

GIUSTIZIA E POLITICA COSTITUZIONALI

Collana diretta da

Alfonso Di Giovine - Mario Dogliani - Gustavo Zagrebelsky

Con la pubblicazione di questa collana, che porta il titolo impegnativo e inconsueto di Giustizia e politica costituzionali, ribadiamo la fedeltà alle radici della nostra formazione, che ci lega alla consapevolezza dei nessi – e delle distinzioni che non causano rimozioni – tra diritto e cultura e diritto e politica. Consapevolezza che ha continuativamente caratterizzato lo studio del diritto costituzionale a Torino. Proviene da antichi Maestri (da Melegari ad Arangio Ruiz a Brunialti a Mosca a Pierandrei), ma ci è caro qui soprattutto ricordare coloro i quali ce l'hanno direttamente trasmessa, in modi diversi, con il loro insegnamento e con i quali l'abbiamo condivisa: Giuseppino Treves, Franco Levi, Leopoldo Elia, Giorgio Lombardi, Elio Casetta.

In copertina:

MARIA ROSA BENSO, *The Queen Elizabeth II Bridge*, U.K. (particolare), olio su tela, 2010.

Luciano Patruno

L'elasticità della Costituzione



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3762-7

I volumi pubblicati nella presente collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Ringraziamenti</i>	VII

INTRODUZIONE IL TEMA DELL'INDAGINE

1. I diversi significati dell'elasticità	1
2. L'elasticità: un dispositivo che ha reso fluido il diritto	4
3. L'elasticità: «un finto cornice che non sorregge nulla»?	7
4. L'applicazione del dispositivo alla Costituzione del 1947	8

CAPITOLO I L'ELASTICITÀ DELLA COSTITUZIONE RIGIDA E DELLA COSTITUZIONE FLESSIBILE

1. La teoria come causa di incidenza sul carattere (primario o secondario) dell'elasticità	13
2. La funzione storicamente mutevole dell'elasticità: l'elasticità degli antichi e dei moderni	22
3. Lo Statuto albertino: una costituzione fluida tra lo spirito rinnovatore della storia e le "sottili essenze" della società	27
4. Elasticità e costituzione in senso materiale (prove teoriche di un concetto in gestazione)	31
4.1. (<i>Segue</i>) la Costituzione in senso materiale, principio stabile ed elastico dell'identità di ogni costituzione	32
5. L'iniziale limitata elasticità della Costituzione repubblicana	37
6. La seconda fase dell'elasticità della Costituzione repubblicana: dalla costituzione materiale-formale alla costituzione vivente	40
7. Tornando a Bryce. L'elasticità: la vera pietra di paragone per distinguere le costituzioni flessibili da quelle rigide	42

CAPITOLO II

IL DIRITTO COSTITUZIONALE AL PRESENTE:
LA PERFETTA ELASTICITÀ DELLA COSTITUZIONE RIGIDA

1. Inquadramento generale del problema	49
2. Il «diritto costituzionale al presente» ovvero l'elasticità perfetta	53
3. Il mutamento sociale e la sua retroazione sul sistema costituzionale	60
4. Lo svuotamento delle norme di sistema. L'uso improprio di Kelsen e l'uso proprio di Schmitt	66
5. L'eternità assiologica della costituzione-dei-diritti come forma contemporanea dell'eternità ordinamentale	72
6. La deformazione della struttura costituzionale	81
7. L'effetto (non) voluto dell'elasticità: il restringimento dei diritti?	86
8. L'«alta» costituzione	91
9. La tendenziale convergenza tra costituzione etica ed etica degli affari: elasticità perfetta della costituzione economica?	98

CAPITOLO III

IL METODO CUMULATIVO, UNA POSSIBILE ELABORAZIONE
DELL'INSTABILITÀ DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

1. Le premesse	115
2. Le necessità sistematiche del diritto costituzionale	119
3. Per un criticismo produttivo	121
4. Ri-materializzazione del diritto costituzionale	128
5. Etica costituzionale	129

EPILOGO

DALL'ELASTICITÀ ALL'IDENTITÀ DELLE COSTITUZIONI 133

<i>Opere citate</i>	141
---------------------	-----

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio il mio maestro, Mario Dogliani, per avermi incoraggiato e seguito anche in questo lavoro e per averne discusso con me le diverse parti. Lo ringrazio, soprattutto, per la sua capacità di trasmettermi, anche a distanza, un insegnamento di rigore e passione per il diritto costituzionale.

Sono poi molto grato a Gustavo Zagrebelsky e ad Alfonso Di Giovine per aver letto il testo e per averlo arricchito con le loro preziose osservazioni.

Ringrazio Jörg Luther per i suoi puntuali suggerimenti e per avermi invitato a discutere del tema con i dottorandi dell'Università del Piemonte Orientale.

Infine, un grazie a Valeria Marcenò per il sostegno e la philia nella fase di ultimazione del lavoro.

INTRODUZIONE

IL TEMA DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. I diversi significati dell'elasticità. – 2. L'elasticità: un dispositivo che ha reso fluido il diritto. – 3. L'elasticità: «un finto cornicione che non sorregge nulla»? – 4. L'applicazione del dispositivo alla Costituzione del 1947.

1. *I diversi significati dell'elasticità*

Il tema dell'elasticità della costituzione è, per sua natura, piuttosto scivoloso.

Un testo costituzionale, come qualsiasi altro testo normativo è, in una qualche misura, vago e generico, così come, in una qualche misura, è preciso, specifico e univoco.

La relativa vaghezza o la relativa precisione dipenderanno «dall'estensione della penombra costituita dai casi limite»¹.

D'altra parte non esistono criteri incontestabili per stabilire quando una o più norme siano molto o poco vaghe, molto o poco indeterminate, prospettandosi quello che è stato definito un «problema di vaghezza di secon-

¹ C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 34. H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 146 ss., parlando della «struttura aperta del diritto», osserva come «vi saranno invero dei casi chiari che ricorrono costantemente in contesti simili ai quali le espressioni generali sono chiaramente applicabili, ma vi saranno anche dei casi in cui non è chiaro se esse si applicano o no (...). Queste ultime sono situazioni di fatto, messe continuamente sulla scena ad opera della natura o dell'invenzione umana, che possiedono soltanto alcune caratteristiche dei casi normali, mentre sono prive di altre. I "canoni interpretativi" non possono eliminare queste incertezze, benché possano diminuirle: infatti questi canoni sono essi stessi norme generali per l'uso del linguaggio, e fanno uso di termini generali che richiedono a loro volta di essere interpretati», pp. 148-149.

do ordine»² e cioè di vaghezza del linguaggio con cui parliamo della vaghezza, della stessa indeterminatezza cioè connaturata al linguaggio.

Pertanto, dire che la costituzione è elastica perché i suoi enunciati sono per lo più generici, vaghi o suscettibili di assumere significati diversi a seconda delle diverse condizioni (soggettive e oggettive) della sua interpretazione non aggiunge molto alla sua comprensione.

In questo senso, non è un caso che l'elasticità sia stata per lo più trattata come nozione-parassita delle ben più radicate e compiute categorie di "rigidità" e "flessibilità"³. Non essendo ancorata al dato formale della procedura di modifica, l'elasticità è stata considerata come il naturale corollario della vigenza di una costituzione e, più precisamente, come l'effetto della sua dimensione temporale, che si manifesta attraverso una fisiologica attività di interpretazione del testo.

E, ancora adesso, se ne continua a parlare – attingendo al suo significato, per così dire, più innocuo ma dall'indubbio valore – come di quel «fattore generale» «che è insito nei testi costituzionali scritti, come quello attualmente vigente in Italia, e che in realtà fa parte, da sempre, delle modalità logico-sistematiche utilizzate dagli interpreti per consentire la permanenza nel tempo della fruibilità dei testi scritti che altrimenti diverrebbero inutilizzabili immediatamente dopo la loro adozione in quanto superati dall'evolversi della realtà politico sociale»⁴.

All'elasticità della costituzione, tuttavia, è stato sempre assegnato un significato più ricco di quello di modalità inerente a una tecnica interpretativa funzionale all'innovazione della portata degli enunciati linguistici.

Si potrebbe dire – adottando la terminologia cara alla *Begriffsgeschichte* ("storia dei concetti") – che si tratta di un concetto «costituito di più strati, ossia di significati che derivano cronologicamente da tempi diversi»⁵. Il che consente, da un lato, di comprendere la valenza politico-culturale dell'idea di costituzione che l'elasticità di volta in volta presuppone, dall'altro lato, di tenere in debito conto il rapporto tra l'uso della locuzione e la realtà storico-sociale in cui essa è stata di volta in volta operativa.

² C. LUZZATI, *Principi e princípi. La genericità del diritto*, cit., p. 34.

³ Si veda il classico J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions* (1901), tr. it. di R. Niro, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, 8ª ed., Padova, Cedam, 2012, p. 18.

⁵ R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten* (1979), tr. it. di A. Marietti Solmi, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna, Clueb, 2007, p. 107.

Il primo dei significati è legato all'utopia illuministica dell'eternità ordinamentale: una costituzione dotata di elasticità perfetta, di un principio interno di perfezionamento illimitato, sarebbe eterna, riproducendo il meccanismo autocorrettivo di una legge immutabile di natura.

Il secondo dei significati coincide con l'individuazione (nella teoria pubblicistica Otto-Novecentesca) o di un substrato politico o di un substrato esistenziale quali caratteri specifici e differenziali del diritto pubblico: qui l'elasticità è rispettivamente il prodotto della dialettica tra costituzione formale e costituzione materiale o della dialettica tra costituzione formale e costituzione vivente.

Il terzo dei significati (nella teoria pubblicistica di fine Novecento) è quello di elasticità come "validità pratica" della costituzione: una volta identificata la costituzione come legge della concordia, come ordine ideale di giustizia composto di principi-guida, esiste la possibilità per l'interprete di pre-comprenderne i valori fondanti, di intuirne peso e portata attraverso un'operazione di ragionevole bilanciamento adattandoli duttilmente al caso concreto.

In tutti e tre i significati esiste un *medium* incaricato di stabilizzare (entro un minimo e un massimo compatibili con il concetto di costituzione storicamente prevalente) la tensione tra la permanenza dell'identità della costituzione e i cambiamenti che interessano l'ambito reale e vitale a cui si estende la normazione costituzionale.

Nel primo caso tale *medium* è rappresentato dalla nazione o dalla volontà generale (in altre parole dal Terzo Stato); nel secondo caso dalle forze politiche organizzate (i partiti) oppure dalle «forze interne, tacitamente operanti» (lo spirito del popolo, la società)⁶; nel terzo caso dall'ermeneutica come forma di "oralità secondaria" (i *dicta* dei giudici, in cui il testo scritto ha più un valore informativo che prescrittivo: la costituzione è un testo responsivo), tipica del *law in action*.

⁶ L'espressione, come noto, è di F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg (1814), p. 14 che qui cito nell'impaginazione originale del testo riprodotta in A. AKAMATSU-J. RÜCKERT (a cura di), *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 215-304.

2. L'elasticità: un dispositivo che ha reso fluido il diritto

L'intento di questo lavoro consiste nell'approfondire il tema dell'elasticità costituzionale rispetto a questi tre significati. In particolare, si seguirà la strada di approfondire alcuni passaggi relativi al modo in cui si è sviluppato il discorso dottrinale sull'elasticità della costituzione repubblicana: da necessità intrinseca del quadro giuridico positivo predisposto per realizzare un programma normativo dettagliato di società a risultato di una permanente attività giurisdizionale da esercitarsi rigorosamente sugli enunciati di principio e su quei presupposti non scritti che vengono prima di ogni codificazione positiva. Questa analisi sarà possibile solo insistendo sui nessi che legano la nozione di elasticità alle concezioni della costituzione sottostanti.

La scelta dell'oggetto d'indagine è maturata in un momento in cui la "rigidità" e la "flessibilità" stanno diventando caratteristiche di secondo piano degli ordinamenti normativi costituzionali, in ragione della crisi dei criteri gerarchici su cui poggia il sistema delle fonti⁷.

L'elasticità, da questo punto di vista, consente un approccio più fluido al rapporto tra la costituzione e le altre fonti e, in particolare, tra la costituzione e il risultato della sua interpretazione, per adeguarla ai tempi.

A prima vista, le trasformazioni costituzionali e il mutamento costitu-

⁷ Scrive G. TEUBNER, *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine systemtheoretische Kritik der théorie ludique du droit* (1998), tr. it. parz. di R. Prandini, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005, p. 22: «Se sotto la pressione esercitata dalla globalizzazione crolla la "forma" della gerarchia delle fonti – con al vertice la legislazione politica costituzionalmente legittimata – allora la nuova forma non può che presentarsi come *eterarchica*: essa utilizza la distinzione tra il centro e la periferia della produzione normativa. Decentra la giuridificazione politica, la allontana dalla sua sede privilegiata al vertice della gerarchia delle norme, e la ricolloca al livello di altre modalità sociali di produzione normativa». Per la descrizione del passaggio da un modello gerarchico o piramidale a un modello "a rete" del sistema giuridico delle fonti e del sistema di legittimazione costituzionale cfr. F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Sain-Louis, 2002: cercare una risposta alle trasformazioni osservabili nei sistemi giuridici contemporanei, significa, per i due Autori, «*que l'on rappelle succinctement la nature "pyramidale" ou "hiérarchique" du modèle traditionnel, que l'on ne perde pas de vue les difficultés qu'un tel modèle suscitait déjà depuis plusieurs décennies et, enfin, que l'on prenne conscience du trajet parcouru depuis lors et de l'accentuation manifeste de ces difficultés aujourd'hui, à un point tel que les "bougés" de la pyramide font progressivement place à l'émergence d'un nouveau modèle plus complexe, plus "enchevêtré", celui du réseau*», p. 43

zionale possono essere analizzati solo dopo aver considerato in che tipo di ordinamento costituzionale tali concetti si applichino. In un ordinamento costituzionale privo di una giurisdizione costituzionale, tali concetti hanno, di fatto, il carattere di una mera constatazione: «manca in questo contesto quell'interdipendenza tra diritto e organi giudicanti, che è essenziale per il diritto stesso. Il contenuto normativo si realizza per questa ragione solo all'interno e per mezzo del processo politico. Questa situazione conferisce di fatto autorevolezza a quelle forze che si impongono, nella interazione e nello scontro che hanno luogo tra le forze presenti nella vita costituzionale. La dizione "mutamento costituzionale" in questo contesto definisce allora tutto ciò che interviene a modificare l'ambito costituzionale»⁸. Al contrario, trasformazioni costituzionali e mutamento costituzionale sembrano ricevere un profilo dogmatico, qualora «nell'ordinamento costituzionale vi sia una giurisdizione specificamente dedicata alla costituzione: in questo modo alla costituzione si attribuisce il carattere di una legge e l'ordinamento costituzionale diventa a pieno titolo un ordinamento *giuridico*. In questo contesto, il concetto di mutamento costituzionale (...) interroga l'ammissibilità e le conseguenze giuridiche di questo mutamento; è un concetto che si inserisce, quindi, nella tensione esistente tra l'interpretazione costituzionale, da una parte, e le modifiche formali alla costituzione, dall'altra. La questione di dogmatica giuridica qui sottesa – dato che ci si trova in un ordinamento giuridico costituzionale che prevede e ordina un ben preciso *iter* per la modifica (del contenuto) della costituzione – riguarda la misura in cui possono essere ammesse modifiche del contenuto costituzionale che sono estranee a tale *iter*: *fin dove possono spingersi queste modifiche, senza che la costituzione perda la sua forza normativa e la sua efficacia positiva?*»⁹.

Ora, il punto è proprio questo: gli esiti dell'interpretazione stanno diventando il contenuto normativo fondamentale della costituzione legale e, in virtù di una particolare teoria della costituzione (come si cercherà di dimostrare), stanno diventando il criterio portante del testo scritto, rendendo sempre più evanescente il confine tra interpretazione e mutamento della costituzione¹⁰. Ciò che diventa normativo (in luogo del testo costituzio-

⁸ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandeln* (1993), tr. it. di M. Rampazzo Bazzan, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 606.

⁹ *Ibidem*, pp. 607-608 (ultimo corsivo aggiunto).

¹⁰ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna,

nale) è il principio funzionale (l'interpretazione) che dovrebbe soltanto perfezionare o migliorare il senso della costituzione nella sua vigenza.

Esistono dei limiti a questo tipo di operazione o ci si deve arrendere a un processo di semiosi illimitata del testo costituzionale con esiti a volte imprevedibili, che rischiano di trasformare il diritto costituzionale in un processo politico nelle mani dei soli interpreti giuridici?

Questa domanda può acquisire un senso specifico solo ove si ponga mente alla circostanza che qualsiasi argomento sostenuto a partire da principi generali del diritto (il terreno di battaglia dell'ermeneutica giuridica) non ha solo un'attitudine costruttiva (per effetto della loro presunta "eccedenza assiologica") ma può favorire anche un'imprevedibile tendenza alla decostruzione: «chi ricorre ai principi non sta semplicemente *aggiungendo* un nuovo argomento al ragionamento giustificativo: spesso i principi sono un eccellente strumento per *togliere* di mezzo (per cancellare, derogare, ignorare, depotenziare, sminuire ...) una premessa sgradita, percepita come un *limite irrazionale* in quanto impedisce di trarre la conclusione desiderata»¹¹. Ciò può comportare almeno due conseguenze: a) che l'ambito di applicazione del principio regredisca ad uno stato di indifferenziazione giuridica¹²; b) che nell'operazione di "pesatura" gli stessi principi potrebbero non solo espandersi ma anche arretrare, regredendo a meri programmi¹³.

il Mulino, 2004, p. 13, ha osservato che le interpretazioni della costituzione se innovative o forzate aprono inevitabilmente la strada ad una sua vera e propria trasformazione.

¹¹ C. LUZZATI, *Principi e princípi. La genericità del diritto*, cit., p. 18.

¹² Molto spesso il principio «opera come una sorta di tasto di reset che azzerava la specificazione contenuta nella "lettera" della legge tornando all'indifferenziato: (...) la cosa importante è che si capisca che i principi, nella loro funzione ablativa, servono innanzi tutto a sgombrare il campo da vecchie distinzioni, sostituendosi alla regola di cui presuntivamente costituiscono la *ratio*», *Ibidem*, p. 19.

¹³ «Attraverso il meccanismo della "pesatura" (qualunque cosa sia), i principi non solo si espandono, ma possono anche arretrare: *contare in minor misura o non contare affatto*. Non si può essere elastici a metà, in una sola direzione. La ponderazione, soprattutto quando è una tecnica quasi incontestata presso la dottrina, è anche un modo per non dare piena attuazione ai principi costituzionali, per astenersi dal fare scattare le dichiarazioni d'incostituzionalità in maniera puntuale e controllabile. Se le norme superiori si applicano solo "in qualche misura", le antinomie gerarchiche possono venire più facilmente misconosciute. Incombe il noto rischio che i principi, allorché cessano di essere norme come tutte le altre, regrediscano a meri programmi, a dichiarazioni d'intenti con scarse conseguenze», *Ibidem*, p. 40.

3. L'elasticità: «un finto cornicione che non sorregge nulla»?

Quanto appena osservato ci fa tornare al punto iniziale, assai controverso.

Se ci si ferma alla constatazione che l'elasticità di una costituzione è data dall'indeterminatezza, ambiguità o addirittura contraddittorietà delle sue disposizioni, che peraltro la mettono in grado di durare nel tempo, allora potrebbe trattarsi del caso in cui richiediamo questa definizione non per il suo contenuto ma per la sua forma. Si tratta di una richiesta "architettonica", ove la definizione è come un finto cornicione che non sorregge nulla¹⁴. Infatti, affermando che le «costituzioni, se durano nel tempo (e la nostra può ormai considerarsi una costituzione relativamente "longeva"), sono destinate inevitabilmente a rappresentare il quadro di riferimento generale di realtà giuridiche, sociali e politiche anche molto diverse fra loro», per cui l'«elasticità è un carattere generalmente proprio di molte norme costituzionali»¹⁵, si lascia intatta la questione del limite a «questo carattere "aperto" dei programmi, oltre il quale, più che di elasticità, si dovrebbe parlare di svuotamento o di insignificanza dei disposti costituzionali; un limite al di là del quale il carattere "aperto" della costituzione ne contraddirebbe la funzione di garanzia»¹⁶. Si può cercare un equilibrio possibile affermando che la nostra Costituzione del '47 è un «fattore dinamico e di innovazione» e che per tale ragione consente «nuovi sviluppi e cambiamenti significativi» «senza bisogno di particolari forzature interpretative»¹⁷, ma anche in questo caso la definizione stipulativa di elasticità rileva più per la sua forma che per il suo contenuto.

In questo scritto si seguirà una strada parzialmente diversa, avendo riguardo all'idea di elasticità che è andata via via imponendosi in relazione alla nostra costituzione repubblicana. Un'elasticità con caratteristiche e contenuti almeno tendenzialmente identificabili.

¹⁴ L'immagine è di L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen* (1953), tr. it. di R. Piovesan e M. Trinchero, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1999, p. 13.

¹⁵ V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO-A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, 5^a ed., Bologna, il Mulino, 1997, p. 97.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ *Ibidem*, *ivi*.

4. L'applicazione del dispositivo alla Costituzione del 1947

In un convegno svoltosi all'Accademia Nazionale dei Lincei nel gennaio 2008, dal titolo “*La Costituzione ieri e oggi*”, si osservò che un fenomeno era ormai sotto gli occhi di tutti: nei sessant'anni e più di vigenza della nostra costituzione repubblicana è come se avessimo di fronte due strutture giuridiche diverse, seppure costrette nello stesso corpo di testo e da questo promananti: da una parte «la Costituzione dei costituenti, ovvero la Costituzione come era intesa da coloro che la votarono, ed anche dalla cultura politica e giuridica di quel tempo storico, dall'altra la Costituzione di oggi, ovvero la Costituzione come risulta dai processi di trasformazione che sono intercorsi in questi sessant'anni»¹⁸.

Fino ad oggi la nostra Repubblica ha avuto una sola Costituzione, quella del 1947 e le trasformazioni di cui si parla, pure assai rilevanti, si sono sviluppate *dentro di essa*: per via interpretativa, attraverso storiche sentenze della Corte costituzionale o decisioni della stessa magistratura ordinaria, attraverso una legislazione ordinaria che ha catturato i significati innovativi di alcuni principi costituzionali (si pensi al diritto di famiglia, oppure alle stesse riforme amministrative degli anni novanta a c.d. costituzione invariata), attraverso la ricezione di fonti *extra ordinem*, le quali non solo hanno rimesso in causa lo stesso rapporto gerarchico tra fonti ma hanno determinato una diversa regolamentazione di alcune materie oggetto di normazione costituzionale statutale (paradigmatico il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno e lo stravolgimento della c.d. costituzione economica), attraverso l'instaurarsi di nuove convenzioni sulla forma di governo.

Tutto questo è potuto accadere – si dice – perché la nostra costituzione è dotata della «formidabile virtù dell'*elasticità*, che consiste nella capacità della Costituzione, attraverso un mutamento della sua interpretazione, di

¹⁸ M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, Relazione tenuta all'Accademia dei Lincei il 9 gennaio 2008, in *www.lincci.it*, p. 1. Con riferimento alla nostra costituzione repubblicana, quella delle trasformazioni costituzionali è una categoria guidata dalla «convizione, (...) che pur non potendosi parlare di vere e proprie rotture di continuità nei termini propri della dottrina del diritto costituzionale, la Costituzione alla quale oggi ci appelliamo sia diversa da quella di ieri, e si sia venuta adeguando all'evoluzione della società per vie diverse da quelle indicate dall'art 138 Cost. in materia di revisione costituzionale», così S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., pp. 15-16.

mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano stati previsti dai suoi autori, dai costituenti»¹⁹.

Ora – è bene dirlo fin d'ora – nel linguaggio comune l'elasticità è, in effetti, la proprietà che ha un corpo solido di subire, sotto l'azione di determinate sollecitazioni, deformazioni che scompaiono, più o meno completamente, al cessare delle sollecitazioni e, in un senso più ampio, essa consiste nella possibilità, per un organismo vivente ma anche per un costrutto culturale, di variare, cioè nella capacità di adattamento, di adeguamento ai tempi, alle circostanze, alle necessità, ecc. Ma l'elasticità che oggi si vuole predicare della costituzione è anche qualcosa di più rispetto alla semplice "forza di adattamento" ai tempi: si allude, oggi, a una sorta di "elasticità perfetta" della costituzione (va ricordato, incidentalmente, che già l'abate Sieyès nel 1795 parlava di un "principio di perfezionamento illimitato" interno all'idea stessa di costituzione che ne avrebbe assicurato "vita" e "conservazione" – ma su questo torneremo in seguito). L'"elasticità perfetta", però, nella stessa teoria matematica dell'elasticità, è una pura ipotesi: ammetterla equivale ad ammettere, ove la sollecitazione non sia tale da far superare alle tensioni interne un certo limite di elasticità, che la deformazione sia proporzionale alla sollecitazione che l'ha prodotta. A rigore, però nessun solido naturale (e neanche alcun solido culturale come potrebbe essere un testo costituzionale) si comporta così: si ha sempre infatti una deformazione residua o permanente, si hanno cioè sempre fenomeni di *isteresi* o *eredità*.

Per contenere questi fenomeni di isteresi o di eredità, che, alla fine, porterebbero ad una inevitabile modifica della struttura del solido bisogna allora aver capovolto l'assunzione principale che sta alla base del linguaggio comune in tema di elasticità: una costituzione non è elastica solo e semplicemente se possiede la forza di adattarsi al cambiamento, ma (ed è questo il capovolgimento cui occorrerebbe metter capo) se essa ha la capacità di adattarsi è perché, prima di tutto, viene considerata *elastica* (postulato a priori della tenuta attuale delle costituzioni).

Ciò che si intende sottoporre a verifica, pertanto, è la seguente ipotesi: l'elasticità – come oggi viene intesa – altro non è che la spia culturale (volutamente culturale, inteso questo come fenomeno di vera e propria 'culturalizzazione' della costituzione) di una nuova idea della costituzione che ha preso progressivamente piede. Un'idea completamente diversa da quella re-

¹⁹ M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, cit., p. 1.

trostante alle costituzioni del secondo Novecento. Tanto è vero che lo stesso dibattito sull'elasticità della costituzione che pure si era svolto subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1947 si poggiava su coordinate completamente diverse dalle attuali: lì la costituzione era elastica perché disciplinava una *materia politica*. Era la politicità della costituzione, il suo essere struttura di regolamentazione diretta del conflitto sociale a farne uno strumento elastico di normazione sociale: vi era un progetto da attuare, inevitabilmente imperfetto e, perciò, elastico. Oggi, invece, la questione si pone su un piano diverso: la costituzione è elastica perché disciplina essenzialmente una tradizione culturale, un catalogo storico completo di diritti, riconosciuti a tutti i livelli, che spetta agli interpreti bilanciare e combinare secondo formule aperte e, appunto, elastiche (è la costituzione-parametro), ma è anche elastica perché ha rinunciato alla propria "politicità", alla propria pretesa di disciplinare il tutto, lasciando spazio a una forza diffusa di autocostituzionalismo sociale e settoriale (sono le costituzioni societarie di cui parla, ad esempio, Teubner o anche la costituzione-ordinamento punto forte del neoistituzionalismo di marca romaniana)²⁰.

Dunque, l'argomento dell'elasticità della costituzione non è solo quello dei limiti della sua interpretazione.

Proprio perché rigida e dunque modificabile solo con una procedura complessa, il cui avvio e il cui iter richiedono maggioranze qualificate e un armistizio politico non transeunte, la costituzione dovrebbe prestarsi a una certa malleabilità interpretativa, soprattutto in tempi di accelerazione del cambiamento socio-economico.

Da questo punto di vista, il problema dell'elasticità della costituzione coincide, sostanzialmente, con i limiti dell'interpretazione costituzionale o anche (per chi volesse negare – come pure parte della dottrina fa²¹ – la specificità di tale interpretazione) dell'interpretazione giuridica *tout court*.

Non è questo, però, il tema specifico che qui viene affrontato. La questione su cui ci si vorrebbe soffermare non è solo quella dell'interpretazione evolutiva della costituzione (il fatto cioè che, essendo la costituzione un complesso di regole destinate a dominare e a disciplinare rapporti politici e sociali in continuo svolgimento, necessita di essere considerata e valutata in

²⁰ Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte nelle pagine successive.

²¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 343 e ss.; A. VIGNUDELLO, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 481 e ss.

relazione all'evolversi di tali rapporti), ma è una questione più generale, come si è anticipato: il mutamento dell'idea stessa di costituzione.

Si va affermando, infatti, l'idea di una costituzione-quadro, un concentrato di alti principi, funzionale alla valorizzazione degli assetti spontanei della società e, per questo, estremamente duttile e adattabile.

CAPITOLO I

L'ELASTICITÀ DELLA COSTITUZIONE RIGIDA
E DELLA COSTITUZIONE FLESSIBILE

SOMMARIO: 1. La teoria come causa di incidenza sul carattere (primario o secondario) dell'elasticità. – 2. La funzione storicamente mutevole dell'elasticità: l'elasticità degli antichi e dei moderni. – 3. Lo Statuto albertino: una costituzione fluida tra lo spirito rinnovatore della storia e le “sottili essenze” della società. – 4. Elasticità e costituzione in senso materiale (prove teoriche di un concetto in gestazione). – 4.1. (*Segue*) la Costituzione in senso materiale, principio stabile ed elastico dell'identità di ogni costituzione. – 5. L'iniziale limitata elasticità della Costituzione repubblicana. – 6. La seconda fase dell'elasticità della Costituzione repubblicana: dalla costituzione materiale-formale alla costituzione vivente (rinvio). – 7. Tornando a Bryce. L'elasticità: la vera pietra di paragone per distinguere le costituzioni flessibili da quelle rigide.

1. *La teoria come causa di incidenza sul carattere (primario o secondario) dell'elasticità*

Come già si è detto, l'elasticità di una costituzione è la sua capacità di adattarsi alle trasformazioni della società che, nella sua durata, essa è chiamata a regolare.

In genere sono tre i fattori – spesso concomitanti – che la sollecitano: 1) grandi e sconvolgenti fatti storici, 2) il lento evolvere della politica e della cultura, 3) l'accettazione di una teoria nuova della stessa costituzione (formale)¹.

¹ Questa triade causale, che può determinare un nuovo corso interpretativo della costituzione (soprattutto da parte della giurisprudenza costituzionale), viene individuata da G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'AIC, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004, pp. 20-21.

L'ultimo fattore ha un peso determinante perché in esso vengono sistematizzati e resi coerenti, sul piano giuridico, i primi due.

Entro quali limiti una costituzione possa subire sollecitazioni prima che si determini una sua rottura, nonché la stessa soglia di rottura² – quest'ultima

² C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 140 ss., distingue, nell'ambito dei «concetti derivanti dal concetto di costituzione», i diversi termini di «annullamento», «abolizione», «modifica», «rottura» e «sospensione». Definisce la «rottura della costituzione» come «violazione di disposizioni legislative costituzionali in uno o più casi determinati, ma come eccezione, ossia con il presupposto che le disposizioni trasgredite per il resto continuano immutate ad esser valide e non sono quindi né definitivamente soppresse né temporaneamente private della loro vigenza (sospese)». Poi, all'interno di questo concetto, distingue tra «rottura che non rispetta la costituzione» e «rottura che rispetta la costituzione»: la prima coincide con la «violazione eccezionale di una disposizione legislativa costituzionale senza riguardo al procedimento previsto per le modifiche della costituzione», mentre la seconda equivale a «violazione eccezionale di una disposizione legislativa costituzionale in uno o più casi determinati, dove o una legge costituzionale ammette questa violazione eccezionale (...) ovvero è osservato il procedimento prescritto per le modifiche della costituzione», pp. 140 e 141.

La dottrina italiana recepi questa definizione di «rottura della costituzione». Infatti, C. ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 189-219, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 362, nota 13, osservava che «all'espressione legge in rottura della Costituzione si dà in queste pagine un significato sostantivo (...) e non solo il significato formale di legge di modifica delle disposizioni costituzionali senza mutamento del testo. (...) Naturalmente questo non vuol dire che nel nostro ordinamento le leggi in sostantiva rottura della Costituzione, non siano, in via di principio, proprio le leggi «costituzionali» che «divergano» dal testo della Costituzione senza rivederlo». Pertanto, affermava Esposito, «in Italia, ove non intervenga mutamento del testo costituzionale, le disposizioni che hanno base in proposizioni della Costituzione non sono definitivamente, stabilmente o generalmente abrogate dalle disposizioni delle leggi costituzionali, anche se, in via provvisoria, temporanea, puntuale possano essere da esse contrastate. Corrispondentemente disposizioni delle leggi costituzionali, che divergano da quelle sancite in Costituzione ma non rivedano il testo della Costituzione, in principio possono acquisire rispetto alle permanenti regole sancite in proposizioni del testo costituzionale solo il carattere della temporanea o della logica eccezione rispetto alla regola, della sospensione o della deroga alle disposizioni che hanno fondamento in Costituzione. Il nostro ordinamento «perciò» ammettendo leggi di revisione della Costituzione, ha risolto in senso positivo la vecchia disputa relativa alla ammissibilità di leggi costituzionali in deroga o in rottura della Costituzione pure dove la possibilità della deroga non sia espressamente prevista dal testo costituzionale» (pp. 361-362).

A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2^a ed. riveduta e aggiornata, Padova, Cedam, 2002, accede alla tesi di Esposito che, come si è visto, riteneva ammissibili, ex art. 138 Cost., leggi costituzionali in deroga o rottura, purché limitate nel tempo quanto agli effetti. Secondo Pace, infatti, una legge di «rottura» non potrebbe mai introdurre deroghe alla costituzione durature nel tempo. Infatti, se ciò si ritenesse ammissibile, «non si potrebbe parlare né di «deroga», né tanto meno, in nessun caso, di «rottura», ma bi-

temporaneamente o anche stabilmente compatibile con la costituzione vigente –, sono elementi che riescono a precisarsi concettualmente solo ove si risalga alla teoria della costituzione scelta.

Certo, il dibattito sui metodi dell'interpretazione³ può offrire le *prove*

sognerebbe *sempre* parlare, puramente e semplicemente, di revisione costituzionale (...), con la conseguenza però, che seguendo il procedimento previsto dall'art. 138, si potrebbe allora fare tutto e il contrario di tutto e la “deroga” non sarebbe concettualmente distinguibile dall’“abrogazione”», p. 224, nota 62. Ma si rinvia, anche per un'analisi dei concreti “processi costituenti” italiani tra il 1996 e il 1997, alle pp. 198-243.

Va ricordato, peraltro, che, in Italia, esempi di leggi di “rottura” della costituzione sono: la l. cost. 3 aprile 1989, n. 2, la quale ha disciplinato il referendum di indirizzo circa i poteri del Parlamento europeo; la l. cost. 6 agosto 1993, n. 1, la quale aveva predisposto la possibilità di indire un referendum di approvazione delle modifiche da apportarsi al testo costituzionale a seguito dei lavori di una commissione bicamerale apposita; la l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, la quale ha nuovamente previsto l'istituzione di una commissione bicamerale per le riforme costituzionali. Su questo si veda G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 196-197.

³ Senza pretesa di esaustività bibliografica, sul problema del metodo giuridico nella scienza del diritto pubblico nelle sue prime e compiute formulazioni, si vedano almeno F.C. VON GERBER, *Ueber öffentliche Rechte* (1852), tr. it. di P.L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in ID., *Diritto pubblico*, Milano Giuffrè, 1971, pp. 7 ss.; R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe* (1857), tr. it. di R. Racinaro, *Il nostro compito*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1-47; V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 3 ss.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, G. Barbera editore, 1903, 2^a ed., pp. 9-45; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1905, pp. 24-51; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, vol. I, Mohr, Tübingen, 1911, pp. vi ss.; G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. VI, 1926, pp. 360 ss. Sulla scuola orlandiana e sulle questioni metodologiche legate all'impostazione di fine Ottocento e del primo Novecento della scienza giuridica italiana si rinvia a P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989; F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, vol. I, Padova, Cedam, 2005. In generale, sul problema del metodo giuridico è possibile, quantomeno, rimandare alla lettura di H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960, 1965, 1972), tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 14^a ed., 2004; H. KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911), Scientia Verlag Aalen, 1970; C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, (1934), tr. it. di G. Stella, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), tr. it. di P.L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974; P. BADURA, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre* (1959), tr. it. di F. Fardella, *I metodi della nuova dottrina generale dello*

pubbliche dei significati ascrivibili alla costituzione, attraverso il riferimen-

Stato, Milano, Vita e Pensiero, 1998; J. ESSER, *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, in *Studium Generale*, n. 12, 1959, pp. 97 ss.; ID., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (1970, 1972), tr. it. di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), tr. it. di S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano Giuffrè, 1966; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962; G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico. Prima dispensa*, Milano, Giuffrè, 1967; A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* (1969), tr. it. di G. Marino, *La storicità del diritto alla luce dell'ermeneutica*, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 35 ss.; N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 94, 1969, pp. 1 ss.; U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1971, pp. 533 ss.; M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976; ID., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 203 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982; ID., *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 525 ss.; ID., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994; PAUL A. ROTH, *Meaning and Method in the social sciences. A case for methodological pluralism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1987; R. ORESTANO, *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, pp. 639 ss.; ID., *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 90 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano Giuffrè, 1990; ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1991; H.M. PAWLOWSKI, *Einführung in die juristische Methodenlehre* (1986), tr. it. di S. Mazzamuto e L. Nivarra, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano Giuffrè, 1993; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, in partic. pp. 53-89; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1994; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995; F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995; S. BARTOLE, *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 13 ss.; A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza*, cit., pp. 28 ss.; L. PALADIN, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in L. CARLASARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Padova, Cedam, 1998, pp. 31 ss.; U. VINCENTI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, Cedam, 2000; CALOGERO-CESARINI SFORZA-JEMOLO-PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano Giuffrè, 2004; G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2003, pp. 833 ss.; G. FERRARA, *Il diritto come storia*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2005, pp. 1 ss.; C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 2012.

to a proprietà (logiche e letterali) osservabili degli enunciati linguistici e alla relazione convenzionale che essi intrattengono con le asserzioni politico-culturali concernenti il modo d'essere della costituzione.

Tuttavia, insistere su questo dibattito, per tentare un'analisi *ex ante* del concetto di elasticità, potrebbe, a conti fatti, risultare non così fruttuoso.

Infatti, «l'opportuna interpretazione delle singole disposizioni della costituzione non dipende dalla applicazione di buone regole interpretative scelte per ragioni di astratta metodologia; bensì dalla concordanza delle interpretazioni con le implicazioni di una buona teoria della Costituzione, circostanziata e rapportata alla situazione storica, scelta preventivamente dal giurista. La discussione circa la scelta da farsi della teoria è la vera chiave di volta in processi di interpretazione costituzionale che vogliono superare il semplice empirismo sistematico ed essere davvero, nell'ordine del "sapere pratico", scientifici»⁴.

In un senso molto generico si può sostenere che l'elasticità di una costituzione delimita il campo delle interpretazioni possibili del testo; altro non è che il risultato finale (sempre provvisorio) dell'applicazione di determinati criteri di compatibilità tra nuovi significati degli enunciati costituzionali e il complesso normativo preesistente, sia in assenza che in presenza dell'attivazione di un apposito procedimento di revisione costituzionale, indipendentemente cioè dal fatto che si tratti di modifiche espresse o tacite della costituzione. Da questo punto di vista se ne può parlare – in modo vago – come di quella proprietà che consente di stabilire un nesso di continuità tra le varie "stagioni" di una costituzione per sottrarla all'usura del tempo. Si potrebbe dire: è quel dispositivo concettuale che consente di mantenere inalterata, nel tempo, l'identità di una costituzione, di restare fedeli, pur nel cambiamento, al suo "spirito".

L'elasticità, tuttavia, a dispetto della sua apparente neutralità, implicata nella stessa definizione di meccanismo di adattamento di certe disposizioni normative all'evolversi della realtà sociale e ai mutamenti storici, assume importanza più o meno preponderante all'interno della scienza costituzionalistica non tanto in rapporto all'uso che i diversi metodi interpretativi ne fanno come "moltiplicatore di senso", quanto in base al suo essere considerata caratteristica primaria o secondaria del concetto di costituzione.

Sono sostanzialmente due i modi di vedere la questione.

Si può dire che una costituzione è rigida o flessibile, lunga o corta, pro-

⁴ Così G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali*, cit., p. 38.

grammatica o bilancio, democratica o oligarchica, liberale o socialista ecc. e poi che è anche elastica. In questo caso l'elasticità è, per così dire, lo sfogo naturale di un *corpus* normativo che non può prevedere tutto. Si tratta di un argomento (quello dell'elasticità) confinato entro la problematica dei limiti alla revisione costituzionale e della necessaria ammissibilità di un margine interpretativo (la questione è, appunto, marginale) per sussumere alcuni nuovi fenomeni sociali, economici e politici entro il dettato positivo della costituzione vigente. In questo caso, modificazioni tacite della costituzione sono legittime se ed in quanto contenute entro limiti che le rendano compatibili con la rigidità della costituzione, in un senso ben preciso. L'elasticità (o la duttilità) della costituzione «è dovuta essenzialmente alla formulazione del testo costituzionale che si presta – per la genericità di alcune formule, per la indeterminatezza e la plurivalenza di alcuni concetti (i c.d. “concetti-valvola”), per gli stessi “spazi vuoti” in esso rinvenibili – ad essere interpretato ed attuato in modo non univoco da parte delle varie forze politico-sociali che, di volta in volta, assumono il governo»⁵.

Qual è il nucleo centrale di questa definizione? Che possono essere elastiche le singole norme costituzionali, se vaghe, indeterminate o generiche, ma che la costituzione non può che essere rigida, coincidendo qui la “rigidità” con la posizione di supremazia occupata dalla costituzione nei confronti delle leggi ordinarie, e cioè con la sua stessa posizione gerarchica sovraordinata⁶.

Non è un caso che – in questa impostazione – esista una distinzione basilare tra la costituzione (rigida perché fonte superiore) e le condizioni della sua attuazione (più o meno elastiche e relative): negli ordinamenti a costituzione rigida, infatti, l'«indirizzo politico è subordinato alla *fonte suprema* per la ragione che essa rappresenta la norma di chiusura dell'intero sistema normativo e che nessuna attività, funzione o potere può essere esercitato se non nell'ambito delle sue disposizioni»⁷.

⁵ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 10^a ed. interamente riveduta da Gaetano Silvestri, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 287-288.

⁶ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 72 osserva: «Generalmente parlando, una costituzione rigida è una fonte che si distingue da tutte le altre – in particolare dalle leggi – in virtù della sua posizione di “supremazia”, ossia in virtù della sua posizione nella gerarchia delle fonti. Una costituzione rigida occupa una posizione “suprema” nell'ordinamento giuridico (...)».

⁷ T. MARTINES, (voce) *Indirizzo Politico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI (1971), ora in *Id., Opere*, Tomo I, *Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 408-409 (corsivo aggiunto).

Dunque il concetto di rigidità sta per superiorità gerarchica e non è un concetto né relativo (bensì di relazione) né graduabile (la costituzione o è la fonte suprema o non lo è). Graduabili e relative, invece, sono le condizioni della sua sussistenza: procedimento di revisione più o meno aggravato, controllo di costituzionalità sulle leggi accentrato, diffuso o inesistente, indirizzo politico, interpretazioni, ecc.⁸.

Da questo punto di vista, l'elasticità non può che essere un carattere derivato o secondario – tutto sommato subordinato – della costituzione.

Questo implica che una costituzione definita dalla sua stessa rigidità-superiorità abbia, per sua natura, «sempre in sé qualcosa di conservatore; esplica cioè, una funzione frenante», ma non per questo il mutamento sociale non vi trova spazio, perché «quanto più una costituzione è informata a valori democratici ed aperta agli sviluppi richiesti dalle istanze di rinnovamento che si manifestano nella collettività, tanto più questa funzione frenante e conservatrice, logicamente insita nella sua rigidità, finisce per svolgere in concreto un ruolo anch'esso democratico, stabilizzando e ponendo al riparo da capricciosi mutamenti quei valori che ne stanno a fondamento»⁹.

C'è, poi, un altro modo di vedere le cose. C'è l'ottica della c.d. «costituzione vivente»: «per dare un quadro realistico della costituzione è necessario» tenere in conto che «la costituzione che oggi utilizziamo è fatta di disposizioni scritte, delle relative scelte ermeneutiche, dei regolamenti parlamentari e delle leggi ordinarie che hanno concretato le scelte delle assemblee legislative, delle elaborazioni concettuali che vi si sono sovrapposte, delle convenzioni e prassi poste in essere dagli organi governanti, della giurisprudenza spesso additiva e certamente innovativa della Corte costituzionale»¹⁰.

La precedente distinzione tra la rigidità della costituzione e l'elasticità delle condizioni della sua sussistenza, ivi comprese la struttura dei suoi enunciati e le sue interpretazioni, è azzerata. La stessa relazione di superiorità della costituzione nei confronti della legge ordinaria viene, di fatto, relativizzata, se non annullata.

Qui l'elasticità diventa il carattere primario della costituzione vivente,

⁸ Su questa differenza si rinvia alle pagine di C. LUZZATI, *Principi e princípi. La genericità del diritto*, cit., pp. 197 ss.

⁹ V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1977), ora in Id., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 229-230.

¹⁰ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 445.

per due motivi: perché la sua è una supremazia “condivisa” e perché l’elasticità non rappresenta più l’uscita di sicurezza del sistema costituzionale ma l’accesso principale per censurare, eventualmente, le scelte dello stesso legislatore costituzionale (la costituzione come norma di apertura anziché di chiusura del sistema). L’elasticità è diretta a “colmare” «quella che Kelsen denominerebbe una *lacuna ideologica*, ossia quella pretesa lacuna che sorge allorché l’interprete pensa: “Se il legislatore fosse stato più razionale, *avrebbe dovuto* prevedere un caso come questo in cui le categorie da lui usate danno luogo a conseguenze inaccettabili”»¹¹.

Le teorie della costituzione che qui compaiono sullo sfondo sono di due tipi: una teoria “chiusa” e una teoria “aperta”; la prima che non fa riferimento a un ordine presupposto, la seconda che fa riferimento a un ordine presupposto¹².

Nella teoria “chiusa” il diritto della costituzione codifica e disciplina «le norme sulla produzione delle regole della lingua giuridica»: non solo però le «norme formali sulla produzione degli atti linguistici ma anche le norme sostanziali sui significati o contenuti da essi legittimamente esprimibili», dunque non solo le regole sintattiche ma anche le regole semantiche «che ne condizionano la validità sostanziale vincolandola ai significati che in es-

¹¹ C. LUZZATI, *Principi e princípi. La genericità del diritto*, cit., pp. 18-19. E poi H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, p. 130: «La così detta “lacuna della legge” è una formula tipicamente ideologica. L’applicazione della legge che nel caso concreto è solo inopportuna dal punto di vista politico-giuridico secondo il giudizio di chi applica il diritto, è presentata come impossibile dal punto di vista logico-giuridico».

