

LA DUPLICE VOCAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

MAURIZIO **FIORAVANTI**



La duplice vocazione del costituzionalismo

The Double Calling of Constitutionalism

MAURIZIO FIORAVANTI

Professore emerito di Storia del Diritto Medievale e Moderno, Università degli studi di Firenze.
(1952–2022)

ABSTRACT

L'autore ripercorre l'evoluzione storica dei sistemi di garanzia dei diritti degli stati moderni sino a giungere all'analisi del concetto di "Stato costituzionale". Il nucleo centrale del ragionamento è costituito dal bilanciamento tra il principio di solidarietà e il principio di autonomia (paragonati ai due fuochi di una ellisse). Attraverso una sintetica analisi comparatistica l'autore, inoltre, descrive l'approdo allo Stato costituzionale quale sistema più efficace di garanzia dei diritti.

The author traces the historical evolution of the rights guarantee systems of modern states to arrive at the analysis of the concept of the "Constitutional State". The core of the argument is the balancing between the principle of solidarity and the principle of autonomy (compared to the two foci of an ellipse). Through a concise comparative analysis, the author also describes the Constitutional State as the most effective system for guaranteeing rights.

KEYWORDS

costituzionalismo, stato costituzionale, diritti, solidarietà, autonomia

constitutionalism, constitutional state, rights, solidarity, autonomy

La duplice vocazione del costituzionalismo

MAURIZIO FIORAVANTI

Il volume di Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, raccoglie saggi pensati e realizzati dall'Autore negli ultimi quindici anni. Come recita il sottotitolo, si tratta di reperire nella esperienza giuridica contemporanea i "frammenti" di un "modello giuridico"; mentre nel titolo stesso del volume vengono indicati quei "frammenti" sui quali è comunque necessaria un'opera di carattere ricostruttivo: "norme", "giudici", e "Stato costituzionale".

Ma perché parlare di "frammenti"? Se mi concedete ancora un passo avanti interno alla logica della metafora, potrei rispondere, nel modo più semplice: perché vi è stata una esplosione che ha danneggiato funzioni essenziali del "modello giuridico", lasciando sul campo per l'appunto quei "frammenti" che la scienza giuridica è chiamata a reperire ed a riorganizzare. Ma di quale scienza giuridica stiamo parlando?

Direi di quella parte della scienza che ha a che fare con un approccio di carattere critico e problematico, che s'interroga sulle motivazioni di fondo della convivenza civile, soprattutto muovendo dalla idea e dalla convinzione che questo non può più essere un periodo storico – come ebbe a dire un giurista tedesco del diciannovesimo secolo – di «tranquillo ed ordinato sviluppo della scienza»: simili confortanti pensieri sono puntualmente smentiti dalla realtà effettuale del Novecento che proponeva, già a partire dagli anni Venti, imponenti trasformazioni, che dal punto di vista giuspubblicistico significavano ricerca di nuovi approdi per la scienza del diritto pubblico, comprensivo di costituzionale ed amministrativo, di libertà fondamentali e di forme di governo, con una presenza permanente del "Diritto pubblico generale", e dunque delle dottrine sulle quali si era costruita in Europa la figura dello Stato di diritto europeo-continentale¹.

Tale figura trovò la sua codificazione nella dottrina generale dello Stato di Georg Jellinek, per noi doppiamente rilevante, perché Vittorio Emanuele Orlando, fondatore in Italia della Scuola nazionale del diritto pubblico a partire dagli anni Ottanta del diciannovesimo secolo, volle vedere proprio nella dottrina generale dello Stato del giurista tedesco – delle cui principali opere promosse la traduzione in italiano – il fondamento teorico dello *Stato di diritto* dell'Europa continentale, ed in definitiva il carattere di fondo dello stesso liberalismo, così come si era realizzato nella dimensione degli Stati nazionali sovrani che dominarono l'Europa fino a metà del secolo scorso.

