

COSTITUZIONALISMO E POSITIVISMO GIURIDICO

Maurizio FIORAVANTI

I. PREMESSA

Costituzionalismo e positivismo giuridico vengono di solito presentati come due punti di vista, o più ancora come due concezioni generali dell'ordinamento, tra loro antitetici. Il testo esemplare in materia, dal lato del costituzionalismo, è il notissimo saggio di Nicola Matteucci del 1963. Ho avuto occasione di rileggerlo recentemente per una giornata di studi in Suo ricordo., e vi ho ritrovato l'argomento principe antipositivistico: il positivismo giuridico è solo in apparenza la filosofia giuridica della società democratica e pluralistica, ed in realtà è, al contrario, l'anticamera dello statualismo, della riduzione dei diritti a meri riflessi della norma statuale.¹

Per altro, oggi si possono leggere piuttosto frequentemente anche requisiti di segno opposto, da parte di autori che si caricano dell'onere di contrastare la letteratura c.d. 'neo-costituzionalistica', imputata di favorire la degenerazione dello Stato di diritto in Stato di giustizia, o in Stato 'neo-giurisdizionale'.² Da una parte, l'accusa è quella di favorire un atteggiamento riduzionistico nei confronti dei diritti, dall'altra parte, l'accusa è quella di favorire un medesimo atteggiamento nei confronti del diritto stesso, della sua autonomia e della sua certezza.

Voglio subito esprimere in proposito due mie convinzioni. Nel 1963 aveva sostanzialmente ragione Matteucci. Nella occasione sopra ricordata ho parlato di un costituzionalismo 'inascoltato', e considero –si era all'inizio degli anni sessanta– che si perse un'occasione, da parte del positivismo giuridico, per fare i conti con il costituzionalismo. Sul piano culturale sarebbe insomma servita un'apertura, e vi fu invece sostanzialmente un arrocca-

¹ Tutta la problematica ora in *Il liberalismo di Nicola Matteucci*, a cura di T. Bonazzi e S. Testoni Binetti, Bologna, 2007.

² Si veda in proposito S. Civitaresse Matteucci, "Misera del positivismo giuridico? Giustiziosità e scienza del diritto pubblico", *Diritto pubblico*, t. XII, 2006, n. 3, pp. 685 e ss.

mento. In secondo luogo, sono convinto che al dibattito attuale manchi clamorosamente uno spessore di carattere storico. Non avanzo candidature, con le mie modeste forze. Voglio solo dire che a mio avviso la discussione in proposito sembra essersi chiusa in confini ristretti, come se fosse una battaglia tra giuristi, quasi solo tecnica, sulla concezione generale della norma, sui principi come norme, sulle regole della interpretazione. Il mio tentativo è dunque quello di portare nella discussione delle consapevolezze di ordine storico, relative alle concrete realtà sottostanti, sia alla lunga dominanza del paradigma positivistico, sia allo stesso dibattito odierno.

II. COSTITUZIONALISMO E POSITIVISMO GIURIDICO COME GRANDEZZE STORICHE

Inizio dicendo che cosa è per me il ‘costituzionalismo’, proprio sul piano storico. In una parola, è la *seconda faccia*, necessaria quanto la prima, dello Stato moderno europeo.³ Com’è noto, la prima faccia è quella della concentrazione del potere d’*imperium* sul territorio. In concreto, il potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio, il potere d’imporre i tributi, ed il potere del terzo neutrale, di dire la giustizia tra coloro che abitano il territorio. La sintesi di queste tre azioni è ciò che i grandi teorici chiameranno successivamente la sovranità. Si tratta di un processo reale, diffuso nei mille territori che compongono l’Europa, ma anche estremamente contrastato. Non è una linea retta ascendente, ma un percorso fatto anche di ritorni indietro, una vera e propria lotta per la sovranità. E la conquista del monopolio nell’esercizio di quelle tre attività non è mai completa e definitiva. Chi si pone al centro è continuamente chiamato a fare i conti con le mille realtà, di luogo, corporative, cetuali, cittadine, che compongono il territorio.