¹² Questa classificazione delle teorie della costituzione è di M. DOGLIANI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, il Sole 24 ore, vol. IV, 2007, pp. 532 ss. Tutti e due i modelli teorici non sono univoci ma un inquadrono un arcipelago di diverse impostazioni. Più precisamente: la costituzione può essere intesa come insieme di «I) norme ricognitive di un ordine presupposto, Ia) inteso in senso assiologico, Ib) non inteso in senso assiologico», oppure come insieme di «II) norme costitutive di un ordine non presupposto, IIa) inteso in senso assiologico, IIb) non inteso in senso assiologico». Ovviamente l’accettazione di un modello piuttosto che un altro ha conseguenze rilevanti sul piano dei limiti all’interpretazione: «Quando infatti si dà della costituzione solo un’accezione pattizia, è evidente che l’interprete ha spazi relativamente limitati di iniziativa giacché l’unica norma valida è il patto e una sua libera interpretazione ne rappresenterebbe eventualmente una forzatura, forse addirittura una rottura, con conseguenze che potrebbero essere gravissime per l’ordine sociale e giuridico. Se invece si ammette una “verità” accanto o oltre la norma costituzionale, si apre all’interprete la via di un diretto riferimento alla medesima, potenzialmente aggirando le interpretazioni consolidate e acquisite», p. 542.

se possono o non possono oppure devono essere espressi»¹³.

Nella teoria “aperta”, invece, il diritto della costituzione ha valore perché *de-codifica*, in quanto integra una «concezione operativa»¹⁴ di costituzione. L'operatività della costituzione è tutta nella “tensione alla giusta soluzione del caso”: sarebbe proprio questa ricerca della giustizia a legittimare la giurisprudenza e le prassi, dando conto della vincolatività delle decisioni giudiziali e degli assetti spontanei della società. In questo approccio, che intende sottrarre l'interpretazione delle disposizioni costituzionali all'arbitrio volontaristico, è possibile seguire due percorsi diversi che però sembrano condurre allo stesso esito: ossia di approdare ad una fondazione universalistica di valori che contraddice, in radice, la sua originaria matrice antimetafisica. Il primo percorso è quello che si basa su una “affinità di intenti” tra il testo e il suo interprete e che fonda tale “affinità” sull'interrogazione di un “oltre” ed “altro” extrapositivo, il *Sache Recht*, la giusta soluzione del caso. Il secondo percorso è quello che sposta questa “affinità” su un piano intersoggettivo, quello della tradizione e della “comunità aperta degli interpreti”¹⁵; qui l'identificazione tra comunità giuridica e comunità interpretante consentirebbe di radicare l'oggettiva interpretazione della “costituzione vivente” nella “razionalità discorsiva”, nella “ragion pratica”.

Nelle teorie “aperte” della costituzione – oggi dominanti non solo per ragioni epistemologiche, ma per ragioni politico-istituzionali legate a un assetto multilivello delle fonti e delle decisioni di sistema – è il testo, nei suoi passaggi e nel suo fraseggio più chiari, a funzionare paradossalmente come ipotesi-limite, in cui è dato rinvenire in via eccezionale una predeterminazione basilica (condivisa almeno attraverso l'argomento della “lettera”) dei significati degli enunciati costituzionali. I casi, diciamo così, di “amministrazione ordinaria” dei contenuti della costituzione, una volta posti a contatto con la «ricchezza della vita»¹⁶ sarebbero davvero pochi e, solo in tale

¹³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 847.

¹⁴ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 429.

¹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. di J. Luther, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, p. 33.

¹⁶ L'espressione è di R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), tr. it. di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè (1988), p. 150, per il quale la costituzione «non può abbracciare per intero le funzioni vitali da essa regolate (...). Una tale ricchezza di vita non è interamente concepibile e regolabile da pochi articoli costitu-

misura, delegabili all'organo politico Parlamento, deputato a creare leggi uniformi e relativamente determinate.

È significativo che il modello "aperto" di costituzione, forse più "plastico" che "elastico"¹⁷, per quanto ancora fondato sulla declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge (e dunque sul ruolo di legislatore negativo della Corte), debba gioco forza trascendere la specificità di tale funzione sostituendo spesso alla coppia parametrica *legittimità/illegittimità* la coppia modulare *utilità/inutilità*, rendendo il metro con cui si deve misurare la conformità del diritto inferiore a quello superiore tutt'altro che determinato.

2. La funzione storicamente mutevole dell'elasticità: l'elasticità degli antichi e quella dei moderni

Per quanto sinora osservato, il concetto di elasticità sta ad indicare: in generale la relazione tra norma giuridica e mutamento sociale, in particolare la relazione tra teoria della costituzione e interpretazione. L'elasticità costituzionale, poi, è anche un loro fattore, svolge cioè una funzione produttiva e autonoma, in grado di agire sulla realtà storico-sociale costringendola a uniformarsi a una data dimensione concettuale.

Per cogliere questa dialettica e meglio precisare i termini di quelle relazioni sembra necessario, pertanto, tentare di delineare, in breve, la storia

zionali, per lo più inevitabilmente schematici e che si basano su sempre nuove recezioni di terza o quarta mano, ma può essere soltanto accennata e stimolata nella sua forza di integrazione».

¹⁷ Osserva F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 8 e 9, prendendo a prestito alcune nozioni dalla teoria dei materiali, che «in concreto bisogna differenziare tra *limite di elasticità*, da un lato, e *snervatura e carico di rottura*, dall'altro. (...) Alcuni corpi solidi reali hanno un comportamento che si avvicina a quello descritto, ma, in ogni caso, esiste un valore limite della sollecitazione, superato il quale la deformazione diviene permanente. Tale limite viene chiamato, appunto, *limite di elasticità* e la deformazione permanente è definita *plastica*. Il *punto di snervamento* di un materiale costituisce, dunque, il valore della *tensione* in corrispondenza della quale il materiale oggetto di osservazione inizia a *deformarsi plasticamente*, passando da un *comportamento elastico* reversibile ad un *comportamento plastico*, caratterizzato dallo sviluppo di deformazioni irreversibili. Se la sollecitazione aumenta ancora, si verifica, infine, la *rottura* del materiale oggetto di osservazione, ossia viene superato un altro valore limite caratteristico per ogni sostanza chiamato *carico di rottura*» (corsivi nel testo).

dell'accezione moderna di elasticità, mettendone in rilievo la funzione specifica all'interno di una costituzione flessibile come lo Statuto Albertino e all'interno di una costituzione rigida come quella italiana attualmente in vigore.

Il tema dell'elasticità delle costituzioni era un tema sconosciuto agli antichi. Per gli antichi, la questione dell'elasticità delle costituzioni semplicemente non si poneva perché esisteva un ciclo vitale naturale delle costituzioni, un ciclo di nascita e di distruzione: è noto il passo in cui Platone, nella *Repubblica* osserva, riguardo all'aristocrazia, che è difficile scuotere uno stato così ben conformato, «ma poiché ogni cosa che nasce è soggetta a corruzione, nemmeno una simile conformazione resisterà per sempre e finirà col dissolversi. E la dissoluzione consiste in questo: non solamente per le piante radicate al terreno, ma anche negli animali che vivono sulla terra si producono fertilità e sterilità, d'anima e di corpi, quanto per i singoli esseri di corta vita, lunghi per i longevi»¹⁸.

Ordine naturale e ordine sociale avevano la stessa struttura materiale e spirituale e seguivano gli stessi tempi. Le costituzioni, per gli antichi, erano, per lo più, moduli organizzativi rispetto a una struttura sociale che restava sostanzialmente invariata. Ai soli mutamenti politici corrispondeva un mutamento delle costituzioni. Il ciclo delle costituzioni rimandava ad una modifica del sistema-governo che assecondava il mutare dei rapporti di forza tra i governanti. Tale ciclo costituzionale assorbiva, in sé, la nozione di mutamento. Osserverà Aristotele nella *Politica*: «la pluralità delle costituzioni è dovuta al fatto che ogni stato ha un considerevole numero di parti» (famiglie, nella massa di gente alcuni sono ricchi e altri sono poveri, altri di condizione media, poi dei ricchi e dei poveri alcuni sono armati e altri disarmati; nel popolo alcuni sono agricoltori, altri commercianti; tra gli stessi di rango elevato ci sono differenze di ricchezze ecc.); «è chiaro dunque che devono esserci di necessità più costituzioni, specificamente differenti l'una dall'altra, poiché queste parti differiscono specificamente tra loro. (...) È necessario quindi che le costituzioni siano proprio tante quanti sono i modi di ordinare le magistrature in rapporto alla superiorità e alla differenza delle varie parti»¹⁹.

Questo perché tutti i concetti storici fondamentali, dall'antichità greca

¹⁸ PLATONE, *La Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2005, Libro VIII, p. 262, 3^a ed., 545-546.

¹⁹ ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, Laterza, 2005, IV (Δ), 3, 1289b, 1290a, pp. 119-120.

fino al XVII secolo, si reggevano su una struttura temporale stabile e ripetitiva, in cui erano egemoniche la dimensione delle esperienze pregresse e la loro potenziale iteratività. Così, in quella lunga tradizione di pensiero che mette capo alla *Repubblica* platonica e alla *Politica* aristotelica, per poi essere ereditata dalla teoria polibiana dell'evoluzione ciclica delle costituzioni (πολιτειῶν ανακυκλώσις) e dall'elaborazione teorica di Machiavelli, le forme costituzionali erano considerate come variabili permanenti della vicenda storica, come contemporaneamente presenti e reciprocamente alternative nella cornice di una dimensione storica concepita ellitticamente: con la conseguenza che era possibile passare indistintamente dal governo oligarchico a quello democratico, e viceversa.

Con l'avvento della modernità il futuro come dimensione temporale entra a far parte del ciclo delle costituzioni e lo ri-orienta. Il premoderno ciclo delle costituzioni, mediante il quale il futuro veniva prospetticamente anticipato tramite le possibilità delle esperienze passate, e più precisamente del ritorno della monarchia, dell'aristocrazia, della democrazia e delle loro versioni 'degenerate', viene linearizzato tramite il processo di storicizzazione radicale operato dall'Illuminismo, processo che "apre" il ciclo e lo riconfigura, attribuendo una collocazione temporale alle diverse forme di governo e disponendole lungo la "retta orientata" della storia. Le forme costituzionali vengono ora poste in una sequenza progressiva, irreversibile, lineare e valorialmente differenziata. Se per il mondo premoderno non vi era nulla che impedisse di passare dal governo oligarchico a quello democratico, a partire dall'Illuminismo, succede che la transizione dalla repubblica alla monarchia, qualora si verificasse, segnerebbe un regresso storico, una sorta di nefasta battuta d'arresto della marcia unidirezionale della storia. Il tempo stesso si è trasformato in un titolo di legittimità e ha riconfigurato tutti i concetti storici fondamentali, ridisponendoli in direzione dell'avvenire, "faturizzandoli".

Le costituzioni, dopo la Rivoluzione francese, devono valere per il futuro, devono essere tendenzialmente eterne. È questa la caratteristica della modernità.

Questo rapporto tra l'eternità della costituzione (della costituzione storica), come costituzione universale valevole per l'umanità, e il mutamento sociale è la base di riflessione su cui sorge, per la prima volta, il problema dell'elasticità della costituzione. Un problema che si pone e viene sviluppato anche per contenere e dare una soluzione negativa a una questione politica scottante: ossia l'eventuale riattivazione del potere costituente, o, meglio, la legittimità della riattivazione del potere costituente dopo la presa di potere da parte della borghesia. Una costituzione deve essere elastica di

necessità. Una teoria delle costituzioni non può stabilire un ciclo di auto-programmazione di nascita-morte-rinascita, perché ciò darebbe agio all'instaurarsi un potere costituente permanente, esercitabile, in via di principio, da chiunque ne disponga come mera forza materiale (e dunque anche dalle classi più povere).

Tutto ciò è molto evidente nelle parole dell'abate Sieyes, il quale in un Discorso alla Convenzione nazionale, il 18 maggio del 1795, apre distinguendo tra revisione e modifica della costituzione, tra cambiamento integrale e modifica interna, egli dice: «La Costituzione di un popolo sarebbe opera incompleta se non racchiudesse in se stessa, come ogni essere organizzato, il proprio principio di conservazione e di vita; ma dovremmo paragonare la sua durata a quella di un individuo che nasce, cresce, invecchia e poi muore? Non credo. Occorre forse attribuirle i caratteri di una specie e considerarla come un concatenamento di esistenze successive di individui? Non credo neanche questo. Ad una Costituzione, come a qualsiasi corpo organizzato, occorre *l'arte di saper assimilare la materia del suo giusto sviluppo*; noi diamo ad essa, di conseguenza, la facoltà di attingere incessantemente ai lumi e all'esperienza dei secoli, perché possa essere sempre all'altezza dei bisogni del momento: là risiede una possibilità di perfezionamento inesauribile; là risiede il suo carattere vero (...). Una volta arrivati a consolidare un atto costituzionale almeno al livello della sua vera base, non mi piace che venga sottoposto al rischio di un completo rinnovamento. Non sta a noi dire alla nostra Costituzione: istituirai tu stessa delle epoche fisse, e le spiegherai solennemente come altrettanti segnali indicatori della tua prossima distruzione. (...) Inoltre senza voler contendere alle generazioni future il diritto di fare, a tal proposito, tutto quanto loro converrà, è lecito ed anzi doveroso rilevare che i veri rapporti di una Costituzione politica sono piuttosto con una nazione che resta, che con una generazione che passa, con i bisogni della natura umana, comuni a tutti, più che con le differenze individuali. Tali considerazioni ci obbligano ad attribuire al nostro atto costituzionale, *un principio di perfezionamento illimitato che gli consenta di piegarsi o di adattarsi alle necessità di ogni epoca, piuttosto che una facoltà di riproduzione o di distruzione integrale, abbandonata al capriccio degli eventi.* (...) Avreste ragione di temere un progetto che tenda a istituire la permanenza del potere costituente: tanto varrebbe non avere alcuna Costituzione; essa verrebbe a perdere qualsiasi principio di stabilità ed a vanificare quei sentimenti di amore e di venerazione che spetta soprattutto ai popoli liberi di consacrarle (...). Non vi è legge che abbia più bisogno di una sorta di immutabilità, di una Costituzione. Si vorrebbe quasi

per essa quello stesso grande e terribile carattere di necessità, che grava sulle leggi che reggono l'universo, se l'umano operare potesse mostrarsi abile e potente quanto la mano dell'artefice eterno che ha organizzato la natura. Ma un'opera di mano d'uomo ha bisogno di restare aperta ai progressi della sua ragione e della sua esperienza. Così, da un lato, il carattere di permanenza dato al potere costituente, o anche al semplice potere di proposizione, ci parrebbe suscettibile di indebolire e annientare qualsiasi vantaggio di una Costituzione. Dall'altro, se rendeste impossibile ogni correzione, ci priveremmo del raggio di lumi che ogni epoca apporta; significherebbe esporci alla possibilità di una nuova Costituzione, alla disgrazia di non poter riparare a una dimenticanza, qualora ve ne siano, nell'epoca vostra, ed al rischio, se mancassimo del necessario, di non poter difendere la libertà nostra e quella dei nostri nipoti contro le trame dei nemici»²⁰.

In tale contesto l'elasticità della costituzione è un requisito essenziale della sua durata, ma per modificare il reale non per esserne modificata. Il principio di illimitato perfezionamento della costituzione scaturisce proprio dal fatto che esso è un principio di ragione esterno al continuo mutare degli eventi. Non è l'elasticità della costituzione la sua principale qualità ma esattamente la caratteristica opposta: la sua tendenziale immutabilità. Proprio perché l'idea di costituzione sottostante è quella di un progetto tendenzialmente perfetto, messo a punto da artefici dotati di ragione universale.

Diversa, almeno nella prima fase della dottrina di Thomas Jefferson, sarà l'ottica del costituzionalismo americano, modulato sulla nozione di *sovranità generazionale*. Secondo alcuni – scrive Jefferson – la costituzione deve essere considerata «con pia riverenza» ed è vista «come l'arca dell'alleanza, troppo sacra per essere toccata», ascrivendo, in questo modo, «agli uomini dell'età precedente una saggezza più che umana», per cui «tutto ciò che questi ultimi hanno fatto non sia passibile di miglioramenti». In realtà, «le leggi e le istituzioni devono seguire passo passo il progresso dello spirito umano. (...) Possiamo tanto facilmente costringere un uomo a indossare il cappotto che gli andava bene da ragazzo, quanto obbligare una società civile a restare sotto il regime dei suoi barbari predecessori»²¹.

²⁰ J.E. SIEYES, *Convention nationale. Opinion de Sieyes sur les attributions et l'organisation du juri constitutionnaire. Proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République, an III, 1795*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, Giuffrè, 1993, Tomo I, vol. 2, pp. 822-824 (corsivi aggiunti).

²¹ T. JEFFERSON, lettera a S. Kercheval, (1816, 12 luglio), in ID., *Papers*, a cura di J.P. BOYD, Princeton, Princeton University Press, 1950-2000, p. 41.

Anche qui, però, gli stessi padri costituenti compresero che la libertà di ogni epoca di modificare la costituzione avrebbe potuto introdurre nell'ordinamento giuridico una misura di contingenza pericolosa. Per questo, da un lato, lo stesso Jefferson, per difendere il documento scritto, ripiegò successivamente sull'argomento originalista (l'interpretazione doveva attenersi ai principi originari così come declinati al tempo della stipulazione), dall'altro lato, ebbe la meglio la dottrina eccezionalista della costituzione di Madison, il cui approdo sarà «l'affermazione della pratica della *judicial review*» e «la messa a punto delle misure per la rigidità della costituzione»²².

3. *Lo Statuto albertino: una costituzione fluida tra lo spirito rinnovatore della storia e le "sottili essenze" della società*

Diverso è l'approccio che connoterà il costituzionalismo ottocentesco e, in particolare, la vicenda dello Statuto albertino.

C'è un convincimento comune ai giuristi liberali di metà Ottocento: la costituzione non è tutta nello statuto e lo statuto non è tutto nella costituzione. Scriveranno alcuni di loro che: «la Costituzione non è nello Statuto solo o nelle leggi che lo accompagnano. La Costituzione è nel sentimento pubblico, nella consuetudine, nei precedenti, in tutta la legislazione, in tutta quanta la storia del Risorgimento nazionale». «Nel giorno che la Costituzione si oscurasse nella coscienza nazionale per rinchiudersi in una definizione, lo Statuto non più sarebbe che un ramo disseccato di un albero che ha cessato di vivere»²³.

Vi è, dietro questo indirizzo di ricerca, un'idea fondante, ossia la costituzione "storica": si tratta di una costituzione sorta in virtù di una lenta ma costante evoluzione progressiva, che muove per mezzo di un non interrotto svolgimento storico, «che si adegua per adattamenti e modificazioni successive al bisogno dei tempi, al sentire del popolo che sotto di essa si raccoglie, tradizione (dunque forza di coesione sociale) ed insieme dinamica evoluzione (nel segno del progresso, di un avanzamento di civiltà e di giuridi-

²² A. CEVOLINI, *Potere e modernità. Stato, diritto, costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 107.

²³ Le citazioni sono tratte, rispettivamente da D. ZANICHELLI, *Sulla costituzione italiana* (1886) e F. LAMPERTICO, *Il Senato e lo Statuto* (1886), cit. in L. BORSI, *Nazione, democrazia, stato*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 49.

che garanzie)»²⁴. I suoi prototipi sono la costituzione romana e quella inglese. La costituzione è la storia di un Paese. Si consideri quel che anche uno studioso quale Santi Romano rilevava, nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-7 presso l'ateneo modenese: «Non è un paradosso affermare che il nostro diritto costituzionale è, in buona parte, un diritto non scritto, nonostante le apparenze che potrebbero far credere il contrario. Gli articoli del nostro Statuto, per esempio (...) somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica. Questi articoli accennano più che non dicano; anziché regolare gli istituti che menzionano, li presuppongono già regolati; sono come gli indici, per giunta non completi, di un codice infinitamente più ampio, al quale si riferiscono come se esistesse, ma che in realtà deve ancora venire. È chiaro che una costituzione scritta in modo così incompleto, con tante lacune e con tante reticenze (...) può essere suscettibile di molti adattamenti e resta sempre idonea a quella specie di elaborazione interna e di rinnovazione, per dir così, tacita, che può servire ad evitare violente crisi politiche.

Il diritto pubblico, che è ancor allo stato, per dir così, fluido, proprio quando si credeva di averlo ugualmente costretto nelle rigide formule di una dichiarazione legislativa, si è dimostrato come quelle *sottili essenze, che riescono a svanire dal vaso più ermeticamente chiuso*»²⁵.

Contrapposta era la costituzione come costruzione artificiale, «in ossequio a idee astratte, sistemi meccanici, teorie rivoluzionarie, com'era in Francia, la quale sempre cedette all'idra rivoluzionaria, seguitando la dolorosa iliade delle rivoluzioni, che valeva l'approdo certo ad olocrazie giacobine o dittature cesaree»²⁶. Se lo statuto non racchiude in sé l'intera costituzione, non per questo è legge come tutte le altre. Frutto maturo dell'esperienza risorgimentale, momento più elevato della rivoluzione nazionale, è per gli italiani "*magna charta libertatum*", è la loro dichiarazione dei diritti, è la loro legge fondamentale. Esso ha mostrato, come scrisse Zanichelli, in questi cinquant'anni una «elasticità e una forza di adattamento alle mutate condizioni politiche e

²⁴ Così ancora L. BORSI, *Nazione, democrazia, stato*, cit., pp. 50-51.

²⁵ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 326 e ss. (corsivo aggiunto).

²⁶ L. BORSI, *Nazione, democrazia, stato*, cit., cit. p. 52.

sociali»²⁷ che invano si cerca nella maggior parte delle carte costituzionali vigenti.

Qui il potere costituente confluisce nel grembo della costituzione storica (organica), quale svolgimento naturale, spontaneo, progressivo di essa. Lo statuto si modificava, si poteva modificare, si doveva modificare; «la Costituzione (sovraordinata) permaneva, stabile, nel suo perenne rinnovarsi (come un albero che muta il fogliame, secondo l'immagine di Broglio)»²⁸. Giudice del limite del potere costituente è il tribunale della storia, non una Corte costituzionale.

Luigi Rossi, nel suo famoso saggio sull'elasticità dello Statuto albertino, terrà ancora ferma una concezione dell'elasticità costituzionale conforme a quest'idea storica di costituzione: «per elasticità intendo la caratteristica conformazione di una Carta costituzionale, la quale agevolmente si adatti alle variabili necessità dei tempi e delle circostanze, perché le sue formule, sintetiche e generiche lasciano largo margine al loro sviluppo e alla loro integrazione, mediante leggi costituzionali particolari, consuetudini e interpretazioni varie»²⁹.

Tuttavia egli va oltre la tradizione. Siamo nel 1939, un periodo cruciale per il diritto pubblico italiano. Due anni dopo Mortati darà alle stampe la *Costituzione in senso materiale*. In realtà Rossi anticipa un tema che sarà ampiamente sviluppato dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1947. Abbiamo sopra richiamato il passo di Santi Romano sulle «pagine bianche» dello Statuto albertino. Questo scritto di Luigi Rossi è tra gli scritti in onore di Santi Romano, ma egli va oltre la tesi del più noto studioso siciliano e offre un criterio generale, *ante litteram*, «circa la interpretazione delle leggi costituzionali»³⁰.

È vero, egli ammette, nello Statuto italiano vi sono alcune vaste zone vuote, vari margini bianchi, in cui il legislatore può scrivere ciò che crede più opportuno, secondo le varie circostanze. Ma per valutare l'effettiva elasticità dello statuto, vi è un criterio più generale che domina, ossia la diversità di interpretazione rispettivamente nel diritto pubblico e nel diritto privato. Il punto cruciale della scienza costituzionalistica è la contrapposizio-

²⁷ D. ZANICHELLI, *Lo Statuto di Carlo Alberto* (1898), cit., in L. BORSI, *Nazione, democrazia, stato*, cit., p. 52.

²⁸ L. BORSI, *Nazione, democrazia, stato*, cit., p. 325.

²⁹ L. ROSSI, *La "elasticità" dello Statuto italiano* (1939), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1941, p. 2.

³⁰ *Ibidem*, p. 18.

ne tra l'elemento politico e quello giuridico, un problema difficilmente risolvibile, secondo Rossi, con il colpo di spugna della dogmatica giuridica, della pandettistica di origine germanica: «si ha un bel dire», scrive Rossi, «che il diritto pubblico deve essere considerato esclusivamente come diritto», la verità è che l'elemento politico si riflette sull'elemento giuridico e lo condiziona. Non solo. Il diritto costituzionale, afferma Rossi, muta più rapidamente delle altre branche del diritto, proprio in ragione dell'influenza dell'elemento politico su quello giuridico. La volontà del legislatore, con l'andare del tempo, si consuma ma il fatto che resti la nuda formula della legge non significa che quest'ultima resti senza "matrice": si può dare senso alla formula ormai orfana della volontà originaria del legislatore solo se si comprende che una nuova e diversa volontà politica organizzata è riuscita a prendere il suo posto e a dare un senso complessivo a quella formula. È l'elemento politico il fattore principale di elasticità di una costituzione e che ne richiede un'interpretazione duttile legata a una volontà che sia in grado di porre quella stessa norma nuovamente per tutti³¹.

È importante qui che Rossi faccia un'ulteriore affermazione che verrà ripresa nel successivo dibattito sulle norme elastiche della costituzione repubblicana, ossia la circostanza che «il diritto costituzionale, più che non le altre branche del diritto pubblico, deve essere interpretato con quella delicatezza di tocco, con quella morbidezza di sfumature, con quella finezza e sensibilità di percezione» che ne costituiscono la ragione intrinseca, perché i fini generali della società sono il frutto non di un'armoniosa unità pregiuridica ma di una lotta per il diritto stesso, lotta politica, che è anche lotta per l'interpretazione.

In un certo senso, Luigi Rossi comincia ad intravedere un nuovo spazio d'azione per i precetti costituzionali, una nuova curvatura del loro potenziale performativo: è solo congiungendo l'elemento giuridico a quello politico che si comincia a disvelare l'antitesi di interessi (in luogo di una indistinta evoluzione sociale) che il diritto stesso (e in particolare quello costituzionale) suppone. Rossi fa l'esempio dell'espressione "Religione di Stato", contenuta nell'art. 1 dello Statuto albertino: ebbene essa «può essere concepita, secondo i diversi momenti storici, con la mentalità dell'Inquisizione, o con la mentalità di una libera e convinta adesione nazionale. E può essere anche deformata dallo spirito anticlericale»³². Quella che Rossi definisce la «visuale di un istituto» presuppone uno sguardo qualificato che lo tragga fuori dal

³¹ *Ibidem*, pp. 19-20.

³² *Ibidem*, p. 20.

magma indistinto del fluire sociale: è cominciata la ricerca di quel «centro stabile di qualificazione delle attività sociali» che finirà per produrre la nozione di costituzione materiale, «intesa come una interpretazione politica, data e stabilizzata, della società, che si esprimeva fundamentalmente attraverso il potere rappresentativo»³³.

4. *Elasticità e costituzione in senso materiale (prove teoriche di un concetto in gestazione)*

Questa centralità dell'elemento politico come fattore determinante per comprendere l'elasticità costituzionale dello statuto si aggancia alla «carente prescrittività»³⁴ che spesso contraddistinse le dichiarazioni costituzionali coeve a quel periodo. Infatti, «la caduta di prescrittività delle costituzioni ottocentesche conseguiva da un contesto politico-culturale prevalentemente teso ad esaltare la certezza della legge ordinaria, a enfatizzare l'importanza dell'accordo costante tra il re e le Camere, e a sottolineare, per contro, la carente normatività del testo costituzionale, evocando in luogo della costituzione scritta, una nozione di costituzione che si stemperava e diffondeva nel «sentimento pubblico, nella consuetudine, nei precedenti, in tutta la legislazione» e nella storia»³⁵.

Nel saggio di Rossi – punta avanzata della dottrina del suo tempo – il canone dell'elasticità, caratterizzante le norme costituzionali, voleva raggiungere, di fatto, il risultato di conciliare e, in certi casi, di superare la distinzione tra rigidità e flessibilità che Bryce aveva incardinato sulla relazione formale di superiorità-inferiorità tra costituzione e leggi ordinarie³⁶.

Prendendo le distanze da Bryce (che, in verità, nel suo noto saggio arri-

³³ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI, *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 52.

³⁴ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., p. 76.

³⁵ *Ibidem*, pp. 76-77.

³⁶ Come fa notare A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., pp. 22-25, la distinzione tra costituzioni rigide e flessibili teorizzata da James Bryce fu trattata dall'autore in due conferenze nel 1884, che, in forma ampliata, confluirono nel lungo saggio pubblicato nel 1901. Furono le conclusioni di quelle conferenze, parzialmente riassunte in due paginette, ad essere tradotte in italiano da Attilio Brunialti. Per cui il pensiero di Bryce circolò tra gli studiosi italiani, compreso Luigi Rossi, in questa forma assai ridotta e riduttiva.

vava a conclusioni più articolate e complesse, ma che per una traduzione incompleta non vennero tenute in conto), Luigi Rossi arriva a sostenere che la rigidità costituzionale non può dipendere dalla mera esistenza di un procedimento speciale di revisione, bensì dalla materia (politica) di cui si compone il diritto statutario, differenziabile da quella comune legislativa per l'intenzione del costituente di porla al di sopra di questa. E la volontà costituente è una volontà politica suscettibile di essere riprodotta costantemente dalle forze organizzate prevalenti nella società.

Questa dottrina, in altre parole, riesce a intravedere nell'elemento politico il principio generatore dello statuto, senza riuscire però ad andare oltre quella concezione "processuale" della costituzione del suo tempo (come storia e compimento dello spirito della nazione), che le impedisce di farne il centro dogmatico stabile attorno a cui far ruotare l'organizzazione dei poteri e la normazione della società.

L'elasticità, in questo contesto, rappresenta quel dispositivo funzionale che, impiegato per fornire legittime ragioni al cambiamento costituzionale, da un lato, serve a mettere a nudo le carenze formalistiche di una classificazione delle carte fondamentali basata sul rapporto gerarchico tra fonti, dall'altro lato, serve a rimarcare che qualora il legislatore abbia intenzione di cambiare la costituzione dovrà comunque agire in una veste giuridicamente differente da quella relativa alla semplice attuazione e svolgimento del potere ordinario che la Carta gli conferisce.

Detto in maniera lapidaria: l'elasticità pre-figurava un concetto materiale di costituzione, ne era la formulazione pre-logica e storicistica.

4.1. (Segue): *la Costituzione in senso materiale, principio stabile ed elastico dell'identità di ogni costituzione*

Per quanto, forse, – nei diversi studi che se ne sono occupati³⁷ – non sia stato messo in sufficiente risalto, il tema che percorre, dall'*Introduzione* alle *Conclusioni*, *La Costituzione in senso materiale*, è proprio quello del mutamento costituzionale e dei suoi limiti, in altre parole il tema dell'identità della costituzione³⁸.

³⁷ Per un inquadramento generale del problema e, ivi, per un riepilogo della bibliografia di riferimento cfr. A. CATELANI, S. LABRIOLA, *La costituzione in senso materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001.

³⁸ Tema oggi di grande interesse dopo che le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* re-

Mortati ritiene che «l'elemento di immutabilità» sia «intrinseco, e perciò inseparabile dal concetto di costituzione, la quale appare perciò come un compromesso fra quest'esigenza e l'inevitabile incessante mutamento nella vita dello Stato»³⁹.

Occorre, quindi, andare alla radice del problema: come possiamo stabilire un limite alla modificabilità della costituzione? Un limite che non sia aggirabile né attraverso il meccanismo dell'equivalenza tra “legale” e “sociale” (ogni mutamento è legale in quanto riconducibile alla volontà sociale), né attraverso il sistema di chiuse approntato dai diversi procedimenti formali di revisione, i quali o legittimano *ex post* un mutamento già subito dall'ordine costituzionale o si limitano a dichiarare una discontinuità senza rivoluzione (ma irreversibile) tra ordini costituzionali diversi (in questo modo rendendo indistinguibili mutamento e rivoluzione).

Naturalmente questo interrogativo ha un senso solo nel momento in cui si ritiene che la «funzione» di una costituzione, «sempre uguale, qualunque sia il tipo di ordinamento, si esplica nel conferire stabilità alla forma di stato, sorta per suo mezzo»⁴⁰.

Tanto è vero che proprio in ciò risiede la differenza essenziale tra “costituzione” e “legge costituzionale”, ove il centro di gravità del rispettivo contenuto, nel primo caso, è rappresentato dalla forza della conservazione (la forza frenante evocata, poi, come si è visto, da Crisafulli), mentre, nel secondo caso, dall'innovazione. Certo, anche la legge costituzionale rappresenta «un compromesso fra le due esigenze complementari della conservazione e del mutamento, compromesso che praticamente si concreta nella predisposizione di aggravamenti alla procedura di modificazione»⁴¹. Tuttavia, la costituzione «tende a soddisfare solo alla prima delle dette esigenze, essendo l'elemento assolutamente costante che appunto perché tale, fornisce il criterio per poter sceverare nelle leggi costituzionali (...) la parte che, essendo più intimamente collegata con la struttura fondamentale dello Stato, partecipi del carattere di stabilità proprio di questa, dalla parte per la qua-

lative alla costituzionalità del Trattato di Lisbona hanno reintrodotta nel dibattito pubblico la nozione di “identità costituzionale” e delle condizioni della sua permanenza o possibile violazione. Anche in questo senso la lettura delle pagine mortatiane risulta molto attuale e istruttiva.

³⁹ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1941), ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1998, p. 184.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 11.

⁴¹ *Ibidem*, *ivi*.

le, essendo meno stretto il nesso predetto, può essere consentito il mutamento senza che ne riesca alterato l'ordine essenziale»⁴².

Quindi – in ordine alla funzione svolta da una costituzione – la conservazione è la regola, il mutamento è l'eccezione se e in quanto compatibile con l'ordine prestabilito.

Anche qui è necessario sgombrare il campo da un equivoco, da un fraintendimento che spesso ha accompagnato la nozione mortatiana di costituzione materiale, proprio ai fini del discorso che andiamo svolgendo.

L'esigenza della ricostruzione mortatiana è un'esigenza di sistemazione giuridica. La determinazione del contenuto necessario di una costituzione, affinché essa conservi la sua identità nel mutamento, non può prescindere dall'intendere l'ordinamento giuridico anzitutto come un sistema di norme e, più precisamente, come un sistema "chiuso" di norme: «la determinazione di un principio primo dell'organizzazione statale» è «richiesta da ragioni di sistemazione giuridica», «che è necessario per poter intendere un ordinamento giuridico, quale deve essere, cioè: sistema chiuso e autonomo di norme, coerente nelle sue parti, capace di effettiva realizzazione, stabile ed uguale a sé stesso, pur nella varietà e mutabilità degli elementi costitutivi, che non possono essere realizzati senza il riferimento al principio stesso»⁴³.

Questo principio – supremo – deve circoscrivere l'ambito di efficacia dell'ordinamento mediante una duplice operazione: a) consentire l'imputazione dei rapporti sociali ai pubblici poteri, in modo che questi possano specificarli e differenziarli entro rapporti giuridici informati a quel principio, b) attuare un sistema di garanzie sufficienti a conferire validità al criterio anzidetto e perciò imprimergli impronta giuridica⁴⁴.

Non è ovviamente questa la sede per esaminare anche solo superficialmente la nozione di costituzione in senso materiale e le sue possibili implicazioni. Quello che interessa è che Mortati avvii la sua riflessione tentando proprio di dimostrare che il contenuto essenziale di una costituzione, e in particolare delle costituzioni c.d. rigide, non possa essere rinvenuto nel semplice rapporto tra la costituzione e le leggi ordinarie. Non si può, infatti, far dipendere la "materia" tipica della costituzione né da «criteri contingenti di importanza politica» volti a soddisfare mere «esigenze organizzative di ogni

⁴² *Ibidem*, ivi.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

singolo ordinamento», né, tanto meno, dalle «intenzioni da cui trae ispirazione ogni costituente nel predisporre particolari mezzi di revisione costituzionale»⁴⁵.

Anche perché – ed è questo un punto su cui si è incentrato in dottrina il dibattito sulla portata attuale dell'art. 139 Cost. – se si collega a questi mezzi la rilevanza del contenuto della costituzione anche la forma prescritta per la revisione – sul piano strettamente logico – può essere soggetta a mutamento nelle forme stabilite⁴⁶. Da questo punto di vista, «la costituzione rigida si accosta a quella flessibile, in quanto a entrambe viene a mancare un punto di riferimento stabile nella successione del tempo»⁴⁷.

Con questo passo in più, Mortati cambia radicalmente prospettiva rispetto alla tradizione dottrinale del passato, innescando un mutamento di paradigma.

Ecco allora che gli articoli di una costituzione – per riprendere l'immagine di Santi Romano – somigliano a delle semplici intestazioni di libri, a delle pagine lasciate in bianco, solo ove lo sguardo si distolga dal principio direttivo e cioè dal fine politico dello Stato, per volgersi o al dato esteriore della genericità degli enunciati linguistici o a tutto ciò che è esterno al sistema “chiuso” di norme considerato (un ordine sociale a-razionale o razionalmente giusto non importa), nel momento in cui, cioè, si ritiene che la ragione di validità di una costituzione stia fuori dalla costituzione stessa. Se, al contrario, si resta all'interno dell'ordinamento giuridico, inteso anzitutto come sistema di norme, gli istituti in esso disciplinati non si presentano più come indeterminati ma cominciano ad assumere una dimensione prospettica. Perché ciò avvenga, cioè perché il fine politico di una costituzione sia visibile occorre intenderlo come *norma di scopo*.

Ora, la norma di scopo è il contrario di una norma in bianco. Vi si indica un criterio di massima di azione, che vale giuridicamente di per sé, in quanto già indicazione di una selezione tra i diversi fini possibili di una compagine sociale, e «dal quale, per rendere concreto il precetto stesso, è necessario ricavare (...) la norma da valere pei singoli casi»⁴⁸.

Diciamo, per inciso, che fine politico e norma di scopo coincidono pro-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁶ Il problema è analizzato in tutte le sue sfaccettature da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 225-238.

⁴⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 7.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 105.

prio nel momento in cui si accede ad una teoria normativa “chiusa” della costituzione. La giuridicità del fine politico si coglie attraverso la nozione di costituzione anzitutto come insieme sistematico di norme. Il che, peraltro, esclude, nel momento in cui si ammette – come parte integrante di una teoria della costituzione – che la causa finale dell’ordinamento sia di natura politica, che la norma di scopo possa coincidere con un giudizio ipotetico atto a configurare una pura *Grundnorm* kelseniana⁴⁹ (in cui il fine politico è estromesso dall’ordinamento giuridico, è quel volto della Gorgone, quel fuoco infernale che dorme sotto la “regola”, sotto la sua superficie liscia o presunta tale).

È questo il motivo per cui Mortati suggerisce la possibilità che, al fine di contrassegnare la peculiarità della natura di questa norma suprema (la norma di scopo coincidente con il fine politico dell’ordinamento), si adoperi il termine *diritto politico*, a voler indicare l’«assunzione diretta del fine politico generale dello Stato come tale (...) anteriore allo spiegarsi del medesimo in varie, particolari direzioni e nel sistema dei singoli precetti»⁵⁰.

Dunque, il carattere proprio di una costituzione, che le permette di resistere nel tempo, insomma la sua funzione specifica, il suo contenuto determinato sono dati dall’insieme dei suoi fini generali (politici) sostenuti dalle forze politiche organizzate che se ne fanno portatrici, in altre parole, dalla sua norma di scopo.

Quando si parla di una costituzione e della sua identità occorre considerare insieme «le forze sociali capaci dell’azione di impulso e di coazione, di cui ha bisogno per sorgere e per svolgersi» nonché «il principio direttivo di quest’azione, principio né eccessivamente rigido da impedire gli adattamenti necessari al mutamento delle situazioni di fatto, né così elastico da pregiudicare il riconoscimento della sua identità nel variare delle fasi del suo svolgimento; e quindi tale da riunire, armonizzandoli, l’elemento statico con quello dinamico, il fattore di creazione con quello di esecuzione»⁵¹.

Ci si potrebbe allora chiedere: quanto è elastica, in questa visione, la costituzione?

⁴⁹ La norma di scopo contiene un comando imperativo: «È evidente che le norme di scopo hanno carattere imperativo, sono anzi la manifestazione della suprema volontà dello Stato e, come tali, vincolano in modo assoluto i comportamenti sia degli organi subordinati dello Stato, sia dei cittadini, in quanto li obbligano a ricercare le regole idonee alla loro realizzazione», *Ibidem*, p. 105, nota 83.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁵¹ *Ibidem*, p. 202.

E soprattutto: è l'elasticità, intesa come canone ermeneutico, a garantire che non ci sia scollamento tra norma e realtà o non è piuttosto l'attuazione e specificazione del fine politico a garantire che le disposizioni costituzionali mantengano una loro prescrittività anche di fronte agli inevitabili mutamenti sociali?

Tornando alle premesse del ragionamento di Mortati si può dire che il limite alla modificabilità della costituzione è insieme giuridico e politico. Giuridico, perché la norma di scopo – benché indeterminata (anzi esigendo un notevole grado di genericità proprio per modulare quel fine nel tempo⁵² – individua un comportamento tipico che non si concepisce come puramente esistenziale ma che traduce in un indirizzo generale i valori di quelle forze che hanno agito come organi di instaurazione di una particolare forma di stato. Politico, perché non si identifica con il potere di emendare formalmente la costituzione ma è capace di indirizzare lo svolgimento della costituzione positiva verso forme nuove, anche in assenza di una specifica “autorizzazione” al mutamento.

Il che ci fa comprendere come spostare sul piano giurisdizionale questioni che dovrebbero essere affrontate dalle forze politiche non sposta il problema della tenuta delle costituzioni di fronte ai cambiamenti sociali.

5. *L'iniziale limitata elasticità della Costituzione repubblicana*

Il tema dell'elasticità, con l'avvento della Costituzione repubblicana, viene subordinato alla questione della fedeltà interpretativa. Il contenuto della costituzione è già sociale e non va cercato fuori di essa: la sua vitalità è data dal fatto che essa si compone – è questa la nota distinzione di Pierandrei – di norme *strutturali*, che riguardano l'organizzazione e il funzionamento dello Stato, e di norme *materiali*, che disciplinano l'ordine della collettività regolando i fondamentali rapporti dello Stato con essa e con i singoli e i gruppi che la compongono: entrambe sono coordinate in base a un criterio di coerenza e a un complesso comune di principi ideologici: le norme *strutturali* non potrebbero persistere a lungo ove l'organizzazione da esse fissate non fosse idonea a integrare la società nello Stato in conformità ai motivi ideali, che in essa si sono affermati come dominanti in un

⁵² *Ibidem*, p. 106.

certo periodo storico; dal canto loro, le norme *materiali* avrebbero ben scarso valore, qualora il sistema dei pubblici poteri non fosse idoneo a realizzarne e a svolgerne in concreto i postulati⁵³.

Possono dare conto di questo connubio solo il metodo storico e l'interpretazione logico-sistematica della costituzione che non è più operazione intellettuale fine a se stessa, ma interpretazione "evolutiva", interpretazione che assicura la continua presenza del significato della norma costituzionale all'interno della società sulla scorta dei motivi politici che stanno alla base delle diverse norme e dei diversi principi. Motivi i quali devono essere intesi come quei postulati fondamentali che, avendo animato il *potere costituente* al momento della creazione del sistema costituzionale, si sono tradotti nell'ordinamento e continuano a sostenerlo e a giustificarlo attraverso le esperienze dei tempi: motivi che dunque nettamente si differenziano dalle contingenti e momentanee aspirazioni delle forze che via via riescono a conquistare il potere. Solo entro questa prospettiva le norme possono mutare di significato o portata, pur rimanendo inalterata la formula scritta (elasticità). E qui sta quella particolare *sensibilità* che lo stesso Rossi riconosceva allo studioso di diritto costituzionale e, più in generale, all'interprete, proprio perché quei motivi politici non vengano traditi nel loro scopo ultimo.

E questa è una differenza di enorme rilievo rispetto alla tradizione giuspubblicistica immediatamente precedente. Santi Romano, ad esempio, nel suo *Frammenti di un dizionario giuridico*, bollerà come un non-senso la nozione di "interpretazione evolutiva", perché l'interpretazione altro non è che un riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere questo o quel diritto e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio. Ciò che si evolve per Romano è solo l'ordinamento giuridico in quanto ente sociale vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole. Le norme, per Romano, seguono fedelmente l'evoluzione del corpo sociale e non possiedono uno scopo autonomo. Esattamente l'opposto delle norme che compongono la costituzione repubblicana⁵⁴.

La necessaria connessione tra norme materiali e norme strutturali – con-

⁵³ F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1964, pp. 652 e ss.

⁵⁴ S. ROMANO, (voce) *Interpretazione evolutiva* (1945), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1983, Milano, Giuffrè, pp. 119 e ss.

cepite come elementi dello schema ordinante entro cui acquisiscono coerenza finalistica – non era che il risultato aggiornato dell'intuizione mortatiana per la quale la conservazione e l'attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento non può essere solo garantita dal «nudo funzionamento degli ingranaggi», dai «congegni tecnici previsti dalla costituzione formale»⁵⁵.

Si può dire, perciò, che per paradosso il *paradigm-shift* operato dalla teoria della costituzione materiale si consolidò all'interno della scienza costituzionalistica quando, subito dopo la sua entrata in vigore, si trattò di difendere la validità e di dimostrare l'effettività della Costituzione formale del '48.

L'idea di Mortati della piena imperatività del fine politico e della sua raffigurazione giuridica nella norma di scopo riusciva a sottrarre la costituzione formale ai tentativi riduzionistici propensi a considerarla un semplice manifesto di intenti, soprattutto nella sua parte principialista. Quell'idea consentiva di respingere la distinzione – sul piano dell'obbligatorietà – tra norme programmatiche e norme immediatamente precettive.

A ben vedere, infatti, tutta l'argomentazione di Crisafulli volta a negare un difetto di precettività delle norme c.d. programmatiche (e che trovò poi eco nella sentenza 14 giugno 1956, n. 1 della Corte costituzionale) si fonda, nelle sue premesse, sulla prescrittività della «*formula politica* costituzionalmente sancita, su cui è basato l'intero ordinamento giuridico della Repubblica», per cui sarebbe «palesamente assurdo» che le norme programmatiche «che esprimono tipicamente quella formula» «abbiano efficacia per i soli organi legislativi e quanto all'esercizio della funzione legislativa soltanto, e non anche per gli altri organi e in genere per tutte le manifestazioni della potestà statale»⁵⁶. Solo passando ad un secondo ordine di considerazioni si parla delle norme programmatiche (comunque) come di «direttive politiche», «il cui carattere normativo e la cui prevalente forza formale non vengono neppure in discussione, in quanto assunte a contenuto di norme poste nella Costituzione dello Stato»⁵⁷.

Certo, la natura obbligatoria delle norme programmatiche era vista come una conseguenza dell'efficacia formale della loro fonte (la costituzione), rispetto alle altre leggi ordinarie⁵⁸, ma per confutare l'obiezione alla loro

⁵⁵ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, cit., p. 118.

⁵⁶ V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione* (1952), ora in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, cit. p. 72.

⁵⁷ *Ibidem*, ivi.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 56.

obbligatorietà era necessario ribadire la tipica finalità politica, fissata definitivamente in costituzione, con l'esplicito intento di sottrarla «ad ogni eventuale oscillazione e mutamento di criteri» da parte degli organi competenti (legislativi, amministrativi, giurisdizionali)⁵⁹.

Come vedremo – ma qui se ne può per ora solo fare cenno – l'affermazione della piena precettività delle norme programmatiche, argomentata a partire dalla cointeressenza tra diritto e politica, quale elemento di razionalizzazione del potere, con il tempo ha finito per capovolgersi nel suo opposto.

