

Ordinamento costituzionale e carte costituzionali

1. IN PREMESSA: COSA INTENDO DIRE

In questo scritto mi propongo di dimostrare che una teoria materiale della costituzione è utile, ed anzi è difficile pensare di poter fare a meno di essa. La più conosciuta e discussa è certamente quella della «costituzione materiale» enunciata da Costantino Mortati. Essa si presta effettivamente ad alcune ambiguità: queste derivano dall'utilizzo e dall'applicazione che ne è stata fatta ma anche da qualche originaria non chiarezza. Propongo perciò una variante della dottrina mortatiana. Questa si fonda sulla nozione di *ordinamento costituzionale*. Il punto di ancoraggio per la costruzione dell'ordinamento costituzionale non è dato solo dai fini e dai valori di cui si fanno portatrici le forze politiche che sostengono la costituzione (come nelle teorie materiali) né solo dai testi costituzionali formalmente definiti come tali (come nelle teorie normative). Partendo dalla premessa che i testi formalmente costituzionali non esauriscono i contenuti più ampi dell'ordinamento costituzionale e che, quindi, quest'ultimo non si identifica con le sole norme formalmente costituzionali è necessario prendere in considerazione – io credo – anche quelle altre norme che, per il loro stretto collegamento con detti fini e valori politici, caratterizzano la forma di stato e danno identità e linee di sviluppo all'intero ordinamento giuridico.

Il nesso stretto fra il testo costituzionale, formalmente al vertice dell'ordinamento, e l'energia ordinante che percorre l'intero ordinamento può essere meglio espresso, quindi, ricorrendo, più che alla coppia concettuale costituzione materiale-costituzione formale, alla più complessa relazione *sistemica* fra l'«ordine costituzionale» (la base materiale sottostante), il «testo costitu-

Questo scritto interviene nel dibattito promosso dalla Rivista e aperto con il saggio di Roberto Bin nel fascicolo 1/2007 sul tema «Cosa è la Costituzione?» e proseguito con gli interventi di Antonio Ruggeri (fascicolo 3/2007), Marco Dani (fascicolo 4/2007), Giovanni Bognetti (fascicolo 1/2008), Omar Chessa (fascicolo 1/2008). Lo studio sarà destinato agli Scritti in onore di Luigi Arcidiacono.

zionale» (il precipitato formale) e l'«ordinamento costituzionale» (il nucleo dell'ordinamento giuridico). Non tutte le norme di una costituzione, peraltro, sono espressive di tale ordine materiale mentre possono esserlo, in modo talvolta non meno significativo, norme di leggi ordinarie o di regolamenti parlamentari, od anche norme di altri ordinamenti in vario modo recepite nello spazio giuridico interno.

Il ricorso a detti strumenti euristici potrà spiegare, tra l'altro, come possano darsi paesi che abbiano mutato il proprio ordinamento costituzionale pur mantenendo la medesima costituzione (per esempio gli Usa abolendo la schiavitù con il XIII emendamento) e paesi che abbiano mantenuto il medesimo ordinamento costituzionale pur avendo adottato una nuova costituzione (per esempio la Svizzera con la riforma del 1999).

2. COSTITUZIONI E COSTITUZIONE MATERIALE. LE RAGIONI DI UNA DIFFIDENZA

L'espressione «costituzione materiale» è suscettibile di creare fraintendimenti e diffidenze. Anche per questo è stato recentemente criticato l'uso di tale categoria: perché «serve a legittimare i comportamenti dei protagonisti politici che si scostano dalla regola formale»¹.

Tale uso strumentale è, in effetti, avvenuto più volte: sia negli anni cinquanta, nel periodo della in-attuazione costituzionale²; sia negli anni novanta, nel periodo della transizione maggioritaria, per interpretare i mutamenti in corso nel sistema politico. Ed avviene tuttora in funzione «giustificazionista» nella (impropriamente definita) «Seconda Repubblica» quando, richiamandosi alla costituzione materiale, si tentano di giustificare discutibili innovazioni o addirittura distorsioni o violazioni della Costituzione. Questo equivoco semantico – «materiale» contrapposto a «formale» – è frequente nei politologi e nei commentatori, ma non poche volte, sia nella letteratura giuridica che ha accettato tale nozione sia in quella che l'ha rifiutata³, appaiono pagine

¹ R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 34 ss.; la citazione è a 36. V. adesso anche, *eiusdem*, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. Per una teoria quantistica delle fonti del diritto, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I, Napoli, Iovene, 2009, 55; S. Bartole, *Presentazione* a L.H. Tribe, M.C. Dorf, *Leggere la Costituzione*, Bologna, Il Mulino, IX. Sul tema è di recente tornato M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Günther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, 2009, 295 ss. In tal senso si era espresso anche S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001, 36.

² ...ma a volte, al contrario, è servita per spingere all'attuazione delle norme programmatiche: v. Barile, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951. Sui diversi significati dell'espressione «costituzione materiale» v. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 319 ss.

³ Ad esempio, S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle discipline pubbliciste*, Torino, UTET, 1992, 308; v. però 310 per il quale la costituzione materiale può essere «al massimo utilizzabile in funzione strumentale dell'interpretazione». Ma così anche Crisafulli, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento, ad vocem*, Roma, Treccani, 1976, 1037.

accomunate dal presupposto che la costituzione materiale, contrapponendo la sua «effettività» alla «prescrittività formale» delle regole della Costituzione, possa giustificare la violazione delle stesse.

L'impostazione dei fautori della costituzione materiale è volta in tutta altra direzione: essa ha una funzione di spiegazione del fondamento, di integrazione e interpretazione, non di contrapposizione al testo costituzionale. La distinzione fra «Costituzione» e «costituzione materiale», ricomprendendo in quest'ultima le basi che danno «validità» e «identità» ad un ordinamento, serve a dare risalto ad un «ordine costituzionale» sotteso al testo costituzionale, di cui anzi esso è un precipitato. Tale ordine racchiude, per così dire, il codice genetico che determina «l'identità» di un ordinamento giuridico e rappresenta «la priorità logica», anche se non temporale, rispetto ai testi costituzionali⁴. Quando Mortati ha inteso contrapporre al testo costituzionale una diversa e contrastante realtà ha fatto uso dell'espressione «costituzione reale», contrapponendola alla costituzione formale⁵. Anzi – è appena il caso di sottolinearlo – egli fu in prima linea nel condannare le in-attuazioni costituzionali che altri (anche costituzionalisti) pretendevano di giustificare in nome della situazione politica venutasi a creare con la guerra fredda⁶.

Per Mortati, a differenza di quanto sostenuto dalle dottrine del *pouvoir constituant*, la costituzione materiale non può individuarsi direttamente nel popolo. Esso, benché sovrano, è «privo di capacità di azione giuridica», non meno di quanto lo fossero la Nazione o altre entità astratte. Le basi della costituzione vanno individuate, piuttosto, nei *fini e valori* attorno a cui si ordinano le forze politiche egemoni che alla costituzione hanno dato vita oppure che ad essa hanno successivamente aderito. L'impostazione di Mortati è di teoria generale e allarga lo sguardo ad altri ordinamenti ma attento è lo sguardo alla realtà italiana. Negli anni trenta portatore di tale progetto era stato il partito nazionale fascista, che aveva dato vita a un nuovo regime costituzionale; negli

⁴ C. Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto, ad vocem*, 140. Mi sono intrattenuto sul punto nella prefazione al volume *Una e indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007 edizione fuori commercio che ripubblica la voce di Mortati *Costituzione (dottrine generali)* dell'Enciclopedia del diritto. Più ampiamente di Mortati v. *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998. L'impostazione di Costantino Mortati era stata in parte anticipata da Vincenzo Guelli in *Il regime politico*, Roma, Officina tipografica De Luca, 1939 ora in *Scritti vari, I*, Milano, Giuffrè, 1976, 387 ss.

⁵ In tal senso anche A. Spadaro, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, *ad vocem*, 1632.

⁶ ...tanto da ritenere necessario scrivere il saggio *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Problemi di diritto pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, III, Milano, Giuffrè, 1972; ma v. anche M.S. Giannini, *Scienza giuridica e teoria generale in Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e Grossi, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33, Milano, Giuffrè, 1990, 7 ss. Sull'influenza nella costituzione materiale italiana della nota *conventio ad excludendum* v. A. Pizzorusso, *Le stagioni della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana. Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, Zanichelli, 1995, XLI.

anni del dopoguerra sarebbero state le forze egemoni rappresentate nell'Assemblea costituente democraticamente eletta⁷.

Quelle forze politiche sono ormai scomparse dalla vita costituzionale ma un progetto costituente vive lasciando in eredità idee e valori. Non voglio dare una lettura ottimistica della storia italiana ma in altra sede ho cercato di mettere in rilievo come quei fini e quei valori si siano progressivamente radicati (per alcuni di questi anzi più di quanto non lo fossero negli anni immediatamente successivi al varo della Costituzione)⁸. Altrettanto non può dirsi per la parte relativa alla forma di governo e alle strutture dello Stato, messa in discussione (anche aspramente) in più occasioni. Ma premesso che quelle strutture reggono ancora, va sottolineato che l'identità e la forza di una Costituzione sono date dall'adesione ai principi e ai valori che essa esprime e attorno ai quali si rinnova nella continuità. È quanto si vuole dire allorché i progetti di revisione costituzionali succedutisi in questi anni vengono limitati alla parte seconda della Costituzione. Non corrisponde alla realtà del sistema politico italiano, piuttosto, continuare a parlare di «progetto costituzionale» alla base del testo costituzionale, come con una certa enfasi si scriveva nelle prime formulazioni dei fautori della costituzione materiale, ma non è fuori di luogo richiamare un «ordine costituzionale» che lega insieme, con un plebiscito quotidiano, una comunità politica, un «ordine ordinante» che opera a prescindere dall'alternarsi al governo delle diverse maggioranze, e che trova corrispondenza nei valori prevalenti nella stessa società civile. E che opera – aggiungo – al di là dei ricorrenti tentativi di reciproca delegittimazione fra gli schieramenti, mai peraltro giunti ad effetto essendosi più volte alternati nel governo del Paese. Preoccupano in particolare talune spinte delegittimanti nei confronti delle istituzioni di garanzia ma non è possibile, finora almeno, trarne affrettate conclusioni sulla irreparabile lacerazione di un comune tessuto costituzionale.

Ma le letture materiali delle costituzioni hanno la pretesa di spingersi al di là delle non esaltanti vicende italiane potendo porsi come un più generale strumento di lettura delle costituzioni, presenti e passate⁹.

Gli equivoci prima indicati non vanno tuttavia sottovalutati. Essi possono essere stati alimentati, tra l'altro, dallo stesso Mortati allorché ricorre

⁷ C. Mortati, *La Costituente (1945)*, ora in *Raccolta di scritti. Studi sulla costituzione e sul potere costituente*, I, Milano, Giuffrè, 1972.

⁸ *La costituzione italiana: dal compromesso al radicamento progressivo*. Prolusione all'anno accademico 2008-2009 dell'Università di Bologna, in *Rassegna di diritto parlamentare 2009*, 311-337 e in www.forumcostituzionale.it.

⁹ Continuo a ritenere spesso sottovalutata la distinzione fra considerazione «teoretica» e considerazione «dommatica» dei fenomeni giuridici (cfr. Gueli, *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1959, 416 ss. che si richiama a Stammler e Somló).

alla costituzione materiale al fine di valutare la conformità alla stessa delle consuetudini costituzionali, anche se *contra Constitutionem* o, addirittura, riferendosi però ad altri ordinamenti, al fine di valutare la legittimità di forme di sospensione della Costituzione¹⁰. Possono essere stati alimentati, inoltre, da posizioni non sempre univoche fra i sostenitori delle teorie materiali. Mentre per Mortati rifarsi direttamente a un ordinamento materiale ha senso solo ove la Costituzione formale sia stata soppiantata, tanto da fare registrare un «mutamento» di regime (ne parlerò più avanti), sono invece da registrare le diverse opinioni, ad esempio quella di Paolo Barile, che si richiamano al primato della costituzione materiale anche qualora solo alcune norme di un testo costituzionale, benché importanti, siano o inattuato o violate¹¹. Si tratta di posizioni non sempre compatibili con quei principi di stabilità e precettività di un testo costituzionale, propri del costituzionalismo liberaldemocratico, che sono stati assunti dalle forze politiche costituenti italiane¹².

A ciò si aggiunga la non infrequente sovrapposizione fra «costituzione materiale» e «funzione di indirizzo politico costituzionale»¹³. È un antico tema, progressivamente messo da parte dopo il depauperamento di talune norme costituzionali programmatiche ma che di tanto in tanto affiora, soprattutto fra gli interpreti del ruolo e dei poteri del Presidente della Repubblica¹⁴. Detta funzione, peraltro, è legata ad una fase in cui era ancora possibile parlare di (un sia pur anfibologico) «programma costituzionale», da attuare e sviluppare. Venute meno, o trasformatesi, le forze che alla Costituente diedero vita, ed entrate in scena altre forze inizialmente estranee, se è possibile riferirsi ancora ai fini e ai valori comuni che compongono l'«ordine» costituzionale è assai meno credibile fare riferimento a funzioni di indirizzo basate su un comune progetto.

¹⁰ V. Costituzione (dottrine generali), cit., 192 ss.

¹¹ Barile, *La costituzione come norma giuridica*, cit., 40 ss.

¹² ...anche lo stesso principio della «certezza del diritto» sarebbe messo in discussione, secondo Bartole, dal ricorso alla costituzione materiale: v. *Costituzione*, cit., 46 ss.

¹³ Anzi, secondo Mario Dogliani il concetto di costituzione materiale sarebbe un «concetto conseguente e reattivo» rispetto a quello, centrale nell'elaborazione di Mortati, di indirizzo politico: cfr M. Dogliani, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in *La costituzione materiale*, cit., 171 ss. Ma vedi anche F. Lanchester, *Il periodo formativo di Costantino Mortati*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, cit., 210 ss.

¹⁴ Sulla scorta peraltro di Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. Trim. dir. publ.*, 1958. Ma v. anche G. Maranini, *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di Maranini, Firenze, 1966. Sul punto ancora valide le ricostruzioni di E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961. Il collegamento con le norme programmatiche è ricostruito in modo critico da R. Bin, *Che cosa è la Costituzione*, cit.

3. ...E LE RAGIONI DI UN RIFIUTO

I rifiuti e le diffidenze nei confronti delle teorie materiali delle costituzioni non provengono solo da parte di chi, talvolta fraintendendo, teme che ne consegua la possibile contrapposizione alla costituzione formale. Vi è di più. Vi sono, intanto, quanti ritengono che la costituzione sia soprattutto «tecnica di limitazione del potere a fini di garanzia» più che «principio primo di unità, di ordine politico»¹⁵. Sul punto tornerò più avanti. Mi interessa qui mettere in rilievo le avversioni di quella parte della dottrina costituzionalista che vuole tenere lontane dalla vita della Costituzione – per quanto possibile – incisive forme di soggettività politica, valorizzando quindi, come conseguenza, più che l'attività del Parlamento, l'attività interpretativa dei giudici, ordinari e costituzionali. Questo tema, peraltro, non riguarda solo l'Italia, ma – lo dirò più avanti – investe anche altri ordinamenti.

Alla base delle diverse motivazioni di quel rifiuto – certo fra loro non sempre coincidenti – v'è un filo comune che è possibile così riassumere: con il varo della Costituzione si è esaurita la funzione costituente dei soggetti politici che ad essa hanno dato vita. La Costituzione italiana, in particolare, non potrebbe «poggiare sulla volontà e sui fini politici fondamentali» di soggetti determinati, quali le forze politiche egemoni, perché essa deriva la sua validità dal fatto di «incorporare taluni assunti etici socialmente condivisi come basilari e irrinunciabili»¹⁶, propri di un sistema ormai globalizzato e multilivello nella protezione dei diritti.

C'è, da un lato, il timore che possa riemergere un potere «esaurito», mai definitivamente domato ed assopito¹⁷. E comunque pesa il timore che i soggetti politici facciano prevalere le ragioni di una maggiore legittimazione democratica rispetto a quelle della «comunità degli interpreti»¹⁸. C'è, dall'altro, una influenza delle teorie «neocostituzionalistiche», vale a dire di quelle concezioni che, messe da parte le ricerche gius-naturalistiche ma ancora mosse da un'ansia di assoluto, hanno trovato il modo di agganciare ai testi costituzionali quelle «visioni di giustizia» e quei «principi morali» che premerebbero alle

¹⁵ È una coppia concettuale così espressa da M. Fioravanti, *Costituzione e stato di diritto*, in *Filosofia politica*, 1991, 325 ss.

¹⁶ O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 258; ma così anche M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 344 e in *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 28 e 29 ss. ed ivi l'affermazione che i diritti possono affermarsi solo «nel vuoto del potere politico» perché se un soggetto politico occupa quell'area vengono «necessariamente meno le premesse universalistiche» dei diritti dell'uomo.

¹⁷ Il timore, in breve, di un potere destabilizzante: v. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, CEDAM, 1995, 97 ss.

¹⁸ Così restringendo il più ampio *öffentlicher Prozess* di Peter Häberle: v., fra i tanti scritti, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, Nuova Italia scientifica, 1993, 175 ss. Possono essere anche utili i riferimenti alle teorie «discorsive» di Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996.

porte del diritto e che non potrebbero essere messe in discussione dal potere politico¹⁹. Sarebbero i diritti dell'uomo il nuovo ed unico terreno di legittimazione delle costituzioni, fino a mettere in ombra, talvolta, le funzioni di trasformazione un tempo assegnate alle costituzioni democratiche (e fino a tradire lo stesso sforzo kelseniano di «purificazione» del diritto)²⁰.

A questa impostazione contribuisce anche il progressivo indebolimento del concetto di sovranità dello Stato. Stato e potere costituente sarebbero due facce della stessa realtà, atteso che, secondo i canoni classici del costituzionalismo liberale, il potere costituente agirebbe in quanto rappresentante della Nazione, vale a dire quale organo dello Stato nazionale. «Non lo Stato ma la Costituzione è sovrana» dirà Martin Kriele²¹. «Dalla “sociologia dello stato” si passa alla “sociologia della Costituzione”» aggiungerà con una nota critica Hasso Hofmann²². In questa prospettiva l'espressione «Stato costituzionale» non significa uno Stato che *ha* una Costituzione ma uno Stato che *è* una Costituzione. È una formula che in particolare ha fatto fortuna in Italia ove è diffusa la critica alla dogmatica statalista²³. La sovranità non sarebbe più dello Stato ma «dei valori imm modificabili»²⁴. Questi valori talvolta sono un *sein* e talvolta un *sollen*. In ogni caso sovrastano la stessa Costituzione e trascendono i confini nazionali.