Ma lo sforzo di chi vuole conquistare quel centro non è per questo meno significativo. Tutti infatti resistono, ma alla lunga tutti comprendono anche la necessità, storicamente data, di collaborare, di non rifiutare, al di là della propria città, o della propria terra, l’orizzonte più vasto del territorio. Il principe, o il signore territoriale, può anzi offrire nuove opportunità a chi le sa cogliere, a chi comprende che la propria identità può essere conservata solo attraverso una sua trasformazione, dentro la nuova unità politica del territorio. La formula che adopero a questo proposito, per indicare lo Stato della prima età moderna, precedente la Rivoluzione, è quella della *unità cos-*

³ Sulla nozione di ‘Stato moderno europeo’, rinvio a M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari-Roma, 2002, pp. 3 e ss. Si veda anche il primo capitolo del volume.

titutivamente fatta di parti distinte. O ancora: è un'appartenenza comune fatta di una pluralità di appartenenze. Ma se così stanno le cose, non è immaginabile che queste appartenenze, al plurale, abbiano rischiato di essere assorbite nella appartenenza comune. Hanno certamente percorso questa nuova strada rischiando il meno possibile, e dunque ricercando delle garanzie.

Ebbene, l'insieme di queste garanzie è storicamente la *radice materiale del costituzionalismo*. Il costituzionalismo nasce dunque da un'esigenza pratica, e schiettamente politica. Nasce quando le forze che compongono il territorio accettano la posizione dominante del signore territoriale, ma ponendo una serie di condizioni, spesso anche in forma scritta, e solo dopo essere stati sentiti, dopo aver parlamentato. Il costituzionalismo ha la sua espressione più visibile proprio nelle assemblee, nei parlamenti, ma i parlamenti sono spesso episodici, ed ancora di più contano le regole minute, che riguardano costantemente gli impegni di tutti, e nello stesso tempo i limiti alla potestà di ognuno, compreso il signore territoriale, e diffondono così la pratica del disciplinamento, l'aspettativa singolare e comune della garanzia, della sicurezza di quei limiti, la consapevolezza del sempre più alto grado di connessione tra quella sicurezza, storicamente legata alla propria distinta identità, ed il benessere della comune esistenza politica. E' questo il primo Stato moderno, attestato su una posizione di *equilibrio* tra pretesa di concentrazione del potere, e garanzia a favore delle parti che compongono l'intero, territorialmente dato come tale. Tra i due poli c'è lotta, ma anche coesistenza, e perfino collaborazione, contrattualmente definita, spesso in forma scritta. Quei contratti sono per quei territori vere e proprie costituzioni, perché in essi sono contenute le condizioni che rendono concreta e possibile la comune esistenza politica.

Ma non tutto è così armonicamente composto nella storia costituzionale europea. Presto arriva il secolo di ferro, il Seicento. Emergono in questo tempo pretese ulteriori, che non trovano più posto nell'assetto politico che abbiamo sopra sommariamente descritto. Emerge un altro modo di essere del principio di sovranità, ed è proprio qui che si trova la radice storica dell'altro corno del nostro dilemma, ovvero del positivismo giuridico. Si sarà già intuito che esso si colloca sull'altro lato dello Stato moderno, sul primo lato, quello della concentrazione. Ma rispetto al costituzionalismo, l'emersione della esigenza materiale cui tenta di dare una risposta il positivismo giuridico è successiva di qualche secolo, si colloca nel Seicento. Dobbiamo ora esaminarla.

Se torniamo per un attimo al primo Stato moderno, ci accorgiamo che esso si fonda su un presupposto irrinunciabile: esistono in quel modello di diritti diversi, di ampiezza e di efficacia diversa, ma il diritto è sempre tale,

dalla ultima delle consuetudini locali alla più alta manifestazione di sovranità del signore territoriale. Non esiste cioè, né in senso formale né in senso materiale, una gerarchia delle fonti del diritto. Non esiste neppure l'idea che il diritto possa essere di qualità diverse, e soprattutto che ne esista una qualità superiore, destinata ad imporsi sulle altre. Ebbene, questa è proprio l'idea che inizia a farsi largo in Europa all'incirca alla metà del secolo diciassettesimo, ed è ciò che fa la differenza, ciò che ritroviamo, ad esempio, nelle pagine di Hobbes. La sovranità non è più semplicemente una posizione di preminenza entro un determinato assetto politico. Non è più neppure solo una posizione di dominanza nell'esercizio di quelle tre attività d'*imperium* che sopra abbiamo ricordato. E' qualcosa di nuovo, che è anche abbastanza misterioso, e comunque, a mio avviso, altamente ideologico. Risiede in un *quid pluris*, in un *Mehrwert*, di cui appare ora dotato il sovrano. Egli non è più solamente il centro, ma è ora quel particolare centro, che si va dotando di una forza fin qui sconosciuta, che lo porta ad affermare la superiorità del suo diritto, e dunque, in una parola, la sua forza abrogatoria nei confronti dei diritti degli altri. Quando questo sovrano riterrà che il suo diritto sia anche completo, potrà corredare la sua emanazione del divieto di eterointegrazione rivolto ai suoi giudici. Arriveremo così al Codice, al monopolio legislativo del diritto, e non avremo più dunque diritti degli altri.

