

Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana

di Maurizio Fioravanti

Nel tema che ci è stato assegnato è implicita la necessità di un confronto¹. Bisogna quindi prima di tutto intendersi sui termini del confronto. Io lo imposterei così : da una parte quella che chiamerei la Costituzione dei costituenti, ovvero la Costituzione come era intesa da coloro che la votarono, ed anche dalla cultura politica e giuridica di quel tempo storico, dall'altra la Costituzione di oggi, ovvero la Costituzione come risulta dai *processi di trasformazione* che sono intercorsi in questi sessant'anni. Ne abbiamo individuati due, che passeremo tra poco ad esaminare, e che consideriamo assai rilevanti, tali da aver segnato nel profondo la storia costituzionale della Repubblica. Dunque, per avviare il nostro discorso, la categoria di cui dobbiamo impadronirci è quella di 'trasformazione costituzionale', che ben si adatta alla nostra storia costituzionale².

E' bene subito chiarire per altro che la nostra Repubblica ha avuto una sola Costituzione, da cui è scaturita una sola ed unica Repubblica, quella che abbiamo. Le trasformazioni cui stiamo alludendo, per quanto rilevanti siano state, si sono dunque sviluppate *dentro* la Costituzione del 1948. Ma ciò significa, a sua volta, una sola cosa : che la Costituzione del 1948 è nata dotata della formidabile virtù della *elasticità*, che consiste nella capacità della Costituzione, attraverso un mutamento della sua interpretazione, di mantenersi dotata di significato di fronte a realtà nuove, a sviluppi che non erano stati previsti dai suoi autori, dai costituenti³. Si potrebbero fare numerosi esempi in questa direzione : dal diritto all'ambiente alle norme che siamo soliti racchiudere sotto l'etichetta della 'costituzione economica', fino alle norme sulla forma di governo, oggetto di molteplici tentativi, anche attuali, di revisione, ma che proprio grazie alla qualità della elasticità hanno

¹ Si è deciso di mantenere il più possibile nella forma scritta il carattere di immediatezza proprio della relazione orale, tenuta il 9 gennaio 2008 presso l'Accademia dei Lincei , in occasione del Convegno su " La Costituzione ieri ed oggi ". Per questo motivo, i riferimenti bibliografici sono contenuti ed adeguati al carattere del testo.

² La useremo con un significato vicino a quello ad essa attribuito da S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

³ Le più recenti discussioni in materia d'interpretazione costituzionale sono documentate in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

saputo attraversare fasi diversissime della nostra storia costituzionale repubblicana⁴.

Si apre qui, proprio sul piano storico, la necessità di una certa riflessione, anche nuova, sui nostri costituenti. Essi vollero certamente emanare una Costituzione nel segno della discontinuità, non solo ovviamente verso il regime fascista, ma anche verso il precedente regime liberale. E vollero in questo senso una costituzione rigida. Ma nello stesso tempo furono anche dei costituenti *prudenti*, che si sforzarono sempre di scrivere una Costituzione non ideologica, non dogmatica, adatta ad essere recepita in una pluralità di direzioni, ed anche a recepire essa medesima realtà nuove, che gli stessi Costituenti, nel loro tempo, solo in parte potevano prevedere. Ciò vale in particolare per le norme di principio, che come sappiamo caratterizzano nel profondo, sul piano storico, le Costituzioni del Novecento, come la nostra italiana. Quelle norme rappresentavano certamente nel loro insieme una scelta decisa - secondo la classica lettura mortatiana - per un sistema democratico e sociale, voluto dal potere costituente, e che segnava nel profondo la nuova forma di Stato. Ma nello stesso tempo, quelle medesime norme di principio erano in realtà costruite e formulate all'insegna della prudenza e della elasticità, in modo che lo schieramento costituzionale, assai ampio ed articolato, si potesse riconoscere in esse partendo da concezioni in quel momento convergenti, ma delle quali nessuno sapeva come avrebbero potuto rincontrarsi nella concreta vita della istituenda Repubblica⁵.

⁴ L'elasticità così intesa presuppone inoltre un motore sottostante alla Costituzione che guida nel tempo le trasformazioni costituzionali. Per ragioni storiche profonde, che non possono essere qui esaminate, questo motore era in Italia dato dall'insieme dei partiti di massa autori materiali della Costituzione repubblicana. E questo spiega la crisi successiva degli anni Ottanta e Novanta, quando quell'insieme si è disciolto per dar luogo a nuove forme di particolarismo sociale e territoriale. Nella nuova situazione, non a caso ritorna l'esigenza di una razionalizzazione di livello costituzionale della forma di governo, promessa alla Costituente e mai attuata. Se ne è occupato con esemplare chiarezza in questo stesso Convegno L. Elia, *La "stabilizzazione" del governo dalla Costituente ad oggi*, ora in " Rassegna Astrid ", giovedì 10 gennaio 2008, n.63 . Si vedano in proposito anche le recenti considerazioni di G. Amato, *Per i sessanta anni della Costituzione*, in " Rassegna Astrid " , mercoledì 19 dicembre 2007, n. 62 ; e sia infine consentito di rinviare a M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004, pp. 7 e ss, e pp. 108 e ss..