Non me ne vorranno i Colleghi se sto per propinare loro ancora una volta una celebre pagina di Georg Jellinek, alla quale non so rinunciare a causa della sua esemplare chiarezza nel comunicare al lettore odierno cosa fosse – o definitivamente sia stato – lo Stato di diritto del diciannovesimo secolo. Ecco il breve testo:

«La Costituzione dello Stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la sfera della loro azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di fronte al potere dello Stato».

Il testo è del 1914, che è la data della terza edizione della *Allgemeine Staatslehre*, e funziona in modo eccellente per definire che cosa è "Costituzione" dal punto di vista del positivismo giuridico che aveva dominato tutto il secolo precedente². Ecco i caratteri di quel positivismo che, applicati al diritto pubblico, danno il seguente esito:

¹ Per una rilettura delle questioni del metodo sollevate tra Otto e Novecento cfr. CORTESE, CARUSO, ROSSI 2020 (con un mio intervento conclusivo).

² JELLINEK 1914, 506.

1. La Costituzione è “dello Stato”, nel senso che il secondo precede la prima: non c’è alcuna Costituzione senza Stato, mentre non è così netta e chiara la proposizione inversa, che può proporre una situazione certamente non desiderabile, ma possibile, di uno Stato che è pura auto-rità, libero dalla osservanza di ogni limite, e dunque per l’appunto senza Costituzione.
2. La Costituzione si occupa esclusivamente di “organi supremi dello Stato”, e dunque, in termini più attuali, della forma di governo, ed i cittadini valgono solo in quanto partecipano al “modo della loro formazione”, attraverso il momento elettorale, in modo tale che anche i cittadini elettori esercitando il loro diritto di voto svolgono anch’essi una funzione pubblica.
3. I diritti di libertà derivanti dalla prima radice del costituzionalismo, che vuole – soprattutto nella tradizione *british* – che essi siano rappresentati nel senso della loro inviolabilità, all’interno di una sfera autonoma, in cui l’individuo opera in libertà assoluta, non sono concepibili in tal senso, in quanto le libertà fondamentali sono possibili, ed anche necessarie, nel sistema storico dello Stato di diritto europeo-continentale, ma sulla base della legge dello Stato, del diritto pubblico statale, e non certamente del diritto naturale individuale, o della idea della anteriorità dei diritti della persona.

Da tutti questi punti consegue la celebre soluzione di Jellinek, che rappresentò per lungo tempo la base necessaria per poter discutere dei diritti individuali. Mi riferisco alla auto - limitazione, o anche auto - obbligazione, dello Stato sovrano, che attraverso atti specificamente diretti a limitare la propria sovranità fondava i diritti pubblici soggettivi dei cittadini. L’esito conclusivo non poteva essere altro che questo, che faceva salva la sovranità dello Stato insieme ai diritti, ma il prezzo pagato fu altissimo, perché quei diritti erano salvi solo formalmente, mentre nella sostanza non vi era alcun limite all’esplicarsi della volontà sovrana dello Stato. Quest’ultima infatti era sovrana sia nel momento in cui fondava i diritti restringendo il suo campo, sia nel momento in cui tornava ad occupare in pieno quel medesimo campo riprendendo ad espandersi su una serie di oggetti prima lasciati alla libera considerazione degli individui e dei privati.

Il punto decisivo rimaneva dunque quello della anteriorità dei diritti. Si sviluppò a questo proposito un dibattito acceso alla Costituente, che tra gli altri vide protagonisti La Pira e Togliatti³. Ce ne occupiamo brevemente, ed in modo del tutto strumentale, solo per acquisire un ulteriore punto di vista sulla nostra problematica complessiva. I due, per vie del tutto diverse, ritenevano che i diritti fondamentali della persona dovessero precedere le leggi dello Stato, in modo che le seconde non avessero neppure la tentazione di ledere i primi.

