un ammaestramento da cogliere con coraggio: « [...] che una democrazia moderna non può validamente poggiare sull'impalcatura caratteristica dello Stato liberale dell'800, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità » ⁽⁵⁹⁾. Questo è stato il difficile programma della Costituzione italiana quando si affermò una nuova concezione della « legge fondamentale ».

⁽⁵⁷⁾ Si veda adesso *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale / The 'constitutional entanglement' of Fascism: materials for a conceptual map*, a cura di M. Gregorio, L. Lacchè, I. Stolzi, «Journal of Constitutional History / Giornale di Storia Costituzionale», 43, I (2022).

⁽⁵⁸⁾ FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, Saggio introduttivo a C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè, 2019.

⁽⁵⁹⁾ MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, cit., p. 55.

ANNA GIANNA MANCA
LA COSTITUZIONE CETUALE
TRA STORIA DELLE DOTTRINE COSTITUZIONALI
E STORIA DELLE ISTITUZIONI POLITICHE

Il Medioevo, con il suo « ordine cetuale del diritto..., quel tipo specifico di ordine, ... nel quale i diritti ed i doveri sono attribuiti ai soggetti a seconda della loro appartenenza di ceti » (1), costituisce il punto di avvio logico di ogni trattazione storico-giuridica e storico-concettuale di Maurizio Fioravanti sui « diritti » in epoca moderna (2).

L'indagine sulla costituzione cetuale riveste un ruolo per niente accessorio, e tuttavia sostanzialmente strumentale, nel senso positivo del termine, alla definizione degli altri lemmi della medesima serie storico-concettuale, indubbiamente più centrali nella complessiva produzione scientifica di Fioravanti, tra cui, anzitutto, quello di costituzione liberale (3).

(1) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995 (2^a ed.), p. 29. Per una storia del concetto di *Stand* (ceto) si veda anzitutto la voce *Stand, Klasse*, di O. G. OEXLE, W. CONZE, R. WALTHER, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Band 6: St-Vert, Stuttgart, Klett-Cotta, 1990, pp. 155-284, in part. 156-159, pp. 183-200 (sui ceti politici [politische Stände] nel tardo medioevo, di Oexle), pp. 200-217 (sul periodo dalla Riforma alla Rivoluzione, di Conze).

(2) Sul modello storicistico, eminentemente inglese, di fondazione dei diritti e delle libertà FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., in part. pp. 19-28. Sugli *jura et libertates* dei ceti in epoca medievale si rinvia qui a O. BRUNNER, *I diritti di libertà nell'antica società per ceti*, in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di Pierangelo Schiera, Milano, Vita e Pensiero, 1970, pp. 201-216, in part. pp. 208-209.

(3) Sulle « costituzioni dello Stato moderno europeo: la costituzione cetuale, la costituzione liberale, la costituzione democratica » vedi FIORAVANTI, *Stato e costituzione*,

Costituzione cetuale rinvia per Fioravanti alla presenza « all'interno di un dato territorio » di « un popolo » (4), che qui però è costituito non da individui ma da « una molteplicità di soggetti collettivi, di ordini, di città, di comunità, di corporazioni », che intendono mantenere la propria « identità distinta » e allo stesso tempo « riconoscere l'esistenza dell'intero, del popolo stesso »; un popolo che « ha il proprio signore, che può essere anche un re, titolare di vasti poteri d'*imperium*, ma che, per quanto forte e potente sia, è destinato ad arrestarsi di fronte all'esistenza di un popolo concretamente portatore di una serie di diritti e ordinamenti tra loro concatenati, che alla fine danno come risultato la legge fondamentale di un certo territorio, che quel signore non può certo mutare a proprio piacimento »; un popolo che si presenta al cospetto del signore come *Landvolk* o semplicemente *Land* (un *Territorium* con la pluralità dei suoi diritti) e si costituisce di fronte ad esso « attraverso le [sue] assemblee rappresentative e attraverso i propri ufficiali e magistrati » (5).

Posto che per Fioravanti i principi di base e i valori politici della costituzione cetuale sono: la pluralità degli ordini e degli stati, la disegualianza giuridica degli individui, la gerarchia stratificata degli individui e dei ceti, ma anche, allo stesso tempo, la convivenza pacifica di poteri particolaristici di differente origine e legittimazione, la consociazione volontaria e funzionale dei soggetti di diritto, l'autolimitazione del potere di governo del signore di fronte ai ceti e alla pluralità dei soggetti di diritto, è dalla crisi di tali principi e valori, in particolare ad opera e in nome, dapprima della modernizzazione e della razionalizzazione in senso assolutistico e accentrato della forma politica dello Stato, e poi della critica radicale alla disegualianza dei diritti e dei privilegi cetuali formulata dal giusnaturalismo in nome dei diritti naturali individuali e del principio di

in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-36, in part. pp. 21-25 sulla costituzione cetuale, pp. 25-30 sulla costituzione liberale, pp. 30-36 sulla costituzione democratica.

(4) Sulla 'perfetta' corrispondenza tra i ceti e il popolo in Otto Brunner vedi G. NOBILI SCHIERA, *A proposito della traduzione recente di un'opera di Otto Brunner*, in « Scienza & Politica », XXVII, 2015, 52, pp. 221-237, qui pp. 233 e 236.

(5) FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., qui pp. 22-23.

uguaglianza ⁽⁶⁾, che si perviene all'affermazione dello Stato moderno nella forma dello Stato di diritto e ad una costituzione liberale. Storicamente a ciò si è giunti sul continente europeo, secondo Fioravanti, solo attraverso la rottura storica della Rivoluzione francese, culla della costituzione liberale, ma anche di quella democratica, che si affermerà tuttavia definitivamente solo a partire dal secondo Novecento. In Inghilterra, invece, questo passaggio dalle libertà e dai diritti della costituzione cetuale di epoca medievale ai diritti individuali di epoca moderna avvenne, sottolinea Fioravanti, all'insegna della gradualità e della continuità storica, e ad opera principalmente del ceto dei giudici, per il ruolo da questi svolto nella elaborazione e nella costruzione della *common law*, cioè del diritto del paese, un diritto questo « indisponibile da parte di un potere politico che, in Inghilterra ben più che altrove — pensiamo alla Francia — [stenta] ad assumere le forme dello Stato assoluto », e dove la « sovranità parlamentare, destinata a consolidarsi a partire dalla *Glorious Revolution* grazie ad un drastico ridimensionamento della prerogativa regia ... non degenera mai in sovranità illimitata » ⁽⁷⁾. Non si dovrebbe dimenticare, aggiunge Fioravanti a proposito dei diritti civili di libertà che gradualmente in Inghilterra si sarebbero estesi sino a includere anche i diritti politici, che « l'Inghilterra sviluppa una pratica elettiva parlamentare molto prima di ogni altro paese europeo » ⁽⁸⁾.

Solo col passaggio dalla costituzione cetuale alla costituzione liberale l'individuo, ogni individuo, entra per la prima volta direttamente in contatto e in rapporto con lo Stato e con il suo diritto; solo con la costituzione liberale l'individuo, senza ulteriori aggettivi, diventa il soggetto unico del diritto e il destinatario della legge

⁽⁶⁾ Ivi, p. 25.

⁽⁷⁾ FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., pp. 24-28, in part. p. 26.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 28. Quanto tuttavia ancora agli inizi del Seicento le incertezze testuali e applicative delle norme elettorali e delle procedure di voto, poste per la prima volta nella normativa del 1430, come pure le immancabili influenze dei servitori del re sullo svolgimento delle elezioni, potessero pregiudicare in Inghilterra il carattere di diritto del suffragio, è oggetto di trattazione, tra gli altri, in D. HIRST, *The Representative of the People? Voters and Voting in England under the early Stuarts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, digitally printed first 2005.

generale ed estratta approvata in parlamento. Come afferma Fioravanti: mentre nell'« ordine cetuale del diritto... i diritti e i doveri sono attribuiti a seconda della appartenenza di ceti... [e il] diritto... impone regimi giuridici diversi a seconda dell'appartenenza di ceti », la « teoria e pratica della libertà e dei diritti in senso moderno si fonda sulla radicale opposizione al medioevo », e « tale opposizione si sostanzia nella secca antitesi tra ordine cetuale e ordine individuale del diritto » (9).

Con la Rivoluzione francese l'unicità del soggetto di diritto e l'uguaglianza degli individui di fronte alla legge si incontrano nello Stato di diritto, che è « la nuova forma politica », cioè la nuova forma di Stato dell'« Europa del XIX secolo e della prima metà del XX, dell'età degli Stati nazionali » (10). Lo Stato di diritto si dota di una « costituzione liberale », che provvede « ad equilibrare i poteri, ... e a riservare alla legge la normazione sui diritti, sempre più sottratta al decreto regio, all'atto dell'esecutivo » (11).

Dalla produzione di Fioravanti si evince, come in parte già accennato, che non solo la costituzione liberale ma anche quella cetuale si è realizzata storicamente in modi e tempi differenti a seconda dei contesti territoriali, contesti che rinviano anche a modalità e tempi differenti di affermazione e svolgimento dello Stato moderno: da un lato l'Europa continentale, dall'altro l'Inghilterra.

Prima di entrare nel merito di questa differenziazione urge tuttavia introdurre alcune precisazioni preliminari (1-4) relativamente al metodo e al livello scelti da Fioravanti per condurre la comparazione storica.

1) Il lemma costituzione cetuale, che come tutte le forme costituzionali intercetta un assetto storicamente determinato dei diritti e delle libertà in relazione alle istituzioni e ai soggetti da cui promana il potere politico (12), è definito da Fioravanti in generale dalla prospettiva della storia dei concetti (*Begriffsgeschichte*); più precisamente da un punto di osservazione scientifico-disciplinare

(9) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 29.

(10) FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., pp. 15-19, qui 18.

(11) Ivi, p. 18; sulla costituzione liberale, pp. 26-29.

(12) « In effetti sono sempre due le domande di fondo cui devono rispondere le nostre costituzioni: come si tutelano le libertà e come si organizzano i poteri », dice FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo*.

composito e ibrido, quale è per Fioravanti quello della storia costituzionale ⁽¹³⁾, che concretamente risulta dalla applicazione degli strumenti concettuali della storia della cultura giuridica e delle dottrine costituzionali, ma anche delle dottrine politiche. La elaborazione dei concetti, la loro trasposizione pratica, il loro impatto nel campo della costituzione, che concorrono a definire, delimitare e determinare, unitamente al soggetto o ai soggetti cui è di volta in volta riconosciuto il possesso e l'esercizio di diritti e libertà, costituiscono l'oggetto centrale dell'interesse storico-euristico di Fioravanti, il terreno vero e proprio su cui si dispiega la sua produzione scientifica. Le dottrine dunque, più che non le concrete istituzioni sociali e politiche che, cristallizzatesi a partire dal versante signorile e/o da quello partecipativo, sono però 'anche' determinanti, dalla prospettiva di chi scrive, per la definizione di una forma di governo, e con ciò per la gestione del potere e dell'ineliminabile conflitto politico.

Per Fioravanti l'organizzazione dei poteri è solo uno dei due 'luoghi' in cui si addensa la forma della costituzione, in modo corrispondente al doppio binario, *Bill of rights* e *Frame of government*, su cui 'scorrono' o poggiano le costituzioni moderne. L'organizzazione dei poteri nella costituzione, che da questo punto di vista può essere per Fioravanti di tipo monistico o dualistico, andando a determinare i due tipi principali di forma di governo ⁽¹⁴⁾, è solo 'un' aspetto, e certo non quello dirimente per individuare o determinare una forma di Stato.

D'altro lato, la forma di Stato sembra essere definita da Fioravanti, in primo luogo, a partire dal soggetto, o meglio dal soggetto del potere che pretende di conferire unità e coesione all'ordinamento giuridico (e qui sottolineo 'giuridico', tanto è vero che forme

Le costituzioni del Novecento, Torino, Giappichelli, 2021, in part. Parte seconda: Le forme di governo, pp. 155-253, qui p. 158.

⁽¹³⁾ Di avviso in parte diverso chi scrive, come si evince da A.G. MANCA, *La (politische) Verfassungsgeschichte, i.e. la storia delle istituzioni politiche in Germania*, in *Le istituzioni e le idee. Studi indiscriminati offerti a Fabio Rugge per il suo settantesimo compleanno*, a cura di E. Colombo, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 477-487.

⁽¹⁴⁾ Sulle forme di governo, tutte riconducibili storicamente per Fioravanti al tipo monistico (monarchia assoluta, sistema parlamentare) o dualistico (monarchia costituzionale) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., pp. 203 ss.

di Stato sono lo Stato giurisdizionale, lo Stato di diritto, lo Stato costituzionale) più che non alla società civile e politica; in secondo luogo dalla misura, più o meno totalizzante ed esclusiva in cui è espressa la pretesa di *imperium*, cioè di sovranità di governo; in terzo luogo dalla risposta, dal consenso o dalla resistenza, che questa pretesa incontra nel paese (*Land*), cioè nei soggetti portatori di diritti (15).

2) La costituzione cetuale per Fioravanti certo precede l'affermazione dello Stato moderno come Stato di diritto ed è in linea di principio inconciliabile con esso. Tuttavia per qualche secolo, tra Cinque e Seicento, essa persiste o meglio resiste accanto alla tendenza ad affermarsi dello Stato assoluto, nel XVII secolo, come costituzione cetual-assolutistica. Siamo con ciò ancora, tuttavia, secondo Fioravanti, entro i cardini dello Stato giurisdizionale, cioè quella forma di Stato che precede l'affermazione dello Stato sovrano, siamo ancora dentro a una fase storica in cui il signore o il principe comunque non riesce a imporre la sua sovranità e ad abrogare i molteplici diritti cetuali particolari per imporre il 'suo' diritto. Nello Stato giurisdizionale, infatti, il Re-Giudice non mira o non riesce a eliminare « la pluralità di ordinamenti e di diritti, di luogo e di ceto, diffusi sul territorio » (16), ma piuttosto impone la sua autorità nella misura in cui riesce a razionalizzarne e garantirne paternalisticamente la coesistenza (17). Solo in un certo periodo, tra il XVI e XVII secolo, lo Stato giurisdizionale si oggettivizza nella forma della monarchia cosiddetta assoluta, che Fioravanti tiene a precisare essere una forma di governo e non una forma di Stato, nel senso che

(15) Sulle diverse forme di Stato attraverso cui si manifesta lo Stato moderno in Europa, FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., pp. 4-21, in part. pp. 7 ss.

(16) Sullo Stato assoluto FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., pp. 9-13.

(17) Sul concetto e sulla realizzazione storico-concreta dello Stato giurisdizionale d'obbligo il rinvio a L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, in part. pp. 12-16, 36-40, 56-64, 75-76, sul caso inglese 79-88, sugli Stati italiani di epoca moderna 92-97, sulla nascita di una monarchia amministrativa tra Sei e Settecento e lo sdoppiamento delle burocrazie pubbliche in due tronconi contrapposti, uno per la cura della giustizia, l'altro invece per l'attuazione della politica fiscal-militare del sovrano pp. 97-101; degli stessi vedi anche *Giustizia e amministrazione*, in FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., pp. 59-101. D'obbligo anche il rinvio a P. COSTA, *Iurisdicchio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969.

essa non implica il superamento definitivo delle condizioni di esistenza dello Stato giurisdizionale ⁽¹⁸⁾, una forma di governo dove il sovrano, anziché sottoscrivere con i ceti, come nel periodo dello Stato giurisdizionale, gli *Herrschaftsverträge*, è piuttosto determinato ad affermare la sua superiorità e a liquidare, se necessario, la resistenza dei ceti tradizionali, *in primis* della nobiltà ⁽¹⁹⁾, senza tuttavia pervenire a realizzare compiutamente il suo piano. La costituzione cetuale-assolutistica è con ciò solo una fase, l'ultima, della costituzione cetuale, quella in cui dalla collaborazione si passa al conflitto Principe-ceti, senza però che tale conflitto acquisti carattere strutturale e riesca a far saltare le condizioni di esistenza dello Stato giurisdizionale. Per questa via lo Stato assoluto praticamente non si realizza e resta una tendenza.

3) La individuazione di Fioravanti di differenti concretizzazioni storiche della costituzione cetuale non muove da una considerazione delle condizioni storico-generalì o storico-globali, esterne, della costituzione rappresentativa, come ad esempio quella del padre della storia politico-costituzionale comparata, Otto Hintze ⁽²⁰⁾, e ancor meno è interessata all'enucleazione di una distinzione di carattere storico-strutturale, storico-istituzionale e storico-funzionale delle costituzioni per ceti, in grado anche di 'sostenere' la differenziazione tra forma tricuriale o bicamerale delle istituzioni rappresentative ⁽²¹⁾, fino a intravedere in essa addirittura il presupposto dell'evoluzione verso due diverse forme di governo, quella dualistica e tipicamente ottocentesca della monarchia costituzionale (come in Francia e negli Stati tedeschi), o quella monistica del parlamentari-

⁽¹⁸⁾ FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., qui p. 10.

⁽¹⁹⁾ FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., pp. 20-21, e Id., *Stato e costituzione* (2002), cit., qui pp. 10-14.

⁽²⁰⁾ O. HINTZE, *Weltgeschichtliche Bedingungen der Repräsentativverfassung*, in « Historische Zeitschrift », Bd. 143, H. 1 (1931), pp. 1-47. A tradurre con l'aggettivo storico-globale (« globalgeschichtlich ») la prospettiva comparata « weltgeschichtlich » di O. Hintze è W. NEUGEBAUER, *Otto Hintze. Denkräume und Sozialwelten eines Historikers in der Globalisierung. 1861-1940*, Paderborn, Brill, 2015, *passim*.

⁽²¹⁾ O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen des Abendlandes*, in « Historische Zeitschrift », 1930, Bd. 141, H. 2 (1930), pp. 229-248, trad. it. *Tipologia della costituzione per ceti in occidente*, in Id., *Stato e società*, a cura di P. Schiera, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 221-235.

smo o del governo del Primo ministro (come in Inghilterra) (22). Una distinzione quest'ultima che anche Fioravanti riprende, senza tuttavia conferirgli il valore paradigmatico e centrale che essa acquisisce invece nella storia politico-costituzionale di Hintze. Insomma, Fioravanti, proprio come già lo storico prussiano nel suo fondamentale saggio del 1930, *Tipologia delle costituzioni per ceti in Occidente*, distingue due diversi gruppi tipologici di costituzione cetuale, ma a partire da criteri e con obiettivi completamente differenti. A Hintze il tipo ideale serve per leggere e comprendere il tipo storico reale nella sua struttura più profonda, a Fioravanti del tipo ideale interessa anzitutto il suo movimento intrinseco, il suo funzionamento, insomma, il suo essere « modello » (23).

4) Sulla scia di Otto Brunner, Fioravanti prende le mosse da una concezione della costituzione cetuale che riflette l'ordine naturale e gerarchico della società. Nella costituzione cetuale ogni differenza e dislivello ha la sua ragion d'essere e il suo diritto di esistere e di essere riconosciuto come tale. Essa appare come positiva e organicisticamente pacificata al suo interno, perlomeno, si potrebbe aggiungere, forzando tuttavia il pensiero di Fioravanti, come esito dell'azione compositiva e mediatrice, unificante del signore, che, con la sua azione giurisdizionale, riporta le parti alla ragione e alla interiorizzazione della convenienza della pacifica convivenza come popolo. Nella costituzione cetuale il signore è insieme limite e garanzia della molteplicità dei diritti.

Una tale concezione, per niente dualistica e conflittuale, emerge chiaramente anche dalle pagine in cui Fioravanti si cimenta adesivamente con la concezione della costituzione per ceti di Brunner come « collaborazione tra Signore e ceti » (24), una concezione che tuttavia già Giuliana Nobili Schiera provò a smontare e a disvelare

(22) HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., pp. 232-248.

(23) Sul ricorso ai tipi ideali e ai modelli come strumenti di lavoro della storia costituzionale vedi H. BOLDT, *Einführung in die Verfassungsgeschichte. Zwei Abhandlungen zu ihrer Methodik und Geschichte*, Düsseldorf, Droste, 1984, pp. 31-33.

(24) Un'acuta discussione del punto di vista di Otto Brunner sui « caratteri fondamentali della costituzione medievale » e del ruolo del diritto all'interno della sua costituzione cetuale segnata dalla positiva « collaborazione tra Signore e ceti » in FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 43-53, qui p. 51.

come costruzione eminentemente ideologica ⁽²⁵⁾. Una concezione comunque molto lontana da quella di Hintze che, prima che Otto Brunner sviluppasse la sua visione organicistica e idealizzata in senso *völkisch* della costituzione per ceti, si interrogò a lungo sul suo difficile e precario equilibrio, dopo averne colto e messo a nudo il dualismo strutturale ⁽²⁶⁾.

Una condivisione empatica della concezione idealizzata e pacificata della costituzione per ceti di Brunner traspare però anche, inconfondibilmente, in Fioravanti, dalle pagine in cui egli tratteggia valori e principi, oltre che il metodo di studio, della Scuola storica del diritto tedesca di Savigny ⁽²⁷⁾; una scuola che, confortata dal persistere di forti residui cetuali nella società politica del *Vormärz* tedesco ⁽²⁸⁾, ancora puntava anacronisticamente, da un lato sul *Volk* come soggetto attivo e sostrato storico del diritto comune e consue-

⁽²⁵⁾ NOBILI SCHIERA, *A proposito della traduzione recente di un'opera di Otto Brunner*, cit., in part. pp. 222 (« Brunner non è uno storico senza aggettivi, come forse egli stesso avrebbe voluto... »), ma anche p. 236, nota 62, dove l'A. oppone a Brunner l'obiezione anzitutto di J. Dhondt, per il quale « l'organizzazione politica è stata modellata da e per i più forti... ».

⁽²⁶⁾ Sul dualismo, il sistema bipolare, la labile condizione di equilibrio della *ständische Verfassung* (costituzione per ceti) HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., pp. 231-232. Sulla transizione di Otto Brunner dalla *Volksgeschichte*, tra fine anni Trenta (del 1939 è la prima edizione di *Land und Herrschaft*) e anni Quaranta, alla storia strutturale e sociale dopo il 1959 E. GROTHE, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, München, Oldenbourg, 2005, pp. 388-389.

⁽²⁷⁾ Sulla Scuola storica del diritto tedesca che, come ha ben messo in luce Fioravanti, con la sua esaltazione del fondamento privatistico dei diritti pubblici degli *Stände* e delle libertà cetuali come base dello Stato, dominò in Germania ancora per tutta la prima metà dell'Ottocento, vedi FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, soprattutto l'Introduzione e il cap. I (pp. 3-12 e 13-126), e in part. su Savigny e i Germanisti, pp. 44-49, su Hegel 68; sulla ripresa delle tesi di Savigny ancora negli anni Cinquanta dell'Ottocento da parte di Bluntschli vedi inoltre pp. 171-211, 224, 246 s.

⁽²⁸⁾ Sul persistere di forti residui cetuali nella società politica del *Vormärz* tedesco, già rilevato anche da I. CERVELLI, *Ceti e assolutismo in Germania: rassegna di studi e problemi*, in *Annali dell'Istituto Storico Italo-Germanico in Trento*, 3, 1977, pp. 431-512 (recuperato da <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/anisig/article/view/51>), in part. pp. 440 ss., 481 ss. sull'*Allgemeines Landrecht* del 1794, vedi anche H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Band 2: *Von 1806 bis zur Gegenwart*, München, DTV, 1990, in part. pp. 53-82.

tudinario ⁽²⁹⁾, già però minacciato sempre più da vicino dal progressivo allargarsi dell'ambito della legislazione negli Stati tedeschi ormai diventati costituzionali nella prima metà dell'Ottocento ⁽³⁰⁾, e dall'altro sul ceto dei giuristi in funzione di razionalizzazione e governo dell'emergente conflitto di classe, nelle more dell'affermazione dello Stato come persona giuridica, quale si affermerà solo nella seconda metà dell'Ottocento ⁽³¹⁾.

Tornando però ora finalmente alle differenti realizzazioni storiche della costituzione cetuale che si ritrovano negli scritti di Fioravanti, è da rilevare anzitutto che a suo avviso essa si sarebbe sviluppata, nell'Europa continentale, prima che altrove in Francia ⁽³²⁾. Quella stessa Francia che per Otto Hintze costituisce l'esempio principale del tipo ideale di costituzione rappresentativa per ceti, quella cosiddetta tricuriaie ⁽³³⁾.

Per ritrovare la costituzione cetuale sviluppatasi anzitutto e in modo esemplare in Francia, Fioravanti, convinto come Pierangelo Schiera che le dottrine non vaghino nel vuoto senza lasciare traccia di sé, ma siano il prodotto del movimento storico reale e a loro volta lo producano ⁽³⁴⁾, richiama la rievocazione fattane prima dall'ugonotto François Hotman nella sua opera *Franco-Gallia* del 1573, e in seguito anche dall'autore delle *Vindiciae contra Tyrannos* del 1579. Qui la costituzione medievale, come costituzione antica e mista,

⁽²⁹⁾ Sulla valorizzazione da parte della Scuola storica del diritto del *Volk* come un tutto organico poggiante su una strutturazione sociale per ceti vedi FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 15, 18 ss., 47, 50, 63, 188; sullo Stato per ceti nell'*Allgemeines Landrecht*, pp. 70-72.

⁽³⁰⁾ Sulla costituzionalizzazione degli Stati tedesco-meridionali A. KELLMANN, P. DREWES, *Die süddeutschen Reformstaaten*, in *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel*. Bd. 1: *Um 1800*, hrsg. von P. Brandt, M. Kirsch, A. Schlegelmilch, Bonn, Dietz-Verlag, 2006, pp. 714-784.

⁽³¹⁾ FIORAVANTI sul ruolo 'politico' del ceto dei giuristi in *Giuristi e costituzione politica*, cit., in part. pp. 179, 246, 299-306, 314.

⁽³²⁾ FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 51 ss.

⁽³³⁾ HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., pp. 232 ss., 239 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 8: « Per noi tutte queste dottrine non operano certo nel vuoto. Esse sono anzi tutte caratterizzate proprio dalla loro inclinazione a rispecchiare la concretezza dei rapporti politici e sociali del loro tempo. Rileggere queste dottrine significa dunque penetrare nel tessuto vivo della storia costituzionale ».

poggia su un popolo inteso come « complesso di ceti, città, ordini, province, che attraverso gli stati generali, e gli ufficiali e i magistrati del regno, è capace di esprimersi in senso unitario, in modo ordinato »; di fronte al popolo « il re giura, impegnandosi a riconoscere il diritto che a ciascuno appartiene, a conservare i diritti, i privilegi e le leggi di Francia, a non alienare il demanio, e infine a non imporre tributi, o dichiarare guerra, o concludere la pace, senza il consenso degli stati generali » (35).

Il modello di costituzione cetuale, prosegue Fioravanti, si può ritrovare però anche in Germania, riflessa anzitutto nella *Politica methodice digesta* di Johannes Althusius del 1603 (36), che mette in evidenza come in effetti, prima ancora che fosse stilato il patto tra il popolo e il re (*Herrschaftsvertrag*), alla base della comunità politica stessero già tutti i molteplici contratti e accordi tra le sue parti (ordini, città, province), e come nella costituzione medievale la ricerca dell'unità politica passasse sempre per la via « consociativa, muovendo da parti e soggetti distinti, che tali vorranno rimanere, pur all'interno di una più ampia comunità politica » (37).

Oltre che in Germania, dove la costituzione per ceti con il suo fondamento organicistico rimase, come già accennato, alla base dello Stato sino a tutta la prima metà dell'Ottocento (38), essa si sviluppò anche in Austria, che, come ci ricorda Hintze, al pari della Francia e della Germania, pure rientra tra i territori a moderna vocazione assolutistica anti-cetuale poi transitati verso la forma di governo tipicamente dualistica della monarchia costituzionale. Sono questi i tre paesi che, essendo accomunati dall'essere stati parte dell'Impero carolingio, di cui sperimentarono il sistema feudale, appartennero

(35) FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 56.

(36) Ivi, p. 58.

(37) Ivi, pp. 58-59.

(38) Cfr. i contributi di H. BRANDT, E. GROTHE, A. KELLMANN, M. WIENFORT, nell'*Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel*. Bd. 2: 1815-1847, hrsg. von W. Daum unter Mitwirkung von P. Brandt, M. Kirsch und A. Schlegelmilch, Bonn, Dietz-Verlag, 2012. Con i residui dello Stato per ceti contenuti nell'*Allgemeines Landrecht* o confermati dalle leggi o ordinanze degli anni Cinquanta dell'Ottocento prussiano si confrontò anche Ludwig von Rönne nel suo *Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 1: *Das Verfassungsrecht*, Leipzig, Brockhaus, 1856.

anche, secondo Hintze, a quei territori dell'Europa continentale che svilupparono una costituzione cetuale con un sistema tricuriiale di rappresentanza per ceti. Una forma di rappresentanza che prevalse, a suo avviso, nei territori « con amministrazione puramente burocratica »⁽³⁹⁾; gli stessi dove i ceti, nati e cresciuti con la formazione dello Stato territoriale, si possono addirittura considerare una « creazione del signore territoriale »⁽⁴⁰⁾. La questione con ciò sollevata da Hintze, se in questi territori i ceti abbiano assunto su di sé più funzioni di gestione e amministrazione per conto se non addirittura nell'interesse del sovrano (co-gestione fiscale, finanziaria, di polizia del territorio), che non di diretta/sincera rappresentanza politica dei ceti e dei loro interessi, in un'ottica quasi di autogoverno del territorio, è tuttavia una questione molto complessa da affrontare in questa sede⁽⁴¹⁾.

Certo è comunque, perlomeno dal punto di vista della storia politico-costituzionale, che fu solo a partire dall'introduzione di una moderna istituzione parlamentare nel contesto del processo di costituzionalizzazione dello Stato avviato in genere nell'Ottocento europeo postrivoluzionario, che ci si poté porre il problema della continuità/discontinuità tra le istituzioni rappresentative delle costituzioni per ceti e i parlamenti delle più moderne monarchie costituzionali. Una questione anche questa su cui Fioravanti, attento soprattutto allo statuto dei diritti e delle libertà più che non al *Frame*

⁽³⁹⁾ O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., pp. 234, 246-247.

⁽⁴⁰⁾ Per questa enunciazione indubbiamente alquanto ardita di O. HINTZE vedi il suo *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., p. 242; nella medesima direzione vedasi però anche alla p. 241, dove Hintze parla dei ceti del tipo tedesco e francese più come uno « strumento della politica monarchica che non come un limite ad essa », e a p. 247, dove Hintze parla della « stessa organizzazione cetuale che appare più che altro come una consociazione forzata (*Zwangsgenossenschaft*) che entra in vita con la formazione e lo sviluppo dell'associazione politica (*politische Verbände*), e che in tutti i più importanti sviluppi politici più segue o si oppone anziché condurre il gioco ».

⁽⁴¹⁾ Sul tema rinvio all'*Introduzione* di A.G. MANCA e S. WESTPHAL al volume contenente gli *Atti* del convegno *Partecipazione politica tra mutamento e persistenza/ Politische Partizipation zwischen Wandel und Beharrung*, svoltosi a Trento dal 29 settembre al 1° ottobre 2021, attualmente in corso di pubblicazione presso la casa editrice De Gruyter.

of Government (42), prende senza esitazione alcuna posizione nel senso della discontinuità, nel momento in cui parla addirittura dell'alternarsi di due forme di Stato in seguito alla rottura rivoluzionaria, una rottura che sul continente europeo decretò l'affermarsi dello Stato di diritto al posto del plurisecolare Stato giurisdizionale.

Vale certo qui la pena di sottolineare come invece Hintze, più attento alla costruzione struttural-funzionale dei tipi ideali, ma anche alle condizioni storicamente determinate dei modelli di organizzazione politica, abbia volutamente messo in evidenza la continuità, perlomeno relativa, delle istituzioni rappresentative e delle forme di governo di epoca cetuale e di epoca moderna (43), una continuità che, come già detto sopra, si sarebbe manifestata anche nel comune carattere dualistico della costituzione cetuale e della monarchia costituzionale. Una concezione questa di Hintze della costituzione per ceti assai lontana da quella di Otto Brunner, per il quale comunque « il dualismo fra sfera del principe e sfera dei ceti...pure riposa sull'unità del diritto che per entrambi i gruppi garantisce sfere giuridiche inviolabili, autonome » (44), richiamando sempre di nuovo, come fa anche Fioravanti, l'importanza e la centralità del potere equitativo e compositivo di giurisdizione che rappresenta la principale attribuzione del signore medievale (45). Fioravanti, anche laddove parla di forma di governo dualistica, non è certo in primis alla costituzione cetuale che si riferisce; egli non associa la forma di governo dualistica alla costituzione per ceti, che dal suo punto di vista, come si è notato sopra, era eminentemente e positivamente pluralistica. Quando Fioravanti parla di « soluzione dualistica », egli rinvia piuttosto a quella forma di governo che la

(42) Sulla « felice ambivalenza » della dottrina liberale della Costituzione come « suprema norma giuridica di garanzia » e come principio primo di unità, di ordine politico ». FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in « Filosofia politica », V, n. 2, dicembre 1991, pp. 325-350.

(43) O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, cit., pp. 229-230 e p. 248, dove Hintze afferma: « Il sistema costituzionale per ceti non è qualcosa di completamente diverso e di ostile rispetto a quello moderno ... pur con ogni differenziazione, esso significa anche nello stesso tempo uno stadio di sviluppo dello Stato moderno, uno stadio generale di transizione verso il costituzionalismo moderno ».

(44) O. BRUNNER, *I diritti di libertà nell'antica società per ceti*, cit., p. 210.

(45) Ivi, p. 205. Sulla rivalutazione di Hintze da parte di Otto Brunner solo nel secondo dopoguerra cfr. E. GROTHE, *Zwischen Geschichte und Recht*, cit., pp. 388-391.

storiografia politico-costituzionale chiama in genere monarchia costituzionale, e che fu « tutt'altro che residuale... » in Europa nell'età liberale; questa forma di governo dualistica, che pure per Fioravanti si contrappone a quella parlamentare, tipicamente monistica, è comunque « comprensiva di un ruolo attivo permanente del Capo dello Stato, che in questa fase è essenzialmente il monarca » (46).

Ad ogni modo, oltre che nell'Europa continentale la costituzione per ceti si sviluppò, seppure, come tiene a precisare Fioravanti, secondo un modulo assai differente, in Inghilterra.

Fu l'Inghilterra per Fioravanti a incarnare lo Stato per ceti per eccellenza, la terra « delle libertà cetuali..., [dei] diritti quesiti, cioè [di] quei diritti che il tempo, l'uso, la storia ha reso indisponibili da parte delle volontà contingenti dei detentori del potere politico tra età medievale ed età moderna... » (47). Costituzione cetuale è per Fioravanti l'espressione che coglie la natura più profonda ma anche la configurazione esteriore e storica più fedele ad essa della monarchia inglese, quella che ne coglie 'dall'interno' il movimento dialettico intrinseco quale sprigionatosi per secoli e secoli dall'organismo sociale.

La costituzione cetuale che storicamente si è radicata in terra inglese è quella che più propriamente e immediatamente corrisponde all'idea di una costituzione organica, pluralistica, corporativa, non conflittuale, governata e pacificata dal prevalere del potere giurisdizionale del Re-giudice sulla stessa tendenza intrinseca del potere personale signorile o principesco ad affermarsi monopolisticamente. Dice Fioravanti, forse proiettando all'indietro sulla costituzione cetuale la medesima aura di superiorità funzionale di cui la storiografia *whig* ha ammantato a posteriori il trionfo della monarchia costituzionale inglese avviatosi a partire dal 1689, che la formula del « King in Parliament, dei tre rami del Parlamento, monarchico, aristocratico con i Lords, popolare con i Commons », è quella che meglio esprime la forma « per eccellenza » della costituzione cetuale

(46) FIORAVANTI, *I caratteri storici della forma di governo dualistica*, in « Quaderni di scienza politica. Rivista quadrimestrale », a. XV, 3^a serie, II, n. 3, dicembre 2008, pp. 383-387, qui p. 385. Sulle « forme di governo » monistiche e dualistiche Fioravanti si sofferma più diffusamente nella già cit. parte seconda delle sue *Lezioni di storia costituzionale*, in part. alle pp. 201-210.

(47) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 18.

britannica, come « costituzione mista », costituzione « da cui sono generate forme di governo moderate e bilanciate, essenzialmente monarchie temperate » (48).

Questo modello della costituzione mista fu trasposto in pratica in Inghilterra, precisa Fioravanti, già a partire dal XIV secolo e « si era tradotto nelle forme istituzionali del parlamento, secondo il principio medievale del King in Parliament », trovando « il suo precoce e autorevole interprete iniziale in Henry Bracton ». Fu lui, tra il 1250 e il 1259, a raccogliere e ordinare le leggi fondamentali del Regno d'Inghilterra, cioè quelle leggi che esprimono la conferma di una consuetudine, anzitutto da parte del Re ma poi anche da parte dei magnati, all'interno, entrambi, del *consilium regni*; una conferma che rappresenta un impegno solenne per tutta la comunità politica e che ha dunque carattere durevole e vincolante, anche per il Re (49).

In Inghilterra, la costituzione cetuale si sarebbe affermata in tutti, e attraverso tutti e tre i rami del parlamento inglese. Con ciò non solo nella Camera dei Lords, spirituali e temporali, ma anche nel ramo monarchico, che arrestò la sua volontà d'*imperium* di fronte ai ceti tradizionali dell'alta nobiltà e dell'alto clero, come pure di fronte al cosiddetto « popolo » dei *Commons*, cioè alla « molteplicità di soggetti collettivi, di ordini, di città, di comunità, di corporazioni » qui riuniti e rappresentati (50). Laddove è da notare come nel tipo di costituzione cetuale inglese il concetto di popolo comincia presto a restringersi e a ritirarsi nei soli Comuni, secondo un movimento di progressiva attualizzazione e precisazione del concetto, che procede in direzione escludente sia verso l'alto (i Lords) sia verso il basso (tutti coloro che residuano dalla enumerazione dei soggetti portatori di diritti e interessi specifici).

(48) FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., p. 23 e Id., *Costituzione*, cit., pp. 51-70, qui p. 59.

(49) FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., qui p. 59, ma anche pp. 44-46. Il riferimento di Fioravanti è anzitutto a Henrici de BRACON *De legibus et consuetudinibus Angliae*, a cura di G.E. Woodbine, New Haven, Yale University Press, 1915-1942 (cit. p. 67, nota 20).

(50) Per la definizione in questo senso del popolo della costituzione per ceti inglese FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., pp. 22-23 ma anche p. 26 (« Al posto del popolo che aveva da sempre sorretto la costituzione cetuale, ed era inteso come molteplicità di soggetti collettivi, ordini, città, comunità, corporazioni, tra loro consociati... »).

È proprio questa classificazione della monarchia inglese come costituzione per ceti per eccellenza, caratteristica di Fioravanti, che rappresenta, a ben vedere, un punto di vista alquanto originale nel panorama della storiografia europea. Ma soprattutto di quella storico-politico-costituzionale, che anche alla storia dell'Inghilterra applica ormai la pressoché incontestata periodizzazione 'europeo-continentale', quella per cui dal cosiddetto 'costituzionalismo' antico o medievale, si passò dalla fine del Quattrocento al consolidarsi di una monarchia tendenzialmente assoluta sotto i Tudor e gli Stuart, quindi alla monarchia costituzionale sulla base del *Bill of Rights* del 1689 e dell'*Act of Settlement* del 1701, e infine, sempre gradualmente ma distintamente, all'instaurazione di una monarchia parlamentare come precipitato ultimo e cristallizzazione della 'metabolizzazione' delle riforme elettorali ottocentesche⁽⁵¹⁾. Una periodizzazione storica che indubbiamente pone come punti di snodo dell'evoluzione storica: la progressiva, seppure non incontrastata, conquista del centro del *government* da parte del *cabinet* e dell'istituzione parlamentare, la graduale modernizzazione della composizione delle due Camere, e la laicizzazione dei *Lords*, la razionalizzazione delle procedure parlamentari, ma soprattutto lo sbilanciamento avvenuto; nel rapporto delle due Camere col sovrano monarchico, sempre più svuotato quest'ultimo di poteri reali di governo, nella relazione tra le due Camere a favore della Camera dei Comuni, nella dialettica tra parlamento e governo, con l'imporsi pragmatico dell'esecutivo governativo; tutti nodi decisivi per cogliere i mutamenti strutturali intervenuti storicamente nella forma di governo inglese⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Vd. ad esempio H.CH. KRAUS, *Grossbritannien*, in *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Bd. 2, cit., pp. 209-264, in part. la sezione *Verfassungsstruktur der zentralen staatlichen Ebene*.

⁽⁵²⁾ Una evoluzione il cui punto di arrivo Fioravanti non manca di cogliere, di analizzare e di ridenominare come « governo del Premier », una forma di governo, anch'essa monistica come in genere quelle parlamentari (FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., pp. 204 ss.).