⁵ Dovremo tornare su questa 'doppia faccia' delle norme di principio. Dal primo punto di vista, è fatale che prevalga una concezione tutta politica della attuazione costituzionale. Ma il secondo punto di vista, che valorizza di più la pluralità e le differenze, è la premessa per quel ruolo attivo della giurisdizione nella concretizzazione dei principi costituzionale, di cui ci occuperemo in seguito. Deve però essere chiaro che i due aspetti non possono reciprocamente elidersi, e sono dunque destinati a convivere necessariamente nelle norme di principio delle Costituzioni democratiche del Novecento, che in tal modo esprimono da una parte il principio di unità politica insito nel potere costituente, ma dall'altra parte, e nello stesso tempo, si pongono obbiettivamente come punti di equilibrio rispetto ad una società mai come in questo tempo storico caratterizzata da un ampio pluralismo politico, culturale e sociale. Sulle norme di principio si vedano ora i chiarimenti concettuali di G. Zagrebelsky, *Diritto per : valori, principi o regole ?*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), pp. 865 e ss..

Vi erano quindi molti motivi per volere una Costituzione elastica, all'insegna della prudenza. Sopra abbiamo definito l'elasticità una 'virtù', quindi una qualità positiva di una Costituzione. E noi crediamo che ciò sia valso, e valga, a conti fatti, anche per la storia costituzionale della nostra Repubblica. Ma c'è un punto debole in tutto questo. Infatti, le costituzioni, in genere, possono permettersi il lusso della elasticità se sono alla base ben fondate, ovvero riconosciute senza incertezze come norme fondamentali e primarie dalle rispettive comunità politiche. Altrimenti, può accadere che determinate caratteristiche di quelle costituzioni, come l'indeterminatezza, per lo meno apparente, di certe disposizioni, una certa costruzione delle stesse norme di principio, la tendenza a lasciare spazi bianchi da riempire con la prassi costituzionale, vengano assunte come prova della loro natura di 'leggi politiche', in quanto tali inadatte a disciplinare i rapporti tra i consociati, e dunque a porsi in concreto come vere e proprie norme giuridiche, dotate di qualcosa di analogo alla forza di legge.

Non bisogna mai dimenticare del resto che nell'Europa continentale, sul modello della rivoluzione francese, la costituzione nasce proprio come *loi politique*, che proclama certamente i diritti, ma che non è chiamata all'inizio affatto a disciplinare i rapporti in concreto, sociali ed economici, che vengono lasciati alla disciplina di sempre, quella della legge, ora divenuta, con la rivoluzione, espressione della sovranità nazionale o popolare. La storia conosceva da sempre la forza di legge, prima del sovrano e poi della assemblea. Non conosceva invece *la forza della costituzione*. Le Dichiarazioni dei diritti avevano un posto rilevante, per lo meno in epoca rivoluzionaria, ma non erano forse quei diritti destinati a divenire vero e proprio patrimonio giuridico degli individui solo, ancora una volta, per il tramite della legge? E per quanto riguardava la forma di governo non era forse vero che in fondo tutti si attendevano che le norme della costituzione dovessero esser riempite in concreto dai comportamenti effettivi delle forze politiche? C'è qui evidentemente un punto oltre il quale l'elasticità non è più una virtù, e rischia di essere invece l'anticamera della emarginazione della costituzione come norma giuridica.

Ebbene, questo è proprio quello che si è rischiato in Italia nei primi anni di vigenza della Carta costituzionale. Nel tempo della inattuazione costituzionale. Quella inattuazione ebbe certamente cause specificamente politiche, come tutti sappiamo, ma non solo. Prende ora campo l'idea che le cause fossero anche più estese e profonde, di ordine che potremmo definire culturale. In altre parole, premeva sui nostri costituenti, e poi anche negli anni immediatamente successivi, proprio la tradizione rivoluzionaria della *loi politique* sopra ricordata, certo voluta da un sovrano potere costituente, ma proprio per questo 'legge politica', quasi per sua natura posta in alto, troppo lontano dal campo della disciplina dei rapporti sociali ed economici, cui continuava a provvedere la fonte di sempre, ovvero la legge. Certo, la fonte primaria era ora dichiaratamente la costituzione, ma la legge, in quanto non