È da un ragionamento siffatto che si pongono le prime fondamenta del controllo di costituzionalità. Non vogliamo però soffermarci su questo aspetto, anche perché democristiani e comunisti erano sicuramente d’accordo sul punto della anteriorità, ma in essa ravvisavano poi caratteri, e soprattutto conseguenze, anche molto diverse. Basti pensare alla Corte costituzionale, fino all’ultimo avversata dai comunisti. Nel loro caso, l’anteriorità dei diritti aveva infatti un significato eminentemente politico, coincideva cioè con il primato della politica che si stava traducendo nella legislazione sociale ispirata da una rinnovata concezione del principio di uguaglianza. Ma se questa era l’origine dei diritti, tutta sul piano storico-politico, non erano certo i comunisti quelli che potevano affidare alla ragione dei giuristi, e ad una Corte che su quella ragione fondava le sue decisioni, le soluzioni dei problemi che si sarebbero posti in materia di garanzia di quei medesimi diritti.

Accenno subito di seguito appena a questo problema, in sé assai intricato. Un conto infatti era credere in un universalismo dei diritti, in cui la persona era chiamata ad una lotta continua per l’affermazione dei diritti medesimi, che in sostanza venivano a dipendere dalla capacità di

³ Atti della Assemblea Costituente Prima Sottocommissione. 9 settembre 1946, 17. Sul profondo significato di questo dibattito tra personaggi così diversi, si veda FIORAVANTI 2017, 46 ss.

agire degli uomini e dei partiti, altro conto è credere nella esistenza di un ordine necessario e naturale degli uomini e delle cose, cui bisogna conformarsi, per occupare il posto che a ciascuno è assegnato. In entrambi i casi l'ordine politico e sociale, comprensivo dei diritti fondamentali della persona, precede la legge positiva dello Stato, ma nel primo caso tale anteriorità è sviluppata al fine di affermare i diritti mediante l'azione politica degli uomini, che a partire dal diciottesimo secolo inventano lo strumento della Costituente, intesa come possibilità di pensare un ordine del tutto diverso da quello esistente; mentre nel secondo caso i diritti sono anteriori alla legge dello Stato in quanto tale anteriorità significa prima di tutto priorità della comunità politica, intesa come storica connessione necessaria di diritti e doveri, sullo Stato, che a questo punto diviene mero strumento, per sua natura successivo alla comunità politica, che provvede a realizzare gli obiettivi che proprio la comunità politica si è data.

Ma, come prima accennavo, non è da questo punto di vista che vorrei discutere i molti problemi sollevati da questo volume. Ciò che vorremmo indagare è piuttosto la successione storica, dalla Rivoluzione ad oggi, delle risposte che sono state date alla problematica della *garanzia dei diritti*. Ben consapevoli però del fatto che il costituzionalismo non può essere ridotto a tale problematica.

Ogni costituzione moderna, dalla Rivoluzione in poi, contiene infatti il tentativo di rispondere a due grandi questioni, e non ad una sola. Essa rappresenta certamente il tentativo di operare al meglio per la tutela dei diritti, ma nello stesso tempo è protesa con altrettanta forza alla affermazione del principio di unità politica. Le Costituzioni vivono per intero entro questa tensione tra principio di autonomia, nel senso della inviolabilità dei diritti fondamentali, e principio di solidarietà, tra l'esaltazione della società civile dei privati e la logica collettiva dei progetti orientati verso finalità di giustizia sul piano sociale.