Probabilmente è vero che le dottrine una volta poste hanno una loro logica propria e sviluppano una propria energia che non sempre è in rapporto con le intenzioni dei loro autori⁶⁰. Con un salto culturale che si tenterà di analizzare nei prossimi capitoli, il riconoscimento di un pieno valore giuridico obbligatorio ai principi della costituzione ha finito col creare, nel diritto costituzionale contemporaneo, una categoria di norme (i principi-valori) del tutto autosufficienti rispetto alla volontà del legislatore (e forse rispetto allo stesso testo della costituzione, quanto meno nelle specificazioni dei principi, nella loro amministrazione, insomma nelle interpretazioni-risultato), direttamente applicabili ai rapporti di vita proprio perché impolitiche, anche se poi capaci di determinare, attraverso l'interpretazione giudiziale, una nuova politica della costituzione. In questo contesto le Corti più che essere custodi si atteggiano a portatori della costituzione.

6. *La seconda fase dell'elasticità della Costituzione repubblicana: dalla Costituzione materiale-formale alla costituzione vivente (rinvio)*

L'introduzione del concetto di costituzione materiale, la sua piena integrazione con quello di costituzione formale, soprattutto in ragione della coincidenza tra forze politiche instauratrici e forze politiche portatrici dell'ordine costituzionale vigente, avevano relegato il tema dell'elasticità a quello di un autocorrettivo di sistema: si usciva dal testo per ritornarvi.

Dopo il 1989, tuttavia, una parte della scienza costituzionalistica italiana si cominciava a porre, intorno al proprio oggetto, una domanda radicale:

⁵⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁶⁰ Così, più o meno testualmente, G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980, p. 69.

«col passare degli anni, se resteremo fondamentalmente fermi alla Carta del '47, è dato immaginare che anche in Italia si ponga l'interrogativo ben noto ai costituzionalisti degli Stati Uniti: esiste ancora una Costituzione scritta?»⁶¹.

Questo interrogativo metteva brutalmente a fuoco il problema della legittimità della Costituzione repubblicana e della sua peculiare interpretazione una volta avvenuto il distacco dall'epoca costituente, una volta consumatasi la rottura del vincolo ereditario (di carattere politico e culturale) con la generazione dei costituenti⁶².

Certo, si teneva fermo che i principi costituzionali non fossero diritto naturale, bensì rappresentassero «il massimo atto di orgoglio del diritto positivo», e che la costituzione fosse, «per definizione, una determinazione politica, anzi: la massima tra tutte le determinazioni politiche, non il semplice rispecchiamento di un ordine naturale»⁶³, ma c'erano tutti i segnali (attraverso l'interpretazione per valori e la distinzione assiomatica tra principi e regole) del progressivo formarsi di una «sorta di diritto costituzionale libero, plasmato ad arbitrio degli interpreti in genere e dalla Corte costituzionale in particolar modo»⁶⁴.

Si poneva l'accento sul fatto che l'interpretazione – anche se proveniente dall'organo di chiusura del sistema, la Corte costituzionale –, attingendo direttamente i valori meritevoli di salvaguardia, potesse generare una «co-

⁶¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 149.

⁶² Su cui G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, in P. GROSSI (a cura di) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, Atti dell'incontro di studio. Firenze 6-7 novembre 1992, Milano, Giuffrè, 1993, ora in ID., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 234 ss.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, p. 155.

⁶⁴ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 144. Il movimento del diritto libero (*freirechtliche Bewegung*) fu reso popolare da H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), edizione italiana della tedesca riveduta dall'Autore con prefazione e note del giudice R. Majetti, Arnaldo Forni editore, 1988, ristampa dell'edizione di Milano (1908), per concessione dell'editore Remo Sandron. Si tratta – lo sappiamo bene oggi – non solo di una tendenza italiana, ma europea. L'attuale Presidente della Corte costituzionale tedesca, Voßkuhle, già professore di diritto pubblico all'Università di Friburgo, nella Relazione di apertura del XVI *Verwaltungsgerichtstag* svoltosi a Friburgo nel maggio 2010, richiamando proprio il pensiero di Kantorowicz, ha evidenziato che «assistiamo (e partecipiamo) ad una nuova "lotta per la scienza del diritto", in cui la forza viva delle idee espresse nell'attività ermeneutico-giudiziaria è essa stessa creatrice di diritto al di là delle norme positivamente imposte», cit. in G. ADAMO, *Stretta è la via del giurista europeo*, in *www.federalismi.it* (25 giugno 2010), p. 3.

stituzione al quadrato»⁶⁵. Le metafisiche di valori-principi avrebbero reso incontrollabili i percorsi argomentativi e avrebbero potuto condurre a una «costituzione inventata» da quei giudici «cui mancano per definizione i poteri connessi alla rappresentanza politica del popolo», facendo della giustizia costituzionale la vera fonte suprema⁶⁶.

Questo fugace riferimento all'imminente cambio di paradigma che la scienza costituzionalistica italiana stava vivendo sul modo di considerare la costituzione e la sua interpretazione, nonché il rapporto tra mutamento costituzionale e i soggetti incaricati di legittimarlo, serve solo a non spezzare un percorso logico e storico nello stesso tempo. Si cercherà di approfondire quest'ultimo aspetto a partire dal capitolo successivo.

Sembra opportuno, invece, tornare sui propri passi per tentare di comprendere fino a che punto l'introduzione della distinzione tra costituzioni rigide e flessibili non ne nascondesse un'altra più imbarazzante: quella tra diritto proveniente "dall'alto" e diritto proveniente "dal basso".

7. Tornando a Bryce. L'elasticità: la vera pietra di paragone per distinguere le costituzioni flessibili da quelle rigide

All'inizio del Novecento, in quel testo che farà scuola, James Bryce propone di sostituire alla tradizionale distinzione tra costituzioni scritte e costituzioni non scritte quella tra costituzioni rigide e flessibili⁶⁷.

Il criterio distintivo non è più rappresentato dalla scrittura o dall'oralità ma dalla relazione che ogni costituzione intrattiene «con le leggi ordinarie dello Stato e con l'autorità ordinaria che approva quelle leggi»⁶⁸.

L'argomento che Bryce utilizza per screditare il vecchio modo di classificare le costituzioni è quasi sillogistico: «in tutte le costituzioni scritte c'è e ci deve essere una parte lasciata agli usi ("an element of unwritten usage"), mentre in quelle cosiddette non scritte è forte la tendenza a considerare praticamente vincolante la "traduzione" scritta di una consuetudine o di

⁶⁵ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 143.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁶⁷ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions* (1901), tr. it. di R. Niro, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 7.

un precedente, il che rende quella traduzione scritta quasi equivalente ad una legge approvata formalmente»⁶⁹. Quindi, se è sempre possibile che un testo scritto venga integrato da usi e consuetudini non trascritti nel documento costituzionale e se è sempre possibile che usi e consuetudini vengano registrati in un documento solenne, allora la linea di demarcazione tra le due classi di costituzioni non risulta scientificamente attendibile.

Il vero motivo che sembra indurre Bryce a mettere da parte la tradizionale classificazione delle costituzioni potrebbe però essere un altro.

Infatti, sia la Scuola storica sia il movimento del diritto libero avevano dato, nel XIX secolo e all'inizio del XX secolo, alla distinzione tra *ius scriptum* e *ius non scriptum* un valore particolare, contrapponendo due modelli antitetici di concepire il diritto e la sua genesi, ossia la concezione veterotestamentaria e la concezione romana della legge, la concezione di un diritto che procede "dall'alto" e la concezione di un diritto che procede "dal basso".

Tanto è vero che Bryce, subito dopo aver "archiviato" la vecchia distinzione tra costituzioni scritte e non scritte, afferma che, nel passato come nel presente, a quella distinzione corrispondono due tipi principali di costituzione: alcune (quelle non scritte) «sono formazioni progressive spontanee asimmetriche sia nella forma che nei contenuti. Consistono in una varietà di atti o accordi assunti in tempi diversi, che scaturiscono talora da fonti differenti, frammenti a regole consuetudinarie che trovano il loro fondamento soltanto nella tradizione e nel precedente»; altre (quelle scritte) «sono frutto di un lavoro consapevole (...) sono il risultato dello sforzo intenzionale dello Stato di fissare, una volta per tutte, un corpo di disposizioni coerenti in conformità al quale il sistema politico ("*government*") dovrà essere istituito ed esercitato», esse sono «di solito contenute in un unico documento formale»⁷⁰.

Ora, come è noto, queste idee sono tutt'altro che morte e, anzi, la contrapposizione tra un diritto prodotto da un'autorità onnipotente, sovraordinata alla società, che dispiega dall'alto le norme che essa ha elaborato per disciplinare i rapporti sociali e un diritto che, invece, sgorga dalla società, indipendentemente da qualunque volontà dominante, in maniera spontanea è più che mai attuale.

Questi due modelli possono essere ricondotti all'idea ebraica del diritto e a quella romana.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 4 e 5.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

Nel suo saggio *Sulla rivoluzione*, Hannah Arendt afferma che in tutti i sistemi giuridici cristiani le leggi «erano intese come comandamenti ed erano formulate in accordo con la voce di Dio, che dice agli uomini: Tu non devi. Tali comandamenti ovviamente non potevano essere vincolanti senza una superiore sanzione religiosa. Solo in quanto si intenda per legge un comandamento a cui gli uomini devono obbedienza, prescindendo dal loro consenso e dai loro reciproci accordi, la legge avrà bisogno, per essere valida, di una fonte d'autorità trascendente, ossia di un'origine che sia al di là e al di sopra del potere umano»⁷¹. Caratteristica particolare di questo modello è che il legislatore si trova all'esterno delle norme che ha emanato: infatti, i Dieci comandamenti erano stati emanati personalmente da Dio e le Tavole erano state create da Lui che le aveva incise personalmente⁷². Perciò, secondo il modello sottostante alla visione tramandata, la sovranità, come la legge, è sempre assoluta e trascendente: «la pretesa della monarchia assoluta di fondarsi su “diritti divini” aveva configurato il governo secolare a immagine e somiglianza di un Dio, che è insieme onnipotente e legislatore dell'universo, ossia a immagine di quel Dio la cui Volontà è Legge»⁷³.

Al contrario, la legislazione romana si distingue dalla visione veterotestamentaria in quanto ora il legislatore non si trova all'esterno delle norme da lui emanate. L'assenza di una fonte autoritativa trascendente trova riscontro già nella più antica testimonianza della legislazione romana, la legge delle XII Tavole. Essa non esiste come scopo a se stessa, ma ricopre soltanto una funzione servente, nel senso che serve a informare sui contenuti di un ordinamento giuridico già vigente⁷⁴. La scrittura delle XII Tavole ha un valore informativo e non performativo e questo perché la parola scritta contribuisce solo in minima misura a dare forma al diritto. La legge non vale perché è scritta, bensì perché, nel quadro di un procedimento formalizzato, che organizza la volontà popolare, registra quel diritto che ha già determinato in passato la vita dei Romani⁷⁵.

L'accostamento tra Legge e Scrittura costituirà il bersaglio polemico del

⁷¹ H. ARENDT, *On Revolution* (1963), tr. it. di M. Magrini, *Sulla rivoluzione*, Torino, Einaudi, 2006, p. 217. Ma si legga tutto il capitolo *Novus ordo saeculorum*.

⁷² Vedi ES. 32.16 e ES. 31.18. Anche dopo che le Tavole furono spezzate, è vero che Mosè ricavò dalle rocce «due tavole di pietra come le prime» (ES. 34.1), ma fu di nuovo Dio a scrivere i Dieci comandamenti (ES. 34.27-28).

⁷³ H. ARENDT, *On Revolution*, cit., p. 209.

⁷⁴ J. ASSMAN, *Monotheismus und die Sprache der Gewalt*, Wien, Picus Verlag, 2006, p. 47.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 48.

movimento del diritto libero: «Lì Dio, qui il Legislatore ambedue di natura inaccessibile (...) Il “legislatore” è il centro del sistema. Esso è il dominus della nostra teologia giuridica. Onnisciente e onniveggente, onnipredente, si suppone che l’immensa fiumana legislativa, che ci inonda, esca dal suo cervello come un getto continuo, come un pensiero rigidamente logico e coerente a sé stesso. Nella frammentaria, mastodontica e quasi fortuita opera sua non vi possono essere né errori, né lacune, né contraddizioni. Egli ha tutto preveduto e contemplato (...)»⁷⁶.

In modo più sistematico, la Scuola storica e, in particolare, Savigny, baseranno la distinzione tra diritto scritto e non scritto non sulla forma in sé, ma sul fatto che essa è idonea a indicare se il diritto è stato prodotto dall’“alto” oppure dal “basso”. Infatti, il diritto non scritto emergerebbe quando «l’autorità di una qualunque proposizione giuridica deriva da una manifestazione del potere legislativo»⁷⁷. Poiché nel caso delle fonti giuridiche non statuali tale presupposto mancherebbe, esse andrebbero qualificate come *ius non scriptum*⁷⁸. Fu poi in merito alla polemica sul rapporto tra codificazione e diritto consuetudinario che Savigny ritenne che il diritto civile di un popolo non fosse una camicia che potesse essere semplicemente cambiata. Prendendo le distanze dalla «visione generale» secondo cui tutto il diritto sorge «normalmente dalle leggi, cioè dalle prescrizioni espresse dal potere supremo dello Stato», mentre la scienza giuridica si occupa soltanto del «contenuto delle leggi», Savigny vide nel diritto «la vita stessa dell’uomo, considerata da un lato particolare»⁷⁹. Per questo motivo, Savigny riteneva che la genesi del diritto civile fosse paragonabile alla genesi del linguaggio: come quest’ultimo, anche il diritto doveva essere prodotto «da forze interne tacitamente operanti» e «non dall’arbitrio del legislatore»⁸⁰.

Dunque, la tradizionale classificazione delle costituzioni in scritte e non scritte, oltre a portare con sé il fardello ingombrante di una pesante eredità culturale difficilmente comprimibile nello schema astratto oralità-scrittura, costituiva l’oggetto di uno scottante problema di attualità, tale da rendere

⁷⁶ H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 123-124.

⁷⁷ F.C. VON SAVIGNY, *Pandektenvorlesung* (1824/25), Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1993, p. 11.

⁷⁸ *Ibidem*, ivi.

⁷⁹ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., pp. 13-14.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 14.

quasi impossibile un esame che ne distinguesse i presupposti epistemologici da quelli di politica del diritto.

È questo il motivo per cui Bryce si limita a ribadire che il punto essenziale «è che negli Stati che posseggono costituzioni del tipo più moderno quella legge superiore o fondamentale che è chiamata costituzione si colloca al di sopra delle leggi ordinarie e non può essere modificata dall'autorità legislativa ordinaria»⁸¹.

A dimostrazione però dell'impossibilità di affidare al semplice rapporto gerarchico tra fonti e ai connessi procedimenti ordinari o speciali di revisione la soluzione del problema della tenuta delle costituzioni di fronte ai mutamenti sociali, tutto il saggio finisce, in sostanza, per ruotare attorno alle differenze di "struttura" tra costituzione flessibili e costituzioni rigide. E si può constatare come il criterio che funge da discriminare tra i due tipi di costituzione sia proprio quello dell'elasticità.

I due tipi di costituzione sono entrambi stabili, sia pure per motivi diversi.

La costituzione flessibile è stabile nella misura in cui la sua "forma" è data dall'equilibrio delle forze economico-sociali che vi si riconoscono e la sostengono. Questo equilibrio consente di preservare, pur nell'adattabilità dei suoi contenuti, l'identità della costituzione⁸².

La costituzione rigida, dal canto suo, è stabile nella misura in cui le disposizioni che la compongono, in quanto scritte, e perciò determinate e definite, esprimono un progetto politico coerente e unitario⁸³.

Mentre l'incolumità della costituzione flessibile, la sua durata nel tempo, viene assicurata dall'elasticità⁸⁴, invece la possibilità per la costituzione rigida di non essere erosa dal tempo è rimessa ad atti di conoscenza preventiva dei mutamenti futuri. Quando la capacità previsionale degli organi

⁸¹ J. BRYCE, *Flexible and Rigid Constitutions*, cit. p. 10.

⁸² *Ibidem*, p. 23.

⁸³ *Ibidem*, pp. 77 ss.

⁸⁴ «Le costituzioni del tipo più antico possono essere chiamate flessibili, poiché hanno elasticità, poiché possono essere piegate ed alterate nella forma, mantenendo le loro principali caratteristiche»; paradigmatica, in questo senso, la costituzione di Roma che «era un'opera composita, costituita di molte parti, fermamente unite, ciascuna delle quali tuttavia svolgeva il suo ruolo liberamente. Era esposta alla necessità di essere piegata, rivoltata, stirata in molte maniere, sotto la pressione delle più varie esigenze. Ma sopportava lo sforzo di essere piegata o allungata e, una volta che la pressione che l'aveva piegata veniva meno, tornava quasi alla sua forma originaria così da dare l'impressione di non essere mai stata toccata», *Ibidem*, rispettivamente pp. 11 e 26.

preposti (legislatore e giudici) all'attuazione della costituzione scritta si offusca o quando si verifica una «fuga dalla costituzione» comincia a crescere – dice Bryce – attorno al documento costituzionale «un'ampia messe di norme parassitarie», «parassiti flessibili che crescono su di uno stelo rigido»⁸⁵.

Quello che certamente una costituzione rigida non può fare è diventare anche elastica. L'incompatibilità assoluta tra elasticità e rigidità muove – nel discorso di Bryce – anzitutto da un atto di fede nei confronti dello spirito geometrico della scrittura. In questo senso, la determinatezza delle costituzioni rigide rispecchia l'ordine gerarchico delle fonti e anche una presunta chiarezza del linguaggio contrapposta all'oscurità della prassi e dei precedenti. Più in generale si trattava di una fiducia nel progresso (le costituzioni scritte «contraddistinguono uno stadio comparativamente più avanzato di sviluppo politico»⁸⁶), quale dimensione storica dello spirito positivistico del suo tempo.

Ma non è solo questo.

A conclusione del suo saggio, Bryce osserva che le costituzioni rigide sembrano prevalere su quelle flessibili; e ciò appare confermato da un dato empiricamente osservabile: mentre le costituzioni flessibili si sono trasformate in rigide, nessuna costituzione rigida è diventata flessibile⁸⁷. Il motivo è l'avanzamento della democrazia. La democrazia avanza, sostenuta da una classe prevalentemente operaia, ed avanza anche la costituzione scritta: «una costituzione documentale appare al popolo come l'espressione immediata del suo potere, il simbolo evidente della sua sovranità. È valorizzata da una semplicità che contrasta favorevolmente con l'oscuro tecnicismo di un'antica costituzione di *common law*»⁸⁸.

Al contrario, esiste «un'attrazione naturale tra un'aristocrazia ed un sistema di governo indefinito ed elastico (...). È necessaria una buona dose di preparazione, perizia ed esperienza per utilizzare felicemente una costituzione flessibile ed è solo fra le classi istruite che si possono cercare queste qualità»⁸⁹.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 89 e 80. E conclude: «L'apparente determinatezza e semplicità delle costituzioni documentali può, in dati casi, essere notevolmente condizionata dalla crescita di una grande quantità di materia quasi-costituzionale, la cui conoscenza è perciò doverosamente preliminare perché l'effettivo funzionamento di quella data costituzione possa essere compreso».

⁸⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 35.

La possibilità perciò che una costituzione scritta sia anche elastica comporterebbe la trasformazione dei suoi enunciati in *arcana*.

Il tentativo analitico di Bryce di ancorare la differenza tra costituzioni rigide e flessibili al procedimento di revisione sembra aver perso capacità esplicativa. Nessun costituzionalista sottoscriverebbe – soprattutto oggi – la tesi che una costituzione rigida non possa anche essere elastica (e anche non poco elastica). Può essere accaduto, quindi, che l'operazione bryciana di fare chiarezza eliminando la distinzione fondata sulla dicotomia *ius scriptum/ius non scriptum*, al fine di evitare di dover trattare la società come un *unicum* indifferenziato e la legge come un comando imposto, non abbia resistito all'usura del tempo.

Si è in un momento – come è stato osservato – in cui (nuovamente) si può constatare «il massimo di esposizione al “non scritto costituzionale”»⁹⁰. A questa condizione è possibile che una costituzione rigida sia flessibile al massimo grado, che si realizzi una concettuale *coincidentia oppositorum*. È come se legittimità e scrittura tornassero a contrapporsi, vista l'impossibilità per le proposizioni costituzionali di restituire pienamente la “costituzione” (si perdoni il bisticcio) di un rapporto giuridico, di un determinato ambito vitale del diritto.

Come nei teocrati della controrivoluzione la costituzione fu considerata qualcosa di esistenziale, indipendente da ogni momento convenzionale e perciò scritto, quale reazione al lato cattivo della ragione (il Terrore), così la scienza costituzionale contemporanea tenta di costruire un “diritto sociale superiore”, influenzato dalla reazione dei giuristi alla crisi del diritto statale.

⁹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 70.

CAPITOLO II

IL DIRITTO COSTITUZIONALE AL PRESENTE:
LA PERFETTA ELASTICITÀ
DELLA COSTITUZIONE RIGIDA

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale del problema. – 2. Il «diritto costituzionale al presente» ovvero l'elasticità perfetta. – 3. Il mutamento sociale e la sua retroazione sul sistema costituzionale. – 4. Lo svuotamento delle norme di sistema. L'uso improprio di Kelsen e l'uso proprio di Schmitt. – 5. L'eternità assiologica della costituzione-dei-diritti come forma contemporanea dell'eternità ordinamentale. – 6. La deformazione della struttura costituzionale. – 7. L'effetto (non) voluto dell'elasticità: il restringimento dei diritti? – 8. L'«alta» costituzione. – 9. La tendenziale convergenza tra costituzione etica ed etica degli affari: elasticità perfetta della costituzione economica?

1. Inquadramento generale del problema

E siamo al presente. Per introdurci al tema nell'oggi si possono leggere le parole di un noto giurista italiano, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale. Parlando – testualmente – del «tempo di transizione» in cui stiamo vivendo, il noto giurista afferma che: «I sessanta anni che stanno alle nostre spalle sono stati segnati – e anche contrassegnati – da pesanti cedimenti delle costruzioni giuridiche moderne; quel che si era creduto di edificare per un futuro illimitato cede all'usura di un tempo storico che trascorre con estrema rapidità. E la pietra forte usata dai moderni si rivela fragile come argilla»¹. Ecco allora che: «in un momento di transizione quale quello del nostro passato prossimo e del nostro presente, l'onere dell'adeguamento non può non riversarsi su fonti duttili fornite per loro natura di elasticità e concretezza, fonti che arrivano ad essere concrete (os-

¹ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 33.

sia idonee ad ordinare il caso specifico) solo perché elastiche»².

Il riferimento immediato è, nelle intenzioni dell'Autore, alla legislazione ordinaria, alla stessa forma o idea della legge, una forma-idea sempre più inerte e confusa (esempio visivo le leggi finanziarie, testimonianze solitarie di disorganici ammassi di norme incompatibili con ogni elementare certezza: si pensi ancora al c.d. mille proroghe), priva di quella elasticità propria di fonti più fluide e adattabili alle esigenze quotidiane di un corpo sociale intraprendente e mutevole, quali sono la dottrina, la prassi e la giurisprudenza pratica.

Questa riflessione, tuttavia, apparentemente limitata alla 'crisi' del solo apparato legale, presuppone, a sua volta, che la costituzione venga considerata entro una prospettiva molto differente da quella che la inquadra come atto politico o, meglio, quale comune forma politica della società.

Più, infatti, che di rigidità o flessibilità della costituzione (cui corrispondono due diversi procedimenti di revisione esplicita della costituzione) da qualche tempo si pone l'accento sulla «fondamentale virtù della elasticità»³ che le sarebbe connaturata e che la metterebbe in grado di tener testa alle trasformazioni socio-economico-politiche in corso, senza incorrere nel pericolo di un sovvertimento (o anche semplicemente di una formale revisione) dell'ordine costituzionale vigente. Insistere sull'elasticità della costituzione, tuttavia, non è senza significato: vuol dire ammettere che la costituzione può modificarsi per via interpretativa, può modificarsi *sostanzialmente* per via interpretativa, senza che ciò comporti il trauma della revisione (laddove il senso del "trauma" va compreso nel suo significato etimologico greco di "perforamento" "ferita o lesione prodotta da corpi taglienti" e dunque di perdita di contenuto vitale dovuta alla ferita, e che si ricollega al sanscrito *tarâmi* che indica, per la radice *tar=tra* – muovere –, il "passare di là", il definitivo superare il confine da una regione ad un'altra, dal vecchio al nuovo).

Il fatto che la stessa revisione sia vissuta come un trauma dagli interpreti della costituzione repubblicana ha una duplice causa, una remota e l'altra recente: la prima è legata al fatto di aver attribuito per tanto tempo un valore puramente evenemenziale (di evento eccezionale) all'attivazione dell'art. 138 della costituzione; la seconda, invece, è legata all'opposta paura e cioè che un procedimento di revisione spesso attivato (o di cui spesso si è

² *Ibidem*, p. 34.

³ M. FIORAVANTI, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione*, cit., p. VIII.

invocata l'attivazione) possa compromettere la legittimità della stessa carta costituzionale. In definitiva, la "virtù" dell'elasticità – la possibilità che, se interrogata fino in fondo, la costituzione vigente contenga tutte le risposte possibili – permette agli interpreti della costituzione soprattutto di "sdrammatizzare" (bisognerebbe capire però a quale prezzo) la questione del *se* e del *fino a che punto* le modifiche (anche abrogazioni) formali e sostanziali, esplicite e implicite, che hanno coinvolto pesantemente le sue norme di organizzazione (la sua Parte Seconda) abbiano influito sui significati da attribuire al plesso di principi che ne informano l'assetto democratico, sul senso e sul valore, cioè, della sua Prima Parte. Permette, inoltre, agli interpreti di coltivare, in quanto mediatori e portatori della cultura costituzionale, suoi custodi e sacerdoti, l'«eternità ordinamentale» attinente a documenti normativi (le costituzioni) volti a valere, tendenzialmente, per un futuro illimitato⁴. E permette loro di coltivare questo rapporto con lo spirito immortale delle costituzioni moderne soprattutto come studio di una tradizione culturale, di un universo di significati da interpretare secondo i canoni pre-comprensivi interni alla cultura storico-costituzionalistica, ove rileva la fossilizzazione del dato politico e la sua metamorfosi in fatto culturale.

Naturalmente, qui l'elasticità della costituzione non coincide né con una qualità inerente al normale, plurisignificante, rapporto tra testo e interprete, né rappresenta l'esito di una interpretazione evolutiva controllata, ma diventa il nuovo modo d'essere della costituzione, essendo l'elasticità la condizione intrinseca (il motore interno) della sua stessa esistenza, della sua stessa vita (una costituzione vive se è elastica). Muta, allora il modo di intendere la costituzione, che, ora, viene intesa: a) come insieme di alti principi (la costituzione-quadro), campo privilegiato dell'ermeneutica giuridica e della interpretazione giudiziale (sia delle alte Corti che dei giudici ordinari); b) come essenza rispecchiante della società (la costituzione-ordinamento)⁵.

⁴ «La Costituzione ha questo di specificamente peculiare: essa contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare l'*eternità ordinamentale*. (...) solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, dureranno», M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 48. In senso analogo parla di «eternizzazione» della Costituzione federale tedesca H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, tr. it. di A. Carrino, *Lo Stato costituzionale moderno*, Napoli, Guida, 2011, pp. 47 ss.

⁵ «La nuova Costituzione – lungi dall'essere un frutto elitario che cade dall'alto sul terreno basso della società – è lettura della società, è più un atto di conoscenza che di volon-

In entrambi i casi, la costituzione si atteggia a risorsa, a patrimonio per lo più comunicativo e sapienziale da cui estrarre significati adeguati alla contemporaneità per mano dell'interprete (giudici e giuristi, dotati delle competenze tecno-culturali idonee), quale «attore primario di una operosità intellettuale dalla valenza squisitamente *intermediativa*»⁶.

Qui, l'elasticità della costituzione, ossia la pretesa contemporanea che la costituzione metabolizzi entro se stessa – senza modifiche formali – vere e proprie trasformazioni costituzionali strutturali (evitando di attivare un lungo, dispendioso, incerto, dibattimentale procedimento di revisione costituzionale) probabilmente coincide con la «pretesa che le società contemporanee abbiano una *costituzionalità informale* non incentrata normativamente o direttamente sugli stati e comprendente strutture giuridiche multivalenti e a più strati»⁷.

Questa *costituzionalità informale*, che è la cifra postmoderna dell'elasticità della costituzione, esula dalla dialettica negativa *pouvoir constituant/constitué* (dialettica retrostante e fondativa del tema della resistenza temporale ed effettuale delle costituzioni) per ruotare sia attorno al concetto di «forza costitutiva»⁸ sia attorno al fondamento internazionale dei principi costituzionali.

Quando si torna a parlare del progressivo affermarsi di una “costituzione vivente”, «fatta di disposizioni scritte costituzionali e legislative, delle interpretazioni ad esse date con le connesse elaborazioni concettuali, delle fonti materiali del diritto emerse nelle prassi degli organi governanti, delle sentenze della Corte costituzionale e dei giudici ordinari»⁹, non si fa che parlare di una nuova idea di costituzione, ove il tradizionale *pouvoir constituant* si è trasformato in un “potenziale comunicativo”, cioè in una «specie di energia sociale, una ‘forza’ in senso letterale, che si aggiorna con l'aiuto di norme costituzionali nel *pouvoir constitué*»¹⁰. Tali norme costituzionali

tà, è soprattutto atto di ragione; ed è nuova perché finalmente la società con i suoi valori e interessi irrompe in un testo autorevole senza filtri, tanto che si ha in esso lo specchio fedele di quella», P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 27.

⁶ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., p. 36.

⁷ G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung* (2012), tr. it. di L. Zampino, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, p. 7.

⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁹ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., p. 411.

¹⁰ G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*, cit., p. 53.

sono intese per lo più, come norme-cornice, norme cioè adibite a strutturare i flussi comunicativi che si svolgono all'interno della società. Devono essere norme-cornice perché non devono impegnarsi nella disciplina organizzativa della società (la società si autoorganizza secondo il modello teubneriano del costituzionalismo parziale societario). Solo a questa condizione la costituzione può essere presentata come modello culturale diffuso in uno spazio più ampio di quello dei singoli stati nazionali (secondo l'insegnamento di che va da Heller a Häberle).

2. *Il «diritto costituzionale al presente» ovvero l'elasticità perfetta*

Nell'ambito della scienza costituzionale contemporanea, dunque, l'«onere di adeguamento» alla realtà in trasformazione sembra condurre all'affermarsi di una vera e propria tendenza politico-culturale, discretamente diffusa e progressivamente dominante. Si tratta di quella forma di «eclettismo contemporaneo»¹¹ che, soprattutto attraverso l'idea di un approccio alla materia mutuato dalle logiche «performative»¹² di altre scienze sociali – o, meglio, di certe declinazioni di altre scienze sociali (l'economia politica neoliberista, la sociologia funzionalista, la politologia comitologica, ecc.) – e attraverso l'adozione di metodi di indagine acriticamente omogenei a costruzioni teoriche della realtà economica e sociale attuale¹³, tende a fran-

¹¹ L'espressione è di G. AZZARITI, *Per un diritto costituzionale «normativo»*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2004, p. 16.

¹² Si intende qui per *performatività* il criterio dell'efficienza delle prestazioni come misura di legittimazione del discorso scientifico, con particolare riguardo alle scienze sociali. Sul punto si rinvia all'ormai «classico» N. LUHAMMN, *Legitimation durch Verfahren* (1969), tr. it. di S. Siragusa, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1995.

¹³ Un certo oggettivismo di maniera è parte integrante della teoria della globalizzazione. Una teoria caratterizzata dall'occultamento dei fattori soggettivi del mutamento sociale per enfatizzare un presunto ordine «oggettivo» che si autoimpone in ragione di impersonali forze economico-produttive e di necessità metastoriche, le quali renderebbero inutile ogni attività di indirizzo politico e di attribuzione di specifiche responsabilità giuridiche e politiche al blocco storico dominante. Sul piano del diritto costituzionale ciò ha comportato un rimprovero di «ingenuità» nei confronti di coloro che hanno tentato di collegare i cambiamenti storici in atto ad una precisa scelta sociale. Un appunto, in particolare, mosso da chi, come ha osservato M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale. Relazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 209, nota 1,

tumare i criteri di riconoscimento scientifico entro cui si era formato il costituzionalismo postbellico¹⁴.

Il fenomeno in questione, per quanto eterogeneo e disarticolato, si fonda su un assunto di base, su un criterio "politico" generale di valutazione teorica e di orientamento pratico, sintetizzabile, a grosse linee, nella seguente affermazione: la validità del diritto costituzionale (inteso come insieme di norme cogenti) dipende, oggi, dalla sua capacità di descrivere *in tempo reale* le trasformazioni economiche e sociali in atto, di *massimizzare*, in altre parole, la sua *ricettività* rispetto alle nuove dinamiche di sviluppo e di produzione che attraversano, ristrutturandola, la società.

Per questo, il diritto costituzionale deve rinunciare, innanzi tutto, all'anacronistica pretesa di statuire a priori un contenuto precettivo proprio e farsi, piuttosto, «recipiente», «contenitore» di molteplici e multiformi patteggiamenti economici e politici stipulati altrove, in quella «zona grigia» della società

ha assunto un «atteggiamento (...) di irriflessa accettazione della (presunta) natura delle cose, e che negli studiosi più consapevoli è stato di vero e proprio «disincanto: un disincanto, si potrebbe dire, checoviano, che si ritira nelle formalizzazioni che le scienze sociali consentono di operare nei confronti di una realtà algidamente osservata. Un atteggiamento che porta a disdegnare come dietrologico, o infantilmente volontarista, l'atteggiamento di chi voglia evidenziare i fattori soggettivi che hanno influenzato i grandi cambiamenti politici. Il desolante lascito di questa ansia di oggettivismo è quello di ogni religione troppo astratta ed oppressiva: la superstizione (che colpisce talora gli stessi sacerdoti del culto ufficiale, per sostenerne le intime insoddisfatte incertezze). E infatti ritornano l'antropomorfica volontà dei mercati, in economia, e il mito fatale del pendolo, nella politologia; e continua a far capolino – tra gli studiosi di cose contemporanee – la "condanna irrevocabile" della storia».

La teoria della globalizzazione ha potuto transfondersi, a volte, in una cattiva «metafisica giuridica», fondata «sull'assolutizzazione, tipica del presente, di fenomeni temporalmente limitati», relegando in secondo piano l'analisi dello stretto rapporto tra processi storici formativi reali e strutture socio-psicologiche collettive, all'identità dialettica di soggetto e oggetto, assecondando una tendenza di cui tracciava le linee portanti già HELLER, *Staatslehre* (1934), tr. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello stato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, spec. pp. 23-158 (il virgolettato qui riportato si trova a p. 30) e ID., *Die Krisis der Staatslehre* (1926), tr. it. di P. Pasquino e G. Silvestrini, *La crisi della dottrina dello Stato*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 31-66.

¹⁴ G. AZZARITI, *Per un diritto costituzionale «normativo»*, cit., p. 17. I criteri di metodo, per ciò che riguarda la riflessione scientifica costituzionalistica, osserva infatti l'A., possono essere comunemente condivisi proprio a condizione di essere «stipulativamente definiti» e, quindi, di non essere ontologicamente «pre-supposti». In caso contrario si sosterrebbe una «pretesa (...) impossibile per una scienza come la nostra, che è sociale e storicamente determinata, non invece "esatta" e assiomaticamente vera», pp. 16-17.

in cui il conflitto tra chi ha e chi non ha potere (economico, sociale, politico, mediatico) si trasforma, attraverso la mediazione del giurista, nella fissità di presunte forme tecniche, “naturali” e “oggettive”, di vita sociale¹⁵.

¹⁵ Parla di «zone grigie» e «informali» quale caratteristica saliente degli ordinamenti giuridici odierni S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, p. 49: il «mondo ultrastatale» in cui viviamo «opera in modo diverso dagli Stati perché non è monopolistico: non vi è un solo soggetto, non vi è un “*global government*”, anche se c’è una “*global governance*”. Provoca un aumento del numero dei produttori di diritto. Diffonde “*soft law*”, nel senso che esso è spesso negoziato e nel senso che non si impone con formule rigide. Ha come risultato la perdita di completezza, di sistematicità e di unitarietà degli ordinamenti giuridici, a favore della informalità e dello sviluppo di zone grigie. Disaggrega gli Stati, nel senso che gli organi interni specializzati stabiliscono relazioni con gli organi similari di altri Stati, superando e rompendo il paradigma “*the State-as-a unit*”». L’idea di un diritto costituzionale quale «patto-processo che, pur avendo un nocciolo fermo, viene continuamente negoziato nel suo attuarsi e nel suo alone», una sorta di «ipertesto di un testo di rango superiore» si ritrova compiutamente delineata in A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 111. «Il pluralismo», secondo l’autore, «si traduce», ora, «in una struttura o vocazione alla negoziazione; è manifestazione di un sistema in cui tutto si negozia in continuazione, in una crescente crisi della rappresentanza sia nella sua essenza come nella sua prassi. La quale porta a pretese crescenti di partecipazione diretta ai processi decisionali e a un loro incremento, per cui ogni tavolo diventa luogo di negoziato, ogni operatore negoziatore, mentre ogni distinzione di rappresentanza di delega viene discussa, contestata, non seguita. Tutto tende a diventare centro non vi è: “mezzo né circonferenza, ma, se vuoi, in tutto è mezzo ed in ogni punto si può prendere parte di qualche circonferenza a rispetto di qualche altro mezzo e centro”. Non c’è centro, perché il centro altro non è se non i valori dominanti», pp. 111-112. La necessaria metamorfosi del diritto costituzionale da diritto “normativo” fatto di tempi lunghi e procedimenti equilibrati a diritto «consegnato a un divenire continuo» viene descritta da M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 73 ss. Sulla contrattualizzazione permanente che caratterizzerebbe il diritto costituzionale «postmoderno» si rinvia, altresì, a E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001, partic. pp. 55 ss. In questo contesto il diritto costituzionale come «recipiente naturale» o «contenitore neutrale» di tali continue negoziazioni viene teorizzato dalla stessa M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 76 e da N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 49 ss. Quest’ultimo considera opportuno, sempre in quest’ottica, sostenere la «neutralità contenutistica» del diritto post-statale, basato su quei congegni produttivi di norme che egli definisce «*nomodotti*»: «I canali delle procedure – questi che potremmo chiamare *nomo-dotti*, poiché conducono le volontà dalla proposizione alla posizione di norme – sono *pronti a ricevere qualsiasi contenuto*. Ogni ipotesi può scorrere in essi; la disponibilità ad accogliere qualsiasi contenuto è indifferenza verso tutti i contenuti. Non ci sono contenuti inammissibili, rispetto ai quali la procedura si rifiuta di funzionare (anche vincoli, derivanti da norme “superiori”, costituzionali o internazionali, sono vincoli normativi, e perciò esposti ai mutamenti della volontà umana). Se il meccanismo si inceppa, e non funziona più – ad esempio, per un colpo di Stato, che sopprime le assemblee elettive –, questo significa che alla

Come si vedrà, questa impostazione integra e, si può dire, completa quella concezione della costituzione, per la quale si ritiene ormai pacifico parlare di una «prescrittività diffusa» dei principi e dei valori costituzionali in tutti gli ambiti dell'ordinamento¹⁶. Ciò sulla base di un ragionamento che, contrapponendo meccanicamente un modello costituzionale sovranista-statalistico-autoritario a un modello costituzionale consensualista-pluralistico-reticolare, ritiene di poter risolvere la questione della concentrazione del potere e delle sue limitazioni esaltando, in astratto, il nesso tra la visione assiologica dei diritti e l'efficacia dello strumentario giudiziale e contrattual-privatistico necessario a garantirli in quanto pretese uniche e universali dei singoli¹⁷.

vecchia subentrerà una nuova procedura», N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 45-46.

¹⁶ Così O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 300. Per tale concezione della costituzione cfr., tra gli altri, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit.; ID., *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in ID. (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 19 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto* (1996), ora in ID., *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 9 ss.; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1998, pp. 1 ss.; ID., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 4, 2000, pp. 567 ss.; ID., *Introduzione*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali*, cit., pp. 3-15.

¹⁷ Si pensi ad alcuni passaggi fondamentali delle costruzioni teoriche di Rawls e di Dworkin, i cui lavori, ormai, sono diventati patrimonio comune della stessa riflessione costituzionalistica, e sono alla base di molte proposte teoriche convergenti sull'idea della costituzione-dei-diritti o della costituzione-dei-principi. Senza pretesa di dar conto, anche solo per pochissimi flash, dei complessi sistemi filosofici messi a punto negli anni dai due illustri autori, è possibile, tuttavia, rilevare come entrambi gli studiosi si affidino, nella loro descrizione del momento di legittimazione del diritto e del rapporto di questo con le strutture fondamentali della società, a meccanismi teorici altamente «astratti», sostanzialmente «metafisici», di fatto «irrealistici» (sono gli aggettivi che lo stesso J. RAWLS utilizza in *Political Liberalism* (1993), tr. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, pp. 5-6-16, per definire alcuni aspetti essenziali della sua Teoria della giustizia). Per Rawls, tra i tanti esempi che si potrebbero fare, basti riflettere sullo stesso concetto di «posizione originaria» («*original position*»), pensata come «il punto di vista dal quale dei Sé noumenici guardano al mondo» (ID., *A Theory of Justice* (1971), tr. it. di U. Santini, revisione e a cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 219, ma si veda l'intero par. 40, in cui l'autore presenta l'interpretazione kantiana della giustizia come equità). Per Dworkin, invece, basti pensare al suo giudice-filosofo, quel giurista «di capacità, cultura, pazienza e ingegno sovrumani», il cui nome è Ercole (R. DWORKIN, *Ta-*

Sembra, allora, che, al giurista, il nuovo contesto storico e sociale riservi la seguente alternativa (peraltro solo apparente perché le due visioni convivono senza particolari attriti): accettare i lati più scabrosi di un nuovo modo di specificare i rapporti sociali, condizionato dalle tecniche di produzione e da un nuovo modello di sviluppo della società (diseguaglianze economiche, asimmetrie partecipative, la rinuncia a poter esercitare pienamente alcuni fondamentali diritti sociali, ecc.) in nome di un sano “realismo” politico e sociale, spostando, contemporaneamente, il baricentro della discuss-

king Rights Seriously (1977), tr. it. di F. Oriana, a cura di G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, p. 203), una figura ipotetica che consente all'autore di dimostrare l'intreccio tra teoria dei diritti e pratica giudiziale, tra «morale istituzionale» e «convinzioni personali». Sullo stesso piano, sia pure all'interno di una tradizione di pensiero profondamente diversa, si collocano le proposte teoriche dell'ultimo Habermas, il cui “agire comunicativo” – imperniato sulla valorizzazione del “principio del discorso” inteso come principio di legittimazione di istituzioni e convenzioni – rileva, ad un'indagine più approfondita, una certa ambiguità o, comunque, una certa indeterminatezza, potendo rappresentare, nello stesso momento, sia lo sfondo teorico per un modello astratto di giustizia, fondato sul rispetto formale delle regole del gioco, sia un modello di giustizia funzionale al consenso politico, fondato su una reciprocità esclusivamente “interna” alla comunità argomentativa, e – solo nell'ipotesi più ottimistica – anche lo sfondo ideale per una teoria della giustizia fondata sulla comunicazione autentica. Anche in questo caso, come nelle speculazioni rawlsiane e dworkiniane, la condizione di validità delle norme sembra dipendere dalla possibilità, come osserva lucidamente A. PUNZI, *Discorso patto diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 303-304 «che tutti i membri della comunità possano idealmente prendere la parola, o, comunque, che nel discorso i rappresentanti prendano in considerazione ‘avvocatoriamente’ gli interessi di tutti i coinvolti. Ma è, questa una garanzia sufficiente dell'obbligatorietà delle norme? In che modo viene garantito che nel processo di fondazione le istanze degli assenti vengano contemplate in maniera adeguata? Possono i diritti di ciascun individuo essere anticipati da terzi in termini astratti e sotto forma di meri interessi? Che lo Stato di diritto democratico trovi una delle sue condizioni di possibilità nell'articolazione del discorso pubblico è indubbio: ma ciò è sufficiente per considerarlo fondato in termini di ragione? (...) È a partire dalle diverse risposte a queste domande che si divaricano i due modelli di un *diritto fondato sull'intersoggettività discorsiva*, che incide come principio di selezione dei contenuti della volontà, e un *diritto ridotto a procedura discorsiva*, a supporto formale per la formazione della ‘volontà dei molti’ incapace di incidere normativamente sulle decisioni. Se ingabbiato in questo secondo modello, infatti, il diritto verrebbe ridotto a tecnica, a procedura di risoluzione dei conflitti, a strumento artificiale per la realizzazione della pace sociale, a somma di regole del gioco per l'articolazione di un, non meglio precisato, discorso pubblico. Un diritto inteso riduzionisticamente come procedura discorsiva, può svolgere anche solo la funzione di neutralizzazione del conflitto, di istituzione di un ordine formale finalizzato a canalizzare il disordine nelle procedure precostituite e ‘certe’ del sistema».

sione scientifica sulla tenuta meramente formale e «interstiziale»¹⁸ delle categorie giuridiche; oppure, considerare, idealisticamente, tali conseguenze come il prodotto evolutivo necessario di un percorso di perfezionamento della struttura sociale, un percorso di liberazione progressiva da forme «autoritarie» di potere (lo Stato e i suoi apparati, l'ideologia partitica, la programmazione e la pianificazione economica, la legge fatta dal Parlamento, ecc., insomma tutti i «miti negativi» del diritto pubblico postmoderno)¹⁹ a forme libertarie di espressione individuale e collettiva che lascerebbero in-

¹⁸ Scrive G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., pp. 11-12, in riferimento alla crisi dei sistemi giuridici e alle esigenze di ricostruzioni teoriche generali: «La crisi permanente e pervadente sembra aver travolto, oltre i grandi impianti teorici e la sistematica, anche la possibilità di discussione su certe questioni. La scelta dei temi si è andata di conseguenza modificando. La letteratura giuridica è sempre più letteratura interstiziale; il frammentarsi delle conoscenze, l'incertezza del diritto sollecitano analisi più puntuali su temi più particolari. Nulla – o poco – concorre ad alzare il profilo. Solo solide fondamenta permettono costruzioni complesse e d'insieme, la scienza sulle palafitte è – strutturalmente – in equilibrio instabile. Ma, il fio pagato è rappresentato dal moltiplicarsi di opere capziose o inutili».