fosse in contrasto con la costituzione, continuava a stare al centro dell'ordinamento. Rispetto al classico modello liberale del secolo precedente, la legge era maggiormente condizionata dalla costituzione, ma non aveva affatto ceduto a questa, nel sistema delle fonti di diritto, la sua posizione di centralità. Ovviamente, nella Costituzione vi era, rispetto al passato, una vera e propria riscrittura globale dei principi fondanti, e degli stessi diritti, dotati ora della qualità della inviolabilità, sorretti da riserve di legge di qualità nuova, aperti alla materia sociale del lavoro, della salute, della istruzione, della assistenza. Ma era anche diffusissima la convinzione che tutto questo, specialmente e proprio nella materia sociale, sarebbe rimasto lettera morta senza la decisiva opera di attuazione da parte del parlamento, con lo strumento di sempre della legge. Invocare l'intervento del legislatore per l'attuazione della Costituzione aveva dunque in molti casi questa doppia faccia : da una parte significava sottolineare la necessità di rendere concreto il primato dei nuovi principi costituzionali, ma dall'altra significava quasi ammettere l'incapacità della costituzione di stare in piedi come norma giuridica con le sue proprie gambe.

Ed in effetti, nella cultura giuridica e politica prevalente in quegli anni questo era il punto cruciale. Spesso, anche tra i sostenitori della normatività della nuova Costituzione era infatti diffusa l'opinione che nulla di decisivo si sarebbe potuto fare per affermare quella normatività senza il legislatore. E dunque, che avere una Costituzione normativamente forte significasse quasi esclusivamente avere una Costituzione capace d'imporsi al legislatore, inteso come unico vero destinatario delle norme costituzionali. Ebbene, questa è la *prima grande trasformazione* che abbiamo individuato, che prende le mosse dalla prima sentenza della Corte costituzionale del 1956, e che giunge fino a noi. La sintetizzerei così : *dalla Costituzione come loi politique alla Costituzione come norma giuridica*⁶.

Non voglio ora ripercorrere vicende fin troppo note. Voglio solo ancor più esplicitare il punto di avvio di questa trasformazione, che abbiamo collocato nella sentenza del 1956. Di quella sentenza non interessa tanto, nella nostra ricostruzione, la nota affermazione del carattere pienamente normativo delle norme c.d. 'programmatiche', quanto il ragionamento implicito nella estensione del sindacato della Corte alla valutazione della costituzionalità delle norme anteriori. Se questo si rivelava possibile, significava che era evidentemente caduta la barriera principale che si ergeva contro la normatività della Costituzione, ovvero ritenere che questa si indirizzasse in sostanza al legislatore, sanzionandolo quindi per il mancato rispetto della

⁶ Rinviamo in proposito, per una ricostruzione più dettagliata, a M. Fioravanti, *Costituzione e legge fondamentale*, in *Diritto Pubblico*, 2006, 2, pp. 467 e ss.. Si veda ora anche M. Gregorio, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2006, 35, pp. 849 e ss.. Il senso della trasformazione intervenuta è testimoniato con efficacia da N. Lipari, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LX, 2006.4, pp. 1047 e ss. .

Costituzione, quando questi avesse emanato norme ad essa contrarie, naturalmente dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Ora, era chiaro che il giudizio di costituzionalità si svincolava dallo schema della sanzione contro il legislatore, dal momento che operava anche verso i legislatori del passato, ovviamente ignari della norma costituzionale quando avevano emanato le loro leggi. Diveniva così chiaro che in realtà il controllo di costituzionalità operava non sui legislatori, ma sulle norme, rispetto alle quali la norma costituzionale rivendicava finalmente la sua supremazia, indipendentemente dalla loro data di emanazione, perché contava ormai, in questa logica, solo il fatto che esse fossero vigenti, e che pretendessero di esserlo nonostante la loro contrarietà a costituzione. La costituzione doveva colpire quelle norme, non solo per tutelare i diritti in esse coinvolti, ma anche perché ora su di essa si era trasferita la responsabilità della unità e della coerenza dell'ordinamento.

Si apriva così una nuova vicenda. Nuova rispetto alla *tradizione legicentrica* propria del modello costituzionale europeo-continentale, ma nuova anche rispetto all'intento originario dei nostri costituenti, che erano fermi nel volere una correzione, anche rilevante, di quel modello, ma che non avrebbero mai pensato che con l'introduzione della Corte avrebbero di fatto avviato una trasformazione di questa portata, tale da mutare – come cercheremo progressivamente di mostrare – l'assetto delle fonti di diritto, ed in particolare il ruolo tradizionale della legge e della stessa giurisdizione. Seguiamo ora questo filo conduttore⁷.