In breve, vi è qui la grande missione delle Costituzioni democratiche del Novecento, che si muovono nella tensione tra i due concetti-base d'inviolabilità e di solidarietà. Altrove ho immaginato che questo carattere compositivo e mediano delle nostre Costituzioni fosse esprimibile con la figura geometrica dell'ellisse, che è per l'appunto quella figura che non deriva più da un centro, unico per definizione, com'era nella tradizione europea del cerchio, ma dalla tensione tra due fuochi⁴. Così, i meccanismi di riequilibrio, cui era ispirata la Costituzione repubblicana del 1948, hanno svolto a mio parere in modo eccellente il loro compito, che era quello di temperare quella che avrebbe potuto essere una vera e propria deriva in senso collettivistico, presente in una parte della cultura dominante negli anni della Costituente; e in direzione inversa l'avvento a partire dagli anni Ottanta di un clima culturale complessivo di stampo neo-liberistico che non ha potuto produrre tutti i suoi potenziali effetti, nocivi in modo consistente anch'essi, a causa dell'altro lato della Costituzione, per lo meno parimenti della stessa forza e profondità, che era dato dal principio di solidarietà.

In altre parole, la nostra Costituzione non ha sposato alcuna ideologia, né la si è progressivamente attuata per realizzare i dettami di un particolare regime politico. Al contrario, essa impedisce, grazie ai meccanismi di bilanciamento propri dell'ellisse – cui ci riferivamo poco sopra –, che una piena realizzazione del principio di solidarietà possa giungere nelle democrazie contemporanee a generare regimi di stampo collettivistico alla fine pericolosi per le libertà degli individui; o che una smodata esaltazione del principio di autonomia e d'inviolabilità finisca per demolire ogni relazione tra gli individui, e dunque la base stessa della società civile. Una volta riportata la discussione sui diritti fondamentali su un punto medio ideale, ed una volta scongiurato il pericolo della frattura, era possibile e necessario auspicare soluzioni pragmatiche, che prescindessero da "eccessi d'ideologia" – come ebbe a dire lo stesso Togliatti – che finivano per dividere ciò che invece avrebbe potuto essere tenuto assieme, per essere sviluppato su percorsi comuni.

⁴ FIORAVANTI 2020. Precedentemente avevo già utilizzato lo schema dei due "fuochi" come base per il commento dell'articolo due della Costituzione: FIORAVANTI 2017, 46 ss.

Queste tendenze alla medietà e alla prudenza ci raccontano di una tradizione che si era sviluppata in Europa dall'età classica fino a metà del diciottesimo secolo, per capirci fino al celebre capitolo sull'Inghilterra dello "Spirito delle leggi" di Montesquieu, del 1748. Grazie a quelle pagine, che riprendevano la secolare tradizione cui sopra accennavamo, l'Inghilterra, ormai a ridosso della Rivoluzione, era ancora il "modello" da imitare in Europa sul piano costituzionale. E tale rimase nonostante la Rivoluzione che operò finalmente un taglio netto, per lo meno su due punti, rilevantissimi per la permanenza in salute del modello costituzionale inglese: opposizione netta tra medioevo ed età moderna, ed esclusione secca totale della componente aristocratica dal costituzionalismo moderno.

Si giunge così ai decenni a cavallo tra Otto e Novecento. A questo punto, abbiamo in Europa regimi politici differenziati secondo le diverse storie nazionali: una Repubblica, la Terza, in Francia, il Secondo Impero in Germania, una monarchia fortemente radicata nella storia ma anche intensamente parlamentarizzata in Inghilterra. Uno studio storico di diritto pubblico comparato tra questi tre Paesi, all'altezza della fine del secolo e dei primi lustri del nuovo, non è mai stato compiuto, ma secondo noi mostrerebbe, sul piano della cultura costituzionale e dei "modelli giuridici", lasciando da parte per il momento l'Inghilterra, un sostanziale riavvicinamento tra Francia e Germania in nome di una cultura dello "Stato di diritto", che progressivamente diviene europea, estendendosi alla penisola iberica ed anche all'Italia. In quest'ultimo caso, assumono particolare significato le reiterate dichiarazioni di Vittorio Emanuele Orlando a favore della Scuola storica del diritto e della figura di Savigny, che ritroviamo all'inizio della sua opera – ad es. nei "Principi di diritto costituzionale" del 1891 – e alla fine, nei dibattiti alla Costituente, che il giurista siciliano vive intensamente, continuamente opponendo la sua concezione storicistica del diritto al lato giacobino della Costituzione repubblicana.