Entro questo quadro ulteriori segni premonitori o rivelatori di un'evoluzione della forma di governo potrebbero poi naturalmente rinvenirsi nel progressivo allargarsi del campo di intervento legislativo delle due Camere (dall'autorizzazione delle imposte straordinarie alla legislazione fiscale e finanziaria in genere), nell'autonomizzarsi dell'or-

Per Fioravanti invece l'Inghilterra non solo fu il paese (*Land*) dove la costituzione medievale mista si sarebbe oggettivata anche fisicamente nel *Parliament* inteso come comunità politica, luogo di incontro del Re, dei ceti privilegiati e del popolo dei *Commons*, come ricava non solo dai testi di Bracton, ma anche di John Fortescue del periodo immediatamente successivo (1468-1471), di Thomas Smith del 1565, di Edward Coke, e, infine, di Philip Hunton del 1643⁽⁵³⁾. L'Inghilterra sarebbe stato anche il solo paese, soprattutto qualora si guardi alla sua costituzione non dal versante politico-costituzionale dell'organizzazione dei poteri e del mutare delle forme di governo, quanto piuttosto dal versante dei diritti e delle libertà, a conservarsi a costituzione cetuale per quasi tutto l'arco della sua storia millenaria. Il cosiddetto « modello britannico » è infatti ricostruito da Fioravanti partendo da quello che lui chiama un approccio « storicistico » alla questione delle « libertà al plurale », cioè dei diritti (*jura e libertates*), intesi anzitutto come diritti e libertà civili (patrimoniali e personali, libertà come sicurezza), e che qui, a differenza che altrove, sarebbero stati fondati « nel tempo storico lungo, compreso tra Medioevo ed età moderna »; è questo approccio che consente a Fioravanti di parlare di « continuità tra libertà medievali e moderne »⁽⁵⁴⁾.

Fioravanti non si nasconde certo che il suo punto di osservazione disciplinare è in partenza poco favorevole ad una rigorosa periodizzazione storica. Il rapporto fluido tra medioevo ed età moderna non consente di collocare storicamente un'ipotetica epoca di « antico regime », nemmeno di determinare inizio e fine dell'epoca monarchico-costituzionale, oppure l'inizio del « governo del Premier », dove la difficoltà di datazione sarebbe accresciuta da

ganizzazione interna dei lavori del Parlamento dall'influsso sovrano, nell'estensione qualitativa e quantitativa degli interessi rappresentati dalle due Camere (da una rappresentanza degli interessi dei soli ceti privilegiati a quella degli interessi delle contee e delle città, quindi a quella del 'popolo'), nella regolamentazione per legge di ambiti sempre più vasti della vita pubblica e associata (la religione ufficiale, la linea della successione ereditaria al trono, la 'costituzionalizzazione' di organi del *government* come il Consiglio privato, la regolazione per legge delle norme di elezione dei deputati per i Comuni, etc.).

⁽⁵³⁾ FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., pp. 59-65.

⁽⁵⁴⁾ FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, seconda edizione, cit., pp. 15-16, 12, 24.

quella che lui apostrofa come la « naturale imperfezione del governo parlamentare » (55). E tuttavia questa difficoltà di periodizzazione, che non consente di rilevare il mutamento strutturale di principio che si compie nel passato (56), appare a Fioravanti, nel caso della storia costituzionale dell'Inghilterra, non così rilevante quanto sarebbe se si dovesse affrontare la storia costituzionale di un altro paese.

Si può e si deve perciò procedere oltre, e mantenere fermo l'assunto che l'Inghilterra conservò la sua costituzione cetuale, che protegge e garantisce libertà al plurale e diritti, anche dopo e 'oltre' l'affermarsi dello Stato moderno, sia come *rule of law*, posto che « i diritti degli individui sono il presupposto dell'esistenza della Costituzione e non il risultato della sua applicazione » (57), sia come *Rechtsstaat*, inteso come sovranità della legge parlamentare, della legge dello Stato, dato che, comunque, non è mai esistita un'autorità giudiziaria legittimata ad abrogare o considerare nullo un atto del parlamento (58). L'Inghilterra, insomma, avrebbe mantenuto la sua costituzione cetuale anche dopo il *Bill of Rights* del 1689, con cui comunque, secondo Fioravanti, « nulla era già deciso, nel senso che quel testo non era costruito per produrre necessariamente » una nuova forma di governo (59).

Dall'argomentazione di Fioravanti sembra perciò che l'Inghilterra abbia mantenuto la sua costituzione cetuale anche 'oltre' l'affermarsi dello Stato moderno proprio 'in virtù' del carattere misto del suo diritto, che consente la convivenza e la compenetrazione dello *statute law*, il diritto positivo di origine parlamentare, e della tradizionale *common law*, di origine consuetudinaria e giurisprudenziale insieme (60), e soprattutto che l'abbia mantenuta in virtù del ruolo attivo che nella costruzione, elaborazione ed applicazione del diritto inglese, delle leggi del paese, giocarono a lungo i giudici, non i principi e i legislatori, come già avveniva sin dagli inizi dello Stato giurisdizionale.

(55) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., pp. 208-209.

(56) BOLDT, *Einführung*, cit., p. 84.

(57) FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 229.

(58) Ivi, p. 229.

(59) Ivi, p. 206.

(60) FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., pp. 24-28.

Fu così la giurisprudenza, secondo Fioravanti, a giocare un ruolo dinamico di primaria importanza e ad essere allo stesso tempo fattore di unità nella storia nazionale e costituzionale inglese; fu essa a 'riempire' la *common law* della materia delle libertà al plurale rendendole così indisponibili da parte del potere politico, via via diversamente impersonato (il Re-giudice, il sovrano monarchico tendenzialmente assoluto, l'istituzione parlamentare), assicurandone la conservazione, la trasmissione e la tutela, e assurgendo quindi a fattore costituzionale di primo rango ⁽⁶¹⁾. « Com'è noto — scrive Fioravanti portando a sintesi con un'espressione secoli e secoli di storia inglese — nel tradizionale modello britannico orientato in senso storicistico la garanzia dei diritti è risolta nel senso della priorità del giudiziario sul governo e sul legislativo » ⁽⁶²⁾.

Dubito che questa 'originalità' del punto di vista di Fioravanti, che vede l'Inghilterra non solo come la società cetuale per eccellenza, ma anche come il paese dove essa si è conservata più a lungo sin quasi alle soglie del presente, possa essere relativizzata e alleggerita di tutto il suo peso euristico specifico e delle sue implicazioni semplicemente ancorandola alla lontana possibilità, acutamente prospettata da Pierangelo Schiera, di distinguere il campo di utilizzo dell'espressione di società per ceti da quello di Stato per ceti ⁽⁶³⁾, in modo da poter addensare restrittivamente il focus dell'argomentazione di Fioravanti attorno al termine di società, che in questo modo appare tra l'altro condannato a essere considerato il residuo di un'operazione di sterilizzazione concettuale che lo priva del suo naturale rinvio al termine Stato, e con cui perciò si indica il 'luogo'

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 25-27.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 71.

⁽⁶³⁾ P. SCHIERA, voce *Società per ceti*, in *Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio e N. Matteucci, Torino 1976, pp. 961-964, ora in Id., *Lo Stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna, Clueb, 2004, pp. 83-90, qui p. 89, dove l'A. accenna alla remota possibilità di un differente campo di applicazione dei termini Società per ceti e Stato per ceti quando parla della « ...progressiva sclerotizzazione a cui inevitabilmente la società per ceti è sottoposta, attraverso una formalizzazione sempre più accentuata dei suoi elementi costitutivi, in una struttura costituzionale ibrida, a cui viene dato tradizionalmente il nome di 'Stato per ceti', e consistente essenzialmente in una specie di dualismo di poteri fra il principe da una parte ... e i ceti organizzati dall'altra ».

privilegiato di reclutamento e selezione del ceto politico-parlamentare (64).

Per questa via si potrebbe forse anche riuscire a far scivolare in secondo piano quello che per Hintze era il carattere strutturalmente 'dualistico' o 'bipolare' di ogni Stato per ceti (impennato per l'appunto su principe e ceti) (65), e porre per contro l'accento principalmente sulla direzione 'consociativa' che sarebbe prevalsa nella costituzione materiale di un paese come l'Inghilterra, dove l'azione dei ceti, stavolta anche secondo Hintze e non solo secondo Fioravanti, si sarebbe inserita, in modo tipico se non esclusivo della vicenda inglese, « con spirito... collaborativo nell'unione signorile istituita dal re » (66), anziché contrapporsi pregiudizialmente e/o sistematicamente.

Comunque si affronti il problema, e cioè anche sottintendendo alla definizione della monarchia inglese come costituzione cetuale plurisecolare e per eccellenza solo l'espressione di società per ceti e non anche quella di Stato per ceti, legando così il carattere lungamente cetuale della monarchia inglese alla rilevanza costituzionale in essa rivestita per secoli dai ceti privilegiati tradizionali raccolti nella

(64) Sappiamo sin troppo bene che, complice il *gerrymandering* nelle mani del governo e la possibilità per quest'ultimo di influire sull'elezione dei Comuni più o meno direttamente dall'alto attraverso lo strumento del *patronage*, la libera elezione dei parlamentari fu a lungo tutt'altro che libera dall'azione condizionante del governo e dei suoi funzionari, come del resto avveniva in molti altri Stati europei ancora nel corso del lungo Ottocento.

(65) Con l'espressione Stato per ceti l'accento cade soprattutto, evidentemente, sulla imprescindibile dimensione politico-istituzionale, oltre che meramente rappresentativa, qui rivestita dai ceti, a seconda dei tempi e delle circostanze anche in funzione antimonarchica, accreditando così l'idea di una struttura costituzionale altamente dualistica. Sul carattere strutturalmente e ineliminabilmente dualistico o bipolare di ogni costituzione per ceti richiamava però l'attenzione O. HINTZE nel suo *Tipologia delle costituzioni per ceti in occidente*, cit., pp. 221-235, qui p. 223.

(66) O. HINTZE, *Tipologia delle costituzioni per ceti in occidente*, cit., pp. 223-224, dove i due tipi di costituzione per ceti sono anche detti bicamerali (quello inglese) o tricuriali (quello francese); al tipo francese sarebbero appartenuti anche gli Stati territoriali tedeschi come anche i territori della corona aragonese e Napoli-Sicilia, mentre la Castiglia si sarebbe avvicinata di più al tipo inglese. I territori tedesco-orientali avrebbero mostrato tuttavia una tendenza a trapassare nel tipo bicamerale, mentre quelli tedesco-occidentali, come gli Stati generali e provinciali in Francia, avrebbero seguito in forma più evidente il tipo del sistema tricuriale (p. 224).

Camera dei Lords e per un certo periodo anche nei Comuni, la questione posta da Fioravanti, con la sua indicazione dell'Inghilterra come costituzione per ceti, per eccellenza e a lungo, resta. Resta nel senso che da qui discendono a valanga alcuni importanti interrogativi, che proveremo ora, in una ipotetica continuità di dialogo con Maurizio e avviandoci alle conclusioni di queste riflessioni, a formulare.

Da questa classificazione dell'Inghilterra residua infatti, anzitutto, il problema di individuare un termine *ad quem* per la sua lunga permanenza nello stadio della costituzione cetuale. Tanto più che qui il trionfo della legge del parlamento, generale ed astratta, e cioè l'affermazione dello Stato di diritto, non conobbe una convenzionale ora zero, non essendo essa stata conseguita, da un punto di vista storico-concreto, attraverso una rivoluzione (quella Gloriosa del 1689 o delle tre riforme elettorali ottocentesche?), che, interrompendo repentinamente la continuità storica, afferma il principio dell'uguaglianza di fronte alla legge dei diritti individuali, e tanto più che, in secondo luogo, i privilegi politici di rappresentanza dei ceti privilegiati arroccati nella Camera dei Lords perdurano ben oltre l'affermarsi della centralità politica dei Comuni e del ruolo preminente della legge parlamentare (*statute law*) sul diritto comune, anzi, addirittura ben oltre la democratizzazione e la conquista del suffragio universale. Insomma, asserire che la costituzione inglese sia rimasta di carattere cetuale praticamente sino ad oggi per il persistere di sacche di privilegio politico nella Camera dei Lords, equivarrebbe a negare o sminuire colpevolmente tutto il percorso storico-evolutivo compiuto dall'Inghilterra non solo sul versante della modernizzazione della forma di governo, fino a pervenire alla parlamentarizzazione del sistema politico e alla rifunzionalizzazione del ruolo del sovrano inglese, ma addirittura sullo stesso piano della garanzia dei diritti individuali di libertà.

Residua però anche, in secondo luogo, la necessità di pensare per l'Inghilterra ad una ridenominazione della serie storica delle costituzioni, vista la difficoltà di applicare alla sua vicenda storica l'intera serie storico-concettuale delle forme di costituzioni applicabile agli stati dell'Europa continentale: cetuale, liberale, costituzionale. Infatti: come potrà qui dirsi liberale o addirittura costituzionale una fase storica dove, anche formalmente, sopravvivono ancora *sic et*

simpliciter i privilegi di partecipazione politica dei vecchi ceti senza che nemmeno si sia provato a dar loro una nuova veste di legittimazione, magari ‘traducendo’ e trasmutando i diritti dei vecchi ceti (per nascita o conferimento di titolo nobiliare) in quelli di nuovi ceti?

In terzo luogo: resta però soprattutto aperta la questione se effettivamente si possano scrivere storie costituzionali comparate dello Stato moderno del nostro vecchio continente utilizzando classificazioni e periodizzazioni differenti a seconda che, in un primo caso, si prenda l’avvio dalla centralità dei diritti (individuali o di ceto) e dal potere o soggetto politico che rivendica a se l’autorità e il potere di riconoscerli come diritto, comune o positivo, insomma, a seconda che si prenda l’avvio dalla centralità della garanzia dei diritti, individuali e collettivi, cioè dal *Bill of rights*, oppure si muova, in secca alternativa a questa via, da serie tipologiche e modelli di forme di Stato e/o di governo disegnate o ricostruite storicamente a partire dall’individuazione e/o dal riconoscimento della centralità di questa o quella istituzione del *government* (il Re-giudice, il monarca sovrano, l’istituzione parlamentare, il Primo Lord della Tesoreria o Prime Minister), a partire insomma dal *Frame of government*, inteso come organizzazione, combinazione, sovra- e/o subordinazione di poteri e istituzioni politiche. Ci interroghiamo sulla possibilità reale di questa alternativa pur nella consapevolezza, assolutamente presente in Maurizio Fioravanti, che è proprio dalla combinazione unica e creativa tra una storicamente determinata organizzazione dei poteri e una, parimenti storicamente determinata, garanzia/valorizzazione dei diritti, individuali e/o collettivi, che scaturisce l’identità, unica e irripetibile, della costituzione materiale di un paese.

D’altro lato, ne siamo pienamente consapevoli, al di là di tutte le obiezioni che si possono muovere alla suggestiva definizione dell’Inghilterra come costituzione cetuale sino all’epoca moderna, è proprio dalla forte riattualizzazione del tema della costituzione per ceti, quale si percepisce scorrendo la produzione scientifica di Fioravanti, che si possono anche trarre importanti suggestioni per la lettura del presente.

Come emerso anche nel corso dei lavori della Giornata di studi in ricordo di Maurizio Fioravanti lo scorso 10 marzo 2023 a Firenze,

non è infatti assolutamente da escludere, che la crisi presente del nostro Stato costituzionale del XXI secolo, che, come ha scritto Fioravanti, « dello Stato giurisdizionale ...riprende la vocazione in senso pluralistico, come anche il ruolo forte della giurisdizione, indispensabile per l'equilibrio complessivo »⁽⁶⁷⁾, possa anche essere interpretata in controluce come un monito circa il profilarsi sempre più netto di un carattere neocorporativo del nostro Stato del presente. E questo nonostante che ancora ci appaia alquanto difficile (co)stringere in una definizione univoca ed esaustiva quali siano precisamente i nuovi ceti o le nuove aristocrazie, come le chiamerebbe Pierangelo Schiera⁽⁶⁸⁾, lo studioso con cui Maurizio Fioravanti intrattenne un pluridecennale dialogo intellettuale⁽⁶⁹⁾, insomma i nuovi ceti da cui si dipartono prepotenti quelle spinte centrifughe che il moderno Stato costituzionale e di diritto del XXI secolo dovrà in qualche modo riuscire a contenere e a metabolizzare per giungere ad un livello superiore di legittimazione politica.

(67) FIORAVANTI, *Stato e costituzione* (2002), cit., p. 20.

(68) P. SCHIERA, voce *Aristocrazia*, in *Alfabeto politico*. Dispense del Corso di Storia delle dottrine politiche. Facoltà di Sociologia. Libera Università degli Studi di Trento, Trento 1982, origin. in *Il mondo contemporaneo*, vol. IX, *Politica e società*, 1, a cura di N. Tranfaglia, Firenze, La Nuova Italia, 1979, pp. 37-50.

(69) Vedi in merito *Costituzionalismo e storia del pensiero giuridico. Intervista al Professor Maurizio Fioravanti del Professor Joaquín Varela Suanzes-Carpegna*, in « *Historia Constitucional* », n. 14, 2013. <http://www.historiaconstitucional.com>, pp. 583-610, qui pp. 593 e 605.

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA

PAOLO CAPPELLINI

Maurizio Fioravanti era — e in questo tempo del verbo è racchiuso il nostro dolore e il rimpianto per una troppo prematura scomparsa — il terzo allievo in ordine di tempo di Paolo Grossi, dopo Mario Sbriccoli e Pietro Costa. Chi vi parla ne divenne poi, a non molta distanza di tempo e di età, in certo modo il quarto. Così avemmo occasione di condividere molte esperienze, talora in successione di tempo, come i periodi di formazione trascorsi al Max Planck Institut di Francoforte, che allora si trovava in Freiherr von Stein Strasse n. 7 ed era ancora guidato da Helmut Coing e Walter Wilhlem, e spesso poi insieme, come in via della Fonderia a Prato, dove una volta la figlia Giulia ci accomunò in una scherzosa definizione ‘collodiana’, e dove ogni tanto, in forza della piccola ‘eresia’ di tifoseria calcistica (eresia ovviamente agli occhi del Maestro) che ci accomunava, anche di questa passione, sia pure con ‘fedi’ diverse, televisivamente ci occupavamo: senza dimenticare, quando ancora insegnavo a Ferrara, a fine anni Ottanta, la partecipazione nel piccolo stadio locale all’incontro Spal-Prato, terminato con la vittoria degli ospiti, con grande soddisfazione, quella volta non accademica, di colui che era, e si concepiva, come storico sì, ma mai estraneo al legame con la sua terra e con gli uomini concreti in lotta per i propri diritti (e perché eccettuare da questi un diritto ‘ludico’?).

Storico e studioso tra i massimi del diritto pubblico, del passaggio, su cui oggi si torna per celebrare la sua memoria delineando i tratti fondanti del suo lungo itinerario di ricerca, dallo ‘Stato di diritto della tradizione’ alla ‘Costituzione democratica’. Non spetta a me, né potrei, approfondire in queste brevi considerazioni introduttive della sessione, tutti i risvolti di interesse e di originalità dei suoi molteplici interventi in materia. Permettetemi solo due brevi notazioni.

La prima, che si connette però singolarmente a quell'aspetto ludico cui accennavo, con nostalgia, credo si sia inteso, all'inizio, si basa sulla testimonianza autorevole di un amico magistrato, Antonello Cosentino, consigliere di Cassazione e attualmente componente del Consiglio Superiore della Magistratura, che ci riporta all'anno 2017 e all'occasione di un convegno, anch'esso fiorentino, dedicato alla presentazione del numero della rivista *Questione Giustizia* (n. 4/2016), dedicato a *Il giudice e la legge*.

Lasciamo a lui la descrizione della giornata:

Dopo il mio e altri interventi, prese la parola il prof. Fioravanti; egli incantò, letteralmente, la platea, svolgendo, con il suo eloquio semplice, quasi familiare, adornato da un robusto accento toscano, una relazione che metteva a fuoco con straordinaria chiarezza il mutamento del ruolo del giudice nel passaggio dallo 'Stato di diritto della tradizione' allo 'Stato costituzionale del presente'. Nello 'Stato di diritto della tradizione' — spiegò — esisteva una linea verticale che ordinava, procedendo dall'alto verso il basso, la Costituzione, la legge e il giudice. Il giudice quindi, collocato più in basso della legge, non poteva 'vedere' la Costituzione e, dunque, la conosceva solo per il tramite della legge; nello 'Stato costituzionale del presente', per contro, il giudice tende a 'smarcarsi' — usò proprio questo termine, sottolineando egli stesso che l'espressione proveniva dal linguaggio calcistico — ossia spostarsi per 'vedere', dietro la legge, la Costituzione ⁽¹⁾.

Come Maurizio Fioravanti aveva affermato ancora nel 2009, si tratta del 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 ⁽²⁾.

(1) A. COSENTINO, *Ricordo di Maurizio Fioravanti*, in « Giustizia insieme », 10 settembre 2022, <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-societa/2439-ricordo-di-maurizio-fioravanti>.

(2) FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di Id., Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 32.

Ma la forza di quell'immagine conteneva in sé molto di più; e il testimone di allora non manca di sottolinearlo:

L'immagine del giudice che si 'smarca' per 'vedere' la Costituzione dietro la legge mi colpì moltissimo e, con me, colpì tutto l'uditorio. Era un'immagine di una plasticità potente, come può essere concepita da un grande didatta, quale il prof. Fioravanti è stato. Era un'immagine, allo stesso tempo, profonda e semplice, capace di spiegare, da sola, tutta la storia della magistratura italiana a partire dal congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati di Gardone del 1965 ⁽³⁾.

La seconda breve notazione si riferisce all'anno precedente, all'intervento di Maurizio Fioravanti del 28 aprile 2016 nel Palazzo della Consulta, concludendo la manifestazione organizzata e promossa dalla Corte (*1956-2016. La Corte costituzionale e la vita degli italiani*), a cui ebbi la fortuna di partecipare, e che ora, in modo quasi letterale rispetto al discorso orale, si può leggere, appunto con il significativo titolo *Il « sentimento popolare » per la Costituzione*, in appendice al volume del 2018 *La Costituzione democratica*.

Orbene l'intervento termina anch'esso con un'immagine, e con un'immagine che rimanda di nuovo alla partecipazione vissuta, nella sua Prato, di cittadini, di giudici, di operai, di intellettuali, che hanno voluto, per usare le parole di Calamandrei, che la Costituzione 'si muovesse' e che avevano compreso che il testo formale di essa da solo non poteva bastare, se non sorretto dall'attiva partecipazione di tutti. L'immagine, insomma, de « La vera storia della prima sentenza della corte », come lo stesso Fioravanti la definiva.

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 settembre sollevava per primo la questione di costituzionalità. Era una specie di segnale convenuto, che dava il via alla operazione, ed infatti nei

⁽³⁾ COSENTINO, *Ricordo*, cit.

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 dell'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'art. 21 della Costituzione, al fine di provocare l'intervento della Corte, ben sapendo che il giudice Caponnetto avrebbe rimesso la questione alla Corte medesima. Convieni 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 (4).

Il senso profondo della ricerca di una vita viene potentemente alla luce in quest'immagine e in questa storia, che solo uno storico attento all'incarnarsi nella vita quotidiana del diritto che studia poteva assumere quasi a cifra del suo dire: un allargamento del novero dei Padri Costituenti a comprendevi anche « due operai che non sapevano nulla di Costituzione ma che sentivano di lottare per qualcosa di giusto », Enzo Catani e Sergio Masi; del resto in piena sintonia con un altro grande protagonista dell'epoca d'oro della Costituzione: « La libertà è come la verità: si conquista; e quando si è conquistata, per conservarla si riconquista; e quando mutano gli eventi e si evolvono gli istituti, per adattarla si riconquista » (L. Sturzo).

Ma vorrei concludere ancora con le parole di Maurizio Fioravanti, che ci lascia, con la sua vita di storico e di uomo che non ha timore di legare la sfera, spesso astratta o trattata per tale, del diritto con l'impegno morale e politico, un monito che — diverrà sempre più chiaro nel corso dei prossimi anni — dovrà diventare un compito:

Si conclude volutamente così, semplicemente ricordando che la storia di cui abbiamo parlato oggi ha avuto inizio in un giorno di aprile di ses-

(4) FIORAVANTI, *Il « sentimento popolare » per la Costituzione*, in *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2018, pp. 481 s.

sant'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 ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 482.

GIOVANNI BISOGNI
DELLA GEOMETRIA GIURIDICA
OVVERO DEL 'POSTO' DEI GIUDICI NELLO
« STATO COSTITUZIONALE DEL PRESENTE »

1. Il cerchio e la giurisdizione. — 2. La deformazione del cerchio: giurisdizione e Costituzione fino agli anni Settanta. — 3. La condizione attuale: ellisse o parabola?

Il cerchio e l'ellisse è l'ultima opera di Maurizio Fioravanti, che nasce da una lucidissima consapevolezza storica e rappresenta, al tempo stesso, un prezioso lascito teorico.

Da tempo Fioravanti invitava storici e giuristi a riconoscere quella che chiamava la « grande trasformazione »: la metamorfosi che lo Stato ha conosciuto grosso modo a partire dalla seconda metà del Novecento, in concomitanza con l'approvazione delle carte costituzionali post-belliche ⁽¹⁾. A suo avviso, era « 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 » ⁽²⁾ e ciò perché « troppo spesso accade che la cultura giuridica pensi il presente in chiave di 'perfezionamento', di accrescimento della tradizione » ⁽³⁾. E invece, si è avuto non « un mero perfezionamento del modello classico dello

(1) Ma, per FIORAVANTI, il modello d'ispirazione di queste carte andava ravvisato nella costituzione di Weimar del 1919: cfr. al tal proposito *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 139 ss. e ID., *Mortati a Weimar* in C. Mortati, *La costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. VII ss.

(2) FIORAVANTI, *I paradigmi della modernità giuridica e le costituzioni del Novecento* (2009), in Id., *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 108.

(3) FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione* (2016), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 439.

Stato di diritto (...), ma un vero e proprio nuovo assetto di poteri»⁽⁴⁾: per usare il lessico di Costantino Mortati, un autore prediletto da Fioravanti, uno « Stato di tipo nuovo », cui l'« ellisse » — ecco il prezioso lasciato teorico — è stato il tentativo di dare una forma coerente, equilibrata e specificamente giuridica.

Proveremo a dar conto di questa consapevolezza e di questo lascito concentrando l'attenzione sulla giurisdizione. La scelta non è casuale: la giurisdizione è probabilmente quella, tra le funzioni pubbliche, che è stata maggiormente investita dagli effetti della « grande trasformazione », ma che meno ne ha risentito sotto il profilo teorico. Come vedremo, nel modello ottocentesco dello Stato di diritto, la posizione costituzionale dei giudici era definita dal « cerchio »: essi erano i punti che formavano la circonferenza il cui centro era rappresentato dalla legge. E invece, le costituzioni contemporanee, soprattutto tramite il controllo di costituzionalità della legge, hanno esercitato una forza centrifuga tale da attribuire ai giudici un ruolo diverso, più rilevante, sul quale in futuro tanto più si dovrà lavorare, quanto più esso era del tutto sconosciuto in passato.

1. *Il cerchio e la giurisdizione.*

In quello che Fioravanti definisce lo « Stato di diritto della tradizione »⁽⁵⁾ — che va dalla Rivoluzione francese fino alle costituzioni democratiche successive al secondo conflitto mondiale — la funzione giurisdizionale era conformata dall'ideale del governo delle leggi. Questo ideale è assai antico e, pertanto, storicamente polisemico; ma la collocazione della giurisdizione tutta interna ad esso esime dall'addentrarsi in questa polisemia: una giurisdizione conforme al governo delle leggi è una funzione *pubblica* — nel senso dell'art. 4 della Dichiarazione del 1789 ovvero una funzione che esercita « autorità » sugli altri senza il loro consenso —, ma che più delle altre deve essere impersonale: l'« uomo » che vi sta dietro deve essere neutralizzato per far sì che a comandare sia quella grandezza generale ed astratta che è la legge. Questo scopo si ottiene elimi-

(4) *Ibidem.*

(5) Ivi, pp. 437 ss.

nando, idealmente, ogni elemento volontaristico nell'atto di esercizio della funzione giurisdizionale: per aversi valida sentenza è — e deve essere — irrilevante chi l'abbia prodotta perché il suo contenuto è predeterminato dalla legge e il procedimento attraverso cui il giudice ricava il contenuto della sentenza a partire dalla legge è puramente intellettuale e, pertanto, astrattamente alla portata di tutti o, quantomeno, di coloro i quali abbiano una competenza solo ed esclusivamente epistemica (e, quindi, non potestativa) in campo giuridico ⁽⁶⁾. Ne consegue che quella giurisdizionale è una funzione *razionalistica*; anzi, è la funzione più razionalistica che vi sia, mentre quella legislativa è la funzione volontaristica per eccellenza. Se la legge è tutto ciò che è prodotto dal legislatore secondo la relativa procedura, indipendentemente dal suo contenuto, per la sentenza vale il contrario: la sentenza è solo quella che ha il contenuto predefinito dalla legge e chi la emana e la procedura per la sua emanazione hanno un rilievo secondario. Pertanto, se è il legislatore a fare la legge, è la sentenza che fa il giudice.

Da questa caratterizzazione della giurisdizione derivano tre proprietà: fungibilità, irresponsabilità e indipendenza del giudice.

Poiché il contenuto della sentenza è precostituito dalla legge per una serie indefinita di casi simili, la figura del giudice è sostituibile perché la sentenza può — e deve — avere il medesimo contenuto senza riguardo a chi l'abbia emessa. La metafora della circonferenza è, qui, particolarmente appropriata. La posizione costituzionale dei giudici è data dal suo rapporto con il centro ovvero il legislatore: questo rapporto non si vuole sia esclusivo tra il centro e un giudice in particolare — perciò il centro è unico, mentre i giudici sono tanti

⁽⁶⁾ La predeterminazione può essere garantita in più modi, che sono variabili storicamente. Nel XIX secolo si riteneva che solo il sillogismo giudiziale fosse capace di assicurare la natura applicativa della sentenza. Nel XX secolo questa fiducia si è indebolita, in parte per ragioni interne al funzionamento del sillogismo (in via di estrema sintesi: il sillogismo non copre il ragionamento giudiziario nella sua interezza), in parte per ragioni esterne allo stesso (anche in tal caso in via di estrema sintesi: a causa dell'avvento delle costituzioni rigide e caratterizzate da principi che non sono applicabili sillogisticamente) a favore di altre forme di ragionamento giudiziale — soprattutto l'argomentazione —, la cui idoneità a garantire il fine della predeterminazione del contenuto della sentenza è, tuttavia, discussa (cfr. sul punto almeno G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005).

— e, al contempo, si vuole che questo rapporto sia eguale per tutti i giudici — perciò, tutti i punti sono equidistanti dal centro, nessuno essendo più ‘vicino’ rispetto agli altri, dal che l’ostilità nei confronti delle giurisdizioni speciali —, e l’insieme di tutti i punti costituisce quella curva chiusa che è la circonferenza. Questa proprietà permette anche di risolvere il delicato problema della legittimazione giuspolitica della giurisdizione. Legge e sentenza hanno una caratteristica in comune: obbligano i rispettivi destinatari senza necessità del loro consenso. Tuttavia, a differenza della legge, la sentenza è giustificata e, quindi, meritevole di essere obbedita o fatta valere coattivamente solo se e nella misura in cui sia esecutiva di una volontà altrui — quella della legge. Banalmente, ogni sentenza è sempre pronunciata in nome e per conto della legge, pena il discostarsi dall’ideale del governo delle leggi: essa non deve valere in funzione della volontà di chi l’abbia prodotta — il che inviterebbe a chiedersi quali sono le caratteristiche peculiari che giustificano l’obbligatorietà del comando di un uomo nei confronti di un altro uomo —, ma solo in rapporto al ragionamento alla base della sentenza che, se razionalisticamente corretto, garantisce legittimazione a qualsiasi giudice l’abbia svolto — e non solo a quel particolare e concreto giudice chiamato ad applicare la legge in un singolo caso.

Va da sé che, secondo questo modo di vedere, il giudice non può che essere irresponsabile nell’esercizio della propria funzione. Se non lo fosse, si avrebbe, di nuovo, una manifestazione del governo degli uomini, perché ciò significherebbe che il contenuto della sentenza, in tutto o in parte, sarebbe imputabile al suo autore, che potrebbe essere sensatamente chiamato a rispondere di questa decisione. Ciò spiega perché la funzione giurisdizionale, diversamente da quella legislativa, è *autotelica*: la sua definizione minimale — applicare la legge al caso concreto — è il suo *telos*, perché, in caso contrario, il giudice giudicherebbe non più in base alle norme di legge — che definiscono *ex ante* quale precisa conseguenza debba scaturire da una precisa premessa —, ma sulla base delle diverse e numerose finalità che hanno spinto il legislatore a connettere quella conseguenza a quella premessa, aprendosi fatalmente non solo ad una valutazione di queste finalità (e non, quindi, ad una mera presa d’atto delle stesse), ma addirittura all’eventualità di un contemporanea-

mento di interessi proprio della funzione volontaristica per eccellenza ovvero quella legislativa (7).

È questa la ragione *teoretica* — ovvero indipendente dal diritto positivo vigente — del divieto ottocentesco di giudicare la costituzionalità della legge. Ancor prima di far valere la flessibilità propria delle carte costituzionali del XIX secolo — che in realtà, sotto il profilo giusteorico, non va contrapposta frontalmente alla rigidità costituzionale, trattandosi infatti di una questione di grado (8) —, l'obiezione decisiva stava nella responsabilità politica che sarebbe ricaduta in capo al giudice che avesse potuto decidere *de legibus*. In tal modo, infatti, la giurisdizione avrebbe abbandonato il perimetro della soggezione ad una legge che connette un preciso antecedente ad un preciso susseguente e si sarebbe inoltrata in un territorio indeterminato, 'fluidò' perché ampiamente discrezionale, ove quella connessione sarebbe stata strutturabile sulla base di variabili gerarchie di interessi e valori (9). Lungo questo sentiero il giudice non sarebbe più rimasto collocato sulla circonferenza, ma si sarebbe avvicinato pericolosamente al centro: si sarebbe avvicinato al « Legislatore, che rappresenta in questo senso la mossa originaria, il

(7) Ciò che è dimostrato dalle principali definizioni di giurisdizione presso la dottrina giusprocessualistica italiana della prima metà del Novecento, che per lo più si astengono dal fornire caratterizzazioni teleologiche o, se ci sono, sono decisamente vaghe: dalla concezione della giurisdizione quale organo deputato alla tutela oggettiva dell'ordinamento giuridico (ad es. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam 1928, pp. 311 ss.), a quella per la quale il giudice è preposto all'attuazione del diritto oggettivo per il caso concreto (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Napoli, Jovene, 1933, pp. 1 ss.), e quella secondo cui la giurisdizione è funzione volta alla « giusta composizione delle liti » (F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, pp. 132 ss.).

(8) A tal riguardo si veda il sempre utile testo di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), Giuffrè, Milano 1964, secondo cui anche nei regimi di costituzione flessibile alcune norme sono 'rigide' e sono proprio quelle che permettono ad una legge posteriore di abrogare leggi anteriori e che vietano alla medesima legge di qualificarsi come immodificabile da parte di leggi future.

(9) Era questo l'argomento principale (ma non l'unico) speso da V.E. Orlando contro il potere del giudice — comune: Orlando, coerentemente con la posizione del giudice nel cerchio, non prende in considerazione giurisdizioni speciali — di controllare la validità materiale delle leggi: cfr. *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche A. Brunialti*, 1890, sez. I, vol. V, pp. 919 ss.

prius, o per dirla più precisamente *il fatto politico originario* da cui tutto deriva, compresa la costituzione » (10). Ecco perché nel XIX secolo la costituzione è *loi politique*, non norma giuridica: è indirizzata agli organi di governo, non ai giudici, i quali non possono ‘vederla’, nemmeno come criterio di interpretazione, perché i suoi principi sono fruibili giurisdizionalmente solo attraverso la mediazione legislativa (11).

Infine, l’indipendenza. La sua funzione, si badi, non è solo garantistica. Anche questa è una implicazione teoretica del concetto moderno di giurisdizione: il giudice deve essere indipendente da qualsiasi altro potere perché la dipendenza inciderebbe (negativamente) sul procedimento razionalistico attraverso il quale il giudice, qualsiasi giudice, interpreta la legge. Questo rapporto interpretativo fra il giudice e la legge è, per così dire, esclusivo: nessun giudice può imporre ad altri colleghi la propria interpretazione perché sarebbe un gesto volontaristico proprio del governo degli uomini; e anche il parlamento non può intromettersi in questo rapporto mediante mozioni o ordini del giorno perché può farlo solo nella forma della legge — come recita l’art. 73 St. alb. « l’interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo ». È importante sottolineare che questa proprietà non espone affatto al rischio in base al quale un giudice politicamente indipendente possa divenire politicamente attivo, sfuggendo in tal modo alla circonferenza. Tale indipendenza è perfettamente contro-bilanciata dalla stretta soggezione alla legge, che è ‘stretta’ perché la predeterminazione del contenuto della sentenza nega quella discrezionalità che aumenterebbe o diminuirebbe la propria distanza dal centro. E anche quando gradualmente si giungerà ad ammettere —

(10) FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione*, cit., p. 442.

(11) E anche per questa ragione che, in occasione del noto dibattito sui principi generali del diritto che si tenne a Pisa nel 1941, i giuristi più conservatori si dimostrarono ostili rispetto alla figura dei principi costituzionali: al contrario dei già noti principi generali del diritto — ricostruiti ‘dal basso’ ovvero a partire dal tessuto delle norme legislative — essi provenivano ‘dall’alto’ e avrebbero permesso al giudice di ‘vedere’ proprio quello che non dovevano ‘vedere’ ovvero la (nuova) costituzione del regime (cfr. *Studi sui principi generali dell’ordinamento giuridico fascista*, a cura di Facoltà di Giurisprudenza di Pisa e Scuola di Perfezionamento nelle Discipline Corporative della R. Università di Pisa, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943).

tra la fine del XIX secolo e gli inizi del XX secolo, attraverso il dibattito sulle lacune — che all'applicazione della legge non manca mai una certa dose di discrezionalità, si potrà sempre opporre la natura *qualitativamente* diversa della discrezionalità giudiziale rispetto a quella legislativa: altro è scegliere tra un novero limitato di opzioni offerte da una rete normativa a maglie abbastanza strette, e altro è scegliere tempi, modi, mezzi e risorse attraverso cui dare espressione alla volontà generale ⁽¹²⁾.

2. *La deformazione del cerchio: giurisdizione e Costituzione fino agli anni Settanta.*

Fondamentalmente è questa la concezione in base alla quale i costituenti modellarono la giurisdizione repubblicana.

Certo, un vistoso elemento di discontinuità vi fu. Dopo la tragedia del '*Gesetzliches Unrecht*' — per usare il titolo del ben noto articolo di Gustav Radbruch del 1946 ⁽¹³⁾ — non era più presumibile che la legge fosse sempre espressione della volontà generale e che, quindi, non vi fosse alcuna garanzia istituzionale contro il legislatore a protezione dei diritti inviolabili della persona. Pertanto, con l'istituzione di un controllo giurisdizionale di costituzionalità della legge si volle rompere con un passato secondo cui il centro della circonferenza rappresentasse la *suprema potestas* e potesse fare e disfare la costituzione a proprio insindacabile giudizio. In tal modo, per Fioravanti, fu possibile riallacciare la nostra Costituzione ad una tradizione di pensiero di lungo periodo: più precisamente, a quella « logica dualistica dell'equilibrio tra *gubernaculum* e *iurisdic-*

⁽¹²⁾ Per Carl Schmitt, infatti, « in ogni decisione, perfino in quella di un tribunale che decide processualmente sussumendo in modo conforme alla fattispecie, c'è un elemento di pura decisione, che non può essere derivato dal contenuto della norma » — un « elemento » che, per Schmitt, stravolge la giurisdizione proprio quando si devono applicare norme costituzionali fraseggiate in modo vago e indeterminato perché in tal caso esso « non è soltanto una parte della decisione che si aggiunge all'elemento normativo per rendere in genere possibile una *res judicata*; ormai la decisione in quanto tale è il significato e lo scopo della sentenza, ed il suo valore non si trova in un'argomentazione schiacciante, ma nella rimozione autoritaria del dubbio » (C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p. 75).

⁽¹³⁾ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in « Süd-deutsche Juristenzeitung », I-5, 1946, pp. 105-8.

tio, che è antica, di stampo pienamente medievale » (14) e che rappresenta uno dei *tre caratteri fondamentali della Costituzione democratica* (15) ovvero l'« equilibrio dei poteri » e, in particolare, « 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 » (16).