Ed allora, considerando la larga base materiale e territoriale su cui si era attestato il costituzionalismo nei secoli precedenti, viene da chiedersi: come fu possibile questa svolta, questa accelerazione del moderno? Da dove si traeva tutta questa forza, prima sconosciuta? Questa volta fu decisivo il piano ideologico. A partire dal modello hobbesiano. In esso si rappresentava una convinzione che stava facendosi largo in Europa. Che le unità politico-territoriali, costruite con gli strumenti del contratto, sul piano costituzionalistico, non fossero altro che situazioni intermedie, ancora intrise di elementi medievali, insomma *Zwischenzustände*, entità politiche, ma sostanzialmente in attesa di essere definite, di divenire pienamente ordine politico. Mancava loro più precisamente la capacità di riconoscere un sovrano autentico, in grado di rappresentarle per intero. Per compiere questo passaggio si doveva attribuire al diritto di quel sovrano una forza speciale, quella necessaria a produrre l'effetto abrogatorio. E questa forza, a sua volta, non poteva non venire altro che da una ideologica sovradeterminazione del valore della legge del sovrano.

Si iniziava così a pensare che senza un dominio assoluto di quella legge non vi sarebbe stata più alcuna speranza di ordine. E l'ordine che si era avuto fino a quel momento iniziò a sembrare, per le stesse ragioni, un intollerabile disordine. Di più: si iniziava a pensare che quella medesima legge

del sovrano fosse l'unico diritto possibile e legittimo, e che gli altri diritti, che fino a quel momento erano stati considerati tali, fossero in realtà meri privilegi di fatto, prassi, consuetudini più o meno radicate, ma non più diritti. Infine, in quella legge era riflesso l'ordine predicato dal diritto naturale, che lasciava intravedere sullo sfondo la Rivoluzione, ed i diritti naturali individuali. Quando si arriverà a quel punto, il gioco sarà fatto. La storia, a quel punto, aveva creato la *formidabile connessione* tra legge del sovrano, ora divenuto assemblea, diritti individuali e principio di uguaglianza. Chi osava contestarla, chi provava a pensare i diritti fuori da quella connessione, era contro la storia, era forse partigiano dell'antico regime. Tra le pieghe dell'assolutismo politico, attraverso la Rivoluzione, era così iniziata la lunga stagione del positivismo giuridico.

Non importa ora ripercorrere tale stagione, dalla Rivoluzione fino alle Costituzioni oggi vigenti. E' chiaro che tante cose cambieranno dopo la Rivoluzione. Basterà qui ricordare la critica liberale al contrattualismo rivoluzionario, allo stesso potere costituente. Esiste però un solido filo conduttore, un elemento di continuità. E' quello espresso in modo mirabilmente sintetico nell'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'89: "La legge è l'espressione della volontà generale". Che è come dire: o non si fa la legge, perché su quella materia non si riesce ad esprimere la volontà generale, o se si fa la legge, questa non può non contenere la volontà generale, e dunque è legittima per il fatto stesso di esistere, di essere venuta alla luce. C'è insomma una vera e propria *presunzione assoluta di legittimità* a favore della legge, data dalla sua mera esistenza. E' questo il filo conduttore del positivismo giuridico, nelle diverse forme della volontà generale della Rivoluzione, e successivamente della sovranità della nazione, o dello Stato stesso. Forme diverse, anche molto diverse, ma equivalenti nella produzione di questo effetto, di quella qualità speciale della legge. Che è sempre quella, è sempre quel misterioso *quid pluris* che i principi territoriali invocavano all'inizio della nostra vicenda per giustificare la superiorità del loro diritto su quello dei ceti e delle città. In una parola, è la sovranità, che è essa stessa un qualcosa in più rispetto alla titolarità formale dei poteri d'*imperium*.

Il positivismo giuridico sarà forte fino a quando sarà forte questa presunzione di legittimità a favore della legge. Dunque fino a quando sopra la legge vi saranno Carte costituzionali, come nel diciannovesimo secolo, che si limiteranno ad organizzare la forma di governo, ad enunciare qualche diritto, a stabilire qualche riserva di legge, ma che non pretenderanno certo di costituire criterio di valutazione della legittimità della legge; e fino a quando, al di sotto della legge medesima, vi sarà una funzione giurisdizionale realisticamente contenibile nella attività di mera applicazione della legge.