La Costituzione, autoreferente e ancorata a valori universali, è così sgan-

¹⁹ Le posizioni sono sempre più numerose: v. R. Dworkin *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, nonché *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996; C.S. Nino, *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1999; R. Alexy *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997; P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., 175 ss.; L. Ferrajoli, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2008. V. inoltre T. Mazza, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2005; Gozzi G., *Jurgen Habermas e Robert Alexy: morale diritto e democrazia discorsiva*, in Zanetti G., *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Cortina editore, 1999; M. Perini, *A proposito di neocostituzionalismo*, in *Studi senesi 2003*. V. anche gli spunti di M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

²⁰ Le costituzioni non sono soltanto regola e limite al potere ma fondano esse stesse un potere. Hanno per secoli dato fondamento al potere dello Stato ma possono anche dare fondamento a un potere che abbia alla propria base i diritti fondamentali (ne ho parlato in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, X ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, 38 ss.) purché non si eluda la loro funzione di dare forma al potere.

²¹ M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die Geshichtliche legitimität des demokratischen Verfassungsstaats*, Hamburg, Rowholt, 1975; ma spunti già in A. Merkl, ora in *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, 137.

²² H. Hofmann, *La libertà nello stato moderno*, Napoli, Guida editore, 2009, 55 ss.

²³ Contra, G. Ferrara, *La Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2006 per il quale la Costituzione dello stato «non è lo stato, è molto di più ed anche molto di meno» (207).

²⁴ V., per tutti, G. Silvestri, *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, 98 ss. (v. ora anche *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 3 ss.), la cui impostazione trova sempre più seguito in dottrina.

ciata da ogni cordone ombelicale con i soggetti dai quali fluisce. Si finisce per portare alle conseguenze estreme una sorta di «giusnaturalismo storico» che, nel momento in cui tali valori vengono ricondotti sia agli ordinamenti nazionali che a quelli sovranazionali o internazionali (o genericamente morali), conduce, come lamenta Massimo Luciani, alla critica «non solo della legge positiva ma anche della costituzione positiva»²⁵. Non solo si mettono così in ombra Stato e potere costituente ma si toglie spazio sia a quelle forze politiche che, dando vita alla Costituzione, hanno posto le basi dell'ordinamento costituzionale sia a quelle forze politiche che, inizialmente assenti od ostili, intendono sostenere la Costituzione. Sotto questo profilo trovo emblematica (e curiosa) la posizione espressa da Omar Chessa che da un lato individua, al di sotto del testo costituzionale, la presenza dei «portatori della Costituzione», rendendo esplicito omaggio allo schema mortatiano ma dall'altro – aggiunge – venuti meno i partiti costituenti, non possono essere interpreti della Costituzione «le nuove forze politiche organizzate», quale che sia il loro grado di lealtà e adesione nei confronti della stessa. Lo possono essere solo i giudici costituzionali e il più ampio pluralismo «reticolare». Dalla costituzione «materiale» si dovrebbe transitare alla prospettiva della costituzione «vivente», soprattutto al testo costituzionale come interpretato dalle Corti²⁶.

Nonostante le premesse universalistiche ne deriva una duplice e contraddittoria conseguenza: o che la Costituzione finisce con l'identificarsi con un testo normativo, riducendosi alle sole disposizioni giuridiche, al loro nesso funzionale e all'efficacia formale delle stesse, oppure che essa diviene il contenitore di valori confliggenti. Nel primo caso è ovvio il peso della Corte costituzionale, nel secondo caso questa rappresenta pur sempre la sede finale per eliminare o contenere il conflitto fra valori²⁷. Così, in un caso e nell'altro, il sovrano non scompare ma cambia d'abito. Assume quello della Corte costituzionale; quello, anzi, del raccordo Corte costituzionale-giudici. Ne è un indizio la tendenza di non pochi commentatori – anche di indubbia fede «te-

²⁵ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1658. Il riferimento di Luciani è anche al «giusnaturalismo storico» di A. Baldassarre, *Miserie del positivismo giuridico*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, I, 220 ss.

²⁶ Cfr. O. Chessa, *Che cos'è la costituzione? La vita del testo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 45-47. Con ciò tra l'altro Chessa si pone in contrasto con la sua adesione alle tesi di Hart che, come è noto, lega la vincolatività di un testo costituzionale alla sua accettazione diffusa (44). Alla giurisdizione costituzionale come *nomopoiesi* necessaria in un sistema pluralistico fa riferimento F. Rimoli, *Pluralismo e valori costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, 274 ss.

²⁷ V. fra gli altri A. Spadaro, *Dalla costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo»(storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 409 ss.; dello stesso v. *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1990, 248 ss. il quale tuttavia avverte il pericolo di un «uso alternativo» della Costituzione che vada al di là dei suoi effettivi contenuti. Per le posizioni testualiste il riferimento d'obbligo è alla coerente battaglia condotta da tempo da A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss.

stualista» – a non citare (quasi) più il parametro costituzionale ma piuttosto i precedenti della stessa Corte, quasi fossimo in un regime di *common law*. Tuttavia a differenza di quanto accade nei paesi anglosassoni si pretende di mantenere alla Corte quell'alone oracolare che invece andrebbe perso con l'introduzione di forme di *dissenting opinion*.

Negli anni sessanta e settanta il raccordo giudici-corte ha rappresentato una ricchezza per l'attuazione della Costituzione, concorrendo a vincere inerzie e riluttanze del potere politico. In epoche più vicine ha anche consentito di affrontare temi nuovi che il Parlamento non era in grado di risolvere. Ma fino a che punto – questo è un problema certamente non secondario – è coerente con un sistema democratico e con i principi del costituzionalismo liberaldemocratico emarginare gli organi di diretta legittimazione popolare?²⁸ Come evitare – si chiede Luigi Arcidiacono – che il Giudice costituzionale, chiamato a garantire l'equilibrio fra i poteri, non alteri a proprio favore detto equilibrio, in particolare incidendo pesantemente sulla discrezionalità legislativa?²⁹

Se le basi fondative delle costituzioni non vengono rinvenute nella soggettività della politica due le alternative possibili. Una è data dal richiamo, più o meno esplicito, a un «sistema complesso che si autogoverna»³⁰, quell'ordine del mercato che le costituzioni del Novecento, viceversa, vogliono mettere sotto controllo e che anzi la dinamica autodistruttiva sviluppatasi con la crisi dello scorso anno richiede di rimettere in discussione (ed è significativa al riguardo la doppia lettura della «costituzione economica», ora riferita alle fonti giuridiche che disciplinano l'economia ora all'ordine di mercato)³¹. L'altra è data dalle visioni ideologiche di ciascun interprete, pronto sempre, magari utilizzando strumenti propri di una dogmatica politicizzata, alla «scoperta di ulteriori e sempre nuovi significati... correndo il rischio di disintegrare la carta costituzionale»³². Ciascuno di essi corre il rischio di sentirsi quel «giudice-filosofo», investito del mandato di sviluppare la Costituzione, cui si riferisce

²⁸ Così da ultimo lo stesso L. Violante, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, 181 ss. Ma v. la contrastante opinione di V. Onida, *Politica e giustizia. Problemi veri e risposte sbagliate*, in *il Mulino*, n. 1, 2010, 20 ss. Sui problemi evidenziati nel testo sono ancora importanti le pagine problematiche (purtroppo rimaste sempre in edizione provvisoria) di Carlo Mezzanotte *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia veneziana, 1984, 113-114.

²⁹ V. L. Arcidiacono, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre decisioni*, in *Studi in onore di Alessandro Pace* (di prossima pubblicazione).

³⁰ V. N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1994, 25 ss. nonché N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, 1990, *passim*.

³¹ V. la letteratura citata da F. Coccozza, *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*, Torino, Giappichelli, 1999, 143 ss.; nonché G. Bognetti, *La costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 1995; C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli 2008. Sul punto utili e documentate le riflessioni di M. Dani, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 795 ss.

³² V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit. 56.

Dworkin³³. Si corre lo stesso rischio che Sergio Fois imputa, invece, alle teorie materiali, vale a dire, richiamando polemicamente la nota stagione di civilisti e filosofi negli anni settanta, «l'uso alternativo» del diritto costituzionale³⁴. E gli esempi non mancano. La indubbia «crisi del diritto soggettivo» alimenta la varietà e molteplicità dei diritti enunciati da una dottrina desiderosa di trasferire nell'ordinamento giuridico le proprie visioni della giustizia (di cui ho avuto modo di parlare in altra sede)³⁵, dall'ottimistico diritto «alla effettività dei diritti» al più ombroso «diritto alla sicurezza». La ancora più grave «crisi della legge» alimenta i dubbi sulla tenuta di una «teoria delle fonti» e induce alla tentazione di surrogarne le ragioni fondative con una più suggestiva, ma diafana, «teoria delle norme»³⁶. In entrambi i campi ampio è lo spazio per gli interpreti e le Corti.

I valori costituzionali unificano sempre più le forze politiche, sociali e culturali³⁷ e molti nodi sono stati sciolti, ma rimangono ancora zone d'ombra: cosa si intende per «dignità della persona»? quali sono i «diritti dell'embrione»? come disporre del proprio corpo? come della propria vita? cosa si intende per «famiglia naturale»? Si tratta di argomenti su cui il legislatore spesso si è impantanato e aggrovigliato. Non a caso la incapacità ad affrontare questi ed altri temi cruciali suscita la tentazione di giudici remittenti e costituzionalisti simpatizzanti di spingere la Corte italiana verso sentenze fortemente manipolative, additive o sostitutive³⁸.

Non mancano tentativi delle corti europee di supplire a queste difficoltà (la fecondazione eterologa, l'adozione da parte di coppie omosessuali, l'esposizione dei crocefissi ed altro ancora) ma non manca chi, pur aperto all'Europa, teme che tale attivismo giurisdizionale possa alimentare una sorta di «colonialismo giurisdizionale»³⁹; teme, cioè, che consolidati diritti sanciti

³³ Così Ronald Dworkin nella lettura di G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2000, 321 ss. Vedi sul punto C.L. Eisgruber, *Should constitutional Judges be philosophers?*, in *Exploring Law's Empire* (ed. Scott Hershovit), Oxford, Oxford University Press, 2006, 5 ss.

³⁴ S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, cit., 36.

³⁵ Ne ho parlato in «Nuovi diritti»: *attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Licia Califano, Torino, Giappichelli, 2004.

³⁶ In questa direzione, tra gli altri, A. Ruggeri, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, ora in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, Torino, Giappichelli, 2008, 469 ss. Sulla crisi della legge, da ultimo, A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2008 e F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, CEDAM, 2009, 3 ss.

³⁷ Rivio di nuovo al mio *La costituzione italiana: dal compromesso al radicamento progressivo*, cit.

³⁸ ...cui di recente però la Corte si è sottratta con la Sentenza 138/2010 relativa al matrimonio fra coppie dello stesso sesso.

³⁹ M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2008. Ma dubbi anche in U. De Siervo, *I Diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 258 ss.

negli ordinamenti nazionali possano essere messi a repentaglio da culture estranee. Recentemente Sabino Cassese ha descritto con efficacia la trama che accomuna le svariate relazioni fra ordinamenti globali, sovranazionali e nazionali⁴⁰. I Tribunali («I Tribunali di Babele») hanno in mano una leva decisiva per assicurare, in maniera flessibile e incrementale, la costruzione di un ordine globalizzato, nella prospettiva di un costituzionalismo senza confini (o di un costituzionalismo «societario» come lo definisce Günther Teubner)⁴¹ ma – sottolinea lo stesso Cassese – il rapporto simmetrico fra «marginie di apprezzamento», lasciato al diritto degli Stati dalle Corti internazionali, e il limite dei principi fondamentali richiesto dalle Corti nazionali per l'ingresso delle decisioni sovranazionali, sta a dimostrare che non si può prescindere dal nucleo duro della sovranità degli Stati, vale a dire dalla «politica» e dalle decisioni che competono ai Parlamenti nazionali.

Non vorrei semplificare ma preferisco che le soluzioni vengano dal Parlamento e siano la conseguenza di decisioni democratiche (possibilmente inclusive), come fu per il divorzio o per la legge per l'interruzione della gravidanza o per la riforma del diritto di famiglia (anche se talvolta la Corte contribuì a spianare la strada). I giudici, a Roma come a Strasburgo o a Lussemburgo, potranno anche adottare (ma non sempre) soluzioni razionalmente condivisibili ma solo le decisioni parlamentari, e il dibattito pubblico che le precede e le accompagna, sono in grado di attivare quei circuiti partecipativi che sono essenziali per il respiro democratico di una comunità.

Interrogativi analoghi, del resto, percorrono altri Paesi che da tempo si pongono il «dilemma del Giudice Brennan» e nei quali comunque emergono preoccupazioni per il sopravvento che il *legal constitutionalism* sembra prendere sul *political constitutionalism*⁴² (a scanso di equivoci non cito le estreme posizioni *originalist*)⁴³. Non è solo un problema di concorrenza fra giudici e forze politiche nell'interpretazione e implementazione dei principi costituzionali. I legislatori hanno certamente le loro colpe. Ma la responsabilità non è tutta nella loro inerzia. Jeremy Waldron mette in evidenza che si tratta di una tendenza non solo italiana ma più generale, non esaltante per la tenuta dei principi democratici, «frutto di un'immagine idealizzata dell'attività giu-

⁴⁰ S. Cassese, *I Tribunali di Babele*, Roma, Donzelli editore, 2009.

⁴¹ G. Teubner, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, ora in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, a cura di R. Prandini, Roma, Armando editore, 2005, 105 ss. ma prima ancora D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

⁴² R. Bellamy, *Political constitutionalism. A republican defence of the constitutionality of democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 13 ss. Sul dilemma citato nel testo v. F. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale del giudice Brennan*, Bari, Dedalo, 2004 (di particolare interesse l'introduzione di Giorgio Bongiovanni e di Gianluigi Palombella).

⁴³ Per tutti v. A. Scalia, *Originalism: The Esser Levil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, 849 ss. su cui v. le critiche di L. Tribe e M. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., 131 ss.

risdizionale... insieme ad una attività indecorosa di produzione delle leggi»⁴⁴. Concorrono a questa immagine fattori positivi quali l'impossibilità di ridurre il diritto alla legge (è questa peraltro la lettura più corretta dell'art. 101 della nostra costituzione che usa l'espressione «legge» ma intende riferirsi al «diritto») ma anche negativi, quali la sottovalutazione del principio di maggioranza, e non ultimo un certo «disprezzo aristocratico per i cialtroni spediti dagli elettori a Westminster»⁴⁵ mentre si tende a vedere nei giudici i soggetti da cui attendersi soluzioni razionali. Con specifico riferimento all'Italia, Massimo Luciani vede nell'obiettivo di costruire le premesse di uno «stato giurisdizionale», proprio di un certo «costituzionalismo irenico», «un'evidente coloritura aristocratica che esprime l'antico pregiudizio antiparlamentare»⁴⁶.

Che i giuristi preferiscano i percorsi giurisdizionali è comprensibile. Da sempre i teorici del diritto – ma non solo in Italia – si ritengono più in grado di inserirsi, influenzandoli, nei linguaggi comunicativi propri dei circuiti giurisdizionali, a differenza di quanto non sia per essi possibile con i soggetti politici, il cui potere appare poco controllabile e da essi meno permeabile⁴⁷. Ma la *Juristocracy*⁴⁸ è un aspetto di una più generale *tentazione tecnocratica* che percorre l'Occidente? La risposta non è facile ma non va comunque trascurato il timore che dal kelseniano e sacrosanto «custode della Costituzione» si possa poi scivolare verso una più discutibile «costituzione dei custodi»⁴⁹.

4. DUE INTERROGATIVI SU NEOCOSTITUZIONALISMO E PLURALISMO

Due interrogativi di fondo meritano comunque attenzione. Il *primo interrogativo*: l'auspicata emarginazione delle teorie materiali della Costituzione è necessariamente legata alle prospettive di fondo del neocostituzionalismo? Ho dei dubbi, atteso che il movimento neocostituzionalista (peraltro assai complesso e non riducibile ad un unico schema) non manca di dare rilievo alla *rule of recognition* di Hart, alle regole di riconoscimento sociale che determinano i criteri di validità e di identificazione delle norme del sistema, in

⁴⁴ J. Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001, 8 (così anche in *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999).

⁴⁵ Così A. Pintore nella *Prefazione* al volume di J. Waldron, cit.

⁴⁶ M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661.

⁴⁷ ...ma spesso mascherando «il carattere inevitabilmente e intrinsecamente manipolativo»: così G. Bognetti, *Cos'è la Costituzione. A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 39.

⁴⁸ L'espressione è stata rilanciata da Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2004 (cui si deve anche l'espressione *Constitutional Theocracy*).

⁴⁹ L'espressione è di P. Portinaro, *Dal custode della costituzione alla costituzione dei custodi*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, Il Mulino, 1997, 401 ss.

particolare quelle costituzionali⁵⁰. Se così è tali regole, incorporando principi morali e valori politici, devono pur sempre trovare il proprio radicamento in quelle forze politiche, sociali e culturali egemoni che di quei principi e valori si facciano portatrici.

Non è possibile ignorare – afferma lo stesso Dworkin che del neocostituzionalismo è capostipite – la distinzione-connessione fra «politica» e «principi», potendo la politica presentarsi come affermazione di principi e i principi come affermazione di obbiettivi politici⁵¹. Ancor più in tale direzione Carlos Santiago Nino, cui il neocostituzionalismo deve tanto e che per le generose battaglie personalmente combattute per la ricostruzione democratica in Argentina è stato, anzi, sospettato di «torsione giacobina»⁵². Anche Gustavo Zagrebelsky – sempre più su posizioni «neocostituzionaliste» – non ha mancato di mostrare interesse per le teorie mortatiane, non giustificando, anzi, le diffidenze nei confronti delle stesse di quella parte della scienza costituzionalistica che non vuole disturbata la propria «quiete» e «che sembra avere perso interesse per l'investigazione delle proprie radici»⁵³, trovando più comodo rifugiarsi nella rassicurante analisi formale dei testi normativi.

