

LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA DEL NOVECENTO : GENESI E PROSPETTIVE¹

THE DEMOCRATIC CONSTITUTION OF THE 20TH CENTURY: ORIGINS AND PERSPECTIVES

Maurizio Fioravanti
Università degli Studi di Firenze

SUMARIO: I LA POSIZIONE DEL PROBLEMA. LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA COME " TIPO STORICO".- II. IL PRIMO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : L'INCLUSIONE IN COSTITUZIONE DEL CONFLITTO SOCIALE .- III. IL SECONDO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : LA DIMENSIONE DELLA INVIOLABILITÀ .- IV. IL TERZO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : L'EQUILIBRIO DEI POTERI.- V. CONCLUSIONI.

Resumen: La Costituzione democratica del Novecento come "tipo storico". I tre caratteri storici della Costituzione democratica. La Costituzione democratica presuppone e include il conflitto sociale. La Costituzione democratica contiene principi inviolabili. La Costituzione democratica ricerca l'equilibrio dei poteri. Uno sguardo conclusivo sulle sorti possibili della Costituzione democratica nel ventunesimo secolo.

Abstract: The democratic Constitution of the 20th Century as "historical type". The three historical characters of the democratic Constitution. The democratic Constitution implies and includes also social conflicts. The democratic Constitution contains inviolable principles. The democratic Constitution pursues the balance of power. A conclusive glance at the possible outcomes of the democratic Constitution in the 21st century

Palabras clave: Storia costituzionale e "tipo storico" di Costituzione, Costituzione e conflitto sociale, Inviolabilità dei principi fondamentali, principi costituzionali sottratti alla revisione costituzionale, equilibrio dei poteri

Key Words: Constitutional history and "historical type" of Constitution, Constitution and social conflict, Inviolability of fundamental principles, Constitutional principles cut off from constitutional review, balance of power

¹ Il testo che segue è stato utilizzato in due distinte occasioni pubbliche. La prima il 26 ottobre del 2015, come *Conferencia Inaugural* del Congresso Internazionale su " *Poderes públicos y privados ante la regeneracion constitucional democrática*", che si è tenuto presso l'Università di Elche, e di cui si attendono ora gli Atti. La seconda il 7 aprile del 2016, come base del Seminario che si è svolto presso l'Università di Bilbao, dedicato in modo specifico alla ricostruzione della " Costituzione democratica " come autonomo " tipo storico ". Un particolare ringraziamento è dovuto a Rosario Tur Ausina, della Università di Elche, e a Javier Tajadura e Javier Fernández Sebastián, della Università di Bilbao. Ha recato infine particolare pregio al Seminario di Bilbao la presenza e il commento di Joaquin Varela, della Università di Oviedo, con il quale è aperto uno speciale e per me fruttuosissimo rapporto scientifico da più di vent'anni.

I. LA POSIZIONE DEL PROBLEMA. LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA COME " TIPO STORICO "

Iniziamo con una considerazione di carattere generale. Osserviamo che non pochi guardano oggi con accenti fortemente preoccupati alla situazione attuale della Costituzione democratica, in qualche caso addirittura ragionando di un suo " destino ", ovvero di una sua crisi irreversibile, contrassegnata da un esito che per certi aspetti si presenta ormai obbligato . Noi non discutiamo qui queste opinioni, e non ci chiediamo in cosa consisterebbe questo esito della crisi della Costituzione democratica. Noi vogliamo semplicemente subito all'inizio precisare che non riteniamo che la Costituzione democratica abbia in questo senso un " destino", sia cioè sottoposta allo svolgersi di processi "naturali " e " necessari", come tali sottratti allo spazio della libera decisione. Noi pensiamo cioè che comunque vadano le cose conterà quello che noi si sarà riusciti a fare contro, o in difesa, della Costituzione democratica. Insomma, che quella della Costituzione democratica è una questione aperta, che dipende per la sua soluzione ancora da noi stessi, dalla intensità e dalla misura con cui la costituzione è riconosciuta nella società, dalla società. Non parliamo dunque di " destino" e chiediamoci piuttosto a quali esiti e sviluppi, o contrazioni, vada incontro la Costituzione democratica nel nostro tempo storico, nella nostra immediata contemporaneità. Ma per iniziare a rispondere a questa domanda, sul futuro della Costituzione democratica, dobbiamo preliminarmente chiederci, nel più ovvio dei modi : che cosa è la " Costituzione democratica" ? Si apre, con questa domanda, il primo capitolo della nostra trattazione.