Certo, l'origine di questa speciale forza della legge nel principio di sovranità non lascerà del tutto tranquillo il nostro positivismo giuridico, che nell'età dello Stato di diritto andrà alla ricerca di limiti e bilanciamenti, tra i poteri e gli organi dello Stato. Ma sempre fermandosi prima di quel limite complessivo oltre il quale l'erosione del principio di sovranità avrebbe significato messa in crisi della presunzione di legittimità della legge, e dunque l'aprirsi di un percorso incerto e pericoloso. Avrebbe significato "il creare una legittima scusa alla disobbedienza della legge", come ebbe a dire il nostro ottimo Vittorio Emanuele Orlando, pensando anche solo alla ipotesi della introduzione di un controllo di costituzionalità.

Tentiamo ora, a metà strada, un bilancio provvisorio. Il costituzionalismo –come abbiamo visto– nasce da esigenze pratico-politiche, al fine di mantenere spazi propri, normativamente garantiti, ad una serie di forze che sui territori europei facevano i conti con la forza crescente dei signori territoriali. La rilevanza di questo lato della storia costituzionale europea è incalcolabile. E' su questa linea che per lungo tempo si è costruita l'aspettativa alla tutela di una sfera protetta, ed anche di più: la consapevolezza, che è storicamente insita nel costituzionalismo, della possibilità di costruire un ordine comune comprensivo delle parti distinte che lo compongono, attraverso una attività di governo sapiente e prudente, ispirata dalla logica di fondo dell'equilibrio. Sul piano dottrinale, non c'è dunque solo Hobbes, nella storia costituzionale europea, ma anche la repubblica di Machiavelli e di Harrington, che più tardi influenzerà non poco, come modello di riferimento, la stessa rivoluzione americana. Il positivismo giuridico, per suo conto, ha anch'esso -come pure abbiamo visto- la sua origine concreta. Ma il piano su cui svolge la vicenda è questa volta marcatamente ideologico. Si trattava infatti di concorrere a legittimare la forza speciale del diritto del sovrano, in modo che questa potesse arrogarsi il fondamentale potere di abrogazione degli altri diritti. Il positivismo giuridico svolge questa funzione, da Hobbes in poi, di qualificare come diritto, come legge, la sola legge del sovrano, degradando gli altri diritti a mere particolarità di fatto. Per il successo di questa operazione fu decisiva la promessa di un nuovo ordine, incorporato nella legge del sovrano, da lui rappresentato, che era nient'altro che l'ordine del diritto naturale a base individuale, che diverrà poi la missione della stessa Rivoluzione. Il positivismo giuridico svolge dunque, in alleanza con il giusnaturalismo, una funzione rivoluzionaria, nel senso che risulta decisivo per rompere l'equilibrio che caratterizzava il governo dei territori fino alla Rivoluzione.

Dunque, da una parte un costituzionalismo che costruisce unità politiche su base *consociativa*, e che punta all'equilibrio, al mutuo riconoscimen-

to tra diverse fonti di diritto, dall'altra un positivismo giuridico che sorregge la costruzione di un modello *monistico*, in cui la legge del sovrano, o dell'assemblea, o dello Stato, comprende in sé l'intero diritto del territorio. La filosofia della rivoluzione francese è ben più la seconda che non la prima. Basta leggere la Dichiarazione dei diritti dell'89, in cui troviamo una sola volta la parola 'costituzione', e ben nove volte, e sempre in punti decisivi, la parola 'legge'. E' infatti la legge, una legge unica, abrogativa dei privilegi dell'antico regime, ciò che serve a garantire i diritti individuali e soprattutto il principio di uguaglianza. La costituzione può indicare questi obiettivi, ma è sostanzialmente in primo luogo la cornice entro cui si svolge questa opera decisiva della legge. E' quest'ultima, in una parola, che crea la nuova società dei liberi e degli uguali, ben più della stessa costituzione. E quella legge non avrebbe potuto avere tanta forza se prima della rivoluzione non fosse maturato, da Hobbes in poi, il disegno che puntava a conferirle, in quanto espressione del sovrano, quel *quid pluris*, che è a sua volta espressione della sovranità stessa.