Una conferma dei nostri dubbi viene da Mario Dogliani, per il quale non solo la tanto citata e celebrata hartiana «“consuetudine di riconoscimento” riscrive... la teoria della costituzione materiale»⁵⁴ ma, pur continuando a ritenersi contrario alla stessa, prende atto che accanto a quella di origine schmittiana (basata sul «sovrano politico») bisogna ora fare i conti con una teoria della costituzione materiale, propria delle correnti neocostituzionalistiche, basata sulla «morale sociale». Anche il riferimento ai principi morali non lo convince «perché al limite possono essere i più perversi» mentre la costituzione deve avere come fine quello di impedire «l'autodistruzione del sistema ed arginare i danni ai suoi ambienti, sociali, ambientali e naturali». A tale scopo adotta l'espressione «costituzione in senso funzionale» per distinguerla da quella «in senso strutturale», propria di Kelsen, che fa riferimento

⁵⁰ ...forse con la sola eccezione di Raz, più filosofo morale che giurista, che di Hart è stato allievo (ampie indicazioni bibliografiche su Joseqh Raz nella chiara sintesi di A.E. Galeotti, in *Filosofi del diritto contemporanei*, a cura di F. Zanetti, Milano, Cortina editore, 1999, 101 ss.). Sulla regola di riconoscimento v. H. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1991, 112 ss. Ad essa si richiama anche O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 259 ss.

⁵¹ Così R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., 90-91.

⁵² Il sospetto è di M. La Torre, *Presentazione*, XXI del volume di Carlos Nino, cit.

⁵³ V. G. Zagrebelsky, Premessa a Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., IX. Le più recenti posizioni di Zagrebelsky in *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009 e *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁵⁴ ...anche se – tiene a precisare – «in termini più discorsivi che decisionisti»: così M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 1997, 113. In *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in *La costituzione materiale*, cit. 177, lo stesso Dogliani sottolinea la analogia fra le due concezioni sulla base del nesso troppo «accorciato», comune ad entrambe, fra validità ed effettività.

solo all'insieme delle norme sulla produzione del diritto. Il fine individuato potrebbe sembrare non distante da quello della costituzione materiale solo che i fautori di quest'ultima fanno riferimento all'accordo fra forze politiche più omogenee per comporre i possibili conflitti e garantire, mediante regole comuni, l'unità dello Stato attorno a determinati principi costituzionali (il cd. *fine politico*) mentre Dogliani si riferisce a processi in cui è importante valutare «la qualità dei fini» perseguiti⁵⁵. Siamo di fronte – a me pare – ad una rilettura, aggiornata nei contenuti, dell'antico art. 16 della Dichiarazione dei diritti che pretendeva di dare, e per di più con una norma giuridica, una definizione ideologica del concetto di costituzione. L'art. 16 esprime un affascinante caposaldo ideologico del costituzionalismo liberale (oggetto di «credenza») ma non può restringere il concetto teoretico di costituzione (oggetto di «conoscenza»)⁵⁶: non si possono – ricorda opportunamente Alessandro Pace – «confondere le costituzioni con il costituzionalismo»⁵⁷.

Il *secondo interrogativo*: fino a che punto in un sistema pluralistico alcune forze politiche possono definirsi «vincitrici»? L'assenza di «vincitori» è affermazione ricorrente⁵⁸, probabilmente dovuta da un lato alle suggestioni provenienti da oltreoceano (in particolare dal Canada) riferite alle società multiculturali⁵⁹ e dall'altro al tentativo di esorcizzare sia lo schema schmittiano di «amico/nemico» sia la ricerca mortatiana sulle forze politiche «dominanti». Anche se trattasi di opinione diffusa ritengo poco convincente contrapporre il

⁵⁵ Cfr. M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale*, cit., 295 ss. (in particolare a 303 il riferimento alla «qualità dei fini» e 304 la definizione della costituzione in senso funzionale).

⁵⁶ Uso a questo proposito una più generale distinzione di P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 3, Milano, Giuffrè, 2009, 1901.

⁵⁷ A. Pace, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, in *Diritto pubblico* 2000, 341, nota 29.

⁵⁸ I principi costituzionali non sarebbero espressione di una raggiunta unità ma «lo sfondo di possibili intese... il campo delle opportunità da scoprire e da coltivare» e che «non esisterebbe un progetto costituzionale dei vincitori» (Pinna, *op. cit.*, 149). Gli stessi accenti già in M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., 343-344.

⁵⁹ L'idea di una Costituzione come «fattore ordinante» è considerata frutto di una cultura eurocentrica (dentro cui viene ristretto anche il «patriottismo costituzionale» di Habermas) da F. Belvisi, *Società multiculturali e costituzione: a partire dalla prospettiva di James Tully*, in *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bologna, Clueb, 1998 con riferimento alle tesi di J. Raz, *Multiculturalism*, in *Ratio Juris*, 1998, 193 ss. e soprattutto a quelle di J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Per quest'ultimo autore bisogna superare (137) il concetto di costituzione stabile a favore di un *common constitutionalism* che si limiti a dettare regole per la negoziazione fra gruppi in diverso equilibrio, così espressamente recuperando il costituzionalismo pre-rivoluzionario analizzato nel noto saggio di Charles McIlwain (v. *Il pensiero politico occidentale, dai Greci al tardo medioevo*, Venezia, Neri pozza Editore, 1959, 189 ss.). Da queste premesse trae alimento il compito di *law maker* della Corte suprema canadese messo in rilievo nella ricerca curata da G. Rolla, *L'apporto della corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008 (v. in sintesi XVII ss.).

«pluralismo» al «decisionismo»⁶⁰. A meno che non ci si riferisca alle forme di negoziazione che possono caratterizzare le società pluralistiche (fra governo e gruppi sociali, o fra livelli di governo) i principi pluralisti presuppongono decisioni forti e, talvolta, forme specifiche di protezione. Se la Costituzione è una «decisione fondamentale» con la quale il potere costituente determina, attorno a valori ed interessi comuni, la forma dell'«unità politica» di uno Stato (o, se si preferisce Smend, la forma del processo di «integrazione») appartiene a tale decisione fondante anche la scelta di una società pluralista (è il «lato materiale» dei principi pluralistici). E proprio attorno a tale scelta si sono misurati, e non cessano mai di misurarsi, «amici» e «nemici». Può apparire persino banale ricordare la vittoria conseguita nella Resistenza dalle forze che hanno dato vita alla Costituzione e, più recentemente, la vittoria delle forze politiche democratiche («dell'arco costituzionale») contro i progetti eversivi del terrorismo rosso e del terrorismo nero, la cui linea di fondo comune era la contestazione dei principi della Costituzione repubblicana; contestati da parte del terrorismo rosso perché frutto del tradimento della rivoluzione proletaria, contestati e insidiati da parte del terrorismo nero perché frutto del cedimento alla sinistra. I valori del costituzionalismo pluralista, del resto, non sono mai il frutto di un consenso pacifico e acquisito definitivamente. È proprio delle società pluraliste vedere crescere nel proprio seno nemici di se stesse, anche se esse hanno dimostrato, il più delle volte, di possedere i necessari anticorpi, ivi compresa la necessaria capacità di inclusione.

Tali valori non sono definitivamente acquisiti in nessuna parte del mondo e, fino a pochi anni fa, neanche in quell'Europa che nel corso del Novecento, tra gli anni settanta e ottanta, ha dovuto abbattere sia i regimi fascisti di Spagna, Portogallo e Grecia sia il muro dei regimi comunisti. Nelle società occidentali, in cui il costituzionalismo liberaldemocratico ha messo radici, le forze politiche, sociali e culturali costituenti, o che comunque sorreggono la costituzione, possono anche rimanere sullo sfondo ma certamente non può dirsi altrettanto per quei paesi nei quali è in corso una «lotta per la costituzione», per esempio fra laici e fondamentalisti (da ultimo in Turchia), fra opposte professioni religiose (in Iraq), fra diverse etnie (tuttora in Bosnia Herzegovina), fra populistici e democratici (da ultimo in Venezuela). Ho usato l'espressione «lotta per la Costituzione» riferendomi a Paesi che pur avendo già, per lo più, un testo costituzionale non hanno ancora stabilizzato un solido «ordine costituzionale».

Quei «principi morali» cui si vorrebbero agganciare le costituzioni non vivono dunque di forza propria, come le idee platoniche; poggiano sulle spalle di soggetti collettivi egemoni. Egemonia che può accomunare, è ovvio, al di là

⁶⁰ Così, in fondo, M. Dogliani, *Costituzione (dottrine generali)*, in Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore, *ad vocem*, Milano, 2007, 538.

della normale contrapposizione, forze politiche di maggioranza e forze politiche di opposizione, lasciando fuori dal quadro costituzionale quanti invece si pongono quali «opposizioni di sistema»⁶¹. La tradizione costituzionale anglosassone non conoscerà gli eccessi soggettivistici giacobini, così ben rappresentati nei quadri di Delacroix, ma non per questo ignora le forze politiche, sociali e culturali su cui si reggono le costituzioni.

5. DUE POSSIBILI VARIANTI

Continuo a ritenere che sia essenziale fare riferimento alle basi materiali di una Costituzione, di quella italiana come di ogni altra. Ma sono necessarie due «variazioni sul tema».

5.1. Andare oltre le forze politiche

La prima è relativa ai soggetti. È necessario, in primo luogo, allargare i confini di tale base materiale *andando oltre le forze politiche* che danno vita o sostengono la costituzione. Nel comporre la base materiale di una costituzione, soprattutto in un periodo successivo a quello strettamente costituente, vengono in rilievo anche quelle forze sociali e culturali che insieme alle forze politiche sono egemoni in una determinata comunità statale (e tra le forze culturali ovviamente, ma senza pretendere un monopolio, anche la tanto celebrata «comunità degli interpreti»). Che Mortati si sia riferito solo alle forze politiche è ben comprensibile; lo sarebbe di meno in un periodo in cui la loro rappresentatività ha perso, in tutto l'Occidente, la antica incidenza. In un saggio di qualche anno fa Giuseppe Volpe mette bene in luce il filo che collega le concezioni materiali della costituzione sia alla teoria liberale delle *élites*, di Mosca, Pareto e Michels sia a quella gramsciana dell'*egemonia*; concezioni che si riferiscono tutte a quei soggetti collettivi che siano in grado di fare prevalere propri progetti e propri sistemi di valori. Il richiamo è suggestivo perché si riferisce ai maggiori e tuttora riconosciuti contributi al pensiero politico moderno da parte della scuola italiana⁶². Ma dette teorie – conclude il medesimo autore – hanno alla base il tentativo di «ridurre il diritto a strumento della politica»⁶³. La conclusione è non meno drastica di quella di Sergio Fois per il quale il richiamo alla costituzione materiale può, finanche, legittimare «il po-

⁶¹ Sui caratteri delle opposizioni anticostituzionali v. G. de Vergottini, *Opposizione parlamentare*, in *Enc. dir.*, ad vocem, 536 ss. e la letteratura ivi cit.

⁶² ...se mai bisognerebbe affiancare ad essi le più recenti ricerche sulla formazione dell'«opinione pubblica» e sul modo come essa talvolta si sovrappone agli orientamenti delle forze politiche prevalenti; v. ad esempio W. Lippmann, *Opinione pubblica*, Roma, Donzelli, 1995 nonché P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Paris, Gallimard, 1998.

⁶³ G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 127.

tere di governo rispetto al governo delle leggi»⁶⁴. Possono essere affermazioni condivisibili se riferite a taluni percorsi culturali (che risalgono addirittura alla contrapposizione fra Locke e Hobbes)⁶⁵, ma per gli istituzionalisti del Novecento, che collegano le teorie materiali alla concezione «ordinamentale» del diritto, è vero l'inverso. Le loro ricerche sono volte a trovare le condizioni perché le norme costituzionali possano imporsi come limite anche a coloro dalla cui volontà politica traggono legittimazione. Anzi – riassumendo le posizioni mortatiane – un potere è costituente proprio perché già costituito; proprio perché producendo diritto (costituzionale) realizza se stesso. Hegel – come ho sottolineato in altra occasione⁶⁶ – direbbe che il potere costituente si realizza negando se stesso (è, in altre parole, il paradosso di Schmitt del popolo che contemporaneamente precede e segue la decisione politica: un popolo è tale perché e allorché ha deciso di essere tale)⁶⁷. Un potere organizzato è dunque già di per se stesso limitato; limitato non necessariamente secondo i canoni che sono propri del costituzionalismo liberale. La ricerca e la costruzione di tali canoni rappresentano un punto cruciale della scienza giuridica ma non è possibile prescindere da una base legittimante: è infatti la forza «materiale» della costituzione che dà energia a quella «formale», realizzando la «centralità» della Costituzione⁶⁸.

5.2. Dall'«ordine costituzionale» all'«ordinamento costituzionale» (passando per il testo costituzionale e tornando ad esso)

La base materiale delle costituzioni – è questo il secondo punto – non trasmette energia solo alle norme formalmente costituzionali. Essa – che in queste pagine preferisco definire con l'espressione «ordine costituzionale» – fa spesso da supporto ad altre norme che, seppure non dotate degli stessi caratteri formali delle leggi costituzionali, egualmente sono in grado di «conformare», dandogli identità, l'intero ordinamento giuridico. Norme nazionali o, talvolta, recepite da altri ordinamenti sovranazionali (e come interpretate dalle Corti). Ed è sulla base di tale collegamento che le norme dei testi costituzionali tendono a costruire un sistema («a rete»), con queste

⁶⁴ S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, cit. 34.

⁶⁵ V. M. Fioravanti, *Costituzione e stato di diritto*, cit., 325 ma v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1650 che rivaluta l'impostazione di Hobbes.

⁶⁶ In *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit., 52.

⁶⁷ V. A. Catania, *Mortati e Schmitt*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit., 117.

⁶⁸ In termini analoghi V. Zangara, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale (notazioni e spunti)*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, 333 ss. nonché G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 154-155.

ultime; tendono a costruire, cioè, un *ordinamento costituzionale* che, in breve, rende stabili i muri maestri e fissa le linee di sviluppo dell'intero ordinamento giuridico⁶⁹.

Per queste ragioni il nesso stretto fra il testo costituzionale, formalmente al vertice dell'ordinamento, e l'energia ordinante che percorre l'intero ordinamento può essere meglio espresso, a me pare, ricorrendo, più che alla coppia concettuale costituzione materiale – costituzione formale, alla più complessa interazione sistematica fra l'«ordine costituzionale» (la base materiale), il «testo costituzionale» (il precipitato formale) e l'«ordinamento costituzionale» (il nucleo dell'ordinamento giuridico). Quest'ultimo, riflettendo l'ordine costituzionale materiale, riesce a mettere insieme sia norme formalmente costituzionali che norme materialmente tali (vedremo quali) e costituisce, quindi, quel tronco da cui – secondo la nota definizione di Santi Romano – si dipartono i rami dell'ordinamento. Tale nucleo ha però una sua identità scientifica e non costituisce solo – come di solito in dottrina o nello stesso Romano – una mera partizione didattica o, tutt'al più, una possibile «divisione del lavoro» fra le varie scienze giuridiche⁷⁰.

Perché metto l'accento sull'ordinamento? Perché, intanto, l'ordinamento è l'esperienza primigenia del diritto, non riducibile ai testi normativi. Per i normativisti, al contrario, come è noto, la Costituzione coincide con quel «documento costituzionale», posto al vertice del sistema delle fonti del diritto, che sia formalmente identificabile come tale. Per Hans Kelsen una Costituzione è «valida non... perché è stata creata... da un atto giuridico, ma valida perché è

⁶⁹ La necessità di andare al di là del testo costituzionale emerge anche in altre occasioni: per esempio è utile nell'individuare i connotati dell'*attentato alla Costituzione* di cui all'art. 90 della Costituzione o del dovere di «fedeltà alla Repubblica» di cui agli artt. 54 e 91 della Costituzione (riferimenti di dottrina *sub. i* citati articoli a cura di L. Mazarrolli e R. Di Cesare, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, CEDAM, 2008; v. anche G. Ragno, *I delitti di alto tradimento e attentato alla costituzione*, Milano, Giuffrè, 1974). L'espressione «ordinamento costituzionale» è usata in modo contorto dall'art. 11 della legge 29 maggio 1982, n. 304, laddove si riferisce ai reati di eversione dell'«ordine democratico» (v. E. Gallo e E. Musco, *I delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Pàtron, 1984), mentre l'espressione «ordine costituzionale» è adottata dapprima dalla Sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 1977 e poi assunta dall'art. 12 della legge 801/1977 e trasfusa infine nell'art. 39 della legge 124 del 2007 nelle parti relative ai servizi di sicurezza e al segreto di stato. Va segnalata sotto questo profilo la tesi di Alessandro Pace secondo cui detta espressione, facendo appunto riferimento a un ordine costituzionale, è riferita ai principi supremi della Costituzione, e perciò riguarda non solo le istituzioni repubblicane ma tutti i valori dello stato comunità, in particolare i diritti della persona. Sul punto A. Pace, *I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge 801 del 1977 e nella legge 124 del 2007*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, cit., 1099 ss. per il quale l'ordine costituzionale previsto nelle leggi sulla sicurezza dello Stato è riferito ai principi supremi della Costituzione, e perciò riguarda non solo le istituzioni repubblicane ma tutti i valori costituzionali, in particolare i diritti della persona, ivi anche altra letteratura sul punto. Espressioni analoghe sono presenti in altri ordinamenti, per esempio negli artt. 274 e 275 del codice penale svizzero oppure nella giurisprudenza tedesca relativa al *Wertsystem* che i partiti politici sono tenuti a rispettare.

⁷⁰ Non riesce a superare questa impostazione lo stesso C. Mortati, *Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*, in *Enc. dir., ad vocem*, 957 ss. Riduttiva, dopo uno slancio iniziale, la definizione di A. Celotto, *Diritto costituzionale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, cit., *ad vocem*, 1954-1955 che collega la disciplina solo al contenuto dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti.

presupposta valida»; essa rimane tale «fino a quando non venga resa invalida nel modo determinato dall'ordinamento giuridico stesso». La costruzione è (forse volutamente) tautologica; essa è così riassumibile: «la costituzione vige solo se vige ed in quanto vige». Mentre per i normativisti sono le singole disposizioni, così prodotte, che messe insieme compongono l'ordinamento, per le posizioni istituzionaliste – qui sommariamente rappresentate e alle quali appartiene Mortati accanto a Romano, Hauriou ed altri – l'esperienza primigenia è invece data dall'ordinamento. Per queste ultime il *prius* è rappresentato dall'ordinamento, non dalle norme, che rappresentano, viceversa, il *posterius*. Per queste ragioni la costituzione, collocata ai confini fra l'«essere» della società e il «dovere essere» del diritto, può dirsi, contemporaneamente, diritto e fattore ordinante del diritto stesso, «idea comunitaria attorno a cui si organizza il potere di governo» (così riassumendo le posizioni di Hauriou)⁷¹.