Tentiamo una prima provvisoria risposta. La costruiamo, per antica abitudine e per amore di chiarezza, sul piano storico. Su tale piano la Costituzione democratica può essere qualificata come una delle più rilevanti creazioni del Novecento, che il secolo scorso ha lasciato in eredità a noi, che stiamo vivendo i primi lustri del nostro secolo, del secolo successivo. Com'è noto, il Novecento ha una struttura singolare, difficilmente reperibile in altri secoli. E' infatti un secolo spaccato in due : nella prima metà due sanguinosissime guerre, i totalitarismi, le politiche di sterminio, nella seconda metà l'avvento della Costituzione democratica, ovvero di un particolare tipo storico di Costituzione, di cui è espressione anche la Costituzione italiana del 1948. Più precisamente si può descrivere il tempo storico della Costituzione democratica come un ciclo che prende le mosse dalla Costituzione-madre, quella di Weimar del 1919, passa attraverso esperienze come quella della seconda Repubblica in Spagna, esprimendosi poi soprattutto nell'immediato dopoguerra, in Italia, Germania e Francia, e più tardi ancora in Spagna, con la Costituzione del 1978.

Adoperando un concetto caro ai comparatisti, è questa una " famiglia " di Costituzioni, nel senso che si tratta di Costituzioni che presentano forti caratteri comuni, fino al punto di rappresentare - e qui è lo storico costituzionale a parlare, più del comparatista - un " tipo storico " di Costituzione. Nuovo rispetto ai " tipi " già noti, come quello cui appartengono le Costituzioni dell'età rivoluzionaria, della fine del diciottesimo secolo, o le Carte costituzionali dell'età liberale, del diciannovesimo secolo. Si tratta per l'appunto delle Costituzioni democratiche del Novecento, che non sono quindi significative solo sul piano delle singole e rispettive storie nazionali - ad esempio per ciò che riguarda l'Italia sul piano del fondamento antifascista, in ragione della genesi immediata della Costituzione del

1948 dal crollo del regime fascista - ma anche, e forse soprattutto, nel loro insieme, nella pluralità delle relazioni che s'intrecciano tra esse medesime, in modo così intenso e storicamente determinato da configurare, al di là delle singole vicende di ciascuna Costituzione, un profilo comune, che è quello de *La Costituzione democratica del Novecento*, che noi stessi abbiamo così definito proprio per significare l'esistenza sul piano storico di un'esperienza comune, se non addirittura unica.

E' questa l'esperienza che prendiamo in considerazione in questo contributo, con l'intento specifico d'interrogarsi sulla sua identità sul piano storico e sulla sua attualità, ovvero sulla sua idoneità a raffigurare e spiegare il nostro presente costituzionale . E' noto infatti come la seconda metà del Novecento sia caratterizzata in Europa da un'ampia diffusione del modello della Costituzione democratica, lungo una linea ascensionale, nel senso di una sempre maggiore rilevanza e centralità dei principi costituzionali nella organizzazione e nel cammino delle democrazie dell'ultimo dopoguerra, per lo meno nel corso dei cosiddetti " Trenta gloriosi anni ", dalla fine degli anni Quaranta agli anni Settanta, all'ultimo quarto del secolo. Ebbene, ciò che ora si deve misurare è la permanente attualità, o meno, di quel " tipo storico " di Costituzione, ovvero la sua idoneità a rappresentare le democrazie europee del primo quarto del ventesimo secolo, a loro volta attraversate da profondi processi di trasformazione costituzionale, che le hanno rese certamente per molti versi diverse dalle democrazie che attorno alla metà del secolo scorso avevano ideato e messo in opera lo strumento della Costituzione democratica.