Dopo la Rivoluzione, la legge sarà sempre più svincolata dalla sua immagine rivoluzionaria. Anzi, le dottrine liberali dello Stato di diritto cureranno in modo particolare questo aspetto, quasi per nascondere l'origine rivoluzionaria della forza di legge, troppo legata alle minacciose filosofie contrattualistiche, o ancora di più allo stesso potere costituente. Ma si tratterà tutt'al più di un'accurata opera di cosmesi, condotta però stando ben attenti a non penetrare negli strati profondi, a non erodere il nucleo fondamentale di quella forza speciale della legge sovrana, di cui la società borghese e liberale del diciannovesimo secolo non intendeva certo fare a meno. Ed infatti, che il legislatore non fosse un ordinario potere costituito, che dietro la legge vi fosse il *Mehrwert* politico dato dal principio di sovranità, lo videro con chiarezza, già nei primi decenni del secolo scorso, sia Carl Schmitt che Hans Kelsen, ovviamente su sponde opposte, e con soluzioni altrettanto opposte: il primo per considerare quel *Mehrwert* come carattere essenziale ed imprescindibile di ogni Stato, compreso lo Stato di diritto, il secondo per procedere alla sua eliminazione, proprio in quanto residuo dell'epoca giusnaturalistica, inconciliabile con lo stesso Stato di diritto.

Infine, nel corso della Rivoluzione, e dopo, potrà accadere anche che la stessa costituzione divenga simbolo della rivoluzione. Ma l'unica rivoluzione fatta veramente in nome della costituzione è quella americana, che non a caso non portava con sé la storia europea della forza di legge. Ed anche nel corso dell'età liberale, è vero che i movimenti liberali e democratici invocavano la costituzione, ma quelle Carte costituzionali servirono poi in concreto più che altro a comporre la forma di governo, a rappresentare il grande

accordo tra monarchia e parlamento, e solo in parte a garantire i diritti. Si legge così, con riferimento all'Italia ma in modo esemplare dell'intera dimensione europea, nel *Commento allo Statuto del Regno* di Racioppi e Brunelli: "il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna ricercarli".⁴

Certo, è impressionante che i maggiori commentatori dello Statuto, in piena età liberale, e dopo sessant'anni di vigenza dello Statuto, in sostanza dicano: non andate a cercare i diritti nella Costituzione. Essi sono dove sono sempre stati, fin dal tempo delle leggi del sovrano, ovvero proprio nelle leggi. Ma allora, così stando le cose, si può chiedere: quando inizia la storia nuova, quella che porta a noi, ovvero alla *nuova connessione storica tra costituzione e diritti*? La nostra conclusione è che si tratti di una storia che riprende forza in tempi recentissimi, nel corso del Novecento. Riprende vigore con le Costituzioni democratiche del Novecento, ad iniziare ovviamente da quella di Weimar del 1919. Le differenze con le precedenti Carte costituzionali sono troppo note per dover essere ripetute per l'ennesima volta: la differenza tra mera garanzia per legge ed inviolabilità sul piano dei diritti, l'ampliamento dei diritti alla materia sociale del lavoro, dell'istruzione, dell'assistenza, il controllo di costituzionalità, e così via. Non è certo il caso di ripercorrere qui questa vicenda. Abbiamo piuttosto da considerare un punto specifico, che si traduce in questa domanda: la forza di legge della tradizione positivista europea è ancora integra, dentro le nuove Costituzioni democratiche? Quelle Costituzioni presuppongono quella forza, o ponendosi di fronte ai diritti in modo diretto, fino a quel momento inedito, come norma suprema, finiscono per corrodere quella tradizionale forza? Quanto la storia che si apre nel corso del Novecento è davvero una 'storia nuova'?

III. LE COSTITUZIONI DEMOCRATICHE DEL NOVECENTO

La risposta deve essere per forza articolata.⁵ La Costituzione aveva certamente dalla sua parte molte carte da giocare. Specialmente per quan-

⁴ Racioppi, F e Brunelli, I., *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II, Torino, 1909, p. 34.

⁵ Ciò che si dirà in questa parte del nostro contributo vale in genere per il 'tipo storico' delle Costituzioni democratiche del Novecento, ma è riferito in particolare all'Italia. Rinvio in proposito a due miei recenti lavori: M. Fioravanti, "Costituzione e legge fondamentale", *Diritto Pubblico*, t. XII, 2006, n. 2, pp. 467 e ss.; e ID., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana* (Accademia dei Lincei, 9 Gennaio 2008, Convegno su "La Costituzione ieri ed oggi", di prossima pubblicazione negli Atti del Convegno).