In effetti, se queste esperienze costituzionali stanno insieme, è perché esse hanno in comune una cultura della Costituzione di stampo anti-giacobino, che tiene insieme Germania ed Inghilterra. Sarà poi la Francia della Terza Repubblica ad allinearsi alle altre due esperienze, riprendendo il dialogo che la Rivoluzione aveva interrotto in nome dei diritti naturali e di una particolare versione del contratto sociale, di stampo rousseviano, fondata cioè su un principio di sovranità popolare, inaccettabile dal punto di vista anglo-tedesco. Ma se ora tutto ciò è trascorso, e la Terza Repubblica può tranquillamente proclamare i valori repubblicani senza porsi il problema di una Dichiarazione dei diritti come nell'89, e avendo anzi disinnescato il potenziale rivoluzionario insito in quella Dichiarazione, si può allora far venire alla luce il legame tra le tre esperienze: ciò che esse hanno in comune è proprio la cultura dello "Stato di diritto", comprensivo anche dell'Inghilterra, dove il medesimo concetto assume la denominazione di "*rule of law*".

Riassumiamo ora i caratteri del *primo modo di garanzia dei diritti*, che è storicamente legato alla "riserva di legge", e di giurisdizione, che è più o meno rinforzata secondo quanto della materia da normare debba essere riservato alla legge, in larghezza ed in profondità. E' questa una prima garanzia tutt'altro che irrilevante, poiché se lo scopo è quello di sottrarre all'esecutivo o comunque a poteri diversi dal legislativo il potere di disciplinare in certi casi le relazioni tra i consociati, bisogna allora ammettere che a questo stadio della nostra analisi è già nata la Costituzione, intesa come norma fondamentale, che è tale in quanto è capace di decidere quali atti o rapporti rientrano nel perimetro della riserva di legge, e quali altri ne rimangono fuori.

Tuttavia, se rimaniamo fermi alla riserva di legge, rinforzandola quanto si vuole, ma senza mai uscire dall'orizzonte generato da uno dei processi di maggiore rilevanza che hanno condotto alla Rivoluzione, distendendosi poi nel corso del diciannovesimo secolo, la garanzia che l'ordinamento offre ai diritti rimane pur sempre fondata sulle virtù della legge come *ratio*, e non come mera *voluntas*. E il problema rimaneva per intero lì, proprio nei casi in cui di semplice *voluntas* si trattava, ovvero di diritto meramente posto, magari frutto tutto politico della semplice maggioranza del momento. A questo "tipo" di diritto si doveva la stessa obbedienza che eravamo abituati a praticare nei confronti del diritto dei Codici, o delle leggi organiche? E anche se il

suo contenuto in ipotesi fosse stato quello delle leggi razziali, o di leggi comunque contrarie ai principi più elementari di civiltà giuridica?

La questione finiva poi fatalmente sul tavolo dei giudici: dovevano applicare la legge sempre e comunque, con la medesima forza e convinzione? Stiamo qui già entrando nel *secondo modo di garanzia dei diritti*, ponendoci all'inizio di un percorso che conduce alla situazione attuale. Tale percorso ha inizio – ed è già stato descritto più volte – negli anni della Costituente, e riguarda personaggi come Piero Calamandrei, prima rigidamente positivista, ma che proprio in quegli anni muta orientamento. Il giudice, che prima aveva il dovere specifico di operare per ridurre al minimo l'aspetto creativo del suo lavoro, non può rimanere ora fuori dai grandi mutamenti sociali del Novecento, dei quali deve anzi essere addirittura l'“incitatore”, come scrive lo stesso Calamandrei⁵.