Un recente Convegno, un pò giocando sulle parole, ha parlato del passaggio dalla " attuazione " alla " inattualità " della Costituzione, ovvero da una democrazia che si realizza attuando i principi della Costituzione ad una democrazia che pone sistematicamente il problema della riforma della Costituzione, non essendo più attuale quella storicamente data. Nel primo caso la democrazia vive attraverso l'attuazione dei principi della Costituzione, che corrisponde al " tipo storico " della Costituzione democratica. E' questa la stagione piena della Costituzione democratica. Nel secondo caso la democrazia è alla ricerca di un nuovo " tipo storico " di Costituzione, essendo considerata non più attuale la Costituzione democratica. Noi viviamo in mezzo a questa alternativa : o si ritiene che oggi sia ancora il tempo della Costituzione democratica, ovvero un tempo entro cui il baricentro della democrazia è ancora collocato nel processo di attuazione della Costituzione, nella permanente forza normativa dei principi fondamentali della Costituzione democratica, o quel tempo è da ritenersi sostanzialmente concluso, ponendo così alle democrazie contemporanee il problema di un nuovo "tipo storico" di Costituzione, adeguato ad un tempo nuovo, diverso e distante da quello novecentesco che aveva dato origine alla Costituzione democratica. Ebbene, lo scopo di queste note è proprio quello di chiarire quale sia la posta in palio nello sciogliersi di questa alternativa. Prima di tutto illustrando in sintesi quali siano i caratteri identificativi della Costituzione democratica.

II. IL PRIMO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : L'INCLUSIONE IN COSTITUZIONE DEL CONFLITTO SOCIALE

Il primo carattere della Costituzione democratica è contenuto in quella che forse può essere considerata la norma-madre, collocata alle origini della esperienza del nostro " tipo storico " di Costituzione. Mi riferisco al celebre articolo 151 della Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, nota come Repubblica di Weimar. La Costituzione è dell'11 agosto del 1919, e l'articolo in questione è il primo del Capo V°, significativamente dedicato a " La vita economica". E' questo un dato testuale di grande rilievo. Infatti, nelle Carte costituzionali precedenti, del diciannovesimo secolo, la " vita economica " era presupposta come realtà in sè ordinata, che non abbisognava della guida di principi da collocare nelle stesse Carte. Com'è noto, i principi di ordine costituzionale, nel senso di principi nei quali si rifletteva il complesso dell'ordine sociale e politico, erano piuttosto contenuti nel Codice civile, che accanto alla posizione centrale e dominante della proprietà privata individuale poneva in evidenza, a questo livello, il principio della autonomia negoziale. Con il modello sottostante all'articolo 151 della Costituzione di Weimar, che è poi il modello della Costituzione democratica, le cose cambiano. La " vita economica " non appare più come un dato oggettivo precedente la Costituzione, in sè regolato da leggi che il positivismo trionfante chiamava " naturali " e "necessarie ", ma come una realtà complessa e contraddittoria, per un verso da orientare secondo il principio, proveniente dalla società liberale, della " libertà economica dei singoli " (art. 151 Cost. Weimar), ma per un altro verso da governare perchè in sè portatrice di conflitti e di diseguaglianze, tali da minacciare il progetto contenuto nella Costituzione democratica, consistente nel " garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo " (id.).

Si tocca qui con mano il *primo carattere della Costituzione democratica*, che consiste nella presenza, nel cuore della Costituzione, di un dover essere collettivo, di un indirizzo fondamentale, che nasce dalla esigenza di *governare il conflitto*, d'imporre alla vita economica regole e tempi che siano funzionali al conseguimento dell'obbiettivo ultimo della Costituzione democratica, che rimane quello della uguaglianza, nel senso dell'opportunità per ognuno di " un'esistenza degna dell'uomo ", come recita il nostro articolo 151. Si crea qui, all'altezza di Weimar, e dunque all'inizio della esperienza della Costituzione democratica, un " modello ", che troverà in seguito ampia applicazione nelle Costituzioni del Novecento. Pensiamo in primo luogo al secondo comma dell'articolo terzo della Costituzione italiana. I rilevanti " compiti " assegnati da questo testo alla Repubblica presuppongo proprio la svolta inaugurata da Weimar, hanno cioè – come a Weimar – il loro fondamento nella percezione di una società ricca di discriminazioni, di " ostacoli " che impediscono quel pieno dispiegarsi della personalità di ognuno che è l'obbiettivo della costituzione democratica in genere, e dunque anche della Costituzione italiana, che lo traduce con il suo articolo terzo nel senso della " pari dignità sociale ".