È da qui che è possibile riprendere le mosse per una ri-lettura degli elementi materiali della costituzione. Mentre le posizioni normativiste trascurano che qualsiasi fonte del diritto – anche quella suprema – è già essa stessa regolata dal diritto, per le posizioni istituzionaliste non c'è organizzazione che non sia retta, già nel suo sorgere, da regole, sia pure grezze ed elementari. Una forza ordinante è tale – lo dicevo prima – perché essa stessa è ordinata, cioè organizzata. Ed è ordinata necessariamente sulla base di determinati principi e valori: vi è coincidenza – per essere brevi e parafrasando, secondo i gusti, Giordano Bruno o Baruch Spinoza – fra *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*⁷². Lo stesso Kelsen sente il bisogno di individuare le basi di legittimazione delle norme costituzionali individuando nel diritto un sistema piramidale che avrebbe al proprio vertice una norma suprema – «presupposta ma non posta» – la *Grundnorm* o *basic norm*. Su di essa poggerebbero le ulteriori norme sulla produzione del diritto: le norme costituzionali appunto. Ma, sempre per lo stesso Kelsen, «la norma fondamentale di un ordinamento giuridico non è il prodotto arbitrario dell'immaginazione giuridica» ma «il suo contenuto è determinato dai fatti»⁷³.

Non riesco a ritenere intravedere una terza posizione fra quella, propria delle teorie pure, che fa riferimento all'ordinamento come complesso di norme ordinate secondo criteri logico-formali e la posizione, propria delle

⁷¹ M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, Giuffrè, 1967, 14 ss. ma il riferimento d'obbligo è alle pagine di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Santoni, 1951.

⁷² Analogamente F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. I, cit., 200-201. V. anche, *eiusdem*, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2009, 81 ss.

⁷³ Per Kelsen la norma fondamentale è determinata, in breve, dal principio di effettività (effettività che è solo una *conditio sine qua non*, non una *conditio per quam*): v. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Comunità, 1952, 116 e ss., in particolare 120 e 121. Sul tema v. A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*.

teorie materiali, che invece tenta di risalire all'elemento primigenio. Dire che la costituzione è «un sistema o una tavola di valori fondamentali», legata a «una cultura assiologicamente ispirata... comune a più ordinamenti»⁷⁴, descrive il panorama delle più significative costituzioni occidentali ma non ci dice quali sono i soggetti che si fanno portatori di tali valori. Delle due l'una: o tali valori si traggono dai testi e allora altro non sono che il prodotto di una attività interpretativa dei testi stessi oppure precedono e condizionano i testi ed allora non può non farsi riferimento alle forze politiche, sociali e culturali in grado di esprimerli⁷⁵.

Non ho posto solo un problema terminologico. Il ricorso al concetto di «ordinamento costituzionale» consente di tenere lontano un pericolo: che i testi costituzionali siano sospesi nell'aria rarefatta delle pure forme, e che la costituzione materiale possa insinuarsi con forza direttamente prescrittiva nel sistema delle fonti legali⁷⁶. Ove ciò dovesse accadere la costituzione formale rischierebbe di non essere in grado di dare essa stessa identità all'intero ordinamento giuridico. Si ripeterebbero i deprecati limiti delle concezioni positiviste europee (a partire da Laband) che, a differenza di quelle nordamericane, vedevano nella costituzione le stesse caratteristiche formali della legge, fatta salva la diversa procedura di approvazione e revisione⁷⁷. Il ricorso al concetto di ordinamento costituzionale consente altresì di evitare di mantenere troppo stretto e ravvicinato quel nesso fra «validità» ed «effettività» che pure non può mancare nel mondo del diritto, e di quello costituzionale in particolare.

Utilizzando la nozione di «ordinamento costituzionale», come nucleo dell'ordinamento giuridico, è possibile – io credo – dare risalto a tre elementi fra loro collegati: il testo costituzionale; le altre disposizioni, anche non costituzionali, che anch'esse danno *forma e identità* all'intero ordinamento giuridico; i fini e i valori della forze (politiche, sociali e culturali) egemoni in quanto determinanti l'«ordine» sottostante le norme formalmente in vigore. Il riferimento a questi ultimi consente di individuare e legare insieme i principi della

⁷⁴ V. per tutti A. Ruggeri, voce *Costituzione*, in *Enciclopedia filosofica, ad vocem*, Milano, Bompiani, 2006, 2370 (il corsivo è nel testo).

⁷⁵ È questo, in fondo, il senso del vivace dibattito che si è sviluppato sul tema fra Giuseppe Ugo Rescigno (*Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2005, 19 ss.), Riccardo Guastini (*Ancora sull'interpretazione costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2005, 457 ss. nonché *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. cost.*, 2007, 1374 ss.) e Antonio Baldassarre (*Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3251 ss.); sul punto da ultimo A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, 185 ss. Ne ho parlato anche in *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 374 ss.

⁷⁶ ...è quanto temuto da S. Bartole, *Costituzione*, cit.

⁷⁷ Sul tema A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 1997.

Costituzione e quegli altri principi, scritti e non scritti, ma strettamente legati ai valori costituzionali, che non hanno la dignità formale delle disposizioni costituzionali ma che tuttavia identificano la *forma di stato* o (uso espressioni non sempre equivalenti) il «regime costituzionale» o il «regime politico»⁷⁸. È così possibile mettere insieme sia le basi materiali sia i precipitati formali delle stesse, sia gli elementi strutturali dell'organizzazione costituzionale sia quelli direttamente prescrittivi. Si rimane sul piano del «dover essere», ma evitando la possibile *delegittimazione reciproca* fra testo costituzionale e costituzione materiale o la contrapposizione fra *legalità e legittimità*.

L'*ordinamento costituzionale* non si identifica dunque con le sole norme formalmente costituzionali e viceversa i *testi costituzionali* non esauriscono i contenuti dell'ordinamento costituzionale. La distinzione qui suggerita potrebbe essere non distante, in poche parole, da quella che intercorre fra *Verfassung* (e perciò diversa da *Konstitution*⁷⁹) e *Verfassungsgesetz* in Schmitt⁸⁰ o, sia pure con i necessari distinguo, tra *Constitution* e *Law of the Constitution* in Dicey⁸¹. Dico non distante, ma non dico coincidente, attesa la diretta precettività che in detti autori assume la costituzione «effettivamente vigente»⁸².

Riferendoci alla Germania di oggi si potrebbe fare riferimento al *verfassungsmäßige Ordnung*, espressione richiamata negli articoli 2, comma 1, 9, comma 2, e 20, comma 3, della Costituzione federale, avvertendo tuttavia che tale espressione non ha avuto il significato qui accolto di «ordinamento costituzionale» (così potrebbe sembrare dall'art. 9) ma, come sancito dalla giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht fin dal 1957, quello, assai più largo, di «ordinamento giuridico conforme a costituzione» («*Verfassungsmäßige Ordnung... ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d.h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind*»)⁸³. Comunque

⁷⁸ ... ma correndo il rischio utilizzando l'antica espressione «regime politico» di creare un equivoco terminologico anche se tale nozione – veniva precisato – «nonostante il qualificativo non è una nozione di carattere puramente politico»: V. Gueli, *Il regime politico*, cit., 408. Sulla «forma di stato» quale «punto cruciale in cui la politica si stabilizza convertendosi in diritto... con la capacità di acclarare gli equilibri in cui viene a muoversi l'ordinamento concreto in una specifica situazione storico sociale» v. F. Lanchester, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto, ad vocem*, 798 ed ivi (812 nota 85) la ricostruzione del concetto di «regime politico» anche in un'ottica storica e comparata.

⁷⁹ Su tale distinzione nella storia costituzionale tedesca, M. Fioravanti, *Costituzione e stato di diritto*, cit., 328 ss.

⁸⁰ V. Carl Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 38.

⁸¹ A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2003 20 ss.

⁸² Il richiamo alla tradizione liberale anglosassone espressa da Dicey può evidenziare la non necessaria contrapposizione (anche se spesso stancamente ripresa) fra la costituzione come espressione dell'«unità di un ordinamento», propria di Schmitt, e la costituzione come «garanzia» dello stesso ordinamento, propria di Kelsen, l'una potendo non escludere l'altra. Che poi Schmitt abbia voluto con tale distinzione svalutare la costituzione formale di Weimar rispetto ai bisogni profondi del popolo tedesco è particolare importante per gli storici meno per la teoria costituzionale.

⁸³ Così la *Elfen Urteil* (BverfGE 6,32 del 16 gennaio 1957) tuttora assai citata dalla giurisprudenza.

tale nozione rischia di invilupparsi in una tautologia qualora non riesca a collegarsi a principi che sottendono le disposizioni formali, in primo luogo i principi di proporzionalità, il rispetto del *Wesengehalt* e la stessa *Sittengesetz*⁸⁴.

Avremmo potuto distinguere fra «costituzione» (vale a dire la costituzione come «ordinamento costituzionale») e «legge costituzionale» (vale a dire la costituzione come testo costituzionale, come documento formalmente collocato al vertice della gerarchia delle fonti) ma – come sappiamo – tali termini hanno ormai assunto altri significati nel vocabolario giuridico italiano.

6. DUE COROLLARI: DISPOSIZIONI SOLO FORMALMENTE COSTITUZIONALI E DISPOSIZIONI FORMALMENTE ORDINARIE MA MATERIALMENTE COSTITUZIONALI

Dall'impostazione qui proposta, che si richiama all'ordinamento costituzionale, quindi né solo alla costituzione materiale né solo al testo costituzionale, possono trarsi *due corollari* (ma essi, come molti corollari, possono rovesciarsi e tradursi in dimostrazioni del *postulato iniziale*).

Vediamo il *primo*: non necessariamente vanno ricomprese nell'ordinamento costituzionale tutte le norme della costituzione formale o delle leggi aventi rango di legge costituzionale. Non è infrequente la presenza nelle Costituzioni di norme che hanno la forma delle disposizioni costituzionali ma la sostanza di disposizioni ordinarie. L'esempio che viene fatto riguarda normalmente la Confederazione elvetica o numerose costituzioni latino-americane ma, senza andare lontano, non tutti i 139 articoli della Costituzione italiana del 1948 rappresentano il fondamento su cui si regge l'ordinamento italiano. Vi sono norme la cui eventuale abrogazione – che certamente deve seguire le procedure «aggravate» – non eliminerebbe i pilastri su cui si regge l'edificio costituzionale. Provo a fare un esempio: nel 1963 è stata modificata la Costituzione introducendo un numero fisso di parlamentari (prima era variabile essendo rapportato alla popolazione). Questa modifica non ha scalfito l'identità del nostro ordinamento; così non sarebbe stato se si fosse soppressa l'autonomia del Parlamento o si fosse introdotto un «vincolo di mandato» per i parlamentari. Negli Stati Uniti i 27 emendamenti approvati dal 1791 in poi hanno modificato numerose disposizioni della Costituzione ma solo pochi di essi hanno effettivamente inciso sull'ordinamento costituzionale. Viceversa, hanno modificato l'ordinamento costituzionale di quel paese, pur continuando a fare riferimento al medesimo testo costituzionale, gli emendamenti XIII, XIV, XV che tra il 1865 e il 1870 hanno, rispettivamente, abolito la

⁸⁴ Sul punto v. le puntuali osservazioni di F. Pedrini, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 161 ss. La dottrina tedesca è peraltro stretta fra il richiamo alle numerose clausole generali del Grundgesetz e il tradizionale rifiuto della costituzione materiale (così F. Palermo, J. Woelk, *Una lettura critica della recente letteratura costituzionalistica tedesca*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 409 nota 2).

schiavitù, esteso il *due process of Law* nei confronti degli Stati e riconosciuto il diritto di voto alla popolazione di colore. Solo formalmente si sono limitati ad emendare un testo ma, individuando «amici» e «nemici», hanno ristrutturato in profondità l'ordinamento costituzionale⁸⁵.

E veniamo al *secondo*: nell'ordinamento costituzionale sono ovviamente ricomprese le «altre» leggi costituzionali e le (poche) consuetudini costituzionali ma, chiedo, possono essere ricomprese anche norme che pur non formalmente costituzionali hanno tuttavia il contenuto materialmente costituzionale? Risponderei affermativamente. Come sostiene Santi Romano «costituzione in senso materiale e diritto costituzionale sono espressioni equivalenti»⁸⁶; equivalenza che in queste pagine preferisco riassumere, appunto, con l'espressione «ordinamento costituzionale. Senza giungere a tanto, Livio Paladin, che pure non gradiva le teorie materiali, sottolineava che il diritto costituzionale eccede gli spazi delimitati dalla costituzione formale «giacché molte norme concernenti la stessa formula politica dello stato non sono iscritte nella Carta fondamentale»⁸⁷.

Dell'ordinamento costituzionale, per cominciare, non possono non fare parte le norme contenute nelle *pre-leggi* al Codice civile, in particolare le norme sull'interpretazione o quelle sulla successione delle leggi nel tempo. Già prima della Costituzione del 1948 si era ritenuto che le leggi che dispongono su altre leggi, anche sulla loro lettura, hanno natura materialmente costituzionale⁸⁸. Il testo costituzionale ne ha implicitamente arricchito, o ridimensionato, contenuto e significato ma non ne ha escluso il carattere di norme atte a comporre l'ordinamento costituzionale.

Dell'ordinamento costituzionale possono fare parte, proseguendo, quelle norme e quei principi dei *regolamenti parlamentari* che sono caratterizzanti il sistema, alcuni dei quali condizionando fortemente la forma di governo. Quest'ultima ha oscillato in Italia fra due poli, uno parlamentare ma di tipo «assemblearista», l'altro parlamentare ma «di gabinetto». A caratterizzare la nostra forma di governo nell'una o nell'altra direzione hanno concorso, o concorrono, oltre alle sottostanti vicende politiche, anche i regolamenti parlamentari, per quanto riguarda, in particolare, la partecipazione e l'incidenza

⁸⁵ Tra l'altro quegli emendamenti ebbero come effetto anche il rafforzamento del governo centrale: così R. Wiebe, *La democrazia americana*, Bologna, Il Mulino, 2009, 134; v. anche per il tema dello schiavismo L.M. Bassani, *Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e stato moderno in America 1776-1865*, Roma, Rubbettino, 2009, 240 ss. nonché per le trasformazioni dell'ordinamento B. Ackermann, *We the People*, Vol. 2: *Transformations*, Harvard University Press, 1998.

⁸⁶ S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, 2.

⁸⁷ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 127.

⁸⁸ Già così F. Pierandrei in *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, 470-471 ed ivi citati Mortati, Scialoja, Donati; v. anche Crisafulli, *I principi costituzionali dell'interpretazione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, CEDAM, 1939, 680 ss.; v. ora Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., 264.

del Governo sulla formazione dell'ordine del giorno o la disciplina dell'iter dei disegni di legge governativi (lo mise in rilievo fin dagli anni cinquanta Leopoldo Elia)⁸⁹. Non a caso la battaglia, che ha attraversato quasi tutti gli anni ottanta, per l'introduzione del voto palese nelle deliberazioni parlamentari ebbe il tono (acceso) di una importante riforma materialmente costituzionale. È significativo al riguardo l'esito negativo della Commissione Bozzi, che avrebbe dovuto occuparsi, secondo il mandato ricevuto, solo di riforme costituzionali (e lo fece con apprezzabili risultati) ma che alla fine fallì per il tentativo di introdurre il principio della prevalenza del voto palese⁹⁰.

Possono essere collocate al di fuori dell'ordinamento costituzionale – mi limito per adesso ad una domanda ma tornerò sul punto – le leggi che hanno assicurato l'adesione dell'Italia all'Unione europea, fino al punto di recepire il «primato del diritto europeo» e la conseguente pluralità di deroghe al testo costituzionale?

Ed ancora. In un sistema che si basa sul valore universale dei diritti inviolabili possono essere escluse dall'ordinamento costituzionale le norme di importanti *Dichiarazioni di diritti* recepite nel nostro ordinamento? Non può essere esclusa, intanto, la Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale, dopo avere per anni negato una particolare posizione nel sistema delle fonti (salvo l'isolato *obiter dictum* della sentenza 10/1993) della legge di recepimento di quel Trattato (legge 848/1955), a partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007 ha riconosciuto ad essa la capacità di integrare i parametri costituzionali, «colmando un vuoto» (sent. 311/2009), o attraverso un «rinvio mobile del diritto interno alle norme pattizie» (sent. 317/2009) o considerandole «norme interposte» (sent. 93/2010), fermo restando, in ogni caso, il bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (sent. 129/2008)⁹¹. Non credo che da tali sentenze discenda una collocazione della legge di esecuzione della Convenzione al di fuori della categoria delle leggi ordinarie. Se venissero rimossi gli obblighi internazionali che furono assunti aderendo al Consiglio d'Europa essa sarebbe rimovibile con procedimento ordinario, ma fino a che questo non dovesse accadere quella

⁸⁹ L. Elia, *Il governo come comitato direttivo del Parlamento*, in *Civitas*, 1951, ora in *Costituzione partiti istituzionali*, a cura di M. Olivetti, Bologna, Il Mulino, 2009, 16.

⁹⁰ V. C. Fusaro, S. Curreri, *Voto palese, voto segreto e forma di governo in trasformazione*, in «Il Filangieri – Quaderno 2007», Napoli, Jovene, 2008, 243-286. Sull'importanza che fu allora assegnata al tema del voto palese v. *Rodotà abbandona la commissione Bozzi*, in *La Repubblica* del 16 novembre 1984.

⁹¹ Sul punto D. Tega, *Le Sentenze della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte subcostituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 133 ss.; v. anche, *eiusdem*, *L'ordinamento costituzionale italiano e il sistema Cedu: accordi e disaccordi*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2010 (in corso di pubblicazione).

legge concorre a comporre l'ordinamento costituzionale e, inoltre, a svolgere quella importante funzione che la Corte le ha da ultimo assegnato.

Tali innovazioni – rese possibili dall'introduzione nell'art. 117 Cost. del vincolo degli «obblighi internazionali» – non sono state estese alle leggi che hanno dato esecuzione ai Patti per i diritti civili, politici, sociali, economici e culturali del dicembre 1966; ma mi chiedo: le normative che ad essi hanno dato esecuzione (legge 25 ottobre 1977 n. 881), pur mantenendo il loro rango di disposizioni di legge ordinaria, non concorrono comunque a caratterizzare l'ordinamento costituzionale? Non concorrono a integrare, collegandosi al valore supremo della persona, la fattispecie «a schema aperto» dell'art. 2 della Costituzione? A questo argomento – già da tempo da me avanzato⁹² – oggi si aggiunge il vincolo derivante dal rispetto degli obblighi internazionali. Mi riferisco ovviamente a disposizioni che si collegano a detto valore supremo, essendo ben consapevole (e speriamo che la Corte non si spinga troppo in avanti)⁹³ che il vincolo alla legislazione derivante dagli obblighi internazionali assai difficilmente potrebbe riferirsi a tutti gli obblighi comunque assunti dallo Stato.