¹⁹ Parla, in questo senso, di «declino della mitologia giuridica post-illuministica» P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano Giuffrè, 2001, qui p. 75. L'illustre Autore esalta l'ordine giuridico medievale come paradigma del nuovo diritto postmoderno e postilluministico, individuandone i tratti essenziali in un universo caratterizzato da un potere politico incompiuto, pp. 19-21. Non è un caso, come insegna S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1946), Milano, Giuffrè, 1983, p. 129, che la mitologia giuridica (la quale si compone di «fonti e manifestazioni diverse» e può avere origine popolare o dottrinale) assuma consistenza durante i periodi di forti cambiamenti, «nei quali si tenta di abbattere gli ordinamenti vigenti sostituendoli con dei nuovi». In questi periodi, «ha naturalmente scarsa importanza la realtà giuridica, nel senso che si è definito, cioè il complesso dei principi, delle ideologie e delle concezioni che stanno alla base del “*ius conditum*”, e invece vengono in prima linea le ideologie che combattono per informare di sé il “*ius condendum*”. È allora perfettamente naturale che si trovino l'una di fronte all'altra diverse ed opposte concezioni, alle quali la lotta conferisce il carattere della fede e la forma immaginosa del mito». La lotta per la scienza del diritto si alimenta proprio di mitologie giuridiche. Esiste, forse, anche l'idea mitica di un potere reticolare come potere addomesticato e parcellizzato e, perciò, democratico, da contrapporre a un'idea, altrettanto mitica, di un potere centralizzato, statalizzato, assoluto e monodirezionale, e, perciò, tirannico. Verrebbe da chiedersi: per quanto è possibile, che senso ha parlare di Stato in astratto, privandolo di qualificazioni concrete che ne indichino la reale e ideale natura (assoluto, democratico, di diritto, sociale, costituzionale?), e, dall'altro lato, quali sono le conseguenze più evidenti del volersi riferire, altrettanto astrattamente, alla Società, quale luogo indistinto (quasi mistico) di tutto ciò che viene, idealisticamente, “dal basso”, e che, automaticamente, assume le vesti di una non meglio precisata democrazia diretta?

travedere «nuovi orizzonti normativi»²⁰, transterritoriali e multilocali per definizione, intrinsecamente “democratici” perché congegnati come strumenti di scambio economico e di azione politica formalmente paritari (sono i “miti positivi” della *lex mercatoria*, del precedente di *common law*, del contratto, dell’analisi economica del diritto, della *governance*, ecc.).

Ciò che resta forzatamente fuori da questa alternativa, o, che viene, per così dire, diluito nella strana mistura ideologica composta dalla contestazione anarco-individualista dell’organizzazione istituzionale democratico-rappresentativa e dal ripristino di forme pubbliche e private di rigidità e di esclusione sociale – ripristino legato a un’idea pre-giuridica del conflitto sociale –, è il rapporto essenziale (questo sì vissuto deterministicamente) tra questo nuovo paradigma di ristrutturazione della società, metaforizzato e sublimato nel modello esplicativo «orizzontale» della «rete»²¹, e le forze

²⁰ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 44.

²¹ La metafora della “rete” per descrivere gli attuali processi sociali, politici ed economici è ormai un luogo comune. Non di rado essa si accompagna all’immagine, altrettanto diffusa, della «società orizzontale», su cui, per tutti, L.M. FRIEDMAN, *The Horizontal Society* (1999), tr. it. di G. Pino, *La società orizzontale*, Bologna, il Mulino, 2002. Come scrive G. PINO, nella *Presentazione* all’edizione italiana del libro, p. 15: «Il tratto fondamentale della società contemporanea, nell’analisi di Friedman, è il suo carattere orizzontale: si tratta infatti di una società in cui le concezioni tradizionali (verticali, ossia frutto di un ordine quasi deterministico e non modificabile dal singolo individuo) dei rapporti personali, familiari, sociali, politici, si dissolvono o si indeboliscono nettamente, a favore di una rete di rapporti orizzontali, nei quali è determinante il fattore (spesso solo apparente) della scelta. Gli esempi del passaggio dalla società verticale a quella orizzontale sono innumerevoli, e Friedman si cura di recuperarne dagli ambiti più diversi della vita contemporanea: dalla scelta del coniuge (cosa che include ovviamente anche la scelta di mantenere o meno il vincolo coniugale) a quella degli amici, dei governanti, del luogo in cui vivere, della “nazione” in cui riconoscersi, dell’identità personale, sessuale o politica con la quale ci si offre al mercato delle relazioni sociali. Per ognuno di questi settori della vita sociale (e per molti altri ancora), la moderna società orizzontale sembra mettere a disposizione degli individui una possibilità di scelta più o meno ampia; la scelta, come abbiamo detto, è spesso solo apparente, ma anche questa apparenza ha rilevanti effetti sociali». Utilizzano, in sociologia, il concetto di “rete” per descrivere la forma assunta dalla società contemporanea nei diversi ambiti relazionali, tra gli altri, M. GRANOVETTER, *Economic action and social structure: the problem of embeddedness*, in *American Journal of Sociology*, n. 49, 1985, pp. 323-334; M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society* (1996), tr. it. di L. Turchet, *La nascita della società in rete*, Milano, Egea, 2000; T. BOERZEL, *Le reti di attori pubblici e privati nella regolazione europea*, in *Stato e mercato*, 1998, pp. 389 ss. Tra i giuristi la configurazione dell’ordinamento giuridico nei termini di sistema o forma «a rete» è stata sostenuta, tra gli altri, da S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni industriali*, in *Foro italiano*, 1996, V, cc. 7 ss., ora anche in ID., *La*

politiche, economiche e sociali, dotate dei mezzi concreti per plasmarlo storicamente, mediante un aggiornamento dei rapporti sociali di produzione e una riorganizzazione, sul piano istituzionale, delle forme del potere pubblico e privato. Riguardando, questa esclusione, proprio le premesse analitiche e di sistema, da cui derivò la «codificazione costituzionale»²² che chiuse i conti con la seconda guerra mondiale.

3. *Il mutamento sociale e la sua retroazione sul sistema costituzionale*

Il diritto costituzionale, in quanto «scienza della realtà», oltre che «scienza della cultura»²³, ha dovuto prendere atto dell'affermarsi, soprattutto a

crisi dello Stato, cit., pp. 21 ss.; ID., *Le reti come figura organizzatoria della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 21 ss.; A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., spec. pp. 92 ss.; P. PINNA, *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 97 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., pp. 304 ss.; R. TONIATTI, *Il regionalismo relazionale e il governo delle reti: primi spunti ricostruttivi*, in S. GAMBINO (a cura di), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, pp. 167 ss.; E. SCODITTI, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV, n. 1, 2004, pp. 189 ss., ora anche in AA.VV., *Europa: il momento costituzionale*, Padova, Cedam, 2004, pp. 117 ss.

²² Così V. ANGIOLINI, *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza*, cit., pp. 108 e 109. Ma sul punto si legga l'introduzione e la parte finale del primo capitolo di ID., *Costituente e costituito*, cit., rispettivamente pp. 1-20 e 57-68.

²³ Si tratta di una distinzione risalente. Per H. HELLER, *Staatslehre*, cit., l'approccio al diritto pubblico e, in particolare a una dottrina dello Stato, equivale a comprendere e descrivere un costrutto complesso definibile attraverso il connubio metodologico di «scienza della cultura» e «scienza della realtà». La prima si distingue dalle «scienze della natura», in quanto il fattore «cultura» «è nell'uomo e solo nell'uomo», per cui le «trasformazioni naturali» possono venire comprese solo in quanto «espressione e segno di un'attività umana rivolta ad un fine» (p. 66), lo «spirito oggettivo è reale soltanto come spirito soggettivo e non ha esistenza al di fuori di una esperienza psichica reale e di un comprendere specificamente umano» (p. 73). La seconda, a sua volta, si differenzia dalla mera «scienza del senso», la quale, da parte sua, «isola il contenuto significativo o senso ed indaga la connessione di senso nella sua autonomia, senza relazione, per quanto possibile, alla concretizzazione effettiva» (p. 81). Scrive Heller: «Compito della dottrina dello Stato è l'indagine dello Stato in quanto realtà. Se essa ha lo Stato ad oggetto dovrebbe essere implicito che non può semplicemente riferirsi ad una connessione di senso che giunge a manifestarsi nello Stato o a un contesto emotivo o, ad esempio, soltanto alle cause psichiche dell'agire statale: essa deve piuttosto consistere nella comprensione dello Stato come *processo formativo rea-*

partire dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, di un nuovo modo di intendere e di concepire la struttura della società. Le teorie sociologiche più attente concordano nell'individuare il nucleo duro di tale cambiamento nell'imporsi di una duplice grande trasformazione: quella relativa a un nuovo livello di sviluppo tecnologico, di tipo prettamente informazionale e comunicativo e quella attinente a un nuovo modo di produzione imperniato sullo sfruttamento del *know how* messo a disposizione dagli strumenti tecnici più avanzati e sofisticati elaborati all'interno di quel modello di sviluppo, in grado di guidare il capitalismo verso una nuova fase di produzione e di accumulazione, sinteticamente definita "post-industriale"²⁴.

«Verso la fine del II millennio dell'era cristiana numerosi eventi di portata storica trasformarono il panorama sociale della vita umana. Una rivoluzione tecnologica, incentrata sulle tecnologie dell'informazione, cominciò a ridefinire, a rapidi passi, la base materiale della società. Le economie di tutto il mondo divennero globalmente interdipendenti, introducendo un nuovo tipo di relazione tra economia, stato e società, in un sistema a geometria variabile. (...) Lo stesso capitalismo ha subito un processo di ristrutturazione profonda, caratterizzato da maggiore flessibilità nella gestione, decentralizzazione e interconnessione delle aziende sia internamente sia nei rapporti con altre imprese, considerevole rafforzamento del capitale rispetto al lavoro, con il concomitante declino dell'influenza del movimento sindacale, crescente individualizzazione e diversificazione dei rapporti lavorativi, massiccio inserimento delle donne nella forza lavoro retribuita, di solito a condizioni discriminatorie, intervento dello stato per la liberalizzazione selettiva dei mercati e per il restringimento del *welfare state*, con

le. Essa è dunque scienza sociologica della realtà e non scienza del senso o dello spirito (...). Nella dottrina dello Stato che è parte della scienza della realtà il senso viene compreso a partire dal nesso reale; nella scienza giuridica, parte, invece, delle scienze del senso, quest'ultimo viene compreso a partire dalla connessione di senso. Chi vuole appurare scientificamente il senso dello Stato deve, in definitiva, imbattersi sempre in un comportamento umano reale e nelle sue finalità (...). Se vogliamo determinare il senso dello Stato reale, non ci basterà un'intuitiva visione dell'ente nel regno ideale delle unità significanti, né alcun'altra comprensione pura del senso. La totalità che soltanto dà accesso alla comprensione del senso dello Stato dal punto di vista delle scienze della realtà è la *reale convivenza umana*, "la produzione e la riproduzione della vita reale". Per un'osservazione non metafisica, il senso dello Stato può risiedere soltanto nella sua funzione sociale, ossia nel compito che esso deve realizzare nell'ambito d'attività sociale come "fattore", come un'unità d'azione. "Comprendere" questo senso non vuol dire altro che "spiegare" lo Stato a partire dal contesto sociale complessivo nel quale esso ha esistenza» (pp. 81-83, corsivi aggiunti).

²⁴ M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, cit., e ivi la bibliografia riportata.

orientamenti e intensità differenti a seconda della natura delle forze politiche e delle istituzioni di ciascuna società, aumento della competizione economica globale, in un contesto di crescente differenziazione geografica e culturale delle condizioni per l'accumulazione e la gestione del capitale»²⁵. L'interazione tra nuovo «modo di sviluppo» (che Castells definisce “informazionalismo” per indicare un nuovo assetto tecnologico successivo a quello raggiunto durante l’“industrialismo” e in cui, stavolta, la «fonte della produttività risiede nella tecnologia della generazione del sapere, dell’elaborazione delle informazioni e della comunicazione simbolica», laddove «è il perseguimento continuo di conoscenza e di informazione che caratterizza la funzione di produzione tecnologica»²⁶ e un nuovo «modo di produzione» (che Castells definisce “capitalismo informazionale”, i cui elementi centrali hanno la capacità istituzionale, organizzativa e tecnologica di funzionare come una unità in tempo reale su scala planetaria, in modo da sfruttare la gestione della conoscenza e l’elaborazione dell’informazione per aumentare a dismisura le *performance* delle organizzazioni che operano nell’economia globale²⁷, sinteticamente definito paradigma “informazionale”, nato e affermato dopo la crisi del modello keynesiano di crescita capitalistica alla fine degli anni ’70 del novecento, ha perciò cambiato il volto dei processi centrali di generazione della conoscenza, della produttività economica, del potere politico/militare, dei mezzi di comunicazione proprio in virtù della connessione di tali processi a reti globali di ricchezza, potere e simboli operanti secondo tale logica. Dunque, conclude l’autore, si può affermare che, oggi, «il capitalismo e l’informazionalismo (...) influenzano tutte le società, e molte di esse (certamente le società principali) sono già informazionali, anche se in forme differenti, in contesti diversi e con espressioni culturali e istituzionali peculiari»²⁸.

Questa mutazione ha rappresentato, in un certo momento, il punto di partenza per giustificare, sul piano prettamente politico e più ampiamente culturale, un diverso corso storico nel modo stesso di intendere la costituzione, fino a giungere alla compiuta teorizzazione di un ribaltamento delle priorità sociali e delle esigenze primarie di convivenza politica ed economica. E, di conseguenza, per decretare il diverso valore prescrittivo e con-

²⁵ *Ibidem*, pp. 1-2.

²⁶ *Ibidem*, pp. 17-18.

²⁷ *Ibidem*, pp. 19 ss. e 178 ss.

²⁸ *Ibidem*, pp. 21-22.

formativo da assegnare ai possibili ambiti di normazione e di disciplina dei rapporti sociali ed economici²⁹.

È ormai da tempo, in questo senso, che certa letteratura giuridico-sociologica rimarca la “crisi” del diritto normativamente stabilizzato all’interno delle società complesse, rovesciando, nel suo opposto, la progettualità conformatrice propria del contratto sociale, del patto costituzionale. «La questione non è dunque», è stato scritto, «se il diritto possa assumere esso stesso la funzione di programmazione e di guida programmata del comportamento, ma è la seguente: come il diritto possa essere adeguato al fatto che queste funzioni devono essere svolte in misura crescente in altri ambiti della società»³⁰. Partendo dall’assunto olistico dell’esistenza di una rinnovata «società mondiale», frutto della «comunicazione universale», queste teorie individuano con esattezza i nuovi ambiti, teorici e pratici, deputati a guidare le trasformazioni evolutive in corso, ambiti espressivi di un nuovo «primato sociale», di una ritrovata egemonia: i «settori» «economico» e «scientifico». Per questo motivo, «le acquisizioni che determinano la collo-

²⁹ È, questo, un ribaltamento di prospettiva più volte denunciato da quella dottrina costituzionalistica attenta a percepire i mutamenti in atto in termini di discontinuità strutturale e storica delle nuove forme di evoluzione politica, economica e sociale rispetto ai doveri di eguaglianza sostanziale, di ripartizione equa dei mezzi di sussistenza e di effettività dei diritti politici e sociali, richiamati e costituzionalizzati nelle Carte del secondo dopoguerra. Dottrina che ha guardato con preoccupazione, ma con altrettanta lucidità di analisi, ai processi sovranazionali e globali di ristrutturazione dei rapporti concreti di convivenza politica e sociale, indagando, nello specifico, il rapporto tra mutamento dei modi di produzione e di accumulazione del capitale e categorie costituzionali. Si vedano in proposito, a titolo meramente esemplificativo, gli scritti di M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 ss.; G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002; G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 657 ss.; M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica: democrazia d’indirizzo versus democrazia d’investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, cit., pp. 633 ss.; F. BILANCIA, *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, cit., pp. 603 ss.; M. RUOTOLO, *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, “Vincoli” alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 377ss.; ID., *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 140 ss.; L. RONCHETTI, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 99 ss.

³⁰ N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981), tr. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia del diritto e alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 96.

cazione e il potenziale di sviluppo della società contemporanea non possono più essere celebrate come costituzione politico-giuridica della società, come era ovvio che fosse per la tradizione vetero-europea, per Aristotele e poi ancora per Hobbes»³¹.

Questa rivoluzione sociologica postmoderna ha rotto il legame tra il diritto e il suo principio politico direttivo. Sono il primato sociale dell'economia (un'«economia altamente sviluppata, regolata monetariamente ed internazionalizzata») ³² e del nuovo modello di sviluppo tecnoscientifico a rendere possibile «la democratizzazione della politica e la completa positivizzazione del diritto, poiché entrambe queste acquisizioni presuppongono problemi che hanno carattere strutturante e che vengono anticipati all'esterno del sistema politico»³³. Ciò che importa, perciò, in questa visione delle cose, è mostrare come sia il patto costituzionale in sé ad essere inadeguato ai tempi nuovi. Esso viene considerato alla stregua di un macro-accordo ingombrante, ancora espressione di un complessivo modello di regolazione della società di tipo gerarchico, sia a livello di fonti sia a livello di forme di governo, che occorre, pertanto, rimodulare secondo criteri più snelli di circolarità e interattività nomologica e sistematica. L'idealtipo della società in rete, perennemente interconnessa, fluida, liquida, aperta alle continue innovazioni e mutazioni delle esigenze sociali e culturali, si presta agevolmente a questa operazione di *maquillage*. La sua struttura polimorfa, frattalizzata³⁴, viene configurata come una promettente modalità alternativa di concordia sociale e di produzione del consenso – alternativa alle forme giuridico-politiche costruite dal diritto costituzionale –, volta a soddisfare le aspettative individuali e collettive, facendo leva, da una parte, sulla possibilità di garantire una mediazione rapida e *in tempo reale* tra l'esigenze dei singoli e l'agire delle istituzioni³⁵, e, dall'altra parte, di assicurare un contatto diretto e pari-

³¹ *Ibidem*, p. 58

³² *Ibidem*, p. 144.

³³ *Ibidem*, p. 58.

³⁴ Parla di un ordine frattalico del sistema delle fonti M. PEDRAZZA GORLERO, *L'ordine frattalico delle fonti del diritto*, Padova, Cedam, 2012.

³⁵ Dal punto di vista costituzionale, la necessità di 'saltare' i 'nodi' della rappresentanza in favore di una manipolazione e di una gestione 'diretta' delle istituzioni lascia libero sfogo a forme sempre più diffuse, seppure frammentate dal nuovo ruolo svolto, ad esempio, dai mass media nel coagulo del consenso e della legittimazione politica e sociale, di «democrazia identitaria», il cui nucleo forte non può non rinvenirsi nella perfetta coincidenza tra l'esercizio diretto del potere da parte di alcuni soggetti forti connotati economicamen-

tario tra i diversi nodi (istituzionali, politici, economici, sociali, individuali, collettivi, particolari, generali) di questa rete, di questo *network*.

In questa descrizione, allora, ciò che conta, molto spesso, è quello che non si dice. Importante, cioè, per quelle impostazioni costituzionalistiche, che hanno introiettato quasi come un articolo di fede il teorema della complessità sociale, è insistere sul cambiamento sociale senza trarre le dovute conseguenze in merito ai beneficiari diretti – in termini di accumulazione di quote di potere economico, politico e sociale – di quel cambiamento, di fatto così svuotando di senso e di significato proprio quella funzione di limitazione sostanziale del potere, in ogni sua forma, che costituisce il compito principale del costituzionalismo.

Cambiando la sostanza e la forma del patto sociale, il quale viene ora centrifugato in una miriade complessa di microtransazioni, ciascuna valida ad un certo livello dell'organizzazione istituzionale e sociale a seconda della capacità attrattiva momentanea di questo o quel raggruppamento socioistituzionale (capacità attrattiva generata dalla forza dell'interesse "locale" che si intende soddisfare in quella particolare congiuntura storico-ambientale)³⁶, cambiano anche i fini fondamentali che un diritto costituzionale al passo coi tempi deve essere messo in grado di perseguire e realizzare. Fini che diventano altresì essenziali per giudicare della scientificità dell'ordine del discorso costituzionale.

Sulla base di questa priorità nasce l'esigenza di quello che, con un'efficace quanto inquietante espressione, è stato definito un «diritto costituzionale al presente»³⁷.

È, questo, un modello di diritto costituzionale sottoposto a negoziazione continua, che nasce, per così dire, "dal basso" (molto elastico), perché incentrato sulla potenziale rivendicazione illimitata e a qualsiasi livello istituzionale del nucleo tradizionale dei diritti soggettivi (i "diritti di libertà"), un diritto snello, *soft*, un *mix* tra principi generali per loro natura incom-

te, politicamente e socialmente come blocco dominante e l'obbedienza indiscussa di tali soggetti a un'istanza politica trascendente, vera perché imposta dall'alto. Cfr. sul punto G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Bari-Roma, Laterza, 2005.

³⁶ Pare essere questa la ratio sottesa all'accettazione ordinamentale, sia in ambito europeo che nazionale, del principio filosofico-politico-organizzativo della sussidiarietà, elemento strutturale connettivo cui uniformare i rapporti tra i diversi livelli di governo interni ed esterni agli Stati. Per un'analisi accurata del principio di sussidiarietà, nelle sue diverse implicazioni storiche e dottrinali, si rinvia, per tutti, a I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003.

³⁷ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 65 ss.

più e a “struttura aperta” e soluzioni *ad hoc*, giurisprudenziali, dei singoli casi concreti, attraverso la manipolazione congiunturale di questo o quel principio. Manipolazione legittima in quanto non esplicitamente vietata dalla costituzione, qui limite meramente «esterno ed estremo della legislazione»³⁸, costruito recessivo e liminale rispetto a dinamiche pattizie perfezionatesi settorialmente e autonomamente.

4. *Lo svuotamento delle norme di sistema. L'uso improprio di Kelsen e l'uso proprio di Schmitt*

Uno degli assunti su cui tale visione si regge è quello della necessaria indifferenza delle costituzioni al loro contenuto, al loro aspetto sostanziale. È proprio su questo postulato che è possibile costruire un diritto costituzionale nomodinamico e ultradattivo.

Come ha spiegato Kelsen, infatti, un insieme di norme, un sistema normativo, è «dinamico» soltanto se la norma fondamentale che ne è causa finale di validità non ha contenuto; soltanto se «la norma fondamentale presupposta non contiene altro che l'istituzione di una fattispecie produttiva di norme», più precisamente, solo se contiene la mera «autorizzazione di un'autorità legiferante o, cosa che è poi eguale, una regola che determina come si devono produrre le norme generali ed individuali dell'ordinamento riposante su questa norma fondamentale»³⁹. Dunque, il criterio per stabilire la conformità di una norma a un certo ordinamento, nella teoria pura del diritto, è un criterio eminentemente formale: «una norma appartiene ad un ordinamento riposante su tale norma fondamentale perché la si è prodotta nel modo determinato dalla norma fondamentale e non perché essa ha un certo contenuto»⁴⁰. Da questo presupposto Kelsen desume il nesso necessario tra l'intrinseca dinamicità di un ordinamento giuridico («il sistema normativo che si presenta come ordinamento giuridico ha un carattere essenzialmente dinamico»⁴¹ e il fondamento di validità delle sue

³⁸ M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., p. 538.

³⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, (1960), tr. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 1990, pp. 220-221.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁴¹ *Ibidem*, p. 222.

prescrizioni, per cui: «una norma giuridica non è in vigore per il fatto di avere un certo contenuto, cioè per il fatto che se ne può dedurre il contenuto da una norma fondamentale, secondo una deduzione logica, bensì per il fatto che la si produce in un certo modo, in un modo cioè che, in ultima analisi, è determinato da una norma fondamentale presupposta»⁴². Di qui, la conclusione, per così dire, obbligata: «il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto».

Il legame tra nomodinamica ordinamentale e diritto costituzionale “descrittivo” o, meglio, normativamente descrittivo, in quanto finalizzato a prescrivere l’indifferenza al proprio contenuto, viene oggi considerata, secondo un’autorevole ricostruzione teorica, una delle precondizioni per sdoganare il diritto costituzionale dalla sua persistente inattualità, dalla sua crisi regolativa dei rapporti sociali. È questa la strada seguita, con lucida coerenza argomentativa, da quel filone “realista”, finanche “nichilista”⁴³, della dogmatica giuridica, che ha creduto di riscoprire nella lezione kelseniana alcune potenziali qualità regolative di un diritto che, pur “vuoto” di contenuti e precetti sostanziali, torna a dominare il sociale (e il reale) attraverso una forma sofisticata di virtuosismo tecnico. Non si tratta di un esperimento teorico isolato, ma di uno dei capisaldi dottrinali indispensabili a dar conto di una rinnovata fiducia nel ceto dei giuristi e nella loro capacità di costruire fattispecie in grado di adattarsi con rapidità e prontezza agli interessi e agli scopi dei nuovi gruppi economici e sociali dominanti.

Facendo espressamente proprie le coordinate essenziali del normativismo kelseniano, si è cercato, infatti, di dimostrare come lo svuotamento contenutistico del diritto costituzionale, il suo letterale “sradicamento”

⁴² *Ibidem*, *ivi*.

⁴³ Si veda in proposito l’ultima raccolta di scritti di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004: «Cadute le garanzie di natura o di ragione, il diritto si aggrappa a *principi intra-mondani*: spirito del popolo, unità dei codici, Stato nazionale, ideologie politiche e via seguitando. Ma essi si rivelano per ciò che sono: criteri storici ed effimeri, proiezioni della volontà che ha bisogno di appoggiarsi a qualcosa di ‘vero’ e di stabile. E dopo, allorché queste unità e totalità si disgregano e dissolvono, la volontà rimane ancora solitaria; nessuna voce più risuona dal di fuori, e intorno grava un terribile silenzio, il vuoto agghiacciante dell’universo. (...) Il diritto nasce ormai dalle forze in campo, da rapporti di volontà, affidati a contingenza e casualità. Ogni norma è labile e provvisoria. Viene tratta dal nulla, e può esser ricacciata nel nulla. Il quotidiano e affannoso discorrere, che si fa dai giuristi, di ‘valori’ posti oltre e sopra le volontà, non restituisce un centro, ma piuttosto ne rivela l’incolmabile perdita. Quei ‘valori’ sono collocati in carte costituzionali o dichiarazioni universali, cioè in altri *documenti della volontà umana*, sempre revocabili modificabili violabili» (pp. 23-24, corsivi nel testo).

dalla realtà storica, sociale, economica, insomma concreta e «terrestre», gli consentirebbe di colmare la distanza che ormai lo separa, irrimediabilmente, dagli spazi colonizzati dall'economia globale planetaria e dal progresso scientifico: «poiché tecnica ed economia hanno rotto il vincolo della terra e si protendono al di sopra del suolo, è indispensabile attingere alle virtù dell'artificialità. Il puro normativismo è l'unico strumento a disposizione della volontà regolatrice»⁴⁴. Solo rinunciando al proprio contenuto, sostenendo la possibilità di poter contenere tutto, la norma si rafforza, si artificializza e riesce nuovamente a riacquistare una funzione regolativa, disciplinatoria, nei riguardi di quelli che ormai sono spazi artificiali, rettificati, «non-luoghi». Al giurista, in quest'ottica, per poter assolvere al compito che gli è proprio, «basta» lavorare con le norme, coltivare una forma sana e responsabile di nichilismo giuridico⁴⁵. «Non sta al giurista né di proporre soluzioni del conflitto né di attendere, in dolorosa vigilia, l'aurora del nuovo *nomos*. Egli abita nell'oggi; guarda le cose come accadono, e si prova a ridurle nella razionalità dei propri studi»⁴⁶.

Può essere interessante osservare il modo particolare di porre la questione: i termini di paragone non sono i contenuti scritti delle disposizioni costituzionali nel loro rapporto con le nuove forme giuridiche di legittimazione del potere (*lex mercatoria*, *governance*, ecc.), bensì i frontespizi di due tradizioni culturali usate come antitetici modelli descrittivi: il sostanzialismo autoritario *a là* Schmitt (sangue, *nomos* della terra, nazione) e una certa idea di formalismo procedurale, la democrazia formale, *a là* Kelsen⁴⁷. La disarticolazione del contenuto delle norme di sistema consente, poi, alla medesima teorica di recuperare il decisionismo schmittiano sul piano del realismo politico, per sostenere che ogni assetto democratico è il frutto di una lotta politica già combattuta a monte, mentre tutto quello che vi si costruisce attorno *ex post* altro non è che un modo di declinare giuridicamente la decisione di sistema del vincitore. Insomma la politica è un momento unico, apicale, relegato al vertice “costituente”, “posizionale” dell'ordinamento (è, dunque, fuori di esso, straordinamentale), mentre il resto è tecnica. Per questo risulta poi così facile enfatizzare una costituzione dei diritti e il potere giurisdizionale incaricato di farli valere: manca il progetto

⁴⁴ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 67.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 93.

⁴⁷ Questa contrapposizione occupa tutta la prima parte del libro di Irti, pp. 3-47.

complessivo, la dialettica politica tra conservazione e riforma, l'individuazione degli strumenti concreti per dar corpo a quelle pretese.

Questo primo postulato, sul quale si poggia il «diritto costituzionale al presente», incarna, al di là delle apparenze, una ideologia politica, imponendo al giurista un certo atteggiamento scientifico. Il che ci riporta all'affermazione di base, espressa in apertura di discorso, sulla quale si fonda l'eclettismo contemporaneo: la validità del diritto costituzionale dipenderebbe, in buona sostanza, dalla sua capacità di *riprodurre l'esistente*. E a ciò sarebbe di supporto l'impostazione di teoria del diritto di Kelsen.

È possibile, ora, cominciare a delimitare questa affermazione. Se si torna, infatti, all'impianto originario disegnato da Kelsen, si può osservare come, una volta delineati i tratti essenziali del diritto costituzionale, e, in particolare, la sua coincidenza totale con la nozione di ordinamento giuridico, per il giurista praghese il compito dello scienziato del diritto debba considerarsi sotto una luce particolare. Per Kelsen, una teoria scientifica del diritto «presenta il diritto com'è, senza difenderlo proclamandolo giusto, o condannarlo definendolo ingiusto. Essa ricerca il *diritto reale e possibile*, non quello esatto. In questo senso, essa è una *teoria radicalmente realistica ed empirica*. Essa si rifiuta di valutare il diritto positivo»⁴⁸.

Occorre aggiungere però un ulteriore tassello per completare il quadro e cercare di spiegare l'impiego dello strumentario kelseniano nelle teorie giuglobalizzanti a noi più vicine. Un tassello che meriterebbe ben altro approfondimento, ma che, in questo caso, sarà utile, pur nel suo lapidario apparire, per far emergere un tema ricorrente legato all'affermazione dell'avalutatività della scienza giuridica. Si tratta del rapporto tra validità ed efficacia delle norme all'interno del sistema giuridico. Un rapporto che, se indagato fino in fondo, lascerebbe scoprire l'appiattimento del diritto, così inteso (semplice sistema di norme con funzione descrittiva del diritto vigente), sul potere coercitivo, sul detentore finale della forza coattiva⁴⁹.

⁴⁸ H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 200, p. 13 (corsivi aggiunti). Ma, sul punto, cfr. altresì ID., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, pp. 59-60, nel paragrafo dal titolo «La tendenza antideologica della dottrina pura del diritto», nonché pp. 76 e 148; ID., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 127-128.

⁴⁹ Si tratta di un'obiezione già avanzata da importanti studiosi alla teoria pura del diritto di Kelsen. È sufficiente il rinvio a A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), tr. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001, pp. 50-57; ID., *Directives and Normes* (1968), tr. it. di M. Jori, *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978, pp. 228-

Se, infatti, ci si chiede qual è il criterio per stabilire quale sia la norma fondamentale – che, ricordiamo, è mera norma autorizzatrice, non ha un contenuto, ed è ipotesi logico-giuridica – Kelsen risponde, in ultima istanza, che «il criterio di identificazione di una norma fondamentale è l'efficacia (o "effettività") dell'ordinamento giuridico che su di essa si fonda»⁵⁰. Allora, se è vero che il rapporto di dipendenza della validità dall'efficacia non deve indurre a identificare «la validità dell'ordinamento giuridico con la sua efficacia», è pur vero che questo rapporto – osserva Kelsen – diventa più comprensibile quando lo si identifichi con il rapporto intercorrente «fra diritto e forza»: «e allora la soluzione qui tentata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità che il diritto non può esistere senza forza e che ciò nondimeno non è identico alla forza. Nel senso della teoria qui sviluppata il diritto è un determinato ordinamento (od organizzazione)

231; N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in ID., *Diritto e potere*, Napoli, ESI, 1992, pp. 138-139; ID., *Dal potere al diritto e viceversa* (1982), in ID., *Diritto e potere*, cit., pp. 143, 148-149; R. GUASTINI, *Quattro volti della validità*, in ID., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982, pp. 29-30 e 31-34; E. PATTARO, *Per una critica della dottrina pura*, in ID. (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1982, pp. xxxv-xxxix e lxxvi-lxxx.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 355. In ogni caso, la risposta di Kelsen alla domanda circa il criterio di selezione della norma fondamentale, si può ritrovare, formulata estensivamente, in H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., pp. 100-101. Kelsen, per spiegare il significato della norma fondamentale, fa riferimento al caso in cui «un ordinamento giuridico non viene mutato per via legale, ma viene sostituito con un ordinamento nuovo per mezzo di una rivoluzione»: «in uno stato monarchico un gruppo di uomini tenta, mediante un brusco rovesciamento di porsì al posto del governo legittimo e di cambiare il governo, finora monarchico, in repubblicano. Se ciò riesce, cioè se cessa l'ordinamento antico e comincia ad avere efficacia il nuovo, nel momento in cui l'effettivo comportamento degli uomini (per i quali l'ordinamento ha pretesa di validità) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo, ci si comporta allora con questo come con un ordinamento giuridico, cioè si concepiscono gli atti compiuti in esecuzione di questo come atti giuridici e i fatti che lo ledono come violazione di diritto. Si presuppone allora una nuova norma fondamentale, non più quella che delega come autorità legislatrice il monarca, ma quella che delega invece il regime rivoluzionario. Se al contrario questo tentativo fallisse, perché il nuovo ordinamento istituito rimane inefficace, e non gli corrisponde l'effettivo comportamento dei destinatari delle norme, allora l'atto che si è compiuto non dev'essere considerato come promulgazione di una costituzione, ma come reato di alto tradimento; non come posizione del diritto, ma come violazione del diritto e, beninteso, del vecchio ordinamento la cui validità presuppone la norma fondamentale che delega il monarca come autorità creatrice del diritto», pp. 99-100. Cfr., inoltre, ID., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 118-120; ID., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 59-61, 236-243, 307-308.

della forza»⁵¹; o, detto con altre parole, tra validità ed efficacia della norma «può intercorrere uno stretto rapporto: che cioè un ordinamento coercitivo, il quale si ponga come diritto, può essere considerato valido solo quando sia efficace almeno nelle sue grandi linee. Cioè, la norma fondamentale che rappresenta il fondamento della validità di un ordinamento giuridico, si riferisce solamente ad una costituzione che sia il fondamento di un efficace ordinamento coercitivo»⁵².

Detto questo, però, una cosa è riconoscere che il diritto è condizionato da una forza o da un atto di natura politica che lo pone, altro è la pretesa scientifica di analizzare un ordinamento giuridico a partire dalla sua struttura interna al fine di descriverne il funzionamento.

Questo significa come non si possa fare dell'artificialismo kelseniano – indicato da Irti come tecnica virtuosa di produzione del diritto, in linea con le esigenze di un diritto costituzionale dinamico, che assume valore «proprio nel confronto con la latitudine planetaria dei problemi (economici, biotecnici, ecologici, ecc.)»⁵³, e il cui contenuto mutevole e cangiante viene plasmato in base alle priorità della nuova dimensione globale dell'economia (economia di mercato, libertà di circolazione di merci, capitali, lavoro, spazi senza frontiere interne, tripolarizzazione delle aree monetarie, ecc.) e dall'inarrestabile dominio della tecnica – un uso improprio.

Kelsen, infatti, non ha mai ritenuto che l'indifferenza al contenuto dell'ordinamento giuridico fosse un valore in sé, ma semplicemente che si trattasse di una condizione logica necessaria per poterlo descrivere internamente come sistema doveroso di norme.

È difficile pensare che Kelsen potesse riferirsi a una qualche «potenza dell'artificialità» o a un uso della propria teoria del diritto per estrarne un'«energia artificiale», capace di scomporre i rapporti giuridici in «cose mobili e immobili, in beni materiali e immateriali»⁵⁴.

Non è casuale, infatti, che questa teorica sia costretta a passare poi al lessico e alla logica schmittiane per fornire le prove della legittimità interna a questo ordinamento-nomodotto, in cui il sistema politico è confinato in un'origine lontana, di fatto decisionistica, a suo modo autoritaria. «L'indifferenza

⁵¹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., pp. 101-102.

⁵² H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 59-60.

⁵³ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., p. 94.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

contenutistica», infatti, non manca, appunto a suo modo, di dare conto della «lotta politica, che si svolge intorno al potere normativo. Ciascun partito o ideologia aspira a versarvi il proprio contenuto. La politicità della norma sta a designare i conflitti per il potere, il fronteggiarsi di proposte di contenuto, il vincere dell'una e il soccombere dell'altra»⁵⁵. Dunque, il “politico”, in questa descrizione è, si potrebbe dire, l'esito “secco” di un confronto amico-nemico che, prevede, alla fine, un unico vincitore. E, rispetto al quale esito, la funzione del giurista di «intermediario» «tra il diritto prodotto nell'agone politico e la società»⁵⁶ perde di senso, se non nella limitata veste di consigliere del principe. La norma è, perciò, politica nella misura in cui «si ritrova per intero *nella volontà di posizione*».

5. *L'eternità assiologica della costituzione-dei-diritti come forma contemporanea dell'eternità ordinamentale*

Quando si è trattato, all'interno della scienza costituzionalistica, di fare il punto sul metodo del diritto costituzionale, ponendo l'accento sulla necessità di un «rinnovamento metodico e teorico-dogmatico», si è assunto esplicitamente un fatto storico, la caduta del muro di Berlino (il crollo dei regimi “a socialismo reale”), come spartiacque tra il “vecchio” e il “nuovo”. Un evento che avrebbe prodotto «un profondo mutamento nella struttura e nei contenuti delle Carte costituzionali»⁵⁷.

In verità, è stato osservato, si sarebbe trattato, a ben vedere, solo dell'atto terminale e più eclatante di un più ampio processo storico, iniziato – nella parte occidentale del continente europeo – con l'instaurazione, dopo la seconda guerra mondiale, di una tipologia diffusa, pressoché unica, di ordinamento «liberal-democratico» all'interno delle democrazie postbelliche. Un processo che si sarebbe concluso, con una «brusca accelerazione» nel finale, dopo il collasso del regime sovietico e dei suoi paesi-satellite⁵⁸.

La tesi in questione sostiene, contemporaneamente, due assunti in con-

⁵⁵ N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., pp. 50-51.

⁵⁶ V. ANGIOLINI, *Intervento*, cit., p. 107.

⁵⁷ A. RUGGERI, *Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti*, cit., p. 65.

⁵⁸ *Ibidem*, ivi. Cfr. altresì A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., p. 74.

traddizione fra di loro. E cioè: il fatto che quell'evento storico fosse il naturale compimento (la controprova fattuale) di un certo modo di intendere l'organizzazione politica, economica e sociale costituzionalmente prefigurata nelle Carte fondamentali del secondo dopoguerra; e il fatto che quello stesso evento abbia rappresentato un fattore di discontinuità rilevante rispetto a un certo modo di intendere la costituzione e le sue disposizioni.

Tale contraddizione avrebbe potuto essere sciolta ammettendo, da un lato, che il modello prefigurato nelle Carte del secondo dopoguerra non era affatto quello liberal-democratico, bensì quello "sociale" e "democratico", di cui la costituzione italiana rappresentava una delle punte più avanzate⁵⁹; e, dall'altro lato, che quella discontinuità non era il frutto della Storia, intesa come generico «susseguirsi oggettivo di cambiamenti nella durata»⁶⁰, ma di una scelta sociale storicamente determinata e culturalmente orientata anche attraverso l'opera dei giuristi.

L'operazione compiuta, tuttavia, è stata quella di non risolvere tale contraddizione, tracciando invece, nella concezione della costituzione, una li-

⁵⁹ «Un progetto di democrazia sociale», ha scritto L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 2004, pp. 906-907, «è (...) tutt'uno con quello di uno stato sociale di diritto: esso consiste nell'espansione dei diritti dei cittadini e correlativamente dei doveri dello stato, o se si vuole nella massimizzazione delle libertà e delle aspettative e nella minimizzazione dei poteri. Con una formula sommaria possiamo raffigurare un siffatto ordinamento come *stato liberale minimo* e insieme come *stato sociale massimo*: stato (e diritto) minimo nella sfera penale, grazie alla minimizzazione delle restrizioni delle libertà dei cittadini e alla correlativa estensione dei divieti imposti alle sue attività repressive; stato (e diritto) massimo nella sfera sociale, grazie alla massimizzazione delle aspettative materiali dei cittadini e alla correlativa espansione degli obblighi pubblici di soddisfarli». Occorre, dunque, uscire dall'indeterminatezza delle formule "liberali" per cogliere appieno la portata innovativa delle costituzioni del secondo dopoguerra: «Così, a mo' d'esempio, mentre può risultare ambigua e produttrice di divisione, anziché d'integrazione, l'uso della indeterminata – sebbene tante volte invocata, nei più diversi e controversi contesti "dignità umana", diverso è il senso e il valore di quella "dignità sociale" che si pone a base, nel nostro ordinamento costituzionale, del principio di eguaglianza; in fondo anche la "giustizia" appare espressione generica ed ambiguamente strumentale (si pensi alla dissimulazione legittimante contenuta nelle frequenti esaltazioni delle guerre "giuste"), certamente diverso il principio di giustizia, quando esso assume i connotati della specifica "giustizia sociale", così come concretamente definita nell'ambito del nostro sistema costituzionale», G. AZZARITI, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica – Atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 891-892.

⁶⁰ M. BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (1993), tr. it. di G. Gouthier, *Apologia della storia*, Torino, Einaudi, 1998, p. 21: secondo l'autore è questa la definizione «tradizionalista» della storia.

nea di continuità tra il “prima” e il “dopo” e che permettesse di legittimare, *ex post*, un'idea di organizzazione socio-economico-politica diversa da quella voluta dai costituenti del secondo dopoguerra. È per questo, per trovare legittimazione all'interno di quella stessa costituzione che, prima del crollo del comunismo, sembrava prefigurare una diversa organizzazione della società (di qui il «profondo mutamento nella struttura e nei contenuti delle Carte costituzionali» causato da quell'evento⁶¹), che la nuova organizzazione c.d. «liberal-democratica» doveva apparire come inclusa da sempre nel nucleo più intangibile, più “vero” del dettato costituzionale, il nucleo dei “principi”, dei “diritti” propriamente detti (quelli di “libertà individuale”), o, secondo affini impostazioni, dei “valori” autoreferenzialmente considerati e teorizzati⁶². È per questo che si è reso necessario introdurre una nozione di “costituzione-dei-diritti”⁶³ e si è cominciato a discutere

⁶¹ V. nota iniziale di questo terzo paragrafo.

⁶² Si pensi, ad esempio, al ruolo giocato dalla nozione di «stato di diritto» all'interno del concetto di «stato costituzionale» secondo P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (1995), tr. it. di F. Fiore, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000, p. 99: «nello stato costituzionale, il principio dello *stato di diritto* in tutte le sue forme getta forse il ponte più solido verso l'eterno processo di ricerca della verità». O si pensi al concetto di «costituzione aletica» elaborato da A. SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione*, cit., pp. 69-70, il quale ritiene che, oggi, e sempre di più, sia necessario fare riferimento, nel discorso metodologico, all'idea di una «Costituzione minima», una «Costituzione ideale, quale “parte universale” delle Costituzioni materiali», la quale si compone invariabilmente di alcuni elementi indispensabili a configurare una «costituzione liberaldemocratica».

⁶³ Come si può notare si parla qui di un “costituzionalismo-dei-principi, dei-valori, e dei-diritti”, alla stregua di un unico modello. Non si ignora la circostanza che simili espressioni possono avere significati assai diversi e spesso anche in contrasto fra di loro. Per esempio, chi assume a modello una costituzione-dei-diritti, talvolta potrà ritenere incompatibile con essa proprio una costituzione-dei-valori, stante la potenziale irriducibilità di questi ultimi a posizioni giuridiche effettivamente bilanciabili e scevre da assolutezza assiologica (sul punto, per tutti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992). Non si sottovalutano queste possibili differenze, le quali, peraltro, hanno la possibilità di emergere solo immergendo quelle espressioni all'interno di un preciso contesto storico-politico. Ma ciò che, in questa sede, preme sottolineare è come tali concezioni, soprattutto di questi tempi, abbiano in comune una dominante epistemologica: la rinuncia a trattare dei soggetti portatori delle costituzioni. Trasformando, così, complessivamente, il discorso costituzionale in una *strutturale sovrastruttura* di enunciazioni che si autoreggono e autogiustificano, e che proprio attraverso questa loro specifica dimensione, producono la legittimazione di alcune forze sociali anziché di altre. D'altra parte, come tale approccio all'idea di costituzionalismo ammette, «nei suoi risvolti giuridico-pratici», l'«annosa questione», «relativa alla distinzione tra *valori e principi*», può essere considerata «più nominalistica che di sostanza»: «gli stessi principi di base dell'ordinamento

di un “costituzionalismo-dei-diritti” come di una cesura teorica e metodo-

costituzionale valorizzano ed impoveriscono, allo stesso tempo, i valori fondamentali: da un canto, per il fatto di tradurli in forme giuridicamente significative e di sollecitare processi ulteriori di normazione, li servono ed inverano; da un altro canto, però, possiedono limiti strutturali insuperabili, propri di ogni espressione storicamente e positivamente segnata, mostrandosi perciò non pienamente capaci di rappresentare, a mezzo del linguaggio, la ricchezza, la purezza, il respiro proprio dei valori», A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori*, cit., p. 569, nota 3. Come si vede il rapporto tra ‘valori’ e ‘principi’, in questa autorevole ricostruzione, considera in fin dei conti una *deminutio* la circostanza che questi “assoluti” del diritto costituzionale poggino, nella realtà, su specifici rapporti sociali, politici ed economici. La necessità di preservarne o, semplicemente, di dichiararne la purezza o l’intangibilità, può condurre a sottovalutare i modi della loro effettivo inveramento. In questo quadro, pur variegato, ma fondamentalmente unitario nelle premesse metodologiche, si è tuttavia preferita l’espressione “costituzione-dei-diritti”, in quanto, come scrive M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 71, «oggi giorno sentiamo sempre più frequentemente parlare di “diritti”. Ci troviamo dinanzi a una nuova tendenza: il discorso su valori e principi si presenta come discorso su “diritti”. Per esempio, se si vuole sostenere che avere un’occupazione, un lavoro costituisce un valore da perseguire e uno scopo da raggiungere per la società si dirà probabilmente che si ha un “diritto” al lavoro. Lo stesso vale riguardo ai problemi della difesa ambientale: ci si dice che abbiamo un “diritto” ad un’atmosfera non inquinata, ad un mare pulito, a una frutta non trattata chimicamente e così via. Oppure si propone di attribuire “diritti” a entità che precedentemente erano escluse concettualmente dalla titolarità di questi: agli animali, all’ambiente». Fino a giungere, continua l’autore, (citando qui un passo di *Law’s Empire* di Ronald Dworkin) ad «una concezione libertaria come titolarità di diritti: “Justice is different from other political virtues because it is a matter of entitlement, a matter of what those who will be affected by the acts of individuals or institutions have a right to expect at their hand”». Questa nuova tendenza sarebbe dovuta, prosegue La Torre, ad almeno due ragioni. La prima è che l’idea in sé di diritto soggettivo sarebbe «ormai profondamente radicata nella coscienza morale e politica dell’uomo contemporaneo: egli pone le questioni morali e politiche in termini di diritti, vale a dire nei termini di ciò che si “può” piuttosto che in quelli di ciò che si “deve” fare», p. 72. La seconda ragione, invece, si rinviene nel fatto che sembra assistersi, da qualche tempo, a «un processo di “rimaterializzazione” del diritto», attraverso un proliferare – quantomeno nominalistico – di diverse “generazioni” di diritti, pp. 72-73. In questo contesto è inevitabile che acquistino forza e spessore le “teorie dei diritti” e, fra queste, in particolare, la “tesi dei diritti” di Dworkin. Secondo il filosofo statunitense, infatti, «i diritti individuali sono briscole [trumps] in mano agli individui. Gli individui hanno diritti allorché, per qualche ragione, un fine collettivo non rappresenta una giustificazione sufficiente per negare loro ciò che essi desiderano, come individui, avere o fare, o non rappresenta una giustificazione sufficiente per imporre loro qualche perdita o danno» (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1991, p. XI, cit., in M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 73). Sul “costituzionalismo dei diritti”, peraltro sempre più in auge dopo l’approvazione della Carta di Nizza del 2000 in seno all’Unione europea, si vedano, tra gli altri, G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001; A. MANZELLA, *Dal mercato ai*

logica rispetto agli esiti conflittuali di un costituzionalismo politico e sociale.