Torniamo al 1956. Quasi subito si mostrò quanto fosse problematica, nella materia della giustizia costituzionale, quella distinzione tra legittimità e merito, che era stata introdotta per la giustizia amministrativa, e che non pochi alla Costituente avevano preso come base per i loro ragionamenti sulla Corte, soprattutto per tranquillizzare coloro che in essa vedevano un potenziale 'super-sovrano', a danno della legge e del principio democratico. Quello che noi chiamiamo controllo di ragionevolezza della legge iniziò infatti quasi subito ad affacciarsi nella giurisprudenza della Corte, avviando un cammino che nel tempo avrebbe condotto a costruire un vero e proprio sindacato attorno al rispetto del principio di uguaglianza, e dunque alla ragionevolezza, o al suo contrario, ovvero alla arbitrarietà, del trattamento uguale di situazioni diverse, o del trattamento diverso di situazioni uguali, da parte del legislatore, con sviluppi poi ulteriori che hanno sempre più arricchito il campo della valutazione della ragionevolezza della legge, anche al di là della originaria problematica della eguaglianza, del divieto di

⁷ Precisando che la vicenda italiana è parte della più ampia vicenda delle democrazie europee, tutte investite dal medesimo processo di trasformazione. Significativamente la discussione è aperta anche in Francia, paese per eccellenza, sul piano storico, della tradizione legicentrica. Nella letteratura più recente, e nella direzione da noi indicata, si vedano P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, Parigi, 2001 ; F. Monera, *L'Idée de République et la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Parigi, 2004 ; ed i saggi contenuti in *Pouvoirs. Revue française d' Etudes constitutionnelles et politiques*, n. 114 (2005).

discriminazione. E per quanto la Corte potesse ripetere fin dall'inizio che alla base del suo ragionamento vi erano le valutazioni compiute dallo stesso legislatore, in realtà si vedeva bene che per quella via la Corte intraprendeva un cammino che finiva per attraversare il campo della discrezionalità legislativa, ed inoltre – cosa certo non secondaria – che essa era condotta dal suo medesimo ruolo ad indagare sulle realtà di fatto sottostanti alla questione di costituzionalità, in dialogo con i giudici stessi⁸.

Quello che molti avevano immaginato, ovvero una Corte nell'empireo costituzionale, confinata in questioni di mera legittimità, era smentito in entrambe le direzioni : verso il legislatore, con il quale si apriva un dialogo sui contenuti della legge, e verso i giudici, con i quali si apriva un dialogo sulla interpretazione della legge, a partire dai casi concreti. Il legame che si stabiliva con i fatti della vita portava fatalmente in primo piano la tutela delle posizioni soggettive che vi erano coinvolte e trasformava quella che era stata concepita come una giurisdizione oggettiva, di legittimità delle leggi, in una giurisdizione costituzionale, dei diritti . Per questa via la funzione della Corte si incastonava sempre più nel cuore del sistema costituzionale , in qualche modo mutandone la struttura. Chi aveva accettato la novità della Corte, ma a condizione che rimanesse nei confini di una mera aggiunta, o correttivo, dei tradizionali assetti, ed in particolare del ruolo tradizionale della legislazione e della giurisdizione, era smentito. Nel futuro non vi sarebbe stato tanto la normale e fisiologica validità della legge, e per converso la sua eccezionale e patologica incostituzionalità, quanto un'opera costante di riconduzione della legge alla costituzione, attraverso la sua interpretazione secondo costituzione, a partire dai casi concreti, per opera dei giudici, in buona misura guidati dalla Corte medesima⁹.

Sono assolutamente convinto che alla Costituente nessuno pensava ad una prospettiva di questo genere. Certo, la Corte fu accolta nella Carta senza che le pur rilevanti perplessità di alcuni dei costituenti, anche di primo piano, minacciassero davvero la sua eliminazione. Ma quasi tutti erano significativamente incerti sulla sua natura, politica o giurisdizionale. Senza che si possedessero gli strumenti, a causa della lunga dominanza del paradigma giuspositivistico, per inquadrare una funzione che era fatalmente in sé sia 'giurisdizionale' che 'politica', come poi in effetti è stato. Ma soprattutto si pensava che in nessun caso si sarebbe stabilito un nesso così forte tra normatività della costituzione ed esercizio della funzione giurisdizionale, ordinaria e costituzionale. E che comunque sarebbe stato assolutamente prevalente il ruolo del legislatore nel dare attuazione alla

⁸ Utile in questo senso 1956-2006. *Corte Costituzionale italiana. Giurisprudenza Costituzionale. Cinquant'anni di Diritto Costituzionale*, con prefazione di S. Bartole, Milano, 2006.