Le Costituzioni del Novecento possiedono dunque questo primo carattere, consistente nella consapevolezza che non vi sono più armonie precostituite, essendo anzi la società ricca di conflitti e di diseguaglianze. Gli uni e le altre entrano nello spazio della Costituzione, a partire da Weimar, rappresentando nel loro insieme una società che è finalmente assunta nella sua fattualità, e non più

immaginata, a partire dalla matrice giusnaturalistica trasfusa nel Codice, come una realtà in sé necessariamente ordinata, abitata da individui astrattamente intesi, anch'essi "immaginati", e in questa chiave assunti come soggetti liberi ed uguali. Si può dire anzi che il Novecento in genere è rappresentabile come il secolo della scoperta del conflitto, del superamento complessivo del modello liberale ordinato attorno ai due poli, lo Stato da una parte, l'individuo dall'altra. L'uno espressivo dell'ordine giuridico della nazione, l'altro collocato al centro del sistema del diritto privato, a sua volta inteso come un insieme di relazioni capace di autosostenersi perché improntato ai canoni della razionalità, produttivi di volontà in questa linea immaginate come proprie di uomini astrattamente liberi ed uguali. Il "tipo storico" della Costituzione democratica nasce proprio dal superamento di questa cultura ottocentesca. In una parola nasce dalla inclusione in Costituzione di una società che non è più quella immaginata in età liberale, ma quella concreta che inizia a muoversi tra Otto e Novecento, entro cui troviamo non più solo gli individui, ma anche e soprattutto i lavoratori, gli imprenditori, i consumatori, e con essi i sindacati, le associazioni di categoria, gli interessi economici variamente organizzati.

Tutto questo è percepito dalla cultura giuridica del tempo, all'inizio del Novecento, in chiave di "crisi", di rinascita delle corporazioni, di ritorno ad un vero e proprio neo-feudalesimo, di conseguente decomposizione dell'ordine giuridico e politico della Nazione. Ma in realtà, quelli sono i primi passi in direzione di un mutamento complessivo del "tipo storico" di Costituzione, dal "tipo" liberale fondato sulla doppia sovranità, dello Stato impersonante l'ordine della Nazione, e dell'individuo posto al centro del sistema del diritto privato, al "tipo" democratico che conosce sempre meno quelle due sovranità e l'ordine dato che ad esse corrispondeva, espresso soprattutto nel diritto dei Codici, nella legge dello Stato organizzata nella forma del Codice, e si avvia perciò su strade nuove. Nel percorso della Costituzione democratica che si apre ora, che successivamente dovrà confrontarsi con l'età dei totalitarismi, e che poi avrà il suo punto più alto nella seconda metà del secolo, rimarrà sempre viva l'impronta originaria dei primi decenni del Novecento, consistente nella percezione della crisi. Proprio su questa base, il primo carattere della Costituzione democratica sarà quello della inclusione in Costituzione della società reale, con l'intero suo carico di contraddizioni, e la conseguente necessità di governare il conflitto, d'indicare in questo senso un indirizzo riconducibile ad alcuni principi fondamentali, tra i quali assumerà rilievo centrale quello di uguaglianza, che in questa nuova linea non si esaurisce nell'aspetto formale del divieto di discriminazione, ma guarda oltre, a quella che la Costituzione italiana chiama la "pari dignità sociale".