E tuttavia, la ripresa di questa tradizione, se intendeva avere un effetto polemico nei confronti del centro della circonferenza, non fu affatto interpretata dai costituenti in contrapposizione con i punti costituenti la circonferenza, che dovevano invece conservare la medesima posizione definita nello « Stato di diritto della tradizione ».

In effetti, come sanciva (e sancisce tuttora) l'art. 101, comma 2, Cost., la giurisdizione doveva rimanere vincolata « soltanto alla legge » e non casualmente 'legge' anziché 'Costituzione' — come ci si sarebbe dovuto aspettare, data la natura suprema e sovraordinata della seconda rispetto alla prima — perché era ancora forte l'idea in base alla quale il giudice non 'vede' la Costituzione se non attraverso le 'lenti' della legge ordinaria. Certo, sin da allora vi fu chi fece notare che qualsiasi giudice, se avesse voluto, avrebbe potuto disfarsi di quelle 'lenti' tramite il giudizio di costituzionalità (17). Tuttavia, non solo alta era la fiducia nella capacità dei partiti politici di attuare la Costituzione mediante leggi organiche, ma poi, quand'anche si

(14) FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico* (2015), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 195.

(15) Che Fioravanti denomina anche come « Stato costituzionale del presente » (*Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione*, cit., p. 437), e tale formula sarà adottata nel testo come sinonimo di « costituzione democratica ».

(16) FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico*, cit., p. 193.

(17) Fu Piero Calamandrei a notarlo in un saggio pionieristico nella letteratura sulla giustizia costituzionale, che è tanto più significativo in quanto fu pubblicato quando ancora la Corte costituzionale doveva entrare in funzione e ancor prima della sua legge attuativa, la n. 87 del 1953: P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Con una lettera dedicatoria al prof. Enrico Redenti* (1950), in Id., *Opere giuridiche*. III. *Diritto e processo costituzionale*, Roma, RomaTre-Press, 2019, pp. 337-412.

fosse profilata l'eventualità di un'applicazione diretta della Costituzione nelle aule dei tribunali si soleva rispondere: « la Corte, vestale della Costituzione; la Magistratura, vestale della Legge »⁽¹⁸⁾ ovvero alla Corte costituzionale quella novità, tutta carica di politica, rappresentata dalla nuova carta costituzionale, alla giurisdizione comune la quotidianità del diritto, racchiuso nella legge.

In realtà, al di là di questa ripartizione di competenze giocava un « modello costituzionale »⁽¹⁹⁾ che nella pratica ha accompagnato l'interpretazione della Costituzione grosso modo fino agli anni Settanta e l'ha accompagnata — ciò che è più importante — in senso *monistico e partitocentrico*.

Ed infatti, secondo Fioravanti, un secondo carattere fondamentale della Costituzione democratica, che vale a distinguerla come « 'tipo storico' » a sé stante rispetto allo « Stato di diritto della tradizione », consiste nella « 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 »⁽²⁰⁾. Questa « inclusione » equivale, per Fioravanti, a portare il conflitto sociale e politico *all'interno* della Costituzione, e non ad espungerlo mediante decisione — come alcuni pensarono di fare a Weimar —, e pertanto alla sua gestione si deve rispondere « con gli strumenti della 'grande politica', con la centralità delle istituzioni rappresentative e delle assemblee elettive »⁽²¹⁾, perché solo su una scala dimensionale più o meno generale ed astratta si riescono a

⁽¹⁸⁾ Dal discorso del primo presidente della Corte costituzionale, Enrico De Nicola, all'atto della storica prima udienza della Corte, il 23 aprile 1956 (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/19560423_pres_denicola_sito.pdf, ultimo accesso 11 luglio 2023).

⁽¹⁹⁾ Che Fioravanti intende come « quell'insieme di convinzioni medie, degli interpreti, della classe politica, degli stessi cittadini, che determinano la vita concreta della Costituzione, attribuendole un significato prevalente » (*Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale* (2001), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 406).

⁽²⁰⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico*, cit., p. 184.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 186.

rimuovere quegli « ostacoli » di cui parla l'art. 3, comma 2, Cost. e a realizzare una composizione del conflitto che non sia un mero *horse-trading*.

Ebbene, nei primi decenni di vita della Costituzione questo fabbisogno di « 'grande politica' » viene interpretato alla luce di un « *soggetto politico originario* » (22), che non è più il legislatore di rousseauviana memoria, ma è pur sempre un soggetto *sovrano*: il popolo titolare del potere costituente. Ad esso andava riconosciuto il merito di essere riuscito a trovare una sintesi sostantiva — e non meramente procedurale — del pluralismo politico ed economico delle società novecentesche e vi era riuscito grazie all'opera dei partiti politici e alla loro capacità — per usare le parole di Costantino Mortati — di « differenziazione di valori e di posizioni fra i membri di essa, una sopra e sottordinazione di voleri, [che] instauri rapporti di comando e di obbedienza » (23). Questa sintesi si sarebbe dovuta irradiare su tutto l'ordinamento nella forma dell'indirizzo politico costituzionale, ma — in ciò sta la continuità rispetto allo « Stato di diritto della tradizione » — il compito di questo 'irraggiamento' sarebbe dovuto spettare esclusivamente al legislatore (e ai partiti che lo animavano). Questo « modello costituzionale », stante il rinvio ad una soggettività politica *sovrana*, non poteva fare a meno che individuare, fra i poteri pubblici, quello cui assegnare il *primato* dell'attuazione costituzionale e non v'era dubbio che la giurisdizione sarebbe dovuta rimanervi estranea, essendole riservato solo l'esecuzione neanche della Costituzione, ma della legge conforme a Costituzione e, relativamente alla Corte costituzionale, la rimozione di quelle rare leggi che si fossero discostate dall'indirizzo politico fondamentale (24).

(22) FIORAVANTI, *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, cit., p. 417.

(23) C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano* (1945), in Id., *Raccolta di scritti. I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 13.

(24) Fioravanti individua in Vezio Crisafulli e Costantino Mortati i principali alfieri di questo « modello costituzionale » (cfr. *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, cit., pp. 405-10); in particolare, è significativo che il secondo dei due sia sempre stato contrario a quelle proposte dottrinali (di cui un esempio fu rappresentato da P. BARILE, *La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche* (1957), in Id.,

Ben presto, però, la storia si incaricò di evidenziare i limiti di questo modello.

La Costituzione prometteva molto, ma i partiti ci misero tempo a mantenerne anche solo alcune. Quella che i politologi chiamano 'domanda politica' finì con lo scaricarsi verso i giudici, ai quali toccò molto di più di quanto pensato. Non solo e non tanto applicare leggi ordinarie attuative della Costituzione, ma soprattutto rimuovere dall'ordinamento vecchie leggi fasciste, nei limiti del possibile manipolarle in modo da renderle compatibili con la Costituzione, spingendosi financo a censurare le omissioni legislative e le disparità di trattamento. E tutto questo dovendo bilanciare senza strappi e possibilmente amalgamare le varie anime — cattolica, liberale, socialista — che ispiravano l'ideologia repubblicana ⁽²⁵⁾.

In tal modo anche il terzo di quelli che Fioravanti indica come i caratteri fondamentali dello Stato costituzionale del presente — l'« *inviolabilità*, o anche *intangibilità* » ⁽²⁶⁾ — ha conosciuto modalità di invero diverse e inusitate rispetto a quanto pensavano i costituenti. Questo carattere sicuramente guardava al recente passato e, dunque, intendeva porre una garanzia — soprattutto nella forma della rigidità costituzionale — contro la follia delle leggi razziali, ma era orientato anche verso il futuro, giacché poneva sotto l'ombrello della medesima garanzia un individuo che non era più il tradizionale (in quanto liberale) soggetto unico di diritto, bensì la *persona* ovvero 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 » ⁽²⁷⁾. Anche l'attuazione di questo carattere sarebbe dovuta

Scritti di diritto costituzionale, Padova, Cedam, 1967, pp. 226-44) volte ad attribuire alla Corte la con-titolarietà dell'indirizzo politico-costituzionale (cfr., in particolare, C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)* (1962), in Id., *Raccolta di scritti. II. Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Padova, Cedam, 1972, in particolare pp. 178 ss.).

⁽²⁵⁾ Per questa storia cfr. almeno E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁽²⁶⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico*, cit., p. 187.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 189.

passare per un intenso attivismo legislativo; e anche in tal caso il giudice sarebbe dovuto rimanere sulla circonferenza, mostrando soggezione alla legge attuativa della Costituzione. E tuttavia, il fenomeno dei cd. inadempimenti costituzionali non solo obbligò il giudice a farsi parte diligente, ma soprattutto svelò che il carattere della inviolabilità non necessariamente dovesse allacciarsi al « *soggetto politico originario* »: esso poteva realizzarsi anche *al di fuori* del monismo della « 'grande politica' », secondo le modalità pulviscolari e pluralistiche proprie della giurisdizione, dimostrando che il diritto del singolo di autodeterminarsi come persona può inverarsi anche indipendentemente dall'opera di « sopra e sottordinazione di voleri » dei partiti politici.

La conseguenza è stata una stagione di grande fervore giurisprudenziale. La Costituzione cessò di essere *loi politique* come nel XIX secolo: seppur in maniera impreveduta dai costituenti, i giudici si ritrovarono a giudicare non più solo in base alla legge, ma *direttamente anche* in base alle norme costituzionali, e non solo nei casi di palese antinomia della prima rispetto alle seconde, ma, grazie al supporto della Corte costituzionale, come strumento quotidiano di interpretazione delle leggi. Grazie a questo 'varco' verso l'alto, verso la Costituzione, la giurisdizione aprì un 'varco' anche verso il basso, verso la società e le sue istanze, le sue esigenze di giustizia: mentre in passato essa guardava a quest'ultima solo nel prisma offerto dalla legge, ora invece quel prisma è sostituito da una Costituzione che magari poteva far vedere cose (*rectius*: dare rilevanza giuridica) anche *contro* quanto visibile per il tramite della legge (28). Ciò ha richiesto un affinamento teorico non indifferente e una 'cassetta degli attrezzi' sempre più ricca e fornita per poter attribuire alla Costituzione efficacia giuridica diretta; e senza dubbio ha accresciuto la 'politicità' della giurisdizione ovvero la capacità di intercettare una parte della 'domanda politica' che non riusciva a trovare adeguata risposta attraverso il canale parlamentare e di gestirla con una relativa autonomia (29).

(28) Cfr., in particolare, la ricostruzione offerta da E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2018, pp. 53-108.

(29) Sulla 'politicità' dei giudici essenziale è C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

E tuttavia, è stata una stagione che, per quanto abbia esercitato pressione su quella circonferenza che fino ad allora compendia la posizione costituzionale della giurisdizione, non giunse a stravolgerla e fondamentalmente per due ragioni.

Per quanto ridimensionata, l'ideologia liberale della soggezione del giudice alla legge è sempre rimasta fortemente radicata e soprattutto si è dimostrata del tutto adatta ad una « repubblica dei partiti »⁽³⁰⁾ che con tutti i propri limiti e carenze hanno rappresentato una presenza importante nella storia costituzionale del secondo dopoguerra. Prevalentemente ad essi spettava la selezione degli interessi politici rilevanti, la loro specificazione, la misura del temperamento con altri interessi contrapposti, la tempistica e la modalità della loro attuazione; e se queste attività finivano con il ricadere sulla testa dei giudici, l'onere di assolverle aveva natura residuale ed interstiziale rispetto all'indirizzo emerso in sede politica e comunque sempre rimuovibile non appena i partiti avessero deciso di ritirare la delega a favore dei giudici.

Un onere, poi — e con questo veniamo alla seconda ragione — che poteva essere adempiuto pur sempre nelle forme di un vincolo ad un testo normativo, per giunta posto all'apice delle fonti del diritto ovvero la Costituzione. Se ai giudici riuscì relativamente agevole trascorrere dalla soggezione soltanto alla legge alla soggezione soltanto alla Costituzione, lo si deve allo spirito con cui questa transizione fu praticata. Una soggezione che non era vista come occasione per poter rivedere *ab imis* la giurisdizione con le sue proprietà di fungibilità, irresponsabilità e indipendenza, ma più semplicemente riconoscere quella che altrove era un'ovvia verità: « 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 »⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Dal titolo del noto saggio di storia costituzionale di P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Bologna, Il Mulino, 1997.

⁽³¹⁾ FIORAVANTI, *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, cit., p. 416.

3. *La condizione attuale: ellisse o parabola?*

Tutto quanto descritto in precedenza per certi aspetti sembra, però, consegnato alla storia.

A partire dalla fine degli anni Settanta la « 'grande politica' » — la politica diretta filiazione della sovranità del popolo costituente, « fortemente connessa con la realizzazione dei principi e dei valori costituzionali »⁽³²⁾ — inizia ad eclissarsi. La società sembra essere diventata più plurale, più autosufficiente e sempre più insofferente della 'tutela' dei partiti politici; e dal canto loro i partiti politici paiono sempre più incapaci di una mediazione 'alta' con l'« 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 »⁽³³⁾. In parallelo quel fenomeno di giuridificazione della Costituzione — l'idea che essa non sia più solo ed esclusivamente *loi politique*, ma anche norma giuridica —, avviatosi gradualmente e carsicamente nei decenni precedenti, si accentua considerevolmente, alimentando le opportunità di tutela dei diritti fondamentali come pure la loro proliferazione in nome di quel « soggetto in carne ed ossa » di cui si è detto in precedenza, e facendo dei giudici — tutti i giudici e non solo quello costituzionale — un canale non più *sussidiario* e *sottordinato* al legislatore, ma *alternativo* e *pariordinato* di attuazione costituzionale.

Si badi: questo fenomeno, per Fioravanti, non va affatto interpretato alla luce della « 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 immancabilmente si presumono realizzati

⁽³²⁾ Ivi, p. 409.

⁽³³⁾ FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana: la conquista della supremazia costituzionale* (2009), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 313.

altrove, in altri paesi » (34). A suo avviso, infatti, non bisogna dimenticare che lo Stato costituzionale del presente, sin dalle sue origini e magari in maniera del tutto preterintenzionale, « ha come propria caratteristica di fondo quella di lasciare irrisolta la questione della sovranità » (35). Il suo « può dirsi (...) un *ordinamento a sovranità indecisa* » (36), ove il legislatore non può più vantare un primato nell'attuazione dei principi costituzionali e « 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 » (37). Ecco perché il ridimensionamento della « 'grande politica' » e la connessa crescita di rilevanza della giurisdizione sotto il profilo dell'attuazione costituzionale non vanno letti nei termini di un patologico smarrimento del « *soggetto politico originario* » o di una cronica debolezza storico-istituzionale del nostro paese al confronto con (presunti) standard europei. Essi, infatti, sono pur sempre riconducibili a quella « grande trasformazione » che ha prodotto lo Stato costituzionale del presente e sanciscono, piuttosto, il tramonto di un certo modo di concepirlo e praticarlo fino a quel momento: in breve, sanciscono la fine del precedente « modello costituzionale » monistico e partitocentrico che aveva supportato l'interpretazione della Costituzione fino agli anni Settanta.

Certo, è comprensibile che si possa nutrire nostalgia per un periodo in cui l'attuazione costituzionale era affare prevalente, se non esclusivo, di quelle grandi organizzazioni di massa che erano i partiti politici novecenteschi; ma, per Fioravanti, sarebbe un errore storiografico leggere la perdita di centralità di quelle organizzazioni solo come una manifestazione di inettitudine a vestire il manto del

(34) FIORAVANTI, *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, cit., pp. 417 ss.

(35) FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione*, cit., p. 451.

(36) *Ibidem*.

(37) FIORAVANTI, *Oltre il Novecento. Costituzione democratica e globalizzazione* (inedito ma 2016), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 271.

sovrano ⁽³⁸⁾. Inizia a profilarsi, invece, un *altro* « modello costituzionale » — un modello « 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 » ⁽³⁹⁾; ma, occorre ammetterlo, un modello entro il quale la figura geometrica che fino a quel momento condensava la posizione costituzionale della giurisdizione — il cerchio — si mostra sempre più impraticabile ⁽⁴⁰⁾.

E in effetti, è con la caduta del Muro di Berlino che questa impraticabilità si manifesta appieno, in virtù di due eventi che hanno funzionato da fattori di accelerazione.

Il primo è consistito nella crisi dei partiti politici che nel 1948 avevano tenuto a battesimo la Costituzione e che, con tutti i propri difetti, avevano cercato di attuarla nei precedenti quarant'anni. Il crollo del comunismo ha privato i partiti socialisti del proprio retroterra ideologico; in parte ne hanno risentito anche gli altri partiti che hanno perso un avversario in funzione del quale avevano costruito la propria identità politica. Questo fenomeno si è sovrapposto, poi, ad un processo di trasformazione (non solo, ma anche italiano) della forma-partito che, iniziato con lo smorzarsi della tensione ideologica negli anni Settanta e Ottanta, ha un po' cambiato la faccia dei partiti politici novecenteschi: da organizzazioni distribuite capillarmente sul territorio a strutture più o meno agili, capaci per lo più solo di operare una mediazione di interessi circoscritta e puntuale, senza la pretesa di inserirla all'interno di un programma più organico e *Weltanschauungen* più o meno definite ⁽⁴¹⁾.

Il secondo evento, che ha fatto il paio con il primo, è l'integra-

⁽³⁸⁾ Cfr. in particolare FIORAVANTI, *Gli anni Settanta: la trasformazione del modello costituzionale*, cit., p. 419, ove si accenna a questo senso di nostalgia e contemporaneamente si invita a non adagiarsi sotto il profilo storiografico.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ Questa problematicità è espressa da Fioravanti soprattutto nel saggio FIORAVANTI, *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale* (2014), in Id., *La costituzione democratica*, cit., pp. 421-36.

⁽⁴¹⁾ Fondamentale sul punto P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, e soprattutto Id., *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti* (2017), Bologna, Il Mulino, 2019.

zione europea. Fa il paio con il precedente perché gli è complementare: agisce più sui contenuti e meno sui soggetti portatori dei medesimi. A partire dal trattato di Maastricht in poi l'integrazione europea ha significato, infatti, una 'iniezione' di contenuti costituzionali in parte potenzialmente confliggenti con la Costituzione e comunque in parte volti a colmare il vuoto di effettività dei diritti sociali. Ai nostri fini è importante sottolineare le modalità attraverso cui questa 'iniezione' è avvenuta: non percorrendo la via maestra ovvero un pronunciamento della sovranità popolare — che, quando interpellata sul progetto di costituzione europea, si è espressa negativamente —, ma mediante soluzioni 'tecnico-giuridiche', affidate proprio alla più impolitica delle istituzioni ovvero la giurisdizione. In tal modo si è ottenuta una penetrazione lenta ed incrementale che non ha suscitato il clamore di una innovazione costituzionale, pur ottenendone gli effetti: si pensi, ad esempio, al primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale contrastante — primato che si sta spingendo oggi persino in quel settore più tradizionalmente nazionale che è il diritto penale —, accompagnato dal potere del singolo giudice di disapplicare il secondo senza nemmeno transitare per i tribunali costituzionali nazionali ⁽⁴²⁾.

Le conseguenze di tutto questo sono cospicue — e chiaroscurali. In primo luogo, muta la percezione della Costituzione: « Sempre meno la Costituzione come indirizzo, e sempre più la Costituzione come 'arena' », la quale può « solo offrire garanzie, tornando così ad una idea della Costituzione puramente liberale, che vede cioè nella politica esclusivamente la possibilità dell'arbitrio » ⁽⁴³⁾. È vero che questo mutamento non sarebbe stato culturalmente possibile se non si fosse affermato appieno il carattere fondamentale, proprio

⁽⁴²⁾ « Il diritto penale dello Stato costituzionale non può più essere un diritto esclusivamente legale » (FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale* (2012), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 250), cosa che ormai può considerarsi pacifico a livello nazionale, ma che è problematico a livello europeo perché « gli spazi interpretativi aperti invece dall'interpretazione 'europea' sono realmente immensi, incomparabilmente più dilatati e complessi di quelli caratteristici dell'interpretazione 'tradizionale' » (F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in « *Ars interpretandi* », 2/2016, p. 78).

⁽⁴³⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico*, cit., p. 186.

dello Stato costituzionale del presente, dell'equilibrio dei poteri e dunque con il rifiuto di una *suprema potestas* che, in quanto « *fatto politico originario* » (44), pretende di orientare l'esercizio dei poteri pubblici e privati. Ma è altrettanto indubbio che lo Stato costituzionale del presente non può essere mero *Rahmenordnung*: « 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 » (45), soprattutto in riferimento ai diritti sociali, i quali sono molto più vocati ad una attuazione su scala collettiva — che quindi richiama il legislatore — che su quella individuale — più 'naturale' per una giurisdizione. Detto altrimenti, non v'è dubbio alcuno che la natura della funzione legislativa debba rimanere volontaristica; e tuttavia, mentre in passato la ragion d'essere del suo volontarismo stava nella nozione di *Repräsentation* ovvero nella sua capacità di rendere l'unità dell'indirizzo politico costituzionale, oggi invece non è chiaro quale sia la ragion d'essere del medesimo volontarismo — che, certo, non può schiacciarsi su una piatta *Vertretung* se non al costo di perdere qualsiasi collegamento con il « *fondamento materiale della Costituzione* » e, quindi, rischiando persino di violarla con la sua indifferenza.

Ma osservazioni analoghe valgono anche e forse soprattutto per la giurisdizione. Anche in tal caso la sua importanza può essere considerata un effetto fisiologico dei caratteri fondamentali dello Stato costituzionale del presente e, anzi, va salutata con favore non solo per il potente impulso che ha dato allo sviluppo dei diritti fondamentali, ma anche per la surroga esercitata verso un legislatore ormai troppo frequentemente dimentico della dimensione costituzionale. E tuttavia, con la trasformazione dei partiti in una sorta di agenti plurimandatari con l'obiettivo di garantirsi la rielezione in funzione del più opportuno accomodamento degli interessi da essi

(44) FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla costituzione*, cit., p. 442.

(45) FIORAVANTI, *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, cit., p. 431.

rappresentati, questo ruolo si è accresciuto e, anzi, tramite il cd. controllo di virtù, è divenuto anche più penetrante perché equivalente ad una sorta di pre-selezione del personale politico ⁽⁴⁶⁾. A ciò si aggiunga che i giudici oggi sicuramente ‘vedono’ oltre la legge, ma per effetto dell’integrazione europea non è più chiaro *che cosa* ‘vedano’: la Costituzione? E quale parte ormai della Costituzione, visto il ridimensionamento della giustizia sociale? L’Europa? E quale Europa: quella della Convenzione di Strasburgo, con l’annesso suo tribunale, la Corte europea dei diritti dell’uomo? Oppure l’Unione europea, con un altro tribunale supremo, la Corte di Giustizia dell’Unione europea? E con una Carta dei diritti fondamentali che riconosce l’eguaglianza come divieto di discriminazione, ma non come impegno nel « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese »?

Il risultato è che emerge oggi, in maniera più nitida di quanto non apparisse in passato, un problema teorico e pratico al tempo stesso che in realtà è sempre stato costitutivo ed originario dello Stato costituzionale di diritto, ma che il « modello costituzionale » monista e partitocentrico in parte conteneva e in parte dissimulava: « 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 fonda-

⁽⁴⁶⁾ Secondo A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998, tale controllo — di fatto una verifica sulla dirittura morale della classe politica — è ricaduto sulle spalle della magistratura, perché, da un lato, l’opposizione parlamentare, a causa del fenomeno del *horse-trading*, ha perso interesse a svolgerlo e, dall’altro lato, a causa del tramonto della carica ideologica che alimentava la pianificazione politica, è venuto meno l’autocontrollo interno dei partiti stessi.

mento costituzionale del potere del giudice di concorrere alla creazione del diritto? » (47). Lo si ripete: sarebbe un errore derubricare questo problema a deficit italiano di modernizzazione, che causa un legislatore incapace di essere all'altezza dei suoi colleghi nordeuropei e obbliga la giurisdizione ad un ruolo di supplenza che finisce quasi per rinverdire la centralità del sapere giuridico di medievale memoria. Il problema, invece, è di natura teorico-costituzionale « perché in tutte le democrazie del nostro tempo questo [è] il punto critico, ovvero quello della ricerca, a fronte della Costituzione, di un punto di equilibrio tra legislazione e giurisdizione » (48).

Ciò spiega perché una ricerca del genere non è riducibile ad una questione di metodo giuridico. Non è pensabile che la perizia tecnica del potere giudiziario — peraltro assolutamente fuori discussione — possa soddisfare il fabbisogno di legittimazione derivante dal ruolo che di fatto i giudici svolgono. Anzi, ciò di cui proprio non si sente la mancanza sarebbe un (neo-)formalismo giuridico basato sulla Costituzione: una tecnica del ragionamento giuridico, un'arte del bilanciamento dei principi che risponda a solo a sé stessa della correttezza del risultato — quasi una sorta di equivalente funzionale del sillogismo giudiziale che aveva lo scopo di deresponsabilizzare del tutto il giudice (49). E la ricerca di questo punto di equilibrio si rivela per essere più impegnativa proprio per la giurisdizione, perché mentre per la legislazione si tratta di riconfigurare un volontarismo che ha sempre fatto parte del nucleo concettuale duro di questa funzione, per la prima, invece, si tratta di mettere in forma un volontarismo che il modello del cerchio radicalmente le precludeva e che, anzi, sembra ormai irrinunciabile se si vuole evitare che l'attuale indifferenza del legislatore verso le norme di giustizia

(47) FIORAVANTI, *Il diritto tra legge e giudice: il rapporto tra democrazia e giurisdizione* (2016), in Id., *La costituzione democratica*, cit., p. 233.

(48) FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, cit., p. 245.

(49) Fioravanti ne è ben consapevole quando ammonisce che la vita della Costituzione non può risolversi solo nella sua garanzia contro gli arbitri del legislatore perché « 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 » (*L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, cit., p. 433).

sociale si trasformi nei fatti in una riedizione della vetusta e sorpassata interpretazione delle stesse quali norme programmatiche ⁽⁵⁰⁾.

Sarà chiaro, allora, perché *Il cerchio e l'ellisse* costituisca — come detto all'esordio — il lascito sul quale si dovrà lavorare negli anni a venire. L'ellisse rappresenta il tentativo, purtroppo incompiuto, di elaborare un modello *teorico e specificamente giuridico* volto a rispondere alla pressante esigenza di trovare quel punto di equilibrio: teorico, perché non è questione da risolvere entro i margini del diritto positivo vigente; specificamente giuridico, perché non si tratta di agire sul piano della sola materialità costituzionale, magari nel tentativo di rianimare quella « 'grande politica' » viva fino agli anni Settanta. Chi voglia cimentarsi in questa impresa deve, infatti, « 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 » ⁽⁵¹⁾. Il punto di equilibrio va ricercato sempre alla luce dei caratteri fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, che come non tollerano più alcun primato dei poteri di indirizzo rispetto ai poteri di garanzia e controllo e viceversa, così pretendono che ciascuno di essi sia all'altezza del ruolo e delle responsabilità che la « grande trasformazione » tuttora in corso impone loro. Di qui l'esigenza di una rinnovata concezione del legislatore che lo recuperi dalla dimensione amministrativa in cui sembra essersi adagiato — magari proprio a causa della incolpevole invadenza della giurisprudenza — in modo da ancorarlo saldamente al « *fondamento materiale della Costituzione* » e nella piena consapevolezza che « la repubblica non può essere affidata solo ai giudici » ⁽⁵²⁾. Dall'altro lato, una altrettanto rinnovata concezione della giurisdizione capace di attrezzarla sotto il profilo teorico ad un compito di attuazione costituzionale che ormai di fatto sembra andare al di là di quegli attributi di fungibilità, irresponsabilità e

⁽⁵⁰⁾ E questo perché « la recente ondata neo-liberista ha certamente indebolito il primo carattere della Costituzione democratica [quello dell'inclusione del conflitto sociale], quasi restaurando il dogma della 'naturalità' della società economica » (FIORAVANTI, *La costituzione democratica come autonomo « tipo » storico*, cit., p. 195).

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 197.

⁽⁵²⁾ FIORAVANTI, *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, cit., p. 436.

indipendenza ereditate dallo Stato di diritto della tradizione — soprattutto allo scopo di evitare quel populismo giudiziario che rappresenta la risposta sbagliata ad un reale fabbisogno di legittimazione innescato proprio da quel superamento.

In geometria l'ellisse ha una proprietà importante che la definisce: l'eccentricità. È il rapporto fra i due fuochi dell'ellisse e indica quanto essa sia 'schiacciata' e, se l'ellisse vuole rimanere tale, questo rapporto deve essere compreso fra 0 e 1. Se il rapporto è eguale a 0, i due fuochi si sovrappongono, la dualità si perde e l'ellisse torna ad essere un cerchio. Ma occorre evitare anche il valore opposto perché la dualità si perde anche quando il rapporto è eguale a 1. In tal caso i due fuochi si allontanano irrimediabilmente, e allora non si ha nemmeno più una curva chiusa come l'ellisse o il cerchio, ma una curva aperta ovvero una parabola: la parabola di una giurisdizione autoreferenziale.

GUSTAVO GOZZI
MAURIZIO FIORAVANTI
E COSTANTINO MORTATI A WEIMAR

1. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*. — 2. Mortati, *La costituzione in senso materiale*. — 3. Fioravanti e Mortati a Weimar. — 4. I diritti nella costituzione di Weimar. — 5. Democrazia politica e democrazia economica. — 6. Mortati, *La costituzione di Weimar*: conclusioni. — 7. Il futuro della costituzione. — 8. Il « movimento costituzionale » in Germania dopo l'unificazione. — 9. Costituzione e società. — 10. Costituzione e globalizzazione.

In questo testo svolgerò l'analisi di alcuni saggi di Maurizio Fioravanti relativi alla sua progressiva delineazione del concetto di « Costituzione democratica » e alla sua interpretazione della costituzione di Weimar.

1. *Mortati, L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*.

Nel saggio *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, Fioravanti analizza il notissimo saggio di Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* del 1931, nel quale Mortati, superando il primato orlandiano della legge e il primato dell'amministrazione di Romano e di Ranelletti, formula la dogmatica degli atti politici o di governo.

Egli si poneva al di fuori dell'alternativa tra la concezione dello Stato liberale nella forma di Stato amministrativo di diritto e la visione opposta del fascismo incentrato sulla realtà politica originaria del partito.

Ma di quale Stato si trattava per Mortati?, chiede Fioravanti. Si trattava dello Stato moderno, al quale Mortati si riferisce all'inizio e alla fine del saggio del 1931.

Egli analizza la forma di governo che si era affermata in Italia alla fine degli anni Venti, nella quale si manifestavano le trasformazioni più significative dello Stato moderno ⁽¹⁾.

In questo scritto Mortati si misura con la giuspubblicistica tedesca e precisa con chiarezza la propria posizione.

Nel capitolo primo, *La funzione di governo in senso obiettivo*, Mortati afferma: « Per la ricerca di una nozione obiettiva dell'attività di governo occorre risalire al concetto della natura dello Stato, inteso come unità politica di un popolo ». Ma subito aggiunge: « Tale unità non è di carattere naturale, non è data » ⁽²⁾, e con questa affermazione enunciava una concezione che era profondamente distante da autori, come ad es. Carl Schmitt, che concepiva lo Stato come lo *status* di una *data* unità politica di un popolo ⁽³⁾.

Al contrario per Mortati l'unità politica è un fatto dinamico, è un risultato, ovvero « il prodotto della fusione di una molteplicità di voleri in un volere unico, che, trascendendo le volizioni particolari, si pone come volere di un ente distinto dagli elementi che lo compongono e avente propria personalità » ⁽⁴⁾.

La prima e fondamentale funzione dello Stato è infatti quella di definire il suo programma, che non è determinabile a priori, in quanto è piuttosto il risultato della sintesi di diverse esigenze collettive ⁽⁵⁾.

Mortati individua le profonde trasformazioni dello Stato tra Otto e Novecento e osserva che nello « Stato moderno, caratteriz-

⁽¹⁾ 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*, Tomo II, Milano Giuffrè, 2001, p. 726.

⁽²⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000, p. 9.

⁽³⁾ C. SCHMITT afferma: lo Stato « è una condizione presente conforme a se stessa, uno *status* di unità e ordine », in *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, p. 16.

⁽⁴⁾ C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 9.

⁽⁵⁾ *Ibidem*.

zato dalla pluralità degli organi... riesce impossibile pensare mantenuta l'unità della volizione dello Stato senza una ... attività che raggruppi intorno ai fini generali le volontà singole... » (6).

Su questo aspetto Mortati rinvia all'opera di Rudolf Smend apparsa nel 1928, *Verfassung und Verfassungslehre*, e dunque alla sua dottrina dell'integrazione, radicalmente antitetica alla dottrina della costituzione di Carl Schmitt.

Smend svolge l'analisi delle funzioni dello Stato all'interno del processo dell'integrazione: « Se l'integrazione — egli scrive — è in generale vita spirituale, cioè funzione, allora le funzioni dello Stato ne sono il fattore di maggior risalto » (7). Il governo è una funzione con specifici compiti di integrazione (8).

Ancor prima che nel volume del 1928 *Verfassung und Verfassungsrecht*, in uno scritto del 1923, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, citato espressamente da Mortati e richiamato da Fioravanti, Rudolf Smend — sulla scorta della *Verwaltungslehre* di Lorenz von Stein — aveva approfondito la distinzione tra governo e amministrazione e aveva individuato la specificità delle azioni politiche in ciò, « che esse sono spesso senza oggetto (*objektlos*), che esse formano unicamente lo 'spirito' dello Stato, un orientamento unitario del volere per la vita dello Stato » (9).

(6) Ivi, p. 11.

(7) R. SMEND, *Verfassung und Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 96 ss.

(8) Ivi, p. 103.

(9) SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, erweiterte Auflage, Berlin 1968, p. 80.

Anche successivamente in un saggio del 1931, dedicato agli « atti di governo », Smend ritornerà sulla distinzione tra governo e amministrazione e preciserà che la funzione governativa consiste, da una parte, nel provvedere ai casi urgenti e imprevisti e, dall'altra, nell'assumere « la direzione generale dell'attività statale », in SMEND, *Les actes de gouvernement en Allemagne*, in « Annuaire de l'Institut International de droit public », II, 1931, p. 221. Smend può così delineare il concetto di « politico », che esprime il prodursi dell'integrazione e dello Stato. Su ciò mi permetto di rinviare a G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 302.

In proposito scrive Fioravanti: « 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 » (10).

La riflessione sugli atti di governo viene sviluppata e approfondita da Fioravanti in funzione di una definizione del concetto di costituzione nel pensiero di Mortati.

Infatti per Mortati i caratteri tipici degli atti politici e di governo erano: « l'assoluta discrezionalità; la derivazione diretta dalla legge costituzionale; lo scopo di attuare in modo immediato l'unità dell'azione statale; il suo modo di esplicarsi prevalentemente attraverso una azione di impulso e di controllo sugli altri organi costituzionali ... » (11).

La seconda caratteristica degli atti di governo — la derivazione diretta dalla legge costituzionale — significa che esiste una *norma fondamentale* che li disciplina (12).

Per questa via, ossia attraverso la tematica degli atti di governo, si coglie il mutamento del significato stesso di costituzione. Precisa infatti Fioravanti: « Questa è norma fondamentale... nel senso di norma suprema dotata di certi, e non altri, contenuti, che grazie all'individuazione nello Stato di una *suprema potestas* è capace, a partire da quel centro, di esprimersi in chiave di indirizzo politico unificante... » (13).

Con Mortati si assiste così al « *recupero della vocazione prescrittiva della costituzione* » (14).

2. Mortati, La costituzione in senso materiale.

Gli studi degli anni Trenta consentirono a Mortati di comprendere che il rinnovamento della giuspubblicistica — la funzione di governo, l'indirizzo politico, il potere discrezionale — si basava sulla

(10) FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 160.

(11) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo*, cit., p. 83.

(12) FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 747.

(13) Ivi, p. 749.

(14) Ivi, p. 750.

nozione di costituzione. Ed è questa la motivazione che lo spinge verso la dottrina generale della costituzione, da cui scaturì il saggio del 1940, *La costituzione in senso materiale*.

Nell'introduzione a quest'opera Mortati enuncia una precisa prospettiva disciplinare, opportunamente sottolineata da Fioravanti, che considero particolarmente rilevante.

Mortati invita i giuristi a riappropriarsi della « ricerca del fondamento primo di un concreto ordinamento giuridico », che si rinviene tradizionalmente nella storia delle « dottrine statali », ossia delle dottrine politiche, le quali sono frequentemente staccate dall'indagine giuridica. Al contrario occorre accertare, a suo giudizio, se « la determinazione di un principio primo dell'organizzazione statale non sia richiesta ...da ragioni di sistemazione giuridica » (15).

In questa ricerca è molto rilevante l'analisi che Mortati conduce sulla dottrina costituzionalistica di lingua tedesca.

Egli apprezza in particolare l'opera di Kelsen per avere enunciato nel modo più esatto « la determinazione dei presupposti necessari, per la soluzione del problema, in termini strettamente giuridici, della costituzione » (16), costruendo un rapporto di derivazione tra norme ed escludendo concezioni sociologiche e politologiche (17). Tuttavia Mortati prende le distanze da Kelsen, osservando come sia evidente in questo autore « la contraddizione fra l'esigenza di escludere dal concetto di diritto ogni riferimento con la realtà dei rapporti sociali e l'implicita deduzione della norma presupposta propria da questa realtà » (18).

Al contrario la ricerca di Mortati non è diretta a « spiegare il modo del sorgere e del sussistere di un diritto sociale, distinto o contrapposto a quello dello Stato » e neppure a « rinvenire fonti diverse da quelle legali positive, da giustapporsi dualisticamente a

(15) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 20.

(16) Ivi, p. 37. Mortati si riferisce ad alcune opere di Kelsen e, tra queste, a *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1934, dove il concetto di *Verfassung* è analizzato a p. 73 ss.

(17) FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p. 764.

(18) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 33.

queste », ma a « trovare invece il principio che conferisca giuridicità ad esse e le unifichi in un'entità più comprensiva » (19).

Fioravanti ci guida ancora più a fondo in questa lettura de *La costituzione in senso materiale*, attraverso l'analisi delle ragioni che portarono Mortati ad una presa di distanza anche dalla *Verfassungslehre* di Schmitt. A questo autore Mortati attribuisce il merito di « avere posto in rilievo come la costituzione normativa postuli un principio ordinativo, dal quale le norme ricevono valore, principio che sussiste accanto e sopra di esse » (20). Tuttavia dichiara al tempo stesso che Schmitt identifica la costituzione in senso assoluto, « la vera costituzione...con la decisione politica fondamentale, la decisione cioè sulla specie e forma dell'unità politica di un popolo » (21). Ma il concetto manca di determinatezza » (22). Inoltre Schmitt non definisce il contenuto tipico della costituzione: « Così, in definitiva, i due elementi, dei quali secondo Schmitt si compone l'ordinamento giuridico, il normativo e il *seinmässig* dell'ordinamento concreto, anziché venire fusi in una superiore unità, rimangono, come nello Smend, espressioni di realtà differenti » (23). In breve, come bene chiarisce Fioravanti, la presa di distanza di Mortati da Schmitt consiste nel fatto che questo autore ha espresso una dottrina della costituzione che ha opposto la costituzione medesima, come decisione politica fondamentale, al diritto positivo statale (24).

Particolarmente significativa è anche l'attenzione che Mortati rivolge nuovamente a Rudolf Smend.

Nel capitolo primo de *La costituzione in senso materiale*, Mortati analizza approfonditamente *Verfassung und Verfassungsrecht*, osser-

(19) Ivi, p. 45.

(20) Ivi, p. 58.

(21) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1928, p. 23 ss.

(22) C. MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 55. Nel saggio *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, Mortati ribadirà contro il decisionismo schmittiano, secondo cui esso « non presuppone un ordine », che al contrario la « decisione originaria, una volta realizzata, non può operare se non come elemento di una struttura sociale... », in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 2 (1973), p. 512.

(23) MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 58.

(24) FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p.

vando che Smend aveva compiuto un tentativo volto a definire la funzione propria della costituzione ⁽²⁵⁾.

Mortati sottolinea in particolare il fatto che Smend « ha ben visto la necessità di intendere *la costituzione come principio dinamico del divenire dello Stato*, non come mera norma legata alla situazione del momento in cui è emersa » ⁽²⁶⁾.

Tuttavia Mortati, rivolgendosi alla dottrina dell'integrazione di Smend, osserva criticamente che egli ha rappresentato la costituzione come « realtà integrante o processo di integrazione dello Stato », ma non ha lasciato in realtà « desumere nulla intorno alla natura e al modo di operare di tale integrazione ».

Inoltre, puntualizzando ancora le criticità dell'opera di Smend, egli aggiunge che « se la integrazione non esprime altro se non il processo del farsi, del perenne ricrearsi, essa non può rappresentare il carattere distintivo dello Stato, essendo proprio di ogni entità spirituale » ⁽²⁷⁾.