⁹ Sullo sfondo, ciò che va cadendo è la concezione tradizionale della legge come espressione della 'volontà generale'. E dunque la trasformazione riguarda l'intero assetto delle fonti di diritto. Una prospettiva di grande interesse si trova in M. Cartabia, *Legislazione e funzione di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 50 e ss. .

Costituzione medesima, com'era del resto nella tradizione della *loi politique* di rivoluzionaria memoria¹⁰.

Le cose sono dunque andate diversamente, rispetto a ciò che gli stessi costituenti potevano immaginare. Non bisogna però pensare ad una sorta di 'colpo di mano' della giurisdizione, ed in particolare della Corte, ai danni del legislatore. C'è da considerare, in proposito, prima di tutto, il meccanismo di accesso alla Corte, da parte di un giudice *a quo*. La Corte cioè non ha iniziativa, non sceglie, costruisce nel tempo la propria giurisprudenza, ma non ha un indirizzo, che è cosa ben diversa. E dunque la sua opera, per quanto ampliata rispetto alle previsioni dei costituenti, non può comunque, in nessun caso, essere valutata alla stregua dell'esercizio di un potere legislativo o di un potere politico d'indirizzo. La Corte non ha mai potuto scegliere, di sua iniziativa, quali aspetti della Costituzione valorizzare in particolare, e si è sempre occupata di ciò che la pratica, attraverso la giurisdizione, le proponeva. La Corte ha sempre avuto una mente pratica, e solo entro quei confini, che le sono istituzionalmente dati, ha sempre avuto, ed ancora ha, anche una dimensione politica. Infine, bisogna considerare il fatto che la Corte aveva di fronte a sé un parlamento nuovo, espressione di un suffragio universale, animato dai grandi partiti di massa protagonisti della Costituente. Nei suoi confronti, la Corte, organo nuovo a dalla incerta natura, aveva una naturale deferenza, che nei termini di un fisiologico *self-restraint* ha per altro sempre mantenuto. Non si tratta di un formale omaggio al principio democratico. Si tratta anche di altro, ovvero di un più elementare principio di autoconservazione. La Corte percepì infatti fin dall'inizio che un suo troppo marcato ingresso nel campo della discrezionalità politica avrebbe compromesso la sua identità, ancora fragile ed incerta, politicizzandola oltre misura. In altre parole, si comprese che solo stando un passo indietro si poteva fare qualche passo in avanti, che è poi ciò che la Corte fece¹¹.

Nessun 'colpo di mano', dunque. A nostro avviso, l'obbiettivo estensione del ruolo e dei compiti della funzione giurisdizionale, compresa la Corte, ha una spiegazione più ampia, più risalente nel tempo, meno legata alla contingenza del momento. Noi riteniamo che in effetti, con le Costituzioni dell'ultimo dopoguerra, all'incirca alla metà del secolo scorso, trascorsi i regimi totalitari, si sia storicamente aperta la fase ultima di declino del precedente modello costituzionale, dello Stato di diritto dell'età liberale. I nostri costituenti erano

¹⁰ Per la discussione sulla Corte alla Costituente rinviamo alle nostre osservazioni in M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., pp. 100 e ss., ed alla letteratura ivi citata. Sul punto, e sulle problematiche che affrontiamo nel testo, rimane indispensabile la ricostruzione di E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996.

¹¹ Sulla istituzione della Corte, si vedano ora G. Bisogni, *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, S. Guerrieri, A. Varsori, Roma, 2004, pp. 71 e ss.; ed A. Simoncini, *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione*, in *Giornale di storia costituzionale. Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, 2006.I, n.11, pp. 295 e ss..

proprio sul confine, e guardavano così fatalmente qualche volta indietro, e qualche altra in avanti, intuendo il futuro. Così, per quanto in forme diversissime, cercavano di salvare l'essenza del vecchio modello, ovvero la tradizionale supremazia della legge, ma nello stesso tempo intuivano la necessità di limitarla, in un modo in sostanza inedito per la tradizione europeo-continentale. Sulla stessa falsariga, consideravano per altro verso la Corte indispensabile, ma non ne capivano ancora completamente la natura e le potenzialità. E vedremo successivamente che lo stesso vale anche per la seconda grande trasformazione, che è certamente quella della creazione di *un ordine giuridico sovranazionale*, anch'essa intuita, nella stessa misura, dai nostri costituenti.