to riguarda le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra, come quella italiana, la Costituzione era il simbolo stesso della nuova società, la via da seguire per la ricostruzione dopo lo Stato totalitario. Ma proprio per questo motivo, a causa cioè della sua origine intensamente politica, si era lontani, negli immediatamente successivi alla sua emanazione, dal considerarla una vera e propria norma giuridica, applicabile ai casi concreti, capace di disciplinare la vita di relazione dei consociati come la legge. Si riteneva anzi che alla Costituzione mancasse, proprio per la sua natura di norma di vertice, e di principio, proprio quella 'forza' che la storia conosceva, e che in concreto era la forza di legge. Per questo, la si riteneva bisognosa di norme legislative di attuazione. Come se essa divenisse norma giuridica solo attraverso la legge, storica detentricessa della forza necessaria a disciplinare la globalità dei rapporti tra i consociati. In una situazione di questo genere, solo in apparenza era la legge a porsi al servizio della Costituzione per attuarla, ma in realtà era la Costituzione che implicitamente denunciava la sua impotenza ad essere norma giuridica, se non per il tramite della legge. E dunque, per lo meno in una prima fase, subito successiva all'entrata in vigore delle nuove Costituzioni, anche in Italia, il dogma positivista della forza di legge sembrava mantenere quasi integra la sua forza e la sua centralità. In prima battuta, non era la legge a doversi conformare alla Costituzione, tant'è che si sostenne a lungo, fino alla celebre prima sentenza della Corte Costituzionale, che il controllo di costituzionalità non potesse estendersi alle norme anteriori; ed era piuttosto la Costituzione, all'inverso, che aveva l'onere di presentarsi all'ingresso della casa del diritto, da lungo tempo abitata dalla legge, per eventualmente accedervi dopo che si fosse valutato se i suoi caratteri fossero davvero ed autenticamente giuridici, in definitiva perché simili a quelli della legge.

Possono sembrare questi tempi lontani. Ma io li ricordo per apprezzare, per contrasto, quanto sia stato rilevante, e quasi impetuoso, il processo di trasformazione che si è aperto subito dopo, proprio a partire dalla istituzione della Corte nel 1956, se vogliamo fare riferimento all'Italia, ma sempre per analizzare problematiche e tendenze che hanno una dimensione per lo meno europea. Quasi subito si mostrò quanto fosse artificiosa, nella materia della giustizia costituzionale, quella distinzione tra legittimità e merito, che era stata introdotta per la giustizia amministrativa, e che non pochi alla Costituente avevano preso come base per i loro ragionamenti sulla Corte. Quello che noi chiamiamo sindacato, o controllo, di ragionevolezza della legge iniziò infatti a prospettarsi quasi subito, a proposito del principio di uguaglianza, e dunque della ragionevolezza, o del suo contrario, ovvero della arbitrarietà, del trattamento uguale di situazioni diverse, o del tratta-

mento diverso di situazioni uguali, da parte dello stesso legislatore. E per quanto la Corte potesse ripetere che alla base del suo ragionamento vi erano le valutazioni compiute dallo stesso legislatore, circa l'uguaglianza o la diversità delle situazioni in questione, in realtà si vedeva bene che per quella via la Corte sarebbe prima o poi entrata nel campo della discrezionalità legislativa, ed inoltre che essa era condotta dal suo stesso ruolo ad indagare sulle realtà di fatto sottostanti alla questione di costituzionalità, in dialogo con i giudici stessi.

Quello che molti avevano immaginato, ovvero una Corte nell'empireo costituzionale, confinata in questioni rigorosamente di legittimità, era smentito in entrambe le direzioni: verso il legislatore, con il quale si apriva un dialogo sui contenuti della legge, e verso i giudici, con i quali si apriva un dialogo sulla interpretazione della legge, a partire dai casi concreti. In una parola, la funzione della Corte si incastonava nel cuore del sistema, nel sistema delle fonti, e nella stessa forma di governo, in qualche modo mutandone la struttura. Chi aveva accettato la novità della Corte, ma a condizione che fosse considerabile come un mero correttivo, o perfezionamento, del tradizionale assetto dei poteri, ed in particolare del ruolo della legislazione e della giurisdizione, era smentito. Non sarebbe stato più possibile considerare la legge senza valutare il profilo della sua costituzionalità, e sempre meno sarebbe stato possibile svolgere la delicata funzione di rendere giustizia attraverso l'interpretazione della legge prescindendo dalla Costituzione. Nel futuro non vi sarebbe stato tanto una normale e fisiologica validità della legge, e per converso l'eccezionale e patologica sua incostituzionalità, quanto un'opera costante di riconduzione della legge alla Costituzione, attraverso la sua interpretazione, a partire dai casi concreti, per opera dei giudici, in buona misura guidati dalla Corte medesima.