Infine Mortati osserva che il riferimento di Smend ai « supremi valori politici » positivizzati nella costituzione non vale a conferirle il « carattere di permanenza », in quanto i valori « non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore, ma sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad un incessante mutamento » ⁽²⁸⁾.

In breve non si coglie, nell'opera di Smend « da che cosa sia dato il senso, l'intenzione della costituzione, destinata ad esprimere la totalità dello Stato ».

Così attraverso questi rilievi critici, Mortati delinea progressivamente la sua concezione della costituzione in senso materiale, che viene individuata nella fase iniziale di vita dello Stato, quando è riconoscibile una norma fondamentale dalla quale « derivano poi le norme scaturenti direttamente dai poteri e dalla esplicazione delle funzioni dello Stato » ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 51.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 51 (corsivo nostro).

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 52.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽²⁹⁾ FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., p.

Il giurista — chiarisce Fioravanti nella sua lucida analisi del saggio di Mortati — dovrà pertanto essere consapevole dell'origine politica dello Stato e di quel processo di differenziazione caratterizzato dalla vittoria di una parte sull'altra, ma dovrà riconoscere, *dal suo punto di vista*, quella « regola materiale » ⁽³⁰⁾ o « norma di scopo » dalla quale sia possibile far discendere — *attraverso un rapporto di derivazione tra norme* — il diritto positivo statale ⁽³¹⁾.

3. *Fioravanti e Mortati a Weimar.*

Nell'analizzare, con il saggio pubblicato nel 1946, la costituzione di Weimar, Mortati può avvalersi dei risultati raggiunti sul significato di costituzione, e Fioravanti ricostruisce l'interpretazione di Mortati alla luce del « tipo » della Costituzione democratica da lui chiaramente delineato.

La riflessione di Mortati sulla costituzione di Weimar definisce, fin dalle prime considerazioni, la prospettiva interpretativa che intende assumere.

Egli osserva infatti che la costituzione di Weimar fu salutata fin dal suo apparire come « modello di costituzione democratica », ma al tempo stesso fu criticata per l'« eterogeneità dei sistemi sociali » che ne erano alla base. Dunque Weimar appare a Mortati, come scrive Fioravanti, *il « modello » di un nuovo costituzionalismo*, ma anche come l'esempio paradigmatico dello scenario drammatico in cui si sviluppava la vicenda della Repubblica medesima ⁽³²⁾.

Tuttavia la caducità di quella costituzione non fu tanto riconducibile a deficienze nell'opera del costituente, quanto alla « *tradizione storica che su essa pesava* » ⁽³³⁾, alle forze sociali che la sostennero, al complesso degli eventi che ne accompagnarono l'esistenza.

Mortati — osserva Fioravanti — riteneva infatti, mettendo in

⁽³⁰⁾ MORTATI, *La costituzione*, cit., p. 109.

⁽³¹⁾ FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione*, cit., pp. 770-771.

⁽³²⁾ FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*. Saggio introduttivo a C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Milano, Giuffrè, 2019, p. XIV.

⁽³³⁾ C. MORTATI, *La costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946, p. 8.

discussione la separazione di diritto e di politica ⁽³⁴⁾, che la scienza giuridica dovesse cercare la genesi del diritto nelle pieghe della società ⁽³⁵⁾.

Così l'approfondita — anzi, direi, minuziosa — analisi della costituzione di Weimar svolta da Mortati delinea i tratti prevalenti di un regime parlamentare, ma si estende fino a considerare l'eredità del *Kaiserreich*.

Il presidente rappresentava infatti la persistenza del *principio monarchico* del *Kaiserreich* nella costituzione di Weimar. La sua figura istituzionale, legittimata da un'elezione popolare diretta, esercitava la funzione di limitazione e di contrappeso sia rispetto al potere di direzione politica, sia a quello legislativo.

In un testo del pubblicato alla fine degli anni Sessanta, E. Fraenkel osservava che l'idea dominante dei padri costituenti di Weimar, in particolare di H. Preuß, appartenente alla Deutsche Demokratische Partei, era il tentativo di evitare l'assolutismo del parlamento ⁽³⁶⁾. Per questo alla componente parlamentare-rappresentativa venne opposta quella plebiscitaria e non fu considerata l'ipotesi che in caso di non funzionamento del sistema di governo parlamentare, esso potesse essere esautorato dal presidente attraverso il ricorso all'*Ausnahmestand*, allo stato di eccezione.

L'elezione diretta doveva costituire il fondamento della rappresentanza dell'unità politica da parte del presidente del Reich: una concezione che impediva di accettare il pieno dispiegarsi di una realtà pluralistica e che anzi vedeva in essa solo un pericolo per l'integrità dello Stato ⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Nel saggio dedicato a Schmitt, precedentemente citato, Mortati scrive: « L'asserzione del punto di vista istituzionale importa... che la considerazione del sistema normativo non possa isolarsi da quella della società..., e che la valutazione giuridica non si dissoci, ma armonizzi invece con quella politica che ne è alla base », in *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 514.

⁽³⁵⁾ FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, cit., p. IX.

⁽³⁶⁾ E. FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kohlhammer, 1968, p. 113. Mortati sottolineerà la derivazione delle tesi di H. Preuß dalla concezione di Robert REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und unechten Form*, Tübingen, Mohr, 1918, in *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, Edizioni « Ricerche », 1965, p. 214.

⁽³⁷⁾ Mortati affermerà che, facendo un bilancio dei poteri del Reichstag e del Presidente, « sembra possa dirsi che esso volga tutto sommato a vantaggio del Presi-

A Weimar, come osservò Leo Wittmayer ⁽³⁸⁾, la non comprensione per il compito rappresentativo del parlamento condusse ad elaborare una costituzione plebiscitaria autoritaria. Come commentò Fraenkel: « la sedicente costituzione più democratica del mondo fu il prodotto di un pensiero autoritario » ⁽³⁹⁾.

4. *I diritti nella costituzione di Weimar.*

L'analisi della seconda parte della costituzione — dedicata a *I diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi* — consente di evidenziare ulteriormente le contraddizioni irrisolte della costituzione di Weimar.

Indubbiamente, come affermava Mortati, nessuna costituzione prima di Weimar si era rivolta con tanta ampiezza ai rapporti sociali, segnando una svolta rispetto alle costituzioni ottocentesche che miravano essenzialmente a garantire la sfera di autonomia del singolo. Per questo motivo la « *Costituzione-madre* » di Weimar, come la definisce Fioravanti, esercitò una profonda influenza sui paesi europei, lungo un ciclo che si espresse nel secondo dopoguerra nelle costituzioni dell'Italia, Germania, Francia e più tardi della Spagna nel 1978, dando vita ad una « famiglia » di Costituzioni, che insieme hanno dato vita a un « tipo » storico di Costituzione, come si esprime Fioravanti ⁽⁴⁰⁾.

In maniera nitida Mortati scrive che: « L'impronta caratteristica che distacca la costituzione di Weimar da quelle che l'avevano preceduta è il superamento del principio individualistico e l'affermazione della priorità del sociale » ⁽⁴¹⁾.

Scrivendo Fioravanti che Weimar ha inaugurato il « tipo » storico di Costituzione democratica del Novecento, il cui primo carattere è

dente, che può usare lo scioglimento non più come strumento 'arbitrale' per sollecitare la decisione del popolo sui contrasti sorti tra Governo e Parlamento, ma invece usarlo ripetutamente ed in continuazione fino ad ottenere un orientamento favorevole alla sua politica » in MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 224.

⁽³⁸⁾ L. WITTMAYER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1922, p. 310.

⁽³⁹⁾ FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, cit., p. 115.

⁽⁴⁰⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 181.

⁽⁴¹⁾ MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., p. 59.

«l'inclusione del conflitto sociale nel perimetro costituzionale». Dopo Weimar infatti — egli scrive — «oggetto della costituzione è la società stessa con tutto il suo carico di disuguaglianze, e che però possono e debbono essere ridotte, ed ancor più governate a partire dai principi costituzionali». (42)

La priorità del sociale si esprime attraverso il principio dell'uguaglianza sostanziale, la subordinazione all'interesse collettivo dell'attività del singolo socialmente rilevante, e soprattutto attraverso il principio di *giustizia* nella distribuzione della ricchezza.

Questo criterio della *giustizia* cui avrebbe dovuto corrispondere, in base all'articolo 151 (43), l'intera organizzazione della vita economica è individuato da Fioravanti come una delle caratteristiche fondamentali della costituzione democratica. L'articolo 151 racchiude giustamente quella che, a suo giudizio, può essere definita la « *norma-madre* », « collocata alle origini della esperienza del nostro 'tipo storico' di Costituzione » (44) democratica. Questo articolo non rappresenta più la vita economica come un dato oggettivo, ma come una realtà complessa attraversata da conflitti che occorreva governare: emerge qui, egli scrive, il fondamentale carattere della Costituzione democratica che deriva dall'esigenza di *governare il conflitto* (45).

Per conseguire questa finalità era necessaria una pianificazione dell'economia, con l'intento di « corrispondere alle norme fondamentali della giustizia » (art. 151). La finalità era dunque quella di dar vita ad una economia mista, « intermedia tra la forma di economia liberale e quella socialista » (46).

Si delineava così il problema centrale irrisolto della costituzione di Weimar e Mortati lo formulava con grande lucidità: « È da chiedersi a tale riguardo se era da ritenere possibile un'effettiva coesistenza di sistemi economici profondamente diversi... ».

(42) FIORAVANTI, *Mortati a Weimar*, cit., p. XXI.

(43) Art. 151: « L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo ».

(44) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 182.

(45) Ivi, p. 183.

(46) MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., p. 67.

Se era possibile cioè porre una *costituzione sociale*, secondo il modello indicato dall'articolo 165, accanto ad una *costituzione politica*, divergente dal fondamento presupposto della prima » (47).

In proposito Fioravanti osserva che quella che definisce *la costituzione democratica e sociale*, come tipo storico di costituzione, quella nata a Weimar, e poi riprodotta a partire dalla metà del secolo, può essere considerata il risultato più autentico della trasformazione che era avvenuta 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 » (48).

5. *Democrazia politica e democrazia economica.*

Ma per definire compiutamente il significato della costituzione di Weimar è opportuno un breve riferimento ai dibattiti che avvennero in seno alla Commissione costituzionale.

Hugo Sinzheimer, nell'intervento del 31 marzo 1919, enunciò la necessità di una *costituzione sociale* (*Gesellschaftsverfassung*) che integrasse la costituzione dello Stato: « Accanto alla costituzione dello Stato — dichiarò — deve formarsi anche una costituzione sociale in cui operino immediatamente le forze sociali » (49).

In proposito fu estremamente significativo il dibattito che avvenne in merito a quello che comparirà come art. 165 nel testo finale della costituzione di Weimar. Si trattava, secondo Friedrich Naumann, del più importante tra i diritti fondamentali, giacché « in

(47) *Ibidem*.

(48) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 140.

(49) Antrag Nr. 89 - M. QUARCK, H. SINZHEIMER, in *Verhandlungen der verfass. Deut. Nationalversammlung*, Bd. 336, p. 174. Questi contenuti troveranno espressione nell'art. 151 della costituzione di Weimar. In proposito cfr. A. DI MARTINO, *Studi di storia costituzionale pubblicati in occasione del centenario della costituzione di Weimar (1919-2019)*, in « Nomos », 3, 2019, p. 12.

nessun punto i diritti fondamentali pongono il problema vago ed incerto del futuro come in questo luogo »⁽⁵⁰⁾.

L'articolo introduceva un diritto di co-decisione (*Mitbestimmungsrecht*) dei lavoratori nell'impresa, che metteva in discussione i poteri di comando (*Herrschaftsrechte*), che l'imprenditore aveva esercitato fino ad allora in modo autocratico. Questa problematica consentì a Sinzheimer di discutere i rapporti tra la democrazia politica e le possibili forme di una futura *democrazia economica*.

Egli mise in luce il futuro carattere consociativo dell'impresa (*genossenschaftliches*) ed enunciò i principi di una *economia sociale* (*Gemeinwirtschaft*) destinata a limitare il funzionamento dell'economia privata. Ma questa economia sociale doveva essere considerata distinta, secondo Sinzheimer, dal sistema socialista, giacché in essa continuavano a sussistere gli imprenditori a capo dell'impresa come direttori responsabili (*Leiter*).

Secondo il giudizio di Naumann, così come di Sinzheimer, la costituzione di Weimar poneva nei diritti fondamentali che si riferivano alla vita economica i principi di una nuova *costituzione sociale*, che avrebbero dovuto alimentare la costruzione di una futura *democrazia economica*, ossia di una *democrazia sostanziale*, capace di supplire, integrandola, ai limiti della sola *democrazia politica*. In questa sfida rivolta al futuro è consistito e consiste tuttora il fascino dell'esperimento politico di Weimar.

6. Mortati, La costituzione di Weimar: conclusioni.

Nelle conclusioni della sua introduzione a Weimar, Mortati riprende i criteri della « costituzione in senso materiale » da lui delineati nel testo del 1940. « Il *prius* di ogni ordinamento dei poteri — egli scrive — è l'assetto sociale, cioè la determinazione del sistema dei rapporti tra le classi e gli individui, la scelta degli interessi ritenuti meritevoli di protezione statale »⁽⁵¹⁾.

In questa prospettiva egli osserva che l'interesse che riveste l'esperienza costituzionale tedesca risiede nel fatto che essa è

⁽⁵⁰⁾ Si veda l'intervento di F. NAUMANN in *Verhandlungen der verfass. Deut. Nationalversammlung*, Bd. 329, p. 2189.

⁽⁵¹⁾ MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., p. 73.

« espressione di quella *fase di transizione fra forme di civilizzazione diversa*, nella quale si svolge il travaglio costituzionale della nostra epoca » (52).

Mortati sintetizza infine lucidamente le ragioni della crisi di Weimar:

« Se da una parte si attribuiscono allo Stato compiti di pianificazione economica, si conferiscono ai singoli diritti a prestazioni pubbliche di carattere positivo rivolte a realizzare un'uguaglianza sostanziale, ... e dall'altra si mantiene ... l'assetto tradizionale dello Stato liberale, continuando a considerare la sfera di libertà con gli stessi caratteri propri dello *status* negativo, si fa opera contraddittoria, che non può non influire sulla solidità e vitalità della costituzione » (53).

In breve ritornano, nelle sue parole conclusive, la sua analisi della crisi dello Stato liberale e la considerazione delle condizioni della costituzione democratica: « una democrazia moderna *non può validamente poggiare sull'impalcatura caratteristica dello Stato liberale dell'800*, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità » (54).

7. *Il futuro della costituzione.*

L'analisi delle rotture e delle continuità negli sviluppi dalla costituzione di Weimar del 1919 alla Legge Fondamentale di Bonn del 1949 consente di approfondire i tratti connotativi delle Costituzioni democratiche attraverso la lucida delineazione che ne dà Maurizio Fioravanti.

L'interpretazione dei diritti fondamentali nel *Grundgesetz* di Bonn ci consente di definire gli elementi distintivi di questo « tipo » storico di costituzione. E.W. Böckenförde ha osservato che nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si sono succedute *due fasi*, nella

(52) Ivi, p. 74 (corsivi nostri).

(53) Ivi, p. 82. A Weimar, commenterà Mortati, mancò soprattutto una vera base sociale, in MORTATI, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, cit., p. 238.

(54) MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., p. 84 (corsivi nostri).

prima delle quali la sezione sui diritti fondamentali è stata posta come *ordinamento oggettivo di valori (objektive Wertordnung)*, come nella sentenza *Lüth* del *Bundesverfassungsgericht*, pronunciata il 15 gennaio 1958, mentre successivamente alle singole norme sui diritti fondamentali è stato attribuito un contenuto valutativo (*Wertgehalt*), e ciò ha comportato il riconoscimento dei singoli diritti come *norme oggettive fondamentali (objektive Grundsatznormen)* ⁽⁵⁵⁾.

In merito alla nuova interpretazione dei diritti nella Legge Fondamentale di Bonn, Fioravanti osserva che essa deve essere ricondotta alle profonde trasformazioni intervenute nel passaggio dallo Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo ai regimi democratici del presente. Se infatti si procede — egli precisa — dalla « riconosciuta impossibilità storica di una ‘società civile’ in sé conclusa, allora si dovrà accettare la difficile coesistenza all’interno dei diritti fondamentali della dimensione ‘classica’ del limite all’arbitrio dei governanti, e della dimensione nuova della pretesa orientata da scelte costituzionali di principio, come una sorta di difficile destino obbligato dei nostri sistemi politici » ⁽⁵⁶⁾.

Le considerazioni precedenti ci consentono di chiarire con maggiore precisione il significato di Costituzione democratica.

Se si interpretano i diritti fondamentali come norme oggettive, allora la costituzione appare l’ordinamento fondamentale (*Grundordnung*), ossia la costituzione direttiva che racchiude in sé tutti i principi per la formazione dell’ordinamento giuridico ⁽⁵⁷⁾.

In questa prospettiva il legislatore ha la precedenza, ma il giudice costituzionale ha la superiorità ⁽⁵⁸⁾. Tuttavia c’è il rischio di un passaggio ad uno Stato giurisdizionale (*Jurisdiktionsstaat*).

⁽⁵⁵⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 161 ss. (cfr. anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1989, p. 25).

⁽⁵⁶⁾ FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, in Id. *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Tomo II, Milano Giuffrè, 2001, p. 840.

⁽⁵⁷⁾ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in « Der Staat », Bd. 29, 1990, Heft 1, p. 31.

⁽⁵⁸⁾ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, cit., p. 61.

Per correggere questo possibile orientamento, come ben precisa Fioravanti, Böckenförde ha riproposto il concetto di costituzione come *ordinamento-quadro* (*Rahmenordnung*), che egli finisce esplicitamente per privilegiare ⁽⁵⁹⁾. Essa è l'ordinamento che si limita a definire gli spazi entro i quali deve svolgersi il gioco democratico. In questa prospettiva la costituzione individua i beni da difendere (l'istruzione, il lavoro ecc.) e fissa degli specifici punti di orientamento per la funzione legislativa.

A questa concezione corrisponde l'interpretazione dei diritti come diritti soggettivi, che postulano la difesa di spazi di libertà contro l'intervento dello Stato, mentre al legislatore spetta il compito di definire, attraverso il confronto politico-democratico, gli ambiti di esercizio di quei diritti soggettivi.

Entrambe le alternative racchiudono dei rischi: da una parte, la possibilità che si imponga un « governo dei giudici »; dall'altra, il rischio che la fondazione legislativa dei diritti si risolva in una loro formulazione affidata, di volta in volta, al prevalere di mutevoli maggioranze. Infatti anche la concezione della costituzione come *Rahmenordnung* racchiude dei rischi di una possibile degenerazione, che consiste nel rendere possibili tutte le opzioni politiche nel campo dei diritti.

Per questo alla fine lo stesso Böckenförde « tende a non escludere del tutto *una funzione d'indirizzo* della costituzione, che si aggiunga in senso correttivo a quella tipicamente 'negatoria', puramente creativa di vincoli negativi... » ⁽⁶⁰⁾. L'incertezza sul futuro della costituzione conduce, da ultimo, Böckenförde ad auspicare l'individuazione di una soluzione intermedia, che contrasti « una possibile evoluzione... verso un... *Jurisdiktionsstaat*, senza per questo rinunciare alla funzione normativa dei diritti fondamentali come oggettive norme di principio (*objektive Grundsatznormen*) » ⁽⁶¹⁾.

La prospettiva di Böckenförde è pertanto, come scrive Fioravanti, « una soluzione di compromesso », il cui esito sarà deciso solo dagli sviluppi successivi.

⁽⁵⁹⁾ FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, cit., p. 843.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 844 (corsivo nostro).

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

8. *Il « movimento costituzionale » in Germania dopo l'unificazione.*

Per analizzare questi possibili sviluppi, può essere rilevante riflettere sul cosiddetto « movimento costituzionale » (*Verfassungsbewegung*) — come scrive P. Häberle ⁽⁶²⁾ — che ha avuto luogo nei nuovi Länder ⁽⁶³⁾ dopo la riunificazione della Germania.

K. Hesse ha affermato che le costituzioni dei nuovi Länder sono state formulate come costituzioni a pieno titolo (*Vollverfassungen*), in quanto sviluppano principi e garanzie che sono appena enunciati nel *Grundgesetz* (GG) ⁽⁶⁴⁾.

In particolare si può ricordare il diritto alla tutela dei dati personali, che è presente in tutte le cinque nuove costituzioni. Da menzionare è anche la tutela, ispirata ad un principio di *solidarietà*, accordata alle famiglie con membri portatori di handicap.

Per quanto riguarda gli scopi dello Stato presenti nelle costituzioni dei cinque nuovi Länder, di particolare significato sono quelli che si riferiscono alla tutela delle minoranze etniche, linguistiche, culturali, al lavoro, all'abitazione, all'ambiente e alla creazione di uguali condizioni di vita per portatori di handicap.

Come ha scritto K. Hesse, gli scopi dello Stato esplicitamente enunciati sono assai prossimi ai diritti sociali: essi si affermano non in quanto lo Stato li tutela, ma in quanto pretendono un intervento dello Stato per la loro realizzazione ⁽⁶⁵⁾.

Le nuove finalità dello Stato derivano dall'emergenza di questioni di rilievo costituzionale, ossia dal riconoscimento di concreti bisogni (lavoro, abitazione, ambiente), che possono essere formulati

⁽⁶²⁾ P. HÄBERLE, *Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern Deutschlands 1991 bis 1992*, in « Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart », Bd. 42., 1994, pp. 149-324.

⁽⁶³⁾ Malgrado l'art. 146 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) stabilisca che il *Grundgesetz* avrebbe dovuto cessare dopo la riunificazione della Germania e l'entrata in vigore di una nuova costituzione, esso è stato esteso ai 5 nuovi Länder.

⁽⁶⁴⁾ K. HESSE, *Der Beitrag der Verfassungen in den neuen Bundesländern zur Verfassungsentwicklung in Deutschland*, in « Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » (KritV), 76, Jahrgang 1993, p. 8.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 12.

sia come istanze etico-sociali, sia come doveri indirizzati agli individui (66).

A giudizio di Erhard Denninger, i principi che sembrano guidare queste trasformazioni delle costituzioni contemporanee possono probabilmente essere riassunti in una triade: il rispetto della *pluralità*; la *solidarietà*, che postula il superamento della mera legalità e l'affermazione della sfera dell'etica attraverso la capacità di accettare anche chi è diverso da noi; infine il principio della *sicurezza* di fronte ai rischi vitali e sociali (malattia, disoccupazione) e ai pericoli dello sviluppo tecnico-industriale (67).

Così le costituzioni, oltre a conservare il carattere di garanzia della sfera del cittadino rispetto a quella dello Stato, tendono a rafforzare quello di orientamento programmatico-finalistico.

I principi che connotano questa finalizzazione della costituzione sembrano essere pertanto quelli della *pluralità*, *solidarietà*, *sicurezza*, e non più quelli della libertà, uguaglianza, fraternità: essi consentono di individuare i possibili lineamenti evolutivi delle costituzioni democratiche contemporanee.

9. *Costituzione e società.*

Ancora due ultime considerazioni è opportuno formulare per delineare i possibili sviluppi della « Costituzione democratica ». Il primo aspetto si riferisce alle attuali trasformazioni della società contemporanea, il secondo al rapporto tra costituzione e globalizzazione.

L'affermazione del « moderno » è consistita nel passaggio da una concezione empirico-fattuale della costituzione ad una concezione normativo-prescrittiva, quale è stata avviata dalle rivoluzioni di fine Settecento (68).

La costituzione moderna si riferiva allo Stato, sulla base di una precisa distinzione tra Stato e società (69).

(66) E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Weinheim, Beltz Athenäum, 1994, p. 30.

(67) Ivi, p. 48.

(68) FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, cit., p. 845.

(69) D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 156-157.

Attualmente, scrive Fioravanti, c'è un ambito sempre più esteso del « politico », che è il risultato di complesse intermediazioni tra interessi organizzati e che rappresenta uno spazio non più chiaramente attribuibile al « pubblico » o al « privato ». Esso sembra assumere nuovamente la configurazione di una « 'costituzione' in senso empirico-fattuale, nella quale operano 'strutture di potere' che la costituzione in senso moderno, in senso normativo-prescrittivo, ben difficilmente raggiunge, che essa può solo influenzare, ma non certo determinare » (70).

La frammentazione della società e la crescente articolazione dell'ambito privato con quello pubblico comportano la conseguenza che — come scrive D. Grimm — dove il potere pubblico si articola sempre più strettamente con la società, non può operare una costituzione che si riferisca solo allo Stato (71).

Ne consegue un crescente « deficit di regolamentazione costituzionale » (72).

In proposito Fioravanti osserva che Grimm è mosso proprio dalla preoccupazione per un futuro non troppo lontano in cui la società operi come un insieme coordinato di sottosistemi « non più dotato di alcuna prospettiva, o di alcun significato, che possa ancora dirsi 'costituzionale' » (73).

In breve: poiché la costituzione sembra non essere più in grado di comprendere l'insieme degli ambiti dell'attività statale, si pone la questione se una nuova e diversa concezione della costituzione possa compensare questa perdita di validità o se — come scrive Grimm — « essa stessa si atrofizzerà in un ordinamento parziale » (74).

Queste trasformazioni ci interrogano sulla persistenza del « tipo » storico della Costituzione democratica. Si deve cioè misurare — come scrive Fioravanti — « la permanente attualità, o meno, di quel 'tipo storico' di Costituzione, ovvero la sua idoneità a

(70) FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, cit., pp. 845-846.

(71) GRIMM, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 159.

(72) Ivi, p. 160.

(73) FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, cit., p. 850.

(74) GRIMM, *Il futuro della costituzione*, cit., p. 163.

rappresentare le democrazie europee nel primo quarto del ventunesimo secolo... » (75).

E tuttavia Fioravanti osserva: dopo il Codice si è stati capaci di inventare la Costituzione, ma « non si vede ancora bene che cosa si sarà capaci d'inventare dopo la Costituzione ». (76)

10. *Costituzione e globalizzazione.*

Infine un aspetto ancora occorre sottolineare delle trasformazioni delle Costituzioni democratiche.

Fioravanti mette in luce con grande precisione alcuni effetti dei processi della globalizzazione, che rappresentano una sfida e una minaccia alle libertà che si sono affermate nell'ambito dello Stato nazionale sovrano.

In questo contesto di profondi mutamenti si delineano due rilevanti trasformazioni: da una parte, la progressiva *costituzionalizzazione del diritto internazionale*, « non più diritto fondato sulla volontà degli Stati sovrani, ma complesso autofondato di principi, in linea generale interpretati e amministrati dai giudici » (77).

Dall'altra — come ha ben evidenziato un rilevante studio di Brun-Otto Bryde — *l'internazionalizzazione del diritto costituzionale*. « Se il diritto internazionale — scrive B.-O. Bryde — garantisce i diritti umani, esso pretende la regolamentazione di tutti gli ambiti di vita anche all'interno degli Stati » (78). In una comunità di diritto internazionale con un catalogo dei diritti umani non vi è più alcun ambito riservato nel senso della tradizionale dottrina della sovranità. Si tratta ormai di un processo di estensione planetaria. Se in Europa la Gran Bretagna ha incorporato nel diritto britannico, attraverso lo *Human Rights Act*, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, altrove, in Africa, i giudici della Tanzania hanno contribuito all'incorporazione delle garanzie internazionali dei diritti umani nel diritto costituzionale

(75) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 181.

(76) Ivi, cit., p. 132.

(77) Ivi, p. 197.

(78) B.-O. BRYDE, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, in « Der Staat », 42. Band, 2003, Heft 1, p. 68.

nazionale, considerando come giustiziabile il riconoscimento di tali garanzie nella costituzione.

Così si può concludere con Maurizio Fioravanti: è corretto dire che si sta uscendo dalla dominazione del modello statalistico del diritto pubblico e del diritto internazionale per entrare in una sorta di mare aperto ⁽⁷⁹⁾.

Ma questa navigazione in mare aperto non è un punto di arrivo, bensì un punto di partenza lungo i percorsi che l'insegnamento e la ricerca di Maurizio ci hanno additato.

⁽⁷⁹⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 197.

SARA LAGI
HANS KELSEN IL 'GIURISTA RIVOLUZIONARIO':
LA LETTURA DI MAURIZIO FIORAVANTI

1. Hans Kelsen e gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* ovvero della sua 'rivoluzione giuridica'. — 2. Dalla 'rivoluzione giuridica' alla teoria costituzionale e politica.

1. *Hans Kelsen e gli Hauptprobleme der Staatsrechtslehre ovvero della sua 'rivoluzione giuridica'*.

Nell'ultimo capitolo di *Costituzione* del 1999, quando si tratta di delineare « l'era delle costituzioni democratiche » e i suoi caratteri portanti, Fioravanti si misura con il pensiero di due protagonisti d'eccezione, ossia Hans Kelsen e Carl Schmitt ⁽¹⁾. In questa sede, mi concentrerò solo sulla figura del giurista austriaco, perché è proprio relativamente a lui, alla sua concezione di costituzione democratica che, a mio giudizio, Fioravanti ci offre una lettura ancora oggi preziosa.

Quest'ultima è contenuta in realtà in un saggio del 1987, intitolato *Kelsen e Schmitt e la tradizione giuridica dell'800*, al quale sono giunta partendo proprio dal già menzionato *Costituzione*. Qui, ad un certo punto, Fioravanti osserva come le radici più profonde della visione kelseniana di costituzione democratica andrebbero ricercate nella imponente monografia del 1911, con cui l'Austriaco ottiene il titolo alla libera docenza all'Università di Vienna, ossia gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* ⁽²⁾. Ed è proprio su questa opera che Fioravanti si sofferma, evidenziandone gli elementi di innovazione e originalità rispetto al panorama della dottrina giuridica di lingua tedesca del tardo '800.

⁽¹⁾ FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 146 ss.

⁽²⁾ Ivi, p. 151; p. 153.

Diversamente dalla interpretazione (in parte di matrice helle-riana) che vede in Kelsen « l'ultimo campione della tradizione giuridica » (3), Fioravanti ci propone una lettura provocatoriamente opposta: il futuro padre della *Reine Rechtslehre* e ideatore della Corte costituzionale austriaca sarebbe tutto meno che il « giurista della tradizione », erede del « Labandismus » (4):

In realtà — scrive Fioravanti — dopo tanto ragionare su Kelsen, rimane ancora oggi aperto il problema di conoscere come Kelsen sia andato oltre, ed eventualmente contro, quel punto di arrivo rappresentato proprio dalla *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek. Che la questione non sia mai stata posta, è cosa per noi del tutto ovvia. Infatti, dopo i giudizi interessati di Heller e di Orlando [...] anche i traduttori italiani di Kelsen, fin dall'immediato dopoguerra, hanno direttamente o indirettamente, accreditato l'immagine di Kelsen ultimo campione della 'tradizione giuridica' [...]. Mi sono allora proposto [...] di sfatare vecchi luoghi comuni, corrodendo progressivamente l'immagine, per me ormai inattendibile, di Kelsen custode e interprete della tradizione giuridica (5).

Kelsen non avrebbe portato alle estreme conseguenze una dottrina giuridica risalente, bensì l'esatto opposto (6). Negando, proprio negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, che lo Stato sia « persona

(3) Per la rilevanza del suo pensiero giuridico e politico, mi sembra opportuno fare un seppur breve riferimento proprio a Hermann Heller. In *Souveränität* del 1927, egli accusa Kelsen di aver portato alle estreme conseguenze quella « ossessione » per l'impersonalità della norma che, a suo giudizio, costituisce una vera e propria 'patologia' della civiltà giuridica europea. Quest'ultima, secondo il giurista socialdemocratico, avrebbe infatti progressivamente rimosso il problema, altresì cruciale, di chi « decide che cosa » entro un determinato territorio. Al contempo, vorrei ricordare che, sebbene da prospettive gius-politiche tra loro distanti, sia Kelsen, sia Heller sostengono, in piena epoca weimariana, una concezione della democrazia di tipo parlamentare e fondata sul rispetto della minoranza. H. HELLER, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staates und Völkerrechts*, in Id., *Gesammelte Schriften* (1. Auf. 1927), hrsg. von C. Müller, Bd 2, Leiden, A. W. Sijthoff, 1971, pp. 31-202; Id., *Politische Demokratie und Soziale Homogenität*, in Id., *Gesammelte Schriften* (1. Auf. 1928), cit., pp. 423-433. Su Heller, si veda il fondamentale: U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla costituzione di Weimar*, Roma, Prismi, 1989.

(4) FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. A. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 53.

(5) Ivi, p. 55.

(6) Ivi, pp. 54-64.

reale », dotato di volontà, *prius* del Diritto, ossia privando il concetto stesso di Stato e di « Staatsgewalt » della loro ‘sostanza’, Kelsen — secondo Fioravanti — si distacca radicalmente dai suoi predecessori, in particolare da Carl F. von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek (7). Questi, per il giurista austriaco, hanno infatti commesso l’errore di sovrapporre e confondere il piano delle norme con quello dei fatti, pensando quindi lo Stato nei termini di una entità reale (8). La monografia del 1911 rifletterebbe dunque la ferma intenzione di andare oltre la tradizione giuspubblicistica del tardo ‘800.

Una simile operazione, osserva a proposito Fioravanti, porta con sé conseguenze non irrilevanti sul piano della dottrina giuridica e — aggiungo io — anche sul piano della teoria politica, come cercherò di argomentare nel paragrafo successivo:

Vi è in Kelsen — scrive Fioravanti — una contrazione del campo proprio del diritto, vi è la rinuncia a qualsiasi teoria giuridica delle origini dello Stato e del diritto: prima della norma che consente allo Stato di agire non c’è alcuna mitica entità giuridica, non il popolo, non la persona statale, e neppure la sovranità di stampo giacobino, c’è invece la *Gesellschaft*, e ci sono gli uomini chiamati a legiferare, non da una astratta ragione collettiva, non per amore del bene comune, ma nell’intento di perseguire i loro interessi tramite ‘l’organizzazione statale’ (9).

Nella riflessione kelseniana viene meno lo Stato-persona, e con esso anche il parlamento quale « organo dello Stato », espressione della « volontà statale » data come pre-costituita (10). Per il giurista austriaco, il parlamento è piuttosto « organo della società »:

Deve necessariamente esserci un punto — egli osserva — in cui la corrente della vita sociale penetra di nuovo nel corpo statale, un luogo di passaggio dove gli elementi amorfi della società trapassano nelle forme fisse dello Stato e del diritto. È il luogo dove costumi e morale, dove interessi

(7) Ivi, pp. 52-56. Inoltre: FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979 e M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, Bd. 2, München, C. B. Beck, 1992.

(8) H. KELSEN, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1911, pp. 3-94; pp. 162-188; pp. 395-412.

(9) FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento*, cit., p. 60.

(10) Ivi, pp. 59-60.

economici e interessi religiosi diventano proposizioni giuridiche, contenuto della volontà statale: l'atto legislativo. Così il processo di formazione della volontà statale è per così dire il cordone ombelicale che lega durevolmente la forma dello Stato al grembo materno della società! è il grande mistero del diritto e dello Stato che si compie nell'atto legislativo! ⁽¹¹⁾

È dunque attraverso il parlamento e a partire da una condizione di insopprimibile pluralità e molteplicità sociali, politiche, ideali che si crea il contenuto politico della volontà dello Stato. E quest'ultima, come logica conseguenza di quel processo di de-sostanzializzazione al quale ho fatto riferimento in precedenza, altro non è, per Kelsen, che un « centro di imputazione » verso il quale « confluiscono » azioni che, sulla base di criteri fissati in determinate « proposizioni giuridiche », devono valere quali azioni dello Stato: atti che valgono appunto come manifestazioni di tale volontà ⁽¹²⁾.

In questa sede non è mio obiettivo indagare il percorso intellettuale che il giurista austriaco intraprende per giungere a tale risultato: esiste in merito una letteratura scientifica internazionale che si è andata sviluppando ed arricchendo negli anni ⁽¹³⁾. Mi interessa piuttosto sottolineare come, sulla scorta dell'interpretazione proposta da Fioravanti, la de-sostanzializzazione dello Stato non sia da leggersi solo quale condizione fondamentale per ripensare quest'ultimo nei termini di un ordinamento giuridico, costituito da norme gerarchicamente ordinate, ma anche per rivalutare il ruolo e il significato (politici) del corpo legislativo. Non si può allora non convenire con Fioravanti, quando egli afferma che, proprio con la *Habilitationsschrift* del 1911, Kelsen riesce a « uscire dalla tradizione giuridica dell'Ottocento », attribuendo all'organo legislativo, così come alla società, un protagonismo che ad entrambi è invece precedentemente negato da una parte considerevole della *traditio-*

⁽¹¹⁾ KELSEN, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 472.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 184 ss.; pp. 406 ss.

⁽¹³⁾ Ad esempio: D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller, Oxford, Oxford University Press, 2000; R. C. VAN OYEEN, *Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismus Theorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003; L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007; J. TELMAN, *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influences*, Netherlands, Springer Verlag, 2016.

nelle Staats e Rechtslehre (14). Dal punto di vista storico-politico, i rappresentanti della dottrina giuspubblicistica tedesca di fine '800 — segnatamente Gerber e Laband — guardano infatti alla società e al parlamento con diffidenza (15), promuovendo un progetto politico conservatore volto, dopo l'ondata rivoluzionaria del '48-'49, a costruire istituzioni « salde ed efficienti », impermeabili ai sommovimenti che possono scaturire dalla società, alle contrapposizioni talvolta feroci che si generano in parlamento, al pluralismo sociale e politico considerato fonte di instabilità e pericolose divisioni (16).

Al contrario, Kelsen, che si colloca — secondo Fioravanti — al di fuori di quella tradizione e — aggiungo io — è altrettanto ben distante dal condividere quel progetto di matrice conservatrice — vede nel parlamento una « istituzione sociale » che, « insieme ad altre istituzioni sociali », determina il « contenuto delle norme attributive di statualità » attraverso un processo di confronto e compromesso tra idee, interessi, convincimenti differenti e plurali, esattamente come plurale, per il giurista austriaco, sono sia la società, di

(14) FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 58-59. Fioravanti ricorda che è lo stesso Kelsen a qualificare la dottrina giuridica dell'Ottocento tedesco con questa precisa espressione. Ivi, p. 57.

(15) Un discorso a parte lo merita Georg Jellinek. Di sensibilità liberale, Jellinek — diversamente sia da Gerber sia da Laband — pone il problema di un rapporto tra Stato e cittadini che non sia di mera sudditanza dei secondi nei confronti del primo, come invece sembra emergere dall'opera dei suoi predecessori. In tal senso, basti qui ricordare che, per Gerber, i cosiddetti diritti individuali sono niente altro che « riflessi del potere dello Stato ». Al contrario, Jellinek prende molto sul serio tali diritti e li fonda nella capacità dello Stato di autolimitarsi rispetto alla società civile. Inoltre, egli attribuisce al processo di autolimitazione una dimensione reale, storica e politica. Il giurista tedesco afferma infatti che i diritti individuali costituiscono il riconoscimento da parte dello Stato di spazi di libertà che gli uomini conquistano e affermano nella storia. Certamente si potrebbe dire, proprio con Kelsen, che il principio di autolimitazione è ben debole, poiché lo Stato potrebbe anche smettere di volere ciò che vuole e decidere quindi di *non* autolimitarsi. E tuttavia, Jellinek propone una teoria giuridica che non solo si discosta, sul tema della libertà, da quella dei suoi predecessori ma ancor più delinea una fondazione dei diritti di libertà che è al contempo positivista e storicista. Una fondazione duplice, dunque, che permette a Jellinek di disfarsi della dottrina naturale del diritto, evitando altresì di abbracciare il positivismo estremo di Gerber e Laband. G. JELLINEK, *Die Erklärungen der Bürger und Menschenrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1895; Id., *Allgemeine Staatslehre*, (1. Auf. 1900), Berlin, Verlag O. von Häring, 1914.

(16) FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., pp. 318-319 e M. MERIGGI, *L'Europa dall'Otto al Novecento*, Roma, Carocci, 2013.

cui il parlamento è giustappunto « organo », sia il popolo (17). E non potrebbe essere altrimenti: negli *Hauptprobleme* la critica al concetto di Stato-persona implica anche una radicale messa in discussione di un'altra (per Kelsen) indebita sostanzializzazione operata dalla tradizione giuridica a lui precedente, ossia l'idea di popolo quale entità omogenea, unitaria, pre-esistente (18). Egli tornerà a riaffermare ciò in tutte le sue opere di teoria democratica: in entrambe le edizioni del suo saggio politico più celebre, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920, 1929) — e non solo (19) — Kelsen esprime un giudizio netto a riguardo: il popolo esiste come unità solo sul piano « normativo ». Dal punto di vista « empirico e sociologico » esso è una realtà composita, diversificata, plurale appunto (20).