Dunque, quello che è vissuto come "crisi" dal punto di vista delle dottrine liberali del diciannovesimo secolo, per la sempre più evidente percezione della società come luogo del conflitto, è rappresentabile in realtà, guardando in avanti, e non indietro, come il primo disporsi della esperienza costituzionale in senso democratico, ovvero secondo un indirizzo fondamentale, che in sostanza si traduce nel processo di attuazione della Costituzione, da intraprendere per la via maestra della "grande politica", di una politica cioè che si colloca più in alto, oltre il piano ordinario dello svolgersi dell'indirizzo politico di maggioranza, su un piano che è quello dei principi costituzionali, che unisce le forze politiche, chiamate in questo senso ad un impegno di carattere solidale. In altre parole, l'avvento della costituzione democratica si produce, nel cuore del Novecento, non

per caso all'interno di un ciclo di progressiva valorizzazione del posto e del ruolo della politica, dei partiti, delle assemblee elettive, delle istituzioni della democrazia rappresentativa. Se il primo carattere, in un certo senso originario, della costituzione democratica è – come abbiamo visto – l'inclusione in Costituzione del conflitto sociale, e delle disuguaglianze di fatto che quel conflitto alimentano, bisogna subito aggiungere che storicamente alla presenza rilevante di quel carattere corrisponde un ruolo forte della politica, ritenuta ben capace di proporsi sui piani alti, che sono poi quelli della attuazione della Costituzione.

Teniamo a mente questo punto, che risulterà essere assolutamente centrale nella nostra valutazione finale e complessiva della costituzione democratica, ovvero il legame forte e intenso che storicamente si pone tra quel tipo di costituzione, che denominiamo “ democratica “, ed i soggetti e le istituzioni della politica. Nel senso che senza una presenza forte degli uni e delle altre non è possibile la costruzione di alcun indirizzo fondamentale, di alcun governo della realtà sociale che possa essere riconnesso ai principi costituzionali. E se questo processo viene abbandonato ciò che rimane sul campo è *una Costituzione orfana della politica*, che in questo vuoto non può più progettare indirizzi, ma solo offrire garanzie, tornando così ad una idea della Costituzione puramente liberale, che vede cioè nella politica esclusivamente la possibilità dell'arbitrio. E' quello che è accaduto in Italia e in Europa nel corso dell'ultimo quarto del secolo scorso, quando sono andate contraendosi le grandi narrazioni, gli spazi utili per la costruzione di grandi progetti di ordine collettivo, quando è sembrato tornare un tempo tutto sbilanciato sul versante della economia, anche con il diffondersi di ideologie di stampo schiettamente neo-liberista, entro un clima culturale complessivo che tornava a riabilitare le immagini della società come luogo della armonia, come tale da difendere nei confronti dei possibili arbitri della politica.

Ecco dunque, sul primo carattere della costituzione democratica, ovvero sulla incorporazione, in Costituzione, delle disarmonie, e del conflitto sociale, un primo corrispondente motivo di “ inattualità “ : a quel conflitto si risponde con gli strumenti della “grande politica “, con la centralità delle istituzioni rappresentative e delle assemblee elettive, con un ruolo ampio dei partiti politici, e dunque con uno strumentario che progressivamente entrerà in crisi a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, a fronte di una società di nuovo centrata sul primato dell'economico, sul mito della armonia, sempre più lontana dal carattere forse più essenziale della costituzione democratica, che storicamente rimane quello dell'indirizzo fondamentale, della costruzione del progetto con gli strumenti della politica. Lasciamo ora da parte questo primo punto, che riprenderemo alla fine, in sede di valutazione finale.

III. IL SECONDO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : LA DIMENSIONE DELLA INVIOLABILITÀ

Conviene ora passare al *secondo carattere storico* della costituzione democratica. Lo si esprime con una parola, che è anche un concetto : *invio labilità*, o anche *intangibilità*. Una delle norme più significative sul punto è certamente l'articolo 13 primo comma della Costituzione italiana, che così recita : “ La libertà personale è inviolabile “. Una norma che non è una regola. Una norma senza fattispecie, che esprime un principio. Una norma che prima di tutto è una dichiarazione di appartenenza, ad una delle grandi tradizioni del

costituzionalismo moderno. E' come se i costituenti italiani – ma ciò vale per tutti i costituenti del Novecento – avessero voluto inserire la Costituzione che stavano emanando all' interno di un processo storico di *lungo periodo* , ben più ampio e risalente di quello che nella prima metà del secolo aveva condotto a due guerre, ai totalitarismi, alle politiche di sterminio. Certo, l'intangibilità per molti, o per quasi tutti, era proclamata in primo luogo proprio contro la *Vernichtung* , contro la politica assoluta dei totalitarismi europei, che aveva invaso pesantemente le sfere degli individui. Così anche in Italia, con l'articolo 13 già citato, ci si poneva contro il fascismo e le sue politiche liberticide, che alla fine avevano prodotto anche il mostro delle leggi razziali.