Una forma storica di costituzione, quella dei-diritti, fortemente influenzata dall'idea di codificazione costituzionale nordamericana⁶⁴ e che, tuttavia, viene presentata, all'indomani della disfatta finale degli Stati marxisti, come forma transtorica e naturale di organizzazione politica e sociale. Facendo registrare consensi intorno a un nebuloso senso di idealità assoluta, sempre più eticizzante, del *télos* neoliberale.

Lo svolgimento teorico di queste premesse ha portato ad osservare, innanzitutto, che quel processo storico inarrestabile, pur rimettendo in discussione alcune parti delle costituzioni in vigore nell'Europa occidentale, non ne aveva tuttavia travolto «la parte sostantiva», «quella appunto considerata la più qualificante ed espressiva», «ma unicamente la parte dell'organizzazione»: «si dibatte dei *contenuti* (e, peraltro, solo di alcuni relativi ad una sola delle parti costitutive della Carta), senza però che (...) tutti questi dibattiti si facciano sensibilmente impressionare dalla *querelle* in corso relativa alla *struttura* e al *modo di essere* della costituzione»⁶⁵.

Ha cominciato a prendere piede, in quest'ottica, l'idea cardine alla base

diritti, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 29 ss.; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2002; A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, Giuffrè, 2003; P. BILANCIA-E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004; P. BILANCIA-F.G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004; L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004; A. D'ATENA-P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2004; M. ZANICHELLI, *Il discorso sui diritti. Un atlante teorico*, Padova, Cedam, 2004; E. DE MARCO, *Percorsi del "nuovo costituzionalismo"*, Milano, Giuffrè, 2005.

Tra gli autorevoli precursori di questo neo-costituzionalismo-dei-diritti va senz'altro ricordato, ad esempio, C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy. Theory and practice in Europe and America*, Boston, Ginn & Co., 1950.

⁶⁴ Scrive M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 106-107: «Il ruolo sempre più significativo svolto dalle giurisdizioni costituzionali o dalle giurisdizioni che si pronunciano in materie di rilievo costituzionale è ormai un aspetto che ricade sempre più nella lente degli osservatori europei, che così sperimentano una sorta di "americanizzazione" del loro diritto costituzionale, ossia la sua tendenza ad essere "innanzitutto un diritto giudiziario, cioè un diritto detto dal giudice, come diritto composto dalle centinaia di volumi delle sentenze rese dalle corti di giustizia, federali e statali, e unificate alla sommità dalla Corte Suprema degli Stati Uniti"».

⁶⁵ A. RUGGERI, *Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti*, cit., p. 65.

della costituzione-dei-diritti, e cioè che essa dovesse virtuosamente scaturire da un procedimento iniziale (o finale) di *separazione* tra il “corpo dei diritti” e la “forma di governo”. Sulla base di questa iniziale (o finale) “separazione” sarebbe stato successivamente possibile determinare il giusto criterio di giustapposizione fra i due ambiti, consentendo ai due elementi del sistema costituzionale di chiarirsi funzionalmente, secondo una precisa modalità. Si potrebbe dire – usando le stesse parole impiegate da Giovanni Tarello per descrivere l’ideologia politica sottesa al processo di costituzionalizzazione americano (ideologia che si era nutrita di letture settecentesche lockiane relative alla fonte di legittimità del potere politico) – che, all’interno del costituzionalismo-dei-diritti, è presente questo tipo di connessione funzionale: «le dichiarazioni dei diritti sono le liste dei *diritti individuali* che il “governo” non può ledere senza illegittimarsi, e che anzi deve garantire per sempre nuovamente legittimarsi; le forme di governo sono le regole e i modi organizzativi conformandosi ai quali il potere politico *non lede* i diritti individuali, ne assicura ai titolari il godimento pacifico, e così essendo e così facendo si mantiene legittimo»⁶⁶. Sarebbe da non sottovalutare il fatto che una simile impostazione contenga in *nuce* un germe di anarchia e una precisa tendenza “rivoluzionaria”. Se il potere politico e i modi del suo esercizio sono strettamente collegati a diritti fondamentali intesi essenzialmente come libertà dell’individuo (è questo il fondamento transtorico dell’unificato modello ordinamentale “liberal-democratico”), c’è il pericolo incombente che, ogni qualvolta il potere politico leda quei diritti, il contratto sociale sia rimesso in discussione e potenzialmente soggetto a rottura *ad infinitum*. Non è forse questo il senso del martellante richiamo all’inevitabilità «continua» e «interattiva» di una molteplicità di «fatti costituenti» originati da una «normatività fattuale», *à la carte*, frutto di rivendicazioni illimitate dei singoli diritti e di contrattazioni reiterate delle proprie pretese e delle proprie contropartite inalienabili?⁶⁷ Si lotta per negare un potere non per istituirlo, e, proprio in vista di tale funzione «i diritti sono dichiarati nella loro massima latitudine, con le formule più generiche e apodittiche; infatti più sono generiche le formule, più lati sono i diritti, più assolutamente affermati, più è facile riscontrare una loro lesione»⁶⁸.

⁶⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del giuridico*, Bologna il Mulino, 1976, p. 609, corsivi miei.

⁶⁷ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., p. 79.

⁶⁸ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 610.

Emerge così, ripulito dalla Storia, un modello di costituzione ancora più forte, «considerata “lunga” e “per valori”, che, in quanto tale, non è messo in forse»⁶⁹. Un modello di costituzione che, «per mantenere la sua congenita e caratterizzante attitudine alla durata attraverso il tempo» ha la necessità di «volare alto», «contenendosi nella propria portata prescrittiva e, tuttavia, fissando in modo quanto più possibile inaggirabile, talune statuizioni di base (principi e anche qualche *regola*), cui andrebbero poi a saldarsi le statuizioni di fonte comune e le altre ulteriormente date in gradi discendenti»⁷⁰.

Insomma, dopo il verdetto della Storia – che pare aver punito le pretese intrusive delle costituzioni organizzate in modo da implementare l'indirizzo politico-sociale complessivo – assumere come epicentro teorico del dibattito metodologico il concetto di una “costituzione-dei-diritti” ha voluto dire approdare a una nuova concezione della funzione del diritto costituzionale, ha significato perseguire l'intento di «lasciare la Costituzione *sola* coi suoi principi», e «delimitare, conseguentemente, l'area della normazione costituzionale, pur laddove, invece su di essa insistano *interessi*, tanto se afferenti al piano sostantivo che a quello delle procedure, di sicura connotazione costituzionale»⁷¹.

Solo però se ci si domanda come funziona questo tipo di costituzione, quale sia il percorso attraverso il quale a quei «principi» si «saldano» le «statuizioni di fonte comune» e le altre fonti subordinate, l'eventuale risposta comincia a rischiarare i tratti più pregnanti e significativi di questa impostazione. È ovvio che una costituzione così concepita, per quanto disegnata idealmente come un insieme limitato e circoscritto di enunciati «dotati di struttura nomologica a maglie larghe»⁷², nel suo funzionamento concreto, legato allo schema sofisticato e impalpabile della ragionevolezza (e dei suoi sacerdoti: giuristi e corti), preveda, ad un certo momento, inevitabilmente, la *metamorfosi*, la commutazione *dei principi in regole*⁷³, o, detto in altro modo, un qualche sistema, una qualche organizzazione di poteri che consenta «l'irradiamento dei principi costituzionali nell'ordinamen-

⁶⁹ A. RUGGERI, *Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti*, cit., p. 65.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 71-72.

⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

⁷² *Ibidem*, p. 72.

⁷³ *Ibidem*, pp. 78-79.

to»⁷⁴. Questo sistema di poteri fa perno certamente sull'insostituibilità della funzione giurisdizionale, la quale viene enfatizzata proprio in ragione del fatto che la "costituzione-dei-diritti" è la "costituzione-di-un-certo-tipo-di-diritti". Solo concependo i diritti come "diritti naturali", il giudice diventa la figura centrale dell'ordinamento: se i diritti sono "verità" precostituzionali, ciò che si deve promuovere è la ricerca di quelle "verità" «attraverso ragionamenti pratici su casi concreti della vita costituzionale»; «ciò contribuisce a rafforzare il ruolo del potere giudiziario, la cui funzione è proprio l'individuazione della verità nelle controversie»⁷⁵. Si pensi all'impianto del-

⁷⁴ O. CHESSA, *Costituzione e ragionevolezza*, in S. PAJNO-G. VERDE (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo – 11 febbraio 2002*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 67, corsivo aggiunto.

⁷⁵ P.P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. GOZZI, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 434. Con riferimento alla «caratteristica strutturale della costituzionalizzazione americana» e cioè l'«avere distinto i diritti individuali dalle regole di organizzazione, ponendo le seconde in funzione dei primi», G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 611, osservava come «questa caratteristica, in concomitanza con una concezione (già tradizionale nell'esperienza inglese) dell'organizzazione giuridica come di un insieme di rimedi processuali», avesse consentito «di vedere le costituzioni americane come dotate di un alto grado di giustiziabilità ("justiciability")». Per "giustiziabilità" si intende una qualità delle costituzioni e un'idea operativa in talune esperienze costituzionali: la qualità delle costituzioni di essere formulate in modo da consentire il ricorso al giudice da parte dei soggetti che sono o si pretendono lesi in un loro diritto costituzionalmente garantito, e l'idea secondo cui una costituzione è veramente tale se formulata in modo da rendere possibile una tutela giurisdizionale dei diritti individuali». È questa un'idea ritenuta indispensabile per cercare di rimodellare l'idea stessa di «stato costituzionale», come dimostra il seguente passo tratto da P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, cit., p. 99: «Lo stato costituzionale presuppone uomini e cittadini disponibili a intraprendere la via della "ricerca della verità", via che a ben vedere è anche la meta. Con l'imposizione del giuramento in ultima analisi lo stato riesce a ottenere soltanto la veridicità soggettiva, ma non può garantire alcuna verità oggettiva. Può inviare i suoi funzionari, ad esempio quelli del terzo potere, alla ricerca della verità e istituire commissioni parlamentari d'inchiesta, e in taluni casi anche vere e proprie "commissioni per la verità" (come da ultimo in San Salvador). Ma i "ministeri della verità" sono vietati. La grande importanza di un terzo potere indipendente quale più severo tentativo di accertamento della verità discende da rigorose norme di procedura (verità e giustizia delle procedure), che sono anche "condizioni di verità": indipendenza personale e istituzionale del giudice, ricusazione per legittima suspizione, postulato di "accertamento imparziale della verità", pubblicità come garanzia connessa alla ricerca della verità». Come sottolinea F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 57-59: «Il giudice dovrebbe, quindi, acquistare ormai piena consapevolezza di non essere soltanto un *decisore singolo* fra parti singole, ma anche un *potenziale creatore* di regole e di istituti giuridici – tanto nella fa-

la *right thesis* di Dworkin: «i diritti che qualunque “individuo” può reclamare e far valere di fronte alle corti non sono (o non sono soltanto) i *legal rights*, ossia i diritti riconosciuti come tali da un sistema delle *settled rules*, ma sono invece (o sono anche) diritti preesistenti ed indipendenti dall'organizzazione giuridica. Essi sono, ritiene Dworkin, qualificabili come “*basic and natural rights*” poiché come una sorta di *trumps-rights*, di carta vincente, assegnano la vittoria nei conflitti politici agli individui che ne sono titolari. La stessa “vaghezza” di tali diritti, l'inesistenza di una loro lista codificata, lungi dall'indebolirne il peso, li rafforza: essi precedono le norme scritte, la loro lesione è riconoscibile indipendentemente da qualsiasi previsione dell'ordinamento giuridico positivo e sono quindi, sempre e comunque, dotati di tutela giurisdizionale»⁷⁶. In questo senso si può ben dire che si assiste al manifestarsi di una tendenza largamente dominante, che consiste nel considerare le costituzioni contemporanee sempre più rigide rispetto al potere legislativo, ma estremamente flessibili nei confronti del potere politico-giudiziario delle corti supreme⁷⁷. «A fronte della progressiva erosione della democrazia dei sistemi politici, implicita nella tendenza di poteri giurisdizionali ad assumere surrettiziamente funzioni legislative», diventa visibile il «rischio di scivolamento in una forma di costituzionalismo etico latentemente antidemocratico»⁷⁸.

miglia di *Common Law*, quanto in quella di *Civil Law* – ed un *custode* dei diritti dei cittadini. (...) I giudici possono essere considerati, da questo punto di vista, come *attori* a pieno titolo del sistema politico e istituzionale che concorrono e contribuiscono a definire la *morfologia* – il *modo di essere* – di un ordinamento, il quale evolve *anche* grazie al continuo operato delle Corti, soprattutto in un'epoca – quale l'attuale – caratterizzata dalle sfide poste dalla “*post-modernità*”» (corsivi nel testo).

⁷⁶ G. REBUFFA, *Introduzione all'edizione italiana* di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 18.

⁷⁷ P.P. PORTINARO, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, cit., p. 432.

⁷⁸ *Ibidem*, ivi. Infatti, dalla crisi dei sistemi politici, scrive ancora l'Autore, «che è crisi di efficienza e insieme di legittimità, si sta tentando d'uscire con drastiche quanto anacronistiche operazioni di riduzione della complessità. Se uno degli aspetti più carichi di conseguenze del processo di alterazione dell'assetto classico della divisione dei poteri è rappresentato dal crescente indebolimento del potere legislativo e della riduzione della dinamica dei poteri al dualismo *gubernaculum/iurisdictio*, è in questa contrapposizione che si nascondono ora i maggiori rischi di destabilizzazione. Sempre più spesso, di conseguenza, motore costituzionale e consenso costituzionale, governabilità e tutela dei diritti, democrazia “governante” e democrazia “garantita”, vengono percepiti come termini antagonistici», p. 429.

6. *La deformazione della struttura costituzionale*

Ma c'è un ulteriore corollario altrettanto significativo di questa impostazione, che assume uno specifico rilievo proprio al fine di comprendere entro quali coordinate si possa ancora parlare di elasticità della costituzione.

La c.d. "costituzione dei poteri" non scompare (non può scomparire), non lascia «sola» la c.d. "costituzione dei principi". La parte organizzativa del dettato costituzionale, "irradiata" da una costituzione-dei-diritti, incentrata su principi etico-giuridici quale nucleo separato dalle contingenze storico-sociali, è fatalmente destinata non a perire, ma a ristrutturarsi secondo una logica diversa dal passato, quella interna al modello della "rete", ovvero a «un insieme di centri di potere che si dispongono su più livelli secondo un ordine che prescinde da moduli gerarchici»⁷⁹. Il mutamento di struttura della costituzione è, quindi, reale. La costituzione dei principi si "allunga" in virtù di questa nuova struttura, la quale non può non determinare una nuova valutazione, un diverso significato prescrittivo di quegli stessi principi e, circolarmente, non può non presupporre una diversa concezione di quegli stessi principi.

Questo rapporto circolare è stato esplicitamente sottolineato: «prescrittività diffusa della costituzione e "situazione costituzionale reticolare" si spiegano e si reggono a vicenda. Il fatto che la costituzione si affermi sempre più come "norma superiore che protegge i diritti" – paradigma, questo, su cui si registra una convergenza sostanziale in tutte le esperienze costituzionali europee – indebolisce i moduli organizzativi che fanno leva su quest'idea forte e "strutturante" di sovranità (quale che sia il suo contenuto di legittimazione). (...) Questo mutamento strutturale del diritto pubblico europeo incide soprattutto sull'organizzazione costituzionale. È come se la conquistata centralità della "costituzione dei diritti" disarticolasse la "costituzione (statale) dei poteri", per riarticolarla su più livelli organizzativi fra loro interagenti secondo moduli non gerarchici. Ad una "costituzione dei diritti" che, al di là delle diverse redazioni testuali, presenta sostanzialmente i medesimi contenuti in ogni parte d'Europa, corrispondono ormai più "costituzioni organizzative", più livelli organizzativi di regolazione costituzionale: una *multilevel constitution*, che agli assetti europeo e nazionali somma le "costituzioni regionali" e i microsistemi delle autonomie locali»⁸⁰.

⁷⁹ O. CHESSA, *Costituzione e ragionevolezza*, cit., p. 72.

⁸⁰ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., pp. 305-306. Un rappor-

La “costituzione reticolare” è, dunque, l'apparato servente della “costituzione-dei-diritti”. Anzi, è la stessa “costituzione-dei-diritti” in movimento, nel suo farsi regola, legislazione, amministrazione, potere e controllo del potere. Non si sfugge all'impressione che si tratti di un movimento discendente. Un movimento il cui “motore immobile” non può che identificarsi con un costrutto teorico-giuridico rappresentato sia come “originario”, in quanto non sanzionato dalle lezioni della Storia, sia come “inviolabile”, perché impermeabile alle ragioni dell'utopia e del realismo insieme. L'«irradiamen- to», la degradazione dei principi ad ordinamento, non può, infatti, non fon- darsi sul postulato che quegli stessi principi, fattisi diritti, abbiano un'iden- tica sostanza, appartengano ad un unico genere, siano fibre di un unico «tes- suto senza cuciture»⁸¹. Deve, allora, trattarsi di un determinato genere di di- ritti, tradizionalmente predicato dai giuristi liberali in termini di autosuffi- cienza, e la cui caratteristica distintiva, rispetto ai diritti considerati “deriva- ti” (i diritti sociali, le c.d. libertà positive), sarebbe, fin dal suo apparire, la possibilità di fare a meno, per potersi dichiarare e affermare, di mediazioni di tipo politico, economico e sociale: quel genere paradigmaticamente compo- sto dai “diritti individuali” (originari), dalle c.d. libertà negative.

Questo paradigma, oggi, pur discostandosi – almeno nelle intenzioni – dalle pretese integralistiche, giusnaturalistiche, della tradizione protolibe- rale, viene, però, di fatto, riproposto come l'unico esito teorico sovraposi-

to circolare che si interseca, a sua volta, con l'enfatizzazione di un ordinamento ipergiu- risdizionalizzato, atteso che, secondo F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, cit., pp. 65-66, «si può, con una certa ragione, sostenere che negli ordinamenti complessi quali appunto si stanno costruendo in quest'epoca “post-moderna” che vede il superamen- to (o, comunque, la necessità di ripensare al ruolo e alla struttura) dello Stato moderno, anche il giudice, il cui ruolo *polimorfo* lo rende a pieno titolo uno dei soggetti della *gover- nance* del sistema complesso, è sottoposto a *metamorfosi* pure in quelle tradizioni giuridi- che, come la nostra, che nel loro *momento genetico* erano impostate sulla rappresentazione del giudiziario in termini “post-giacobini”» (corsivi nel testo).

⁸¹ L'espressione, come è noto, è di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 216 ss., e serve per indicare il substrato concettuale unitario, costituito da principi di diritto infor- mati allo schema dei *natural rights*, cui il giudice deve ricorrere per adottare le proprie deci- sioni: «il diritto può non essere un tessuto senza cuciture; ma l'attore ha diritto a chieder- e a Ercole di trattarlo come se lo fosse», p. 218; e ancora: «Ercole deve supporre che sia chiaro nella sua comunità, sebbene forse non riconosciuto esplicitamente, che le decisioni giudiziali debbono essere giustificate da argomenti di principio piuttosto che da argomenti di politica. Egli ora nota che il concetto utilizzato dai giudici per spiegare il loro ragiona- mento derivato dal precedente, il concetto che certi principi sottostanno o sono incorpora- ti nel *common law*, è esso stesso solamente una enunciazione metaforica della tesi dei dirit- ti», p. 217.

tivo – dopo il responso negativo della Storia riguardo all’utopia di un generico egualitarismo basato sull’interventismo legislativo – idoneo a garantire la sostanziale, effettiva, democraticità dell’ordinamento costituzionale, di cui ne rappresenterebbe l’essenza non contraddittoria.

In questo discorso, l’identificazione tra libertà negative e diritti fondamentali, praticata in Germania e riproposta nella dottrina italiana, riprende vigore sulla scorta di un principio che viene ritenuto, a tutti gli effetti, costitutivo e fondante l’intero rapporto tra evoluzione storico-sociale dei diritti e assetto istituzionale democratico, quel principio in base al quale «qualsiasi statuizione legislativa non può ledere quel contenuto minimo di libertà che è dato dai diritti fondamentali»⁸². Nel rapporto tra potere legislativo e costituzione, ciò che a questa ricostruzione teorica *postliberale* preme ribadire con forza è che «tale potere è solo “delegato”; e che non può contraddire le condizioni della sua delegazione e legittimazione elettiva. Non può cioè contraddire quei diritti innati che sono all’origine della sovranità popolare», visto che «la superiorità costituzionale è (...) la stessa superiorità dei diritti come origine del potere delegante e limite del potere delegato»⁸³ e, quindi, che «la portata superlegislativa della costituzione intesa quale norma giuridica – cioè come parte integrante dell’ordinamento giuridico-positivo – poggia teoricamente sulla fundamentalità ed originarietà dei diritti individuali, e quindi sulla negazione teorica che l’idea di “sovranità” sia il “punto di Archimede” dell’ordinamento giuridico-positivo»⁸⁴.

Ora, si può cominciare a rilevare come l’affermazione secondo cui il diritto, e, in particolare, il diritto legislativo, non avrebbe altro scopo che di creare o conservare le condizioni perché tutti gli individui possano liberamente perseguire i propri scopi, esercitando i propri diritti fondamentali di libertà e di proprietà⁸⁵, sia la conseguenza dell’implicita accettazione di un

⁸² Così O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., p. 204.

⁸³ *Ibidem*, pp. 187-188. L’autore sta descrivendo la dottrina americana (in sostanza a partire dalla sua matrice inglese lockiana fino ai sistemi filosofico-giuridici di Rawls, Nozick e Dworkin) della superiorità costituzionale. Ma questo modello storico di riferimento, alternativo al modello sovranista continentale, diventa poi l’idealtipo cui imputare, teoricamente, il rovesciamento di prospettiva, che si propugna come auspicabile e necessario, rispetto al concetto «dogmatico» di costituzione maturato all’interno delle esperienze giustiziaristiche continentali. Idealtipo sintetizzato, appunto, nell’espressione «costituzione-dei diritti».

⁸⁴ *Ibidem*, p. 195.

⁸⁵ È stato R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia* (1974), tr. it. di G. Ferranti, *Anarchia, stato e utopia. Quanto stato ci serve?*, Milano, il Saggiatore, 2000, p. 17, nelle pagine iniziali

truismo logico e morale. Era stato proprio uno dei padri del protoliberalismo, John Locke, a far notare come i c.d. “diritti naturali” e cioè *Life, Liberty and Estate*, poi divenuti nella *Dichiarazione* americana *Life, Liberty and the Pursuit of Happiness* (laddove gli ultimi due termini della triade sono di fatto equiparabili, anzi l'idea della *felicità* come fine del governo era un fine assai più individualistico di quello della protezione della proprietà, essendo la felicità – rispetto alla tangibile proprietà – un obiettivo soggettivo dipendente dalle interpretazioni individuali), fossero, in realtà, principi autoevidenti (*self-evident*), verità che si potevano cogliere e apprendere solo ricorrendo, sul piano conoscitivo, ad una intuizione, ad un tipo di conoscenza intuitiva (*intuitive Knowledge*)⁸⁶. Quest'autoevidenza delle libertà

della *Prefazione*, a porre le seguenti premesse: «gli individui hanno diritti: ci sono cose che nessuno, persona o gruppo, può fare loro (senza violarne i diritti). Tale è la forza e la portata di questi diritti da sollevare il problema di cosa possano fare lo stato e i suoi funzionari, se qualcosa possono fare. Quanto spazio lasciano allo stato i diritti degli individui?»; e, subito dopo, a trarre le seguenti conclusioni: «che uno stato minimo, strettamente limitato alla funzione di protezione contro la violenza, furto e frode, di tutela dei contratti, ecc. è giustificato; che qualsiasi tipo di stato più esteso finisce con il violare i diritti delle persone a non essere costrette a fare certe cose, ed è ingiustificato; e che lo stato minimo è auspicabile oltre il giusto». Queste conclusioni, osserva ancora Nozick, comportano due implicazioni degne di nota: «lo stato non può usare il suo apparato coercitivo per indurre alcuni cittadini ad aiutarne altri, o per proibire alle persone determinate attività in vista del loro stesso bene o protezione». Il concetto di “stato minimo” coincide qui, in realtà, con il concetto di “ordine politico minimo”, anzi è, per usare l'espressione di D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 67, «lo Stato di diritto come “ordine politico minimo”». «Proprio la crisi delle grandi ideologie del secolo scorso», continua l'autore, «– accompagnata dal tramonto del “socialismo reale” e dalla degradazione videocratica e sondocratica degli istituti rappresentativi – sembra raccomandare lo Stato di diritto come struttura garante di un “ordine politico minimo”: capace cioè di assicurare un ordine politico stabile e, assieme, un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili. E la protezione dei diritti civili – il diritto alla vita, le libertà fondamentali, la proprietà privata – sembra oggi l'obiettivo politico primario entro società complesse nelle quali aumenta il senso di insicurezza e di “solitudine” dei cittadini», pp. 67-68.

⁸⁶ J. LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. di V. Cicero e M.G. D'Amico, Milano, *Saggio sull'intelletto umano*, Bompiani, 2004, Libro IV, Cap. II, par. 1, illustra il significato di queste “verità” che si possono afferrare attraverso l'intuizione ricorrendo alla seguente metafora: «l'intelletto (...) percepisce la verità proprio come l'occhio percepisce la luce, ossia solo quando la osserva direttamente», p. 993. Il testo integrale in inglese è il seguente: «*For in this, the Mind is at no pains of proving or examining, but perceives the Truth, as the Eye doth light, only by being directed toward it. This the Mind perceives, that White is not Black, that a Circle is not a Triangle, that three are more than Two, and equal to One and Two. Such kind of Truths, the Mind perceives at the first*

fondamentali si estendeva, come si vede, oltre che alla “vita” e alla “libertà”, anche al diritto di proprietà⁸⁷. Era una visione coerente e consequenziale, apparentemente abbandonata – proprio sul terreno del diritto di proprietà – dalle teoriche più raffinate del costituzionalismo dei diritti, le quali sostengono, in alcune parti, che solo alcuni diritti di libertà siano incomprimibili *tout court*, mentre altri di essi, pur restando intangibili, siano “piegabili” ad esigenze di carattere “sociale”. Fra questi, ovviamente, proprio i diritti «patrimoniali»⁸⁸. Ma fino a che punto? E, soprattutto, se i di-

sight of the Ideas together, by bare Intuition, without the intervention of any other Idea; and this kind of Knowledge is the clearest, and most certain, that humane Frailty is capable of. This part of Knowledge is irresistible and like the bright Sun-shine, forces it self immediately to be perceived, as soon as ever the Mind turns its view that'way». È questo il substrato teorico che condiziona e alimenterà la Dichiarazione di Indipendenza, deliberata in via definitiva dal Congresso continentale il 4 luglio 1776, ove traspare, in tutta la sua forza, la dottrina lockiana che ne ha influenzato la redazione: «Noi teniamo queste verità per autoevidenti: che tutti gli uomini sono creati uguali; che essi sono dotati dal loro Creatore di certi diritti inalienabili (*unalienable rights*); che tra questi diritti sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità. Che per garantire tali diritti sono istituiti i governi, i quali derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qualvolta una forma di governo diviene di stragittrice di questi fini, è diritto della gente di modificare o abolire quel governo e di istituirne uno nuovo mettendo le sue fondamenta su quei principi ed organizzando i suoi poteri in una forma tale da apparire atta a procurare sicurezza e felicità».

⁸⁷ In questo senso la commistione lockiana di figure così eterogenee all'interno della medesima categoria dei “diritti fondamentali” pur essendo il frutto, come osserva L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 13, di una «giustapposizione delle dottrine giusnaturalistiche e della tradizione civilistica e romanistica», si presenta, come un insieme coerente. Infatti, nella concezione lockiana il diritto di proprietà non deriva in alcun modo dalle transazioni di mercato (in tal senso lo scambio trasferisce diritti sulle cose, ma non crea il diritto di proprietà), ma dalla natura di essere umani e, in prima istanza, dalla piena proprietà di se stessi. In questa concezione il vero fondamento del diritto naturale alla proprietà è l'autoproprietà non i diritti reali. Del primo nessun individuo si può privare, altrimenti perderebbe le sue stesse qualità di essere umano, la sua dignità, mentre i secondi sono perfettamente alienabili. Ciò appariva molto semplice e lineare all'interno delle filosofie giusnaturalistiche sei-settecentesche, mentre oggi il medesimo discorso viene mascherato dietro tentativi di giustificazione “razionale” di diritti comunque considerati aprioristicamente “innati”.

⁸⁸ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 12-18, distingue tra “diritti fondamentali” e “diritti patrimoniali”. Secondo la ricostruzione dell'autore esistono ben quattro differenze che distinguono le due classi di diritti. «La prima differenza consiste nel fatto che i diritti fondamentali (...) sono diritti ‘universali’ (*omnium*), nel senso logico della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari; laddove i diritti patrimoniali – dal diritto di proprietà agli altri diritti reali e ai diritti di credito – sono diritti singolari (*singuli*), nel senso parimenti logico che per ciascuno di essi esiste un titolare determinato (o più con-

ritti di proprietà sono considerati “diritti fondamentali” qual è il limite della loro lesione?

Non si tratta di domande oziose, bensì rivelatrici del modo di intendere il collegamento tra elaborazioni concettuali incentrate sulla rivendicazione apologetica e agiografica delle libertà dell'individuo e i rapporti politici e sociali in cui quelle elaborazioni si esprimono concretamente.

7. L'effetto (non) voluto dell'elasticità: il restringimento dei diritti?

La protezione dei diritti dei singoli, infatti, se ricondotta a una visione assiologico-sostanziale degli stessi, conduce ad accettare, sul piano ordinamentale, un duplice ordine di relazioni dell'individuo che si tengono e si giustificano a vicenda: quelle di mercato che regolano i rapporti con i propri simili e quelle fondate sul riconoscimento dei diritti “naturalisti” della persona, indisponibili da parte del potere pubblico, che limitano e circoscrivono l'azione e la portata della sfera pubblica.

titolari, come nella comproprietà) con esclusione di tutti gli altri. I primi sono quindi riconosciuti a tutti i loro titolari in egual forma e misura; i secondi appartengono a ciascuno in maniera diversa, sia per quantità che per qualità». In secondo luogo, «i diritti fondamentali sono diritti indisponibili, inalienabili, inviolabili, intransigibili, personalissimi. I diritti patrimoniali sono invece diritti disponibili, per loro natura – dalla proprietà privata ai diritti di credito – negoziabili e alienabili». «La terza differenza (...) riguarda la struttura giuridica dei diritti. I diritti patrimoniali (...) sono disponibili. Contrariamente ai diritti fondamentali, essi sono quindi soggetti a vicende, ossia destinati ad essere costituiti, modificati o estinti da atti giuridici. Ciò vuol dire che essi hanno titolo in atti di tipo negoziale o, comunque, in provvedimenti singolari: contratti, donazioni, testamenti, sentenze provvedimenti amministrativi da cui vengono prodotti, o modificati o estinti. Viceversa i diritti fondamentali hanno titolo immediatamente nella legge, nel senso che sono tutti *ex lege*, ossia conferiti tramite regole generali di rango di solito costituzionale. Più semplicemente, mentre i diritti fondamentali *sono norme*, i diritti patrimoniali *sono predisposti da norme*». Da ultimo, «mentre i diritti patrimoniali sono per così dire *orizzontali*, i diritti fondamentali sono per così dire *verticali*. In un duplice senso. Innanzitutto nel senso che i rapporti giuridici patrimoniali sono rapporti intersoggettivi di tipo civilistico – contrattuale, successorio o simili – mentre i rapporti intrattenuti dai titolari di diritti fondamentali sono rapporti di tipo pubblicistico, ossia dell'individuo nei confronti (solo o anche) dello Stato. In secondo luogo, e soprattutto, nel senso che mentre ai diritti patrimoniali corrispondono o il generico divieto di non lesione nel caso dei diritti reali oppure obbligazioni debitorie nel caso dei diritti personali o di credito, ai diritti fondamentali, ove siano espressi da norme costituzionali, corrispondono divieti ed obblighi a carico dello Stato, la cui violazione è causa di invalidità delle leggi e degli altri provvedimenti pubblici e la cui osservanza è al contrario condizione di legittimità dei pubblici poteri».

Quando si tratta di chiarire se i diritti patrimoniali appartengono o meno alla classe dei diritti fondamentali, il massimo di specificazione ottenibile dai sostenitori della costituzione-dei-diritti è quella per cui la libertà individuale (o “negativa”) è la libertà «di un individuo che di fronte alla produzione politica del diritto deve essere posto nelle condizioni di esercitare un controllo sulla stessa; quella di un individuo *il cui contenuto minimo intangibile di libertà è costituito da quei diritti che consentono, se esercitati, di controllare il potere politico*. Se il potere politico può scegliere liberamente gli scopi in vista dei quali limitare la libertà naturale delle persone, occorre che siano assicurate quelle *forme specifiche di libertà* il cui esercizio consenta di tenerlo a bada. Le libertà costituzionali di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione, di domicilio, ecc. difendono *strategicamente* quegli ambiti di attività individuale su cui ogni potere dispotico concentra la forza repressiva per prevenire il dissenso e per rimuovere gli ostacoli al pieno dispiegarsi della facoltà di determinare politicamente i contenuti normativi dell’ordinamento»⁸⁹.

Accedendo a questa nozione di libertà individuale si omette il riferimento alla proprietà e, più in generale, al contenuto economico proprio di alcune libertà negative. Sarebbe però utile affrontare il tema dei rapporti tra “socialità” ed “economicità”, tra “politicità” ed “economicità”, per tentare di chiarire i termini in cui il potere dispotico (qui tragicamente, e sempre, vissuto come potere “politico”), la forza repressiva di cui esso dispone, non debba, per dispiegare una reale efficacia, intrecciarsi a una piena e illimitata libertà economica (non è forse questa la condizione per poter difendere il nucleo intangibile di una libertà economica?) e a un rinnovato ‘potere sociale’ che si esprime in nuove *clausole di esclusione*, in forza delle quali la libertà non è il diritto di tutti gli uomini, ma lo statuto privilegiato di alcuni.

Quando si parla di “policontesturalità”⁹⁰ del diritto, l’intenzione è quella di spostare tale problema, dell’ordine economico e sociale soggiacente a questa visione dei diritti fondamentali, su un altro livello, anzi su una molteplicità di livelli, quello delle diverse “costituzioni” organizzative necessarie a incanalare consenso “democratico” diretto e immediato (e quindi più vicino ai singoli) verso forme di tutela limitatamente “delegata” (autotutela secondo le forme dell’autogoverno garantito dalla sussidiarietà) dei propri diritti fondamentali.

Ciò non deve, però, far pensare che, all’interno di questa visione, sia con-

⁸⁹ O. CHessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., p. 205.

⁹⁰ G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it. di B. Bodmer e E. Mazza-Teubner, Napoli, Città del Sole, 1999.

cretamente prefigurabile una disponibilità (anzi una indisponibilità) dei diritti patrimoniali difforme dallo schema e dai limiti in cui si rendono disponibili (anzi indisponibili) gli altri diritti fondamentali, ma solo ad una diversa modalità di gestione consensuale intorno ad essi, una gestione che renda possibile un certo modello di scambio economico e, di conseguenza, precise modalità di relazione intersoggettiva. Questa convinzione trova riscontro in una semplice constatazione, che per quanto possa essere negata dai fautori di una costituzione-dei-diritti, sembra quasi imporsi da sé. Benché non menzionati espressamente in quell'elenco di diritti fondamentali, i diritti di proprietà e, più in generale, i diritti patrimoniali, ne fanno certamente parte, semplicemente perché il catalogo dei diritti fondamentali, derivanti dell'esercizio di libertà negative, si rapprende, in effetti, in un unico diritto pre-costituzionale, un diritto totale, che sorge con la stessa genesi della società politica. È il diritto di ogni individuo nei confronti del governo alla protezione dei propri diritti fondamentali, il diritto, cioè a veder protetti non dei diritti che siano il frutto delle mutevoli circostanze e delle preferenze di un corpo di legislatori, ma diritti, infine, "innati", "originari", potremmo dire, "naturali".

Questo diritto "globale" è alla base della costituzione-dei-diritti, ne rappresenta il *prius* logico. La costituzione-dei-diritti, infatti, presuppone che le società si costituiscano, appunto, attraverso i diritti e che non siano, invece, i diritti ad essere il prodotto delle società e degli accordi. Il patto sociale viene giustificato nella misura in cui il possesso pieno e incondizionato di tutti i diritti di libertà è garantito. I "sé noumenici" rawlsiani che si trovano nella "posizione originaria"⁹¹, così come, ad esempio, i "partecipanti al discorso razionale"⁹² habermasiani, partecipano alla costituzione,

⁹¹ Quanto alla "posizione originaria" va qui fuggacemente ricordato che essa è un ulteriore «artificio espositivo» («*device of representation*») – l'espressione è dello stesso J. RAWLS, *Political liberalism*, cit., p. 38 – che ha la funzione di azzerare proprio quelle differenze di cui la società dovrebbe tenere debitamente conto per stipulare un patto sociale realmente equo. Al contrario, per Rawls, il problema va rovesciato: «la ragione per cui la posizione originaria deve fare astrazione dagli aspetti contingenti del mondo sociale e non deve esserne influenzata è che le condizioni di un accordo equo sui principi della giustizia politica fra persone libere e uguali devono togliere di mezzo quei vantaggi negoziali che nascono, inevitabilmente, entro le istituzioni di fondo di qualsiasi società per l'accumularsi di tendenze sociali, storiche e naturali. Questi vantaggi contingenti e influssi accidentali provenienti dal passato non devono avere a che fare con un accordo sui principi destinati a regolare, nel presente e nel futuro, le istituzioni della struttura di base», *Ibidem*, *ivi*.

⁹² I "partecipanti al discorso razionale" di Habermas, cui l'autore, dal punto di vista giuridico-costituzionale fa esplicito riferimento in *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), tr. it. di L. Ceppa, *Fatti*

all'atto di nascita della società politica *come se* fossero in pieno possesso delle proprie facoltà di giudizio e dei propri diritti inalienabili.

Sul piano dei rapporti economici e sociali concreti, perciò, il patto costituzionale – in questa visione – tenderà, da un lato, a ricreare le condizioni ideali di confronto tra individui promuovendo una struttura a cerchi concentrici che consenta il dominio individuale e diretto dei propri diritti, e, dall'altro lato, riconoscerà come tangibili i “diritti patrimoniali” se e in quanto gestibili attraverso *procedure consensuali* di cessione o di acquisto dei beni materiali o immateriali che essi tutelano. Quando si va, in questo tipo di costruzioni teoriche, a verificare il rapporto tra libertà e uguaglianza sul piano dei rapporti economici, infatti, lo schema si ripete, più o meno, sempre identico⁹³.

e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, Milano, Guerini e Associati, 1996, sono cittadini-modello o istituzioni-modello portatori di una lettura (metodologicamente riduttivistica, almeno secondo le critiche più lucide e accorte) dell'intersoggettività come dimensione originariamente comprendente e linguisticamente connotata, capace di esprimere, attraverso la sua strutturazione argomentativa inaggrabile, un modello di integrazione e interazione politico-sociale eticamente vincolante e cognitivamente accessibile. Una dimensione che, seppure plausibile sul piano filosofico, come tentativo di fondazione razionale e postconvenzionale di giudizi di valore universalmente cogenti, sul piano giuridico-costituzionale si trasforma, invece, in un pericoloso dispositivo ordinamentale di rimozione forzata dei processi storici e materiali (diseguali, asimmetrici, imperfetti) che connotano la forma e la sostanza degli istituti giuridici e delle convenzioni istituzionali sui quali si innestano le forme di governo passate, presenti e future.

⁹³ Come già accennato, lo stesso Dworkin, nel momento in cui affronta i postulati di una possibile teoria dell'uguaglianza, nega la possibilità che essa possa trovare un'autonoma fondazione, nega la stessa possibilità di considerare plausibile una qualche politica di *welfare*. Commentando la posizione espressa da Dworkin, G. REBUFFA, *Introduzione all'edizione italiana*, cit., pp. 32-35, fa notare che nel momento in cui il filosofo statunitense esamina le possibili accezioni del termine *welfare*, definisce, in generale come «teorie dell'uguaglianza fondate su questa nozione, quelle secondo cui un modello di “giustizia distributiva” può essere definito esclusivamente come funzione (...) del *benessere individuale*. L'esame delle possibili definizioni della nozione, intesa dunque come paradigma individuale di benessere, portano a sostenere l'impossibilità di fondare una teoria dell'uguaglianza sulla base di essa. E ciò perché: *a*) il *welfare* è incalcolabile in termini aggregati (si tratta dello stesso tipo di obiezione di Hayek all'utilitarismo classico); *b*) vi sono dei pericoli di arbitrarietà politica nella scelta di una definizione di *welfare* (o nella combinazione di diverse definizioni); *c*) è, comunque, impossibile individuare le istituzioni “giuste” per il *welfare* concepito come *well-being*; *d*) ma soprattutto, l'uguaglianza rispetto al *welfare* è contraddittoria con il postulato del *treatment as equals*, poiché vi devono rientrare anche i sentimenti individuali rispetto ad una particolare concezione del *welfare* stesso. E di fronte alla loro diversità l'organizzazione politica deve essere indifferente. (...) D'altronde, argomenta ancora Dworkin, le teorie dell'uguaglianza del *welfare* che pretendono di assumere a loro contenuto parametri oggettivi (non fondati su

La cessione della proprietà (di un diritto patrimoniale) può avvenire nei limiti in cui ciò non produce un danno in chi se ne priva. L'unico modo realistico per stabilire la misura di questo danno, senza far subire all'interessato una compressione ingiustificata del nucleo intangibile del proprio diritto, è una *transazione consensuale che attesti la derivazione non originariamente consensuale della proprietà e dei diritti patrimoniali in genere*. L'ordine politico posto a tutela di questa modalità di tutela non può allora che essere un ordine di mercato. Nei rapporti di mercato, infatti, la caratteristica principale è proprio la volontarietà di ogni singola transazione individuale poiché laddove vi è coercizione, l'ordine del mercato avrà un valore surrettizio. È questo il "consenso" che si richiede alla nuova costituzione-dei-poteri, frutto del movimento discendente della costituzione dei-diritti.

sentimenti individuali) altro non sono che formulazioni di un altro tipo di teoria: quella dell'eguaglianza di risorse». Spostando il discorso sull'eguaglianza di risorse, il problema assume più chiari contorni e viene formulato nei seguenti termini: «quale divisione di risorse è una divisione "eguale"? Che considera, cioè, i destinatari della distribuzione *as equals*? Secondo Dworkin l'unica tecnica distributiva che si svolge secondo la modalità richiesta dal principio di giustizia dello *equal treatment* è rappresentata dal mercato (*"I argue that an equal division of resources presuppose an economic market of some form, mainly as analytical device but also, to certain extent, a san actual political institution"*)». «Per giustificare questa posizione Dworkin immagina una sorta di posizione originaria costituita (...) da un gruppo di naufraghi che giungono su un'isola deserta, dove trovano risorse molto abbondanti». Posto che sull'isola non ci sono risorse perfettamente divisibili in modo perfettamente uguale e che occorre superare il c.d. *test* dell'invidia sarà «necessario introdurre una qualche tecnica di aggiustamento rispetto alle differenze di gusto e di inclinazioni fra i titolari dei, sia pur lievemente, differenti insiemi di risorse. Si distribuiscono quindi in modo uguale dei simboli monetari, e si stabilisce che chi vuole mutare la sua combinazione di risorse partecipi ad un'*asta*, nella quale i divari fra gusti individuali e attribuzioni iniziali possono essere ritoccati. Una volta istituzionalizzata e dotata di continuità, l'asta diventa il "mercato". Viene così stabilito che il mercato rappresenta, in astratto, la tecnica di distribuzione di risorse fra gli individui che si svolge secondo il principio *as equal*. La "posizione originaria" (se così possiamo chiamarla) dworkiniana è costituita da un gruppo di individui tendenzialmente "massimizzatori" delle preferenze, e la tecnica di distribuzione è l'asta (ossia il mercato delle preferenze)». Ci sembra che questa visione sia perfettamente in sintonia con la trattazione del principio di uguaglianza da parte delle altre teorie appartenenti alla famiglia liberale e, in particolare, con la speculazione rawlsiana relativa al principio di «irrilevanza» e all'argomento della «lotteria naturale», e con la teoria nozickiana del "titolo valido" che, per quanto apparentemente in antitesi con i principi di giustizia elaborati da Rawls e da Dworkin, finisce per esprimere il risvolto "realistico" della circostanza che ogni "posizione originaria" si basa, per l'appunto, (fonda la sua plausibilità) proprio sull'*irrilevanza* delle disuguaglianze sociali, delle posizioni di vantaggio, derivanti dalla "lotteria naturale" della distribuzioni naturali, di cui il "principio di differenza" rawlsiano rappresenta la presa d'atto e la continuazione, sotto forma di principio-cardine, della distribuzione di reddito e ricchezza.

In quest'ottica, la costruzione dell'obbligo politico sul consenso individuale – quello necessario a decretare l'avvenuto scambio paritario di volontà tra individui, secondo la più classica delle accezioni privatistico-mercantili, che qui però acquisisce un significato ancora più ampio e pervasivo (in questo senso “pubblicistico”) nel senso che ogni transazione può essere ricondotta ad un accordo di mercato – consente di eliminare la coercizione, il “comando” come caratteristica dello stesso potere politico. Questo perché, naturalmente, tutti i criteri di legittimità del governo (i “diritti fondamentali” originari) e le definizioni dell'ampiezza e dei limiti dei suoi poteri sono stabiliti in anticipo, ben prima della formazione della società politica che origina dal contratto.

In questa visione, allora, l'obbligo politico, se visto “dal basso”, nasce sì dal consenso, il quale, tuttavia, non è il fondamento della società politica, ma solo un suo possibile e derivato *modus operandi*.

Se la funzione del sistema politico, diciamo del governo latamente inteso, è quella di tutelare alcuni diritti che stanno al di sopra di quello stesso governo e che ne costituiscono la causa fondativa, allora il punto focale dell'obbligo politico non è il consenso politico e sociale attorno a quei diritti, ma quegli stessi diritti o valori già pretermessi, già dati come diritti assoluti, di cui la struttura consensuale diventa strumento di protezione e tutela. Per questo è sufficiente che la loro tutela venga affidata ai meccanismi giurisdizionali e, sul piano organizzativo, a un ordine “orizzontale” che ne consenta la libera e spontanea interazione.