In opposizione alla *traditionelle Staats- e Rechtslehre* Kelsen rimette dunque al centro della riflessione giuridica il ruolo, per lui vitale, svolto dal parlamento e dalla società, per mezzo di una critica 'rivoluzionaria' — per dirla con Fioravanti — al concetto di Stato-persona e alla convinzione che esistano entità (e unità) pre-costituite (lo Stato appunto, il popolo) che, in quanto tali, verrebbero prima della concretissima vita sociale, e delle relazioni ed interessi plurali, perfino conflittuali, che altrettanto concretamente la caratterizzano.

2. *Dalla 'rivoluzione giuridica' alla teoria costituzionale e politica.*

Ritengo che la lettura degli *Hauptprobleme* delineata da Fioravanti nel suo saggio del 1987 ci offra una chiave di accesso rilevante all'idea kelseniana di costituzione democratica. Nella *Habilitationschrift* del 1911, Kelsen demolisce il concetto di Stato-persona, dotato di volontà, rivalutando in maniera positiva il carattere plurale della società e mettendo in primo piano il ruolo del parlamento. *Mutatis mutandis*, in due saggi che ora andrò brevemente a esami-

(17) FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 56-58.

(18) KELSEN, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 479 ss.

(19) In tal senso rimando ai saggi kelseniani di teoria politica ora raccolti in H. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, hrsg. von M. Jestaedt und O. Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

(20) H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), in Id., *Verteidigung der Demokratie*, cit., p. 163.

nare — e che considero esemplificativi della sua visione politica e della sua concezione (altrettanto politica) di costituzione — ossia *La garantie jurisdictionelle de la constitution* e la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1928; 1929), il giurista austriaco torna ad attaccare il concetto di popolo, quale soggetto unitario, che, in quanto tale, sarebbe presupposto (necessariamente) sia dalla forma di governo democratica, sia dalla costituzione democratica. Non solo. Per Kelsen, non esiste neppure alcuna « volontà generale » fondata — per richiamarsi a Rousseau che egli infatti critica — sulla base di un *Contratto sociale* e da intendersi quale attributo specifico del popolo (sovrano) ⁽²¹⁾. Come sintetizza Fioravanti, Kelsen distrugge letteralmente alcuni dei principi fondamentali della dottrina democratica inaugurata dal Ginevrino, che trova una sua potente espressione politica nella Rivoluzione francese (in particolare durante la fase giacobina) ⁽²²⁾, sopravvivendo ad essa ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ In entrambe le edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920; 1929), Kelsen attribuisce proprio a Rousseau il merito di aver elaborato la definizione di democrazia « ideale » *por excellence*, ossia la democrazia quale perfetta autodeterminazione politica e quindi quale identità tra chi governa e chi è governato: agli occhi del giurista, Rousseau è dunque l'alfiere della democrazia diretta. A questa Kelsen contrappone la democrazia « reale », in cui il carattere inevitabilmente eteronomo dell'ordine sociale riuscirebbe a conciliarsi con il principio della libertà nella forma di un governo parlamentare e rappresentativo che presupponga il pieno riconoscimento delle libertà fondamentali. Nel prendere in esame la filosofia politica rousseviana, la critica di Kelsen si appunta in particolar modo sul concetto di « volontà generale » che egli ritiene del tutto irrealistico. Questo infatti, afferma giurista, si scontra inevitabilmente con l'esistenza reale e concreta di interessi molteplici e spesso in conflitto tra loro, così come con l'esistenza altrettanto reale e concreta di una maggioranza e di una minoranza. Alla luce di ciò, la distinzione fatta da Rousseau tra « volontà generale e opinioni », secondo la quale la volontà della minoranza dovrebbe comunque essere ricondotta alla « volontà generale », viene 'liquidata' (un po' troppo sbrigativamente) da Kelsen come un mero e poco convincente 'escamotage'. Oltre alle due edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, ora in *Verteidigung der Demokratie* cit., si veda anche: H. KELSEN, *Foundations of Democracy* (1955), in Id., *Verteidigung der Demokratie*, cit. Su Kelsen interprete di Rousseau, in chiave filosofico-politica, rimando a: E.C. SFERRAZZA PAPA, *Il dispotismo della libertà. Schmitt e Kelsen interpreti di Rousseau*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 131-208.

⁽²²⁾ Durante la Rivoluzione francese, il concetto di « volontà generale » e della Legge quale espressione di tale volontà appare di assoluto rilievo, sebbene esso sia

La critica di Kelsen non risparmia neppure l'istituto della rappresentanza parlamentare — così caro peraltro alla tradizione liberaldemocratica alla quale egli pur appartiene ⁽²⁴⁾ — che egli definisce infatti una « finzione » ⁽²⁵⁾. Coerentemente con l'operazione di de-sostanzializzazione del concetto di popolo, Kelsen conclude infatti che la legittimità dell'organo parlamentare non risiede nella sua (per lui soltanto supposta) capacità di rappresentare *realmente* la volontà popolare, bensì nel suo essere « tecnica sociale », finalizzata alla scelta (dal basso) dei deputati ⁽²⁶⁾.

Questa dunque, in breve, la *pars destruens* della riflessione kelseniana. Veniamo ora alla *pars construens*. In *La garantie juridictionnelle de la constitution* il giurista delinea il significato di costituzione e, al contempo, esplicita il significato politico di giustizia

svincolato, come nel caso della costituzione del 1791 e di quella del 1795, dal principio della sovranità del popolo che invece, come è noto, viene riconosciuto nella costituzione del 1793.

⁽²³⁾ Dopo la fine della Rivoluzione francese, per lungo tempo, la democrazia viene ritenuta in Europa inconciliabile con la garanzia delle libertà individuali. Sulla scia della drammatica impressione esercitata dal Terrore giacobino, molti intellettuali liberali della prima metà dell'800, tra i quali ricordo uno dei più noti, Benjamin Constant, guardano con timore e diffidenza al principio della sovranità del popolo. Questa è, infatti, associata ad un potere tendenzialmente illimitato, proprio perché essa non presupporrebbe tanto la questione — cara al liberalismo e al costituzionalismo — del *modo in cui* si esercita e si limita il potere, quanto di *chi* debba essere il legittimo titolare di tale potere. Secondo la prospettiva liberale, una volta stabilito chi è il sovrano (in questo caso il popolo), il problema di contenere quel potere diverrebbe di secondaria importanza. Sarà necessario attendere qualche decennio per assistere, anche in seguito allo sviluppo del movimento operaio, del riformismo sociale e alle lotte politiche per l'estensione del diritto di voto, ad un primo 'incontro' e infine ad una vera e propria conciliazione, innanzitutto sul piano teorico, tra democrazia e liberalismo. G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Soveria-Mannelli, Rubbettino, 2015.

⁽²⁴⁾ Su Kelsen e la tradizione liberaldemocratica: C. M. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

⁽²⁵⁾ KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), cit., pp. 175-176.

⁽²⁶⁾ Ivi, pp. 174-175. Nella definizione di rappresentanza parlamentare quale specifica « tecnica sociale » è insito, a mio avviso, il carattere notoriamente procedurista della *Demokratielehre* kelseniana, che, in tutta la sua evidenza e forza, emergerà dall'ultima opera politica del giurista austriaco, ossia le *Foundations of Democracy*, in Id., *Verteidigung der Demokratie*, cit.

costituzionale (27). Qui egli ci parla della costituzione quale espressione « giuridicamente valida » di un « compromesso » tra una « pluralità di forze politiche », che determina l'intero sistema statale (28). Non solo, dunque, si dissolve il concetto di popolo come soggetto reale e unitario, ma anche quello di potere costituente (29).

Analogamente, in *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, la pluralità sociale, politica, ideale diviene popolo in senso politico, ossia governa in democrazia, grazie ad un processo di « integrazione » che vede quella stessa pluralità organizzarsi prima in partiti politici e poi, all'interno del parlamento, in una maggioranza e minoranza (30).

Dal confronto dialettico tra le due scaturisce infine, per Kelsen, un *compromesso* (31) che egli identifica con il contenuto politico delle

(27) H. KELSEN, *La garantie jurisdictionelle de la constitution*, in « Annuaire de l'Institut internationale de droit publique », (1928), pp. 136-137. È noto come la costituzione austriaca del 1920 preveda la creazione di una Corte costituzionale. Alla fine degli anni '20, le forze politiche austriache conservatrici, in particolare i Cristianosociali, chiedono di modificare il procedimento di nomina dei giudici della Corte, nel quadro di un progetto ben più ampio volto a riformare la costituzione del 1920, che presenta, soprattutto per volere dei Socialdemocratici, un impianto fortemente 'parlamento-centrico'. Alla fine degli anni '20, in un momento di grave crisi politica e sociale per la giovane Repubblica austriaca, i Cristianosociali invocano altresì una trasformazione del testo costituzionale in senso presidenziale e una limitazione forte del primato del potere legislativo, da loro ritenuto una delle maggiori fonti di instabilità politica per il paese. In questa ottica, essi propongono di far sì che i componenti della Corte costituzionale siano scelti in larga misura dal governo piuttosto che dal parlamento, come invece previsto dall'art. 147 della *Verfassung* originaria. La riforma costituzionale viene approvata nel dicembre del 1929 ed essa pone fine al predominio del Legislativo, dando vita, secondo autorevoli studiosi, ad un « sistema parlamentare a preminenza presidenziale ». Sul tema: U. HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova, CEDAM, 2019 e E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, « Rivista. Associazione italiana costituzionalisti », (2016), 1, pp. 1-24. Per il testo della costituzione del 1920 e di quella riformata del 1929 rimando al sito web dell'Archivio online delle Costituzioni storiche dell'Università di Torino: (http://www.dircost.unito.it/cs/indice_paesi.shtml), all'interno del quale è però reperibile solo la versione italiana delle due costituzioni austriache.

(28) KELSEN, *La garantie jurisdictionelle de la constitution*, cit., pp. 63-64.

(29) Si veda a proposito il commento di FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., pp. 152-153.

(30) KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), cit., p. 172 ss.

(31) Il tema del compromesso, quale 'cuore pulsante' della democrazia e della vita parlamentare, è in realtà, a mio avviso, ben più sfaccettato di quanto non si ritenga. Pur

leggi, e la cui realizzazione è resa possibile dal fatto che la minoranza, godendo degli stessi diritti fondamentali della maggioranza, può aspirare a diventare la maggioranza di domani (e viceversa). Se ciò non fosse possibile — puntualizza Kelsen — le leggi sarebbero la mera espressione del « diktat » della maggioranza a danno della minoranza e non ci troveremmo più dinanzi ad un governo di tipo democratico, bensì « autocratico »⁽³²⁾. Peraltro, secondo il giurista, proprio la natura compromissoria delle leggi renderebbe accettabile il « fardello della eteronomia », ossia l'impossibilità di superare lo iato tra chi governa e chi è governato⁽³³⁾.

Preservare il rapporto dialettico tra maggioranza e minoranza, che si poggia sul riconoscimento dei pieni diritti di libertà, diviene allora fondamentale, secondo Kelsen, per difendere l'esistenza stessa della democrazia. Ed è qui, per me, che emerge con forza il collegamento sostanziale tra la sua concezione costituzionale e quella democratica. In *La garantie jurisdictionelle de la constitution* Kelsen afferma che l'attivazione di una Corte costituzionale è indispensabile sotto due punti di vista: solo grazie al controllo di costituzionalità, la costituzione, quale Legge suprema, diviene realmente « obbligatoria » e, inoltre, grazie ad esso, la minoranza può essere difesa da possibili derive liberticide e tiranniche da parte della maggioranza⁽³⁴⁾. Un tema, quest'ultimo, verso il quale Kelsen (da buon liberaldemocratico)

credendo fermamente nella capacità degli attori della politica di giungere a compromessi e intendersi razionalmente, Kelsen è ben distante dal ritenere che sia possibile eliminare la conflittualità. Ed è proprio perché essa esiste che egli considera ancor più irrealistica l'idea di un popolo quale soggetto unitario dotato di una sua volontà pre-costituita, che il parlamento sarebbe in grado di rappresentare realmente. Il compromesso di cui ci parla Kelsen non implica l'annullamento della conflittualità (sociale, politica, ideale), piuttosto il suo de-potenziamento. In tal senso, egli mostrerebbe un atteggiamento molto meno 'idealista' di quanto non si sia soliti attribuirgli. Su questo aspetto: R. SCHUETT, *Hans Kelsen's Political Realism*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2021.

⁽³²⁾ KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), cit., pp. 196-197.

⁽³³⁾ Ivi, pp. 197-199.

⁽³⁴⁾ A mio avviso, soltanto in *La garantie jurisdictionelle de la constitution* Kelsen collega apertamente protezione della minoranza e giustizia costituzionale. Fino ad allora, egli discute di controllo della costituzionalità delle leggi principalmente in rapporto alla nascita della nuova Repubblica austriaca. Il processo costituente austriaco (1918-1920), che peraltro Kelsen segue da vicino, è segnato dal confronto serrato tra Cristianosociali e Socialdemocratici. I primi, appoggiati dalla maggioranza dei governatori dei Länder, ossia le Regioni in cui è suddiviso il territorio dell'Austria tedesca, sostengono il federa-

dimostra sempre una spiccata sensibilità e col quale, nel saggio del 1928, egli si misura dalla particolare prospettiva della « politica costituzionale », forse come risposta al poderoso sviluppo (in Europa e nel suo paese) di movimenti politici (sia di estrema destra, sia di estrema sinistra) anti-liberali, anti-pluralisti, anti-democratici e quindi ben poco inclini al rispetto della minoranza ⁽³⁵⁾:

Se l'essenza della democrazia — scrive il giurista — risiede non già nella onnipotenza della maggioranza, ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare uno strumento idoneo a realizzarla ⁽³⁶⁾.

Per poi ribadire con ulteriore forza che:

La Corte costituzionale può rappresentare un mezzo efficace nelle mani della minoranza per impedire che la maggioranza violi i suoi diritti giuri-

lismo, mentre i secondi sono favorevoli ad uno Stato unitario e accentrato. Sarà infine la soluzione federale a prevalere. In accordo con i Socialdemocratici, con i quali condivide un profondo pregiudizio anti-Länder, Kelsen ritiene, almeno inizialmente, che solo le leggi dei Länder possano essere impugnate dal governo federale. Tuttavia, dopo un lungo dibattito politico e un intenso lavoro di confronto e mediazione che si svolge nella « Sottocommissione per gli affari costituzionali », di cui lo stesso Kelsen è autorevole membro, verrà infine riconosciuta la perfetta reciprocità tra Federazione e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale (art. 138; art. 139), che presuppone il principio (kelseniano) della Corte quale « oggettivo difensore della costituzione »: come tale, essa ha dunque il compito di difendere il primato della Legge costituzionale sia sulle leggi federali, sia su quelle regionali. Solo in questo modo, infatti, per il giurista, sarà possibile salvaguardare l'unità dello Stato contro eventuali spinte centrifughe da parte delle Regioni. Relativamente a Kelsen che si misura con la questione della giustizia costituzionale prima del 1928, rimando, in particolare, a: H. KELSEN, *Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich*, in « Zeitschrift für Österreichisches Recht » (1919/20), 1, pp. 98-122 e Id., *Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der österreichischen Bundesverfassung des 1. Oktober 1920*, « Zeitschrift für Schweiz. Recht », (1923), 52, pp. 192-210. Sul processo costituente austriaco: F. ERMACORA, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, Band 9/II, Wien, Braumüller, 1989.

⁽³⁵⁾ Sullo sviluppo dei movimenti anti-sistema nell'Europa del primo dopo-guerra: S. MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET, 2006.

⁽³⁶⁾ KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution*, cit., pp. 136-137.

dicamente garantiti. In questo modo la minoranza può opporsi alla dittatura della maggioranza ⁽³⁷⁾.

Il controllo di costituzionalità previsto da Kelsen è giustamente considerato l'effetto diretto della sua particolare dottrina dello Stato, quale ordinamento giuridico: in quanto tale tutti i poteri dello Stato, compreso quello legislativo, sono subordinati al Diritto ⁽³⁸⁾. Quella stessa dottrina che, come sottolineato in precedenza, presuppone, a sua volta, la de-sostanzializzazione radicale non solo dello Stato ma anche del popolo. Ed è alla luce di ciò che si può cogliere la portata innovativa della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, così come questa emerge dal saggio del 1928. Una volta negata l'esistenza del popolo, inteso quale entità unitaria e pre-costituita, che esercita il potere costituente, e la cui volontà troverebbe piena e reale espressione nelle leggi fatte dal parlamento, il controllo di costituzionalità non apparirà più un pericoloso e deprecabile attentato alla « volontà generale » del popolo (sovrano), che si manifesta nelle leggi del parlamento democraticamente eletto ⁽³⁹⁾, giacché, per il giurista, tale volontà non esiste e le leggi sono da intendersi piuttosto come un compromesso tra maggioranza e minoranza ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 137-138. È opportuno ricordare che Kelsen si riferisce anche alla minoranza in senso « nazionale », « religioso » e « di classe ». Sul tema della protezione della minoranza nella concezione kelseniana di giustizia costituzionale, rimando a E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, cit., p. 14 ss.

⁽³⁸⁾ P. COSTA, *The Rule of Law: a Historical Introduction*, in *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, ed. P. Costa and D. Zolo, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 115-117.

⁽³⁹⁾ Su questo aspetto, il commento di FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., pp. 152-153.

⁽⁴⁰⁾ Inoltre, dalla peculiare prospettiva di Kelsen, non si avrà neppure alcun bisogno di attribuire la protezione suprema della costituzione ad un soggetto politico, ritenuto capace di porsi al di sopra della pluralità e molteplicità di visioni e interessi, così come di incarnare la totalità del popolo e la sua volontà. Non solo quale logica conseguenza della de-sostanzializzazione del popolo, ma anche perché, a ben vedere, per Kelsen, proprio quelle molteplicità e pluralità appena evocate sono lungi dall'essere qualcosa di negativo e pericoloso, fonte di divisioni e instabilità politiche. Mi sto evidentemente riferendo alla celebre *querelle* tra Kelsen e Schmitt sullo *Hüter der Verfassung*, che non investe solo e soltanto il grande tema della giustizia costituzionale, difesa dall'Austriaco e avversata dal Tedesco, ma anche il significato stesso di democrazia. Per Kelsen, questa coincide essenzialmente con una democrazia parlamentare, liberale, pluralista e fondata sul ruolo centrale dei partiti politici, laddove per Schmitt con una democrazia di carattere plebiscitario. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, (1.

Se infatti è questo il *Wesen* delle leggi in democrazia, allora, dal punto di vista di Kelsen, diverrà rilevante garantire le condizioni affinché tale compromesso abbia luogo e possa essere preservato.

Tra queste, come ho precedentemente precisato, il giurista contempla la garanzia di eguali diritti di libertà. Ma non è abbastanza. Realisticamente, a suo giudizio, non è pensabile affidarsi alle buone intenzioni e alla correttezza della maggioranza: questa, se priva di alcun limite, potrebbe tiranneggiare la minoranza. Contro una simile e potenziale minaccia interviene allora la Corte costituzionale che, proteggendo la minoranza, non solo contribuisce a garantire — come opportunamente puntualizza Fioravanti — « il dispiegarsi della pluralità sociale, politica, ideale »⁽⁴¹⁾, ma anche — aggiungo io — la successiva « integrazione » di tale pluralità in sede parlamentare.

Al contempo, è indubbio che il meccanismo di giustizia costituzionale immaginato dal giurista austriaco non si ricolleggi, in alcun modo, ad una concezione della democrazia coerentemente costituzionale⁽⁴²⁾.

Nella prospettiva kelseniana, la Corte costituzionale è chiamata a far rispettare quelle regole e procedure che consentono alle leggi di essere frutto di un compromesso, piuttosto che a proteggere valori e principi generali, fissati nella costituzione, da intendersi, a loro volta, come un limite sostanziale all'attività del Legislatore⁽⁴³⁾.

Muovendo dal presupposto, radicato nel suo spietato attacco contro la dottrina del diritto naturale⁽⁴⁴⁾, per cui valori e principi sono intrinsecamente relativi, mutevoli, in quanto prodotto umano, Kelsen è infatti contrario a inserire qualsiasi tipo di dimensione

Auf. 1929), Tübingen, Mohr Siebeck, 1931; H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tübingen, Mohr Siebeck, 1931. Sullo scontro tra Schmitt e Kelsen si veda: S. L. PAULSON, *Hans Kelsen and Carl Schmitt. Growing Discord Culminating in the "Guardian" Controversy*, in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, ed. J. Meierheinrich and O. Simmons, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 510-546.

(41) FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 155.

(42) Ivi, pp. 156-166.

(43) Sul rapporto tra giustizia costituzionale e democrazia: G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, Einaudi, 2005 e L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016.

(44) H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag, 1928.

valoriale nel testo costituzionale. Se avvenisse ciò, egli ritiene che il giudice costituzionale si trasformerebbe da « legislatore negativo » (colui che controlla) a « legislatore positivo » (colui che crea), arrogandosi così una competenza altresì propria del parlamento ⁽⁴⁵⁾. Soltanto questo, per il giurista, è il ‘cuore pulsante’ della democrazia moderna, che infatti, a suo giudizio, può essere solo di tipo *parlamentare*, poiché soltanto all’interno del corpo legislativo trova piena realizzazione il confronto politico tra maggioranza e minoranza. Tuttavia, al di là della indubbia centralità che, sin dagli *Hauptprobleme*, Kelsen attribuisce al parlamento e senza poter entrare nel merito della sua (per me) controversa concezione dei valori, è altresì rilevante riconoscere che egli si misura con il grande problema di porre dei limiti al potere legislativo, o meglio alla maggioranza parlamentare. In particolare, sulla scia della ‘lezione’ di Fioravanti, mi sembra opportuno sottolineare come Kelsen riesca a conciliare principio democratico e limiti al potere proprio a partire da un peculiare modo di intendere sia la costituzione democratica, sia la democrazia. Un modo che rimanda, tra le altre cose, proprio a quella ‘rivoluzione giuridica’ precedentemente tratteggiata. Traendo allora fino in fondo le conseguenze del ragionamento fatto da Fioravanti nel suo saggio del 1987, si potrebbe affermare che proprio nella *Habilitationsschrift* è contenuto uno dei presupposti teorici fondamentali dell’intera visione kelseniana sia di costituzione democratica, sia di democrazia, ossia la radicale critica all’esistenza di qualsiasi unità preconstituita, o meglio, alla sostanzializzazione di entità e dimensioni che, per il giurista austriaco, sono altresì intrinsecamente plurali, composite e diversificate.

A differenza di molta letteratura che ha schiacciato la concezione kelseniana della costituzione democratica sul suo confronto-scontro con Schmitt, Fioravanti ha saputo spiegare come quella stessa concezione non possa essere pienamente compresa se prescindiamo dalla ‘rivoluzione giuridica’ condotta, secondo lui, negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e quindi se cerchiamo di astrarre da un dato oggettivo, ossia che Kelsen è prima di tutto ed essenzialmente un giurista. Che la sua idea di costituzione democra-

⁽⁴⁵⁾ KELSEN, *La garantie jurisdictionelle de la constitution*, cit., pp. 99-110; pp. 118-120.

tica comporta un attacco intellettualmente poderoso al modo in cui altri giuristi prima di lui hanno definito lo Stato, il popolo, la volontà dello Stato etc. Che la sua rottura con quella grandiosa tradizione di pensiero che, dalla Rivoluzione francese in avanti, ci parla della costituzione democratica quale espressione suprema del potere costituente del popolo — roussovianamente inteso nei termini di soggetto unitario, omogeneo e pre-costituito — è, per molti e sostanziali aspetti, l'effetto di un'altra rottura, quella che l'Austriaco opera con la *traditionelle Staats- e Rechtslehre*. Ora, tenere bene a mente la centralità degli *Hauptprobleme* offre una chiave di lettura ancora oggi, per me, di assoluto interesse innanzitutto perché consente di cogliere il collegamento profondo tra la critica alla tradizione giuridica contenuta nell'opera del 1911 e alcuni aspetti salienti della successiva opera gius-politica di Kelsen. La consapevolezza di ciò è particolarmente importante e utile proprio per collocare la riflessione kelseniana sulla costituzione democratica (e in generale sulla democrazia) in una prospettiva, per così dire, di lungo periodo, evitando così di trasformare tale riflessione nella controparte *sic et simpliciter* di quella schmittiana (come si continua troppo spesso a fare), sia di considerarla quale tassello di un'opera politica più ampia, interessante e 'attuale' principalmente perché offrirebbe strumenti di critica contro il populismo ⁽⁴⁶⁾.

Il saggio di Fioravanti sta lì, infatti, a ricordarci che misurarsi con il concetto di costituzione democratica secondo Kelsen implica innanzitutto confrontarci con un giurista che riflette criticamente sulla tradizione giuridica a lui precedente. Ed è questo un ottimo punto di partenza, allora come oggi.

⁽⁴⁶⁾ Mi sembra che sia la possibilità di ritracciare nell'opera politica di Kelsen un vero e proprio armamentario concettuale utile a criticare, in particolare, le teorie populiste odierne ad animare, per certi aspetti, la *Kelsen-Renaissance* degli ultimi anni, ossia lo sviluppo — del tutto meritorio — di nuovi e sempre maggiori studi dedicati al pensiero politico del giurista austriaco. In tal senso, il recente libro di SCHUETT, *Hans Kelsen's Political Realism* cit., è un ottimo esempio, così come lo sono i riferimenti della politologa Nadia Urbinati, impegnata in una serrata critica al populismo, in merito alla concezione proceduralista, parlamentare e pluralista di Kelsen.

FULCO LANCHESTER
LA SITUAZIONE STORICO-SPIRITUALE
DEL COSTITUZIONALISMO NELLO STATO
DI DIRITTO COSTITUZIONALE DEMOCRATICO DI MASSA

1. Premessa. — 2. Il costituzionalismo e i suoi significati. — 3. Per una analisi realistica. — 4. Gli avvenimenti più recenti. — 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Nel corso di questo intervento, dedicato alla *situazione storico-spirituale* del costituzionalismo nello Stato di diritto costituzionale democratico di massa, dopo aver definito in maniera sintetica il termine costituzionalismo e le sue differenti origini, anche sulla base della lezione di Maurizio Fioravanti, evidenzierò come i suoi due significati (in senso stretto e in senso lato) possano essere utilizzati per l'implementazione di una strategia di libertà sia negli ordinamenti statuali, sia nell'ambito delle istituzioni della globalizzazione e della integrazione sovranazionale.

Il ricorso nel titolo ad espliciti riferimenti schmittiani, non vuole tanto celebrare il secolo dalla pubblicazione del volume *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* ⁽¹⁾ del giurista di Plettenberg, ma desidera piuttosto sottolineare la necessità metodologica di situare l'analisi concettuale ed istituzionale nell'ambito delle trasformazioni che gli ordinamenti politici costituzionali subiscono nel tempo, tenendo anche conto dello sviluppo del modo di produzione e dei rapporti geopolitici. Ciò al

(1) C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1923, ma anche ID., *La teoria politica del mito* (1923), in *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 11 ss.

fine di impostare un'adeguata strategia teleologica fondata su valori e su principi.

2. *Il costituzionalismo e i suoi significati.*

In questo specifico quadro, il costituzionalismo è frutto di una miscela di fattori che deve essere preliminarmente definita. Maurizio Fioravanti ha, da par suo, evidenziato la duplicità di significato del termine: da un lato come *resistenza* al potere, dall'altro come richiesta di *partecipazione* (2).

Prima di procedere, è bene aggiungere due considerazioni. In primo luogo, evidenzio che questo processo di specificazione si svolge *prima in modo esterno* al circuito potestativo (attraverso l'esercizio di *influenza* sul potere politico) (3), *poi interno* al particolare indirizzo volto alla *distribuzione autoritativa di valori materiali o immateriali* (4).

In secondo luogo, rilevo che lo sviluppo del termine risulta osservabile anche in periodo precedente alla cosiddetta *grande scissione* tra pubblico e privato. Si tratta di una scissione che ha portato alla costruzione processuale dello *Stato moderno*, il quale assume caratteristiche diversificate nel tempo e nello spazio.

Senza nemmeno fare ricorso alla *Begriffsgeschichte* (5), appare, dunque, evidente che il sostantivo costituzionalismo possieda perlomeno due significati principali. Il primo, più generale, si riferisce alla limitazione del potere interpersonale in qualsiasi tipo di istituzione sociale; il secondo più specifico, invece, riguarda una *formola politica* — che può essere articolata in maniera differente al fine di giustificare il rapporto comando-obbedienza nell'ambito della *distri-*

(2) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, Laterza, 2015, in particolare pp. 215 ss.

(3) F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 28, sulla base della famosa affermazione di George Washington *Influence is not government (Einfluss ist nicht Regieren)*, riportata da J.C. BLUNTSCHLI ne *Die Gründung der Amerikanische Union von 1797*, Berlin, Habel, 1872 (prima ed. 1868), pp. 18-19.

(4) D. EASTON, *A System Analysis of Political Life*, New York, Wiley, 1965, pp. 350 ss.

(5) O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK HRSG, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialer Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1979-1992.

buzione autoritativa dei valori e da cui discendono precetti normativi di organizzazione tecnico-istituzionali concreti.

Nel primo caso le origini del termine sono risalenti (6). L'esempio del costituzionalismo inglese evidenzia come, in tutte le organizzazioni umane minimamente ordinate, debba esserci prevedibilità e quindi certezza del diritto (7). Il costituzionalismo, praticato in Inghilterra nel '500/'600, sulla scorta della *sapienza artificiale* delle corti di *common law*, affermò che in qualsiasi organizzazione (privata o pubblica) dovessero esservi limitazione del potere e prevedibilità.

E ancora oggi, proprio in ambito anglo-americano, le regole di gestione dei collegi deliberativi di ogni tipo (fino ad arrivare alle assemblee condominiali) sono regolate dalla *parliamentary law*, la cui radice viene fatta risalire al Parlamento britannico dalla fine del XVI secolo e che si è poi estesa in tutti gli ambiti collegiali (8). Non è un caso infatti — come ci ha ricordato anche Francesco Galgano — che in quello stesso periodo John Locke avesse redatto l'innovativo *Statuto della Compagnia delle Indie* e che, successivamente, ne avesse trapiantato alcuni principi nel *Secondo trattato sul governo civile* (pubblicato anonimo proprio alle spalle della *glorious revolution*), prospettando il prototipo di costituzionalismo liberale oligarchico (9) e trasferendo al pubblico regole giuridiche di prevedibilità e autonomia nate, appunto, all'interno di istituzioni privatistiche.

Il costituzionalismo come *formola politica* risulta, invece, collegato in modo diretto solo al pubblico ed in particolare al livello di distribuzione autoritativa dei valori, sulla base di principi che risalgono ad un *pactum (covenant)*, presupposto o reale, tra i componenti della comunità politica (10).

(6) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, Carocci, 2018, *passim*.

(7) *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1962 e N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet, 1976.

(8) *Robert's Rules of Order Revised for Deliberative Assemblies*, Chicago-Atlanta-New York, Scott, Foresman and Company, 1915, p. 15.

(9) F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 115 ss.

(10) R.F. BENSEL, *The Founding of Modern States*, Cambridge, U.P., 2022, pp. 23 ss.

Le due *definizioni* hanno in apparenza radici differenti, ma sono intimamente connesse. La prima si collega, però, al costituzionalismo inglese, che nasce — infatti — come reazione delle assemblee parlamentari e dei giudici di *common law* al crescente assolutismo regio in difesa della costituzione medievale ⁽¹¹⁾. Mentre la seconda si congiunge alla tradizione francese e possiede un significato più marcatamente ideologico ⁽¹²⁾. In esso si evidenzia che un ordinamento non possiede costituzione quando non si conformi a un certo modello sia per quanto riguarda il tipo di adozione sia per quanto riguarda il contenuto. Da ciò scaturisce una polemica sulla natura del costituzionalismo stesso e sul carattere che un documento deve possedere per essere definito *costituzione in senso stretto*, a causa del sovrapporsi delle esigenze di limitare il potere, insite nella tecnica costituzionalistica liberale, con il problema della sua relativa democratizzazione ⁽¹³⁾.

Aggiungo che per alcuni autori, non si ha Costituzione se non sono rispettati determinati parametri e, in particolare, l'esistenza di un potere costituente democratico ⁽¹⁴⁾, mentre per altri è sufficiente l'esistenza di un testo scritto definito come costituzionale quale che sia la natura della procedura di adozione, il suo contenuto, il tipo di rigidità.

In proposito credo sia indispensabile ribadire la storicità del fenomeno, la sua peculiare allocazione e l'influenza che il costituzionalismo (in senso lato e in senso stretto) ha avuto per lo sviluppo delle società occidentali, respingendo prima di tutto quell'impostazione istituzionalistico-positivistica di origine autoritaria per cui vi sarebbe diritto costituzionale (e quindi anche un costituzionalismo) in qualsiasi ordinamento, finanche autoritario o a tendenza totalitaria. Il brocardo *ubi societas, ibi ius*, rischia di banalizzare come antiscientifico il fatto che il costituzionalismo nel suo duplice aspetto

⁽¹¹⁾ C. H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1990.

⁽¹²⁾ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1928.

⁽¹³⁾ M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Cambridge, U.P., 2022, pp. 191 ss.

⁽¹⁴⁾ V. per tutti D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte, 1776-1866; vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993 e Id., *Esiste una costituzione europea?*, in *Nomos*, 2000, nn. 2-3, pp. 7 ss.

sia *una tecnica di libertà*, correlata con la nascita di istituzioni rappresentative. Ad esempio l'interpretazione romaniana in tal senso è recuperabile nelle *Lezioni di diritto costituzionale* ⁽¹⁵⁾ di Santi Romano del 1931 e si contrappone in modo esplicito all'idea del diritto costituzionale come scienza organizzativa degli stati liberi e rappresentativi, che — invece — si identifica con il costituzionalismo in senso stretto della giuspubblicistica ottocentesca. Una simile impostazione costituisce l'eredità del costituzionalismo tedesco, basato sul *monarchische Prinzip*, che — nell'epoca dello Stato di massa — copre l'arbitrio del capo carismatico, della burocrazia partitocratica o dell'aziendalismo.

I limiti al potere e la democratizzazione del costituzionalismo contemporaneo costituiscono, comunque, i due elementi che lo caratterizzano sia per quanto riguarda i su accennati rapporti tra individuo e autorità (forma di Stato) sia per quanto riguarda i rapporti tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (forma di governo) e *scandiscono il passaggio dal cosiddetto Stato di diritto legislativo parlamentare* (oligarchico o di massa) *a quello costituzionale democratico di massa* ⁽¹⁶⁾.

Lo *Stato di diritto costituzionale* individua — com'è noto — un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non vulnerabili dalle cangianti maggioranze parlamentari, anche se interpretabili in modo diversificato. La sua introduzione ha costituito, in ambito europeo, un progressivo abbandono della teoria della tradizionale supremazia dell'organo legislativo (inteso in senso stretto o complesso) ⁽¹⁷⁾ e la costruzione di un ordinamento in cui i diritti fondamentali degli individui e i rapporti tra gli organi costituzionali sono sottoposti a limiti e garanzie di tipo giurisdizionale.

⁽¹⁵⁾ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1931 (terza ed. aggiornata), pp. 10-11.

⁽¹⁶⁾ C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973; F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁽¹⁷⁾ In effetti anche in questo si evidenzia la complessità dei referenti nell'ambito della tradizione costituzionalistica: da un lato si pone infatti la teoria della sovranità del parlamento di derivazione inglese, in cui per parlamento si intende un organo complesso costituito dal Sovrano e dalle Camere; dall'altro la sovranità del parlamento come rappresentante della Nazione o del Popolo nelle varie fasi che caratterizzano la transizione dal modello liberale - oligarchico a quello democratico di massa.

Una simile dicotomia possiede una sua linearità, ma può essere meglio articolata considerando che, alla base del diritto costituzionale contemporaneo si pongono, più tradizioni che possono essere identificate in *tre rivoluzioni*: inglese, nordamericana, francese e *quattro filoni applicativi* inglese, americano, francese, tedesco, i quali stanno alla base dello Stato di diritto nelle due versioni (legislativa, costituzionale). Entrambe le suddette versioni possiedono due varianti: la moderata e la estrema. I filoni anglo-americani, così come le rivoluzioni, risultano tra loro connessi; lo stesso si può dire di quello franco-tedesco ⁽¹⁸⁾.

È nell'appartenenza alla famiglia di *common law* o a quella di *civil law* ⁽¹⁹⁾ che si incardinano le ragioni della presenza di questi differenti filoni e varianti. Quanto affermato si applica anche alla situazione socio-economica (ad es. periodo e tipo di industrializzazione) e al contesto geopolitico in cui si inseriscono i singoli ordinamenti.

La complessità delle influenze e delle applicazioni rende difficili e incerti i riferimenti. Tuttavia, quando in Italia si parla di modello costituzionale democratico, normalmente ci si riferisce al complesso di principi della rivoluzione francese, evidenziando una tradizione che ha avuto e possiede ancora tanta influenza negli ordinamenti liberal-democratici, anche se oggi sembra nettamente sulla difensiva.

La crisi del modello francese e dello Stato legislativo, tipico del XIX secolo, ha corrisposto, infatti, alla presa di coscienza della pericolosità di una costruzione basata sul volere delle maggioranze, per cui — dopo l'esperienza del totalitarismo e del secondo conflitto mondiale — si è affermato il cosiddetto Stato costituzionale, basato su diritti inviolabili e sull'attività delle corti costituzionali, organi tecnici che hanno come compito quello di garantire la conformità ai valori costituzionali.

Nell'ambito di simili problematiche Dieter Grimm, legato alla specifica tradizione culturale del diritto tedesco, ha ricostruito in modo coerente la prospettiva del costituzionalismo nel secondo senso, sulla base della tradizione settecentesca americana e francese

⁽¹⁸⁾ F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia*, cit.

⁽¹⁹⁾ R. DAVID, C. JUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 2004.

(così come avevano fatto prima di lui Bluntschli, Jellinek, Redslob), ma ha teso a trascurare, in modo consapevole, quella inglese, che ha invece generato entrambe attraverso Montesquieu e i *framers* (20). D'altro canto Peter Häberle, figlio dello smendismo attualizzato di Hennis (21), gioca abilmente con le sue costituzioni parziali tra i due concetti all'interno di una volta globale onnicomprensiva (22).

La dicotomia tra le due impostazioni è chiara. Dieter Grimm nella sua citata opera su *Constitutionalism, Past, Present and Future* limita il costituzionalismo e la Costituzione laddove c'è il popolo e la politicità statale, mentre nella più recente risulta orientato allo studio del diritto vivente attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale (23). Invece Häberle è più favorevole alla costituzionalizzazione del diritto internazionale nella linea unica *top-down* che caratterizza questo indirizzo (24), ma è evidente che le obiezioni di Grimm sui limiti sostanziali di una simile prospettiva risultano rilevanti. Häberle è dunque più ottimista, Grimm meno, ma entrambi non sembrano essere eccessivamente preoccupati dai miasmi che avvolgono il costituzionalismo contemporaneo e che ne stanno corrompendo la fragranza.

Per quanto mi riguarda, ribadisco di percepire sempre più forte — nell'avanzante riqualificazione dei rapporti geopolitici, che coinvolge sia l'economia che i rapporti di potenza, nella crisi dello stato sociale e della democrazia rappresentativa — il tanfo degli anni Venti/Trenta del secolo scorso, con pericoli che solo una strategia articolata può contrastare, tenendo conto delle trasformazioni geopolitiche del terzo millennio.

(20) D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford, U.P., 2016, ma anche Id., *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in *The Twilight of Constitutionalism?*, P. Dobner, M. Loughlin (eds.), Oxford, U.P., 2010, pp. 3 ss.

(21) In forma polemica v. ROBERT CHR. VAN OOYEN, *Integration: Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik*, Wiesbaden, Springer, 2014.

(22) Vedi P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur: Vorstudien eine universalen Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.

(23) Vedi D. GRIMM, *Die Historiker und die Verfassung: ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetz*, München, Beck, 2022.

(24) P. HÄBERLE, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, in *Nomos*, n. 2, 2018.

3. *Per una analisi realistica.*

La mia personale prospettiva conferma, innanzitutto, un'antropologia pessimista che riconosce l'esigenza di limitare il potere in qualsiasi tipo di organizzazione umana (pubblica o privata) al fine garantire libertà di autodeterminazione del singolo e dei gruppi, ma anche la necessaria efficienza delle stesse istituzioni interessate.

In secondo luogo, sostengo che i due sensi indicati del costituzionalismo con istituzioni prevedibili e regolate e sviluppo economico fondato sulla libertà di mercato siano tra loro connessi, ma non totalmente sovrapponibili.