Ma questo non era tutto. Accanto alla genesi immediata – in Italia con la caduta del regime fascista – c'è in quell'articolo la ricerca di una dimensione più profonda. C'è la convinzione, dopo la tragedia dei totalitarismi, che è necessario superare la matrice stessa della cultura delle libertà fino a quel momento dominante. Mi riferisco alla matrice positivista, ovvero a quella concezione generale della libertà che vuole che essa sia il semplice esito della applicazione della legge : la conseguenza della vigenza della legge – che formalmente provvede a garantirla – e non il suo presupposto, il valore primario cui la legge stessa si è ispirata. Con l'inviolabilità si ribalta il rapporto tra legge e libertà. Non è più la prima a rendere possibile e garantita la seconda. All'inverso, ora è la libertà a costituire il *prius* cui la legge deve essere conforme, pena la sua invalidità, per difformità dai principi fondamentali su cui si regge la cosa pubblica, tra i quali spicca proprio la libertà, la garanzia della libertà personale. E' una rivoluzione copernicana, che si diparte dalla metà del Novecento, con le Costituzioni democratiche. La enunciamo di nuovo. Prima la libertà, per quanto solennemente proclamata nelle Dichiarazioni, esisteva poi in concreto solo attraverso una legge che la contemplava sotto forma di diritti da essa medesima fondati e tutelati ; ora, al contrario, quei medesimi diritti sono in reale posizione di *anteriorità* rispetto alla legge dello Stato, nel senso che quest'ultima non è valida in assoluto, ma solo in quanto nei contenuti sia conforme al diritto che la precede, che è il *diritto della Costituzione*, che a sua volta fonda e contiene i diritti stessi, che si trovano quindi poggiati su una base che precede la legge dello Stato.

Ecco allora la ricerca di un'altra dimensione, quella della inviolabilità. Essa si colloca storicamente oltre la riserva di legge. E' espressione di una cultura della libertà che affonda le sue radici addirittura nel tardo medioevo, a partire dalla clausola 39 della Magna Carta, poi attraverso l'*Habeas Corpus* messo in forma scritta nel 1679, fino al “ diritto di conoscere la natura e la causa dell'accusa “ che ritroviamo più volte nei testi costituzionali della rivoluzione americana. Ebbene, è come se l'articolo 13 della Costituzione italiana trovasse qui il suo contenuto, nella dichiarazione di appartenenza a questa cultura della libertà, storicamente meno compromessa con il paradigma positivista e statualistico, elaborata e sviluppata all'interno della versione anglo-americana del costituzionalismo moderno.

Le Costituzioni democratiche del Novecento possiedono dunque questo secondo carattere, che consiste nella ricerca della dimensione della inviolabilità. Le Costituzioni democratiche dunque, da una parte – per quanto riguarda il loro primo carattere, che già abbiamo visto – aprono le porte al conflitto sociale, al problema delle disuguaglianze di fatto, mettono per così dire i piedi nella concretezza della società e delle sue contraddizioni, ma dall'altra alzano gli occhi

al cielo, nel senso che riscoprono uno strato del diritto positivo che non è quello del diritto meramente posto, frutto delle scelte contingenti del legislatore, ma quello dei *principi fondamentali costitutivi della forma politica*, che vengono trascritti nella Costituzione, come nel caso visto della libertà personale, di essa rappresentando il *nucleo essenziale e fondamentale*, inviolabile nel senso che ove venisse mutato o alterato quel nucleo cadrebbe per ciò stesso l'intera Costituzione democratica.