E' su questo terreno, completamente mutato, che prende corpo il secondo modo di garanzia dei diritti. Come dicevamo all'inizio, siamo oggi di fronte ad una trasformazione dell'ordinamento che presuppone un vero e proprio mutamento di paradigma, rispetto alle configurazioni tradizionali. Nel titolo di questo volume non compare la parola “legge”. Evidentemente, non è sulla legge come fonte di diritto che viene collocato il perno attorno al quale tutto ruota. Al posto del meccanismo tanto caro al positivismo del diciannovesimo secolo, che vuole una sola operazione fondamentale, che viene individuata nella applicazione della legge al caso concreto, abbiamo un'interazione tutta da ricostruire tra “norme” e “giudici”, con una sintesi da raggiungere nell'ambito dello “Stato costituzionale”.

La nostra attenzione, seguendo questo filo rosso, verte ora perciò proprio su questo quadro generale in cui è crescente l'uso che viene fatto proprio della locuzione “Stato costituzionale”. In un volume che ha avuto una grande e meritata diffusione a partire dall'inizio degli anni Novanta, Gustavo Zagrebelsky iniziava ad usare la locuzione citata quasi in contrapposizione con il concetto tradizionale di “Stato di diritto”⁶. E' da questo punto specifico che si diparte tutta la discussione che seguirà fino ai nostri giorni, nel senso che dalla fine del secolo scorso ad oggi sempre più viene rivista la tradizionale concezione dei giuristi che vedeva un continuo processo di accrescimento delle garanzie dei diritti, dalle affermazioni rivoluzionarie, alla giustizia amministrativa, e poi, con la Costituzione, alla giustizia fondata sul primato della Costituzione repubblicana.

Zagrebelsky introduce in questa linea trionfalisticamente progrediente l'ipotesi che vi sia invece, da uguale punto di partenza, un salto, un punto di lacerazione; e che prima vi sia lo “Stato di diritto” in senso proprio e stretto, e poi lo “Stato costituzionale”. Non è questa la sede per discutere l'ipotesi del “salto”. Si può però tranquillamente affermare che non sempre le forti discontinuità si esprimono attraverso un nuovo potere costituente. Noi pensiamo che questo stia accadendo sotto i nostri occhi: *trasformazione costituzionale senza potere costituente*.

Nel nostro caso abbiamo dunque un ruolo dei giudici che va mutando in modo consistente, tale comunque da rendere inadeguata la tradizionale formula dello “Stato di diritto”, da sostituire con l'altra dello “Stato costituzionale”, che è ormai indispensabile per indicare una trasformazione profonda, che ha generato un rapporto nuovo tra l'esercizio della funzione giurisdizionale ed i principi costituzionali che anche a noi pare essere irreversibile.

⁵ CALAMANDREI 1955, 252 ss. Conviene in questo caso riportare l'intero brano di Calamandrei: «Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l'accompagna passo per passo, ma vi sono tempi di rapida trasformazione, in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l'antesignano, l'incitatore». Da sottolineare la perfetta consapevolezza di Calamandrei delle implicazioni costituzionali del suo discorso. Si legge ancora nel saggio di Calamandrei: «siamo ora in un tempo presente e nell'interno di una Costituzione in cui il potere giudiziario è un potere autonomo posto sullo stesso piano del legislativo»; ed ancora: «L'ordine giudiziario per accorgersi della Costituzione e delle mete che essa assegna non ha più bisogno di passare attraverso il tramite del legislatore». Tutte affermazioni addirittura inconcepibili prima della Costituente.

⁶ ZAGREBELSKY 1992.

Da una parte, lo Stato “costituzionale”, ovvero quella forma di Stato in cui non può esistere una presunzione di validità della legge. Le leggi approvate dal parlamento sono sì in linea generale valide, ma non si presume più la loro validità per il fatto puro e semplice che esse sono deliberate dai rappresentanti del popolo sovrano.