Lo sono stati, ma rischiano di non esserlo più se non vi è un'opportuna attività del pubblico e della comunità per mantenere pluralismo e uguaglianza (25). Ancora di recente Acemoglu, Robinson e Fukuyama ci hanno detto qualcosa in merito (26), così come i dati sui differenti sviluppi economici nell'ultimo mezzo millennio sono stati scaverati da Pomeranz, Maddison e Arrighi (27).

È significativo, in particolare, che Francis Fukuyama abbia recentemente svalutato l'esperienza del costituzionalismo nei due sensi evidenziati in precedenza, preferendo la versione autoritaria, basata sulla costruzione di istituzioni statali efficienti come condizione sia dello sviluppo economico che di quello democratico. Non è quindi un caso che la via allo sviluppo tracciata recentemente dallo studioso nippo-americano non sia tanto quella anglo-americana, ma quella della Germania federiciana e bismarckiana (28), in alternativa esplicita all'esempio statunitense.

In questa duplice linea è necessario sottolineare tre fattori:

— da un lato, l'importanza del fenomeno geopolitico per spiegare le radici marittime e non terragne dello stesso costituzionalismo (29);

(25) V. per questo implicitamente anche L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Einaudi, 2004, *passim*.

(26) D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, Il Saggiatore, 2013 e F. FUKUYAMA, *Political Order and Political Decay*, New York, Farrar-Straus and Giroux, 2014.

(27) Su cui v. F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, *passim*.

(28) FUKUYAMA, *op. cit.*, *passim*.

(29) C. SCHMITT, *Land und Meer: Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Leipzig, Reclam, 1942, ma per coerenza preferisco O. HINTZE, *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980 (a cura di P. Schiera).

— dall'altro la rilevanza dell'omogeneità sociale delle comunità coinvolte e dei soggetti politicamente rilevanti su cui si era soffermato già a suo tempo il Bryce ⁽³⁰⁾;

— infine, la connessione tra il costituzionalismo con lo sviluppo processuale dell'istituzione storicamente situata, denominata *Stato moderno*, sviluppatasi nel continente europeo e poi estesasi in altri contesti e altre culture.

Detto questo, chi voglia seguire la dinamica del costituzionalismo in maniera sintetica deve, dunque, tenere conto dello spostamento degli assi geopolitici: dal Mediterraneo all'Atlantico; dall'Atlantico meridionale a quello settentrionale; dall'Atlantico settentrionale europeo a quello settentrionale americano; dall'Atlantico settentrionale americano al Pacifico prima nippo-americano, poi sino-americano (il c.d. *Asian Pivot*) ⁽³¹⁾.

Come è noto, lo sviluppo del costituzionalismo nello Stato democratico costituzionale di massa si è prodotto nel corso della seconda ondata di democratizzazione, successiva al secondo conflitto mondiale. Furono soprattutto i paesi sconfitti (Germania, Giappone ed Italia), ma anche — in parte — l'India che ne beneficiarono nel corso dei cosiddetti 'Trenta gloriosi', caratterizzati dalla contrapposizione bipolare Usa-Urss e dalla decolonizzazione.

La terza fase descritta da Samuel Huntington ⁽³²⁾ inizia, invece, con il cambiamento negli ordinamenti del Sud-Europa (Portogallo, Grecia Spagna) e finisce con quelli dell'Europa dell'Est. Gli anni Settanta sono caratterizzati — come dicono gli storici contemporanei e gli scienziati delle relazioni internazionali — dall'inizio dello spostamento dell'asse geopolitico verso il Pacifico e dal fallimento della secolarizzazione dell'Islam politico.

L'illusione della fine della storia e del trionfo del costituzionalismo democratico entrò in crisi già negli anni '90 del secolo scorso, con il riaprirsi esplicito di vecchie faglie (religiose, etniche, econo-

⁽³⁰⁾ J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, pp. 255 ss.

⁽³¹⁾ F. LANCHESTER, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, *passim*.

⁽³²⁾ S. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman (OK) - London, University of Oklahoma, 1991.

miche, regionali) e con il ridimensionamento del processo di integrazione politica europea, al di là del suo allargamento ad Est.

I crudi dati economici vedono gli ordinamenti industriali avanzati in recessione per quanto riguarda il Pil pro capite e l'allargarsi della contraddizione sempre più palese tra capitalismo e democrazia⁽³³⁾.

Gli ordinamenti industriali avanzati, caratterizzati da istituzioni democratiche, vedono messi in forse — soprattutto in Europa — i loro plinti: lo Stato sociale e le istituzioni democratico-rappresentative. Un simile fenomeno produce — in modo differenziato, ma comune — l'indebolimento del presupposto che le istituzioni liberal-democratiche siano connesse allo sviluppo economico capitalistico.

La realtà contemporanea evidenzia, infatti, un capitalismo globalizzato che può rinunciare al *government* democratico per favorire — se va bene — una *global governance* di tipo aziendalistico-autoritario, mentre tra le masse si generano e si rinfocolano pulsioni sovraniste, che rafforzano le paure e i problemi del passato⁽³⁴⁾.

Le paure, soprattutto in Europa, sono quelle — dunque — suscitate dai ricordi degli anni Venti e Trenta e dalle crisi delle democrazie parlamentari del primo dopoguerra⁽³⁵⁾. I problemi sono dati dal crescere della diseguaglianza e della sfiducia nelle istituzioni democratiche che ha già portato alle tragedie della guerra civile europea 1914-1989.

In questa prospettiva, già dopo la crisi del 2008, che non è stata solo finanziaria, si sono aperte le porte al ripensamento della prospettiva di globalizzazione, estrinsecatasi con forza dirompente dalla fine degli anni Ottanta. Oggi, la guerra russo-ukraina e l'emergenza sanitaria hanno imposto un ripensamento che prefigura, ai limiti del conflitto generale, la strategia della (ri)globalizzazione, ovvero il

(33) T. PIKETTY, *Le Capital du XXI^e siècle*, Paris, Seuil, 2013 e ora R. KUTTNER, *Can Democracy Survive Global Capitalism?*, New York, W. W. Norton & Company, 2018.

(34) V. di recente D. GOODHART, *The Road to Somewhere: The Populist Revolt and the Future of Politics*, London, Hurst, 2017, *passim*; per una riconsiderazione degli studi sulla democrazia v. ora R. DOORENSPLEET, *Rethinking The Value Of Democracy. A Comparative Perspective*, London, Palgrave-McMillan, 2019.

(35) F. LANCHESTER, *Lo Stato di democrazia pluralista in Europa*, in « Percorsi costituzionali », 2017, n. 1, pp. 53 ss.

ritorno alla contrapposizione tra Noi e Loro, ma anche il ritorno al mito nazionale etnico-linguistico.

4. *Gli avvenimenti più recenti.*

Ci si chiede — anche in questa sede — come reagire alla situazione contemporanea senza farsi cullare dai *cascami* dell'utopia kantiana (di cui l'Onu rappresenta l'Istituzione vivente) o dal pessimismo senza speranza.

A mio avviso le paure possono essere limitate e le vie d'uscita individuate più facilmente, se — attraverso l'analisi realistica — si tiene conto che i fenomeni autoritari e/o totalitari del '900 sono nati dall'anarchia internazionale e regionale e dalla crisi economica non gestita.

Guardare con occhi asciutti i problemi della dinamica demografica e di riqualificazione dei rapporti di potenza economica e politica rappresenta il primo passo per individuare il futuro del costituzionalismo e le sfide da cui può essere investito.

Il secondo passo è riconoscere che gli ordinamenti occidentali basati su istituzioni democratiche vedono rinsecchirsi le stesse, perché si è indebolito il baccello dello Stato nazionale in cui si sono sviluppate, mentre le istituzioni della globalizzazione ⁽³⁶⁾ sono burocratiche e lontane, basate sul debole controllo/partecipazione dei soli esecutivi nazionali, o addirittura senza controllo. Poiché gli ordinamenti nazionali non forniscono risposte adeguate, cresce la contestazione populistica che, soprattutto negli ordinamenti deboli e divisi, comporta tensioni che possono giungere al punto di rottura.

Prima della crisi Ucraina (che però covava da parecchio tempo ed è esplosa perlomeno dal 2014), è un fatto che la finanza internazionale stimasse molto più affidabili Xi-Jinping, Putin, Orbàn ed Erdogan che i *leaders* democratici, obbligati a fare continuamente i conti con elettorati e maggioranze volubili.

D'altro canto, non bisogna nascondersi che alla base delle difficoltà si pone la situazione della democrazia statunitense, ovvero la potenza egemone che non soltanto è affetta dalla concorrenza di

⁽³⁶⁾ S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2012.

nuovi soggetti sul piano internazionale, ma sta soprattutto vivendo difficoltà interne rilevanti che si estrinsecano all'esterno (37).

L'acuirsi delle tensioni globali, ma soprattutto quelle nell'est europeo prospettano un ripensamento della globalizzazione o meglio — come si diceva — della (*ri*)globalizzazione che somiglia, appunto, al ripresentarsi della nota frattura postbellica del Noi contro Loro.

In una simile situazione c'è, dunque, il pericolo che il costituzionalismo in senso forte venga considerato debole ed inefficiente con la conseguente adesione ad una versione estrema della *wehrhafte Demokratie* di Loewenstein (38), mentre la riqualificazione dei rapporti geopolitici prepara scontri e frizioni sempre più rilevanti.

In questo contesto si sente sempre più palese la mancanza di una Unione Europea forte e capace di gestire il lockiano *potere federativo* (politica estera e politica della difesa) in modo autonomo anche rispetto alla superpotenza Usa e alla Nato. La marginalizzazione del continente è un processo oramai secolare, previsto da Alexis de Tocqueville negli anni Quaranta del secolo XIX e certificato da Raymond Aron un secolo dopo (39).

L'occasione di una parziale inversione di tendenza successiva al 1990 non è stata colta soprattutto dalla Germania, che non è riuscita ad essere la Prussia europea dopo la riunificazione, illudendosi della sufficienza del recupero della sovranità nazionale nella democrazia. L'allargamento ad est soltanto dal punto di vista economico ha, invece, acuito le tensioni che precedentemente erano rimaste congelate dal conflitto USA-URSS nel secondo dopoguerra.

5. Conclusioni.

All'inizio di queste pagine ho fatto cenno sia all'opera di Carl Schmitt, con la sua graffiante critica al *parlamentarismo*, sia alla

(37) Su questo rinvio in particolare a F. LANCHESTER, *Le crisi delle democrazie pluraliste: il caso USA*, in *La crisi della democrazia statunitense: ragioni e prospettive*, a cura di G. Amato, F. Lanchester, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2023, pp. 3 ss.

(38) V. K. LOEWENSTEIN, *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*, Paris, LGDJ, 1939.

(39) V. perlomeno R. ARON, *Appelon les choses par leur nom*, in *Politique française, Articles 1944-1947*, Paris, Editions de Fallois, 2016.

definizione di costituzionalismo di Fioravanti come *limite* e come *partecipazione*. L'idea del superamento di schemi tipici del liberalismo oligarchico di fronte alla realtà dello Stato di massa veniva svolta da Schmitt attraverso schemi identitari, che negavano alcune delle caratteristiche del costituzionalismo, torcendo la realtà istituzionale verso l'autoritarismo e al limite il totalitarismo. Mentre la prospettiva di Fioravanti evidenzia come l'elemento democratico debba essere continuamente controllato, ma sia ineliminabile, così come quello dei contropoteri che lo limitano.

La soluzione postbellica dello Stato costituzionale democratico di massa ha metabolizzato in Europa la lezione dell'*incubo di Weimar* e si è basata sull'ombrello statunitense. I *Trenta gloriosi* si sono però fondati anche sulla stabilità di fratture (*cleavages*) ereditate dal passato e sulla funzione di cinghia di trasmissione dei partiti di massa.

Le trasformazioni degli ultimi cinquant'anni hanno però trasformato profondamente gli ambiti cui fanno riferimento le istituzioni liberal-democratiche. Non soltanto l'accennato spostamento degli assi geopolitici, ma la rivoluzione digitale influenzano intensamente l'attività dei soggetti politicamente rilevanti, mentre gli elettori sono divenuti meno partecipi e più volatili.

Oggi ci ritroviamo in un tornante che assomiglia (come ho già messo in evidenza) per certi aspetti a quello degli anni Venti, ma nell'ambito di uno *spazio geopolitico* dove l'Europa risulta *oramai periferica*. In un simile quadro il costituzionalismo rischia di essere percepito come un valore *occidentale*, connesso oramai alla potenza statunitense e alle sue vicende interne, e non un patrimonio dell'intera umanità. Di fronte all'odierna emergenza bellica sul continente europeo, che vede i nove ordinamenti dell'Europa orientale come fronte avanzato dello scontro, mentre Francia e Germania non sviluppano oramai azioni significative, soprattutto la dinamica del sud Europa assume caratteri diversi, ma non meno pericolosi per la stabilità degli ordinamenti di democrazia costituzionale pluralista.

Quali le soluzioni per salvare principi e valori del costituzionalismo nei due sensi precedentemente individuati? In queste ultime righe metterò da parte il precedente e palese pessimismo, per affermare che *teoricamente* il costituzionalismo come contropotere è applicabile in profondità anche nelle istituzioni della (ri)globalizza-

zione, mentre quello specifico dello Stato di diritto costituzionale democratico di massa suggerisce, invece, un salto di qualità per gli ambiti sopranazionali e la riproposta approfondimento per quelle nazionali.

In sostanza ci sarebbe bisogno di più *governance*, trasparente e parametrata al costituzionalismo in senso lato, sul piano delle istituzioni della globalizzazione e di un salto di qualità verso il *government* negli ordinamenti sovranazionali (in particolare europei), mentre sul piano nazionale la ristrutturazione istituzionale dovrebbe comportare il recupero della legittimazione partecipativa, ricostituendo dal basso il senso di comunità e di partecipazione attiva.

Di fronte a simili aneliti, continuo a percepire la difficoltà di un simile *vaste programme* ⁽⁴⁰⁾, ma rilancio.

⁽⁴⁰⁾ Per il riferimento al *vaste programme* v. M. JULLIAN, *De Gaulle: pensées, répliques et anecdotes*, Paris, La recherche midi éditeur, 1994, p. 198.

**LO STATO COSTITUZIONALE
E LE SUE TRASFORMAZIONI**

PAOLO CARETTI
LO STATO COSTITUZIONALE
NELLA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE

1. Premessa. — 2. I mutamenti del contesto generale. — 3. I riflessi sul 'programma' dello Stato costituzionale. — 4. L'esigenza di ripensare lo Stato costituzionale in una dimensione sovranazionale.

1. *Premessa.*

Vorrei innanzitutto ringraziare gli amici storici per avermi invitato a partecipare alla pubblicazione degli atti dell'incontro di studio promosso per ricordare un carissimo amico ed eccellente studioso come Maurizio Fioravanti. È un invito che ho accolto con grande piacere per il rapporto di particolare stima e amicizia che mi legava a Maurizio, nato attraverso una costante frequentazione alimentata dalla forte comunanza dei nostri ambiti di ricerca. Avrei dovuto svolgere di persona il mio intervento nella sezione dedicata alle trasformazioni dello Stato costituzionale, ma per ragioni di salute non mi è stato possibile essere presente. Affido così a queste pagine le brevi considerazioni che avrei espresso a voce.

Nelle relazioni che sono state svolte nel corso dell'incontro sono state ripercorse le varie tappe che hanno segnato l'itinerario scientifico di Fioravanti centrato sulla nascita dello Stato costituzionale, sulle sue principali caratteristiche, sulla sua sostanziale discontinuità con l'esperienza dello Stato di diritto che ha caratterizzato tutta la storia dello Stato liberale tra Otto e Novecento. Ne emerge una ricostruzione degli sviluppi della statualità che via via si fa più articolata e precisa e che finisce per superare i confini delle specifiche vicende italiane per porsi come ricostruzione di una svolta che interessa l'intera area europea a partire dal secondo dopoguerra. Una svolta rappresentata dall'affermarsi di una nuova forma di

Stato, quello costituzionale appunto, e dell'apparire sulla scena di un nuovo tipo di costituzione, quella costituzione democratica che dello Stato costituzionale costituisce l'asse portante. Si tratta di una svolta che Fioravanti descrive in una serie di saggi ben noti ⁽¹⁾ con un'acutezza e una coerenza davvero non comuni.

Dovendo affrontare qui, come detto, il tema delle trasformazioni dello Stato costituzionale una prima possibilità poteva essere quella di puntare l'attenzione su quelle che la sua progressiva affermazione ha prodotto sull'impianto delle costituzioni che ne segnano l'avvio. Lo stesso Fioravanti avverte giustamente, in più di un'occasione ⁽²⁾, come si tratti di un impianto che risente di una tradizione ancora non del tutto superata (si consideri soprattutto il ruolo riservato alla legge, al legislatore quale principale se non unico soggetto chiamato ad interpretare e ad attuare la costituzione) e che solo nei decenni successivi all'entrata in vigore di quelle costituzioni conoscerà lo sviluppo dei caratteri tipici dello Stato costituzionale. Si pensi al riconoscimento della piena giuridicità delle norme costituzionali (anche quelle di principio) e all'abbandono di una nozione di costituzione intesa come documento essenzialmente politico; all'ingresso nella dinamica istituzionale di sistemi di giustizia costituzionale e al conseguente innesto accanto al principio di legalità 'legislativa' di un nuovo principio di legalità costituzionale; al mutato equilibrio che con ciò viene a determinarsi tra legislatore e giudice, soggetti che concorrono entrambi all'interpretazione ed attuazione della costituzione; alla nuova dimensione che in questo quadro assumono i diritti fondamentali non più agganciati alla figura astratta del soggetto giuridico ma alla persona calata nella concreta realtà sociale e partecipe dei suoi svolgimenti.

La seconda possibilità poteva essere invece quella di svolgere qualche considerazione sulle trasformazioni in atto dello Stato costituzionale alla luce dei mutamenti intervenuti nel contesto politico istituzionale degli anni a noi più vicini. È questa la strada che ho

(1) I principali svolgimenti del pensiero di FIORAVANTI possono ritrovarsi nel volume *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

(2) Così, ad esempio, in *ivi*, in particolare i saggi: *Stato e Costituzione: l'esperienza del Novecento*, in pp. 126 ss.; *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali*, pp. 137 ss.; *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, p. 434.

scelto non solo per non correre il rischio di dire cose che altri ha già detto ma perché credo che gli interrogativi che questa diversa prospettiva pone siano oggi al centro di un dibattito in cui è in gioco la stessa sopravvivenza dello Stato costituzionale. Sono interrogativi che già Paolo Grossi si poneva qualche anno fa a conclusione della *lectio magistralis* tenuta all'Università di Macerata, in occasione del 65° anniversario della nostra Costituzione. Si chiedeva allora Grossi se questa Costituzione, nella sua intensa storicità, sia ancora in grado di parlare agli uomini di oggi; se sia ancora in grado di ordinare adeguatamente una società che vive in un quadro profondamente mutato politicamente, economicamente e culturalmente. Detto in altri termini, ci si può chiedere se le nuove costituzioni democratiche, espressione dello Stato costituzionale, siano ancora in grado di assicurare la realizzazione del loro 'programma' e cioè quello di procedere verso la costruzione di una società di eguali (quella che Fioravanti chiama la 'società giusta'), secondo quanto stabilito, ad esempio, dall'art. 3, c. 2 della nostra Costituzione. Chiedersi cioè se un prodotto costituzionale legato alle vicende di singoli Paesi, di singole comunità (anche se parte di una storia comune) contenga ancora gli strumenti idonei a fronteggiare le nuove sfide di cui il costituzionalismo contemporaneo si deve far carico o se non vada ripensato in un'altra dimensione.

2. *I mutamenti del contesto generale.*

Tra i principali mutamenti del contesto generale cui ho fatto riferimento mi limito a richiamarne tre che mi paiono particolarmente significativi. Il primo è rappresentato dagli sviluppi (o se si vuole dalla 'crisi') della sovranità dello Stato, che ne hanno progressivamente circoscritto il ruolo, quanto meno nell'accezione che ci ha consegnato soprattutto la tradizione liberale ottocentesca: quella di uno Stato che assumeva direttamente su di sé il compito di 'tutore del bene comune' in quanto titolare di tutti i poteri di governo idonei a risolvere l'insieme dei problemi della comunità che in esso si riconosceva. Dismesse le sue vesti autoritarie con l'avvento dei sistemi costituzionali contemporanei e dei nuovi principi di legittimazione del potere che con essi si diffondono, la visione delle finalità ultime dello Stato non è sostanzialmente mutata: anche nelle costi-

tuzioni ‘democratiche’ è allo Stato che si guarda e alla sua capacità di esercitare un’efficace funzione di governo per il perseguimento di un ‘bene comune’ ridefinito alla luce dei nuovi principi costituzionali e che rimanda al principio di eguaglianza sostanziale. Ebbene, oggi questa funzione di governo risulta fortemente condizionata, dovendosi confrontare con fenomeni esterni che hanno ridotto in modo rilevante il perimetro delle sovranità statuali.

Alla natura di questi fenomeni si lega il secondo mutamento in atto. Si tratta, infatti, di fenomeni che non attengono tanto ad occasionali e specifiche oscillazioni del ciclo economico, quali quelle che abbiamo conosciuto in passato, ma hanno natura planetaria e hanno rideterminato gli stessi paradigmi tradizionali della dinamica economica, con riflessi relevantissimi sul piano politico istituzionale, mettendo a rischio la tenuta dei ‘programmi’ dello Stato costituzionale. Alludo, ovviamente, ai fenomeni legati alla globalizzazione e alle sue conseguenze: una sempre più stretta interconnessione dei diversi sistemi economici; il progressivo superamento di ogni barriera di tipo territoriale; la ridefinizione delle strategie dei vari soggetti in campo; l’accentuarsi della competitività che ormai ha come orizzonte l’intero mercato mondiale, innestando un duro processo selettivo che spinge verso concentrazioni imprenditoriali sempre più ampie; l’affacciarsi sulla scena di nuovi protagonisti, di nuovi soggetti, prevalentemente privati (le grandi multinazionali, ma anche le grandi agenzie di rating), spesso impermeabili ad ogni forma di eteroregolazione in grado di dar vita in modo autonomo ad un ‘diritto’ che ritengono più utile e conveniente (una sorta di nuova *lex mercatoria*), che non rispondono del loro operato se non a sé medesimi, pur potendo determinare effetti di grande incidenza nelle vicende interne ai singoli Stati ⁽³⁾.

(3) FIORAVANTI coglie bene i rischi per lo Stato costituzionale dovuti alla globalizzazione là dove afferma: «...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 esporre i singoli, dovunque si trovino, a rischi relevantissimi — 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 demo-

Il terzo mutamento di contesto che va segnalato è rappresentato dalla profonda crisi che sta attraversando uno degli elementi fondamentali, ossia la rappresentanza politica e dei meccanismi che ne reggono il funzionamento: a partire dalla funzione di intermediazione sociale dei partiti per finire allo stesso esercizio del diritto di voto, come testimoniato dalla crescente tendenza all'astensionismo. Non a caso, nel delineare i tratti di fondo dello Stato costituzionale, Fioravanti sottolinea come per potersi realizzare a pieno esso abbia bisogno di poter poggiare su due pilastri: da una parte la giurisdizione, nel nuovo ruolo che viene acquisendo, dall'altra la decisione politica che nasce dal processo rappresentativo e ne costituisce il fondamento sociale (4).

3. *I riflessi sul 'programma' dello Stato costituzionale.*

Credo che siano sufficienti questi brevi accenni per comprendere come nel mutato contesto attuale risulti fortemente accentuata la tensione (peraltro sempre esistita sia pure in termini e intensità diversi) tra libertà economiche e diritti, con particolare riferimento ai diritti sociali, che costituiscono, come si è sottolineato, l'asse portante del 'programma' dello Stato costituzionale. Il che comporta

cratica e costituzionale del secolo scorso, il principio di solidarietà, a sua volta collegato al principale e più elementare dovere dei governanti, che è il dovere di protezione nei confronti dei consociati » (cfr. *Stato e Costituzione*, cit., p. 131). Considerazioni cui si accompagnano le preoccupazioni dell'A. legate all'affermarsi del mercato come principio di importanza pressoché esclusiva, come 'principio ordinante' verso cui orientare le principali scelte politiche.

(4) Si tratta di un punto sottolineato da Fioravanti in più di un'occasione. Così, ad esempio, in *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, in *La Costituzione democratica*, cit., p. 472, là dove afferma: « 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 ».

il rischio per le moderne democrazie che diventi inattuale (prima ancora di aver prodotto compiutamente i suoi frutti) la cultura costituzionale del secondo '900 e quell'equilibrio tra ordine politico, ordine economico e ordine sociale che essa aveva saputo immettere nei testi costituzionali. Questo rischio è emerso in tutta la sua evidenza in occasione della crisi economico-finanziaria che ha interessato, a partire dal 2008, il mondo intero. Una crisi nell'ambito della quale è apparsa sempre più chiara tutta la difficoltà degli Stati, come singoli, a fornire risposte idonee a contrastarne le conseguenze.

Non è certo la prima volta che fasi di forte recessione del ciclo economico mettono in difficoltà la piena tutela dei diritti. Se ci guardiamo alle spalle, sono almeno due le vicende relative a questo riguardo. La prima, più remota, è rappresentata dalla grande depressione del 1929 che ha origine negli Stati Uniti ma si ripercuote pesantemente anche in Europa dove contribuisce all'avvio in molti Paesi delle esperienze autoritarie che segnano la storia europea tra le due guerre mondiali, caratterizzate da un accentuato dirigismo economico e dalla contestuale riduzione (se non addirittura l'abolizione) delle garanzie relative all'esercizio dei diritti. La seconda è rappresentata dalla più recente crisi energetica degli anni '70 originata, come si ricorderà, dalla situazione politica del Medio Oriente e dalle sue ripercussioni sul prezzo del petrolio: da un lato essa segna la fine di quella che nel trentennio precedente era stata chiamata 'l'età dell'oro' dei diritti, per quanto era stato fatto sul terreno della implementazione dei diritti sociali nonché della sempre più intensa tutela dei tradizionali diritti di libertà, dall'altro pone le premesse per una nuova fase di declino del modello dello Stato sociale costituzionale. Una fase, tuttavia, nella quale l'articolata strumentazione messa in campo per la realizzazione dei programmi costituzionali sostanzialmente tiene sia pure in una logica ora difensiva e non più espansiva. Ma quando si manifesta in tutta la sua portata la crisi del 2008 appare subito chiaro che questa tenuta si presenta molto più difficile se non addirittura impossibile.

Chi ha affrontato gli interrogativi che questa situazione solleva partendo da un punto di vista generale guardando cioè ai riflessi che i fenomeni più sopra richiamati hanno prodotto o sono in grado di produrre sul ruolo degli Stati nazionali (e delle loro costituzioni) è

arrivato a offrire risposte diverse. Da una parte coloro che vedono ormai irreversibile la fine della sovranità statale (nella varietà dei modi in cui essa viene in concreto esercitata nei diversi contesti politici, istituzionali e sociali) e conseguentemente danno ormai per esaurita la funzione delle costituzioni quali strumenti idonei a regolare e limitare l'esercizio del potere e a governare il conflitto sociale; dall'altra coloro che invece, pur non negando il carattere profondamente innovativo di quanto si collega alla globalizzazione e alle sue conseguenze sul piano istituzionale e sociale, sono ancora portati a riconoscere agli Stati, alle istituzioni pubbliche, in genere, un ruolo centrale da salvaguardare; dall'altra, ancora, coloro che si collocano in qualche modo in una posizione mediana, leggendo nei fenomeni richiamati tanto aspetti di novità e di rottura rispetto al passato quanto elementi di continuità che consentono di non archiviare l'esperienza dello Stato nazionale.

È chiaro che, a seconda dei diversi modi di intendere i dati che caratterizzano il contesto attuale, diverse sono anche le soluzioni di prospettiva che vengono formulate. Così, se da un lato si auspica l'avvento di un costituzionalismo (se non di una costituzione) mondiale o quanto meno il rafforzarsi della tendenza alla costituzionalizzazione del diritto internazionale (si pensi ad esempio ad Habermas), dall'altro si ipotizza la nascita di costituzioni parziali (in ogni caso sovranazionali) destinate a regolare la vita di comunità allargate e insistenti in aree sostanzialmente omogenee, così ad esempio Teubner.

Si tratta di un dibattito di grande interesse, sul quale non è possibile soffermarsi, che mi pare confermi le difficoltà che sta attraversando lo Stato costituzionale e in particolare la realizzazione del suo 'programma' di progressivo avvicinamento all'eguaglianza sostanziale.

4. *L'esigenza di ripensare lo Stato costituzionale in una dimensione sovranazionale.*

In questo quadro, nel quale l'equilibrio tra libertà economiche e diritti appare quasi fuori controllo e nel quale lo stesso tentativo di comporne la relazione in un contesto certo di principi e regole innanzitutto di livello costituzionale ci appare difficile e pieno di

ostacoli vecchi e nuovi ci si potrebbe chiedere se quell'apertura al diritto sovranazionale che molti vedono come via d'uscita dalla situazione attuale non vada considerata una prospettiva da valutare in modo attento. Più in particolare ci si potrebbe chiedere se, per l'area europea, questa prospettiva possa prendere corpo con il ribaltamento sul piano dell'Unione del contenuto essenziale dell'impianto dello Stato costituzionale e del suo 'programma', dotandolo così di una strumentazione operativa all'altezza della natura e della dimensione dei problemi da affrontare. Si tratta di una strada non agevole da percorrere, incerta nel suo itinerario e nei suoi punti d'arrivo, ma possibile. Del resto, è impressione generale quella per cui l'Unione europea si trovi oggi di fronte ad un bivio: o imboccare decisamente la via di una più stretta integrazione che investa anche settori sin qui lasciati alla piena sovranità degli Stati membri, oppure imboccare la strada opposta, volta all'abbandono o al congelamento del processo di integrazione, lasciando così spazio al recupero di una logica sovranista, da alcuni considerata come il più efficace strumento di contrasto agli effetti negativi della globalizzazione (si veda ad esempio quanto sostenuto in dottrina da Wolfgang Streeck).

Abbracciare la prima ipotesi richiederebbe tuttavia trovare un accordo su una serie di riforme a tutto campo che al momento appare difficile da raggiungere. Essa, infatti, non presupporrebbe solo un sostanziale allargamento delle attuali competenze dell'Unione ma piuttosto e soprattutto una sua, sia pur progressiva, rifondazione istituzionale. Una rifondazione che non potrebbe non passare dall'attivazione di un effettivo circuito democratico nella definizione delle politiche dell'Unione e dei relativi processi decisionali, i cui protagonisti diventino, assai più di quanto non siano oggi, i grandi mediatori sociali, partiti e sindacati, anch'essi da ripensare in un'ottica europea e non più solo nazionale. Basta anche solo evocare le tappe da percorrere nella prospettiva indicata per coglierne non solo la difficoltà ma la natura quasi utopistica. Eppure essa appare l'unica in grado di arrestare il processo di progressiva eclissi delle costituzioni nazionali e di quel 'programma' di tutela dei diritti che esse incorporano.

Anche Fioravanti coglie i possibili effetti positivi di un possibile sviluppo dello Stato costituzionale in questa direzione. Con l'avvergenza, tuttavia, che in questo processo la costruzione dell'Unione

europea come *forma politica e costituzionale comune* proceda muovendo dal basso, senza pretendere di subordinare in modo gerarchico con il suo diritto e la sua Costituzione il diritto e la Costituzione degli Stati membri. Già oggi « l'Unione è già molto di più della semplice proiezione della volontà contrattuale degli Stati membri, ma non per questo è destinata a porsi come nuova sovranità nel senso di una nuova soggettività politica che opera in funzione abrogativa, di progressiva soppressione dello spazio politico e istituzionale degli Stati ». Solo così, conclude Fioravanti, la futura Unione potrà nascere nel solco del tempo nuovo aperto con l'avvento dello Stato costituzionale ⁽⁵⁾. A me pare un'avvertenza preziosa per evitare quanto successo in un recente passato con il fallimento del trattato che intendeva istituire una Costituzione per l'Unione, concepita però in modo astratto e percepita come calata dall'alto su un terreno ancora non predisposto ad accoglierla.

Quali possano essere gli svolgimenti di questo possibile sviluppo dello Stato costituzionale non è facile prevedere, ma a me pare indubbio che esso stia attraversando un momento di passaggio, di trasformazione, da una dimensione essenzialmente nazionale ad una dimensione sovranazionale. Si tratta, infatti, di una trasformazione che almeno in parte ha già preso avvio attraverso un rapporto biunivoco tra costituzioni nazionali e diritto dell'Unione, intessuto di continui rinvii reciproci che condizionano entrambi i livelli. È in questo rapporto di condizionamento reciproco che credo si giochi il futuro ruolo delle costituzioni nazionali, chiamate col loro deposito di tradizioni comuni, di valori, di principi, di aspirazioni collettive a fungere da punto di riferimento obbligato e da cerniera in vista di una possibile *costituzione democratica europea* che oggi appare ancora un traguardo lontano.

⁽⁵⁾ Cfr. *Stato e Costituzione*, in FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 34 ss. « Nella dimensione sovranazionale », così conclude Fioravanti sul punto, « potranno invece prodursi infinite altre soluzioni, diverse da quelle riconducibili al tradizionale principio di sovranità, articolate su più livelli, tra loro intersecati, e non più gerarchicamente ordinati, e soprattutto Unioni, come quella Europea, che vogliono essere tali, ma solo a condizione di essere ascrivibili al 'tipo storico' delle *unioni composite*, in cui le parti precedono l'intero, in cui il *Commonwealth* risulta dalle parti distinte che lo compongono » (p. 36).

MARIO DOGLIANI

IL CONCETTO DI TRASFORMAZIONE COSTITUZIONALE

1. I significati dell'espressione 'trasformazione costituzionale'. — 2. Elasticità e resilienza delle costituzioni. La trasformazione come mutamento culturale, di mentalità, di visione del mondo e di autocomprensione della società. Trasformazione costituzionale e potere costituente. — 3. Le trasformazioni 'dentro' la Costituzione. — 4. Lo Stato costituzionale sul viale del tramonto. — 4.1. La trasformazione economica. — 4.2. La trasformazione culturale e giuridica.

1. *I significati dell'espressione 'trasformazione costituzionale'.*

L'espressione 'trasformazione costituzionale' indica, nell'opera di Maurizio Fioravanti non già un generico riferimento al *panta rei* che governa il mondo, e dunque anche le costituzioni. Essa è concettualmente e precisamente definita, e indica quei passaggi « nei quali di fatto muta il significato di fondo del porre la legge in senso generale, e di dire il diritto nel caso concreto » (1). È una categoria ben distinta da quella della revisione costituzionale, « non dovendo essa seguire alcuna regola formale di procedura, ma solo quella sostanziale della efficacia » (2).

La trasformazione costituzionale è una categoria che può riguardare qualunque epoca, e che dunque dovrebbe entrare — più di quanto sinora sia accaduto — nel linguaggio della teoria generale del diritto pubblico, al pari di 'potere costituente', o di 'costituzione in senso materiale'.

Per quanto Maurizio la definisca in modo preciso, egli la utilizza in una pluralità di sfumature. Il suo oggetto (l'oggetto del processo

(1) FIORAVANTI, *Lezioni di Storia costituzionale. Le libertà fondamentali le forme di governo le Costituzioni del Novecento*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 357.

(2) *Ibidem*.

di trasformazione) è il ‘tipo di costituzione’. La nozione di ‘tipo di costituzione’ — accuratamente elaborata da Maurizio ⁽³⁾ — è la premessa logica del concetto di ‘trasformazione costituzionale’ ⁽⁴⁾. Egli impiega questa espressione nel suo senso più compiuto e più ampio per designare l’intero passaggio da un tipo di costituzione ad un altro (per brevità si può dire: da un tipo di Stato ad un altro: per esempio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale). Ma la usa anche — in significati che potremmo dire ‘parziali’ — per designare solo la prima fase di questo passaggio, e cioè l’avvento della crisi del tipo di Stato che verrà sostituito (ad esempio, la crisi a cavallo fra Otto e Novecento); oppure solo la seconda, e cioè l’instaurazione del tipo di stato ‘nuovo’, discontinuo rispetto al precedente (ad esempio, il periodo della costituzione provvisoria e dell’Assemblea costituente). Per quel che più direttamente interessa in questa sede va segnalato che l’espressione viene utilizzata da Maurizio anche per designare passaggi che si verificano all’interno di una stessa forma di Stato, e cioè all’interno di una stessa costituzione. E ciò può avvenire in due casi. Il primo è quello del raggiungimento della piena effettività da parte di norme che esprimono tratti identificativi dello Stato costituzionale. L’esempio più grandioso di questo tipo di trasformazione è dato dai ‘trenta gloriosi anni’ (1947-1977), nei quali il processo di attuazione della Costituzione è stato guidato da una consapevole (e conflittuale) attività politica. Meno direttamente collegate all’indirizzo politico, e piuttosto determinate da sviluppi interni della logica dello Stato costituzionale, sono la profondissima trasformazione del rapporto tra legge e diritti che è conseguita alla instaurazione effettiva della giustizia costituzionale (con la famosa sentenza del 1956) e infine l’avvio del processo di istituzione della Unione Europea. Questo tipo di trasformazioni, che avvengono dentro la costituzione vigente, sono trasformazioni ‘perfezionative’, di arricchimento dell’esperienza dello Stato costituzionale. Ma dentro la costituzione vigente possono svilupparsi trasformazioni di segno assolutamente contrario, che erodono i presupposti stessi dello Stato costituzionale. In

⁽³⁾ Cfr. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 179 ss.

⁽⁴⁾ Ivi, pp. 133 ss. e 387 ss.

questo senso Maurizio parla dell'addensarsi minaccioso di nubi « sulla permanenza della prospettiva della Costituzione democratica nel nuovo secolo » (5).

2. *Elasticità e resilienza delle costituzioni. La trasformazione come mutamento culturale, di mentalità, di visione del mondo e di autocomprensione della società. Trasformazione costituzionale e potere costituente.*

Le trasformazioni che potremmo definire 'di sviluppo', o 'perfezionative', della Costituzione del 1948, in quanto si sono sviluppate *dentro* di essa, sono una manifestazione « 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 » (6). E ciò perché segnano la presa di coscienza della trasformazione — già sancita nella Carta o in atti normativi dello stesso livello — di punti essenziali del tipo di Stato. Trasformazione però introdotta formalmente come intuizione, come scelta politica, non ancora sviluppata ed attuata, non ancora radicata nella cultura costituzionale. Completamente diverso è il caso del manifestarsi di fenomeni — politici, sociologici, economici, culturali — che erodono i presupposti fondamentali dello Stato costituzionale. Qui il termine 'trasformazione' fa riferimento non solo al manifestarsi di quei fenomeni, ma anche al fatto che essi non hanno determinato e non stanno, provvisoriamente, determinando un tracollo dello Stato costituzionale. Esso fa riferimento, dunque, anche alla capacità di resistenza (di parti) della Costituzione a fronte di una messa in discussione di suoi elementi costitutivi, così che si determini non un passaggio immediato al nuovo tipo di Stato, ma una fase di 'lotta sulla costituzione' che trascolora in una 'lotta per la costituzione'. Solo un confine sottile separa questa trasformazione dalla effettiva instaurazione di un tipo di Stato diverso da quello ancora formalmente vigente.

Nel suo significato più ampio e compiuto — il passaggio da un 'tipo di Stato' ad un altro — l'espressione fa riferimento agli esiti di

(5) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 130.

(6) Ivi, p. 388.

una comparazione fra i tratti costitutivi del tipo di Stato che ha subito la crisi, e quelli del nuovo tipo di Stato sopravvenuto. Così, ad esempio, nel raffronto tra Stato liberale ottocentesco di diritto (Stato legislativo) e Stato costituzionale.

È opportuno precisare sin d'ora che, nel delineare i caratteri giuridici dei due tipi di Stato e del processo che ha portato alla crisi del primo e all'avvento del secondo, è imprescindibile il riferimento a fenomeni sociali che toccano strati profondi della società e che possono durare un periodo molto lungo. Questa ricostruzione di fatti storici e dei diversi equilibri che si susseguono è però solo propedeutica alla ricerca del nucleo della 'trasformazione'. Nell'opera di Maurizio (ed è questo un suo tratto particolarmente rimarcato) il riferimento ai fenomeni sociali che accompagnano i rivolgimenti costituzionali serve solo a collocare in un momento preciso il mutamento che è al centro della attenzione. Che è innanzi e prima di tutto un mutamento culturale, di mentalità, di visione del mondo e di autocomprensione dei fatti che si accompagnano ad essa. Non un mutamento fattuale, ma, se usasse ancora servirsi di questo termine, spirituale. E, proprio per questo, giuridico, perché determina nuove categorie per la comprensione degli ordinamenti.