A libertà individuali corrisponde una struttura organizzativa che ne favorisce l'interazione facendosi serbatoio asettico della loro libera miscelazione. È questo il criterio per cercare di contemperare autonomia privata e autonomia pubblica (o collettiva).

8. L'“alta” costituzione

Date queste premesse pre-costituzionali, il patto costituzionale potrà assumere la forma di una «giustificazione razionale» di quei diritti solo ad un livello di massima astrazione, in cui diritto e morale convergono perché chi possiede quei diritti li possiede *ab origine*, relegando il patto costituzionale a mera procedura, decurtandone il valore ad una funzione esclusivamente ricognitiva che non determina in alcun modo il contenuto di quegli stessi diritti. Per dirla con Habermas, «i diritti fondamentali regolano materie

tanto generali che gli argomenti morali *sono senz'altro sufficienti alla loro fondazione*»⁹⁴. Ciò che conferisce giuridicità a quei diritti fondamentali è la loro “struttura” non il loro “contenuto”, ed è questa «struttura che qualifica i diritti fondamentali come dei diritti soggettivi azionabili» ed è per questo che «i doveri giuridici sono soltanto il *prodotto secondario di un'autorizzazione ad agire secondo il proprio arbitrio [willkürlich]*, vale a dire il risultato di restrizioni legali delle libertà soggettive»⁹⁵. La struttura dei diritti soggettivi⁹⁶ è data dal procedimento astratto che ne determina la validità, la *überpositive Geltung*, per cui sono valide «soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali», ovvero a tentativi di intesa su alcune pretese di validità in base «a condizioni comunicative tali che consentano di mettere liberamente sotto processo alcuni temi e contributi, informazioni e ragioni»⁹⁷.

⁹⁴ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen* (1996), tr. it. di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 204.

⁹⁵ *Ibidem*, ivi, corsivo aggiunto.

⁹⁶ Occorre notare che lo stesso Habermas, di solito assai attento nell'elaborazione e nell'uso dei propri canoni ermeneutici, per giustificare l'idea di una morale universalistica dei “diritti umani” si limiti a riportare dei semplici fatti storici. Per Habermas «i diritti umani in senso moderno risalgono al Bill of Rights della Virginia, alla Dichiarazione d'indipendenza americana del 1776, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Queste dichiarazioni risultano ispirate alla filosofia politica del giusrazionalismo, in particolare a Locke e a Rousseau. Ma non è un caso che soltanto nell'ambito di questi primi testi costituzionali i diritti umani assumano una figura concreta. Qui essi appaiono come diritti fondamentali garantiti nel quadro di un ordinamento giuridico nazionale. Non dimeno essi sembrano avere un carattere duplice: se come norme costituzionali godono di validità positiva, come diritti spettanti a ogni persona umana essi mantengono anche una validità sovrappositiva». Ora, continua Habermas, «il concetto di “diritto dell'uomo” non è di origine morale, bensì è una forma specifica del moderno concetto di “diritti soggettivi”, vale a dire una categoria specificamente giuridica. I diritti dell'uomo sono *fin dall'inizio* di natura giuridica. Ciò che conferisce loro l'apparenza di diritti morali non è il loro contenuto – né tantomeno la loro struttura – bensì piuttosto quel senso di validità [*Geltungssinn*] che li proietta “al di là” di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali», *Ibidem*, pp. 202-203. Come osserva E. CASTRUCCI, *Retorica dell'universale. Una critica a Habermas*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1037, «Questi fatti storici hanno la funzione di introdurre, presentandola retoricamente come non problematica proprio perché storicamente suffragata in maniera che si postula definitiva, la nozione – in realtà discutibilissima in un quadro culturale che si voglia compiutamente secolarizzato – di “validità sovrappositiva”».

⁹⁷ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 131-132. La “filosofia pratica” dell'ultimo Habermas non fa che confermare la “svolta” del pensatore francofortese verso l'accettazione delle premesse concettuali di un rinverdito liberalismo politico ed economico.

Se i diritti fondamentali sono tali perché hanno una certa struttura giuridica che, pur storicizzandoli come diritti soggettivi, li convalida attraverso una procedura ideale che considera quegli stessi diritti *già* di tutti perché potenzialmente riconosciuti a tutti, ne deriva che la validità sovrapositiva di cui essi sono dotati riduce a mera derivazione legalistica ogni tentativo di limitare il libero arbitrio che fa di quegli stessi diritti delle norme d'azione, delle pretese giuridiche, insomma dei diritti soggettivi. Anche in questo caso, il diritto, pur pretendendo di incorporare contenuti morali determinati, si riduce a tecnica neutrale di comunicazione, proprio per l'astrattezza dell'ideale normativo proposto e per il piegarsi, nei fatti, alla logica del più forte. Come è stato osservato: «una legittimazione meramente discorsiva non può aspirare a sostituire una legittimazione propriamente costituzionale. Le strategie discorsive si sostanziano infatti in *metodi* dialogici che possono trovare legittimazione in qualunque ordinamento, risultando *neutri* rispetto ai contenuti, *modelli* procedurali d'ordine logico finalizzati a pervenire a deliberazioni condivise; non c'è dunque bisogno di una costituzione per assegnare ad esse un fondamento di valore»⁹⁸.

L'«ordine comunicativo» habermasiano è la piattaforma ideale per l'edificazione di questa concezione politica, sociale ed economica neoliberale. Come scrive N. MATTEUCCI, *Il liberalismo*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 10-11, la prima caratteristica del liberalismo è di non avere un interprete ufficiale: «ogni definizione nasce soltanto nell'«opinione pubblica» pensante, o meglio nel dialogo fra coloro che si sentono appartenenti a questa tradizione politica. Per questo il liberalismo è una concezione politica «aperta» e non «chiusa» o «totale»». Per cui, «la verità è che il liberalismo, in quanto teoria o filosofia politica, non può essere appiattito o confuso con la realtà, della quale gli storici narrano la storia. Fra ideale e reale c'è sempre uno scarto, perché il liberalismo – in quanto teoria o filosofia politica – è un criterio direttivo per la prassi politica e, in quanto tale, è anche un principio con cui giudicare la storia reale. *Lo scarto fra razionale e reale, fra i principi e la storia, fra il vero e il certo può essere maggiore o minore, proprio perché il pensiero, se vuole essere pensiero, nei confronti della realtà non può che essere un'«eresia»*». In questo senso, «l'ordine liberale è sempre stato un traguardo da raggiungere e non una realtà da celebrare», ed esso si regge proprio sulla «*drastica distinzione fra i principi e la realtà, fra i valori e la storia, fra il vero e il certo*» (corsivi miei).

⁹⁸ G. AZZARITI, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica*, cit., p. 890. «Non c'è da stupirsi allora», continua l'autore riferendosi all'«agire comunicativo», «se, trasportato sul piano del giudizio costituzionale, esso tende ad allentare – fino a perdere – il proprio legame con i contenuti materiali ed i principi storici e politici che danno senso e corpo ai documenti costituzionali. È certo che utilizzando come esclusivo parametro di giudizio un metodo discorsivo, può risultare pienamente legittima una decisione ragionevole, quale che sia il suo contenuto sostanziale, indipendentemente dalla conformità ai principi, assiologicamente orientati, che le diverse prescrizioni costituzionali definiscono. Così, l'eguaglianza, la dignità sociale, i diritti fondamentali, tendono a sfumare i propri contorni, ad assumere

Ciò significa, tirando le somme, che il rapporto costituzionale tra autonomia privata e autonomia pubblica si può risolvere, in questa ricostruzione, solo ad un livello di astrazione altissimo. Solo laddove diritto e morale si incontrano, solo laddove il concetto di autolegislazione e quindi di autonomia collettiva coincide con la possibilità di decidere sulle questioni di eguaglianza e libertà in un *foro ideale* di pieno esercizio dei propri diritti soggettivi.

Sotto quest'ultimo profilo si può ben dire che una simile concezione della costituzione e dei rapporti della costituzione con la società rappresenti qualcosa di diverso dall'ingenua riproposizione del paradigma stereotipato del liberalismo come affermazione di un rozzo individualismo proprietario ed edonistico. Esiste, ben visibile, un'idea di "bene comune", espressa, in concreto, in un'uguaglianza "tra pari", che trova conferma in una certa idea, altrettanto chiara, di organizzazione politica e sociale, fondata sulla contrattazione orizzontale e sul sospetto nei riguardi di un potere legislativo dal quale non ci si sente rappresentati e che, tendenzialmente, può essere fonte, se non sinonimo, di schiavitù politica. A ciò corrisponde, a sua volta, un'idea ristretta di democrazia, ristretta al circuito autodeterminazione-autolegislazione-giurisdizione, che può essere di fatto attivata e coltivata solo a condizione che si realizzino condizioni materiali e sociali appannaggio di una limitata cerchia di soggetti di diritto. Una «*Herrenvolk democracy*», una democrazia che vale solo per un «popolo di signori», che si autocelebrano come «pari»⁹⁹. All'interno di questa concezione 'ristretta' della democrazia nasce e si consolida, perciò, una idea al tempo stesso 'illimitata' e 'assoluta' di democrazia. 'Illimitata' nel senso di «liberal-totalitaria», in quanto indifferente al dovere di riconoscimento del conflitto politico e sociale, in quanto portatrice dell'esigenza che il potere democratico occulti il conflitto, compiendo un gesto assolutistico¹⁰⁰.

le forme di più generici principi "onnicondivisi", forse supremi, ma che, se lasciati sul piano dell'astrazione, rimangono totalmente indeterminati».

⁹⁹ L'espressione è di D. LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 107.

¹⁰⁰ Il termine «liberal-totalitarismo», così come la nozione di 'democrazia illimitata' o 'assoluta' quale forma oligarchica di occultamento del conflitto politico e sociale sono stati analizzati e trattati nel numero monografico di *Nuvole*, n. 9, 1995, contrapponendovi la nozione di "democrazia costituzionale" coincidente con l'idea di "democrazia limitata". Ciò in un senso ben preciso. Oggi, infatti, nella nostra esperienza politica concreta, la democrazia "assoluta" pare avere due volti: quello del populismo e quello del liberaltotalitarismo. Il populismo rifiuta o disprezza la separazione dei poteri, il principio di legalità (in favore di un sostanzialismo amministrativo frutto della commistione fra interessi privati e disposizioni

Sembra, allora, che una simile concezione della funzione della costituzione, in un'epoca come quella attuale, ignori il dato evidente che «a contrassegnare la problematica dello Stato di diritto all'alba del XXI secolo» non siano «i pericoli di sopruso e prevaricazione da parte degli apparati pubblici, ma le minacce provenienti dalle grandi concentrazioni di potere privato (a cominciare da quelle in materia di protezione dei dati e di disciplina dei flussi informativi). I processi di privatizzazione hanno profondamente ridisegnato la mappa delle costituzioni economiche, a cominciare dai paesi che hanno assistito al rapido smantellamento di economie collettivistiche»¹⁰¹. Di qui anche i pesanti dubbi sulla tenuta imparziale della stessa funzione giurisdizionale: «quello verso cui l'evoluzione "spontanea" delle società aperte sembra andare è un "sistema dualistico di giustizia", in cui a una "giustizia su misura" per i detentori del potere economico viene affiancandosi una "giustizia di massa per i 'consumatori' ordinari". Ed è proprio questo nuovo dualismo che minaccia di mettere a repentaglio la sussistenza dello (e la credenza nello) Stato di diritto nei sistemi politici dell'età della globalizzazione. Clamorose sentenze, capaci di mettere in difficoltà gruppi corporati multinazionali, costituiscono di fatto più l'eccezione che la regola. Il rischio è pertanto nel passaggio da una democrazia sotto la supervisione di giudici costituzionali a una società civile di corporazioni legali, che è nella sostanza una *litigation society* nella quale invariabilmente prevalgono gli interessi dei più potenti e le strategie più spregiudicate»¹⁰².

Dal punto di vista metodologico, pertanto, la teoria assiologico-sostanziale, che sostiene e legittima una "costituzione-dei-diritti", finisce per eludere la questione centrale «del fondamento della validità della costituzione in termini politici complessivi, che richiedano il concorso delle forze sociali, e delle culture politiche, dominanti. L'*escamotage* consiste nel ritenere che – dopo la fine delle grandi narrazioni, delle ideologie, della lotta di classe, dell'azione collettiva, dei partiti di massa, del governo (che viene surrogato dalla *governance*), della politica (che si pluralizza nelle *politics* e nelle *policies*),

amministrative), la tutela delle minoranze, la rigidità della costituzione. Il liberaltotalitarismo, invece, rappresenta la nuova religione democratica in voga, una vera e propria dogmatica, un orizzonte impermeabile, che non tollera limiti ben precisi. Limiti derivanti dall'accettazione del conflitto politico e sociale. La democrazia costituzionale, al contrario, è aperta a diverse possibili forme di strutturazione della base sociale, limitando la deriva cesaristica e la deriva oligarchica connesse all'abuso e alla distorsione del potere popolare.

¹⁰¹ P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, cit., p. 398.

¹⁰² *Ibidem*, p. 399.

della storia, della scalata al cielo ... – la costituzione si fonda direttamente sulla società, anzi sui singoli cittadini, che trovano in essa la carta dei “loro” diritti. Con il che, il problema della validità sarebbe risolto, in termini che potrebbero sembrare accettabili anche dal punto di vista di una teoria realistica, essendo ben possibile che alla costituzione dei partiti, alla costituzione dell’armistizio tra forze organizzate, succeda, con il diffondersi dell’area dell’*overlapping consensus*, la costituzione fondata su una cultura politica diffusa, sul diretto “dialogo” dei singoli con i principi costituzionali. Se non che questo modello finisce per restringere il ruolo della costituzione pressoché esclusivamente nel circuito Corte costituzionale-giudice-individui, dunque nel circuito delle garanzie, presumendo che il problema dell’integrazione, o della costruzione dell’unità politica, o della politica costituzionale, o come altro si voglia designare il problema cardine dell’artificialismo antico e moderno, sia risolto e scontato. Se la costituzione è la garanzia di un insieme di “pretese”, che cosa “costituisce” il contesto entro il quale quelle pretese possano trovare soddisfazione? Come si può vedere solo nei giudici e nella Corte i portatori e gli attuatori della costituzione? Il perfezionamento – dovuto all’introduzione della giustizia costituzionale – della tutela dei diritti “naturali” non può far dimenticare il problema di come “le leggi di natura ... divengano effettivamente leggi”¹⁰³. Questo problema conduce all’ulteriore interrogativo hobbesiano, *quis iudicabit?*, *quis interpretabitur?*

Una domanda, quest’ultima, che resta in piedi (e per certi versi diventa più urgente) anche a fronte di quelle ricostruzioni costituzionali che ritengono di potervi rispondere facendo leva sul concetto organizzativo di “rete”, su un ordine oggettivo di relazioni caratterizzato da strutturale interdipendenza e dispersione dell’apparato dei poteri. Infatti, la “rete” di cui spesso si parla (quella “rete” che «viene modificata capillarmente in ogni istante in modi, con direzioni, e con conseguenze innumerevoli – anche se, retrospettivamente, il tentativo è quello di ricostruire parte della rete e le modificazioni intervenute, e, prospetticamente, la speranza è quella di individuare linee di tendenza che rendano relativamente prevedibili e calcolabili alcuni mutamenti, e quindi possibili interventi umani, individuali e collettivi, i quali cercano di indurre nella rete le modificazioni volute»¹⁰⁴) «non è

¹⁰³ M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di costituzionalismo.it)*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, cit., p. 245.

¹⁰⁴ G.U. RESCIGNO, *Brevi note metodologiche per riesaminare i concetti collegati di democrazia, rappresentanza, responsabilità*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, Cedam, 2001, p. 14.

un oggetto fisico (come lo sono le reti dei pescatori)», ma una «rete sociale»¹⁰⁵. E, in quanto «rete sociale», essa è composta da «nodi diseguali, legami variabili tra nodi, per cui alcuni nodi hanno moltissimi legami con altri nodi, ed altri pochi, nodi composti da altri nodi, legami di intensità variabile, legami composti da più legami contemporaneamente, legami che durano un istante e legami che durano una vita, legami che nascono e cessano, si trasformano, si ripetono, e così via, secondo la fantasia e la potenza ricostruttiva dell'osservatore»¹⁰⁶. Di qui l'impossibilità di distinguere, ad esempio, tra politica ed economia, almeno così come questa distinzione è oggi vissuta, «distinzione che esiste nella coscienza dei consociati, nella realtà istituzionale, nel meccanismo giuridico» e che è «doppiamente sbagliata: da un lato separa dalle scelte politiche (che riguardano tutti) altre scelte (quelle economiche) che in realtà riguardano tutti almeno quanto quelle riconosciute e trattate come politiche; dall'altro lato questo mancato riconoscimento è il fondamento e la ragione per cui l'economia domina di fatto sulla politica, e cioè una realtà che viene definita di interesse privato e trattata giuridicamente come tale governa nascostamente ma efficacemente quella realtà che viene definita e trattata come cosa di tutti»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ibidem*, *ivi*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, *ivi*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 16. Non è un caso che il neoliberalismo attualmente in auge rifiuti proprio questa visione complessiva della società, in favore di uno spezzettamento egemonico delle competenze e di una divisione dei compiti che renda meno visibili le connessioni di potere incontrollato, sottratto a forme di garanzia sociale e di responsabilità giuridica e politica. «Per tutto l'Ottocento è stato dominante il principio della separazione dei tre poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), mentre oggi – attenuata la distinzione tra legislativo ed esecutivo – l'attenzione si è spostata verso l'autonomia del giudice dal potere politico. Con le moderne teorie pluralistiche, con la concezione poliarchica, si afferma una nuova divisione del potere, non dei poteri dello Stato, ma dei poteri che si radicano nella società. Inoltre l'esperienza del totalitarismo ha reso attuale una nuova divisione, che però era già implicita in Locke: quella fra potere politico, potere economico e potere intellettuale. In altri termini, il progetto liberale consiste in una società a più dimensioni, nella quale ciascuna di queste dimensioni funzioni secondo la sua logica interna e non sia sopraffattrice delle altre, seguendo tentazioni monastiche che vogliono le diverse dimensioni subalterne a quella egemone», N. MATTEUCCI, *Il liberalismo*, cit., p. 63.

9. *La tendenziale convergenza tra costituzione etica ed etica degli affari: elasticità perfetta della costituzione economica?*

Lo stretto rapporto tra 'libertà fondamentali' e organizzazione costituzionale preposta alla loro tutela "assoluta" è stato, dunque, l'esito teorico di un certo tipo di periodizzazione storica e sociale degli eventi politicamente più significativi del XX secolo.

È come se, ad un certo punto, le costituzioni del secondo dopoguerra si fossero improvvisamente 'alleggerite' delle loro parti più macchinose, più conflittuali e contraddittorie, rinunciando a pretese rivelatesi, alla fine, irrealistiche. Come se la Storia si fosse incaricata di mostrare la continuità ininterrotta – su un piano di assoluta linearità teleologica – tra le trasformazioni capitalistiche e la realizzazione della democrazia e del benessere sociale. In questo senso, il rapporto tra costituzione e processi economici è apparso, per così dire, "superfluo", è sembrato un'inutile preoccupazione legata a una sottovalutazione del naturale processo evolutivo imperniato sullo schema 'garanzia delle libertà-liberazione progressiva e automatica dal bisogno'. «Nel suo scorcio», ha scritto Giuliano Amato, «il secolo ha fornito un responso che appare al momento senza possibili repliche: hanno vinto le economie di mercato, hanno perso le economie pianificate e insieme ad esse hanno perso l'economia mista, l'impresa pubblica, il protezionismo, l'intervento assistenziale, la direzione pubblica discrezionale anche di singoli settori economici. L'economia di mercato, certo, è tutto fuorché assenza di leggi, ma l'ordine legale che le è coesistente è fatto di regole arbitrali e non intrusive, di limiti all'azione privata e non di fini imposti *ab externo*, di antitrust e non di pianificazione. E se si guarda *retrospettivamente ai decenni che abbiamo alle spalle è facile leggere in essi un'accidentata ma inarrestabile marcia verso questo esito, una marcia segnata dall'internazionalizzazione degli scambi e quindi dei mercati, dalla libertà di movimento prima dei capitali e poi delle merci che corrode confini e barriere legali, dalla concorrenza fra imprese che sempre più si rivela capace di creare e diffondere efficienza e benessere al di là di qualunque direzione od intervento di autorità od apparati pubblici.* In quest'ottica, perciò, lungimirante appare chi riuscì ad antivedere e a promuovere questa evoluzione e che ha quindi assegnato all'intervento pubblico il compito su cui gli economisti hanno finito per porre intelligentemente l'accento, scoprendo anzi nella fedeltà ad esso la ragione principale del successo delle economie di successo: rimuovere o neutralizzare i costi di transazione che

non sono fronteggiabili attraverso transazioni e scambi privati»¹⁰⁸.

La conclusione più logica, perciò, appare essere la seguente: certi valori, certi principi (dignità umana, democrazia, solidarietà, non discriminazione, diritti delle minoranze, ecc.) possono trovare attuazione soltanto attraverso un'economia di mercato. A rifletterci, la logica è completamente rovesciata rispetto al pensiero che aveva ispirato le costituzioni del secondo dopoguerra. Le quali si trovano, ad un certo momento, secondo questo tipo di ricostruzione, provviste di disposizioni 'inutili'. Si pensi, ad esempio, al concetto di utilità generale, al principio di uguaglianza sostanziale, al concetto di programmazione economica e, oggi, allo stesso concetto di fiscalità progressiva¹⁰⁹.

L'arresto delle istituzioni politiche e delle strutture costituzionali davanti all'esercizio incondizionato delle libertà economiche parrebbe qui legato a una duplice considerazione: *a*) il generico richiamo al rispetto dei diritti della persona, *b*) la superiorità incondizionata – comprovata dalla Storia –

¹⁰⁸ G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto – Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 settembre 1996, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 153-154 (ultimi due corsivi aggiunti).

¹⁰⁹ Basti pensare alla moda, assai in voga nei Paesi dell'Est, riscopritori di un capitalismo puro e duro sulle macerie del socialismo di stato, della Flat Tax, c.d. "tassa piatta", che prevede un'aliquota unica, quanto più bassa possibile, al posto dell'imposizione progressiva occidentale e democratica. Primo Paese a introdurla è stato l'Estonia nel 1994: un'imposta del 26% su tutti i redditi e di lì, via via, con aliquote in genere minori, Lettonia, Lituania, Russia, Serbia e Ucraina, Slovacchia, Georgia e, infine, Romania. Questo tipo di tassazione, come è noto, è stato parte integrante del programma elettorale dei cristiano-democratici tedeschi, nelle elezioni dell'autunno 2005. Essa è stata giustificata sulla base di un duplice ordine di motivi: da un lato il livellamento delle aliquote verso il basso determinerebbe la possibilità di lasciare più risorse al mercato e agli investimenti; dall'altro lato, rappresenterebbe uno strumento di rapida riscossione delle imposte, essendo semplice da maneggiare (e ciò ridurrebbe i costi della riscossione) e, eliminando trattamenti differenziati e regole di favore, incoraggerebbe l'emersione del sommerso. Ricordiamo che la filosofia sociale sottesa a questo genere di cultura fiscale è assai simile a quella che ha portato, per esempio in Italia, ad adottare una politica c.d. di riduzione delle tasse al fine di ingenerare la sensazione che la riduzione del prelievo fiscale fosse l'unico rimedio possibile per un rilancio dell'economia. È sufficiente riportare le parole di Paul Kirchhof, ordinario di diritto pubblico all'università di Heidelberg, specializzato in diritto tributario, già giudice costituzionale dal 1987 al 1999, consigliere di Angela Merkel, candidata del partito cristiano democratico tedesco, ora Cancelliere della Repubblica, il quale, propugnando il progetto di applicare a tutti i redditi un'unica aliquota del 25%, ebbe a dichiarare testualmente: «allo sportello del fisco il cittadino versa 25 centesimi per ogni euro guadagnato. Poi può entrare nel giardino della libertà», da *Il Manifesto* del 16 settembre 2005, p. 10.

del modello capitalistico di sviluppo e di produzione. Torna qui il binomio preferito del costituzionalismo-dei-diritti, rappresentato, apologeticamente, dalla coppia persona-mercato. Solo che, in questa impostazione, la questione economica rischia di diventare l'elemento "naturale" ed "eterno" sul quale innestare definitivamente una certa concezione dei rapporti politici e sociali. Con la conseguenza che politica e società, in questo contesto, dovrebbero limitarsi a prendere atto della inattaccabilità operativa di un certo modo di interazione e di integrazione sociale (prima ancora che di produzione e di sviluppo), quello basato sulla libera esplicazione contrattuale, sulla libera e infinita espansione delle libertà economiche, sulla primordiale e formalistica parità iniziale di *chances*. Poiché la Storia ha decretato, infatti, la vittoria di un certo modo di produzione capitalistico, ciò significa che esso rappresenta l'asse portante, nel lungo periodo, della concordia e del benessere sociale e che, forse, i suoi meccanismi generatori – i principi politici che ne rendono possibile l'implementazione generale e generalizzata – possono costituire il modello "unico" sul quale costruire la migliore organizzazione e il miglior governo possibili della società.

È questo il terreno teorico e speculativo che favorisce e incoraggia una nuova idea di contratto sociale, qui definito, sinteticamente, contrattualismo d'impresa.

L'impresa, infatti, al posto dello stato e dei pubblici poteri, assume il ruolo di «ente socioeconomico in un processo di espansione delle libertà»¹¹⁰. Il rapporto tra ordinamento economico e società diventa un rapporto privilegiato, entrambi si sostengono a vicenda, entrambi prosperano «in una società in cui siano vivi alcuni principi fondamentali che danno consistenza e colore alla trama dei rapporti sociali: l'iniziativa individuale, il senso di responsabilità, l'indipendenza ancorata alla proprietà, l'equilibrio e l'audacia, il calcolo e il risparmio, l'organizzazione individuale della vita, l'inserimento nella comunità, il sentimento della famiglia, della tradizione e della continuità storica, e, in più, menti aperte alla realtà presente e all'avvenire, un'equilibrata tensione tra l'individuo e la comunità, dei solidi legami morali, il rispetto dell'intangibilità della moneta, il coraggio di affrontare virilmente i rischi della vita, il senso dell'ordine naturale delle cose ed una solida gerarchia di valori»¹¹¹.

¹¹⁰ L. CIMMINO, *Sistema mercato. Regole senza confini e confini senza regole*, Napoli, Guida, 2005, p. 77.

¹¹¹ W. RÖPKE, *Jenseits von Angebot und Nachfrage* (1958), tr. it. di F. Portinari, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Varese, 1965, p. 119, cit., in L. CIMMINO, *Sistema mercato*, cit., p. 77.

A supporto di una organizzazione economica non c'è più, in questa visione, una costituzione politica, ma un nucleo di valori (una costituzione-dei-valori), un *ethos* morale, incarnato, preferenzialmente, dal mondo imprenditoriale, praticato dai suoi membri e da quanti stipulano accordi con esso. Un *ethos* scaturito dagli eventi storici interpretati come abbiamo visto e del quale sono custodi coloro che operano nel mercato, il più importante veicolo di libertà del XXI secolo, secondo tale prospettiva. Rinasce un nuovo tipo di etica, l'etica economica, che tende, in questo discorso, a coincidere con un'idea etica della costituzione, nel senso che il livello etico delle relazioni sociali viene, per così dire, misurato a seconda delle possibilità concesse allo scambio umano tra le persone, che, per definizione, è, anzitutto, scambio economico. Il tasso di libertà economica concessa, o, meglio, riconosciuta, diventa il parametro essenziale e primario per giudicare del *quantum* di libertà e di sviluppo della persona nel suo complesso. Ciò, tuttavia, è possibile proprio in ragione della concezione costituzionale costruita, a monte, dal neo-costituzionalismo-dei-diritti e dei-valori. Solo all'interno di una certa idea di costituzione, incentrata sui principi dell'organizzazione liberale dei pubblici poteri, si può dare identità tra costituzione come patto politico e costituzione come patto economico, tra costituzione dei cittadini e costituzione dell'impresa, tramutando gli obblighi di cittadinanza in obblighi di produttori-consumatori, diluendo la responsabilità politica in responsabilità sociale dell'impresa.

Il concetto espansivo di autonomia dell'impresa¹¹², l'invocazione, sempre più ricorrente, alla sua capacità di dettare le regole di comportamento sociale in condizioni di rapide trasformazioni, l'insofferenza manifestata dai soggetti finanziari e imprenditoriali transnazionali a sottoporsi ad atti di "conformità operativa"¹¹³, tutto ciò sembra potersi fondare sulla pretesa

¹¹² Così S. D'ALBERGO, *Soggetto sociale e responsabilità*, in *Fenomenologia e società*, n. 3, 2003, p. 55.

¹¹³ Che si traduce nel c.d. «potere di ritiro», che le imprese minacciano di esercitare qualora le condizioni della loro permanenza sul territorio dell'ordinamento prescelto per poter svolgere proficuamente le loro attività dovessero ritenersi economicamente compromesse: «L'economia non è potente perché invade ma perché può evadere. Può sottrarsi. E questo non intervento intenzionale è la base del potere che l'economia può esercitare pienamente di fronte allo Stato. (...) A questo riguardo è decisivo il fatto che l'economia scelga le proprie sedi con criteri economici, cioè possa estorcere dallo Stato offerte in termini di realizzazione di infrastrutture, di minimizzazione dei controlli e dei vincoli sociali, per ottimizzare i propri interessi economici nella forma della concorrenza basata sul luogo della produzione», U. BECK, *Freiheit oder Kapitalismus. Gesellschaft neu denken*. Ulrich

di un presunto isomorfismo istituzionale tra le strutture democratiche di partecipazione e di governo della cosa pubblica e la relazione, che si vorrebbe formalmente paritaria, perché legata a un concetto circolare e reticolare di “potere”, esistente tra *stockholders* (proprietari del pacchetto azionario di maggioranza) e *stakeholders* (comprendenti tutti coloro che in modo diretto o indiretto sono toccati dalle attività dell'impresa: dipendenti, risparmiatori, fornitori, pubblica amministrazione, comunità locale, ambiente).

Le recenti teoriche impegnate sul fronte della legittimazione sociale dell'impresa utilizzano esplicitamente concetti-chiave del diritto costituzionale, quali ad esempio “contrattualismo” e “istituzione”, per descrivere l'impresa nei termini di un «sistema pubblico di regole collettivamente accettato», sulla base di un accordo ideale tra tutti i soggetti coinvolti in essa e nel suo lavoro¹¹⁴. L'impresa si presenta come l'«istituzione sociale» per eccellenza, imperniata sull'accordo tra proprietari-azionisti, dirigenti, lavoratori, pubblica amministrazione, comunità territoriale di riferimento, avendo come scopo primario «la realizzazione di benefici collettivi a fronte di impegni collettivi». Si tratta di un vero e proprio “contratto” (qui inteso, a farci caso, come strumento di creazione privilegiato del legame sociale, secondo la visione tradizionale del contrattualismo costituzionale nordamericano), che deve «essere interpretato come se ciascuna delle parti lo avesse sottoscritto in condizioni di piena libertà e completa eguaglianza. Ciò mette in risalto che abbiamo in mente un contratto ideale, la cui funzione è eminentemente *prescrittiva o normativa* (in senso filosofico)»¹¹⁵.

Il modello del contratto sociale, in tale ricostruzione, fonda la nuova etica economica e diventa il terminale ideologico dei codici etici di autoregolamentazione delle imprese, che, in tal modo, danno corpo alla loro pretesa di accettazione sociale: «tutti i soggetti partecipanti a vario titolo alle

Beck im Gespräch mit Johannes Willms (2000), tr. it., di C. Sandrelli, *Libertà o capitalismo? Varcare la soglia della modernità. Conversazione con Johannes Willms*, Roma Carocci, 2001, p. 38.

¹¹⁴ Così, S. MAFFETTONE, *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Milano, il Saggiatore, 2001, soprattutto pp. 236-242, qui p. 241. Il percorso argomentativo di posizioni come questa mostra, con evidenza, quali siano i passaggi necessari a costruire un ordine giuridico-istituzionale fondato sulle potenzialità della sfera economica di autodisciplinarsi e di imporre la propria immagine del mondo e dei rapporti sociali. Cfr., inoltre, P.L. SACCO-S. ZAMAGNI (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico. Materiali per un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna, il Mulino, 2002; A. PALAZZO-I. FERRANTI (a cura di), *Etica del diritto privato*, voll. I e II, Padova, Cedam, 2002.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 240 (corsivo aggiunto).

transazioni, attraverso il contratto sociale stabiliscono la “costituzione” dell’impresa. Il contratto sociale diventa così un modello ipotetico di accordo che può costituire il criterio per riconoscere nelle situazioni reali l’uso abusivo o non abusivo dell’autorità e per giudicare le concrete istituzioni economiche. (...) Il codice appare allora come carta costituzionale espressiva del contratto sociale implicito. (...) La legittimità dell’autorità segue dall’accettazione unanime della sua istituzione via contratto sociale»¹¹⁶.

Ora, il caso *Enron* negli Stati Uniti e il caso *Parmalat* in Italia¹¹⁷, i fallimenti di alcune importanti banche di affari hanno chiarito, perlomeno, che le traballanti garanzie offerte dai codici di autoregolamentazione delle imprese («impeccabili nella forma quanto eludibili nella sostanza»¹¹⁸), il ritorno massiccio di una roboante retorica sull’etica degli affari («un’etica-tampone incaricata di evitare che il sistema del capitalismo entri in una fase critica irreversibile perdendo il consenso e soprattutto la legittimazione sociale – che a quel punto andrebbe ricercata al di fuori della sua logica di sviluppo»¹¹⁹), l’uso patologico dello strumento contrattuale, anche con riguardo a situazioni giuridiche complesse, in cui sono coinvolti interessi diffusi¹²⁰, sono

¹¹⁶ L. SACCONI, *Economia etica organizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 19 ss.

¹¹⁷ L. GALLINO, *Capitalismo predatore*, in *La Rivista del manifesto*, n. 48, 2004, p.11, ricorda, solo negli USA, i casi Worldcom, Qwest, Global Crossing («nell’estate del 2002 le società americane sotto inchiesta erano circa 160»). Quanto all’Unione europea, mentre nell’estate del 2002 «crollava in Francia il titolo Vivendi (un gigante delle comunicazioni nato dalla straordinaria trasmutazione di una vecchia società che si occupava di tutt’altro, la Société Générale des Eaux)», quasi contemporaneamente «si apriva in Olanda lo scandalo Ahold (gigante della grande distribuzione)». In Italia, nell’autunno del 2002 crollava la Cirio. «In Germania vari dirigenti della Mannesmann sono al presente (febbraio 2004) sotto inchiesta in relazione alla cessione della medesima alla Vodafone, avvenuta qualche anno fa (da cui i giudici sospettano che abbiano tratto sostanziosi vantaggi personali)». Sul punto v. altresì A. CASICCIA, *Il trionfo dell’élite manageriale. Oligarchia e democrazia nelle imprese*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.

¹¹⁸ G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, cit., p. 24.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹²⁰ «La sostituzione di norme prescrittive (magari inefficaci, ma questo è un altro aspetto della questione) con un intreccio di contratti la cui legittimità sarebbe garantita dalla (presunta, come abbiamo visto) razionalità dei mercati crea una sorta di vuoto legislativo che rende di fatto impossibile, prima ancora che la repressione, il contenimento dei conflitti di interesse. Ed è curioso notare come tutte le teorie che pretendono di sottrarre valore alle norme, e di porre al centro del mercato la libertà contrattuale, sembrano trascurare un dato elementare, e cioè che così facendo si darebbe vita a una pluralità di ordinamenti giuridici concorrenziali, mentre il rapporto obbligo-sanzione verrebbe assoggettato a crite-

strumenti non solo inutili, ma altresì dannosi per cercare di coniugare efficienza e interesse generale.

Senza considerare, d'altra parte, che anche laddove, come nel post-*Enron*, attraverso l'approvazione del *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, siano previste pene severissime per i trasgressori, si ingenera la pericolosa sensazione che il diritto penale (e la pena in generale) «svolga un ruolo di stabilizzazione della fiducia collettiva circa l'effettiva vigenza delle fondamentali aspettative di ordinato svolgimento della vita sociale», in modo da rappresentare «la funzione della pena in modo vagamente “esoterico”, quasi che il compito di assicurare le condizioni della pacifica convivenza fosse di competenza esclusiva del diritto criminale, in un contesto sociale privo di altre risorse e altre mediazioni»¹²¹.

I *cracks* finanziari di questi grandi gruppi economici mostrano qualcosa di più di una sequela di semplici errori di gestione contabile o del lato oscuro di raffinate intraprese finanziarie criminali. Mostrano, se si vuole restare alle coordinate del diritto costituzionale, la tendenza verso una nuova forma di autolegittimazione del potere. Ma, in questo caso, occorre chiarire, quali sono i reali termini della questione.

Questo patto ideale, infatti, prevede, benché presentato in termini di rigorosa eguaglianza tra le parti stipulatici, una posizione di superiorità sostanziale del soggetto imprenditoriale e una posizione di subordinazione degli altri soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nella transazione, o, meglio, nelle pluralità di transazioni di cui le operazioni di impresa e di investimento si compongono.

Non bisogna dimenticare, in tal senso, che il termine *stakeholder*¹²², nel

ri interpretativi per definizione discutibili. Che poi tali ordinamenti in contrasto fra loro siano o meno legali diventa, a questo punto, irrilevante», *Ibidem*, p. 44.

¹²¹ *Ibidem*, p. 67. Sul rapporto sempre più stretto tra espansione del diritto penale e ordine economico si rinvia al denso libro di J.-M.S. SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, tr. it. di R. Remia e A. Spina, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹²² Va fugacemente ricordato che lo *stakeholder approach* non nasce all'interno di una speculazione strettamente economicistica. Tutt'altro. Esso è il risultato delle teorie proposte da due differenti scuole di analisi delle scienze sociali. Più precisamente della *Koalitionstheorie* (teoria delle coalizioni) di matrice tedesca, e della *stakeholder theory* (teoria dei portatori di interesse) di origine americana. Cfr., in proposito, S. EBERHARDT, *Wertorientierte Unternehmensführung: der modifizierte Stakeholder-Value-Ansatz*, Weisbaden, Deutsche Universitäts Verlag, 1998.

suo significato originario, sta ad indicare un «terzo fiduciario cui le parti, o una di esse, affidano la custodia temporanea di cose o somme di danaro da consegnare alla definizione di una controversia o al verificarsi di un certo evento»¹²³; in altri termini, la persona che tiene in custodia denaro o altra proprietà durante il processo di definizione della proprietà stessa. Questa definizione, nella sua icasticità, rende evidente il rapporto di dipendenza di una forza sociale da un'altra, subordina chi non ha (o ha in misura inferiore beni, potere contrattuale, potere economico) a chi ha, a chi già possiede; occulta il conflitto sociale e, nei fatti, trasforma il substrato sociale di una possibile etica costituzionale – la quale può nascere solo dal confronto paritario, in una lotta per la costituzione, tra soggetti diversi in una società differenziata e diseguale – in substrato privato di un'etica degli affari, incentrata, quest'ultima, sul postulato del mero rafforzamento della fiducia tra operatori coinvolti nell'impresa, all'interno di un quadro di fini e di interessi funzionali, prima di tutto, al benessere e all'espansione sociale degli investitori e dei proprietari dei pacchetti azionari, e, di riflesso e solo a certe condizioni, al benessere dei suoi *fiduciari* (che in quanto tali lavorano in vista di quel fine primario), dei suoi “dipendenti”, dei lavoratori. Quanto ricatto morale e sociale si possa nascondere, in potenza, dietro questa rappresentazione fiduciaria del rapporto tra *stockholders* e *stakeholders* è facilmente intuibile.

Non si può non rilevare, allora, come la pretesa normativa dell'etica degli affari possa assurgere a modello “costituzionale” e a paradigma di integrazione sociale all'interno di una precisa filosofia costituzionale. Una filosofia che, moltiplicando all'infinito e surrettiziamente i percorsi di costituzionalizzazione del reale, li riconduce, nel contempo, a una matrice ideale specificamente individuata: «Vi è insomma una pluralità di percorsi attraverso i quali, nel mondo attuale, si fissano regimi in materia di diritti, o si costituiscono garanzie di equità transnazionale, o si stabiliscono standard e regole a protezione dell'ambiente, o si rendono obbligatorie prestazioni di trasparenza e di equità commerciale alle imprese ecc. I percorsi di costituzionalizzazione sono svariati non solo per le diverse strade che utilizzano, ma anche per la diversità dei soggetti che li possono compiere, singolarmente, o, come avviene più spesso, associandosi in varia guisa: Stati, organizzazioni internazionali, corti, *non governmental organizations* (NGOS), imprese transnazionali ecc. A dispetto della grande diversità che può segnarli, questi percorsi, al-

¹²³ F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico – Law Dictionary*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1380.

meno in un aspetto, sembrano spesso avere un comune denominatore: essi nascono per lo più sulla scia di moventi di natura economica, traggono origine dal mercato o da organizzazioni che si ispirano al mercato. Dall'economia alle istituzioni, si potrebbe dunque dire. È stato così per la stessa Costituzione europea, che si può vedere come il punto di arrivo, peraltro ancora parziale, di un lungo processo di raccordo tra gli Stati promotori, avviato negli anni cinquanta del secolo scorso, a fini di integrazione economica. È così, più in generale, per il processo di globalizzazione economica, che stabilendo nuove regole spaziali e temporali per i mercati, sfida di continuo il terreno istituzionale a trovare conseguenti nuovi assetti e soluzioni. Il mercato appare oggi pertanto come la grande spina dorsale del mondo globale e non è un caso che, a partire da questa, si dipartano cammini e moventi che possono condurre assai lontano»¹²⁴.

Questa filosofia “costituzionale” ha trovato appoggio, sul versante dottrinale interno alla scienza costituzionalistica, in quelle riflessioni che hanno rivisto al ribasso le possibilità di implementazione delle norme costituzionali relative ai rapporti di eguaglianza sostanziale e di giustizia sociale.

In recenti ricostruzioni del rapporto tra libertà economiche (e di impresa) e costituzione italiana, anche in vista di una sua accettabile e plausibile compatibilità con l'ordine giuridico economico europeo – tratteggiato soprattutto dall'Atto unico in poi¹²⁵ –, parte della dottrina¹²⁶, infatti, non ha

¹²⁴ M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., pp. 113-114.

¹²⁵ È nell'Atto Unico Europeo, entrato in vigore il 1° luglio 1987, che ritroviamo disposizioni come le seguenti: art. 13: «Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato»; art. 15: «Nella formulazione delle proprie proposte intese a realizzare gli obiettivi dell'articolo 8A, la Commissione tiene conto dell'ampiezza dello sforzo che dovrà essere sopportato, nel corso del periodo di instaurazione del mercato interno, da talune economie che presentano differenze di sviluppo e può proporre le disposizioni appropriate. Se queste disposizioni assumono la forma di deroghe, esse debbono avere un carattere temporaneo ed arrecare meno perturbazioni possibili al funzionamento del mercato comune»; art. 16.4: «(...) il Consiglio stabilisce a maggioranza qualificata delle direttive, procurando di raggiungere il più alto grado possibile di liberalizzazione. L'unanimità è necessaria per le misure che costituiscono un regresso in materia di liberalizzazione dei movimenti di capitali».

¹²⁶ Si vedano, tra i contributi significativi, R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 69-88, nonché C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002, soprattutto il capitolo terzo (“Diritto costituzionale e diritto comunitario. Il consolidamento dei paradigmi”), pp. 59-81. Precedenti

mancato di porre in evidenza l'esistenza di una sorta di "pregiudiziale dirigista" nel sistema costituzionale italiano, che avrebbe inibito, nel lungo termine, il corretto funzionamento del mercato distorcendone le potenzialità espansive e tendenzialmente antimonopolistiche¹²⁷.

Ciò che avrebbe opacizzato il rapporto tra costituzione e libertà economiche sarebbe stata – si dice – una lettura «storicistica» dello Stato sociale, l'ancoraggio delle disposizioni costituzionali, attinenti ai principi fondamentali, a una «teoria dei valori», a «essenze e gerarchie» immobili, che ne avrebbero inficiato la «capacità di rispondere attivamente ai mutamenti della realtà costituzionale»¹²⁸. Il tutto – si continua – senza considerare le effettive conseguenze che quel modello sociale, universalistico, avrebbe nei fatti causato, sia sotto forma di «espansioni del pubblico potere connesse al bisogno di cattura del consenso più che all'attuazione di enunciati costituzionali», che sotto forma di un mancato esaurimento del «problema sociale» stesso,

indicazioni teoriche di una rilettura favorevole al mercato della c.d. "costituzione economica italiana", si possono esplicitamente rinvenire, ad esempio, in G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Ferrara 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997, pp. 7-19; G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995, in particolare la Parte I dal titolo "La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario", pp. 3-103.

¹²⁷ Sul punto R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, cit., pp. 72-73, il quale, dopo aver ritenuto condivisibile la tesi che «le libertà economiche, nella impostazione complessiva del nostro sistema costituzionale, non potessero accreditarsi della stessa intensità di compenetrazione vantata dalle libertà personali con il valore della persona umana assunta nelle sue qualità perenni e universali», aggiunge una duplice considerazione: «la prima è che le libertà economiche sono comunque declinabili nei termini di *chance* di espressione della personalità e della capacità umana, come non si tarda a riscoprire nitidamente quando si guardi a più circoscritte dimensioni imprenditoriali rispetto alla grande industria e si sia in presenza, non già di condizioni di staticità del sistema produttivo, ma di *mercati duttili e fortemente innovativi (e ciò senza neppure provare a concettualizzare in questa chiave i più recenti fenomeni di accesso di grandi masse di persone all'investimento finanziario, che sembrano aver in definitiva determinato, a meno di non costringerli nell'ormai inadeguata categoria del risparmio, una diffusione senza precedenti della esperienza di libertà economica e di intraprendenza speculativa)*», mentre la seconda considerazione, «sempre sotto il profilo del collegamento tra le libertà economiche ed i principi fondamentali della costituzione, chiama in causa l'art. 4 Cost., non sembrando discutibile (...) che le libertà economiche siano suscettibili di favorire il "progresso materiale" della società cui fa riferimento il comma 2 della disposizione costituzionale menzionata: una proposizione questa che è stata fin qui del tutto trascurata, ma dalla quale traspare non soltanto il rigetto di cedimenti di tipo pauperista, ma anche l'assegnazione di un carattere di priorità alla crescita complessiva del tenore di vita della collettività, proprio in vista della realizzazione degli obiettivi costituzionali» (corsivi aggiunti).

¹²⁸ C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 66-68.

attraverso un sistema redistributivo fin troppo centralizzato, foriero di diverse, ma non meno marcate, disuguaglianze del vivere civile¹²⁹.

Rispetto a tali osservazioni, tuttavia, la questione è se, per risponderci, sia necessario o meno, per così dire, “uscire” dalla costituzione. Davvero, ad esempio, cancellare dalla costituzione italiana – anche solo mentalmente – il limite dell’«utilità sociale» (che avrebbe consentito, secondo la precedente impostazione, di realizzare, fondamentale, la «finalità protezionistica di specifici comparti o interessi produttivi, e quindi la loro incongruenza rispetto al perseguimento della utilità generale»¹³⁰) potrebbe servire a migliorare l’efficienza del sistema? O, non è forse vero che stiamo assistendo, in questi anni, in nome della presunta libertà autoregolantesi del mercato, ad altrettante forme di protezionismo mirato, seppure legate a suggestive ipotesi teoriche di “Stato minimo” o di “Stato regolatore”?