E dall'altra parte, il tradizionale “Stato di diritto”, fondato sulla preminenza del legislatore, ma soprattutto sulla personificazione del principio di sovranità e di unità politica nello Stato, esprime un grado di difesa e tutela dei diritti dal punto di vista dello Stato costituzionale del presente chiaramente insoddisfacente, perché quella tutela nasce in sé limitata, non potendo in alcun modo neppure incrinare il carattere monistico del potere politico.

Il potere di cui parliamo ora è per l'appunto “politico”, è cioè hobbesianamente rappresentativo della comunità politica, che anzi nasce proprio grazie alla formidabile prestazione che quel potere è capace di offrire. Da esso, in origine unico, si distaccano gli altri poteri. È questo il caso dell'Europa continentale, e delle sue Costituzioni moderne e contemporanee, che muovono in prevalenza tutte dal modello monistico. Più riferibile al caso anglo-americano è invece il modello pluralistico.

Infine, un ultimo chiarimento: per modello “monistico” intendo che la Costituzione contiene una funzione, o un potere, che è sovrano perché originario, non derivato da un altro potere, o da un'altra norma; mentre “pluralistico” è quel modello che vede fin dall'inizio una pluralità di poteri, tutti derivati dalla Costituzione: nessuno potrebbe nella Costituzione Federale americana dire qual è il potere “sovrano” e chi lo impersona, se il Congresso, o il Presidente, o la Corte Suprema.

Nessun dubbio invece nelle Costituzioni derivate dal modello “monistico” costruito sulla base della Rivoluzione e della centralità del Legislatore. È da questo potere originario del Legislatore che si distaccano gli altri due poteri, esecutivo e giudiziario, ed è questa impostazione della nostra problematica che genera una grande quantità di questioni, tra cui anche quella che ora ci interessa, che concerne il rapporto tra il Legislatore e i giudici. Qui c'è anche il secondo modo di garanzia dei diritti, che supera il primo perché esce fuori dalla logica della riserva di legge, e della legge “buona”, per affrontare finalmente la problematica del merito legislativo e della sua sindacabilità alla luce di norme che sono ritenute superiori a quelle ordinarie, spesso espresse in forma di principi.

Dunque, il passaggio dal primo al secondo modo di garanzia dei diritti è passaggio dalla forma alla sostanza: sei garantito, non solo e non tanto, perché il limite all'esercizio del tuo diritto viene fissato da una legge, e non da una fonte di diritto inferiore, ma soprattutto perché ciò che è stabilito in quella legge deve essere conforme a Costituzione. Nello “Stato di diritto” si offriva dunque la garanzia di una forma, che era quella legislativa, nel senso che si riteneva che i diritti fossero comunque tutelati per il fatto stesso che erano previsti in una legge; mentre nello “Stato costituzionale” la garanzia si sposta sul piano dei contenuti, e per la tutela dei diritti si rende necessario che il contenuto della legge sia conforme a Costituzione. Vi è dunque un passaggio storico dall'Ottocento al Novecento, che possiamo così sintetizzare: dalla riserva di legge alla inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, e da questa, in senso ancor più ampio, alla inviolabilità dei principi supremi fissati in Costituzione, che la nostra Corte ha già ripetutamente menzionato, per quanto in modo esplicito nel testo costituzionale tali principi esistano solo mediante il concetto di “forma repubblicana” (art. 139) come limite materiale al procedimento di revisione costituzionale (Corte Cost. 1146/1988).

Qui, il nostro tema della garanzia dei diritti sfocia nella più ampia problematica della garanzia della Costituzione: i diritti sono tutelati perché contenuti in un testo che a sua volta si presenta alle forze politiche e sociali come corredato di clausole rigide, dense di materia non facilmente plasmabile, politicamente non negoziabili. Ecco dunque che è nella natura storica delle Costituzioni democratiche del Novecento possedere una vocazione duplice, come l'ellisse, che abbiamo richiamato all'inizio di questo contributo. Se da una parte proteggono i diritti fondamentali, dall'altra parte sarà necessario che quelle medesime Costituzioni si aprano ai processi di

trasformazione sociale, in modo da poterli governare, e dunque che la zona dell'indecidibile non vada a coprire l'insieme dei rapporti sociali. Insomma, che i cittadini non si trovino di fronte ad una situazione già risolta e definita, ad una specie di etica collettiva amministrata dai giudici.