L'applicazione più nota e immediata di questo concetto sta nella individuazione del cosiddetto *limite materiale* al procedimento di revisione costituzionale, ovvero nella fissazione, per ciascuna delle Costituzioni democratiche, di una materia, composta di principi fondamentali, sottratta al procedimento di revisione costituzionale. S'intende dire che la tanto conclamata *rigidità* delle Costituzioni democratiche del Novecento non consiste tanto nel dato formale della esistenza di un procedimento di revisione sufficientemente più arduo e grave del procedimento di legislazione ordinaria quanto nella esistenza, sul piano storico-costituzionale, e in senso materiale, di un nucleo non rivedibile di principi fondamentali – come quelli già menzionati di uguaglianza, nelle politiche che la promuovono contro le discriminazioni di fatto, o di libertà personale, contro le politiche invasive delle sfere individuali – inviolabili nel senso che la loro alterazione produce la fuoriuscita dal perimetro storico della Costituzione democratica.

Bisogna essere chiari su questo punto, che è uno dei più delicati nella interpretazione delle nostre Costituzioni. Quando diciamo – come anche noi abbiamo detto – che i costituenti del Novecento alzano gli occhi al cielo non intendiamo dire che essi risuscitano il diritto naturale, magari nella versione individualistica e contrattualistica che aveva sorretto le rivoluzioni della fine del diciottesimo secolo. Non è più il tempo della funzione rivoluzionaria del diritto naturale, della contrapposizione del soggetto unico di diritto, generale ed astratto, ai diritti di ceto. Al contrario, il soggetto di diritto è nelle Costituzioni democratiche piuttosto la *persona*, che a differenza della tradizione giusnaturalistica è un soggetto in carne ed ossa, assunto in Costituzione nella concretezza dell'insieme delle relazioni individuali e associative entro cui è inserito, in rapporto alla sua concreta esistenza, ai problemi che incontra nell'accesso ai beni che la stessa Costituzione proclama essere essenziali, come il lavoro o l'istruzione. Dunque, anche questa seconda via, che riguarda l'invulnerabilità, conferma il dato di fondo del Novecento, che rimane quello della scoperta del conflitto, della inclusione in Costituzione delle contraddizioni sociali, della assunzione da parte della Repubblica di compiti di politica sociale, ispirati e riconnessi al nuovo principio di uguaglianza.

Ma allora, cosa significa “ alzare “ gli occhi al cielo ? Significa che le Costituzioni del Novecento, a fronte di un intensissimo colloquio con la società, che poi in concreto vuol dire ideare e mettere in opera soluzioni idonee a moderare e bilanciare il conflitto sociale, e a fronte di una genesi della Costituzione di tipo plurale e contrattuale, realizzano ben presto la necessità in certe fasi cruciali per l'appunto di “ alzare “ gli occhi, in modo da poter reperire, all'interno del colloquio, e tra le pieghe di un'incessante contrattazione, momenti qualificanti in cui è il progetto stesso nel suo complesso ad emergere con uno o più dei suoi caratteri fondanti, che si collocano in “ alto “, a livello dei principi. Lì si determinano e vengono ad esistenza i principi fondamentali che caratterizzano

quella Costituzione. Lì è la sede della decisione costituente, che si produce a partire dalla struttura intimamente pluralistica delle società e dei processi costituenti del Novecento, ma attraverso la capacità per l'appunto di "alzare " gli occhi, di trovare e fissare il principio costituzionale seguendo un percorso per così dire dal " basso " verso l' "alto ". E' perciò peculiare della Costituzione democratica, e della sua identità sul piano storico, la presenza di *principi fondamentali condivisi*, che risultano essere inviolabili, nel senso che ammettendo la loro mutazione si assisterebbe ad una decisiva perdita d'identità della stessa Costituzione. Non c'è Costituzione democratica senza questa identità condivisa, che è evidentemente data dalla decisione costituente, e successivamente mantenuta nello svolgersi successivo del processo di attuazione della Costituzione medesima.