Nell'ordinamento costituzionale materiale dovrebbero essere ricomprese – a me pare – anche quelle *leggi elettorali* che hanno caratterizzato e condizionato la forma di governo; così è stato per quella proporzionale, dal 1948 in poi e così per quella maggioritaria, dal 1993 in poi. È privo di senso – è vero – parlare di «seconda Repubblica» non essendosi mutata la Costituzione ma sarebbe astratto formalismo non tenere conto dei riflessi che quelle norme hanno avuto nella concreta configurazione della forma di governo delineata dalla Costituzione (non a caso Carlo Mezzanotte evocò «bagliori costituenti» riferendosi ai risultati del referendum elettorale del 1993)⁹⁴. È ben vero che le leggi elettorali sono talvolta il frutto di una decisione di maggioranza e che la condivisione è stata massima per il principio proporzionale, fino alla fine degli anni ottanta, e più debole per il principio maggioritario dagli anni novanta in poi (e proprio ciò costituisce uno dei problemi della c.d. *transizione*) ma questo non esclude la materialità costituzionale dei principi in esse incorporati. Proprio richiamando le leggi elettorali Giuseppe Floridia – pur decisamente contrario a teorie materiali della costituzione – distingueva fra norme *costituzionali per l'oggetto* e norme *costituzionali per la forma*⁹⁵. Se, comunque,

⁹² In *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1974.

⁹³ ...anche se lascia dubbi un'affermazione contenuta nella sentenza 311 /2009 laddove si dice che il nuovo art. 117 «ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi».

⁹⁴ C. Mezzanotte, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana costituzionalisti sul tema «Democrazia maggioritaria e referendum» (Siena 3-4 dicembre 1993), relazione dattiloscritta.

⁹⁵ G. Floridia, *Qu'est ce-que la Constitution?*, ora in *Scritti minori*, raccolti da Federico Sorrentino, Torino, Giappichelli, 2008, 8-9 (alle 13-14 i motivi della sua contrarietà alla costituzione materiale).

a delineare l'ordinamento costituzionale dovessero concorrere, come credo, anche le leggi elettorali non sarebbe in ogni caso possibile – mi sembra ovvio ma voglio puntualizzarlo – tranne conseguenze in ordine alla loro collocazione nel sistema delle fonti (come invece si tentò di fare anni fa per le leggi proporzionali)⁹⁶. È invece possibile – mi limito ad un accenno – tranne conseguenze (molte tratte già negli anni novanta) in ordine all'interpretazione di norme costituzionali, volutamente elastiche, relative alla formazione e alla vita dei governi nonché in ordine alla lettura di talune norme regolamentari⁹⁷.

Il ricorso al concetto di ordinamento costituzionale, come parte del più ampio ordinamento giuridico, potrebbe consentire, infine, di meglio capire il significato di quella oscura «materia costituzionale» cui si riferisce la tormentata norma dell'art. 72 della Costituzione (comprende o no, ad esempio, la *legislazione sulla cittadinanza* attesa la centralità del «cittadino» in un sistema costituzionale imperniato sulla sovranità popolare?)⁹⁸. Ma su questo tema pesano la prassi parlamentare e la (anche se invecchiata) sentenza 168 del 1963 che ha giustificato la approvazione in Commissione della legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura, legge di indubbio rilievo costituzionale⁹⁹.

Mi rendo conto; non è agevole per l'interprete selezionare le varie disposizioni legislative in base al loro collegamento con l'ordine costituzionale sottostante. Anche qui potrebbero presentarsi le stesse difficoltà – «non si troverebbero tre giureconsulti d'accordo»¹⁰⁰ – che temeva Bryce riferendosi alla ricerca delle leggi, consuetudini e decisioni giudiziarie che formano la costituzione britannica. In taluni altri ordinamenti possono tuttavia venire in aiuto i *preamboli* costituzionali. Per lo più essi esprimono principi, vale a dire *norme senza disposizioni*; ma se il loro carattere precettivo è assai ridotto, importante può essere la loro funzione espressiva di un *ordine costituzionale* sottostante (o che rappresenta un *progetto* di un nuovo ordine – ma la sostanza cambia poco – su cui le forze politiche costituenti vogliono impegnarsi per il

⁹⁶ C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1952, su cui rinvio al mio *Sistemi elettorali e forma di governo* in Carlo Lavagna, in *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, a cura di F. Lancaster, Milano, Giuffrè, 1996.

⁹⁷ La letteratura sul punto è ormai vasta: da ultimo vedi vari contributi in E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *La riforma dei regolamenti parlamentari al banco di prova della XVI legislatura*, Roma, Luiss University Press, 2009.

⁹⁸ Più ampiamente in A. Barbera, *Popolo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, cit., *ad vocem*.

⁹⁹ Per F. Modugno, *Costituzione*, in *Enciclopedia giuridica, ad vocem* la materia costituzionale di cui all'art. 72 Cost. coinciderebbe con quella formalmente tale, vale a dire con le leggi di revisione e le «altre» leggi costituzionali; ma non mancano tesi favorevoli a criteri sostanziali (per esempio A. Cervati, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, sub. art. 70).

¹⁰⁰ G. Bryce, *La repubblica americana*, traduzione a cura di Attilio Brunialti, Torino, UTET, 1913, 430.

futuro)¹⁰¹. La funzione dei preamboli è stata infatti particolarmente valorizzata da Carl Schmitt¹⁰² e Rudolf Smend¹⁰³: per il primo essi hanno la funzione di fissare i valori che esprimono la raggiunta unità politica di un ordinamento; per il secondo hanno, piuttosto, la funzione di indicare i valori attorno a cui si costruisce il processo di integrazione e unificazione di una comunità. Un ruolo non puramente politico-simbolico atteso che essi sono anche giuridicamente rilevanti non solo in quanto orientano l'interprete nella lettura delle varie disposizioni ma in quanto consentono al medesimo interprete di individuare sia le disposizioni costituzionali che di quell'ordine sono parte essenziale sia – lo vedremo più avanti – i confini al di là dei quali eventuali «revisioni» del testo costituzionale non sono più legittimate dalla Costituzione stessa. Casi in cui, possiamo dire, alla *legalità* della procedura di revisione non corrisponderebbe la *legittimità* della stessa.

7. PERCHÉ È UTILE IL RICORSO A TEORIE MATERIALI DELLA COSTITUZIONE

È ancora utile il ricorso a teorie della costituzione che vadano al di là dei soli testi costituzionali legandoli a un ordine costituzionale sottostante? Con le messe a punto prima illustrate a me pare di potere rispondere affermativamente per almeno sei motivi, alcuni dei quali non dissimili da quelli che è stato possibile addurre a favore delle tesi mortatiane.

7.1. Accertare la presenza di una costituzione

Le carte costituzionali, formalmente collocate al vertice dell'ordinamento, sono assai utili ma non sempre la loro presenza è stata ritenuta necessaria. Soltanto una concezione della costituzione che sia libera dalla fissazione di caratteri formali può consentire di giungere a tale conclusione. Non a caso sottolinea con vigore questo punto proprio Ferdinand Lassalle, che per primo, nella sua conferenza al *Bürger-Bezirks-Verein* di Berlino, ebbe a leggere il lato materiale delle costituzioni¹⁰⁴.

Solo quanti leggono le costituzioni in termini materiali possono giungere con coerenza alla conclusione di individuare un ordinamento costituzionale in ogni comunità politica, anche se ispirata a principi diversi da quelli del costituzionalismo liberale. Ma non è conclusione scontata. È respinta, tra gli altri, da Sartori, da Matteucci o da Fois, per i quali il compito delle costituzioni non è quello di dare «forma al potere» ma è soprattutto quello di «limitare

¹⁰¹ I vari tipi di preambolo in P. Häberle, *Potere costituente (teoria generale)*, Volume di aggiornamento della Enciclopedia giuridica, IX, Roma 2001.

¹⁰² C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, cit., 43 ss.

¹⁰³ R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 180 ss.

¹⁰⁴ F. Lassalle, *Delle costituzioni* (1862), Roma, Mongini editore, 1902, 13 ss.

il potere»¹⁰⁵, per cui le «costituzioni» o sono liberali o non sono. Da qui il rimprovero di Sartori ai costituzionalisti «positivisti», inguaribilmente attenti solo a «forme e procedure», che hanno esteso i connotati propri dei testi costituzionali liberali anche a costituzioni «di facciata», del presente o addirittura passate (da quelle dei Paesi comunisti a quelle dei Paesi islamici, fino a risalire alle città greche)¹⁰⁶. I rilievi di Sartori potrebbero non essere privi di fondamento perché delle due l'una: o si accetta una prospettiva materiale, che si affianchi a quella formale, oppure si devono individuare le costituzioni solo in quei documenti che hanno i contenuti propri del costituzionalismo, liberale o liberaldemocratico.

Se ogni stato ha (ed ha sempre avuto) un ordinamento costituzionale, non tutti gli stati hanno un testo costituzionale e solo qualcuno presenta i caratteri tipici di uno *stato costituzionale*. Proprio in una delle culle del costituzionalismo, nel Regno Unito, non si hanno *leggi* costituzionali (a parte i ben noti documenti dei secoli scorsi), nondimeno quel paese è retto da *norme* costituzionali che stabiliscono un ben preciso *ordinamento costituzionale*: con monarchia ereditaria, libero Parlamento, tutela dei più rilevanti diritti di libertà, autonomia dei giudici. Sono norme costituzionali saldamente ispirate ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico che danno identità all'ordinamento del Regno Unito: sono cioè espressione dei fini e dei valori di cui sono portatrici le forze politiche egemoni. C'è in quel paese un ordinamento costituzionale che (logicamente) precede, illumina e impronta di sé l'intero ordinamento giuridico¹⁰⁷. Tra l'ordine costituzionale, materialmente presente, e l'ordinamento costituzionale non vi è, nel Regno Unito, l'intermediazione di una Costituzione formale.

7.2. Individuare la costituzione effettivamente vigente

Il ricorso a teorie materiali della Costituzione è necessario, altresì, per individuare, in una determinata situazione storica, la costituzione effettivamente vigente. Un problema a monte per la scienza giuridica è, infatti, quello di individuare il testo dalle cui disposizioni si traggono le norme che vanno a

¹⁰⁵ N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1996 (estratto dalla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, 985 ss.); S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, cit., 32 ss. Più articolata la posizione di G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, 49 ss.

¹⁰⁶ G. Sartori, *Costituzione*, in *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1990, 20 ss.

¹⁰⁷ Le stesse principali *Conventions of Constitution*, che rappresentano il modo come deve essere esercitata la «prerogativa regia», e come essa possa conciliarsi con i «privilegi» del Parlamento, costituiscono norme non scritte della Costituzione britannica; norme che in altri ordinamenti continentali sono state «razionalizzate», inserite cioè nei testi costituzionali: ne ho parlato in *Intorno alla prassi*, in *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di A. Barbera, T. Giupponi, Bologna, Bononia University Press, 2008, 11 ss. Ma sul punto il riferimento d'obbligo è a A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., 355.

comporre l'ordinamento. Per le fonti ordinarie soccorrono i criteri individuati dalle costituzioni. Per i testi costituzionali tale criterio va invece trovato o nella stessa costituzione o, come credo, in un ordinamento che sottende il testo stesso. Nel primo caso ci troveremmo – ne era cosciente lo stesso Kelsen che non aveva rinunciato a proporre una *Grundnorm* – nella condizione del Barone di Münchhausen costretto a sollevarsi dalle sabbie mobili tirandosi per il codino.

Mi limito a qualche vicenda fra le tante che la storia costituzionale potrebbe offrirci. Per quanti sforzi siano stati fatti non sono risultati convincenti i tentativi di coloro che nel ventennio fascista hanno continuato a individuare nello Statuto albertino la fonte del diritto costituzionale. Dietro il simulacro albertino, le varie leggi fasciste hanno caratterizzato l'ordinamento. In realtà – so bene che altra dottrina ha invece ravvisato una continuità costituzionale¹⁰⁸ – era progressivamente avvenuto, in pochi anni (tra il 1922 e il 1926), un vero e proprio *mutamento* costituzionale. Le leggi che si erano susseguite – spesso formalmente non in contrasto con le norme «elastiche» dello Statuto¹⁰⁹ – avevano dato vita ad un diverso ordinamento costituzionale (ad un diverso «regime» appunto): dalle leggi che avevano introdotto la censura sulla stampa alla legge elettorale basata su lista unica e voto palese, alle leggi che avevano eliminato il diritto di associazione politica e sindacale, alle leggi che avevano inserito nell'ordinamento dello Stato milizie e gerarchie del Partito nazionale fascista fino alla trasformazione della Camera dei deputati in una Camera corporativa. Dello Statuto albertino, scriveva già nel 1928 Gerhard Leibholz, sono rimaste «certe funzioni simboliche che riguardano la posizione del Re»¹¹⁰. Un nuovo ordinamento costituzionale si era sovrapposto alla facciata albertina. Che poi il 25 luglio del 1943 il Re abbia potuto riassumere le funzioni statutarie di nomina e revoca dei Capi di governo non necessariamente sta ad evidenziare la perdurante vigenza dello Statuto albertino atteso che già la stessa legge 2263 del 1925, che indubbiamente caratterizza il regime fascista, prevedeva all'art. 2 il potere regio di nomina e revoca del capo del governo.

Altri esempi potrebbero essere offerti da regimi che mantennero per un certo periodo il vecchio testo costituzionale, pur innovando incisivamente l'ordinamento costituzionale. Così è avvenuto fino al 1947 (o al 1952 secondo altre letture) per la Polonia dopo la conquista sovietica: fu mantenuta la Co-

¹⁰⁸ Sul punto v. L. Paladin, ora in *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, 35 ss.

¹⁰⁹ Non a caso definite da S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1933, 34 «semplici intestazioni di capitoli che poi mancano».

¹¹⁰ G. Leibholz, ora in *Il diritto costituzionale fascista*, a cura di A. Scalone, Napoli, Guida editore, 2007, 125. Tanto implicitamente riconosceva lo stesso Mussolini nella seduta del Senato del 12 maggio 1928 (ora in *Opera omnia*, vol. XXIII, Firenze, La Fenice, 1957, 145).

stituzione e ci si limitò a mutare le leggi elettorali e le leggi di polizia. Così è avvenuto nel 1989-1990 per l'Ungheria nel passaggio dal regime comunista a quello democratico¹¹¹. Così è avvenuto per la Costituzione argentina del 1853, più volte emendata e formalmente rimasta in vigore anche durante la Dittatura dei generali (non cito, per una evidente abrogazione di fatto, la Germania nazista che mantenne formalmente in vita per diversi anni la Costituzione di Weimar)¹¹².

Si è obbiettato: teorie siffatte che si basano sulla materialità delle Costituzioni non riuscirebbero a individuare «la linea di confine» fra l'attività del giurista e quella del cultore di scienze sociali¹¹³. Ma è proprio qui il loro pregio atteso che tali nozioni servono ad entrambi gli ambiti scientifici proprio per identificare una determinata *forma di stato*, sia come realtà giuridico-teoretica sia come realtà storico-fattuale¹¹⁴. In ogni caso, se non è possibile da un modello descrittivo trarre effetti prescrittivi non vedo, contemporaneamente, come sia possibile muoversi sul terreno prescrittivo senza una adeguata teoria costituzionale.

Del resto, non meno utile, sia per il giurista che per lo storico, è il ricorso ad un «ordine costituzionale» sottostante per comprendere le origini e il fondamento di un regime costituzionale e saggiarne quindi le linee di continuità. Mi limito ad alcune vicende fra le tante. Il 1 gennaio 1948 ha iniziato il suo cammino la Costituzione repubblicana ma un nuovo ordine costituzionale si era già andato formando progressivamente, prima con il referendum istituzionale del 2 giugno 1946 e prima ancora con la vittoria sul nazifascismo, il ripristino delle principali libertà e la nascita dei partiti democratici. Fin dalla costituzione dei comitati di liberazione nazionale – a Roma il 9 settembre del 1943, all'indomani della fuga del Re – avevano iniziato il loro cammino i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (sovranità del popolo, rispetto dei diritti dell'uomo, dignità costituzionale del lavoro, autonomia delle formazioni sociali, principio internazionalista). Mi sono riferito a *fatti normativi* ma se si vuole un aggancio giuridico formale (ma è proprio necessario?) si può andare alla c.d. «costituzione provvisoria», voluta dalle medesime forze e trasfusa nel d.l. n. 151 del giugno 1944 e ulteriormente modificata nel marzo 1946 con il Decreto luogotenenziale n. 98 del 1946. Ad essi vanno ag-

¹¹¹ Per ambedue gli Stati v. S. Ceccanti, *La forma di governo parlamentare in transizione*, Bologna, Il Mulino, 1997, rispettivamente 195 ss. e 210 ss.

¹¹² «... supprimée en fait»: è l'espressione utilizzata da Mirkine-Guetzévich, *Le Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Librairie Delagrave, 1938, 104, nota 1.

¹¹³ Così S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982, 620.

¹¹⁴ M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., 157. Più ampiamente sul punto lo stesso C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., 115 ss.

giunte le leggi che avevano soppresso il Tribunale speciale per la difesa dello Stato (rdl. 668/1943), soppresso il Partito nazionale fascista (rdl. 704/1943), soppressa la Camera dei fasci e delle corporazioni (rdl. 705/1943), reintegrati nei loro diritti i cittadini perseguitati per motivi razziali (rdl. 25/1944), e alle quali si possono ulteriormente aggiungere i vari atti con cui si sono iniziate a riconoscere le autonomie speciali, la firma del Trattato di pace nel febbraio 1947 e via elencando.

Dei tre corpi che compongono l'ordinamento costituzionale – un ordine costituzionale materiale, le leggi caratterizzanti detto ordine, il testo costituzionale – due si erano già «formattati» prima del 1 gennaio 1948. Il testo costituzionale completerà, arricchirà e stabilizzerà il quadro.