Se ne accorse anche la generazione dei Costituenti. Così, nella fase in cui si stavano mettendo in moto tutte le azioni necessarie per far partire la Corte ed il controllo di costituzionalità, nella legge sulla organizzazione ed il funzionamento della Corte (l. 11 marzo 1953, nr. 87, art.28) leggiamo: «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del parlamento».

Il minimo che si possa dire a questo proposito è che le cose non sono andate in questo modo. D'altra parte, la democrazia dei partiti e delle assemblee rappresentative è sempre meno riuscita a sostenere ed organizzare la vita pubblica e la partecipazione dei cittadini. Ed è a fronte di questo vuoto che la componente giurisdizionale ha ripreso vigore. Non corrisponde però al vero che i giudici abbiano voluto sostituire i legislatori. Il problema non è quello di sostituire un padrone con l'altro, ma di saper cogliere il mutamento in atto, verso una Costituzione di tipo nuovo, senza più padroni⁷.

Su tutt'altro piano, io stesso, in una importante occasione pubblica, ho voluto piuttosto parlare del «sentimento popolare per la Costituzione»⁸, che a mio avviso è ancora presente tra noi. La Costituzione italiana, certo non come episodio di storia nazionale, ma come espressione compiuta del tipo storico della Costituzione democratica, sviluppato per lo meno nella dimensione europea, ha ancora futuro, non solo nei legislatori e nei giudici, ma anche nel popolo, prima come «sentimento», e poi come convinzione.

Alla base della Costituzione italiana, come di ogni altra Costituzione dell'età contemporanea, vi è sempre un sentimento popolare, che tiene in piedi la Costituzione medesima, altrimenti destinata a deperire. È dunque lì che dobbiamo ricercare la forza permanente della Costituzione. Poiché è lì che vive la Costituzione, dove tutto inizia, prima ancora che nelle aule parlamentari o in quelle giudiziarie.

⁷ Torna qui la problematica dello «Stato costituzionale». Si veda ancora: FIORAVANTI 2021; PINO 2010; PINO 2017. Non si deve poi mai dimenticare che le Costituzioni democratiche del Novecento fanno parte di un movimento complessivo dell'ultimo dopoguerra che tornava finalmente a discutere dei diritti umani, di quei diritti che per essere «umani» non possono e non devono presupporre alcuna appartenenza. Su questo decisivo aspetto si veda COSTA 2019, 211 ss.

⁸ FIORAVANTI 2018, 477 ss.

Riferimenti bibliografici

- CALAMANDREI P. 1955. *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», vol. I, 1955, 252 ss. (ora in «Opere giuridiche», Vol. I, 1965, Morano).
- CORTESE F., CARUSO C., ROSSI S. (eds.) 2020. *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Franco Angeli Editore.
- COSTA P. 2019. *Diritti umani e diritti del cittadino: un campo di tensione nella modernità*, in S. ROGARI (ed.), *Costituzione della Repubblica e Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Lezioni Magistrali 12 gennaio – 8 marzo 2018*, Polistampa, 211 ss.
- FIORAVANTI M. 2017. *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci.
- FIORAVANTI M. 2018. *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Giuffrè.
- FIORAVANTI M. 2020. *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2021. *Stato costituzionale in trasformazione*, Mucchi.
- JELLINEK G. 1914. *Allgemeine Staatslehre* (3° ed.), O. Häring.
- PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino.
- PINO G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino.
- ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite. Legge, Diritti, Giustizia*, Einaudi.