Nel suo significato 'parziale' che riguarda l'*incipit* di una trasformazione — che è esso stesso una trasformazione, seppure ancora senza sbocco — ciò che il termine 'trasformazione' evidenzia è l'incapacità sopravvenuta delle categorie giuridiche proprie, e identificative, di un determinato tipo di Stato, di essere applicate nel nuovo tempo storico. Come è avvenuto per la 'grande trasformazione' che ha investito lo Stato liberale di diritto legislativo negli anni a cavallo tra Otto e Novecento, con l'erompere della società concreta delle classi e degli interessi organizzati. Quel che è crollato con tale fenomeno sociologico e politico non si colloca solo sul piano della effettività, ma, dal nostro punto di vista, su quello del pensiero, sul piano dell'autocomprensione che una società ha di se stessa: è crollata l'idea di uno Stato sovrano davanti al quale si estende una società piana, omogenea, composta da individui uguali nella loro uguale condizione di soggetti ad una unica legge.

Nel suo terzo significato il termine 'trasformazione' indica il 'farsi' del (nuovo) ordine costituzionale. La relativa autonomia di questo significato si giustifica poiché esso implica una importante

precisazione (di primaria importanza, la definisce Maurizio) sulla natura del 'potere costituente' e, preliminarmente, sulla natura delle istituzioni politiche.

Dice Maurizio:

Le istituzioni infatti, quando non siano di carattere personale o privato [...] o quando non siano dedicate al conseguimento di una utilità di preminente carattere economico [...] ma pretendano invece di andare oltre, in una dimensione che voglia essere ulteriore e diversa, rispetto sia a quella personale che a quella economica, realizzando una mediazione più stabile, profonda e duratura tra gli interessi in campo, fino a pervenire ad una definizione di un interesse e di un indirizzo comune; ebbene quelle istituzioni si dicono, e sono dette, istituzioni politiche (7).

Queste istituzioni — prosegue — attraversano fasi della storia in cui si vuole eliminare l'antico ordine politico e sociale riattivando l'esercizio del potere costituente,

inteso però anch'esso in senso istituzionale, cioè come contenente in sé la prefigurazione del nuovo ordine, ed in questo senso per l'appunto 'costituente' ovvero capace di darsi una costituzione: insomma tutt'altro che una nuda volontà politica [...] perfino il potere costituente è in sé istituzione, proprio in quanto pretende di darsi un nuovo ordine (8).

Questa natura 'istituzionale' del potere costituente spiega la causa della supremazia della costituzione, che non è data dalla presunta superiorità del soggetto costituente sul soggetto legislatore, ma dagli elementi che caratterizzano il procedimento costituente rispetto a quello ordinario: il primo

tende ad individuare i principi fondamentali verso cui convergono le forze che operano sullo scenario costituente. Ecco perché quel procedimento non si fonda sulla 'forza' di un soggetto, ma sulla concordia tra più soggetti. [...] Questo sembra essere oggi il modo più adeguato di riferirsi ai c.d. 'processi costituenti', che noi però preferiamo denominare con la locuzione 'trasformazioni costituzionali' (9).

(7) FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, cit., pp. 8-9.

(8) Ivi, pp. 10-11.

(9) Ivi, p. 21.

Dunque: nel concetto stesso di istituzione è compreso il riferimento alla « mediazione » che definisce « un interesse e un indirizzo comune », e per questa via al concetto di potere costituente (visto ovviamente non nel lato che lo collega alla rivoluzione come fatto distruttivo, ma nel lato per cui esso consiste nella ricerca dei principi fondamentali verso cui possono convergere le forze che storicamente operano sullo scenario costituente. In altre parole: non può esistere una istituzione politica senza questa origine.

Per descrivere i singoli punti della trasformazione costituente ovviamente sarà necessaria — oltre che una (come si è prima precisato, preliminare) ricostruzione dei fatti nei quali la trasformazione si è manifestata (tanto nei suoi prodromi quanto nelle sue conclusioni, cioè negli atti giuridici nei quali si consolida) — soprattutto una ricostruzione degli stili di pensiero, delle visioni del mondo, dei concetti che caratterizzano i momenti nei quali la trasformazione si è dipanata e coi quali si è conclusa.

3. *Le trasformazioni 'dentro' la Costituzione.*

Nell'opera di Maurizio — come si è sopra accennato — è possibile ritrovare un ulteriore significato dell'espressione 'trasformazione costituzionale'. Può essere utilizzata, infatti, per designare passaggi che si verificano all'interno di una stessa forma di Stato: o poiché invero una trasformazione già sancita nel testo della Costituzione ma — si potrebbe dire — solo come intuizione non ancora pienamente sviluppata, o non pienamente compresa dai destinatari della costituzione stessa; oppure — ipotesi opposta — poiché costituiscono sintomi di una messa in discussione di elementi costitutivi del tipo di Stato vigente.

Nel primo caso riguardano non l'attuazione di questa o quell'altra norma costituzionale, considerata come un frammento relativamente autonomo, ma il raggiungimento dell'effettività da parte di norme che esprimono tratti identificativi dello Stato costituzionale. Accanto alla vicenda, già ricordata, dei 'trenta gloriosi' (1947-1977), altro esempio di una tale trasformazione è dato, nella storia repubblicana, dalla « battaglia di inestimabile valore » per « la trasformazione della Costituzione come *loi politique* di rivoluzionaria memo-

ria in norma giuridica» (10). Battaglia che ha avuto come momenti apicali la sentenza n. 1/1956 della Corte costituzionale, il Congresso della ANM di Gardone del 1956, la sentenza n. 356/1996 della stessa Corte costituzionale: momenti di « un grande processo storico, una grande trasformazione costituzionale che andava mutando il significato stesso del fare la legge e del porla nel caso concreto, del legiferare e del giudicare » (11). Infine, l'avvio del processo di instaurazione della Unione Europea. Si tratta di momenti di una grande trasformazione che avvengono a Costituzione invariata, quando cioè l'avvento di un nuovo tipo storico di costituzione (la costituzione democratica) si è già verificato sul piano del diritto costituzionale scritto, ma di molti dei quali, anche per decenni, non si è avuto sufficiente consapevolezza (12) sul piano della cultura costituzionale (13).

Il differente caso di trasformazioni costituzionali che operano sul piano di ciò che è già costituito, è rappresentato da quei processi che erodono i principi fondanti del tipo di stato 'nuovo' che era stato instaurato anni prima dalla trasformazione costituzionale-costituente. L'indagine sullo Stato costituzionale in trasformazione deve riguardare oggi innanzi tutto quest'ultima ipotesi. È opportuno fissare preliminarmente alcuni punti.

4. *Lo Stato costituzionale sul viale del tramonto.*

Il principio fondativo dello Stato costituzionale democratico si condensa nell'idea che l'unità politica non è più garantita dalla semplice personificazione giuridica della Nazione nello Stato, ma è la risultante di due forze: a) del potere costituente come prima definito — capace di mediazione tra i diversi interessi in conflitto (le diverse componenti della società tutta) — e capace di individuare i

(10) Ivi, p. 59.

(11) Ivi, p. 34.

(12) Cfr. FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., pp. 206, 235.

(13) Questa la definizione di 'cultura costituzionale' offerta da Fioravanti: « 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 pubblici poteri possono o devono svolgere nei confronti della società, delle sue articolazioni, del suo ordinamento » (ivi, p. 133).

principi fondamentali attorno a cui quei diversi interessi possano comporsi in una unità politica e *b*) dall'esercizio dinamico dei poteri, pubblici e privati, nella linea indicata dalla Costituzione. Si potrebbe dire che è la dinamica politica, intesa come svolgimento discrezionale dei principi della costituzione-indirizzo, il *facere* che crea e mantiene l'unità politica.

Se viene meno la percezione della discendenza di quell'*unum*, composto dallo Stato e dalla società unificati dalla Costituzione, da quei due fattori genetici, allora l'intero edificio (la Repubblica) smarrisce la propria identità, perde quel '*sommo bene*' che per tutte le istituzioni politiche è l'unità politica. Dal momento che il 'senso' di tutte le istituzioni politiche è, per definizione, la ricerca dell'unità politica, se quella ricerca viene meno, viene meno la stessa istituzione.

Di qui la grande domanda: nella società e nelle istituzioni di questi ultimi decenni fino a che punto riesce ancora a dispiegarsi la forza normativa contenuta nell'idea della Costituzione come indirizzo fondamentale? Che ne è di quella proiezione programmatica di cui è stato capace il potere costituente ⁽¹⁴⁾? Sicuramente quella forza si è dispiegata nei 'Trenta gloriosi', fino alla soglia degli anni Ottanta (dallo Statuto dei lavoratori alla istituzione del Servizio Sanitario Nazionale e alla Legge Basaglia). Con la legislazione di quegli anni la grande trasformazione, iniziata con la fine dell'Ottocento, trova il suo punto d'approdo, provvisorio ma maturo. Ma poi? Quali esempi di un dispiegarsi della forza normativa della Costituzione troviamo nei decenni successivi? Ciò che troviamo al termine del periodo di quelle che potrebbero essere chiamate 'trasformazioni perfezionative', di arricchimento dell'esperienza costituente, sono esempi di carattere esattamente contrario, collegati alla fine del conflitto sociale e all'emergere dell'idea dell'auto-equilibrio della società economica globalizzata.

4.1. *La trasformazione economica.*

La trasformazione che più di ogni altra erode, o addirittura ribalta, i principi fondanti dello Stato costituzionale è quella che può

(14) Ivi, pp. 129-132.

essere osservata dal punto di vista della struttura sociale. Il mercato viene assunto come il principio ordinante dell'intera società. L'economia di mercato non è più il dato che si sviluppa secondo una legge interna che però può cedere ad una legge esterna (politica) che introduce misure di politica sociale discendenti da un principio normativo diverso da quello che regge il mercato. Le costituzioni democratiche del Novecento si basano su questo semplice principio (discusso ferocemente per tutta la seconda metà dell'Ottocento, fino alla Rivoluzione d'ottobre): che lo Stato possa avere la forza di limitare la legge del mercato attraverso leggi 'eteronome' che tutelano la condizione dei lavoratori.

Questo principio si è fortemente indebolito — si potrebbe dire ribaltato — nel quadro della globalizzazione, che ha potentemente aiutato a far svanire l'idea di uno Stato che può fronteggiare il sistema economico fino al punto da limitare la libertà del capitalista nell'utilizzazione del lavoro umano. Il lato minaccioso della globalizzazione consiste nel fatto che essa attribuisce al capitalista spazi di libertà « nei confronti dei quali lo Stato nazionale, ovvero la comunità politica di appartenenza, sempre meno riesce ad approntare difese efficaci ». Con ciò

potrebbe corrodersi [...] 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 ». I quali potrebbero « 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? ⁽¹⁵⁾.

Posto che le minacce nascono dalla società economica, non penso però si possa dire che — secondo Maurizio — la crisi dello Stato costituzionale (o delle costituzioni che appartengono al 'tipo' *post* Weimar) possa ricondursi a un ritorno delle inquietudini prodotte dal conflitto sociale e delle organizzazioni degli interessi, che si erano acquetate e stabilizzate con le costituzioni che avevano incorporato l'erompere della società di massa.

Il pericolo sta piuttosto nel fatto che il primato del mercato ha indotto il formarsi di un'opinione, ma sarebbe più esatto dire di uno

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 131.

‘spirito del tempo’, che è ormai egemone, reale, e che segna « il possibile punto di rottura » — al quale siamo vicini — « ovvero il punto sul quale si può effettivamente realizzare la frattura, la fuoriuscita dalla esperienza costituzionale del Novecento » ⁽¹⁶⁾, il secolo della scoperta del conflitto. Questo punto di rottura non è il « particolare vigore degli interessi economici organizzati », o « il loro dislocarsi oltre lo Stato » (che potrebbe rappresentare « una semplice variazione del Novecento »), ma « il progressivo ricostituirsi di una realtà armonica, portatrice di soluzioni ragionevoli e condivise, amministrabile su un piano meramente giurisdizionale ». Si tratta di « una sorta di rivincita dell’economia sulla politica », « di liberazione della prima dalle pretese di regolazione della seconda. [...] Si esce dal Novecento perché [...] si torna [...] all’idea della auto-sostenibilità della società economica » ⁽¹⁷⁾.

Il tanto parlare intorno al ‘ritorno dello Stato’ non sposta minimamente la questione. Qui il problema non è che lo Stato potrebbe essere un buon innovatore, che potrebbe svolgere politiche industriali più efficaci di quelle che le imprese dicono di perseguire, che potrebbe svolgere politiche del credito più efficienti di quelle che svolge il sistema bancario. Il problema è che lo Stato non è più percepito come ‘ciò che deve esserci’ affinché la società possa esistere, sia come società politica che come società economica, data la natura necessaria ed endemica del conflitto, che deve comunque essere governato ⁽¹⁸⁾.

4.2. *La trasformazione culturale e giuridica.*

La trasformazione economica si presenta dunque ai nostri occhi essenzialmente come trasformazione culturale. In termini istituzionali quest’ultima può essere ricapitolata nel fatto — generalmente considerato in modo ottimistico, o anzi, entusiastico — dell’emergere della categoria dei diritti della persona portati da tutti coloro che vivono sul territorio nazionale e della conseguente ridefinizione del ruolo del potere giurisdizionale come lo strumento per la

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 143.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁸⁾ Cfr. ivi, pp. 269-275.

affermazione di questi diritti, in dialogo immediato con la Costituzione.

Su questo fenomeno la bibliografia è chilometrica. Ci limitiamo dunque a sottolineare il fatto che il nuovo ruolo attribuito alla giurisdizione — portare i casi alla Corte o risolverli con l'interpretazione conforme — assume, alla luce della 'teoria dei diritti', un rilievo costituzionale, e culturale, di primaria importanza, perché comporta non solo l'emarginazione, ma la surroga del potere legislativo.

Infatti:

— data l'auto-sostenibilità della società economica, il problema della legislazione come fattore di regolamentazione eteronoma che rende possibile l'esistenza della società, altrimenti destinata alla convulsione, è superato: la società non ne ha più bisogno;

— questa società liberata dal bisogno del governo del conflitto è una « società che preesiste al potere e che contiene i diritti in posizione di anteriorità rispetto al potere medesimo; è [...] una società senza indirizzo, senza principi direttivi, senza finalità fondamentali che non siano quella — l'unica esistente — della pacifica coesistenza nell'esercizio dei diritti individuali »⁽¹⁹⁾;

— il principio rappresentativo perde il proprio significato fondamentale, che è quello di costituire l'unità politica, dal momento che questa unità non è più da costruire artificialmente (attraverso la legittimazione del rappresentante e l'attività legislativa da questo svolta);

— la funzione di rappresentare (privatisticamente) le pretese che vogliono trasformarsi in diritti è svolta dalla giurisdizione, nel momento in cui presenta i 'casi' alla Corte costituzionale (quando è necessario, dal momento che la funzione di trasformare le pretese in diritti può non richiedere neanche questa rappresentanza privatistica, surrogata ad essere svolta direttamente dalla giurisdizione quando applica l'interpretazione conforme).

In conclusione: l'ondata liberista ha restaurato il dogma della naturalità della società economica e conseguentemente ha sdrammatizzato il problema dell'unità della società politica. Ciò ha favorito il diffondersi di « visioni pangiurisdizionali che tendono a ridurre a

(19) FIORAVANTI, *Lezioni di Storia costituzionale*, cit., p. 144.

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 » (20). Il che significa che la detronizzazione della legge ha messo al suo posto « una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata » (21).

Tutto ciò legittima la domanda se siamo ancora dentro « il tempo della costituzione democratica », o se « quel tempo è da ritenersi sostanzialmente concluso » (22) e pone quindi il pressante interrogativo: « se dopo il Codice si è stati capaci di inventare la Costituzione, [...] cosa si sarà capaci di inventare dopo la Costituzione »? (23).

(20) FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 194.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ivi*, p. 182.

(23) *Ivi*, p. 132.

PAOLO POMBENI
LO STATO COSTITUZIONALE
ALLA PROVA DELLA TRANSIZIONE EPOCALE

Entrati ormai nel secondo decennio degli anni duemila possiamo chiederci cosa resta oggi di quel costituzionalismo novecentesco su cui Maurizio Fioravanti ha scritto pagine che hanno arricchito tutti noi. Giustamente egli lo distingueva dal costituzionalismo dell'Ottocento, quello che, fra modello inglese e modello tedesco, era stato l'archetipo di quella trasformazione politica che con la prima guerra mondiale era sembrato imporsi quale standard in tutto il mondo 'evoluto', come aveva notato Carl Schmitt commentando il trattato di pace con la Turchia. Dopo questa affermazione che, come spesso accade, era anche un tornante storico, si era passati ad un nuovo modello, quello che potremmo chiamare il costituzionalismo democratico e sociale, con i partiti di massa come cardini accettati del sistema rappresentativo, il welfare come diritto di civiltà, la mutazione definitiva dei rapporti fra parlamento e governo, perché il secondo si pretendeva ormai più rappresentativo del primo.

Mi permetto di riflettere in questo breve intervento su cosa resta e cosa è cambiato in quel modello con la seconda crisi di fine secolo, quella del passaggio fra XX e XXI secolo. Saranno notazioni schematiche e rozze, come credo sia comprensibile quando si tratta di fenomeni che sono ancora in fase di svolgimento.

Il mutamento che a me pare più radicale è quello che riguarda da un lato il sistema rappresentativo e dall'altro la messa in crisi del principio della divisione dei poteri. Sono due cardini del costituzionalismo e ci sarebbe da chiedersi se senza di essi di costituzionalismo si possa ancora parlare. Per capire come questo sia potuto accadere bisogna però partire da un punto: molto è stato reso possibile dalla generale riduzione del diritto a regola formale, a sistema autoreferenziale che trova in sé stesso le norme dell'interpretazione e della

legittimazione. Dall'esterno non è più possibile accedervi e ciò è diventato un comune sentire a compimento di una battaglia che moltissimi giuristi hanno combattuto con il massimo impegno.

Di conseguenza vediamo che si fa fatica a denunciare come non costituzionale un regime che formalmente rispetti alcuni parametri: l'elezione competitiva dei vertici politici e la regolamentazione della sfera pubblica attraverso atti promulgati da quei centri che la Carta fondamentale ritiene legittimati al compito (i parlamenti e i governi eletti). Quando questi parametri sono presenti si pretende di essere ancora nell'ambito della civiltà giuridica occidentale. È ciò che si è definito il costituzionalismo illiberale, formula a suo modo ingegnosa proprio per scindere un certo modo di regolamentazione dello spazio pubblico, ormai considerato obbligatorio, da un retroterra politico che è quello delle grandi rivoluzioni post-illuministe. Certo fuori di questo campo rimangono le teocrazie, che possono essere religiose o laiche (non sembri un paradosso), le quali tuttavia talvolta non disdegnano di appellarsi a qualche formalità presa dal costituzionalismo illiberale. Non dobbiamo credere di potercela cavare censurando quei regimi con l'argomento della manipolazione compiuta da essi di quegli strumenti, specie quelli elettorali: è un terreno scivoloso, perché si tratta di una critica che è stata e che viene ancora regolarmente mossa anche ai sistemi liberali, che gli avversari non hanno problemi a denunciare come a loro volta manipolati in vari modi. Soprattutto con lo svilupparsi delle tecniche di comunicazione di massa e con lo spostamento del campo di difesa dei diritti dal sistema politico-istituzionale a quello della legislazione e dei tribunali che la gestiscono, il terreno della manipolazione si è molto ampliato anche nei sistemi che hanno cercato di rimanere fedeli ai parametri del costituzionalismo liberale, pur nella sua versione 'matura' di liberalismo sociale.

Torniamo però al punto della mutazione dei due cardini del sistema costituzionale. Il primo come si è detto è la rappresentanza. Sebbene si ritenesse che almeno fino agli anni Sessanta del XIX secolo la rappresentanza interessasse in larga parte degli individui particolarmente qualificati che si sceglievano chi meglio poteva agire su loro mandato nella sfera pubblica (e magari ritenevano di farlo nel nome e per conto di una più ampia comunità di appartenenza), l'evoluzione novecentesca aveva in sostanza spostato l'accento sulla

rappresentanza dal dato individuale a quello sociale. In realtà non era proprio così, perché le persone erano individuate per rappresentare vuoi il corpo socio-politico che le delegava (quello che poi si sarebbe definito il 'collegio elettorale'), vuoi la 'nazione' nel suo complesso (per non dire 'il popolo'). Era la differenza fra l'impostazione britannica, che aveva mantenuto certe ascendenze medievali e moderne dei sistemi corporativi e l'impostazione francese che muovendo dalla rivoluzione contro l'antico regime le aveva cancellate (tra lo stato e il cittadino non c'è nulla, affermava la famosa legge Le Chapelier). Tuttavia rimaneva che si partiva da un contesto di individui per affidare loro la rappresentanza di una entità politica a cui essi dovevano dar voce e azione, usando a questo fine la scelta da parte loro di ciascun singolo rappresentante senza vincolo di mandato, perché in definitiva non veniva designato per rappresentare i suoi elettori, ma la istituzione generale che dava forma alla comunità politica.

Nel momento in cui il diritto a concorrere alla creazione di questo tipo di rappresentanza non poteva più essere ristretto ai soli cittadini 'rispettabili' (per usare una formula del primo costituzionalismo britannico), in quanto se non tutti quasi tutti dovevano essere considerati tali *ex lege*, in sostanza si doveva statuire che la garanzia del requisito della consapevole appartenenza alla comunità politica andava ricercata nel fatto che i singoli erano parte di un tessuto sociale che li rendeva cittadini. Quel tessuto erano le formazioni sociali, come recita la nostra Carta, che andavano dalle famiglie, alle reti di lavoro, alle chiese, per trovare infine il culmine nella 'forma partito' moderna: ciò perché così si poteva esercitare costantemente il coinvolgimento nella vita pubblica dei singoli cittadini. La novità stava nel fatto che non era detto, anzi era messo in discussione che l'unico tessuto sociale che aveva preminenza a livello politico fosse lo stato-nazione, una realtà che si era già andata imponendo nell'età moderna. Al contrario, si valutava se lo stato-nazione non dovesse tenere conto della natura federale-corporativa che gli sottostava, per quanto faticasse a riconoscerla, e se dunque si dovessero individuare dei canali che facessero transitare l'appartenenza alle formazioni sociali in una condivisione della 'comunità di destini' che si proponeva di essere lo stato-nazione.

Lo strumento che si andò formando per ottenere questo risultato fu il partito politico. Non ripercorro qui l'itinerario attraverso

cui si affermò il partito, nato come mezzo per identificare la comune azione di uomini politici che si univano per essere efficaci nell'azione parlamentare e che come collante usavano l'appello ad un universo culturale-interpretativo condiviso (ciò che venne chiamato ideologia). Sottolineo che ad un certo punto il partito si strutturò invece come una istituzione che aveva lo scopo di dare una identità collettiva a sezioni del corpo politico facendo prevalere negli aderenti l'identità che esso offriva rispetto alla semplice somma e integrazione dei loro 'interessi'.

Per questo la democrazia costituzionale diventava una democrazia di partiti, che erano, si badi bene, non corporazioni settoriali organizzate, ma riproduzione su scala parziale dell'appartenenza alla comunità di destini dello stato-nazione, tanto che essi erano 'scuola' di vita democratica riproducendo al loro interno i meccanismi della selezione competitiva, della decisione attraverso il confronto, della rivendicazione dell'integrazione nella vita dello stato-nazione. Uno stato che era diventato sempre più un agente di 'civilizzazione' (*Kulturstaat*) e che dunque tendeva ad imporsi come fonte di creazione della cittadinanza e dei diritti relativi non poteva riuscire in quest'opera che riguardava ormai l'intera popolazione se non agendo con il favorire la partecipazione di istituzioni intermedie che si ponessero quei compiti di formazione, educazione e legittimazione del suo comando che erano essenziali per costruire l'*idem sentire de re publica*.

I partiti divenivano pertanto, con qualche scandalo di alcuni teorici del costituzionalismo liberale, la forma principe della rappresentanza, il canale attraverso cui le individualità erano ricondotte al loro essere parte di un destino collettivo che *in primis* era quello di una comunità di appartenenza con cui il cittadino si identificava (l'essere borghese, lavoratore, cristiano, minoranza etnica, ecc.). Quella formazione permetteva che lo stato-nazione fosse un contenitore che garantiva spazi e diritti alle diverse comunità di elezione dei cittadini nel quadro di un sistema costituzionale che impediva la prevaricazione di qualche componente sulle altre e che soprattutto era organizzato per progettare e gestire un 'destino' tale da promuovere al massimo possibile lo sviluppo (col vecchio linguaggio « il diritto a conseguire la felicità ») di tutte le componenti rappresentate.

Il sopravvenire della crisi di questa forma partito novecentesca è un fenomeno che interessa tutti i contesti della democrazia costituzionale occidentale ed è determinata dal tramonto, per usare una definizione di Pierre Rosanvallon, dell'individualismo sociale a favore dell'individualismo di singolarità. Il cittadino non è più tale perché parte di un organismo sociale (perché è operaio, imprenditore, impiegato, membro di una comunità locale, religiosa e quant'altro), ma è una monade che fa parte e legge per sé stesso. Ciò condurrà anche a quel fenomeno che viene sbrigativamente definito *disintermediazione*, ma in realtà porta alla difficoltà di costruire qualsiasi meccanismo di creazione dell'interesse generale (per non parlare del bene comune), di un qualsiasi *idem sentire de re publica*, e genera quella instabilità e fluttuazione del consenso politico che diviene sempre più manipolabile proprio perché 'volatile'. Il fatto è che in un contesto di questo genere il consenso si raccoglie captando le mutevoli suggestioni che possono far presa sugli individualismi di singolarità, per lo più considerati in quanto ristrette possibili aggregazioni, e la sua generalizzazione si raggiunge più che altro garantendo al maggior numero possibile di individualismi la possibilità di svilupparsi senza condizionamenti nelle rispettive riserve territoriali che hanno reclamato. Torniamo inconsapevolmente verso una forma di corporativismo federale, dove però le componenti sono sempre più minuscole. La democrazia diviene un contenitore di minoranze organizzate che non devono produrre alcuna confluenza in un destino generale, ma semplicemente garantirsi la tutela di proprie sfere di autonomia e autogoverno (il problema dell'inevitabile conflitto dato dal sovrapporsi delle sfere di autonomia viene semplicemente ignorato).

Tutto questo è presentato spesso come pluralismo, ma non ha nulla a che fare con il pluralismo novecentesco delle rappresentanze, oppure viene spacciato come promozione di diritti individuali che non dipendono più dal quadro generale che il sistema offre a tutela dello sviluppo delle persone entro una collettività che offre loro un senso, mentre il pluralismo diventa semplicemente il riconoscimento di tutte le possibili singolarità che pretendono di essere legge a sé stesse.

Il sistema rappresentativo non è dunque più orientato a produrre un organismo che rappresenti la comunità politica (vale per lo

stato-nazione, ma vale ormai anche per tutti i corpi che ne formano il tessuto tendenzialmente federalistico), ma punta a dar vita ad una assemblea di compensazione/composizione delle più diverse istanze particolaristiche. La crisi del parlamentarismo andrebbe indagata con quest'ottica.

Vengo al tema del venir meno della divisione dei poteri. Non occorre qui che ricordi come più che di divisione dei poteri si deve correttamente parlare della distribuzione su sedi diverse delle funzioni di un solo potere che regge la comunità politica, ma è significativo che ormai sia entrata nella mentalità comune la convinzione che nella sfera pubblica esistano poteri diversi e distinti, ciascuno autonomo, in competizione fra loro e ciò a garanzia della democrazia. Non c'è più la vecchia idea per cui quella distribuzione serve ad impedire che ciascuna funzione possa rivendicare per sé sola la sovranità che invece deve appartenere al soggetto politico comune che regge la comunità di destini, essendo doveroso che ogni sede titolare di una delle suddivisioni nell'esercizio specializzato del potere concorra a costruire un'unica sovranità a cui tutti devono sottomettersi (e dunque la collaborazione solidale fra le sedi in cui si suddivide il potere deve essere la regola). L'esempio più eclatante è la trasformazione del potere giudiziario che doveva essere nella antica teorizzazione un 'potere neutro' per risolvere eventuali conflitti ricostruendo così l'armonia del sistema e che sta invece diventando, non solo in Italia dove forse siamo un'avanguardia in questo campo, un potere di interpretazione arbitraria della morale del sistema. Ciò equivale a dire, lo si voglia o no, che si istituisce non un giudice dei conflitti, ma un giudice valutatore della conformità, vogliamo spingerci a dire della moralità, nella gestione da parte degli altri poteri delle loro sfere decisionali, oltre che ovviamente nelle varie manifestazioni della vita individuale e associata. Una qualche presenza di componenti di quel tipo è inevitabilmente presente nella stessa funzione della giurisdizione, ma dovrebbe essere vista come il delicato territorio ai cui confini il giudice deve fermarsi a pensare, consapevole che se li varca decisamente metterà in crisi il principio stesso del 'potere che limita il potere' su cui è fondato il costituzionalismo. Non è questione di immaginare normative, ma di riconquistare la costruzione di una 'cultura politica' per tutti gli uomini di potere, a qualsiasi livello anche modesto, ricordando che il costitu-

zionalismo, ovvero, per dirla alla tedesca, la *Verfassung*, che viene prima della *Konstitution*, è « cultura dell'organizzazione armonica dello spazio pubblico » prima che decalogo su ciò che si può e ciò che non si può fare e su come lo si deve fare.

Una mutazione notevole rispetto alla concezione canonica del costituzionalismo si registra anche per quanto riguarda il governo che non è più l'esecutivo di un indirizzo politico, principalmente determinato dall'attività legislativa del parlamento e prodotto dal luogo in cui si esercita il *government by discussion*, cioè la decisione attraverso il confronto. Si dirà che il fenomeno origina già nel secondo Ottocento con il famoso *efficient secret* illustrato da Walter Bagehot negli anni Sessanta di quel secolo (il prevalere del *Cabinet* sulla scena teatrale dell'assemblea elettiva), ma la sua evoluzione è andata molto al di là di quanto allora si intravedeva. Nel momento in cui il governo diventa espressione magari anche solo semi-formale del risultato elettorale, esso assume una caratteristica di legittimazione rappresentativa che lo pone sullo stesso piano del parlamento, ma con in più la risorsa di poteri di intervento e di azione che i parlamenti non hanno. Non conta tanto che nel sistema costituzionale sia previsto esplicitamente che l'investitura del governo nasca dalle urne dove si deposita una scelta precisa su chi ne sarà la guida, conta il fatto che comunque sia il sistema elettorale è percepito ormai ovunque come la via per determinare a chi, singolo politico o coalizione di forze politiche, verrà affidata la gestione della sfera pubblica.

L'iniziativa legislativa è in tutti i sistemi costituzionali largamente nelle mani del governo, la cui maggioranza parlamentare è più un meccanismo di sottolineatura della sua legittimazione elettorale e dunque rappresentativa che non un elemento dialettico di controllo della sua attività. E non tocchiamo qui il tema, niente affatto secondario, della complessità che sta nella nozione di 'governo': essa ingloba una burocrazia che invece non genera da una legittimazione elettorale, ma esercita un potere la cui controllabilità sfugge parzialmente alle dialettiche del confronto politico, arrivando a condizionarlo. Non stupisce che anche in sistemi costituzionali formalmente a centralità parlamentare, il venir meno della fiducia da parte della maggioranza delle Camere susciti la domanda di un nuovo passaggio elettorale. Questo a volte si ottiene, a volte no, ma in quest'ultimo

caso il nuovo governo sarà gravato dall'accusa di non essere rappresentativo della volontà popolare e di conseguenza di poter essere sfidato sulla legittimità dell'esercizio del suo potere di direzione dell'azione dello stato.

A mio giudizio, la svolta decisiva in termini di ridefinizione del costituzionalismo si ha nel momento in cui la funzione decidente del governo assume una valenza assoluta perché si ritiene che il mondo si trovi in una situazione di transizione epocale tale da non consentire i tempi del confronto. Quando a metà degli anni Settanta del secolo scorso la Trilaterale lancia il rapporto che magnifica la politica come la capacità di decisione continua per cui il sistema costituzionale non deve limitarne l'esercizio che sta nei governi, ciò avviene perché si è ormai convenuto che la storia non ha più nessun significato in quanto non è in grado di insegnarci nulla rispetto ad un futuro che sarà totalmente nuovo ed imprevedibile.

Si stabilizza così l'idea che la legittimazione dell'esercizio del potere non si costruisce con un giudizio dei cittadini sulle sue capacità storiche di far fronte ai problemi della nazione, ma con la scelta di quella che si ritiene sarà la scommessa vincente rispetto alla gestione di un futuro denso di incognite. Naturalmente forziamo riducendo tutto ad idealtipo, perché nella realtà il quadro è più sfumato ed ambiguo, ma se vogliamo capire le trasformazioni dobbiamo correre il rischio di un ragionamento idealtipico.

In un approccio più tradizionale un contesto del genere veniva riferito alle situazioni di guerra, quando si riteneva che in questo caso eccezionale ci fosse necessità di una concentrazione del potere e che fosse legittimo chiedere una contrazione, se non proprio una soppressione del *government by discussion*. Nella situazione che è venuta man mano imponendosi dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, progressivamente è venuta meno la considerazione dell'eccezionalità di una situazione di guerra, ritenuta ora poco plausibile per lo sviluppo della tecnologia militare atomica, il ricorso alla quale sarebbe stato da pazzi (non a caso si è parlato di *Mutual Assured Destruction*, il cui acronimo, *MAD*, fa esattamente riferimento a quanto appena detto). In parallelo però è venuta crescendo la convinzione che le grandi trasformazioni storiche che si venivano sviluppando, dal mutamento della geopolitica ai nuovi scenari determinati dalle scoperte scientifiche e tecnologiche, non consentis-

sero la ricerca di una decisione raggiunta in parlamento attraverso un confronto dialettico, perché non si pensava esistessero le condizioni per arrivare alla pre-determinazione di scelte mediate e meditate. Il carattere radicale e quasi sconvolgente che si pensava intrinseco alle decisioni da prendere, ma soprattutto il fatto che esse dovessero essere assunte in tempi rapidi non consentiva operazioni di reciproco convincimento fra le forze della rappresentanza (col relativo contorno di educazione della pubblica opinione per la comprensione delle sfide in corso), ma comportassero un qualche tipo di mandato fiduciario, quasi 'in bianco', ad un governo che doveva poi gestire situazioni in evoluzione continua e costante. E ciò si finiva per ritenere che potesse avvenire solo attraverso meccanismi di legittimazione più o meno plebiscitaria del governo, cioè mandati conferiti sulla base di visioni molto generali per non dire generiche (naturalmente anche con la prassi deviata di raccogliere poi il consenso con promesse elettorali strutturate per distribuire favori e protezioni alle corporazioni grandi e piccole).

In un contesto del genere la costituzione può finire per diventare solo o uno strumento astratto per valutare la presenza di norme per impedire restrizioni all'esplicarsi delle realizzazioni di tutte le possibili individualità di singolarità, o un generico manifesto di buone intenzioni che ormai nessuno ritiene più 'azionabili' come avrebbe detto il vecchio Calamandrei, ma utili per delegittimare ciò che viene realizzato in quanto mai aderente ad obiettivi che si riveleranno non perseguibili né veramente valutabili a causa della loro genericità.

Paradossalmente ciò che doveva essere il patto che univa una comunità politica dandole coesione, rischia di divenire lo strumento per cui le componenti del magma sociale si sentono autorizzate a rifiutare la loro fusione nelle comunità di destini a cui dovrebbero appartenere.

Forse sarebbe tempo che dopo la costituzione liberale ottocentesca e dopo la costituzione sociale novecentesca, se ne pensasse una per questo tempo della grande transizione epocale. Sarebbe il compito per una scienza sociale che superasse gli specialismi disciplinari di scuole e ortodossie che continuano a prosperare.

GEMINELLO PRETEROSI
IL 'DOPPIO LATO' DELLA COSTITUZIONE

1. Maurizio Fioravanti ha sempre cercato un equilibrio tra sovranità popolare e diritti, progetto politico e garanzie, appartenenza collettiva e tutela del diritto dell'individualità. Nella convinzione, fondata, che la delicata compenetrazione tra libertà ed eguaglianza, minoranze e volontà collettiva, non possa prescindere né dal lato politico né da quello garantistico. Una consapevolezza sorta dalla comprensione della lezione di Weimar e dalla conoscenza a tutto tondo dei passaggi di fase che segnano la vicenda complessiva dello Stato moderno, senza indulgere in riduzionismi, senza schiacciare il paradigma su una versione di comodo. Bisogna ricordare che in uno dei suoi ultimi lavori, *Il cerchio e l'ellisse*, Fioravanti ribadisce con grande lucidità che lo Stato costituzionale appartiene pienamente alla storia dello Stato moderno in Europa:

Bisogna precisare...che noi non riteniamo affatto conclusa quella esperienza storica plurisecolare che siamo soliti denominare 'Stato moderno'; e riteniamo anzi che lo 'Stato costituzionale' odierno riprenda molti elementi presenti in fasi diverse di quel percorso fin dall'inizio. E che solo assumendo versioni unilaterali, a forte tasso ideologico, alla ricerca di un'identità rigida del 'moderno' sia possibile dichiarare concluso il ciclo storico dello stesso 'Stato moderno' nel corso del Novecento (1).

Ciò detto, è fondamentale evidenziare che lo Stato costituzionale del (secondo) Novecento è sì frutto delle trasformazioni dello Stato moderno, senza le quali non sarebbe stato possibile, ma rappresenta un paradigma innovativo e autonomo. È la forma costituzionale dello Stato delle masse, che necessita del pluralismo dei partiti e dell'inclusione degli esclusi nella cittadinanza assicurata

(1) FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse*, Laterza, Roma-Bari, 2020, pp. 3-4.

dallo Stato sociale, per non torcersi in autoritarismo di massa. I principi che lo Stato costituzionale esprime, propone e protegge costituiscono il nucleo assiologico-materiale che la costituzione in quanto progetto democratico di massa e suprema garanzia della libertà eguale, della pari dignità sociale e della pluralità custodisce. Non a caso, la costituzione del 1948 non è affatto il ritorno allo Stato liberale di Orlando, che non era stato capace di reggere l'urto della politica di massa, ma il superamento tanto dell'ordine omogeneo perché escludente ottocentesco, fondato sui ceti di proprietà e cultura, quanto della nazionalizzazione fascista delle masse.

C'è dunque un costitutivo 'doppio lato' della costituzione democratica, erede della svolta rivoluzionaria settecentesca: progettuale e difensivo. La costituzione democratica non può contemplare solo la limitazione del potere, al fine di evitarne la deriva arbitraria (questa è la sua matrice liberale, ineliminabile ma insufficiente per i regimi di massa), ma deve prevederne e progettare l'organizzazione e ancor di più la finalizzazione. Fioravanti non ha mai ceduto alle sirene della spoliticizzazione, neppure nella versione egemonico-progressista che si è affermata tra il 1989 e la fase montante della globalizzazione: sapeva che rimuovere la politica era funzionale al neoliberalismo, e che se ne sarebbe pagato il prezzo. Certo, c'è un'altra insidia, più subdola, che rischia di minacciare le 'due colonne' della costituzione democratica: uno scivolamento inconsapevole (o, peggio, celebrato) verso un giurisdizionalismo e un sovranazionalismo del tutto acritici, che possono essere facilmente catturati e strumentalizzati dagli interessi privatistici e tecnocratici del finanzia-capitalismo, la cui ideologia globalista e antistatuale ben si presta a saldarsi, o perlomeno a sovrapporsi, all'ideologia attualmente egemone nel ceto dei giuristi. Se lo Stato costituzionale, sottoponendo a una torsione la costituzione democratica, diventa Stato giurisdizionale, si rompe l'equilibrio tra i 'due lati' della costituzione. Se la dimensione metanazionale, da proiezione inter-statale di politiche cooperative sulla base di principi democratici e costituzionali, diviene un modo per conculcare la sovranità democratica e imporre un vincolo esterno che, quando sono in gioco gli interessi del tecnocapitalismo, può anche sopravanzare i principi supremi — ad es. sociali e partecipativi — custoditi nell'indirizzo politico fondamentale della costituzione, allora quella dimensione

metanazionale diviene uno strumento opaco e un alibi perché i poteri totali della globalizzazione finanziaria, privatistici e antisovrani, si affermino anche contro le costituzioni (2).