Analoghe considerazioni potrebbero farsi per la Spagna: il nuovo ordine costituzionale nasce in quel paese con il varo del testo costituzionale il 27 dicembre 1978? Ovvero con le prime elezioni democratiche del 15 giugno 1977 o, prima, con la ratifica referendaria il 15 dicembre 1976 della legge di riforma politica? O, prima ancora, con il processo avviato con l'assunzione al trono di Juan Carlos il 22 novembre del 1975, qualche giorno dopo la morte del Generalissimo Francisco Franco?¹¹⁵

Non distanti altri interrogativi in riferimento a paesi che hanno subito una revisione totale della costituzione. Come sappiamo, il 18 aprile del 1999 è stata formalmente abrogata la Costituzione elvetica del maggio 1874 (più volte emendata nel corso del Novecento) ed è stata adottata una nuova carta costituzionale. Sebbene il testo sia stato riscritto quasi per intero la continuità di quell'ordinamento non è stata messa in discussione. Dalla seconda metà dell'Ottocento l'ordinamento costituzionale svizzero – proprio per i mutamenti nell'ordine costituzionale – era cambiato molto di più di quanto non sia cambiato con la riforma del 1999. In tale data, certo, è avvenuta una revisione totale del *testo costituzionale* ma trascurabili sono state le modifiche dell'*ordinamento costituzionale*¹¹⁶. Non è mutata, infatti, la composizione materiale delle forze politiche, non sono mutate le più caratterizzanti leggi federali e marginali sono state le modifiche del testo. Altrettanto potrebbe avvenire in Spagna (ed in altri paesi) qualora si dovesse pervenire a quella revisione totale del testo costituzionale che è resa possibile dall'art. 168 del medesimo

¹¹⁵ Le varie opinioni su processo costituente in Spagna sono richiamate in F.F. Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, 54 ss.: dalla tesi della «rottura costituzionale senza riforma» (di Lucas Verdù) alla legge di riforma costituzionale ratificata con referendum come «fatto democratico che ribalta l'ordine costituzionale» (di Sanchez Agesta). È di quest'ultima opinione (il referendum del dicembre 1976 come «caja de Pandora») anche J.M. Vera Santos, *Las Constituciones de España*, Civitas, Thomson, 2008, 664.

¹¹⁶ Perplesso lo stesso G. Florida, *Profili di tecnica redazionale dell'aggiornamento della Costituzione svizzera (ovvero la forma è sostanza)*, in *Revisione della costituzione svizzera*, a cura di A. Reposo, Torino, Giappichelli, 2000, 1247 ss. (ora in *Scritti minori*, cit., 1247 ss.). Più in generale v. E. Ferioli, *I procedimenti di revisione costituzionale*, Bologna, Dupress, 2008, 89 ss.

testo. Considerazioni analoghe potrebbero farsi per il *GrundGesetz*, riuscito a consolidarsi dopo la riunificazione della Germania espandendosi al di là degli spazi giuridici prima separati dal muro di Berlino, senza dare luogo a un mutamento del regime costituzionale ma solo a limitate revisioni¹¹⁷. Il mutamento ha riguardato – e in modo rilevante – la parte di popolazione prima soggetta al regime comunista ma i fini e i valori egemoni sono divenuti quelli che sostenevano la Costituzione di Bonn. Ben altre sarebbero state le conseguenze se la riunificazione fosse avvenuta su basi consensuali e compromissorie coinvolgendo le forze politiche dell'uno e dell'altro campo. Tanto è vero che in Germania si discute tutt'oggi dell'opportunità di darsi una nuova costituzione cui possa concorrere l'intero popolo tedesco.

Quel che accomuna vicende così diverse è il riferimento a una realtà costituzionale sottostante, nei primi casi (Italia e Spagna dopo la dittatura) frutto di *fatti normativi* che hanno preceduto il varo dei testi costituzionali; nel caso svizzero rimasta sostanzialmente immutata nonostante la integrale revisione del testo costituzionale. Quest'ultima vicenda, che consente di parlare di un ordine costituzionale non modificato dalla revisione integrale, può essere messa in relazione con quanto abbiamo prima detto sulla Costituzione degli Usa, il cui testo, seppure emendato tra il 1860 e il 1865, è rimasto lo stesso pur registrandosi un mutamento dell'ordine costituzionale sottostante. In entrambi i casi il riferimento ai soli *testi* costituzionali può essere fuorviante, o quanto meno insufficiente.

7.3. Orientare la interpretazione dei testi costituzionali. I percorsi interpretativi dell'art. 2 e dell'art. 11 della Costituzione

Oltre alle regole sull'interpretazione contenute nelle pre-leggi, è da ricordare la giurisprudenza della Corte costituzionale, non ultima quella che impone una lettura «costituzionalmente orientata» delle disposizioni legislative: fra due o più norme estraibili dalla medesima disposizione vanno privilegiate quelle maggiormente compatibili con il testo costituzionale. Mi chiedo perché l'analogia operazione non possa essere compiuta allorché ci si trovi di fronte a più norme estraibili da una stessa disposizione costituzionale. In tal caso il punto di riferimento potrebbe essere offerto, sia per il legislatore sia per i giudici, dall'ordine costituzionale sottostante e dall'ordinamento costituzionale nel suo complesso, ivi comprese le più caratterizzanti leggi ordinarie.

Così è più volte accaduto. Come spiegare altrimenti le due diverse soluzioni che, a distanza di pochi anni, sono state raggiunte dalla Corte costituzionale a proposito del reato di adulterio previsto dall'art. 559 del codice penale per la sola moglie adultera? Fattispecie di reato – come è noto – prima

¹¹⁷ H. Hofmann, *op. cit.*, 20 e dottrina *ivi cit.*

mantenuta in piedi (sent. 64/1961) poi espunta dall'ordinamento (sentt. 126 e 127/1968 nonché 147/1969). Nella sentenza del 1961 la Corte si era richiamata all'«ambiente sociale» e alla «comune opinione» per giustificare la scelta del legislatore di ritenere maggiormente grave il comportamento della donna «di concedere i suoi amplessi ad un estraneo»¹¹⁸, mentre nella sentenza 126 del 1968 il riferimento sia alla mutata «realtà sociale» sia alla «nuova» e diversa «coscienza collettiva» serve per giungere alla soluzione opposta. Altrettanto marcati detti richiami nelle ordinanze di remissione (meno in taluni commentatori dell'epoca)¹¹⁹. Dietro queste espressioni può leggersi un effetto dei movimenti collettivi del '68, non solo femministi, che ormai percorrevano l'intera Europa? Darei una risposta positiva atteso che le trasformazioni sociali avevano avuto modo di incidere, in modo rapido, sulle stesse basi materiali della costituzione – lo afferma Sidney Tarrow – influenzando sugli orientamenti delle forze politiche e mettendo sul campo nuovi soggetti collettivi¹²⁰. Nel giro di pochi anni – lo sottolineerà Carlo Esposito – si era data una diversa lettura della norma sui limiti all'eguaglianza dei coniugi dettata dalla «garanzia dell'unità familiare»¹²¹. Analogamente accadrà allorché la Corte sarà chiamata a valutare norme del codice penale e del testo unico di pubblica

¹¹⁸ ...ritenendo tuttavia che una condizione di eguaglianza si recuperava comunque nel pari trattamento nella riduzione di pena prevista dall'art. 587 (*sic!*) sia a favore della moglie tradita che del marito tradito (il c.d. delitto d'onore). Resta impregiudicata, aggiungeva la Corte, con un certo pudore, «ogni valutazione circa l'accettabilità o meno dei criteri che hanno ispirato la norma». Nel commento C. Esposito, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, in *Giur. cost.*, 1961, 1230 aderisce alla soluzione adottata ma critica l'iter logico seguito dalla Corte ritenendo di dovere mettere in risalto maggiormente il valore dell'unità della famiglia, previsto dall'art. 29 Cost.

¹¹⁹ ...pur favorevoli alla decisione ma timorosi che il riferimento alla «realtà sociale» potesse prestarsi «a notevoli arbitri» dovendosi preferire una «rigorosa interpretazione delle norme costituzionali»: così fra i tanti G. Gianzi, *L'adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 2179. Su posizioni non dissimili S. Satta, *L'adulterio e la Corte costituzionale*, in *Quaderni del processo civile*, 1969, 105 ss. per il quale tali mutamenti avrebbero dovuto trovare risposta da parte del legislatore e non da parte del giudice costituzionale e F. Modugno, *L'adulterio come delitto e come causa di separazione (in margine al commento del prof. Salvatore Satta alle sentenze n. 126 e n. 127 della Corte costituzionale)*, in *Giur. cost.*, 1968, 2191 che all'opposto non escludeva che si potesse pervenire ad una sentenza manipolativa che assicurasse il medesimo trattamento punitivo all'adulterio del marito.

¹²⁰ ...così S.G. Tarrow, *Democrazia e disordine. Movimenti di protesta e politica in Italia (1965-1975)*, Bari-Roma, Laterza, 1990, per il quale, tuttavia, il ciclo va fatto risalire di qualche anno, alla metà degli anni Sessanta (sulla più generale influenza dei movimenti collettivi lo stesso Tarrow è tornato in *Power in movement: social movements and contentious politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998). Detto processo di trasformazione è altresì messo in rilievo da P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, Il Mulino, 1997, 382 ss.

¹²¹ ...assunto come deroga rispetto al principio di eguaglianza ma suscettibile di più letture: v. E. Cheli, *Profilo generale d'eguaglianza e gradazione degli interessi nell'ambito familiare*, in *Giur. cost.*, 1966, 804 ss. in commento critico ad una decisione della Corte – la n. 49/1966 – che addirittura ammetteva maggiori restrizioni nell'amministrazione dei beni familiari, cessato il vincolo matrimoniale per vedovanza, a svantaggio della moglie rispetto al marito. Sulla «sintonia fra corpo sociale e costituzione scritta» v. C. Fusaro, *Una costituzione in trasformazione*, G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, III, Bologna, Il Mulino, 1984, 352 ss.

sicurezza relative «all'incitamento a pratiche anticoncezionali» pervenendo a due diverse decisioni con la sentenza n. 9 del 1965 e n. 49 del 1971.

Gli esempi potrebbero continuare numerosi e potrebbero riguardare sia diverse «fattispecie aperte», sia diverse «norme elastiche «sia diversi» concetti giuridici indeterminati» previsti in varie parti del testo costituzionale; tra essi il «buon costume» (art. 21), i «fini sociali» o le clausole di «utilità generale o sociale» (artt. 41, 42, 43). Come è stato efficacemente sottolineato solo il riferimento alla maturazione degli orientamenti delle forze politiche e culturali «intervenuta nella costituzione materiale» ha consentito di leggere la tutela del paesaggio di cui all'art. 9 della costituzione non solo come tutela delle bellezze naturali ma anche come tutela dell'ambiente e dell'ecosistema che viene così ad assumere «un ruolo superprimario»¹²². Ma evito di allargare il tema e mi limito a ricordare *due percorsi interpretativi* tracciati da dottrina e giurisprudenza che vanno decisamente nella direzione qui indicata. Evito in particolare di riferirmi al tema delle «lacune», di cui non sono chiari i contorni nelle costituzioni rigide e che comunque spesso si traducono in una problema di interpretazione di disposizioni vigenti¹²³.

Il *primo percorso* interpretativo riguarda *l'art. 2 della Costituzione*. Per diversi anni la Corte costituzionale ha ritenuto che in tale articolo fosse contenuta una norma meramente riassuntiva delle disposizioni che esplicitamente tutelano, dall'art. 13 in poi, le libertà costituzionali. Dalla metà degli anni ottanta (in modo più deciso con la sentenza 561/1987) essa ha tratto dallo stesso articolo le basi normative per riconoscere alcuni diritti fondamentali non espressamente inseriti in costituzione. Il punto di riferimento è stato il *valore della persona* umana, della sua dignità e del suo sviluppo: ad esso la Corte assegna la funzione che, ad esempio, nell'ordinamento tedesco è riconosciuta alla «*Menschenwürde*» o alla «*frei Entfaltung der Persönlichkeit*»: fra questi il diritto alla vita (sent. 223/1996), il diritto alla libertà sessuale (sent. 561/1987), il diritto del minore ad essere inserito in una famiglia (sent. 183/1988), il diritto ad abbandonare il proprio paese (sent. 278/1992), il diritto alla privacy (sent. 139/1990), il diritto all'identità personale (sent. 13/1994), il diritto alla libertà sociale (sent. 50/1998). Poiché in tutti questi casi il giudice costituzionale fa spesso riferimento alla «coscienza sociale» o alle «convinzioni collettive» non credo che sia arbitrario ritenere che intenda implicitamente far riferimento ai fini e ai valori prevalenti nelle (e grazie alle) forze che hanno dato vita o che sostengono la Costituzione. A questo mi riferivo allorché nel 1975, nello scritto già citato, collegavo l'interpretazione dell'art. 2 agli orientamenti prevalenti nella costituzione materiale, da me ritenuti in grado di spingere a spe-

¹²² G. Morbidelli, *Lezioni di diritto pubblico comparato*, Bologna, Monduzzi editore, 2000, 85.

¹²³ Sul punto v. però ampiamente C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit. 166 ss.

cificare la «fattispecie a schema aperto» ivi racchiusa. Adesso Mario Dogliani mi da ragione e vede nell'art. 2 addirittura una «fonte di produzione di norme costituzionali amministrata dalla giurisdizione» ma non riesco a comprendere come possa conciliare questo ardito riconoscimento con il suo ostinato rifiuto di una base materiale della Costituzione per di più riconoscendo alla Corte costituzionale «un ruolo sostanzialmente rappresentativo» (e di fatto mettendo ai margini il ruolo del legislatore)¹²⁴.

Se comunque, grazie a questa sintonia, è stato non particolarmente arduo per la Corte individuare alcuni di questi diritti, ad esempio il diritto alla vita – addirittura il diritto alla vita del nascituro da bilanciare con il diritto alla salute della madre – ben maggiori sarebbero, tuttavia, le difficoltà nel riconoscere altri diritti. Meno agevole sarebbe riconoscere il diritto a disporre della propria vita, un «diritto» addirittura visto come disvalore dalla legislazione penale, che tuttora punisce il suicidio assistito ed ogni forma di eutanasia (art. 580 c.), e comunque fin qui non accolto nelle sedi della tutela mutilivello, in particolare dalla Corte europea dei diritti¹²⁵. In effetti un tale riconoscimento sarebbe ancora lontano – questo il punto – dalla prevalente sensibilità collettiva, vale a dire dai valori delle forze che sostengono la costituzione, sia quelle di maggioranza sia quelle di opposizione¹²⁶. D'altro canto, la sentenza sull'interruzione della gravidanza si inserì, nel 1975, in un periodo in cui fiorivano movimenti collettivi a favore di una soluzione legislativa, peraltro già prevista in alcuni disegni di iniziativa parlamentare. Altrettanto non può dirsi per il (preteso) diritto a disporre della propria vita (a differenza di quanto potrebbe avvenire per il c.d. testamento biologico, relativo solo al consenso anticipato sui trattamenti sanitari, su cui il dibattito appare più maturo, anche se non dagli esiti scontati). E d'altro canto, come si può parlare di «ragionevolezza» nel bilanciamento fra diritti prescindendo da ciò che si intende per «razionale» in una determinata cultura; quella cultura che contribuiscono ad esprimere le forze politiche, sociali e culturali prevalenti e di cui esse sono espressione a loro volta? È questo il senso, peraltro, della «ragione comunicativa» cui si riferisce Jurgen Habermas¹²⁷.

Del resto, nel definire i diritti che sono volti allo «sviluppo della persona», le Corti italiane e straniere non mancano di richiamarsi anche ai valori immessi dalla legislazione (la quale contemporaneamente assume la funzione

¹²⁴ V. *I diritti fondamentali*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 51.

¹²⁵ Caso *Pretty c. Regno Unito* del 29 aprile 2002, con la quale la Corte dei diritti è giunta alla conclusione che non è possibile ricavare dalla Convenzione un «diritto di morire».

¹²⁶ Nella letteratura e nella giurisprudenza americana il tema è trattato con riferimento alla «tradizione interpretativa»: v. però le perplessità di C.R. Sunstein, *A che servono le Costituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009, 102-103 (ivi alcune decisioni della Corte Suprema).

¹²⁷ J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, Il Mulino, 1997, vol. I, *passim*.

di oggetto e di elemento di integrazione del parametro, fino a giungere a forme di *Gesetzmäßigkeit der Verfassung*)¹²⁸. Da una lato la crescita dei valori comuni, che non possono non essere percepiti dal giudice costituzionale nella sua attività, ma dall'altro anche segmenti della legislazione ordinaria e l'immissione nell'ordinamento – ne accennavo prima – di documenti internazionali che hanno dato rilievo a determinati diritti. Questa interazione fra regole estraibili dalla costituzione e le tendenze (le regolarità) derivanti da scelte legislative, lungi dall'alterare la distinzione fra oggetto e parametro del giudizio di legittimità arricchisce, piuttosto, l'attività di interpretazione del giudice delle leggi. Se si tratta di interpretare una disposizione costituzionale volutamente elastica l'interpretazione della stessa spetta in primo luogo al legislatore, ovviamente sottoposto al controllo successivo di coerenza e ragionevolezza della Corte. Come è stato sottolineato in un campo contiguo i tentativi di costruire una «costituzione economica» non possono fermarsi agli articoli 41-47 della costituzione ma devono tenere conto di leggi di rilevanza costituzionale, come ad esempio la legge antitrust (n. 287 del 1990)¹²⁹.

Il *secondo percorso* interpretativo riguarda l'adesione dell'Italia alle organizzazioni europee operata utilizzando *il veicolo dell'art. 11 della Costituzione*. Fin dagli anni sessanta esso è stato utilizzato per giustificare il crescente «primato del diritto comunitario». È appena il caso di ricordare che tale disposizione era stata inserita per consentire l'adesione dell'Italia all'Organizzazione delle Nazioni Unite mentre il Costituente considerava l'Europa un traguardo ancora lontano. Quasi tutti gli altri Paesi hanno provveduto, soprattutto dopo Maastricht, a revisioni costituzionali anche su impulso delle proprie giurisdizioni costituzionali (Germania, Francia, Spagna fra i più importanti). L'Italia ne ha fatto a meno. In un primo momento la deroga alla costituzione italiana è stata limitata. In fondo si trattava di inserire le fonti comunitarie accanto a quelle nazionali, prima utilizzando il criterio cronologico (con la sent. 14 del 1964), poi utilizzando le norme comunitarie quali fonti interposte (con la sent. 232 del 1975), la cui violazione si sarebbe tradotta in una violazione dello stesso art. 11. Ma con la sentenza 170 del 1984 tale primato è stato definitivamente sancito, in modo compiuto. Attraverso la soluzione della «disapplicazione» (*rectius* «non applicazione»), peraltro più consono ad un ordinamento di *common law*, si è operato un importante salto culturale¹³⁰.

¹²⁸ L'espressione è di W. Leisner, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gestzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1964, 26 ss.

¹²⁹ Così S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 3.

¹³⁰ E che tale salto non sia stato privo di conseguenze lo dimostra il ricorrente tentativo di non pochi giudici ordinari di estendere tale istituto anche al controllo di «convenzionalità». Un segno di un processo che si è volto contemporaneamente verso l'alto (verso le Corti europee) e verso il basso (la giurisdizione diffusa). Solo le recenti sentenze «gemelle» della Corte costituzionale – Sentenze 348 e 349/2007 – sembrano avere contenuto tale tendenza.