Oggi queste trasformazioni, allora solo avviate, si sono distese, e dominano il nostro presente. Tanto che non pochi ormai, in diversi paesi europei, parlano del costituirsi di una forma di Stato diversa da quella ricevuta dai nostri costituenti sul filo della tradizione legicentrica europeo-continentale. E si parla così di uno *Stato costituzionale di diritto*, o semplicemente di uno *Stato costituzionale*, appunto per indicare una forma di Stato diversa ed ulteriore, caratteristica del nostro tempo storico, ovvero del tempo che si aprì con le nuove Costituzioni democratiche e sociali del Novecento¹². Per ciò che riguarda il problema fin qui in prevalenza esaminato, ovvero il *rapporto tra costituzione, legge e giurisdizione*, la differenza è evidente. Da una parte, abbiamo una centralità storica della legge, solo limitata verso l'alto dalla costituzione, e verso il basso univocamente applicata dalla giurisdizione. Un modello in cui la giurisdizione, coperta ed allineata dietro la legge, non vede la costituzione, non ha con essa un rapporto diretto. La trasformazione intervenuta nel corso del Novecento consiste proprio in questo, nel ricrearsi di un rapporto diretto tra costituzione e giurisdizione. E così, dall'altra parte, abbiamo un modello assai diverso, che ha al proprio centro la costituzione stessa, e che considera legislazione e giurisdizione come funzioni previste dalla costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente *pariordinate*.

Questo è per noi il carattere più rilevante di quello Stato costituzionale di cui sopra si discorreva come forma di Stato nuova, caratteristica del nostro tempo storico. E' per l'appunto il carattere di *pariordinazione* di legislazione e giurisdizione di fronte alla Costituzione. Ciò non significa sminuire il ruolo della legge, che avrà comunque margini di libertà assai più ampi di quelli della giurisdizione nel lavoro di concretizzazione dei precetti costituzionali, e

¹² Due recenti sintesi, esemplari per chiarezza, sono quelle di E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive* ; e di P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale* : entrambe Napoli, 2006 (Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza, Lezioni Magistrali, nn. 9 e 11). Esse testimoniano la consapevolezza, che inizia ad essere diffusa, della portata storica delle trasformazioni in corso. A loro volta, quelle trasformazioni si inseriscono in una vicenda ancora più ampia e risalente, che è quella dello Stato moderno in Europa. Sul punto, sia consentito rinviare a M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, pp. 3 e ss..

che potrà anzi muoversi liberamente nei confini della Costituzione, seguendo gli indirizzi che vengono democraticamente fissati di volta in volta nella competizione per la determinazione dell'indirizzo politico. Il nostro Stato costituzionale non tende affatto a rendere meno rilevante lo spazio che la Costituzione assegna alla libera volontà dei cittadini, al mutevole combinarsi, di volta in volta, delle forze politiche e sociali.

La nostra pariordinazione significa altro. Significa riconoscere che è tramontato il tempo storico in cui la costituzione poteva vivere in concreto nei rapporti sociali ed economici solo per interposta mediazione, ovvero per il tramite della legge. Oggi, la Costituzione ha trovato ormai *una seconda via* per affermare la propria normatività, che è quella giurisdizionale. Anzi, questa seconda via si sta sempre più ampliando, per la necessità di dare risposte concrete ad una società sempre più complessa ed articolata, che propone spesso questioni non risolvibili secondo alternative secche. La nostra Corte è al centro di questo processo. E per questo motivo, in buona misura del tutto oggettivo, ha costruito strumenti flessibili, come le sentenze interpretative di rigetto o le cosiddette additive di principio, che consentono di governare determinate situazioni complesse, facendosi carico del costo che avrebbe un certo vuoto legislativo, ma anche la permanenza di una certa legge con un certo significato contrario alla Costituzione, e dunque attivando soluzioni che sono commisurate alla concretezza delle cose, e che presuppongono un dialogo, sempre aperto, con i giudici, e con lo stesso legislatore. Si forma così, in questo modo, *un altro diritto*, diverso da quello legislativo, ma che è anch'esso, come quello legislativo, *un diritto positivo*, per quanto non posto dal legislatore.

Viene così a conclusione il tempo storico del positivismo giuridico, o più precisamente di quelle teorie ed ideologie di stampo positivistico che storicamente sono collegate in modo oggettivo a soluzioni costituzionali di tipo *monistico*, a partire dal grande modello hobbesiano, attraverso la volontà generale della rivoluzione francese, fino alla sovranità nazionale e statale del diciannovesimo secolo e della prima metà del ventesimo. Quello che è accaduto successivamente, con le nuove Costituzioni democratiche e sociali, è molto di più dell'affermarsi di un nuovo livello superiore di legalità, come se l'edificio fosse rimasto il medesimo, solo sopraelevato di un piano. Né si è trattato semplicemente di mettere la Costituzione al posto della legge al centro del sistema, mantenendo fermo tutto il resto. La trasformazione in atto è più profonda perché implica lo sgretolarsi della logica stessa del centro, per lo meno nella sua versione tradizionale di punto da cui tutto deriva, ed il ricostruirsi di un ordine non più comprensibile nella sua interezza in una sola dimensione, e che tende invece ad apparire in forme plurime e diverse, ora prevalentemente legislative, ora prevalentemente giurisdizionali, che solo sotto l'ombrello della Costituzione possono ritrovare un significato coerente, di misure che insieme concorrono a costruire, o perfezionare, o mantenere, il comune ordine giuridico e politico. Insomma, in una parola, *un altro ordine*,

collocato al di là della esperienza storica, ormai conclusa, del modello monistico.