D’altra parte, tali osservazioni della dottrina si sono sviluppate entro uno schema “europeista”, che, via via, ha preso piede, assurgendo progressivamente a giustificazione universale delle dinamiche destrutturate in corso. Dopo «il definitivo collasso delle economie pianificate, la crisi fiscale del *Welfare*, i fenomeni degenerativi delle imprese pubbliche, la crescita dell’antagonismo competitivo tra sistemi economici nazionale a fronte dei processi di unificazione dei mercati sia a livello europeo che internazionale», il principio di «un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza», sancito a Maastricht (e codificato nel Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa), stava lì ad attestare «l’idoneità» (e dunque la legittimazione) delle libertà economiche «a dar vita ad un sistema oggettivo (il “mercato”, appunto) capace di esprimere, in virtù dei suoi meccanismi interni di autoregolazione, il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita collettivo. In una prospettiva siffatta, le libertà economiche non debbono più rivendicare labili spazi di autonomia e di sopravvivenza, magari facendo compassionevole appello al rispetto della personalità umana piuttosto che alla loro specifica ed insuperata razionalità nel campo della produzione e della distribuzione delle risorse. Ora, il mercato, e le libertà economiche che vi abitano, possono persino tornare a chiedere che la sovranità delle istituzioni pubbliche si arresti davanti a loro, accettando di conformare le politiche industriali alle esigenze di svilup-

¹²⁹ Così C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 65-66, riportando le posizioni sul tema rispettivamente di Alberto Predieri e Massimo Severo Giannini.

¹³⁰ R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d’impresa*, cit., p. 77.

po del sistema di mercato e di rafforzamento delle capacità competitive delle imprese»¹³¹.

Il benessere collettivo, affidato ai meccanismi del mercato, *retrospettivamente* considerato come l'unico esito possibile di una storia universale, presuppone, di fatto, la convinzione che da un certo momento in poi (momento che non è difficile individuare nel crollo del Muro di Berlino e nel processo di «surdeterminazione internazionale»¹³² ad esso seguito), le contraddizioni sociali ed economiche siano definitivamente scomparse o, semmai, interpretabili come mere disfunzioni – correggibili attraverso virtuosi aggiustamenti “giuridici” (a ciò serve l'ordine legale coesistente all'ordine economico), di “tecnica” giuridica – di un modo di produzione che sarebbe l'espressione risolta (definitivamente risolta) di un modello empiricamente e idealmente *inconfutabile* di società.

Fukuyama ha reso perfettamente questo punto di vista, riconoscendo, senza giri di parole, «che il meccanismo da noi spiegato è in sostanza un'interpretazione economica della storia. (...) In altre parole il meccanismo è una specie di interpretazione marxista della storia, che però conduce ad una conclusione che non è assolutamente marxista. (...) La spiegazione economica della storia ci fa arrivare fino alle porte della terra promessa della democrazia liberale, ma non ci permette assolutamente di varcarne la soglia». Dunque, «il problema della fine della storia può essere formulato nel modo seguente: nel nostro attuale ordinamento sociale liberaldemocratico ci sono “contraddizioni” tali da portarci a pensare che il processo storico continuerà e produrrà un nuovo e più elevato ordinamento sociale?». In questo senso, continua l'Autore, «noi (...) possiamo affermare che la storia è giunta alla fine se l'attuale forma di organizzazione sociale e politica *soddisfa in pieno* i bisogni essenziali degli esseri umani»¹³³. Ma c'è un modo, secondo tale ricostruzione, per sapere se, nel nostro ordinamento presente, c'è ancora qualche contraddizione? Ci sono due modi per affrontare il pro-

¹³¹ R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, cit., pp. 78-79.

¹³² L'efficace espressione è di G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, p. 676, che l'ha coniata per indicare «l'insieme dei vincoli che derivano, nei confronti dei singoli stati, dalla egemonia statunitense che è politico-economica e militare e che si dispiega ormai senza più limiti, condizionamenti, remore, motivazioni difensive o prudenze e contenimenti tattici o strategici. Una egemonia che ha profondamente trasformato il modello giuspolitico interstatale che per secoli avevamo implicitamente considerato come il presupposto delle nostre riflessioni sullo stato nelle sue dinamiche evolutive interne ed esterne».

¹³³ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, cit., pp. 150-155.

blema: uno «storicistico», che consiste nell'osservazione del corso attuale dello sviluppo storico per «vedere se ci sia un disegno che indichi in maniera dimostrabile la superiorità di una particolare forma di società. Esattamente come un economista moderno non cerca di definire l'“utilità” o il “valore” in sé e per sé di un prodotto, ma accetta la valutazione del mercato espressa attraverso il prezzo del medesimo, così anche noi accetteremo il giudizio del “mercato” della storia»; l'altro «trans-storico», cioè basato su una concezione della natura umana, che per Fukuyama trova il suo approdo concettuale nell'idea di *megalotimia*, vale a dire nell'idea della esponenziale «stima di sé», dell'essere «padroni di se stessi», o, per usare un linguaggio più vicino all'odierna sensibilità, dell'essere «imprenditori di se stessi», valorizzando, nella lotta di riconoscimento con l'altro, i propri desideri e i propri bisogni¹³⁴.

Questo schema sembra oggi la base politico-costituzionale comune, sulla quale si tenta di erigere, nella forma che si vorrebbe più compiuta – quella di una Carta fondamentale –, la stessa costruzione europea. Invertendo, però, in tal modo quel processo che i padri costituenti europei (Adenauer, Schumann, De Gasperi), avevano in mente come «riappropriazione della politica dal basso» e «movimento di denazionalizzazione delle masse»¹³⁵. La parola

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 155-157 e 198-207. Il problema “antropologico” non è per nulla marginale nelle concezioni compiute dell'economia, anzi ne rappresenta un presupposto fondamentale come dimostrano, ad esempio, gli interrogativi con cui si apre il libro di K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), tr. it. di R. Vigeveno, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2000, che intravedeva nella parabola del capitalismo libero-concorrenziale una vera e propria utopia. «Nel prendere in esame la Grande crisi, Polanyi evidenzia – con una radicalità sconosciuta agli “illuminati” dibattiti dei giorni nostri – un problema che già Keynes aveva posto analizzando i primi anni della Russia sovietica: egli si chiede se veramente la pulsione all'acquisizione e al guadagno sia da considerarsi come una disposizione naturale degli uomini. Affiora qui un aspetto cruciale, che tende a essere disinvoltamente trascurato o ideologicamente irrigidito dagli odierni teorici dell'economia. La questione sollevata da Keynes era degna di un classico dell'economia politica. Nel porla l'economista del “circolo di Bloomsbury” lambiva i confini tra economia ed etica – *political economy* e *moral philosophy* – interrogandosi, al pari di un Adam Smith, sulle radici antropologiche profonde dell'economia politica. Esiste qualcosa che, per il suo carattere di persistenza e omogeneità, sia in grado di sopportare la definizione di “natura umana”? E se esiste, in che misura possiamo legittimamente affermare che essa sia univocamente contrassegnata dall'egoismo, dalla pulsione acquisitiva e dalla propensione al guadagno e alla pura massimizzazione del profitto? Sono – quasi alla lettera – gli stessi interrogativi di Polanyi: le cruciali domande sottese all'“onda lunga” della sua analisi», G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 150.

¹³⁵ *Ibidem*, *ivi*.

d'ordine «prima la struttura economica, poi su questa, in futuro, la sovrastruttura politica» ha consentito che si partisse «dal carbone e dall'acciaio, e poi via via gradualmente e molto lentamente, verso una comunità come area di libero scambio, con unificazione di potere finanziario, con vincoli di politica economica, tra Commissioni e Consigli, cioè tra commissari e ministri, spesso in lite fra loro. (...) In questo frattempo vere istituzioni politiche sovranazionali non sono mai nate. Le elezioni europee, è stato detto, sono elezioni di mezzo termine per verificare gli equilibri politici nazionali. Il Parlamento europeo fa prima a scomparire dalla nostra vista che a insediarsi nelle sue sedi. L'Unione Europea ha preso dagli Stati nazionali, sì, la forma della burocrazia, ma non la pratica del governo. Intanto è venuta avanti, non più in modo totalitario, ma in modi democratici, e mentre vige la crisi dello Stato-nazione, una ri-nazionalizzazione delle masse. C'è una nuova divisione tra governanti e governati: i primi costretti ad essere più europeizzanti, i secondi sono chiamati ad essere più patriottardi. Del resto, che cos'è l'allargamento della comunità, se non un'aggregazione di nuove piccole patrie?»¹³⁶

Il punto di vista costituzionale non può non tenere conto di questo rovesciamento di prospettiva e della evidente insufficienza di un modello ordinamentale ancora fortemente condizionato, nella sua effettività, da una limitazione evidente dei diritti politici e sociali, viziati, in origine, dalla centralità dell'imperativo economico.

L'evanescenza della «cultura della mediazione»¹³⁷, che è cultura del consenso per sovrapposizione sulle questioni pubbliche fondamentali, che è cultura della costituzione intesa non come un «mito-parametro» ma come «un processo continuo» «di costante e consapevole manutenzione»¹³⁸, che è l'idea propria dell'Europa, lo sbriciolarsi di quella cultura, appunto, rimanda «a un'Europa decisionistica, così come l'ultrapoliticismo di quest'ultima si rovescia (secondo un tipico modello di rovesciamento!) in una radicale filosofia dell'impolitico e nelle utopie del tramonto di Europa, e questo perché tra utopia di Europa e realtà dell'Europa (tra *politica* e *Europa*) non c'è nessun ponte, nessun passaggio, ma solo un vuoto che entrambe possono (e *devono*) riempire solo *occasionalmente*, e lungo un percorso o un crinale do-

¹³⁶ *Ibidem*, ivi.

¹³⁷ P. SERRA, *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Roma, Ediesse, 2004, p. 23.

¹³⁸ M. DOGLIANI, *La nuova dimensione della questione morale*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti. Giustizia, lavoro, cittadinanza sotto il governo Berlusconi*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 146.

ve il *che cosa è Europa* si disperde, fino a sparire. Se non si cerca di capire che cosa *questa* Europa (non un'altra!) può significare, si rompe il rapporto tra politica e Europa e si è destinati a muoversi in uno *spazio introverso*, tra decadenza e potenza, tra due visioni del tramonto»¹³⁹.

Il corto circuito tra una politica fatta di decisioni amministrativizzate – che pure si era cercato di rinominare secondo il tradizionale glossario costituzionalistico (“legge europea”, “legge-quadro europea”) – e un’economia sempre più indirizzata verso forme di autogestione giuridico-istituzionale, rende fittizio e artificiale ogni riferimento ai concetti-cardine di equilibrio e di limitazione dei poteri. E, soprattutto, vanifica, in radice, i tentativi di costruzione di una sfera pubblica europea realmente partecipativa.

I concreti atti dell’Unione europea, volti a determinare le forme di partecipazione alla vita pubblica, mostrano tale carenza ormai congenita. Il *Libro Bianco* sulla *Governance*, ad esempio, è uno di quei dispositivi istituzionali ove emerge, con estrema chiarezza, il disegno di «una procedura di governo improntata al diretto rapporto contrattuale e concertativi tra un’istituzione amministrativa e i gruppi esponenziali della società organizzata»¹⁴⁰, gruppi per loro natura competitivi, atteso che la stessa strategia “sociale” dell’Unione assume, a criterio essenziale di valutazione del lavoro (si pensi al documento di Lisbona) e della propria posizione comparata rispetto ad altri Paesi (art. 151 del TFUE), quello produttivo-competitivo.

L’idea di un potere politico discendente si esprime ora in disposizioni dal sapore paternalistico («L’Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell’uguaglianza dei cittadini, *che beneficiano di uguale attenzione* da parte delle sue istituzioni, organi e organismi», art. 8 TUE – *Principio dell’uguaglianza democratica*), ora in formule partecipative dal tono vagamente concessorio («Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell’Unione. – Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile. – Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell’Unione, la Commissione procede ad ampie consultazioni delle parti interessate», art. 8B TUE – *Principio della democrazia partecipativa*).

¹³⁹ P. SERRA, *Europa e Mondo*, cit., pp. 23-24.

¹⁴⁰ S. NICCOLAI, *Imperio della necessità e vie della libertà. Un appunto sul ruolo della cultura negli scenari della globalizzazione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, cit., p. 555.

Qualcosa, dunque di assai diverso, nel suo funzionamento concreto, dal livello di civiltà giuridica proclamato nel Preambolo di quello stesso Trattato costituzionale.

Queste osservazioni dimostrano, ancora una volta, come sia necessario superare lo stato di contemplazione della perfetta elasticità per poter arrivare ad elaborare le ragioni dell'effettiva instabilità del diritto costituzionale.

CAPITOLO III

IL METODO CUMULATIVO,
UNA POSSIBILE ELABORAZIONE
DELL'INSTABILITÀ DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Le premesse. – 2. Le necessità sistematiche del diritto costituzionale. – 3. Per un criticismo produttivo. – 4. Ri-materializzazione del diritto costituzionale. – 5. Etica costituzionale.

1. *Le premesse*

È stato osservato che «mentre oggi assistiamo ad una dispersione del metodo e dell'oggetto del diritto costituzionale», potrebbe essere utile, riprendere a «frequentare testi che ne hanno contribuito a conformarne lo statuto»¹. La trama di cui sono fatte le scienze sociali è, infatti, «fragile», ed essa si irrobustisce, per sua natura, soltanto seguendo un «metodo cumulativo», che ci permetta, riprendendo e sviluppando concetti ampiamente elaborati nel tempo, al fine di filtrarne i punti di resistenza, di «separare il grano dal loglio, la concettualizzazione solida dalla perorazione contingente e dai giochi di parole»².

Che cosa vuol dire «metodo cumulativo» in questa fase definita di disorientamento³ della scienza costituzionalistica?

Il concetto va precisato anche per un suo significato immediato che po-

¹ M. DOGLIANI, *Sovranità del popolo, sovranità dello stato*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, p. 202.

² *Ibidem*, ivi.

³ Di «perdita di orientamento» del costituzionalista e del suo metodo parlano, rispettivamente, M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 7, e F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, p. XII.

trebbe far pensare a una sorta di «*inheritance*» burkiana⁴, per cui tutto ciò che possediamo e che abbiamo conquistato ci giunge come un'eredità particolare, creata seguendo le regole prudenziali fissate e tramandate, una volta per tutte, all'interno di una *honourable connection*, il cui carattere centrale è costituito da un duraturo immobilismo sociale, politico e giuridico. In tale visione storicamente controrivoluzionaria, infatti, costituzione, diritti e forma di governo non possono essere *decisi* o *costruiti*, ma sono meri "epifenomeni", semplici "figure" di una tradizione immemorabile, in cui ciascun atto normativo altro non è che il frutto del sottile gioco di conservazione e graduale mutamento della struttura sociale consolidata, il prodotto di un processo evolutivo che genera spontaneamente l'ordine oggettivo e, nello stesso tempo, le posizioni di vantaggio dei soggetti (secondo «un passaggio di consegne, ferree, per cui un certo posto nella società è consentito, anzi è doveroso nelle possibilità e nei limiti stabiliti *ab immemorabili* e per un tempo indefinito»⁵). Un processo guidato e reso comprensibile, grazie, soprattutto, all'influsso sapienziale di giudici e giuristi.

Dovremmo trovarci, invece, agli antipodi di questa concezione.

Per il costituzionalismo, l'adesione a un metodo che voglia dirsi «cumulativo» non dovrebbe voler dire considerare l'oggetto del proprio studio e della propria ricerca alla stregua di un unico «tessuto senza cuciture», secondo la concezione dworkiniana del diritto.

Il percorso a ritroso di una scienza sociale, quale è il diritto costituzionale, mostra, invece, come le lacerazioni, gli strappi, l'accostamento di "stoffe", facciano di questo diritto un «tessuto pieno di cuciture». Le categorie concettuali trasmesseci, nelle loro successive rielaborazioni ed approssimazioni, dal patrimonio culturale di quelle generazioni di studiosi che hanno coltivato quanto «di vivo, di interrogante, di interessante (anche per motivi sopravvenuti)»⁶, ha costituito l'oggetto della scienza costituzionalistica, rappresentano costruzioni teoriche innestate su pezzi reali e conflittuali di convivenza umana; espressioni e, al contempo, fonti di comprensione complessiva, del contesto sociale in cui sono venute (e vengono) ad esistenza all'interno di uno specifico clima culturale.

⁴ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, in ID., *The Writings and speeches of Edmund Burke*, a cura di P. Langford, vol. VIII, *The French Revolution 1790-1794*, a cura di L.G. Mitchell e W.B. Todd, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 81.

⁵ G. TAMAGNINI, *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 93.

⁶ M. DOGLIANI, *Sovranità del popolo, sovranità dello stato*, cit., p. 202.

Ciò significa, per il diritto costituzionale, porsi l'obiettivo di cercare di mantenere fede all'obbligo di essere pienamente cosciente delle premesse fattuali e concettuali a cui la sua indagine è inestricabilmente legata. E comporta, altresì, la necessità di riflettere seriamente sull'ipotesi che sia scientificamente discutibile – quando non semplicistico – guardare alla struttura sociale come a un *quid* omogeneo e naturale, dimensionato su un continuo presente (tanto nella rappresentazione eraclitiana dello scorrere incessante del reale, quanto nella rappresentazione pietrificata di valori omogenei ad una ristretta compagine sociale, e tuttavia predicati come trascendenti), direttamente decodificabile attraverso il raffronto tra il calco normativo e la situazione di fatto che da quella struttura emerge o si estrapola. La «solidità» del diritto costituzionale⁷ – ciò che ne costituisce il dato permanente, l'oggetto, al tempo stesso chiaro e sfuggente, al centro della trasmissione scientifica generazionale – è rappresentata, infatti, da una consapevolezza di segno opposto, ossia dalla consapevolezza della sua inevitabile «politicità». E ciò in un senso ben preciso: «il diritto costituzionale», è stato osservato, «è il diritto politico per eccellenza». Nel senso che «le norme costituzionali portano la responsabilità ed il peso di tutto l'ordinamento, costituiscono il punto di riferimento dove tutte le forze sociali direttamente od indirettamente confluiscono; sono quindi sottoposte a tensione altissima (...)»⁸.

Ciò vuol dire che il rapporto tra norme costituzionali e “presente” è un rapporto nient'affatto fluido e pacifico, ma sempre conflittuale, in perenne e drammatica tensione. Le norme del diritto costituzionale sono il «frutto di un equilibrio instabile», non perché ad ogni movimento del sociale corrisponda, simmetricamente, una loro variazione, all'interno di un ordine oggettivo e compatto, ma, al contrario, perché sono il prodotto di rapporti di forza, ed, in questo senso specifico, «non sentono tradizione», potendo provocare «la rovina di un ordinamento», come «la sua salvezza». Esse sono pensate per «far fronte alla situazione ogni giorno cangiante», perché i

⁷ Ciò che conferisce «valore» alle scienze sociali e, in particolare, al diritto costituzionale, «è la elaborazione di concetti che sappiano resistere nel tempo, e continuo a sollecitare domande. Questo valore può essere prodotto dalla genialità del singolo; ma, in quanto valore scientifico i senso proprio, deve piuttosto essere prodotto (al limite, ricostruito retrospettivamente) dagli scienziati sociali stessi, nel succedersi delle generazioni: è la comunità scientifica che, volgendosi alle eredità passate, deve sforzarsi di trarre tutto quanto di solido (...) può essere trovato; e ordinarlo, e ritrasmetterlo», M. DOGLIANI, *Sovranità del popolo, sovranità dello stato*, cit., p. 202.

⁸ G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, Novene, 1949, p. 267.

loro effetti – più che le loro cause – sono «gravi ed immediati»⁹. Per questo, la scienza costituzionalistica ha bisogno, costantemente, di riflettere sul patrimonio concettuale acquisito. Non per decretare l'evaporazione di questa o quella categoria o la sua temporanea inutilità, ma al fine di acquisire le ragioni di azione e di comprendere il mutamento di obiettivi delle forze sociali culturalmente, politicamente ed economicamente egemoni in un dato momento storico. Dunque, per valutare l'*utilità* – più che l'inutilità – delle categorie costituzionali, in relazione ai *fini* delle forze politiche che hanno stipulato il patto sociale e che vogliono, successivamente, interpretarlo a loro favore. È questa circostanza a rendere 'gravi' e 'pesanti' le norme costituzionali.

Di riflesso, nella scienza costituzionalistica – che in questo marca la sua differenza rispetto alla scienza privatistica tendenzialmente «stabile» e «apolitica»¹⁰ – «difficilmente l'interprete è disinteressato: probabilmente egli ha una teoria politica e si lascia da questa influenzare nella scelta delle soluzioni; egli, anzi, può adottare le soluzioni in vista del raggiungimento del suo fine politico ed egli, inoltre, sa che una soluzione al posto di un'altra può produrre la rovina dell'ordinamento e non riesce ad arrendersi all'ineluttabilità di sacrificare al contenuto logico di una norma la salvezza di un ordinamento che egli vede, dall'applicazione di quella norma, irrimediabilmente compromesso»¹¹. Se il diritto costituzionale è il «diritto politico» per definizione, in quanto polo di attrazione e sede instabile di composizione dei conflitti sociali, e se l'interprete è parte integrante della soluzione che propone, in quanto individuo pensante e agente all'interno delle contrapposizioni sociali che confluiscono all'interno del patto costituzionale, ne consegue, allora, che il metodo costituzionalistico, per poter mantenere il proprio rigore e la relativa autonomia, dovrà mantenere elevato il proprio tasso di sistematicità.

⁹ *Ibidem*, pp. 267-268.

¹⁰ Così ancora, G. GUARINO, *Lo scioglimento*, cit., pp. 255-267. Almeno perché, secondo l'autore, nell'ambito del diritto privato, apoliticità e stabilità sono conseguenza della rimozione forzata delle differenze ideologiche, stante, in genere, «un accordo completo, così completo, talora, che ce se ne dimentica, sui principi fondamentali da applicare», p. 264.

¹¹ *Ibidem*, p. 268.

2. *Le necessità sistematiche del diritto costituzionale*

L'indagine dovrà essere sistematica proprio in virtù della specifica natura delle norme costituzionali: perché esse possono avere effetti salvifici o distruttivi sull'intero ordinamento, e perché, più di ogni altre, possono essere piegate – in ragione della forza politica economica e sociale che se ne impadronisce e dell'assetto sociale complessivo in cui trovano applicazione e vengono recepite – a fini diversi, se non opposti, rispetto a quelli per i quali erano state previste.

Sistematicità, pertanto, dovrebbe significare, in primo luogo, riconoscere che l'indagine teorica ha necessità di prendere atto dell'esistenza, nell'ordine politico e sociale dei fatti, di un «criterio di orientamento»¹². Tale criterio è desumibile dai «fini» proposti all'organizzazione sociale da coloro che sono dotati del potere (politico, sociale ed economico) di orientare le scelte fondamentali della società. Il compito della scienza costituzionale dovrebbe essere quello di registrare queste scelte, di «esplicitare» «il principio giuridico in esse contenuto» e, con questo, procedere, contestualmente, sia «al rilievo della realtà sociale» che all'elaborazione delle «norme» e degli «istituti che, data quella realtà sociale, devono permettere al principio politico adottato di attuarsi e di essere operoso»¹³. Si tratta di un compito che va mantenuto e assolto anche quando – soprattutto quando – le scelte politiche e i principi giuridico-costituzionali in esse implicati paiono assenti, o, per così dire, assorbiti in una rappresentazione ordinamentale e sociale apparentemente necessitata e obbligata, in quanto ritenuta l'unico esito possibile di una certa evoluzione storica e sociale. Una rappresentazione, in questo caso, cui corrisponde, di solito, sotto l'aspetto del contenuto, la considerazione *sub specie aeternitatis* degli ideali di vita consacrati nelle Costituzioni o nelle Carte dei diritti. È questo, ad esempio, il tratto caratteristico che Costantino Mortati individuò analizzando l'ideologia che presiedette alla formazione delle prime costituzioni moderne, definite «costituzioni ideali»¹⁴. Con una linearità espositiva e argomentativa stringente e ammonitrice, Mortati osservava, da un lato, che «la rappresentazione dei diritti fondamentali consacrati nelle “dichiarazioni” (...) quali diritti di natura, e come tali, sopraordinati alla volontà del

¹² *Ibidem*, p. 269.

¹³ *Ibidem*, p. 270.

¹⁴ C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 144 ss.

costituente» non fosse «sufficiente ad occultare il carattere di scelta politica effettuata dalle classi che li proclamavano»; e, dall'altro lato, che l'indicatore principale dell'influenza determinante esercitata dalla scelta politica situata a monte della decisione costituzionale effettivamente praticata non potesse non essere rappresentato, giocoforza, «dal *diverso rilievo* dato alle varie libertà», «come è confermato dalla *divergenza* riscontrabile fra l'attuazione data ai principi e le loro enunciazioni»¹⁵.

L'avvertenza sistematica, implicita nell'analisi costituzionalistica, perciò, potrebbe essere così formulata: la costituzione «non è mai autoscopo, bensì sempre strumento rivolto alla realizzazione di determinate finalità, e quindi soggetto a subire quelle compressioni o deformazioni che si dimostrino, di volta in volta, necessarie per poterle soddisfare»¹⁶. Il criterio di orientamento è, pertanto, dipendente dal concetto di costituzione (e della sua specifica funzione), il cui substrato concettuale si forma attraverso la riflessione sulla categoria della giuridicità, e, in particolare, della giuridicità costituzionale. Il che impone un passaggio successivo nel processo definitorio del concetto di sistematicità del diritto costituzionale.

L'efficacia e la vigenza delle norme costituzionali sono tematiche enormi, che qui non possono essere neppure sfiorate. Come si è tentato sbrigativamente di mostrare in alcuni passaggi di questo elaborato e, come del resto è ben noto, lo stesso normativismo kelseniano, nel suo travaglio di determinare il contenuto e la natura della norma fondamentale, assume che la realtà sociale (il diritto materiale positivo) esiste e che non si può non tenerne conto. D'altra parte, però, gli eventi relativi alla formazione dell'ordinamento europeo e le stesse modifiche subite, e che ancora forse potrà subire, la costituzione italiana, sono esempi evidenti di una semplice constatazione, e cioè che «la scienza del diritto costituzionale» non può «sperare di vedere riconosciuta apertamente alle sue norme efficacia obbligatoria, perché a ciò si oppone il concreto atteggiamento delle forze politiche»¹⁷. Questa presa di coscienza, per quanto destabilizzante, non costituisce né l'anticamera di un vuoto scetticismo costituzionale, né la base teorica per invocare, ad ogni istante, una processualità costituzionale perenne ed autoinverantesi. Semmai può essere il punto di avvio per ancorare la specifica *certezza* del diritto costituzionale ad un fondamento più profondo della semplice giuridicità for-

¹⁵ *Ibidem*, p. 146 (corsivi aggiunti).

¹⁶ *Ibidem*, p. 147.

¹⁷ G. GUARINO, *Lo scioglimento*, cit., p. 271.

male dell'ordinamento o di una pacifica evoluzione dei *desiderata* della c.d. "società civile".

Il criterio del buon funzionamento ingegneristico delle istituzioni non basta e si rivela un criterio sterile per giudicare della giuridicità di un ordinamento costituzionale. La «legalità» costituzionale, la tenuta complessiva del sistema costituzionale, la certezza costituzionale, poggiano su altre basi. «Le norme costituzionali», è stato osservato, «si trovano al centro della lotta politica e le parti, che si contendono il potere, più che al *rendimento* delle leggi rispetto all'ordinamento, hanno in considerazione l'*utilità* che le leggi stesse possono avere per i loro fini. Le norme, ancora, sono il filtro attraverso il quale i termini violenti della lotta si trasformano nel più pacato esercizio di diritti e di attribuzioni costituzionali, hanno cioè tutte il carattere di un mezzo preventivo di arbitrato: le parti non contendono più sulle loro pretese, non fanno valere la loro forza originaria, ma si stanno a quello che è fissato nelle norme e fanno valere la loro volontà nei limiti in cui queste lo consentono»¹⁸. Ciò significa che l'esigenza fondamentale della vita costituzionale, seppure rintracciabile nella fermezza, nella stabilità delle norme, trova fondamento non nella aspettativa di regolare al meglio la propria azione, calibrandola sul gioco dei reciproci interessi secondo lo schema privatistico della doppia contingenza, quanto, piuttosto, sulla necessità di esistenza dello stesso ordinamento, esistenza che richiede, appunto, che «viga la norma e non la legge del più forte»¹⁹.

Ciò impone, però, che la funzione del diritto costituzionale sia specificamente connotata. Che essa, cioè, sia intesa in senso critico-produttivo.

3. *Per un criticismo produttivo*

Nello scritto *Unsere Aufgabe*²⁰, compilato da Jhering per presentare la nuova rivista *Jarbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, il giurista tedesco, contrapponendosi alla Scuola storica di Savigny, sottolineava come l'alternativa metodologica non si ponesse più tra metodo storico e non-storico, bensì tra una giurisprudenza calibra-

¹⁸ G. GUARINO, *Lo scioglimento*, cit., p. 271 (corsivi aggiunti).

¹⁹ *Ibidem*, p. 272.

²⁰ R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, cit.

ta sul «rapporto puramente *recettivo* nei confronti della materia storica» e una giurisprudenza a vocazione costruttiva, più precisamente «produttiva»²¹. Se la Scuola storica, «nel campo della storia del diritto, si era accontentata di recepire gli eventi storico-giuridici nel modo in cui si presentano nella storia, il nuovo indirizzo richiama l'attenzione su un diverso atteggiamento»²²: come scrive Jhering, «l'evangelo della storia del diritto futuro consiste nel principio secondo cui, dietro ciò che emerge come dato di fatto esterno nello sviluppo storico del diritto, dietro il concreto del punto di vista della storia del diritto, vi è ancora un altro pezzo di storia del diritto – e precisamente la parte migliore – che però si cela più o meno al contemporaneo, poiché è troppo vicino (...). Come lo scienziato utilizza i resti fossili di un'epoca del mondo trascorsa in quanto gli rendono conto di problemi intorno a cui essi immediatamente non esprimono nulla; come sovente i pezzi più piccoli gli offrono le conclusioni più importanti (...) proprio così le cose vanno anche per quanto riguarda i resti di un'epoca della storia del diritto trascorsa»²³.

Dunque, nella giurisprudenza «produttiva» di Jhering, la «produzione giuridica» è attività riorganizzatrice della materia storica, nel senso di non limitarsi all'esposizione del contenuto immediato degli atti normativi, ma, piuttosto, di soffermarsi, soprattutto, sullo «sviluppo» del loro contenuto «mediato», in una duplice direzione: deducendo dal principio politico-giuridico fondamentale il contenuto delle singole decisioni, e, viceversa, valutando l'incidenza, sull'ordinamento complessivo, delle norme poste secondo quel principio, attraverso lo svolgimento teorico delle conseguenze derivabili dall'aver posto proprio questo o quel principio, anziché questo o quell'altro, a base dell'ordinamento²⁴.

Come ha evidenziato Guarino, riprendendo la distinzione jheringiana tra scienza ricettiva e produttiva, «con la seconda la scienza parte dal fatto per creare norme ed istituti. Questa è la funzione più alta e più piena di responsabilità della scienza; qui essa, per così dire, ricostruisce giuridicamente la natura *iuxta propria principia*; fa della alta giurisprudenza, della giurisprudenza costruttiva; e tutto ciò in modestia, avendo coscienza di non formulare verità eterne o principi universali, e che anzi il frutto del suo pa-

²¹ *Ibidem*, p. 3.

²² R. RACINARO, *Presentazione* a R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, cit., p. VII.

²³ R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, cit., pp. 4-5.

²⁴ *Ibidem*, p. 7.

ziente lavoro hanno vita breve, sono destinati a cadere con il mutare della struttura sociale o delle forze politiche»²⁵.

È, questo, un punto cruciale per comprendere che la scienza costituzionalistica, per svolgere eguale funzione «produttiva» al pari della scienza privatistica, dovrebbe seguire strade del tutto diverse da quest'ultima, non di politica legislativa, con conseguente naturale ed automatica obbligatorietà delle norme poste, ma di politica costituzionale, cioè di ricostruzione innaturale e non obbligatoria del consenso, sulla base di norme accettate proprio perché frutto di ricomposizione instabile di una conflittualità permanente di ordine politico, economico e sociale. In questo senso, il contenuto «mediato» degli atti normativi costituzionali è molto più importante della loro formulazione finale, che è solo apparentemente univoca, ma che, in realtà, si mostra, di fatto, estremamente volubile per il costante pericolo di sopravvento di questa o quella forza politico-sociale, egemone in un dato momento storico²⁶.

Dirimente, allora, per valutare la funzione «produttiva» del diritto costituzionale, la sua attività ricostruttiva del materiale storico-sociale, è la scala di priorità da esso fissata per giudicare gli elementi che sono considerati fondamentali per la vita di una determinata società, cui corrisponde la graduazione degli istituti giuridico-costituzionali chiamati a garantire il rispetto e l'effettività di quegli elementi. Senza questa graduazione di fini – che è ricostruzione artificiale del proprio statuto e, contemporaneamente, del proprio oggetto – la scienza costituzionalistica perderebbe la sua portata prescrittiva per diventare mera descrizione di una immutabile politica fondamentale, replicatrice di una ragione permanente e di perenni massime di giustizia, mera ratifica legale di un ordine sociale e morale superiore, immune dalle logiche conflittuali del consenso e del dissenso (e, se si vuole, del non-dissenso). Assurgerebbe, cioè, a limitata struttura giuridica che verticalizza il progetto di organizzazione sociale, sottraendo l'oggetto del contratto sociale (i diritti, l'organizzazione sociale, la distribuzione di beni) all'analisi e alla discussione e perpetuando, di fatto, la legittimità “naturale” delle posizioni eminenti, ereditariamente trasmesse, mantenendo così inalterate – stante l'intangibilità di questo ordine superiore – le ineguaglianze sociali politiche ed economiche consolidate.

²⁵ G. GUARINO, *Lo scioglimento*, cit., p. 273.

²⁶ Come ha lapidariamente sottolineato V. ANGIOLINI, *Il diritto degli individui*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 21, «la raffigurazione immaginifica di Dworkin, per il quale ci potrebbe essere sempre un “Ercole” in grado di rinvenire il diritto, deve essere capovolta nel senso che ci può essere sempre chi il diritto è in grado di rovesciarlo».

Ricostruzione costituzionale dei fini della società significa, perciò, innanzitutto, acquisire piena coscienza delle «premesse» alle quali il proprio lavoro è legato. «Poiché i principi tra i quali le forze politiche finiscono per optare sono relativamente pochi per ogni epoca storica ed anche i rapporti sociali per ogni stadio dell'evoluzione si lasciano raggruppare in categorie, la scienza può procedere a raggruppamenti ipotetici e formulare sulla base di questi norme ed istituti, perché non dimentichi di porre in evidenza quali sono le ipotesi e le premesse da cui di volta in volta parte»²⁷. Le «premesse» sono i principi politici e le scelte sociali, che un dato ordinamento compie e si dà e su cui intende edificare le proprie istituzioni. Mantenere la coscienza di queste «premesse» significa tenere ferma l'idea che il concetto di costituzione è un concetto «dinamico» e non statuario, non perché – come vorrebbe la teorica adesso più ricorrente – concetto polimorfo e poliadattabile a tutte le esigenze del reale (sarebbe un concetto inutile, appiattito sul fluire degli eventi), ma perché oggetto di questo concetto (cioè «l'idea di costituzione che risiede nella mente dei membri del gruppo politico, e in quello dello scienziato sociale che li osserva, che determina i diversi concetti di costituzione») è, per l'appunto, «la rappresentazione del rapporto che intercorre tra quelle normative fondamentali e i fenomeni costitutivi dell'ordine sociale»²⁸.

Porsi, allora, la seguente domanda: «si tratta di sapere se sia ancora perseguibile la pretesa di fornire attraverso la costituzione un quadro morale e razionale al discorso politico, conformando l'ordine sociale e istituzionale complessivo per mezzo di principi e regole che limitino e orientino (e dunque, con ciò stesso, rendano conoscibile) il potere in tutte le sue forme, pubbliche e private»²⁹, significa reinterrogarsi proprio sulla *rappresentazione* di quel rapporto. Che tipo di nesso politico, di scelte fondamentali, si possono rinvenire nell'intreccio tra la normativa costituzionale e la struttura della società? È questo genere di interrogativo che rimanda, inevitabilmente, alla disamina dei fini politici e all'analisi della loro corrispondenza ai fini costituzionali acquisiti, prodotto, a loro volta, di una travagliata storia politica, sociale, economica e, dunque, costituzionale. In quest'ottica, il prendere atto che i concetti elaborati dal costituzionalismo rappresentano il portato storico e sociale di lotte di civiltà e di riconoscimenti politici conquistati ed otte-

²⁷ *Ibidem*, p. 270.

²⁸ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. 8.

nuti da forze e soggetti reali, al fine di tracciare una nuova linea di legittimità e di legittimazione del potere esistente e consolidato (o in fase di consolidamento), consente di dare corpo alla *normatività* delle costituzioni. Nell'ipotesi contraria, la possibilità che le costituzioni forniscano, come si è detto, un «quadro morale e razionale al discorso politico» si tramuterebbe in un'istanza retorica, in un'acquisizione imposta dall'alto della prescrittività costituzionale.

Non è senza significato che, tanto nella visione del costituzionalismo-giurisprudenziale-dei-diritti, quanto nella visione di una costituzione policontesturale³⁰ il consenso tra le parti contraenti (difficilmente rappresentate come forze politiche e sociali, più facilmente come individui virtuali o gruppi individuali di interesse) venga richiesto solo per la validità di uno o più contratti, per così dire, di *oggetto minore* (*lex mercatoria, governance, negoziazioni multilivello*), contratti sul modo di disporre di diritti e obblighi, già decisi, invece, in un contratto separato, di ordine superiore, dichiarato tale da una scienza giuridica e da una pratica politica ambedue impegnate in un mero riconoscimento etico-prudenziale della complessità sociale, acriticamente descritta nell'immobilità e nell'autopoiesi delle sue gerarchie sociali e naturali. Un contratto superiore e intangibile, che oggi può assumere, indifferentemente, la forma della globalizzazione, la forma della rete, la forma di un nucleo neo-giusnaturalistico (neo-assiologico) di diritti classici di libertà, totalizzante ed escludente insieme.

Ebbene all'idea di una costituzione come «mito-parametro»³¹, la cui comprensione, accettazione e discussione sono rimesse alla competenza morale di una saggia aristocrazia politica e giudiziaria, chiusa in se stessa e aperta soltanto a virtuali *Sé noumenici*, si può contrapporre un'idea di costituzione che vive quel rapporto tra prescrizioni costituzionali e società in modo *critico*.

L'esercizio di una funzione critica, da parte del diritto costituzionale, rispetto all'assetto empirico, materiale, dei diritti, dei poteri e dell'organizzazione della società, costituisce l'orizzonte epistemologico del costituzionalismo nella sua formulazione che, qui, si ritiene più compiuta. Formulazio-

³⁰ «Il diritto policontesturale è (...) dominato da contesti "ciechi", più precisamente, da sistemi del suo contesto situato all'interno della società – sistemi che, in assenza di un centro di governo politico, creano delle norme giuridiche quale, per così dire, scarto delle loro continue operazioni», G. TEUBNER, *Diritto policontesturale*, cit., p. 110.

³¹ M. DOGLIANI, *La nuova dimensione della questione morale*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 146.

ne storica, cui corrisponde uno stadio ben preciso di civiltà dei rapporti politici, economici e sociali.

Ora, come è stato lucidamente osservato, la funzione critica del diritto costituzionale e dei suoi interpreti si compone di due elementi essenziali. Ossia, da un lato, la corretta impostazione metodologica di una normale scienza empirica, che sottopone sempre a verifica i risultati acquisiti, e, dall'altro lato il giudizio "normativo", che si sostanzia, per i giuristi, in un «giudizio» sulla condizione di ottemperanza o di inottemperanza relativamente alle prescrizioni costituzionali vigenti³².

La *verifica dei risultati* e il *giudizio normativo* sono passaggi essenziali del procedimento scientifico del diritto costituzionale, strettamente collegati e interdipendenti. Presi in sé, astrattamente, potrebbero, però, semplicemente indicare fasi di controllo successive alla vigenza di una qualsiasi costituzione; potrebbero, cioè, essere considerati meri indicatori dello stato di implementazione e di attuazione di un qualsiasi modello costituzionale di governo della società, segnalando, rispettivamente, il corretto funzionamento istituzionale e il grado di conformità delle regole organizzative ai principi posti a base dell'ordinamento considerato. Il modello critico del diritto costituzionale, invece, riempie di contenuti determinati questi due indicatori, muovendo dall'assunto che sussista, in ogni fase di attuazione costituzionale, una «tendenziale e irriducibile illegittimità del potere»³³. La politica costituzionale, perciò, trova il suo principale fondamento nella vigile e costante «critica del diritto positivo vigente», che non è «meramente esterna, o politica, o *de iure condendo*, ma interna, o giuridica o *de iure condito*, perché rivolta ai suoi profili d'ineffettività e d'invalidità»³⁴. Pertanto, affinché la critica sia giuridica, anzi, giuridico-costituzionale, occorre accettare, preliminarmente, una duplice premessa: 1) che il diritto costituzionale è diritto politico (nel senso sopra specificato) e sociale e, dunque, rinunciare alle concezioni monodimensionali del diritto, di cui il normativismo e il realismo sono le espressioni

³² Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 8ª ed., 2004, pp. 915 e 921; ID., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 100-102.

³³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 914.

³⁴ *Ibidem*, ivi. «Tale orientamento», continua l'autore, «che ben possiamo chiamare "giuspositivismo critico", si riflette nel modo di concepire il lavoro del giudice e del giurista, ponendo in questione due dogmi del giuspositivismo dogmatico: la fedeltà del giudice alla legge e la funzione meramente descrittiva e valutativa del giurista nei riguardi del diritto positivo vigente».

più note e praticate³⁵; 2) ritenere compiuto e consolidato, a far data dalle costituzioni del secondo Novecento, il passaggio da una democrazia formale a una democrazia sostanziale³⁶, o, se si vuole, ritenere inscindibili e strettamente intrecciate le due dimensioni della democrazia. È in questo passaggio che il diritto politico acquisisce e completa la sua dimensione giuridico-costituzionale, attribuendo specifico valore alla «legalità» costituzionale.

Soffermandoci su questa seconda premessa – atteso che per la prima pos-

³⁵ «Normativismo» e «realismo», scrive L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 913, hanno il difetto «di precludersi, per la loro unilateralità, l'uno l'analisi e la critica dell'ineffettività delle norme valide (puramente accettate come vigenti) e dell'effettività delle norme invalide (trascurate come non vigenti, l'altro dell'invalidità delle norme effettive (puramente accettate come vigenti) e delle norme in effettive (trascurate come non vigenti). Precisamente, un approccio esclusivamente normativistico, limitandosi all'analisi (del significato) delle norme, consente soltanto di descrivere il “dover essere” normativo dei fenomeni giuridici regolati, e non anche il loro “essere” effettivo. Inversamente, un approccio elusivamente realistico, limitandosi all'osservazione di ciò che accade di fatto, consente solo di descrivere i fenomeni giuridici quali effettivamente “sono”, e non anche quali normativamente “devono essere”. In ambedue i casi risultano favoriti modelli unidimensionali di scienza giuridica: nel primo caso la contemplazione acritica ed edificante dell'immagine legale (ma purtroppo talora irrealistica) che con le sue norme un sistema giuridico dà di se stesso e il suo scambio con l'“essere” del diritto; nel secondo caso la registrazione acritica e rassegnata dei suoi modi di funzionamento reali (ma purtroppo talora illegali) e il loro scambio con il “dover essere” del diritto. L'esito comune è la legittimazione ideologica del diritto invalido vigente: o perché ignorato come non vigente, o perché accreditato come valido».

³⁶ Ribadisce L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 905, che per democrazia sostanziale o sociale dovrà intendersi «lo “stato di diritto” dotato di effettive garanzie, sia liberali che sociali», laddove, in questo tipo di concezione hanno carattere sostanziale quelle norme «secondarie» (secondo la distinzione hartiana si tratta di quelle norme che conferiscono poteri, mentre le norme «primarie» sono quelle che impongono obblighi), le quali, «diversamente dalle norme sul “chi” e sul “come” si deve decidere che riguardano le fonti e le forme di produzione delle norme primarie, riguardano il “che cosa” si deve e non si deve decidere, e perciò i loro contenuti sostanziali». In questo senso, occorre riconoscere, secondo l'autore, che con l'avvento delle costituzioni del secondo Novecento, è irrimediabilmente mutata la base di legittimazione dello stato: «mentre lo stato di diritto liberale deve solo *non peggiorare* le condizioni di vita dei cittadini, lo stato di diritto sociale deve anche *migliorarle*; deve non solo non essere per loro uno svantaggio, ma anche essere un vantaggio. Questa differenza è legata alla diversa natura dei beni assicurati dai due tipi di garanzie. Le garanzie liberali basate su divieti servono a difendere o conservare le condizioni *naturali* o pre-politiche di esistenza: la vita, le libertà, le immunità dai soprusi e, dobbiamo oggi aggiungere, la non nocività dell'aria, dell'acqua e in generale dell'ambiente naturale; le garanzie sociali o positive basate su obblighi consentono invece di pretendere e acquisire condizioni *sociali* di vita: la sussistenza, il lavoro, la salute, la casa, l'istruzione e simili. Le prime sono rivolte al passato ed hanno come tali una funzione conservatrice; le seconde sono rivolte al futuro ed hanno una portata innovatrice», p. 903.

sono valere le osservazioni svolte in precedenza – pare essere necessario, per il diritto costituzionale, tornare a *ri-qualificare* il proprio oggetto, così ponendo le premesse per giudicare il tipo di democrazia che al paradigma costituzionale – di cui le attuali forme di governo dovrebbero essere “esecutrici” – pertiene.

Una riqualificazione che si rende indispensabile perché, sempre di più, il concetto di democrazia pare subire la stessa sorte del concetto di costituzione. Si assiste, cioè, alla indiscriminata moltiplicazione dei «tipi di democrazia quanti sono gli ordinamenti giuridici concreti»³⁷. Si pone, allora, un problema di discernimento, appunto, critico.

4. *Ri-materializzazione del diritto costituzionale*

Questo vuol dire che, oggi, per poter tornare a rappresentare adeguatamente il rapporto tra norme fondamentali di convivenza e fenomeni costitutivi dell'ordine sociale, la rimaterializzazione del diritto costituzionale non dovrebbe compiersi solo dal lato dei diritti, ma anche dal lato dell'organizzazione politica e sociale retrostante a quelle pretese, in modo da far emergere la struttura fondamentale (intesa come trama di rapporti politici, economici e sociali in grado di far valere di più o di meno questo o quel diritto), sulla quale si poggia quella porzione (o quelle porzioni) di società in grado di autorappresentarsi, in un dato momento storico, come totalità. Ciò al fine di poter verificare gli eventuali scostamenti dei fenomeni e delle dinamiche sociali dal modello costituzionale vigente e, così, valutare la tenuta effettiva della normatività della costituzione.

Ci sembra questo lo snodo teorico fondamentale sul quale tentare di riflettere attraverso lo specifico approccio del «metodo cumulativo».