Invece, se la « grande questione costituzionale europea » consiste per Fioravanti « nel tentativo, sempre problematico e ricorrente, di tenere insieme sovranità e libertà, rappresentazione unitaria dell'ordine politico e garanzia dei diritti » (3), è difficile pensare che la costituzione possa soppiantare la sovranità, la sua « sfida/questione », che è poi quella dell'esistenza politica di una collettività, del suo livello di autonomia, e della legittimazione del potere che un determinato modello di ordine politico, con le sue radici socio-culturali e storiche, comporta. Come ha ben messo in luce Dieter Grimm, la sovranità è il concetto chiave (*Schlüsselbegriff*) della vicenda della modernità politico-giuridica. Essa ha certamente subito significative metamorfosi, fino a farsi, nello Stato costituzionale, « latente » (4). Ma latente non significa inesistente, superata. Tanto che nei momenti di crisi, di emergenza (guerre, terrorismo, minacce varie, vere o ingigantite strumentalmente, alla sicurezza collettiva), ne riemerge il volto « immediato ». Anzi, sempre di più, almeno dal 2001, la logica emergenzialista ha soppiantato quella costituzionale, segno di una crisi delle forme politico-giuridiche occidentali, indotta dal traviamiento dall'interno che la forzatura neoliberista ha determinato negli ordinamenti democratici di massa, con lo smantellamento dell'economia mista e le privatizzazioni, la crescita delle disuguaglianze, il revanscismo del profitto sul salario, la svalutazione

(2) Tale tendenza viene correttamente individuata, anche se con toni meno critici e allarmati dei miei, da FIORAVANTI in, *Stato costituzionale in trasformazione*, Mucchi, Modena, 2021. Il grande dubbio è: questa ulteriore trasformazione è ancora coerente con il 'doppio lato' della costituzione e il necessario equilibrio tra politica, inclusione sociale nella democrazia, sfera dell'autonomia privata e Stato di diritto, oppure lo sovverte dalle basi? In questo caso, ci sarebbe ben poco da gioire di tale ulteriore trasformazione, che si risolve in una forma di estrema spoliticizzazione 'neocostituzionale'. Su tali rischi e le contraddizioni che affettano l'ideologia neocostituzionalista, cfr. l'interessante provocazione di M. LOUGHLIN, *Against constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2022.

(3) FIORAVANTI, *Sovranità e costituzione*, in Id., *La scienza del diritto pubblico*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2001, p. 899.

(4) D. GRIMM, *Sovranità*, a cura di G. Preterossi e O. Malatesta, Laterza, Roma-Bari, 2023.

del lavoro, la polverizzazione del popolo, il predominio della finanza sugli interessi collettivi.

Come Fioravanti ha acutamente colto ⁽⁵⁾, la contrapposizione tra positivismo giuridico, con la sua concezione formalistica della costituzione, e concezione storicistica della costituzione come ordinamento concreto, è semplicista. Jellinek, che pure dà massima espressione all'idea di costituzione come atto formale di organizzazione dei poteri e riconoscimento dei diritti da parte dello Stato, in una sorta di paradossale circolarità dallo Stato alla costituzione al *Rechtsstaat*, è ben consapevole della necessità di un fondamento storico profondo della sovranità statale e della costituzione che ne promana, al fine di aggirare, velandola, l'origine volontaristica (il potere costituente) dell'ordine moderno, vista come destabilizzante. Non a caso, mentre lavora alla sua *Dottrina generale dello Stato* si dedica molto alla storia, e in particolar modo alla storia della Stato moderno e dei diritti soggettivi, cercando di neutralizzare, per questa via storico-oggettivistica il *surplus* di politicizzazione implicito nella nozione di sovranità, che potrebbe perdere il proprio aggancio statualistico e farsi popolare, costituente, rivoluzionaria. Orlando, in Italia, introducendo l'*Allgemeine Staatslehre* di Jellinek, insiste sulla sua adesione giovanile alla Scuola storica, e non per un mero omaggio, ma perché crede nella possibilità di costruire su basi solide una dottrina dello Stato e della costituzione all'altezza dei tempi (siamo nel 1949!), riallacciandosi alle salde fondazioni della Scuola storica. In realtà, a mio avviso, solo la politicizzazione della nozione di costituzione materiale operata da Mortati, che consente di scardinarne il significato dalle impalcature della Scuola storica, andando oltre il *continuum* dell'ordine concreto, immettendovi una buona dose di energia weimariana, seppur messa sotto controllo, ha liberato e reso spendibile la nozione di 'costituzione materiale' per i regimi politici di massa. La costituzione materiale di Mortati, a differenza di quella storicistica, alla Savigny, svolge una funzione anche polemica. Perché Mortati capisce che la società in sé ordinata, presupposta dallo Stato di diritto liberale, non c'era più, e che lo stesso passaggio allo Stato totale andava interpretato come una

(5) Cfr. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale* in « Historia Constitucional », (2011), 12, pp. 22 ss. (<http://www.historiaconstitucional.com>).

conseguenza del mutamento del sostrato materiale della costituzione. Ma perché un nuovo equilibrio si imponesse occorre che dalla politicizzazione controversistica, che lo Stato delle masse comportava, uscisse un nuovo assetto di forze determinate, portatrici di valori e interessi prima esclusi.

2. In tale contesto di raccordo tra positività, storicità e politica del diritto, si pone il problema del rapporto tra Savigny ed Hegel, che ovviamente qui non può essere trattato esaurientemente, ma di cui qualcosa diremo, perché essenziale ad enucleare due sensi possibili, diversi, di costituzione materiale, che ci tornano utili per gli eventuali usi attuali: una più politica e razionalistica (quella di Hegel), l'altra più giuridico-storicistica, e però meno moderna (quella di Savigny). Com'è noto, la questione Hegel-Scuola storica è molto spinosa e dibattuta: ci sono motivi di vicinanza (sui quali molto ha insistito Schmitt, lamentando di non aver scritto l'opera che avrebbe voluto e dovuto scrivere, cioè una monografia sul rapporto Hegel-Savigny ⁽⁶⁾), ma anche di distanza (che va, credo, al di là di antipatie e cautele accademiche). Fioravanti giustamente sottolinea come ai primi paragrafi del primo volume del *System des heutigen römischen Rechts*, sempre « bisogna tornare per comprendere quanto il positivismo giuridico abbia bisogno di pensare la necessaria esistenza di un ordine giuridico in senso oggettivo » ⁽⁷⁾. In quelle pagine, sarebbe custodita « la radice prima della dottrina della costituzione in senso materiale » ⁽⁸⁾. Eppure, si può dire che anche nei *Lineamenti di filosofia del diritto* di Hegel, di un ventennio precedenti il *System*, troviamo una elaborazione filosofica complessa della nozione di *Verfassung*, e del nesso tra Stato e società civile. Un nesso verticale, che ribadisce il plusvalore dello Stato politico, ma per la prima volta sulla base di una comprensione della società come sfera pubblica autonoma, espressiva di bisogni, interessi e attività lavorative, e allo stesso tempo terreno di articolazione del corpo socio-costituzionale dello Stato, della sua membratura giuridico-istituzionale proiettata nella sfera delle libertà soggettive private. Il

⁽⁶⁾ C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, trad. it. a cura di A. Salvatore, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 74 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, cit., p. 23.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 24.

tema è quanto mai complesso, perché Hegel è allo stesso tempo un razionalista speculativo e un pensatore concreto del 'politico' nella sua determinatezza storica: come dimostra il paragrafo 4 dei *Lineamenti*, la sua concezione del diritto è volontarista, ma la volontà è valorizzata ai fini della spiegazione genealogica della produzione sociale dell'etico (in particolar modo sul terreno delle interazioni della società civile). Comprendere questa funzione complessa della volontà consente di comprendere cosa significhi davvero che l'etico è una 'seconda natura': spirito prodotto a partire da se medesimo (cfr. *Lineamenti*, § 4). Nella sua forma originaria, nel suo necessario cominciamento scarno, è una volontà vuota che si determina e perciò incontra un contenuto (imparando a riconoscerlo come proprio), è volontà di volere mobilitata dai *Triebe*. E solo questa visione allo stesso tempo artificialista e oggettiva dell'ordine consente una visione moderna dell'etico, non più compattezza che ne fa una totalità in sé conchiusa, ma pluralità e apertura al contributo della soggettività, che è principio 'costituzionale' dell'età moderna (Hegel comprende che il senso filosofico profondo della sovranità in senso moderno è tale soggettività collettiva che si incarna), ma in un quadro fortemente istituzionalizzato, non distruttivo e destabilizzante. Quando quella genealogia originaria dell'etico nella teoria speculativa dell'agire si rende visibile nella società, è perché conquista spazio e terreno istituzionalmente come 'diritto dell'individualità', collocato nei diversi livelli del corpo 'costituzionale' dello Stato. C'è quindi un'isometria tra deduzione speculativa dell'eticità, valorizzazione della volontà in quanto fattore speculativo (analogo all'attività del concetto) e costituzionalizzazione dello Stato moderno come precipitato del senso filosofico della storia europea. Nella nozione hegeliana di *Verfassung*, che possiamo intendere come anticipazione della costituzione materiale, si saldano metafisica (dialettica) e politica (moderna), soggettività, eticità e *Begriff* (come fattore di mobilitazione interna della sostanza). Per questo l'ordine moderno non è alternativo a quello sostanziale, un passaggio ad altro genere, ma il suo trascendimento inverante. La soggettività, che è abisso e anche fattore di livellamento, non è sradicata, ma pianta le sue radici in ciò che ha dovuto negare, per divenire per sé, autoaffermarsi. Per questo Hegel è moderno in un senso profondamente più complesso di ogni altro moderno, già immunizzato rispetto alle derive nichilistiche di una modernità dimidiata, senza tradizione.

Hegel non ha un culto del fatto contingente: prende molto seriamente la realtà effettuale, profonda e processuale, ma non onora il 'dato' di per sé. Non tutto ciò che è storico, 'posto' nel tempo, per il solo fatto di essere antico, deve essere apprezzato dalla ragione e mantenuto (da qui la sua polemica con Haller). Questo è il grande scarto tra Hegel e lo storicismo in generale (la tesi di 'Hegel storicista' è o un'ovvietà, se con ciò si intende una potente valorizzazione *filosofica* della storia, o una banale semplificazione e un marchio errore, se visione 'storicista' significa irriducibilità del dato storico a qualsiasi principio di ragione comprendente, autoreferenzialità puramente antiquaria e antispesulativa di una certa idea di storicità). Ma qui emerge, in definitiva, anche la divergenza tra la speculazione hegeliana e il lascito ideologico della Scuola storica del diritto, o di un certo istituzionalismo che del fatto istituzionale fa un culto, quasi esprimesse una struttura metafisica più radicale della stessa storicità (ma fondata in cosa, se non in una teologia giuridica?). Certo, Hegel e Savigny condividevano l'idea che diritto in senso forte, corrispondente all'Idea del diritto, non è ciò che contingentemente è stato posto. Ma essendo estranei alle astrattezze del giusnaturalismo, sapevano bene che il diritto, le istituzioni, le costituzioni sono « *etwas gegebenes* », qualcosa di dato, fatto dagli uomini nel tempo, ma non ad arbitrio: stratificazioni di significati e atti volontari ripetuti. Ciò consente di andare oltre la facile opposizione giusnaturalismo/giuspositivismo, perché il diritto è un costrutto umano, storico, ma non arbitrario, senza profondità di radici. Qui, in effetti, è la radice prima dell'idea di costituzione materiale. La differenza sta solo nel fatto che per Hegel politicITÀ, conflitto, potere, lotta per l'apertura di spazi concreti di razionalizzazione (insomma l'eredità del razionalismo politico moderno) sono parte integrante del *Recht*, e della stessa *Verfassung*. In Savigny è la scienza giuridica ad essere caricata di compiti di cui in verità solo lo spirito, attivo nella politicITÀ dell'oggettivo e compreso filosoficamente nella prospettiva dell'assoluto, può farsi carico. Per Hegel è il *Recht*, non una sacerdotale scienza giuridica, il terreno dello spirituale. Da questo punto di vista, ci si può chiedere se la nozione di costituzione materiale debba più a Savigny o a Hegel. La risposta probabilmente dipenderà dalla chiave di accesso all'ordine moderno che si è scelta: se è innanzitutto genealogica e teologico-politica, Hegel. Se è storicistico-giuridica, Savigny.

Quella hegeliana è una politicITÀ del diritto certamente non giusnaturalistico-rivoluzionaria, ma neppure storicista, perché nella storia conta che si affermi l'universale, una realizzazione dell'universale che permane inconciliata sul terreno dell'oggettivo (l'assoluto non può tradursi immediatamente nel 'politico', ma lo spiega e riscatta), e necessita perciò di raffreddarsi nella 'costituzione materiale' (*Verfassung*) come stabilizzazione e articolazione delle differenze. Per Hegel la costituzione materiale deve esprimere il principio razionale il cui dispiegamento è l'argomento della *Weltgeschichte* (eurocentrica, ovviamente): il dispiegarsi del principio della soggettività, che ha come inevitabile *feedback* una riconfigurazione istituzionale che mantiene l'ordine, ma ne accoglie la mobilitazione integrativa e la mette in forma. È la filosofia che comprende la *Weltgeschichte*, essendone principio vivificante lo spirito, non la storia che spiega se stessa.

La costituzione materiale mortatiana porta all'estremo il lascito costituzionale hegeliano (di cui un fondamentale mediatore è stato Lorenz von Stein): nel far ciò va oltre la verticalità discendente dello Stato politico, ma prende molto sul serio l'idea che all'eccedenza dall'interno dell'immanenza sociale che genera le precondizioni della costituzione materiale sia intrinseca una politicizzazione — ovvero una trascendenza politica — che non si lascia ridurre all'orizzontalità e alla composizione cumulativa dei poteri. La costituzione materiale così intesa rappresenta la costituzione dello Stato delle masse compiuto e visibile, con tutte le sue aporie e i suoi problemi di gestione della complessità, che deve individuare un nuovo modo di raccordare società e istituzioni, politicITÀ e giuridicità, lavoro e cittadinanza. La 'nuova costituzione economica' impostasi in UE con il Trattato di Maastricht entra in rotta di collisione con essa (basti pensare agli articoli 1 e 3, lavoristi, all'intera impostazione dei rapporti economico-sociali in costituzione), mentre il Trattato è dominato dall'idea di una società concorrenziale e altamente competitiva, in cui il vettore dell'integrazione sociale è il mercato, se adeguatamente protetto dalle sue — peraltro intrinseche — derive monopolistiche, con una iper-regolazione che però non deve mai essere politico-democratica, nel senso di mirare a realizzare una progettualità politica autonoma, basati sui bisogni sociali delle masse: infatti le regole servono solo a rafforzare il mercato (almeno

in teoria), e i diritti che contano sono quelli dei consumatori, non quelli dei cittadini e dei lavoratori. La costituzione materiale è la costituzione dello Stato delle masse. Nella misura in cui il neoliberalismo (di cui l'ordoliberalismo è la versione tedesca, più paternalista e organicista) è ostile allo Stato delle masse e alla politicizzazione del conflitto distributivo, è incompatibile con la costituzione materiale, espressiva dei bisogni sociali e delle istanze partecipative delle masse medesime.

O, detto altrimenti, la domanda centrale che è necessario porsi (e che una volta posi a Fioravanti) è: lo Stato costituzionale del Novecento può non essere keynesiano? La risposta è no, ovviamente (e fu anche la risposta di Maurizio). Ecco perché lo Stato costituzionale è in disarmo. Salvo cavalcare un paradosso, ovvero rovesciare le categorie, giocare la nozione di costituzione materiale in chiave di antistato delle masse, come unica modalità di esistenza — adeguata al 'mondo nuovo' della tecnologia e della finanza globalizzate — di una società di massa ormai inevitabilmente dissolta in un pulviscolo atomistico ⁽⁹⁾: la costituzione 'immateriale' dei flussi e delle reti. Ma è ancora possibile un contenuto minimo di ordine collettivo, una mediazione complessa, senza ancoraggi politici che trascendano l'immanenza assoluta dei mercati? C'è ancora una costituzione con un suo baricentro, là dove tutto è disintermediazione e assenza di relazioni politiche stabili ⁽¹⁰⁾? Qual è l'impatto

⁽⁹⁾ Di 'disfacimento del popolo' quale progetto intrinsecamente neoliberale, tratta W. BROWN, *Undoing the demos*, Zone Books, Princeton, 2017 (trad. it. LUISS University Press, Roma 2023).

⁽¹⁰⁾ È l'interrogativo che si pone rispetto al pan/post-costituzionalismo di Teubner, che assorbendo nell'orbita del costituzionalismo societario tutto ciò che accade nell'orizzontalità del privato e dell'economico, finisce per perdere il criterio che qualifica ciò che è costituzionale in senso proprio e la sua stessa politicità. Ne deriva un costituzionalismo talmente frammentario e indeterminato (tutto è costituzione come tutto è istituzione), da essere imbello rispetto agli effetti di potere del globalismo neoliberale: cfr. G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, Suhrkamp, Berlin, 2012; ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, trad. it. di R. Prandini, Armando, Roma, 2013. In una direzione simile, va la riflessione di Negri sull'ipotesi di un potere costituente permanente espressivo della produttività del 'sociale': un'ipotesi paradossale, perché inidonea a conseguire il fine primario di ogni potere costituente, cioè 'constituire' un ordinamento, dar vita a un assetto di poteri 'costituiti'; una concezione che serba un'idea di democrazia radicalmente metapolitica, cioè priva della capacità di trascendere

sullo Stato di diritto e le libertà fondamentali di tale destrutturazione della membratura politico-costituzionale della società? Infine, è davvero così orizzontale, priva di rapporti di dominio, la ‘costituzione immateriale neoliberale’, o non si tratta piuttosto di una rappresentazione ideologica?

3. Fioravanti non intende la costituzione materiale in opposizione a quella formale, perché questa eventualità segnala un problema per il costituzionalismo, una strada aperta per forzature. Materiale significa per lui ‘originaria’: l’originarietà è dei principi fondamentali che si sono sedimentati nella storia e per questo sono stati riconosciuti dall’Assemblea costituente, in una logica dialogica. Certo, si potrebbe obiettare che comunque a una decisione si giunge, che senza eventi traumatici, ad esempio in Italia senza la guerra e la lotta di Liberazione (con i profili di guerra civile che implicava) difficilmente ci sarebbe stata una nuova costituzione polemica verso il regime precedente, e che dunque la costituzione del 1948 fu una scelta politica fondamentale, polemica e determinata, ‘portata’ da forze concrete (che rappresentavano secondo Mortati la persistenza, seppure ‘normalizzata’, del potere costituente all’interno dell’assetto dei poteri costituiti). Ciò indica in maniera chiara che la politicità della costituzione, anche al livello dello Stato pluriclasse, è essenziale: non c’è costituzione — tantomeno di massa — senza che si raggiunga tale soglia di politicizzazione (emblemizzata dalla decisione costituente). Ma in realtà anche laddove la politicizzazione appare meno intensa, come negli Stati liberali tradizionali, i criteri di esclusione sociali sono molto più rigidi, e il potere come violenza organizzata non tarda a manifestarsi non appena la società mostra segni di refrattarietà rispetto all’ordine proprietario, la cui verticalità è velata dal dispositivo della ‘naturalizzazione’. Ciò non vuol dire che tutto si riduca a decisione, magari nichilistica. Il momento decidente è necessario, ha in sé un elemento di indeterminatezza, ma presuppone sempre qualcosa: un soggetto

dall’interno l’immanenza economico-sociale, di dare forma giuspolitica alla libertà in relazione: cfr. A. NEGRI, *Il potere costituente*, Manifestolibri, Roma, 2002. Più coerentemente, dati i suoi presupposti teorici, Giorgio Agamben va nella direzione della destituzione della funzione stessa di ogni potere costituente, condannato altrimenti alla circolarità cui soggiace la violenza mitica del diritto: cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer*, edizione integrale, Quodlibet, Macerata, 2018.

che emerge, una situazione sfidante, il fine minimo dell'ordine da (ri-)costituire, un contenuto minimo che non può non essere veicolato (una sorta di ordine *in nuce*) dalle forze egemonico-costituzionali, e che poi si espande fino a farsi sistema politico-assiologico. Quindi con la costituzione democratica e sociale novecentesca, quale quella italiana, i contenuti tornano a riempire di senso la validità formale del diritto, seppur non in quanto giusnaturalisti, ma pluralisti e semmai secolarizzanti da un lato, egemonico-culturali dall'altro. Cioè la costituzione democratica è l'estrema erede di quel processo di laicizzazione moderna del diritto che non è solo autonomia del giuridico rispetto a fonti sacrali, ma anche filtro pluralizzante e individualizzante dell'etico, un'elaborazione dei presupposti del moderno che implica anche l'assunzione del lascito cristiano, seppur non in senso confessionale, all'interno della cultura costituzionale, insieme ad altre grandi visioni di senso. Mentre la dimensione egemonica è connessa all'organizzazione di un consenso non effimero intorno a idee-guida incarnate, saldate a interessi fondamentali, che definiscono il quadro di fondo di un determinato assetto costituzionale: una costituzione è sempre espressione di un'egemonia culturale, anche se naturalmente una costituzione democratico-pluralista non può permettersi una nozione troppo rigida e sostanziale dell'egemonia, pena perdere di vista la libertà.

ENZO CHELI
CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Stato costituzionale e costituzione democratica rappresentano i nuclei centrali delle riflessioni di Maurizio Fioravanti ed i punti di approdo del suo percorso scientifico. Ma come è maturato e come si è sviluppato questo percorso? Quali le acquisizioni e quali le novità espresse dal suo pensiero e dalla sua ricerca? Quale l'eredità che oggi il mondo della scienza storica e giuridica può trarre dalla sua opera?

Le relazioni e gli interventi che abbiamo ascoltato nel corso di questa giornata di studio hanno dato molte risposte a queste domande contribuendo a delineare il profilo umano e intellettuale di Maurizio Fioravanti. Risposte da cui risulta possibile trarre una prima considerazione.

Maurizio Fioravanti alla luce del suo lascito scientifico si presenta come uno dei maggiori interpreti del costituzionalismo moderno tra quanti in questo campo si sono misurati, non solo a livello nazionale, dal secondo dopoguerra ad oggi. Uno studioso che ha avuto il merito, ma anche la fortuna di formarsi e di operare all'interno di una scuola ricca di talenti e guidata da un Maestro generoso come Paolo Grossi. Lo stesso Fioravanti, in un suo scritto recente, nel ricordare la fase della sua formazione ha avuto modo di sottolineare come Paolo Grossi gli avesse fornito fin dall'inizio del suo lavoro « una immagine precisa e a tutto tondo »: l'immagine di un Novecento che 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, ma si hanno piuttosto imprenditori, lavoratori, consumatori...e soprattutto formazioni sociali che sorgono proprio sulla base di comuni interessi ».

Il punto di partenza del percorso scientifico di Maurizio Fioravanti è dunque quello che Paolo Grossi con espressione colorita veniva solitamente a definire con un richiamo alla 'fisicità' o 'carnalità' dell'esperienza giuridica dove il diritto viene a rappresentare la struttura di sostegno della vita delle persone e dell'impianto sociale.

Muovendo da questa visione realistica del mondo del diritto Fioravanti, fin dai primi anni del suo impegno scientifico, ha orientato la sua ricerca su tre percorsi fondamentali della storia moderna: sugli sviluppi del costituzionalismo dalle sue più lontane origini a oggi; sui caratteri propri dello Stato costituzionale inteso come la forma più evoluta del costituzionalismo moderno; sulla storia e sugli elementi costitutivi della nostra forma repubblicana vista come espressione esemplare di uno Stato costituzionale retto da un assetto democratico.

Per quanto concerne il primo di questi percorsi vediamo come Fioravanti abbia in particolare concentrato la sua attenzione sulla nascita dello 'Stato di diritto' fondato sulla supremazia della legge, cioè, per usare la formula che egli adotta, sui caratteri propri di uno 'Stato legislativo di diritto'. Una vicenda questa che, nel condurre al superamento dello Stato assoluto, si è sviluppata nel quadro europeo attraverso itinerari diversi che hanno condotto ad affermare la supremazia della legge con un richiamo a tre fondamenti diversi: alla sovranità del popolo e della Nazione nella Francia rivoluzionaria; alla sovranità dello Stato nello spazio dell'Ottocento germanico; alla sovranità del Parlamento nell'esperienza inglese. In ciascuna di queste esperienze, determinate da tradizioni e culture giuridiche diverse, alla legge nella sua generalità ed astrattezza risulta affidato il compito di rompere le barriere cetuali e di classe proprie della tradizione al fine di perseguire una prima prospettiva di uguaglianza che, in questa fase, risulta strettamente confinata al piano formale.

Itinerari dunque differenziati dello 'Stato di diritto' che nascono da matrici culturali e politiche diverse, ma che tendono tutti a trovare il loro punto di approdo in una costituzione o nel consolidamento di una tradizione costituzionale frutto del punto di equilibrio raggiunto nella lotta tra contrapposti poteri. Ma le costituzioni in questa fase assumono più le caratteristiche di manifesti politici e d'indirizzo che di testi normativi vincolanti, nonostante che ad esse la Francia rivoluzionaria abbia inteso affidare il compito, secondo la

celebre definizione espressa nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, di garantire i diritti delle persone separando i poteri dello Stato.

Nel ripercorrere questo lungo e complesso itinerario storico Maurizio Fioravanti, alla luce di un confronto continuo con i classici del pensiero politico (da Hobbes a Rousseau, da Jellinek a Weber, da Kelsen a Schmitt), trova l'occasione per approfondire le chiavi dei processi di trasformazione costituzionale riferibili alle nozioni di popolo, di sovranità, di potere, di garanzia, di unità e rappresentanza politica. La ricostruzione storica di queste nozioni-chiave conduce Fioravanti, da un lato, a definire lo Stato come l'espressione di una società organizzata intorno ad un principio di autorità espressa in una forma di governo; dall'altro, a indagare intorno ad un catalogo di diritti conquistati progressivamente dal corpo sociale che le costituzioni democratiche novecentesche vengono a riferire non più a soggetti astratti di diritto, ma a persone situate nella società e in grado di aspirare a condizioni di eguaglianza economica e sociale.

Dallo 'Stato legislativo di diritto' si transita così verso lo 'Stato sociale' che trova le sue espressioni più significative a cavallo e dopo i due conflitti mondiali del secolo scorso.

Questo passaggio favorito dal diffondersi di costituzioni a impianto democratico apre la riflessione dello storico del diritto verso alternative nuove, frutto dell'intreccio tra tradizioni diverse e non più limitate allo spazio europeo. Verso l'alternativa tra una democrazia legislativa ed una democrazia costituzionale, stimolata da una migliore conoscenza del modello nordamericano. Verso l'alternativa tra una democrazia monista e una democrazia pluralista, valorizzata dall'esperienza negativa dei regimi autoritari sorti tra le due guerre. Verso l'alternativa tra una democrazia nazionale ed una democrazia internazionale, favorita dallo sviluppo delle dichiarazioni universali e internazionali promosse dai movimenti umanitari del secondo dopoguerra.

È attraverso questo lungo e profondo scavo storico che Maurizio Fioravanti viene, infine, ad approdare alla visione dello Stato costituzionale: una forma di Stato che, rispetto alle esperienze maturate a livello europeo fino al secondo conflitto mondiale, rappresenta nel pensiero di Fioravanti più che un'evoluzione una trasformazione radicale delle precedenti forme di Stato in quanto

fondata su alcuni perni del tutto nuovi. Sul valore non solo politico, ma anche normativo e pienamente vincolante, della costituzione cui tutti i poteri e in primo luogo il potere legislativo risultano sottomessi; sulla natura non costituente, ma costituita della sovranità popolare il cui esercizio da parte del popolo viene condizionato da insuperabili barriere costituzionali; sulla introduzione di un sistema di controllo giudiziario della legittimità costituzionale della legge e, più in generale, del potere politico; infine, sulla valorizzazione del potere giudiziario, non più vincolato alla stretta applicazione della legge, ma investito, a fianco del potere legislativo, di una funzione di interpretazione e applicazione diretta della costituzione. Nello 'Stato costituzionale' il potere di indirizzo politico affidato alla maggioranza risulta così vincolato al rispetto pieno delle norme costituzionali, espressione dell'unità del sistema politico che regge il paese.

Questo vincolo garantisce la tutela delle libertà fondamentali dei singoli e delle formazioni sociali offrendo anche una tutela giudiziaria alle minoranze contro i possibili soprusi della maggioranza. In altri termini la democrazia sottesa a queste forme di Stato non è una democrazia maggioritaria, bensì una democrazia costituzionale dove tutte le forze politiche trovano eguale protezione e tutte le posizioni culturali e ideologiche pari legittimazione.

Questa forma di Stato impone necessariamente la presenza di una costituzione rigida, sottratta al rischio di possibili alterazioni o rotture da parte delle leggi votate a maggioranza. Una rigidità formale che non esclude però l'elasticità sostanziale della stessa costituzione in quanto testo non 'pietrificato', ma suscettibile di evolversi ed aggiornarsi attraverso l'interpretazione legislativa e giurisprudenziale, in sintonia con l'evoluzione culturale della società.

Si giunge così al terzo campo d'indagine di Maurizio Fioravanti, campo che attiene alla nascita e agli sviluppi del nostro Stato repubblicano. Uno Stato che ha rappresentato nel contesto europeo il primo esempio storico di Stato costituzionale retto da una costituzione democratica. Le caratteristiche proprie dello Stato costituzionale a base democratica emergono, infatti, limpidamente nella costituzione del 1948, dove la sovranità è imputata al popolo, ma il popolo è tenuto a esercitarla « nelle forme e nei limiti » della costituzione; dove l'indirizzo politico esercitato dal Parlamento e dal

Governo spetta alle forze di maggioranza, ma questo avviene sotto il controllo di due organi di garanzia costituzionale quali il Capo dello stato e la Corte costituzionale che agiscono in sostanziale sinergia operativa a difesa di una costituzione rigida; dove esiste un ampio e dettagliato catalogo di diritti fondamentali che la costituzione riconosce come preesistenti allo stesso Stato e che, insieme ad un nucleo di principi supremi la cui definizione spetta alla giustizia costituzionale, concorrono a delineare quella 'forma repubblicana' che la costituzione, con il suo articolo di chiusura, viene a sottrarre alla possibilità di una revisione condotta in forme legali.

La Repubblica italiana — espressione tipica di un intreccio ben radicato tra culture politiche e giuridiche diverse — assume, quindi, nella visione di Fioravanti, le caratteristiche di uno Stato costituzionale sorretto da una costituzione democratica a impronta personalistica, pluralista e garantista. Costituzione che viene a trarre la sua forza proprio dal suo radicamento storico cioè dal fatto di affondare le proprie radici nella storia espressa dal costituzionalismo moderno.

Questo in estrema sintesi è il succo della riflessione che Maurizio Fioravanti ha sviluppato nell'arco del suo percorso scientifico intorno ai temi del costituzionalismo moderno, dello Stato costituzionale e della nostra democrazia repubblicana. Riflessione dove lo sguardo dello storico s'intreccia continuamente con l'analisi del giurista, la ricerca sul passato con la valutazione del presente e delle prospettive che il futuro presenta.

Ma è proprio su questo terreno che oggi l'eredità che possiamo trarre dall'opera di Fioravanti viene anche a superare i confini della ricerca scientifica per investire lo spazio dell'etica civile e politica. Un'etica che ha indotto Fioravanti, partendo dalla ricerca sul passato, a usare quello sguardo 'presbite' che le costituzioni per la loro stessa funzione rivolta al futuro vengono a imporre.

E cosa viene a suggerire questo sguardo riferito alla realtà italiana?

Oggi, come gli scritti di Fioravanti chiaramente dimostrano, disponiamo nel nostro paese di una costituzione forte in quanto ben costruita nelle sue radici storiche e ben radicata nel tessuto sociale.

Questa costituzione ha sinora superato efficacemente le prove che la storia le ha più volte imposto così da garantire, in un ormai lungo arco temporale, l'unità del paese, l'affermazione di un solido

quadro di libertà individuali e di gruppo, l'azione efficiente dei suoi apparati di garanzia.

Quello che sotto questo manto costituzionale non ha invece ben funzionato, specialmente nel corso degli ultimi anni, è stato il sistema politico che, dopo il declino dei partiti storici, si è andato sempre più frantumando e dividendo al suo interno rendendo sempre più incerta la funzione dei governi nella ricerca del bene comune. Da qui il tema delle riforme costituzionali che ci insegue senza esiti apprezzabili da oltre quarant'anni e che oggi, dopo una stagione di silenzio, torna a riemergere.

Ma verso quali riforme appare oggi utile orientarci alla luce della storia che abbiamo alle spalle e dello stato delle cose che caratterizza il presente? Le riflessioni svolte da Maurizio Fioravanti sullo sviluppo e lo stato delle nostre istituzioni ci possono molto aiutare a dare una risposta a questa domanda.

Se le riforme, come appare ovvio, vanno orientate non verso ciò che, nel complesso, ha storicamente ben funzionato, ma verso ciò che, specialmente negli anni più recenti, non ha funzionato e seguita a non funzionare, la risposta più ragionevole alla domanda che si poneva sembra oggi essere questa: riforme sì, ma in primo luogo orientate più verso il sistema politico che verso il modello costituzionale; riforme sì, ma non condizionate da interessi politici contingenti, bensì legate al respiro lungo della storia che le costituzioni, come patti intergenerazionali, vengono naturalmente a imporre.

Questo respiro lungo della storia oggi sta aprendo nuovi spazi proprio alle vicende del costituzionalismo moderno: spazi nuovi che attengono alla persona nel momento in cui si vanno allargando le sfere della sua identità e della sua conoscenza; spazi nuovi legati alla sfida ecologica che sta oggi conducendo alla nascita di un costituzionalismo ambientale che supera la sfera fisica degli Stati; spazi nuovi che si aprono come conseguenza del declino delle sovranità nazionali e impongono sempre più di orientare i percorsi costituzionali verso una dimensione universale o, quanto meno, continentale.

Maurizio Fioravanti in molti suoi scritti coglie bene questa visione anticipatrice di un nuovo costituzionalismo che oggi sta emergendo su scala mondiale. Per questo vorrei concludere richiamando il passo illuminante di un lavoro non più recente dove Fioravanti così scriveva: « Il diritto ha a lungo combattuto contro

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 ». Lo scritto in questione s'intitola *Paradigmi della modernità giuridica* e porta la data del 2008. Un tempo ormai lontano, ma in cui Maurizio Fioravanti, grazie alla sua straordinaria sensibilità di storico, riusciva a spingere lo sguardo molto in avanti verso una realtà che soltanto negli anni a noi più vicini avrebbe iniziato a prendere forma.

INDICE SOMMARIO

MASSIMILIANO GREGORIO-BERNARDO SORDI, <i>Premessa</i>	v
---	---

SALUTI ISTITUZIONALI

GIOVANNI TARLI BARBIERI	3
DIANA MARTA TOCCAFONDI	7

INTRODUZIONE AI LAVORI

PIETRO COSTA, <i>Inizio dei lavori</i>	13
MASSIMILIANO GREGORIO, <i>Un ricordo di Maurizio Fioravanti per introdurre i lavori.</i>	15
STEFANO MANNONI, <i>Un ricordo</i>	21
BERNARDO SORDI, <i>Stato e costituzione: la prospettiva storica</i>	25
GUSTAVO ZAGREBELSKY, <i>Per Fioravanti</i>	39

LO STATO E LE TIPOLOGIE STATUALI

LUIGI BLANCO, <i>Il contributo di Maurizio Fioravanti alla comprensione della vicenda statale moderna in Europa</i>	55
LUCA MANNORI, <i>Stato e tipologie statuali nella costruzione di Maurizio Fioravanti. La lezione storiografica</i>	73
LORENZO ORNAGHI, <i>Stato costituzionale, Stato per ceti: a un bivio delle democrazie della tarda modernità</i>	89

DALLA COSTITUZIONE CETUALE ALLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA

CLARA ÁLVAREZ ALONSO, <i>Maurizio Fioravanti/Joaquín Varela Suanzes-Carpegna y el constitucionalismo español, europeo e iberoamericano</i>	111
--	-----

MARCO FIORAVANTI, <i>Dall'ordinamento cetuale al potere costituente (breve note su metodo e prospettive nell'opera di Maurizio Fioravanti)</i>	125
LUIGI LACCHÈ, <i>Il costituzionalismo liberale e la legge fondamentale</i>	135
ANNA GIANNA MANCA, <i>La costituzione cetuale tra storia delle dottrine costituzionali e storia delle istituzioni politiche</i>	157

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA

PAOLO CAPPELLINI, <i>Ripresa dei lavori</i>	183
GIOVANNI BISOGNI, <i>Della geometria giuridica ovvero del 'posto' dei giudici nello « Stato costituzionale del presente »</i>	189
GUSTAVO GOZZI, <i>Maurizio Fioravanti e Costantino Mortati a Weimar</i>	211
SARA LAGI, <i>Hans Kelsen il 'giurista rivoluzionario': la lettura di Maurizio Fioravanti</i>	233
FULCO LANCHESTER, <i>La situazione storico-spirituale del costituzionalismo nello Stato di diritto costituzionale democratico di massa</i>	249

LO STATO COSTITUZIONALE E LE SUE TRASFORMAZIONI

PAOLO CARETTI, <i>Lo Stato costituzionale nella dimensione sovranazionale</i>	265
MARIO DOGLIANI, <i>Il concetto di trasformazione costituzionale</i>	275
PAOLO POMBENI, <i>Lo Stato costituzionale alla prova della transizione epocale</i>	287
GEMINELLO PRETEROSSO, <i>Il "doppio lato" della costituzione</i>	297

* * *

ENZO CHELI, <i>Considerazioni di sintesi</i>	309
<i>I collaboratori di questo volume</i>	319

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones - Universidad Autónoma de Madrid

GIOVANNI BISOGNI

Prof. Associato di Filosofia del diritto - Università di Salerno

LUIGI BLANCO

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Trento

PAOLO CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

PAOLO CARETTI

Prof. Emerito di Diritto costituzionale - Università di Firenze

ENZO CHELI

Vice-Presidente Emerito della Corte Costituzionale

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

MARIO DOGLIANI

Prof. Emerito di Diritto costituzionale - Università di Torino

MARCO FIORAVANTI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Roma Tor Vergata

GUSTAVO GOZZI

Professore Alma Mater, già Professore ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Bologna

MASSIMILIANO GREGORIO

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

LUIGI LACCHÈ

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Macerata

SARA LAGI

Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche - Università di Torino

FULCO LANCHESTER

Prof. Emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato - Università «La Sapienza» di Roma

ANNA GIANNA MANCA

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Trento

STEFANO MANNONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche - Università di Firenze

LORENZO ORNAGHI

Presidente dell'Alta Scuola di Economia e Relazioni Internazionali - Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

PAOLO POMBENI

Prof. Emerito di Storia dei sistemi politici europei e Storia dell'ordine internazionale - Università di Bologna

GEMINELLO PRETEROSSO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto e Storia delle dottrine politiche - Università di Salerno

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno - Università di Firenze

GIOVANNI TARLI BARBIERI

Prof. Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Firenze

DIANA MARTA TOCCAFONDI

Presidente della Fondazione Cassa di Risparmio di Prato

GUSTAVO ZAGREBELSKY

Prof. Emerito di Diritto costituzionale - Università di Torino
Presidente Emerito della Corte Costituzionale

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
 Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
 Vol. 49 (2020), 8°, p. 914
 Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014
 Vol. 51 (2022), 8°, p. 788

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, SECULARIZZAZIONE 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. Genesi 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 medievali 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
Arti 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. Pubblicistica 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 provvisori 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
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE
NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

- 125 Francesco Migliorino, *LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI*
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(2021), 8°, p. X-194
- 126 Floriana Colao, *UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA*
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126
- 127 Franco Gaetano Scoca, *RISORGIMENTO E COSTITUZIONE*
(2021), 8°, p. XII-630
- 128 Gustav Radbruch, *FILOSOFIA DEL DIRITTO*
(2021), 8°, p. LXXII-234
- 129 Gianluca Russo, *GOVERNARE CASTIGANDO*
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362
- 130 *WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?*
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368
- 131 Giandomenico Dodaro, *GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E DEMOCRAZIA*
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402
- 132 Stefano Malpassi, *LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA*
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e
tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424
- 133 Lorenzo Serafinelli, *U.S. LAW SCHOOLS*
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362
- 134 *PLURALISMO GIURIDICO*
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316
- 135 Domenico Siciliano, «DEFENSIVE AUFKLÄRUNG»: IL *CONFLITTO* TRA
FILOSOFIA, POLITICA E GIURISPRUDENZA NELL'*ARTICOLO SEGRETO*
PER LA PACE PERPETUA DI IMMANUEL KANT
(2023), 8°, p. X-208
- 136 Piero Fiorelli, *LA TORTURA GIUDIZIARIA NEL DIRITTO COMUNE*
Ristampa inalterata con Prefazione dell'Autore settant'anni dopo
In corso di stampa
- 137 Alberto Predieri, *LINEAMENTI DELLA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL*
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e
Introduzione di Augusto Barbera
(2023), 8°, p. XXII-164
- 138 Giacomo Pace Gravina, *LA TERRA E IL CODICE: L'ENFITEUSI*
(2023), 8°, p. XIV-126

139 LO STATO COSTITUZIONALE

Radici e prospettive

Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti

Firenze, 10 marzo 2023

A cura di Massimiliano Gregorio e Bernardo Sordi

(2023), 8°, p. VI-320

€ 39,00

024221643

ISBN 978-88-28-85989-5



9 788828 859895