Questo è quanto vediamo oggi, come frutto di quella prima grande trasformazione che si è prodotta a partire dalla metà del secolo scorso, che le Costituzioni vigenti hanno per lo meno in parte innestato, o comunque favorito, ma che nella sua dimensione attuale è andata comunque oltre le intenzioni dei costituenti di allora. Lo stesso deve dirsi per la *seconda grande trasformazione*, che ha a che fare con le limitazioni della sovranità dello Stato, con la costruzione europea sullo sfondo. Anche in questo caso i costituenti hanno intuito i tempi nuovi, lasciandoci l'articolo 11 della Costituzione, un articolo che certamente non sarebbe stato possibile nella fase storica precedente, nell'età della piena sovranità degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento. Ma come nel caso precedente, i costituenti medesimi non potevano certo prevedere quanto si sarebbe andati oltre in questa direzione, e come sarebbe stato interpretato, in questa linea, il già citato articolo 11. L'articolo 11, nato per consentire quelle limitazioni di sovranità che nel tempo si fossero rilevate necessarie per il perseguimento delle finalità classicamente internazionalistiche della pace e della giustizia tra le nazioni, è stato progressivamente interpretato con crescente larghezza, al fine di dare copertura costituzionale alla sempre più evidente rilevanza del diritto comunitario sul piano interno. Così, facendo perno proprio sull'articolo 11, si è prima ritenuta legittima l'efficacia diretta delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento, si è poi ammesso che tali fonti dovessero prevalere su quelle interne, ed infine che ogni giudice potesse disapplicare, o non applicare, queste seconde, quando fossero contrastanti con le fonti comunitarie¹³.

E' vero che non pochi si affannano a mostrare come in realtà tutto questo dipenda, alla radice, dalla obbligazione liberamente assunta dagli Stati sovrani con i Trattati europei, e dunque come, in ultima analisi, quegli Stati, compreso il nostro, rimangano signori dei Trattati. E la stessa Corte costituzionale italiana, decisiva per altro nell'interpretare in modo ampio e nel senso sopra indicato l'articolo 11, rimane in fondo ferma, per lo meno a parole, alla dottrina dei due ordinamenti, proprio al fine di lasciare intatto quello interno nel suo fondamento primo di validità. Insomma, il significato di quel medesimo articolo 11 è stato certamente nel tempo esteso, ma non fino al punto di farne addirittura una sorta di 'clausola di supremazia' del diritto comunitario, sul modello degli Stati federali. Anzi, al contrario, com'è ben noto, si è voluto indicare un limite comunque non valicabile dallo stesso diritto comunitario, la cui penetrazione nel diritto interno non può giungere fino al suo nucleo fondamentale, fino ad alterare i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, o ad intaccare i diritti inalienabili che quello stesso ordinamento garantisce. Può darsi che questo limite, così formulato, abbia un valore più che altro simbolico. Ma è certo significativo il fatto che si sia sentito il bisogno di fissarlo, per segnare evidentemente una linea ideale,

¹³ L'evoluzione è documentata in S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., pp. 288 e ss..

al di là della quale la sovranità rimane integra. Come se essa, mutata anche in modo consistente nelle sue modalità di esercizio, rimanesse però integra nella sua essenza, nel suo fondamento primo¹⁴.

In ogni caso, questo è il punto al quale si è giunti. Non si sono stravolte le Costituzioni nazionali fino al punto di far nascere uno Stato federale. Ci si è fermati qualche passo prima. Ma i passi compiuti sono stati comunque molti, e comunque molti di più di quelli che i nostri costituenti immaginavano quando sottoscrissero l'articolo 11. Questa è per l'appunto la *seconda grande trasformazione costituzionale* intercorsa nei sessant'anni di vigenza della nostra Costituzione. Consiste nella sempre maggiore rilevanza della dimensione della *sovranazionalità*. Nel nostro tempo storico non abbiamo più solo diritto interno, degli Stati sovrani, e diritto internazionale, dagli stessi Stati sovrani generato con lo strumento del Trattato. Abbiamo anche, e sempre più, diritto sovranazionale, che non è né interno, né internazionale, e che è strutturato, come nel caso europeo, nella forma di un vero e proprio ordinamento dotato di propri principi generali e fondamentali ed anche di una propria capacità cogente, seppure per mezzo delle giurisdizioni nazionali, e dunque attraverso gli Stati.