Sono assolutamente convinto del fatto che alla Costituente nessuno pensava ad una prospettiva di questo genere. Certo, la Corte fu accolta nella nostra Carta senza che le sparse perplessità su di essa minacciassero davvero la sua eliminazione. Ma quasi tutti erano incerti, non per caso, sulla sua natura, politica o giurisdizionale. E non si prevedeva certo che il concreto sviluppo della Costituzione sarebbe dipeso in così larga misura proprio dalla Corte. Com'è noto, la grande maggioranza dei nostri Costituenti pensava infatti alla Costituzione in termini politici, sulla scia della tradizione di origine rivoluzionaria della *loi politique*, pensando ad una sua attuazione essenzialmente in parlamento, attraverso grandi leggi di principio. Ed è altrettanto noto come questa prospettiva si sia eclissata quasi subito, a causa della divisione dello schieramento costituente intervenuta in quegli anni. Questo non vuol dire però che la Corte si sia sostituita al legislatore nell'attuazione

della Carta costituzionale. E tanto meno che vi sia stato una sorta di ‘colpo di mano’ della Corte ai danni dello stesso legislatore.

C’è da considerare in proposito, prima di tutto, il meccanismo di accesso alla Corte, che è essenzialmente giurisdizionale, da parte di un giudice *a quo*. La Corte cioè non ha iniziativa, non sceglie, costruisce nel tempo una propria giurisprudenza, ma non ha un indirizzo, che è cosa ben diversa. E dunque la sua opera, per quanto ampliata e diversa da quella immaginata dai Costituenti, non poteva, e non può comunque, essere considerata alla stregua dell’esercizio di un potere legislativo, dotato di una discrezionalità di tipo politico, che la Corte non possiede. In questo senso, la Corte non ha mai scelto quali parti della Costituzione valorizzare in modo particolare, e si è sempre occupata di ciò che la pratica, attraverso la giurisdizione, le proponeva. La Corte ha una mente pratica, e solo entro quei confini, che le sono istituzionalmente dati, ha anche una dimensione politica. Infine, bisogna considerare il fatto che la Corte aveva di fronte a sé un parlamento nuovo, espressione di un suffragio universale, animato dai grandi partiti di massa protagonisti della Costituente. Nei suoi confronti la Corte, organo nuovo e dalla incerta natura, aveva una naturale deferenza, che in termini di un fisiologico *self-restraint* essa ha per altro sempre mantenuto. Non si tratta solo di un formale omaggio al principio democratico. Si tratta anche di altro, ovvero di un più elementare principio di autoconservazione. La Corte percepì infatti subito che un suo ingresso troppo marcato nel campo della discrezionalità politica avrebbe compromesso la sua stessa identità, ancora fragile ed incerta, politicizzandola oltre misura. In altre parole, solo stando un passo indietro si potevano fare gradualmente più passi in avanti, che è ciò che la Corte ha poi fatto.

Ma allora, ciò premesso, su quale base si determinò il pur evidente ampliamento del ruolo della Corte rispetto alle previsioni dei Costituenti? Ebbene, io credo che la risposta a questa domanda sia essenzialmente di ordine storico, tale da costringerci a tornare all’inizio del nostro discorso, quando abbiamo evocato le origini del costituzionalismo europeo, con riferimento all’ordine pluralistico dei territori prima della Rivoluzione. Chiariamo subito che qui non si vuole alludere ad alcuna presunta ‘attualità’ di quel tempo storico. Noi teniamo infatti ben fermo il carattere irreversibile di un aspetto decisivo della trasformazione iniziata alla metà del Seicento e culminata con la Rivoluzione e con gli Stati nazionali, che si riassume in una parola : quello era il mondo dei ceti, questo è il mondo degli individui, per quanto oggi sempre più avvolti in una realtà complessa ed articolata. Da questo non si ritorna indietro. Non c’è all’orizzonte alcun ritorno a quel mondo. C’è invece da prendere in considerazione un’altra ipotesi: che il moderno di cui

ci parla la Dichiarazione dei diritti dell'89, di cui ci parla la legge del sovrano ed il diritto pubblico statale degli Stati nazionali, sia un moderno troppo semplice e scarno. E che il moderno immaginato da Hobbes e presupposto dal positivismo giuridico non esaurisca da solo la vicenda complessa dello Stato moderno europeo, entro cui sono state possibili soluzioni diverse, *diversi modi di comporre l'ordine politico*.