Come si è visto, nelle ricostruzioni neocostituzionalistiche di ispirazione rawlsiana, habermasiana e dworkiniana, la possibilità di considerare morale il diritto (e in particolare il diritto costituzionale) dipende, in larghissima parte, dalla capacità dell'osservatore (lo studioso, il politico) di sublimare le caratteristiche storiche e sociali di appartenenza dei soggetti deputati a statuire le regole principali di convivenza o in un velo di ignoranza, o in una piattaforma comunicativa ideale o in una ragione ricostruttiva giurispruden-

³⁷ G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, cit., p. VII.

ziale onnisciente. Diritto e morale riescono qui a combinarsi in ragione dell'assenza di soggettività reale e materiale di quelle entità dialoganti, di volta in volta chiamate a stabilire – da questa posizione di irrealtà – le condizioni di consenso e di legittimazione della società nonché le forme basilari del futuro ordine costituzionale. Questo schema generativo delle strutture giuridiche fondamentali della società muove dall'azzeramento ipotetico dei contenuti sociali dell'accordo e, contestualmente, preconstituisce un insieme 'morale' di massime universali che, per il solo fatto di essere dichiarate, dovrebbero – secondo tali impostazioni – innescare un processo, per così dire, di retrocessione dalle situazioni di gerarchia e di privilegio che la società reale continuamente riproduce. Non c'è dubbio che il patto costituzionale che questo ipotetico incontro di volontà produce sia un patto 'etico'. È certo che esso dà luogo ad una 'costituzione etica', o, se si vuole, accentuandone ulteriormente la caratura assiologica, ad una costituzione addirittura 'aletica'. Ma, da quello stesso patto, difficilmente potrà derivare un'etica costituzionale, la quale, al contrario, a nostro avviso, presuppone esattamente il rovesciamento dell'impianto concettuale dianzi descritto. 'Costituzione etica' ed 'etica costituzionale', infatti, presuppongono due diverse concezioni della costituzione, e la loro differenza va ben oltre il semplice gioco di parole che intuitivamente potrebbe contribuire a distinguerle.

È possibile asserire che l'etica costituzionale, per poter essere intesa nel significato che qui si vuole attribuirle, proprio in quanto e innanzitutto 'etica', e, dunque, generalmente, scienza della condotta, si poggia su una certa idea di filosofia morale. Senza entrare in distinzioni che ci porterebbero assai lontano dalle limitate finalità di questo capitolo, potrebbe essere più proficuo partire da una semplice affermazione preliminare che ci sembra basilare per poter soltanto introdurre il discorso sull'etica costituzionale.

5. Etica costituzionale

In uno dei suoi scritti più importanti, Alasdair MacIntyre ha evidenziato che «una filosofia morale (...) è caratterizzata dal fatto di presupporre una sociologia. Infatti ogni filosofia morale fornisce esplicitamente o implicitamente almeno una parziale analisi concettuale del rapporto di un soggetto con le proprie ragioni, con i propri motivi, con le proprie intenzioni e azioni, e nel far questo in generale presuppone in qualche modo la tesi che questi concetti siano o almeno possano essere esemplificati nel mondo so-

ziale reale»³⁸. Più prosaicamente, ogni filosofia morale ha l'ambizione di disegnare un modello di società e, nel fare questo, tenta di stabilire una corrispondenza biunivoca tra comportamenti prescritti e andamento sociale reale. Il che implica, ovviamente, che la riflessione su un eventuale "io prescrittivo" non possa prescindere da una riflessione su se stessi a partire dal proprio essere sociale, che influenzerà, a sua volta, inevitabilmente, i propri schemi culturali. Ciò significa prendere atto che il punto di partenza morale è sempre la propria identità sociale: «sono nato con un passato; e tentare di tagliarmi fuori da questo passato alla maniera individualistica vuol dire deformare i miei rapporti attuali. Il processo di un'identità storica e il possesso di un'identità sociale coincidono»³⁹. In queste pagine ritroviamo un'impostazione che la scienza costituzionalistica dovrebbe ben conoscere, e che rappresenta il punto focale di una complessa analisi metodologica compiuta alla vigilia di un'epoca altrettanto critica: «per le formazioni di senso storiche, quindi anche per tutte quelle giuridiche, forme mai 'pure' ma sempre condizionate dalla realtà, la separazione dal loro fondamento reale e dal soggetto conoscente è possibile, sempre, solo in misura relativa; il loro approccio conoscitivo non potrà dunque mai diventare quello della scienza 'pura' del senso. Un'interpretazione esclusivamente immanente, che segna soltanto le specifiche leggi del relativo ambito di senso, diventa dunque inammissibile e necessita di un'integrazione, poiché nessuna formazione di senso storica è pienamente comprensibile senza porla in relazione con la genesi e con la situazione di fondo psico-sociologica in cui si è sviluppata»⁴⁰. Qui si rintraccia la nota distintiva dell'etica costituzionale, la quale pone a fondamento del suo progetto trasformativo della realtà (in questo senso un progetto culturale) il contesto sociale reale in cui attivamente agiscono gli uomini e che su di essi agisce, chiedendosi da dove questo progetto trasformativo parta e dove esso conduca: *da e verso* una reale uguaglianza? *da e verso* una reale disuguaglianza? *da e verso* la libertà di tutti? *da e verso* la libertà soltanto di pochi e di qualcuno? *da e verso* quale reale spettro di scelte politiche, economiche e sociali? *da e verso* quale rapporto di lavoro, di relazione sociale, di forma di governo, di rappresentanza politica? In questo senso, «lo specifico *ethos* della scienza della realtà, che si rivolge non esclusivamente al nostro intelletto

³⁸ A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in moral Theory* (1981), tr. it. di P. Capriolo, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli, 1988, p. 37.

³⁹ *Ibidem*, p. 264.

⁴⁰ H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 85-86.

ma (...) sempre alla nostra responsabile decisione fondata sulla volontà, si oppone all'universale e quindi irresponsabile *tout comprendre* tipico delle scienze del senso»⁴¹.

Se l'etica costituzionale è inscindibilmente legata alla consapevolezza passata, presente e futura della propria identità sociale, allora essa può essere praticata seguendo un metodo cumulativo. «Ciò che sono», continua MacIntyre, «è dunque in una parte fondamentale ciò che ho ereditato, un passato specifico che è in qualche misura presente nel mio presente. Mi trovo inserito in una storia, il che significa, in genere, che mi piaccia o no, che ne sia consapevole o no, che sono uno dei portatori di una tradizione. (...) Su questo punto è facile essere messi fuori strada dagli usi ideologici cui i teorici politici conservatori hanno piegato il concetto di tradizione. Di solito questi teorici hanno seguito Burke nel contrapporre la tradizione alla ragione e la stabilità della tradizione al conflitto. Entrambe le contrapposizioni generano confusione. Infatti ogni ragionamento avviene nel contesto di una qualche forma tradizionale di pensiero, e supera mediante la critica e l'invenzione i limiti di ciò che era stato pensato fino ad allora in tale tradizione (...). Inoltre, quando una tradizione è bene in ordine è sempre parzialmente costituita da una discussione circa i valori il cui perseguimento fornisce alla tradizione in questione il suo senso e scopo particolare. Così quando un'istituzione (...) è la portatrice della tradizione di una o più pratiche, la sua vita comune sarà costituita in parte, ma in una parte di importanza capitale, da una discussione continua su che cos'è e che cosa dovrebbe essere» una buona istituzione. «Le tradizioni quando sono vitali, implicano continui conflitti. In realtà, quando una tradizione diventa burkeana, è sempre morente o addirittura già morta»⁴².

La consapevolezza sociale – che è consapevolezza storica, che è manutenzione ordinata del proprio passato attraverso una continua discussione e un riprodursi del conflitto sul patrimonio che il costituzionalismo ci ha trasmesso (in una parola l'etica costituzionale) – è il filtro necessario per rendere intellegibile il presente, nel tentativo di progettare e guidare future trasformazioni. «L'interpretazione sociologica dei contenuti spirituali della cultura», infatti, «comprende questi ultimi non in modo immanente, ma nelle forme in cui una realtà sociale si autointerpreta. L'interpretazione della scienza della realtà ha dunque il compito di porre in relazione tutte le

⁴¹ *Ibidem*, p. 85.

⁴² A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in moral Theory*, cit., pp. 264-265.

formazioni di senso col contesto da cui si sono sviluppate, comprendendo il loro senso, per quanto possibile, come funzione sociale, rendendole quindi intelligibili per i concetti della scienza della realtà»⁴³. Di qui una precisa distinzione: «ad una considerazione immediata e dunque ingenua, tutta la realtà sociale (...) appare con il carattere di realtà oggettiva immutabile. Non c'è consapevolezza delle formazioni sociali come esser-divenute e come divenire, come forme dell'attività umana; l'incredibile quantità delle esperienze dei nostri antenati che oggi è attività in noi come patrimonio e come cultura ha trovato posto soltanto nel nostro sapere inconscio. Le formazioni sociali e le forme spirituali di ogni tipo, edificando su questo patrimonio di esperienze, indirizzano il flusso esperenziale dell'uomo civilizzato, in modo per lo più del tutto invisibile, nei solchi tracciati dal linguaggio, dalla consuetudine, dal diritto, dalla famiglia, dallo Stato ecc.»⁴⁴.

Sulla base di queste osservazioni si potrebbe dire che il «metodo cumulativo» può essere scandito attraverso una triplice e unitaria copresenza di elementi costitutivi: la *narrazione*, ossia la necessità che il diritto costituzionale sia inteso come il prodotto di una certa storia sociale e istituzionale; l'*intelligibilità*, cui corrisponde la funzione critica del diritto costituzionale, l'introduzione e, al contempo, la messa in discussione del patrimonio concettuale del costituzionalismo, in ragione dei conflitti che la società continuamente produce, per tentare di comprendere il livello più alto di civiltà che un assetto costituzionale può garantire in relazione alla qualità e alla quantità di democrazia tanto ancora possibile quanto effettivamente realizzata; la *responsabilità*, che deriva direttamente dalla possibilità di procedere con serenità al precedente vaglio critico, rendendo intelligibili gli istituti che ci governano e, dunque, chiamando specifici soggetti a rendere conto del proprio operato.

⁴³ H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 87.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 88.

EPILOGO

DALL'ELASTICITÀ ALL'IDENTITÀ
DELLE COSTITUZIONI

Che rapporto c'è tra elasticità e identità? Ed esiste un criterio di identità della Costituzione?

Forse esiste un unico modo di rispondere a questa domanda, completo e insoddisfacente al tempo stesso, ed è quello che ritroviamo nelle parole della Corte costituzionale nella sentenza n. 1146/88: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la loro forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

Di recente, il criterio di identità della costituzione è stato il cardine attorno al quale hanno ruotato le argomentazioni addotte dal Tribunale costituzionale tedesco per decidere della costituzionalità del Trattato di Lisbona. Si tratta di un criterio sviluppato compiutamente nel *Lissabon-Urteil* e ripreso con successo nell'ultima pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* per decidere della costituzionalità del Fiscal Compact.

Anche l'argomentare del Tribunale costituzionale tedesco non è scevro da suggestioni giusnaturalistiche: la «costituzione dei tedeschi» è il prodotto di una «ragione universale che non può essere mutata dal diritto positivo» (par. 218) e la «garanzia di eternità» sottrae sia al legislatore costituzionale sia addirittura allo stesso potere costituente del popolo la possibilità di modificare quei principi di democrazia, di autodeterminazione, di libera ed eguale partecipazione al potere pubblico, contenuti negli artt. 1 e 20 della Legge Fondamentale. «Questa c.d. garanzia di eternità», asserisce il *Bundesverfassungsgericht*, «ha tolto anche al legislatore costituzionale, in sede di revisione costi-

tuzionale, ogni disposizione sull'identità dell'ordinamento costituzionale della libertà. La Legge fondamentale non solo presuppone, ma garantisce anche la condizione di Stato sovrano della Germania. Può restare aperta la questione se questo vincolo in virtù dell'universalità di dignità, libertà ed eguaglianza, valga perfino per il potere costituente, cioè nel caso in cui il popolo tedesco in libera autodeterminazione, seppure in soluzione di continuità della legalità (*Legalitätskontinuität*) rispetto all'ordinamento della Legge fondamentale, si dia una nuova Costituzione» (parr. 216-217). Sono proprio i principi sopra richiamati a fondare l'«identità della costituzione», la quale non potrà essere diversa da se stessa, pena lo «svuotamento strisciante o anche brusco del nucleo di libertà di un ordinamento a base democratica» (par. 218). L'identità della costituzione si rintraccia nei suoi principi di struttura («ossia la democrazia, lo Stato di diritto e lo Stato sociale, la repubblica, lo Stato federale nonché la sostanza dei diritti fondamentali elementari indispensabili per il rispetto della dignità umana»), i quali, in quanto principi supremi dell'ordinamento, sono «sottratti a qualsiasi modifica» (par. 217).

Come si può notare le due decisioni hanno un impianto comune. Il tema è il criterio di identità della costituzione, si potrebbe dire (con un'immagine più suggestiva ma forse ancora più evanescente) del suo «spirito» e, in entrambi i casi, esso coincide con l'insieme dei principi fondamentali, anzi supremi, che la caratterizzano e la distinguono da altre costituzioni e dalle non-costituzioni (come viene definito il Trattato europeo dal Giudice tedesco). Se ne ricava che costituisce una semplice revisione costituzionale ogni mutamento della costituzione che tuttavia non alteri i suoi principi fondamentali, mentre costituisce una vera e propria instaurazione costituzionale ogni cambiamento della costituzione che li stravolga.

Si è detto che il criterio di identità, così come delineato dalle due Corti costituzionali, è completo ma insoddisfacente.

Questa affermazione va spiegata.

L'appello all'identità della costituzione non è di concreta utilità.

Si può dire, su un piano generale, che «la rappresentazione-guida dell'identità non è mai di concreta utilità», richiamarsi all'identità svolge quella particolare funzione di *parlare prima* «che nelle scienze si giunga – e mentre si giunge – allo sviluppo di rappresentazioni e modalità di procedimento produttive»¹.

¹ M. HEIDEGGER, *Bremer und Freiburger Vorträge: 2. Grundsätze des Denkens* (1957), tr. it. Di G. Gurisatti, *Conferenze di Brema e Friburgo. Terza Conferenza. Il principio di identità*, Adelphi, Milano, 2002, p. 152.

In questo senso, il criterio di identità di una costituzione è un criterio completo. Infatti, nelle due pronunce, l'identità della costituzione è un concetto che – attraverso il richiamo all'istanza superregolativa del diritto di ragione o al contenuto essenziale imm modificabile dei principi supremi – serve a mantenere stabile la funzione ordinatrice della costituzione statale. Più che una (non meglio identificata) sostanza autosufficiente, l'identità della costituzione è una sintesi di principi e direttive che dà coerenza giuridica all'assetto politico-sociale in un dato momento storico con la pretesa che quest'ordine possa poi applicarsi ai rinvii ad altre esperienze possibili.

Dunque, l'identità della costituzione è il principio primo della sua “verità”², il principio logico della sua validità, e in definitiva, del suo esserci (della sua effettività). L'identità della costituzione esprime, sia pure nel linguaggio evocativo delle due Corti, niente di più che la problematica della circolarità del diritto: la costituzione «chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta», in quanto inizio e fondamento e, in questo modo, «costituisce il sistema giuridico come sistema chiuso mediante il suo reingresso nel sistema»³.

Il criterio però appare insoddisfacente proprio perché vuoto, autologico. Guardiamo all'esito delle pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, ivi compresa la più recente sul Fiscal Compact. Qui, il peso della Storia (sia quella nazionale tedesca⁴ sia quella sovranazionale europea⁵), l'ingombrante appa-

² Il principio di identità è uno dei principi logici fondamentali accanto a quelli di non-contraddizione e del terzo escluso. Esso è alla base della fondazione delle verità identiche. Nella formulazione kantiana: «Due sono i principi assolutamente primi di tutte le verità, uno delle verità affermative cioè la proposizione “Ciò che è, è”; l'altro delle verità negative cioè la proposizione “ciò che non è non è”. Ed entrambe queste proposizioni si chiamano comunemente principio di identità», I. KANT, *Principiorum primo rum cognitionis metaphysicae nova dilucidatio* (1755), cit., in N. ABBAGNANO, *Identità, principio di* (voce), in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Utet, Torino, p. 555.

³ N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), tr. it. Di F. Fiore, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 94.

⁴ Sull'equilibrio tra “identità storica nazionale” e “natura post-nazionale della Germania federale” (alimentata dall'habermasiano “patriottismo costituzionale”) che, oggi, trova ampio consenso nella memoria ricostruita dei tedeschi dopo i disastri della seconda guerra mondiale e dell'hitlerismo, si veda il bel saggio di G.E. RUSCONI, *Berlino. La reinvenzione della Germania*, Bari-Roma, Laterza, 2009, spec. pp. 27-42 e 54-71.

⁵ Si veda la parte introduttiva di F. BILANCIA, *L'Europa*, Bari-Roma, Laterza, 2002. Nonché B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2004; P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007.

rato dell'organizzazione giuridico-istituzionale comunitaria capillare e ramificata, una potestà deliberativa di carattere intergovernativo e calibrata sulle decisioni effettive della Commissione, tutto questo e molto altro (non ultimo il primato effettivo e diffuso del diritto comunitario sul diritto interno, insomma la realtà visibile dell'autodeterminatezza operativa del diritto europeo) non potevano non influire sulle sentenze di costituzionalità dei Trattati. Il *Bundesverfassungsgericht* vive nel mondo reale e non c'erano le condizioni (di forza politica e sociale) perché le sue pronunce si trasformassero in un anti-*Costa/Enel*. Ciò non è accaduto con la *Maastricht-Urteil* (quando il processo di integrazione europea era più povero di contenuti "costituzionali" seppure più ricco di ottimismo istituzionale) e non è accaduto neanche questa volta (quando il processo di integrazione era più ricco di contenuti "costituzionali" e più povero di ottimismo istituzionale, dopo la crisi economica mondiale e gli esiti referendari negativi sul Trattato che istituiva una costituzione per l'Europa).

In effetti, il tema dell'identità è speculare a quello dell'elasticità. Si potrebbe dire che la Legge Fondamentale tedesca possieda quella virtù dell'elasticità che le consente di introiettare mutamenti epocali pur restando invariati i suoi principi di struttura e dunque la sua identità.

Ma in questo modo non si fa che tornare a quanto si è tentato di dimostrare, ovvero che una costituzione non è elastica solo e semplicemente se possiede, in astratto la forza di adattarsi al cambiamento, ma se essa ha la capacità di adattarsi è perché, prima di tutto, viene considerata *elastica* dai suoi interpreti.

Identità ed elasticità sono postulati *a priori* della tenuta delle costituzioni. Le decisioni delle Corti costituzionali mettono a nudo questo problema. E, soprattutto, chiamano indirettamente in causa l'elemento politico e la sua giuridicizzazione, il suo essere criterio direttivo di una costituzione, ciò che gli conferisce (in un dato momento storico) forza e resistenza. Su questo ben poco possono ragionevolezza e bilanciamento, anzi in alcuni casi possono rivelarsi una pratica di rimozione.

Un altro esempio può trarsi – con riferimento alla costituzione italiana – dall'introduzione (secondo l'esatta dicitura del d.d.l. di modifica) del principio del pareggio di bilancio nella Carta fondamentale. Non interessa qui neppure sfiorare le tematiche in gioco in questa modifica⁶. La forza politi-

⁶ Cfr. soprattutto M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana. Relazione svolta al Convegno AIC tenutosi a Torino 27-29*

ca di quel principio non può essere revocata in dubbio. Si potrebbe obiettare che più che di principio occorrerebbe parlare di una regola costituzionale, atteso sia il riferimento al “pareggio” contenuto nel comma 1 dell’art. 81 Cost., sia la specificazione, contenuta al comma 2, del divieto del ricorso ordinario all’indebitamento. Ma questa distinzione non aiuta e sarebbe tutta da dimostrare⁷.

Il fatto è che dietro questo principio (o regola) c’è la forza politica degli Stati, la forza normativa dei Trattati, la forza economica dei mercati, la forza sociale di gruppi dominanti, la forza culturale di una certa idea di integrazione costituzionale europea, tutti elementi giuridicizzati in documenti che occupano una posizione di *primauté* in quella che viene definita una “costituzione integrata”.

Dunque, la modifica costituzionale dell’art. 81 Cost. si può ritenere compatibile con la Costituzione vigente, in quanto, sulla base di quegli elementi sopra citati (che potremmo definire specificazioni di un indirizzo politico vero e proprio), non è dato riscontrare (da parte dell’organo preposto alla modifica) alcuna scollatura tra la «volontà volente» (l’indirizzo politico) e la «volontà voluta» (il sistema giuridico)⁸. Ciò consentirà di far rientrare la revisione costituzionale dell’art. 81 Cost. nell’elenco dei casi di elasticità della costituzione.

Come si vede, per poter comprendere entro quali condizioni si dovrebbe parlare, sul piano interpretativo, di elasticità o rottura della costituzione, in modo da poter disporre di un esito unitario dell’attività interpretati-

ottobre 2011, in *Rivistaic.it*, specialmente pp. 64 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivistaic.it*, n. 2, 2012 (17/04/2012).

⁷ Già V. ONIDA, alla fine degli anni '60, ne parlava come di un mero obiettivo politico e non come di un obbligo giuridico (ritenendo peraltro, implicitamente, più importante la regola del principio), *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 437 ss. Mentre G. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova costituzione*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 133 ss., ne parlava come di una regola procedurale non derogabile in quanto riconducibile ad un principio fondamentale della costituzione repubblicana, il principio liberale di economia (ritenendo, implicitamente, più importante il principio della regola).

⁸ I termini, per indicare il rapporto tra politica e diritto, sono di G. GENTILE, *Diritto e politica*, in *Archivio di studi corporativi* (1927), cit., in C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 107, nota 85. Mortati specifica: «La differenza, quale ordinariamente si pone, fra politica e diritto, è nel senso che la prima, come attività pratica teleologica, riguarda la scelta dei fini dello Stato, mentre il diritto subentra nella fase, nella quale, avvenuta la scelta dei fini e dei mezzi, questi non sono più oggetto di valutazione, in quanto incorporati in norme, valide per i loro requisiti formali, ed applicabili alle fattispecie mediante lo svolgimento del loro contenuto, all’infuori di ogni considerazione di interessi esterni ad esse».

va sembra «inevitabile tornare ad ipotizzare un legame politico» che la fondi. Così come «– dal punto di vista soggettivo – si dovrà tornare ad ipotizzare il ruolo di complesso di forze unite da questo legame e in grado di realizzare effettivamente la loro politica costituzionale»⁹.

L'altra possibilità è quella caldeggiata da una nuova “lotta per la scienza del diritto”, in cui la forza vive delle idee, dei principi come perenni aperture al “bene possibile” esige che l'interprete coltivi in solitudine un rapporto di “familiarità” col testo¹⁰.

Ecco allora che qui la costituzione diventa essenzialmente costruito culturale, in cui si esalta la creatività dell'interprete. E questo ha delle conseguenze, una volta scisso il legame politico e sociale che dà spessore (in questa visione solo mera reificazione) alle norme giuridiche. Infatti, La costituzione quasi esclusivamente come cultura può essere fraseggiata solo attraverso il linguaggio dei diritti individuali e, forse, la comunità aperta degli interpreti di cui parla Häberle sta somigliando sempre di più al recinto chiuso di un seminario universitario: «ancorare la normatività della costituzione solo ad un aspetto, per quanto essenziale, del modello culturale di cui è traduzione positiva (la tutela dei diritti individuali), trascurando i nessi che la legano alla concretezza dei rapporti sociali dalla cui (conflittuale prima e armistiziale poi) interpretazione politica essa dovrebbe scaturire, favorisce concezioni parziali, privatistiche della costituzione stessa»¹¹.

Intendere la costituzione come fatto culturale porta a trascurare il testo scritto e una volta imboccata questa strada «– che ciò che è veramente normativo non è (solo) la Carta costituzionale, ma (soprattutto) il modello culturale di cui la Carta è contingente espressione – i passaggi verso un sempre più netto distacco tra diritti fondamentali e testo costituzionale»¹² diventano sempre più rapidi.

⁹ M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 1997, pp. 112-113.

¹⁰ Qui «l'interprete è solo davanti al testo. I significati tra i quali sceglie sono mere potenzialità degli enunciati», i principi sono intesi come «perenni aperture al “bene possibile»; ma è solo anche di fonte alla realtà perché essa «non gli si presenta più come conformata (sotto il profilo del dover essere) da un insieme di principi che egli *deve* riconoscere», *Ibidem*, pp. 134-135.

¹¹ M. DOGLIANI, *La celebrazione dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, in *Questione Giustizia*, n. 6, 2008, pp. 28 ss. e in A. CAPUTO-L. PEPINO (a cura di), *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 28-38.

¹² M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 53.

Un fenomeno storico è “culturalizzato” quando perde la sua capacità di generare conflitto, fuoriuscendo dalla sfera politica, dall’ambito della violenza politica e sociale, e produce solamente dibattito culturale, un processo il cui esito ultimo è solitamente la *musealizzazione* del fenomeno stesso, ossia la sua ulteriore fuoriuscita dalla sfera culturale e la sua sopravvivenza nel dominio estetico e artistico. In genere queste metamorfosi sono determinate da molti fattori. *In primis* da quello anagrafico: quando vengono meno i protagonisti diretti dei fatti storici si affievolisce la carica conflittuale che li accompagna. Inoltre un fenomeno storico perdura tanto più a lungo nella sua configurazione politica quanto maggiore è la sua capacità di incarnarsi in istituzioni stabili e durature, producendo memoria condivisa e alimentando il conflitto dal quale è stato partorito.

Per dirla con altre parole: «può esistere una costituzione solo quando i protagonisti del sistema politico accettino effettivamente di risolvere i conflitti tenendo conto dei criteri che la costituzione prescrive (anche per la sua modifica), alimentando continuamente intorno ad essi il discorso pubblico dal quale la costituzione è stata generata»¹³.

Altrimenti non resta, appunto, che un museo, da contemplare malinconicamente: «Dalle pareti a calce si riflettevano sul pavimento tirato a cera gli enormi quadri rappresentanti i feudi di casa Salina (...). Ingenui capolavori di arte rustica del secolo scorso; inatti, però, a delimitare confini, precisare aree, redditi; cose che infatti rimanevano ignote. La ricchezza, nei molti secoli di esistenza si era mutata in ornamento, in lusso, in piaceri; soltanto in questo; (...) la ricchezza come un vino vecchio aveva lasciato cadere in fondo alla botte le fecce della cupidigia, delle cure, anche quelle della prudenza, per conservare soltanto l’ardore ed il colore. Ed a questo modo finiva con l’annullare se stessa: questa ricchezza che aveva realizzato il proprio fine era composta solo di oli essenziali e come gli oli essenziali evaporava in fretta. Di già alcuni di quei feudi tanto festosi nei quadri avevano preso il volo e permanevano soltanto nelle tele variopinte e nei nomi. Altri sembravano quelle rondini settembrine ancor presenti ma di già radunate stridenti sugli alberi, pronte a partire»¹⁴.

In questo senso, perciò, “come la ricchezza, anche la costituzione sem-

¹³ M. DOGLIANI, *La celebrazione dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, cit., p. 28.

¹⁴ G. TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il gattopardo*, Milano, Feltrinelli, 1963, cit., in M. DOGLIANI, *La celebrazione dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, cit., p. 38.

bra, col tempo, aver lasciato cadere le fecce del duro conflitto politico e della prudenza; come la ricchezza che ha realizzato il proprio fine sembra essere composta solo di oli essenziali, e come gli oli essenziali evaporare in fretta»¹⁵.

¹⁵ M. DOGLIANI, *La celebrazione dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, cit., p. 38.

OPERE CITATE

- AA.VV., *Europa: il momento costituzionale*, Padova, Cedam, 2004.
- ADAMO G., *Stretta è la via del giurista europeo*, in *www.federalismi.it* (25 giugno 2010).
- ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002.
- AMATO G., *Diritto dell'economia*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto – Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 settembre 1996, Milano, Giuffrè, 1997.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Ferrara 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997.
- ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995.
- ANGIOLINI V., *Il diritto degli individui*, Torino, Giappichelli, 2005.
- ANGIOLINI V., *Intervento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale* (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, Cedam, 1997.
- ARENDT H., *On Revolution* (1963), tr.it. di M. Magrini, *Sulla rivoluzione*, Torino, Einaudi, 2006.
- ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- ASSMAN J., *Monotheismus und die Sprache der Gewalt*, Wien, Picus Verlag, 2006.
- AZZARITI G., *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica – Atti del seminario di Otranto-Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*, Torino, Giappichelli, 2005.
- AZZARITI G., *Critica della democrazia identitaria*, Bari– Roma, Laterza, 2005.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989.
- AZZARITI G., *Per un diritto costituzionale «normativo»*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2004.
- BADURA P., *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre* (1959), tr. it. di F. Fardella, *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1998.

- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991.
- BALDASSARRE A., *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale* (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, Cedam, 1997.
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2004.
- BARTOLE S., *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte tra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale* (Messina, 23 febbraio 1996), Padova, Cedam, 1997.
- BECK U. *Freiheit oder Kapitalismus. Gesellschaft neu denken. Ulrich Beck im Gespräch mit Johannes Willms* (2000), tr. it., di C. Sandrelli, *Libertà o capitalismo? Varcare la soglia della modernità. Conversazione con Johannes Willms*, Roma, Carocci, 2001.
- BETTI E., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1991.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1990.
- BILANCIA F., *L'Europa*, Bari-Roma, Laterza, 2002.
- BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000.
- BILANCIA F., *Lo Stato democratico rappresentativo nel sistema globale. Spunti di riflessione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- BILANCIA F., *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivistaaic.it*, n. 2, 2012 (17 aprile 2012).
- BILANCIA P.-DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004.
- BILANCIA P.-PIZZETTI F.G., *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.
- BLOCH M., *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien* (1993), tr. it. di G. Gouthier, *Apologia della storia*, Torino, Einaudi, 1998.
- BOBBIO N., *Dal potere al diritto e viceversa* (1982), in ID., *Diritto e potere*, Napoli, ESI, 1992.
- BOBBIO N., *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in ID., *Diritto e potere*, Napoli, ESI, 1992.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.
- BÖCKENFÖRDE W.E., *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswaldeln* (1993), tr. it. di M. Rampazzo Bazzan, *Note sul concetto di mutamento costituzionale*, in ID.,

- Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- BOERZEL T., *Le reti di attori pubblici e privati nella regolazione europea, in Stato e mercato*, 1998.
- BOGNETTI G., *Il modello economico della democrazia sociale e la Costituzione della repubblica italiana*, in AA.VV., *Verso una nuova costituzione*, Milano, Giuffrè, 1983.
- BOGNETTI G., *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995.
- BOGNETTI G., *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'AIC, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004.
- BORSI L., *Nazione, democrazia, stato*, Milano, Giuffrè, 2009.
- BRYCE J., *Flexible and Rigid Constitutions* (1901), tr. it. di R. Niro, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, Giuffrè, 1998.
- BURKE E., *Reflections an the Revolution in France*, in ID., *The Writings and speeches of Edmund Burke*, a cura di P. Langford, vol. VIII, *The French Revolution 1790-1794*, a cura di L.G. Mitchell e W.B. Todd, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- CALIFANO L. (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giapichelli, 2004.
- CALOGERO, CESARINI SFORZA, JEMOLO, PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano Giuffrè, 2004.
- CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962.
- CASA F., *Sulla giurisprudenza come scienza. Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, vol. I, Padova, Cedam, 2005.
- CASICCIA L., *Il trionfo dell'élite manageriale. Oligarchia e democrazia nelle imprese*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- CASSESE S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni industriali*, in *Foro italiano*, 1996, V.
- CASTELLS M., *The Rise of the Network Society* (1996), tr. it. di L. Turchet, *La nascita della società in rete*, Milano, Egea, 2000.
- CASTRUCCI E., *Retorica dell'universale. Una critica a Habermas*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2003.
- CATELANI A., LABRIOLA S., *La costituzione in senso materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CEVOLINI A., *Potere e modernità. Stato, diritto, costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2007.

- CHESSA O., *Costituzione e ragionevolezza*, in S. PAJNO-G. VERDE (a cura di), *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo– 11 febbraio 2002*, Torino, Giappichelli, 2004.
- CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.
- CIMMINO L., *Sistema mercato. Regole senza confini e confini senza regole*, Napoli, Guida, 2005.
- COSTA P., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.
- CRISAFULLI V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo* (1977), ora in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985.
- CRISAFULLI V., *Le norme "programmatiche" della Costituzione* (1952), ora in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985.
- D'ALBERGO S., *Soggetto sociale e responsabilità*, in *Fenomenologia e società*, n. 3, 2003.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003.
- D'ATENA A., GROSSI P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- DE FRANCHIS F., *Dizionario giuridico – Law Dictionary*, Milano, Giuffrè, 1984.
- DE GIOVANNI B., *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2004.
- DE MARCO E., *Percorsi del "nuovo costituzionalismo"*, Milano, Giuffrè, 2005.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale*, 8^a ed., Padova, Cedam, 2012.
- DOGLIANI M., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, il Sole 24 ore, vol. IV, 2007.
- DOGLIANI M., *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, n. 2, 1997.
- DOGLIANI M., *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI, *Il valore della costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- DOGLIANI M., *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993.
- DOGLIANI M., *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale. Relazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'AIC, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982.
- DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994.
- DOGLIANI M., *La celebrazione dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, in *Questione Giustizia*, n. 6, 2008, e in A. CAPUTO-L. PEPINO (a cura di), *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, Milano, Franco Angeli, 2009.
- DOGLIANI M., *La nuova dimensione della questione morale*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti*. Roma-Bari, Laterza, 2003.
- DOGLIANI M., *Politica e antipolitica: democrazia d'indirizzo versus democrazia*

- d'investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- DOGLIANI M., *Sovranità del popolo, sovranità dello stato*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladin, Padova, Cedam, 2004.
- DOGLIANI M., *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di costituzionalismo.it)*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II.
- DREIER H., *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, tr. it. di A. Carrino, *Lo Stato costituzionale moderno*, Napoli, Guida, 2011.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously* (1977), tr. it. di F. Oriana, a cura di G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982.
- EBERHARDT S., *Wertorientierte Unternehmensführung: der modifizierte Stakeholder-Value-Ansatz*, Weisbaden, Deutsche Universitäts Verlag, 1998.
- ESPOSITO C., *Costituzione, legge di revisione della costituzione e «altre» leggi costituzionali*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1963, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1992.
- ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (1970, 1972), tr. it. di S. Patti e G. Zaccaria, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983.
- ESSER J., *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, in *Studium Generale*, n. 12, 1959.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 2004.
- FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRARA G., *Il diritto come storia*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2005.
- FERRARA G., *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.
- FERRARI G.F.(a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001.

- FIORAVANTI M., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, Relazione tenuta all'Accademia dei Lincei il 9 gennaio 2008, in *www.lincci.it*.
- FIORAVANTI M., *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- FRIEDMAN L.M., *The Horizontal Society* (1999), tr. it. di G. Pino, *La società orizzontale*, Bologna, il Mulino, 2002.
- FRIEDRICH C.J., *Constitutional Government and Democracy. Theory and practice in Europe and America*, Boston, Ginn & Co., 1950.
- FUKUYAMA F., *The End of History and the Last Man* (1992), tr. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 2003.
- GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode* (1960, 1965, 1972), tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 14^a ed., 2004.
- GALLINO L., *Capitalismo predatore*, in *La Rivista del manifesto*, n. 48, 2004.
- GENTILE G., *Diritto e politica*, in *Archivio di studi corporativi* (1927), cit. in C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998.
- GERBER F.C. VON, *Ueber öffentliche Rechte* (1852), tr. it. di P.L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in ID., *Diritto pubblico*, Milano Giuffrè, 1971.
- GRANOVETTER M., *Economic action and social structure: the problem of embeddedness*, in *American Journal of Sociology*, n. 49, 1985.
- GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano Giuffrè, 2001.
- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.
- GUARINO G., *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000.
- GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico. Prima dispensa*, Milano, Giuffrè, 1967.
- GUARINO G., *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, Jovene, 1949.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010.
- GUASTINI R., *Quattro volti della validità*, in ID., *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1982.
- HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, Giuffrè, 2003.
- HÄBERLE P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. di J. Luther, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001.
- HÄBERLE P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat* (1995), tr. it. di F. Fiore, *Diritto e verità*, Torino, Einaudi, 2000.
- HABERMAS J., *Die Einbeziehung des Anderen* (1996), tr. it. di L. Ceppa, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), tr. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996.
- HART H.L.A., *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.
- HEIDEGGER M., *Bremer und Freiburger Vorträge: 2. Grundsätze des Denkens* (1957), tr. it. Di G. Gurisatti, *Conferenze di Brema e Friburgo. Terza Conferenza. Il principio di identità*, Adelphi, Milano, 2002.
- HELLER H., *Die Krisis der Staatslehre* (1926), tr. it. di P. Pasquino e G. Silvestrini, *La crisi della dottrina dello Stato*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987.
- HELLER H., *Staatslehre* (1934), tr. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello stato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1988.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- IRTI N.-SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- JEFFERSON T., lettera a S. Kercheval, (1816, 12 luglio), in ID., *Papers*, a cura di J.P. BOYD, Princeton, Princeton University Press, 1950-2000.
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1905.
- JHERING R. VON, *Unsere Aufgabe* (1857), tr. it. di R. Racinaro, *Il nostro compito*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1989.
- JORI M., *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976.
- JORI M., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1985.
- KANT I., *Principiorum primo rum cognitionis metaphysicae nova dilucidatio* (1755), cit., in N. ABBAGNANO, *Identità, principio di* (voce), in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Utet, Torino, 2006.
- KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS) H.U., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), edizione italiana della tedesca riveduta dall'Autore con prefazione e note del giudice R. Majetti, *La lotta per la scienza del diritto*, Arnaldo Forni editore, 1988, ristampa dell'edizione di Milano (1908), per concessione dell'editore Remo Sandron.
- KAUFMANN A., *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* (1969), tr. it. di G. Marino, *La storicità del diritto alla luce dell'ermeneutica*, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2000.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre*, (1960), tr. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 1990.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*

- (1934), tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967.
- KELSEN H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911), Scientia Verlag Aalen, 1970.
- KOSELLECK R., *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten* (1979), tr. it. di A. Marietti Solmi, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Bologna, Clueb, 2007.
- LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen*, vol. I, Tübingen, Mohr, 1911.
- LAMPERTICO F., *Il Senato e lo Statuto*, Roma, tip. Forzani, 1886.
- LANCHESTER F., *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998.
- LANCHESTER F., *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), tr. it. di S. Ventura, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966.
- LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996.
- LOCKE J., *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), tr. it. di V. Cicero e M.G. D'Amico, Milano, Saggio sull'intelletto umano, Bompiani, 2004.
- LOSURDO D., *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- LUCIANI M., *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996.
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana. Relazione svolta al Convegno AIC tenutosi a Torino 27-29 ottobre 2011*, in *Rivistaaic.it*.
- LUHMANN N., *Legitimation durch Verfahren* (1969), tr. it. di S. Siragusa, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1995.
- LUHMANN N., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechts-theorie* (1981), tr. it. di R. De Giorgi e M. Silbernagl, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia del diritto e alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990.
- LUHMANN N., *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 94, 1969.
- LUHMANN N., *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), tr. it. Di F. Fiore, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.
- LUZZATI C., *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2005.
- LUZZATI C., *Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

- MACINTYRE A., *After Virtue. A Study in moral Theory* (1981), tr. it. di P. Capriolo, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli, 1988.
- MAFFETTONE S., *Etica pubblica. La moralità delle istituzioni nel terzo millennio*, Milano, il Saggiatore, 2001.
- MAGGIORE G., *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. VI, 1926.
- MANZELLA A., *Dal mercato ai diritti*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2001.
- MARRAMAO G., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, X edizione interamente riveduta da Gaetano Silvestri, Milano, Giuffrè, 2000.
- MARTINES T., (voce) *Indirizzo Politico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI (1971), ora in ID., *Opere*, Tomo I, *Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 2000.
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003.
- MATTEUCCI N., *Il liberalismo*, Bologna, il Mulino, 2005.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam, 2012.
- MORTATI C., *Costituzione (dottrine generali)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962.
- MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale* (1941), ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1998.
- MÜLLER F., *Juristische Methodik. Sechste, erweiterte und neu bearbeitete Auflage*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995.
- NANIA R., *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001.
- NICCOLAI S., *Imperio della necessità e vie della libertà. Un appunto sul ruolo della cultura negli scenari della globalizzazione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia* (1974), tr. it. di G. Ferranti, *Anarchia, stato e utopia. Quanto stato ci serve?*, Milano, il Saggiatore, 2000.
- ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO-A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, vol. I, V edizione, Bologna, il Mulino, 1997.
- ONIDA V., *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969.
- ORESTANO R., *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989.
- ORLANDO V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, Giuffrè, 1940.
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, G. Barbera editore, 2^a ed., 1903.

- PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II edizione riveduta e aggiornata, Padova, Cedam, 2002.
- PALADIN L., *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, Padova, Cedam, 1998.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.
- PALAZZO A., FERRANTI I. (a cura di), *Etica del diritto privato*, voll. I e II, Padova, Cedam, 2002.
- PATTARO E., *Per una critica della dottrina pura*, in ID. (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1982.
- PAWLOWSKI H. M., *Einführung in die juristische Methodenlehre* (1986), tr. it. di S. Mazzamuto e L. Nivarra, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano Giuffrè, 1993.
- PEDRAZZA GORLERO M., *L'ordine frattalico delle fonti del diritto*, Padova, Cedam, 2012.
- PIERANDREI F., *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1964.
- PINELLI C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002.
- PINNA P., *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999.
- PIZZETTI F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003.
- PLATONE, *La Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- POLANYI K., *The Great Transformation* (1944), tr. it. di R. Vigevano, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2000.
- PORTINARO P.P., *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in G. GOZZI, *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1997.
- PORTINARO P.P., *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007.
- PORTINARO P.P., *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- PREDIERI A., *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998.
- PUNZI A., *Discorso patto diritto. La comunità tra consenso e giustizia nel pensiero di K.O. Apel*, Milano, Giuffrè, 1996.
- RACINARO R., *Presentazione a R. VON JHERING, La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1989.
- RAWLS J., *Political Liberalism* (1993), tr. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.

- REBUFFA G., *Introduzione all'edizione italiana di R. DWORKIN, Taking Rights Seriously* (1977), tr. it. di F. Oriana, a cura di G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982.
- RESCIGNO G.U., *Brevi note metodologiche per riesaminare i concetti collegati di democrazia, rappresentanza, responsabilità*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, Cedam, 2001.
- RESCIGNO G.U., *Il giurista come scienziato*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2003.
- ROMANO S., (voce) *Interpretazione evolutiva* (1945), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.
- ROMANO S., *Le prime carte costituzionali*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ROMANO S., *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1946), Milano, Giuffrè, 1983.
- RONCHETTI L., *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003.
- RÖPKE W., *Jenseits von Angebot und Nachfrage* (1958), tr. it. di F. Portinari, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Varese, 1965, cit., in L. CIMMINO, *Sistema mercato. Regole senza confini e confini senza regole*, Napoli, Guida, 2005.
- ROSS A., *Directives and Normes* (1968), tr. it. di M. Jori, *Direttive e norme*, Milano, Edizioni di Comunità, 1978.
- ROSS A., *On Law and Justice* (1958), tr. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001.
- ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003.
- ROSSI L., *La "elasticità" dello Statuto italiano* (1939), in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1941.
- ROTH P.A., *Meaning and Method in the social sciences. A case for methodological pluralism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1987.
- RUGGERI A., *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in ASSOCIAZIONE DEI COSTITUZIONALISTI, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale* (Messina 23 febbraio 1996), Padova, Cedam, 1997.
- RUGGERI A., *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1998.
- RUGGERI A., *Introduzione*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999, Torino, Giappichelli, 2000.
- RUGGERI A., *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 4, 2000.
- RUOTOLO M., *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003.
- RUOTOLO M., *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, "Vincoli" alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999.
- RUSCONI G.E., *Berlino. La reinvenzione della Germania*, Bari-Roma, Laterza, 2009.

- SACCO P.L., ZAMAGNI S. (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico. Materiali per un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna, il Mulino, 2002.
- SACCONI L., *Economia etica organizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- SÀNCHEZ J.M.S., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, tr. it. di R. Remia e A. Spena, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- SAVIGNY F.C. VON, *Pandektenvorlesung (1824/25)*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1993.
- SAVIGNY F.C. von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg (1814), in A. AKAMATSU-J. RÜCKERT (a cura di), *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum "Geist der Gesetzgebung"*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000.
- SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1971.
- SCHMITT C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, (1934), tr. it. di G. Stella, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.
- SCHMITT C., *Verfassungslehre* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.
- SCODITTI E., *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIV, n. 1, 2004.
- SCODITTI E., *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001.
- SERRA P., *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Roma, Ediesse, 2004.
- SIEYES J.E., *Convention nationale. Opinion de Sieyes sur les attributions et l'organisation du jurì constitutionnaire. Proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République, an III, 1795*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, Milano, Giuffrè, 1993, Tomo I, vol. II.
- SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto* (1996), ora in ID., *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005.
- SMEND R., *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), tr. it. di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.
- SOLARI G., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1994.
- SPADARO A., *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in ID. (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999, Torino, Giappichelli, 2000.
- TAMAGNINI G., *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke*, Milano Giuffrè, 1988.

- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del giuridico*, Bologna il Mulino, 1976.
- TEUBNER G., *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine systemtheoretische Kritik der théorie ludique du droit* (1998), tr. it. parz. di R. Prandini, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- TEUBNER G., *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, tr. it. di B. Bodmer e E. Mazza-Teubner, Napoli, Città del Sole, 1999.
- TEUBNER G., *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung* (2012), tr. it. di L. Zampino, *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012.
- TONIATTI R. (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2002.
- TONIATTI R., *Il regionalismo relazionale e il governo delle reti: primi spunti ricostruttivi*, in S. GAMBINO (a cura di), *Il «nuovo» ordinamento regionale. Competenze e diritti*, Milano, Giuffrè, pp. 167 ss.
- VIGNUDELLI A., *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.
- VINCENTI U., *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, Cedam, 2000.
- WILHELM W., *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), tr. it. di P.L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974.
- WITTGENSTEIN L., *Philosophische Untersuchungen* (1953), tr. it. di R. Piovesan e M. Trincherò, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi, 1999.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Relazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno Annuale dell'AIC, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004.
- ZAGREBELSKY G., *Storia e costituzione*, in P. GROSSI (a cura di) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, Atti dell'incontro di studio. Firenze 6-7 novembre 1992, Milano, Giuffrè, 1993, ora in ID., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009.
- ZANICHELLI D., *Sulla costituzione italiana* (1886), in ID., *Studi politici e storici*, Bologna, Zanichelli, 1893.
- ZANICHELLI D., *Lo Statuto di Carlo Alberto*, Roma, Dante Alighieri, 1898.
- ZANICHELLI M., *Il discorso sui diritti. Un atlante teorico*, Padova, Cedam, 2004.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220

GIUSTIZIA E POLITICA COSTITUZIONALI

Collana diretta da

A. Di Giovine – M. Dogliani – G. Zagrebelsky

Volumi pubblicati

1. LUCA GENINATTI SATÉ, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, 2012, pp. X-198.
2. ILENIA MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla “natura delle cose”. Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l’art. 29 della Costituzione*, 2012, pp. VIII-112.
3. LUCIANO PATRUNO, *L’elasticità della Costituzione*, 2012, pp. VIII-156.