Le due trasformazioni costituzionali che abbiamo indicato hanno molti punti in comune. Lo si vede emblematicamente nella figura del giudice, per il quale la Costituzione italiana è ormai molto di più della norma che lo riguarda solo nel caso di un 'incidente' nel corso del processo, da valutare ai soli fini della rilevanza e della non manifesta infondatezza. La Costituzione lo riguarda invece nella ordinarietà dello svolgimento delle sue funzioni, o per lo meno in tutti i casi in cui solo interpretando in un certo modo, conforme a Costituzione, una certa norma si può consentire che essa continui a vigere, evitando anche il controllo di costituzionalità. Com'è noto, è stata del resto la Corte stessa a indurre questa soluzione. Ma questo giudice è lo stesso che altrettanto nello svolgimento ordinario delle sue funzioni consente al diritto comunitario di vigere in modo effettivo sul territorio nazionale interpretando le norme nazionali in una direzione ad esso conforme. Quel giudice nel precedente modello costituzionale aveva da applicare solo la legge. Ora, negli

¹⁴ Il punto cui siamo giunti in proposito, nel rapporto tra costituzione europea e costituzioni nazionali, è bene illustrato da M. Cartabia, "Unità nella diversità" : il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Una Costituzione per l'Unione Europea*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2006, pp. 185 e ss.. Sulla questione della sovranità, l'impostazione più condivisibile è quella espressa in modo nitido da A. Jakab, *Neutralizing the Sovereignty Question. Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before the European Integration and since*, in *European Constitutional Law Review*, 2006 , pp. 375 e ss. . In questo ambito, si vedano inoltre : J.H.H. Weiler and M.Wind (a cura di), *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge, 2003 ; N. Walker (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003 ; P. Costa (a cura di), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Milano, 2003 (*Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002) ; e S. Chignola e G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, Milano, 2005.

Stati costituzionali di oggi, ha bisogno di un tavolo più grande, in cui trovino posto, insieme alla legge, la stessa Costituzione, la giurisprudenza costituzionale, e le fonti comunitarie¹⁵.

Ma c'è di più. Se si scava appena un po' di più in profondità, ci si accorge che quelle due trasformazioni si riducono forse ad una sola, o si riconducono comunque ad *una sola matrice*. Ciò che storicamente si sta consumando è la rappresentabilità dell'ordine politico e giuridico in un solo luogo e con un solo strumento, com'era nello Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento, nell'età degli Stati nazionali, in cui si riteneva possibile esaurire quella rappresentazione nella legge dello Stato sovrano. E' ciò che sopra abbiamo chiamato il *carattere monistico* del modello costituzionale. Questo è ciò che sta cadendo, in una parola. Oggi, per rispondere a quella domanda di fondo sulla rappresentazione dell'ordine politico e giuridico, dobbiamo certo partire dalla Costituzione, che è il nuovo punto di partenza obbligatorio e vincolante, ma dobbiamo poi seguire piste diverse, quella legislativa, quella giurisprudenziale, quella della relazione stabilitasi tra ordinamento interno e ordinamento comunitario. Insomma, la vita del diritto si è fatta più complessa, rispetto al tempo dei nostri costituenti. Essi intuirono e videro le grandi novità, ma confidavano ancora sulle virtù della legge, nel senso proprio del tradizionale modello legicentrico, allora ancora ben vivo, e per converso mantenevano in buona misura una concezione tradizionale del ruolo della giurisprudenza. Oggi, le trasformazioni indicate sono state così incisive da portare questa seconda, la giurisprudenza, in primo piano. Non certo per sminuire - come abbiamo visto - il ruolo del legislatore, il principio democratico, l'esercizio dei diritti politici, la competizione per la determinazione dell'indirizzo politico. Ma perché la nostra società, a sua volta fattasi infinitamente più complessa, ha bisogno di risposte che spesso sono possibili solo attraverso un ruolo attivo della giurisprudenza. Ha bisogno di risposte che partano dai casi concreti, che si fondino sul principio del mutuo riconoscimento tra fonti ed ordinamenti diversi, con il metodo del dialogo, della comparazione, della commisurazione. Il ruolo della giurisprudenza è dunque quello di un indispensabile strumento di concretizzazione dei principi costituzionali, ha insomma un significato essenzialmente *costruttivo di ordine*, nel contesto complessivo di un ordinamento di tipo policentrico, in cui la legge mantiene un ruolo essenziale, ma non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell'ordine giuridico e politico.

¹⁵ Coglie con precisione questo medesimo aspetto R. Romboli, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 16, Seminario 2005, Torino, 2006, pp. 63 e ss..