È ormai a tutti evidente che il modo odierno non è più quello della stagione trionfante del positivismo giuridico, della centralità della legge solo eventualmente limitata verso l'alto dalla Costituzione, e verso il basso applicata dalla giurisdizione in modo certo, pronto ed uniforme. Oggi, una parte della costruzione dell'ordine politico passa per vie diverse, ed in particolare attraverso l'interpretazione della legge nell'esercizio del rendere giustizia, della giurisdizione, presupponendo in tale opera la presenza decisiva della Costituzione come norma giuridica. La storia entra in tutto questo solo per fornire due consapevolezze: che questo modo contemporaneo di comporre l'ordine politico non è del tutto inedito, nel senso che sono esistiti altri secoli dell'età moderna in cui era a tutti chiaro il nesso forte tra ruolo della giurisdizione e costruzione del comune ordine politico e giuridico; e che la soluzione precedente, quella positivista degli Stati nazionali, non è rappresentabile come il metro di giudizio in assoluto, ed è invece storicamente determinata come quella nostra contemporanea, e come ogni altra soluzione che si sia prodotta nella plurisecolare vicenda dello Stato moderno europeo.

Torniamo allora alle Costituzioni del Novecento, alla nostra Costituzione, alla nostra Corte Costituzionale. L'ipotesi che avanziamo è che quelle Costituzioni, e le stesse Corti, come anche la nostra, abbiano impattato su una realtà storica e sociale che alla metà del secolo scorso non era già più contenibile nel modello consegnato dalla tradizione positivista. L'ampliamento del ruolo della funzione giurisdizionale è in questo senso nato dalle cose, dalla necessità di dare risposte concrete a problemi che emergevano nella pratica in modo complesso, tale da non poter ricevere risposte secondo alternative di tipo secco sì-no, valido-invalido, conservazione-abrogazione. Così, la stessa Corte, anche in Italia, ha dovuto dotarsi di strumenti più flessibili, da utilizzare nel concreto della attività d'interpretazione della legge da parte dei giudici. Pensiamo alle sentenze di principio, o a quelle interpretative di rigetto, con le quali si conserva una legge, ma a condizione che venga interpretata in un dato modo. Si tratta di soluzioni che si fanno carico del costo che avrebbe l'abrogazione di una data legge, ma anche del suo mantenimento con un certo significato, e che confidano dunque sul ruolo attivo in questa direzione della giurisprudenza. Che cosa è tutto questo se non un'attività costruttiva di ordine politico e giuridico? E nella misura in cui queste decisioni concorrono

no a mantenere, o perfezionare, quell'ordine, non è forse plausibile pensarle come *un'attività di governo*? Ovviamente, non quel 'governo' che è tale perché persegue un indirizzo politico, ma quell'altro 'governo', di più risalente ascendenza storica, che è tale perché concorre in modo decisivo a tenere unita una comunità politica composita, attraverso una sapiente opera di mediazione, alla ricerca del risultato fondamentale dell'equilibrio.

Oggi, la realtà in cui la Costituzione è immersa non consente più le semplificazioni proprie del positivismo giuridico. Oggi, è un tempo storico in cui il principio di unità politica, senza il quale non esiste alcuna costituzione, può ancora essere vivo ed operante, ma a condizione che si accetti di pensare all'ordine politico come ad una conquista faticosa, non più frutto di un'unica causa originaria, e che sul suo cammino incontra anche l'opera di mediazione, ormai essenziale, della giurisprudenza. Ovviamente, per la costruzione di quel medesimo ordine rimane indispensabile il principio democratico, l'esercizio dei diritti politici, la competizione per la determinazione dell'indirizzo politico, la legge stessa. Ma da quella cima, su cui si collocano le funzioni legislative, politiche e di governo, ormai non si vede più l'intero territorio della costituzione. La costituzione come rappresentazione dell'ordine politico e giuridico è anche altro, sta anche altrove. Il punto è che quella costituzione già ora sarebbe ben più debole senza il decisivo ruolo costruttivo della giurisprudenza. La parte essenziale della costituzione non è dunque solo quella politica. La costituzione ha necessariamente *due lati*, come lo Stato moderno europeo da cui abbiamo preso le mosse. E dunque, se è vero che il costituzionalismo non può pensare di costruire da solo un ordine politico autosufficiente, è anche vero l'opposto: che il positivismo non può pensare che questo sia ancora il tempo in cui l'ordine medesimo può essere rappresentato per intero dalla legge sovrana. Oggi, la rappresentazione complessiva di quell'ordine sta nella Costituzione, da cui derivano i loro compiti tutti i poteri, quelli legislativi e di governo, politici e d'indirizzo, come anche quelli di garanzia, ed in particolare quelli giurisdizionali. La Costituzione distingue in modo accurato gli uni dagli altri, ma confida anche che gli uni e gli altri, ciascuno nel proprio ambito, operino per la conservazione ed il perfezionamento dell'ordine politico e giuridico che in essa si fonda.