Si è trattato di una lettura ardita e non formale dell'art. 11 oppure di una «rottura» della Costituzione? La dottrina ha preferito non rispondere a questo imbarazzante interrogativo ma ha accolto, ed anzi in qualche caso favorito, tale soluzione. Eppure notevole è stata l'incidenza dei Trattati sul testo costituzionale. Da un lato le note deroghe a importanti disposizioni costituzionali (dall'art. 70 all'art. 101 della Costituzione, sull'esercizio della funzione legislativa da parte dell'Unione o sulle competenze della giurisdizione comunitaria), dall'altro una lettura del testo costituzionale attenta a valori non sempre tenuti presenti dal Costituente, fra questi il «mercato» su cui invece si regge il processo di integrazione europea. Innovazioni così marcate da spingere una parte della dottrina a temere l'alterazione del profilo costituzionale¹³¹.

Come è stato possibile tutto ciò? Una così impegnativa operazione ricostruttiva ha potuto trovare la sua forza – io credo – nella opzione europeistica promossa (o progressivamente accettata) dalle forze egemoni, politiche, sociali e culturali, che sostengono la costituzione repubblicana. Esse hanno visto (hanno voluto vedere) nella scelta europeistica la continuità, non la rottura, con le iniziali scelte costituenti e hanno sostenuto un così impegnativo orientamento della Corte costituzionale. Solo molti anni dopo, nel 2001, con il richiamo ai «vincoli comunitari» di cui alla novella al primo comma dell'art. 117 della Costituzione (peraltro un richiamo distratto e giunto a sorpresa e di cui non si sentiva in letteratura una particolare necessità), si avrà una conferma di tale orientamento nel testo costituzionale. In sintesi: prima è intervenuto un «fatto normativo», successivamente è intervenuta, nel 2001, la modifica del testo costituzionale. L'ulteriore orientamento della Corte costituzionale, ormai non contrario a forme di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (sent. 102 e ord. 103 del 2008), può rappresentare la premessa per un ulteriore assestamento dei rapporti fra diritto europeo e diritto nazionale, fino a prefigurare tratti «parafederali».

Finora mi sono limitato a citare casi in cui si trattava di sviluppare principi o clausole generali espressamente presenti nel testo costituzionale ma la Corte non ha mancato di individuare principi ulteriori; principi che non sempre sono il frutto di un processo di astrazione dalle disposizioni costituzionali vigenti. Mi limito ad un solo caso e per spiegarmi pongo una domanda: come ha potuto la Corte, in pochi anni, passare dalla giustificazione di norme di

¹³¹ Sul tema P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 15 ss. Il mercato, tuttavia, non può dirsi del tutto ignorato dal Costituente, altro non essendo che uno dei valori posti alla base del diritto di «iniziativa economica» tutelato dall'art. 41 della Costituzione (e che la giurisprudenza costituzionale ormai assume come tale: sentt. 443 del 1997; 368 del 1998/14 del 2004 e 430 del 2007). Basti ricordare che mentre negli anni Sessanta e Settanta la dottrina si interrogava sulla natura «indicativa» o «vincolante» dei «programmi e controlli» previsti dall'ultimo comma dell'art. 41, oggi, in forza dei vincoli europei, le autorità indipendenti, europee e/o nazionali, possono legittimamente imporre direttive vincolanti o addirittura «ordini» alle singole imprese.

favore verso la religione cattolica – in quanto «religione della maggioranza degli italiani» – alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle stesse per violazione del principio di laicità?¹³² Determinante – io credo – è stata l'influenza della revisione dei Patti lateranensi, avvenuta nei medesimi anni con gli accordi di Villa Madama (1984), approvati a larghissima maggioranza dal Parlamento italiano.

7.4. Accertare le consuetudini (e desuetudini) costituzionali

Il ricorso alle forze che sostengono la Costituzione può essere assai utile, altresì, per agevolare la individuazione, andando al di là della rilevazione di mere prassi, di consuetudini costituzionali, destinate a far parte dell'ordinamento costituzionale. La giurisprudenza della Corte è sul punto in grado di orientarci. In alcune occasioni essa è intervenuta per stroncare prassi ritenute in contrasto non con la lettera ma con il sistema costituzionale. È ben nutrita ormai la giurisprudenza con cui la Corte ha contenuto la dilatazione eccessiva della insindacabilità parlamentare presente nella prassi delle due Camere (dalle sentenze 10 e 11/2000 in poi) mentre si profila l'orientamento a contenere ulteriormente l'abuso della decretazione di urgenza da parte del Governo (in tal senso, sviluppando la strada aperta dalla sentenza 360/1996, le decisioni 171/2007 e 128/2008). In altre occasioni la Corte ha invece fatto ricorso all'ausilio della prassi in funzione interpretativa (sent. 35/1962 e 278/1988 relative, rispettivamente, a competenze amministrative del Capo dello Stato e del Presidente del consiglio).

In altri casi ancora, vincendo resistenze della dottrina, la Corte è giunta ad individuare puntuali consuetudini costituzionali. Mi riferisco in particolare ai seguenti casi. Con la sentenza 134 del 1976 la Corte ha individuato la emersione, fin dallo Statuto albertino, dell'istituto della grazia condizionata. Ad essa può essere accostata la sentenza 200 del 2006 con cui ha riportato nell'alveo dello *ius receptum* i rapporti fra il Ministro della giustizia e il Capo dello Stato in ordine alla concessione della grazia. Inoltre con la sentenza 129 del 1981, in riferimento alla pretesa della I sezione giurisdizionale della Corte dei conti di sottoporre a giudizio di conto i tesorieri della Presidenza della Repubblica, della Camera e del Senato, la Corte ha risolto il conflitto richiamandosi a una «antica prassi», risalente allo Statuto albertino, che espressamente assume la forma propria delle «consuetudini costituzionali». Infine, con la sentenza 7 del 1996 ha legittimato l'istituto della sfiducia individuale facendo riferimento alla prassi del Senato e a una norma introdotta nel regolamento della Camera nel 1986 (art. 115); prassi e norme che, realiz-

¹³² Ne parlo diffusamente in *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, a cura di Stefano Canestrari, Bononia University Press, 2007, 33 ss. (anche in www.forumcostituzionale.it).

zando comportamenti costanti e uniformi, dice la Corte, «contribuiscono a integrare le norme costituzionali scritte», fino a dare vita «a vere e proprie consuetudini costituzionali». In un ordinamento come il nostro, che ammette consuetudini solo ove espressamente richiamate da apposite norme (art. 8 delle pre-leggi), e con un testo costituzionale rigido, non era facile richiamarsi a consuetudini costituzionali. Si è potuto farlo – io credo – proprio perché le prassi individuate non erano in contrasto (anzi talvolta sono collegate) con gli orientamenti di fondo delle forze politiche prevalenti. In un solo caso – la soluzione data al conflitto fra Capo dello Stato e Ministro della giustizia in ordine alla concessione della grazia – è mancato il consenso unanime delle forze politiche ma non si può dire che la sentenza ne abbia sostanzialmente alterato i rapporti e gli equilibri di fondo (se mai, lamenta Ugo Rescigno, è un caso in cui il diritto costituzionale avrebbe dovuto «sapere quando e dove arrestarsi e lasciare spazio alla politica»)¹³³.

Altrettanto non sarebbe potuto accadere per talune prassi che concernono la conversione dei decreti legge o l'approvazione di leggi finanziarie¹³⁴. Eppure sono prassi riconducibili, in modo più o meno marcato, a tutti i governi della Repubblica. In un *obiter dictum* della citata sentenza 7/1996 si legittima la prassi, fin dal Parlamento prefascista, della posizione della *questione di fiducia* da parte dei governi nel corso dell'approvazione di testi legislativi. Ma avrebbe potuto la Corte legittimare la prassi della posizione della questione di fiducia sulla conversione di decreti legge o, più di recente, sull'approvazione di c.d. maxi emendamenti? La risposta – a me pare – non potrebbe che essere negativa: la *repetitio facti* da parte dei governi certamente non manca ma è assente – e proprio per l'ostilità manifestata dalle forze politiche di volta in volta all'opposizione – l'*opinio iuris ac necessitatis*.

C'è da chiedersi – è vero – se bisogna ricorrere alla individuazione di una nuova fonte del diritto costituzionale, la «consuetudine costituzionale» appunto, oppure se ci si possa limitare a ritenere che la prassi abbia portato ad evidenziare un principio già insito nell'ordinamento costituzionale¹³⁵. Quale

¹³³ G.U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giustificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2006, 2014.

¹³⁴ Non sono ovviamente le uniche prassi *extra constitutionem* presenti nel nostro ordinamento: basti pensare alle regole sulla formazione dei governi; alla figura dei Ministri senza portafoglio; alla figura del Vicepresidente del Consiglio; al rimpasto come alternativa alla crisi di governo; alla rotazione fra Camera e Senato per il voto iniziale di fiducia al governo; alla rotazione fra le due Camere per la presentazione della legge finanziaria e del bilancio; alle dimissioni del Governo in caso di elezione del nuovo Capo dello Stato e ad altre ancora. Se alcune di queste potranno assurgere a vere e proprie consuetudini sarà perché la *repetitio facti* sarà stata accompagnata dalla *opinio iuris ac necessitatis* da parte delle forze politiche che sostengono la costituzione.

¹³⁵ S. Bartole, *Le convenzioni della Costituzione fra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 1983, 251 ss.; R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 38 ss.

che sia la soluzione più corretta, è in ogni caso di grande aiuto il riferimento agli orientamenti delle forze che contribuiscono a sostenere la costituzione, siano esse di maggioranza o di opposizione.

Un punto delicato in tali operazioni ricostruttive si ha allorché si è chiamati a distinguere se ci si trovi in presenza di vere e proprie «desuetudini» (cioè di una consuetudine abrogatrice), o se si tratti di perduranti violazioni delle norme costituzionali. Tema non facile e per il quale non basta rinviare alle ancora attuali riflessioni di Mortati¹³⁶. Per dare un'idea della complessità mi limito qui a citare l'unica norma del testo costituzionale del tutto inattuata: il costituzionalista chiamato a ricostruire l'ordinamento sindacale deve tuttora rifarsi agli inapplicati commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 Cost.? Essi, come è noto, prevedono la registrazione delle organizzazioni sindacali, la formazione di una delegazione in proporzione agli iscritti a ciascuna organizzazione, l'applicazione del principio maggioritario nelle decisioni della delegazione stessa, la stipula di contratti collettivi con effetti *erga omnes*. In tutta altra direzione, come è altrettanto noto, si è assestato il regime delle relazioni sindacali. Qui il confine fra il costituzionalista e lo scienziato sociale rischia di divaricarsi. Per il primo siamo di fronte ad una non attuazione della Costituzione, per lo storico o lo scienziato politico si tratta di un diverso assetto (più o meno discutibile) delle relazioni sindacali. Ma la divaricazione può realizzarsi anche fra giuristi atteso che il cultore di diritto del lavoro non può certo esimersi dall'intervenire nel vuoto lasciato dalla inapplicazione dell'art. 39 Cost. e ormai abbondantemente colmato da leggi ordinarie, contratti di diritto comune e consolidati indirizzi giurisprudenziali. Non mi sento, tuttavia, di giungere alla conclusione che siamo di fronte a un mutamento dell'ordinamento costituzionale. In realtà si è operato un processo di de-costituzionalizzazione del regime delle relazioni sindacali. Siamo di fronte ad una «non attuazione» delle citate disposizioni dell'art. 39 o ad una abrogazione per desuetudine? Propendo per la prima alternativa. L'unica cosa certa che posso rilevare è che solo il primo comma dell'art. 39 (che fissa libertà e pluralismo sindacale) ha le caratteristiche di un principio supremo insuscettibile di revisione costituzionale mentre altrettanto non può dirsi per gli altri due commi. Ma qui passiamo al successivo tema.

7.5. Individuare i principi insuscettibili di revisione costituzionale

I limiti alla revisione costituzionale evidenziano un punto critico, rappresentando una barriera che gli organi preposti ai controlli costituzionali dovrebbero porre financo ad una ampia maggioranza (i 2/3 del Parlamento o la maggioranza assoluta confortata da un referendum confermativo). Sul punto

¹³⁶ *La costituzione in senso materiale*, cit., 181 ss.

le resistenze della dottrina non sono mancate. Vezio Crisafulli non andava al di là dei limiti «positivamente prescritti»¹³⁷. Sarebbe così sicuro (è l'interrogativo che si poneva Crisafulli) che spetterebbe sempre e comunque alla Corte l'ultima parola, anche qualora fosse costretta ad entrare in conflitto con una maggioranza molto ampia e in cui la legittimazione dell'una può escludere la legittimazione dell'altra? Dopo la sentenza 1146 del 1988 nella quale la Corte teorizzò la presenza di *limiti impliciti* i dubbi si sono, tuttavia, fortemente attenuati. Da allora in poi, temendo un «potere destabilizzante di fronte a cui il diritto costituzionale può improvvisamente cadere senza avere strumenti giuridici di difesa»¹³⁸, si è giunti ad una vera e propria proliferazione dei limiti ipotizzati. È la tentazione, questa, di una Costituzione protetta dai suoi interpreti, «custodi» diffidenti nei confronti delle assemblee elettive e dello stesso corpo elettorale. Sempre alla ricerca di punti di resistenza del testo costituzionale¹³⁹ si è ritenuto, da ultimo, da parte di un'autorevole dottrina, che sarebbe contraria ai principi, e quindi sindacabile dalla Corte costituzionale, anche l'adozione con legge costituzionale di forme di sospensione processuale nei confronti di alte cariche dello stato¹⁴⁰.

Non è tuttavia questo il punto che intendo sottolineare. Mi chiedo, piuttosto, come sia possibile individuare limiti impliciti prescindendo da una concezione della Costituzione che vada al di là di elementi e procedimenti formali. Colpisce, infatti, che limiti impliciti alla revisione costituzionale vengano individuati anche da quella parte della letteratura che è su posizioni normativiste. Si tratta di posizioni che dovrebbero coerentemente sostenere che l'unico limite alla revisione costituzionale possa essere rappresentato dalle norme (o meglio dai principi)¹⁴¹ che stabiliscono le procedure di revisione. Non a caso Mortati aveva avuto modo di affermare che «il formalismo kelseniano, svincolando la volontà della suprema autorità da ogni limite sostanziale di contenuto e consentendo qualunque mutamento... viene in un certo senso a sboccare nel decisionismo»¹⁴².

Se, invece, come già detto, l'elemento primigenio dell'esperienza giuridica

¹³⁷ Cfr. V. Crisafulli, *Costituzione*, cit., 1038.

¹³⁸ Cfr. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., 79.

¹³⁹ M. Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 2002, nonché *Una rilettura dei limiti alla revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 879 ss.

¹⁴⁰ A. Pace, *Il legittimo impedimento è incostituzionale*, in *La Repubblica* del 8 febbraio 2009; ma l'opinione non è isolata: v. fra i tanti A. Ruggeri, *Il «lodo» Alfano al bivio tra teoria delle fonti e teoria della giustizia costituzionale (a margine di Corte cost. n. 262 del 2009)*, ora in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Torino, Giappichelli, 2009, 483 ss.

¹⁴¹ Rinvio sul punto al mio *La Commissione Bozzi e l'art. 138*, in *Studi in onore di Aldo Bozzi*, Padova, CEDAM, 1991.

¹⁴² In *Costituzione (dottrine generali)*, cit., 162. Sul punto vedi anche A. Merkl, ora in *Il duplice volto del diritto*, cit., 13 ss. e 136; nonché C. Dell'Acqua, *Materia costituzionale e riforme*, in *La costituzione materiale*, cit., 101 ss.

va rinvenuto nell'«ordinamento» più che nelle «norme» solo il riferimento all'ordinamento costituzionale, e alla base materiale che esso sottende, consente, in modo coerente, di mettere a fuoco quali possano ritenersi i «principi supremi». Non a caso Franco Modugno è costretto a concludere che «il principio supremo non è una norma superiore ad un'altra ma un'entità diversa, irriducibile al mondo della norma»¹⁴³. Con ciò – va precisato – non intendo sostenere che tutti i principi che concorrono a formare l'ordinamento costituzionale, nel senso indicato in queste pagine, possono definirsi «supremi»: questi sono solo quelli che rappresentano il nucleo ancor più ristretto dell'ordinamento stesso. Comunque – io credo – non è possibile individuarli né ricorrendo ad elementi testuali né ricorrendo ad eteree valutazioni «storico spirituali»¹⁴⁴. Entrambe le posizioni rischiano di essere di scarsa utilità. Invece può essere utile il riferimento ai valori di cui sono portatrici le forze che sostengono la costituzione. Esso potrà dirci se siamo di fronte ad una deviazione dai principi o addirittura a un vero e proprio ribaltamento di essi, tale da fare ritenere venuta meno l'identità e la continuità costituzionale; se siamo di fronte, in altre parole, a ciò che è stato definito un «colpo di stato» o una «fraude à la Constitution»¹⁴⁵. Poiché il procedimento di revisione è esso stesso un potere «costituito» non può erodere le proprie basi di legittimazione ed ove si dovesse individuare la violazione di principi supremi saremmo di fronte non ad una *revisione* ma ad un *mutamento* costituzionale. La revisione proceduralmente corretta che si ponesse contro principi fondamentali della Costituzione porrebbe in essere un atto *legale*, ma *non legittimo*.

I principi supremi hanno rappresentato – come è noto – il veicolo attraverso cui la giurisprudenza della Corte ha individuato i limiti sia all'ingresso del diritto comunitario (sentenza 183 del 1973), sia all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale (sentenza 48 del 1979), sia alla applicazione delle norme concordatarie (sentenze 30 del 1971, 12 del 1972; 175 del 1973; 18 del 1982 ed altre ancora), sia alla stessa revisione costituzionale (sentenza 1146 del 1988). In altri Paesi, i medesimi principi rappresentano quel parametro il cui mancato rispetto serve a individuare i partiti da ritenersi non coerenti con il quadro costituzionale¹⁴⁶.

Tra i principi supremi vi è, indubbiamente, l'«unità ed indivisibilità della Repubblica». La presenza di questo principio ha portato ad escludere che il

¹⁴³ F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, 572.

¹⁴⁴ Sul punto ampie citazioni delle numerose posizioni in N. Zanon, *Premesse ad uno studio sui «principi supremi» di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1902 ss. ed ivi importanti notazioni critiche.

¹⁴⁵ Cfr. V. Gueli, *Colpo di Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, ad vocem.

¹⁴⁶ A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005.

potere costituente volto ad una riforma «federalista» potesse essere assunto da un'assemblea costituente espressa dalle Regioni, come era stato invece prospettato da esponenti della Lega Nord durante i lavori della Commissione De Mita-Jotti nel periodo 1992-1994¹⁴⁷. E dovrebbe escludere il passaggio ad un assetto federalista vero e proprio¹⁴⁸, peraltro espressamente rifiutato dalla Costituente, a meno che dietro tale espressione non si celi un rafforzamento dello stato regionale previsto dalla Costituzione. L'obiettivo del «federalismo fiscale», ormai legge dello Stato (legge delega 42/2009), va letto, ad là dell'espressione utilizzata, in questa ottica.

Ad un pasticciato assetto federalista si è tuttavia tentato di pervenire nel biennio 1999-2001 con la riforma del Titolo V che ha fortemente innovato il testo costituzionale, fino a prevedere moduli organizzativi di tipo federale, non ultimo il ribaltamento dell'elenco delle materie di competenza statale e regionale. A tale incisiva innovazione il nuovo testo dell'art. 118 affiancava, come nuovo principio fondamentale, il «principio di sussidiarietà», «orizzontale e verticale». Le vicende successive possono essere emblematiche. L'interesse per le riforme è stato talmente spiccato da spingere una parte importante della dottrina ad enfatizzare i contenuti del processo riformatore. Non solo sono stati individuati i segni di una «svolta federale» ma si è ritenuto che si potesse parlare di un «diritto costituzionale delle Regioni»¹⁴⁹. La giurisprudenza della Corte ha presto spento gli entusiasmi che avevano portato a parlare *a*) di statuti-costituzioni anziché di statuti di autonomia (sent. n. 304/2002); *b*) di «competenza esclusiva» delle Regioni anziché di potestà «residuale» (sent. n. 307/2003); *c*) di fine del limite dell'«interesse nazionale» (sent. n. 303/2003, che pur registrando la scomparsa di quel limite, lo riesuma in altre forme); *d*) di possibile rafforzamento di talune prerogative di tipo parlamentare per i consiglieri regionali (sent. 195/2007); *e*) di Consigli regionali trasformabili in «parlamenti» regionali (in alcuni statuti censurati dalla Corte: v. sentt. 106/2002 e 306/2002); *f*) di spazio per la creazione di organi di giustizia costituzionale regionale (sent. n. 200/2008); *g*) persino di equiparazione, in base al nuovo art. 114, di tutti gli enti che compongono la Repubblica, dallo Stato ai Comuni (sentt. 274/2003 e 365/2007).

Con le sentenze appena citate (mi sono limitato alle più significative) la

¹⁴⁷ In tal senso l'impegno della Lega Nord, in quel periodo sostenuta dagli scritti di Gianfranco Miglio (e di altri): sul punto G. Miglio, A. Barbera, *Federalismo e secessione: un dialogo*, Milano, Mondadori, 1997.

¹⁴⁸ Cfr. A. Pace, *Problemi della revisione costituzionale in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1995, 13 ss.

¹⁴⁹ Tra i sostenitori, B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, Giappichelli, 2002, 57; M. Olivetti, *Nuovi Statuti e forme di governo delle Regioni. Verso le costituzioni regionali?*, Bologna, Il Mulino, 2002, 286 ss.; S. Mangiameli, *Aspetti problematici della forma di governo e della legge elettorale*, in *Le Regioni*, 2000, 565.

Corte costituzionale ha giocato un ruolo decisivo nel temperare le velleità «federaliste»¹⁵⁰. E lo ha fatto (spesso) ricorrendo a pesanti forzature interpretative, che non è il caso di ripercorrere. Ma vi è di più: con l'utilizzazione a favore dello Stato del «principio di sussidiarietà» ha reso (di fatto) flessibile la ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni, tanto da indurre (un chiaramente irritato) Antonio Ruggeri a definire la citata sentenza 303/2003 «una addittiva costituzionale a prosa libera»¹⁵¹.

Cosa è accaduto? Provo a dirlo in breve: la Corte *ha ricondotto dentro i principi fondamentali* dell'ordinamento costituzionale una riforma che, applicata alla lettera, ne avrebbe scardinato le basi. Non ha dichiarato illegittima quella riforma per violazione dei principi fondamentali ma ha compiuto (e continua a compiere) una progressiva interpretazione adeguatrice della stessa rispetto ai principi costituzionali. Come ha riconosciuto in modo nitido Stelio Mangiameli, la giurisprudenza della Corte costituzionale, anche se essa non può ovviamente ammetterlo, è «creativa di un ordine costituzionale diverso da quello deliberato dal legislatore di revisione costituzionale» riconducendo allo stato centrale la cura di quegli interessi nazionali che si volevano espungere dal Titolo V¹⁵². Ma avrebbe potuto farlo – mi chiedo – se non fosse stata sostenuta da quelle forze politiche, sociali e culturali egemoni che ritengono un valore costituzionale irrinunciabile l'unità politica della Repubblica? Se non fosse stata sostenuta dalle stesse forze politiche che avevano approvato incautamente la riforma del 2001? Avrebbe potuto farlo se le forze politiche più spiccatamente «federaliste» (inclusa la Lega Nord) non avessero mostrato, persino in dichiarazioni pubbliche e nei comportamenti parlamentari, di ritenere debordanti tali eccessi (tanto da proporre, assieme alla allora maggioranza di governo, con un successivo tentativo di riforma costituzionale, poi non approvato nel referendum del 2006, malcelati passi indietro rispetto al testo del 2001)?¹⁵³

Non mi meraviglia questo intreccio di posizioni: quale delle forze politiche, sociali e culturali che sostengono la Costituzione avrebbe accettato di sottrarre la disciplina della comunicazione al legislatore nazionale in ossequio alla lettera dell'art. 117 che riserva alle Regioni l'«ordinamento delle comunicazioni»? Una competenza, va precisato, da esercitare sulla base dei soli principi fondamentali stabiliti dalla legge statale ma lasciando alle stesse

¹⁵⁰ V. R. Nania, *Il diritto regionale*, oggi, in www.federalismi.it (3/2005).

¹⁵¹ A. Ruggeri, *Il problematico bilanciamento fra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. 303 del 2003)*, ora in *op. cit.*, 317.

¹⁵² S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, 2008, 828, nonché 836-837.

¹⁵³ ...anche se definito con l'espressione giornalistica «devolution». Cfr. L. Vandelli, *Devolution ed altre storie*, Bologna, Il Mulino, 2002, 21 ss. nonché, *eiusdem*, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006, 95 ss.

piena competenza regolamentare ed amministrativa. E quante avrebbero accettato il conseguente smantellamento di una autorità nazionale in materia? Ed altrettanto potrebbe dirsi per la «previdenza integrativa», anch'essa di competenza concorrente delle Regioni ma lasciata cadere sia dalle forze sociali, sia dalle forze politiche sia dalle stesse Regioni in occasione della approvazione della legge 243 del 2004 che ha introdotto questo nuovo pilastro previdenziale. Potrei citare altre materie, non ultima la tormentata (e singolare) competenza sulla «produzione e distribuzione nazionale dell'energia», la cui sorte è ancora da giocare essendo stata richiamata da quanti intendono opporsi agli insediamenti nucleari.

Ormai «smaterializzate» (*idest*: decostituzionalizzate?) le competenze legislative regionali, i rapporti Stato-Regioni sono divenuti flessibili e, di conseguenza, gli interessi nazionali e regionali si intrecciano e si sovrappongono¹⁵⁴. Un ruolo «abnorme» viene così assunto sia dalle varie Conferenze (fra Stato, Regioni e autonomie locali), sia dal legislatore nazionale, sia dalla stessa Corte costituzionale, chiamata a un ruolo di supplenza. Ma nel modellare e implementare tale principio, di sussidiarietà «c.d. ascensionale», legislatore e giudici non potranno comunque non richiamarsi ai valori e ai fini delle forze politiche prevalenti, quali espressi anche per il tramite della legislazione ordinaria. All'ordinamento materiale della Costituzione mi ero già richiamato, in un mio antico volume, per l'individuazione della clausola dell'«interesse nazionale»¹⁵⁵. E in tal senso peraltro si era mossa per lunghi anni, di fatto, la giurisprudenza della Corte una volta compiuta la (discutibile) trasformazione del limite di merito in presupposto di legittimità, allora previsto dall'abrogato art. 127 della Costituzione.

Ho citato questa vicenda per tre motivi: *a*) per sottolineare il ruolo che il Giudice costituzionale può svolgere in riferimento alle revisioni che contrastino con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale; ruolo che può svolgersi o attraverso un diretto sindacato sulle leggi di revisione o sottoponendo le stesse ad una interpretazione «adeguatrice»; *b*) per mettere in evidenza come tale compito sia reso possibile dalla sintonia con le forze politiche che contribuiscono a sostenere la Costituzione; *c*) per sottolineare quali fattori, al di là della revisione del testo costituzionale, possono portare a una sostanziale continuità dell'ordinamento costituzionale (o ad escluderla).

Sotto questo profilo non è azzardato parlare di sostanziale continuità dell'ordinamento costituzionale, successiva alla revisione del 2001. Con ciò non intendo misconoscere molte innovazioni introdotte – né le ha misconosciute la Corte – ma solo inserirle nella continuità del regime costituzionale.

¹⁵⁴ F. Benelli, *La «smaterializzazione» delle materie*, Milano, Giuffrè, 2006, 79 ss.

¹⁵⁵ A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973. Avevo subito segnalato il possibile esito in *Chi è il custode dell'interesse nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 345 ss.

Se non fosse intervenuta la giurisprudenza della Corte le innovazioni sarebbero apparse talmente forti da fare dubitare della legittimità stessa della riforma, che avrebbe così toccato uno o più principi supremi non revisionabili neppure con le procedure dell'art. 138 della Costituzione. Per questo la *revisione* del titolo V, lo dico in breve, non si è tradotta (finora almeno) in un *mutamento* costituzionale.

7.6. Identificare gli organi costituzionali

Le riflessioni prima effettuate possono essere utili sia al fine di identificare gli organi costituzionali della Repubblica sia al fine di individuare eventuali limiti alla revisione costituzionale nell'attuale assetto degli stessi¹⁵⁶. Come sappiamo, poiché avevano «ereditato» gli attributi della sovranità un tempo appartenenti al monarca, gli organi costituzionali erano definiti, secondo una accezione oggi meno consueta, «organi sovrani». Manca tuttavia nelle disposizioni costituzionali un testuale riferimento agli stessi, a differenza di quanto previsto in altre costituzioni. Una definizione potrebbe oggi essere tentata sulla base di due elementi: perché si tratta di organi essenziali per il funzionamento della forma di Stato e perché traggono la loro legittimazione direttamente dalla Costituzione¹⁵⁷. Modificando sensibilmente i poteri o le autonomie di questi organi si modificano, infatti, i connotati dell'ordinamento costituzionale. Tali prerogative comportano, peraltro, il collegamento diretto di detti organi alla Costituzione, vale a dire alla fonte della loro *legittimità*, e possono comportare la loro sottrazione all'applicazione dello stretto principio di *legalità*¹⁵⁸. E proprio per questo il riferimento all'ordine costituzionale può essere utile sia al fine di distinguerli dagli organi a mera «rilevanza costituzionale» sia al fine di metterne a fuoco poteri, autonomie e prerogative.

¹⁵⁶ Il punto è ampiamente trattato con diverse soluzioni: v. per tutti L. Carlassare, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 56 ss.; v. anche le numerose opinioni espresse in *Dibattito sul messaggio presidenziale del 26 giugno 1991 concernente le riforme istituzionali e le procedure idonee a realizzarle*, in *Giur. cost.*, 1991, 3209 ss.

¹⁵⁷ Come è noto, nella forma di Stato italiano sono considerati organi costituzionali: il Parlamento, il Capo dello Stato, il Governo, la Corte costituzionale. Essi sono in posizione di *parità* e accomunati dai seguenti elementi distintivi: *a*) trovano la loro disciplina (o comunque le linee essenziali della stessa) direttamente nella Costituzione (la legge, laddove presente, è solo attuativa di norme costituzionali); *b*) sono collocati in un'area di controlli reciproci e di reciproche interferenze (il Capo dello Stato è eletto dal Parlamento, può essere messo in stato d'accusa dallo stesso e a sua volta può sciogliere una o entrambe le Camere; altrettanto dicasi per i rapporti tra Capo dello Stato e Governo, come delimitati dalla «controfirma»); *c*) godono di un potere di autoregolamentazione (da qui i regolamenti parlamentari; il regolamento della Corte; il regolamento della Presidenza della repubblica; e, nei limiti della riserva di legge di cui all'art. 95 Cost., un potere di auto-organizzazione del Governo); *d*) operano essi stessi la verifica dei poteri dei loro componenti (così è per Parlamento e Corte costituzionale); *e*) in alcuni casi godono di auto-dichia (Parlamento e forse Corte costituzionale e Presidenza della Repubblica); *f*) i titolari godono di variegate prerogative volte a garantire la loro autonomia, fino a giungere alla sottrazione alle regole di diritto comune.

¹⁵⁸ Sul punto T.F. Giupponi, *Le immunità della politica*, Torino, Giappichelli, 2005, 108 ss.

Nonostante il tema sia stato ampiamente dibattuto a proposito del regime degli atti, se da sottoporre o meno a rimedi giurisdizionali¹⁵⁹, nonostante l'art. 289 del codice penale (anche dopo la modifica introdotta con la legge 85/2006) non lo inserisca fra gli organi costituzionali, rimane incerta la natura del Consiglio superiore della magistratura cui sono riconosciute solo in parte dette prerogative. È organo costituzionale o soltanto organo di rilevanza costituzionale? La risposta non è semplice. V'è chi si spinge ad abbassarne lo *status* addirittura a quello di organo di alta amministrazione. Le non infrequenti puntate polemiche nei suoi confronti e i propositi di drastiche riforme manifestati da alcuni partiti non possono mettere in dubbio, invece, che la sua presenza e i suoi poteri (per larga parte se non tutti) sono un elemento di identità della Costituzione perché direttamente collegati alla garanzia di autogoverno e di autonomia del potere giudiziario. Non credo, al contrario, che le norme costituzionali – per limitarmi ad un facile esempio – che prevedono il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro o che prevedono le Province siano oggi ritenute dalle forze politiche che si riconoscono nella Costituzione – pur da quelle restie ad innovare – talmente espressive di principi supremi da ritenere compromessa da una loro eventuale soppressione la stessa identità dell'ordinamento costituzionale.

8. IN CONCLUSIONE: COSA NON INTENDO DIRE

Mi paiono utili, in conclusione, due precisazioni. *La prima*. L'impianto qui proposto non coincide – dovrebbe essere chiaro ma è opportuno sottolinearlo – con quelle letture che si richiamano alla c.d. «costituzione vivente»¹⁶⁰. Questa nozione serve solo a registrare, come del resto la più ampia categoria del «diritto vivente», quale è l'interpretazione che un testo costituzionale, formalmente identificato, ha subito per opera della prassi e degli operatori del diritto, in particolare da parte delle corti (anche se Ehrlich, che tra i primi la propose, pensava soprattutto ai comportamenti sociali)¹⁶¹. Nelle dottrine che

¹⁵⁹ Sul tema E. Cheli, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, in *Archivio giuridico*, 1965, 62 ss., nonché L. Arcidiacono, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., *ad vocem*.

¹⁶⁰ La categoria è ampiamente utilizzata: v. per tutti A. Celotto, *Diritto costituzionale*, cit.; A. Cotelani, *La Costituzione materiale e il diritto vivente*, in *La costituzione materiale*, cit., 53 ss.; F. Pizzetti, *Costituzione materiale e costituzione formale fra passato presente e futuro*, *eodem loco*, 409 ss.; S. Bartole v. *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004 (che tuttavia evita espressamente l'uso di detta nozione); L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit.; da ultimo R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, cit., 46 ss. con riferimento alla Costituzione come sede di valori spesso confliggenti e quindi come testo aperto alle «decisioni future» dei giudici e degli interpreti.

¹⁶¹ V. E. Ehrlich, *La sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976. Nel testo uso l'espressione «costituzione vivente» nell'accezione utilizzata, più in generale, per il «diritto vivente» da A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, Giuffrè, 1994, 17 ss.

utilizzano il riferimento alla «costituzione vivente» il punto di *partenza* è pur sempre il testo formale, ri-letto alla luce della sua concreta applicazione. È la «law in action» che supera, con il metodo casistico, la «law in the books» grazie al «judge made law»; nella letteratura americana, in particolare, la «living Constitution» è richiamata da quanti non intendono fermarsi all'«original intent» e incoraggiano il «judicial activism» della Corte Suprema¹⁶². Nelle tesi qui sostenute, invece, il testo costituzionale è collocato in una *relazione sistemica*, «a rete», con gli orientamenti delle forze politiche e culturali prevalenti e con alcuni testi normativi, pure se ordinari, di rilevanza costituzionale. Tuttavia poiché la lettura dell'assetto materiale sottostante al testo, le vicende di esso nel tempo e lo sviluppo della legislazione e della giurisprudenza possono concorrere ad arricchire e integrare il testo costituzionale può accadere, sotto questo profilo, che anche essi contribuiscano alla delineazione della Costituzione vivente.

La seconda. Le basi materiali della Costituzione, qui valorizzate e che ho definito «ordine costituzionale», non possono considerarsi un mero «contesto» (espressione talvolta presente nelle tesi del diritto vivente)¹⁶³ ma concorrono alla lettura del testo costituzionale e, in sinergia con le altre norme materialmente costituzionali, contribuiscono alla costruzione dell'ordinamento costituzionale. Valori non formalmente inseriti nei testi costituzionali possono, infatti, essere anch'essi utili ad alimentare l'attività interpretativa. Grazie all'attività dell'interprete essi potranno tradursi in «principi» che integrano e chiariscono il testo costituzionale, fermo restando – tengo a ripeterlo per evitare i fraintendimenti con cui ho aperto queste pagine – che non possono porsi in diretta antinomia con puntuali norme dello stesso. Si tratta di operazione, di tipo dialettico, «a rete» appunto, che non sempre è possibile effettuare con gli strumenti logico-deduttivi propri della dogmatica giuridica – traendo norma da norma – ed è operazione certo non facile trattandosi di disposizioni spesso (volutamente) «elastiche».

¹⁶² V. G. Gorla, *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del diritto*, ad vocem, 938. Per il dibattito negli Usa sulla «living Constitution» v. L.H. Tribe, M. Dorf, *Leggere la Costituzione*, cit., 45 ss.; C.R. Sunstein, *A che servono le costituzioni*, cit.

¹⁶³ Vedi però A. Ruggeri, *Teorie e «usi» della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 526 ss.