Come nel caso del primo carattere della Costituzione democratica, per il quale abbiamo concluso ponendo il problema della sua permanente attualità, essendo esso storicamente legato ad ruolo forte e profondo della politica con il suo corredo di strumenti, dalle assemblee elettive ai partiti come soggetti e strumenti indispensabili per il prodursi di quella che abbiamo chiamato la " grande politica ", anche nel caso di questo secondo carattere della Costituzione democratica si deve provvisoriamente concludere in modo analogo, e domandarsi se e in che misura sia ancora attuale questa *idea forte della inviolabilità*, che poi coincide con un modo d'essere della democrazia non completamente disciolta nelle contrattazioni plurime e complesse peculiari delle democrazie odierne, ma ancora capace di dire che cosa è essenziale, dove risiede il cuore del sistema costituzionale, ciò a cui non si può e non si deve rinunciare se si vuole storicamente rimanere nei confini della costituzione democratica. In ultima analisi, bisogna chiedersi se è ancora attuale questa idea forte della Costituzione, che vuole essa sia portatrice di un'identità definita della società e delle istituzioni della democrazia, data da un insieme di *principi fondamentali condivisi*, che in quella società e in quelle istituzioni sono considerati *inviolabili*, proprio perché non modificabili se non uscendo dai confini della stessa costituzione democratica.

I primi due caratteri delle Costituzioni democratiche del Novecento hanno dunque in comune questo legame forte con le istituzioni e gli strumenti della politica. Solo una presenza forte e strutturata delle une e degli altri, ed in particolare dei partiti politici, che proprio nel corso del Novecento entrano in forze nella cittadella del diritto costituzionale, è capace di sorreggere quel particolare " tipo storico " di Costituzione che è la Costituzione democratica del Novecento. Senza quella presenza, senza una società politica organizzata e coesa, si finisce non per caso per uscire dai confini della esperienza storica del Novecento e della sua Costituzione tipica. In particolare, viene a mancare la dimensione dell'*indirizzo fondamentale*, ovvero la Costituzione come dover essere collettivo, che muove la società e le istituzioni in una direzione che è quella voluta dalla Costituzione stessa, nella linea dei principi fondamentali fissati nella Carta, secondo un profilo dai contorni certi, che conduce ad un'identità sicura. Oggi la questione che si pone è quella di una democrazia che sul piano formale continua a proclamare il carattere sovraordinato della Costituzione, ma che in realtà sta lasciando sola la Costituzione, orfana di una politica che non è più capace di parlare, e di agire, per principi, che non giustifica più la sua posizione nella società e nelle istituzioni in rapporto ai principi costituzionali, proponendosi come strumento funzionale alla loro concretizzazione, e che scivola anzi sempre più

lontano dalla dimensione del principio costituzionale, sempre più esaurendosi nella rappresentazione degli interessi frazionali, piccoli e grandi, all'interno delle istituzioni.

Dunque *una Costituzione orfana della politica*. Così si può sintetizzare oggi la situazione della Costituzione democratica. Una Costituzione che deperisce perchè lasciata sola, in condizione di orfananza, dalla politica, che a partire dall'ultimo quarto del Novecento è sempre meno capace di proporsi sul piano alto, dei principi costituzionali. E' questa certamente una condizione patologica, che è frutto della crisi sempre più evidente della democrazia rappresentativa e dei suoi principali strumenti, ovvero dei partiti politici, che erano stati in origine protagonisti in senso forte delle Costituenti del Novecento. Bisogna perciò distinguere questa condizione attuale, che possiamo senz'altro considerare patologica, dal piano originario che accompagna la nascita delle Costituzioni democratiche del Novecento, e che ha uno dei suoi punti di forza proprio nella riconsiderazione del rapporto tra la *politica*, storicamente collegata al principio radicale della sovranità popolare, sul modello contenuto nei primi due libri de *Il contratto sociale* di Rousseau, e la *costituzione*, storicamente collegata al principio dell' equilibrio dei poteri, sul modello dominante in particolare nella concreta esperienza della costituzione britannica, codificata sul piano teorico nelle celebri pagine de l' *Esprit des Lois* di Montesquieu .

IV. IL TERZO CARATTERE DELLA COSTITUZIONE DEMOCRATICA : L'EQUILIBRIO DEI POTERI

Ci introduciamo per questa via al *terzo carattere* della Costituzione democratica, che si qualifica come " tipo storico" di Costituzione anche sotto questo profilo, questa volta più propriamente sul piano dei poteri . In una parola, essa è quel " tipo " di Costituzione che contiene in sè la politica, attribuendole anzi - come abbiamo visto - un ruolo importante, e perfino decisivo, ma scartando quel " tipo " di politica che tende ad esprimersi in senso radicale, a istituire, tra i poteri pubblici, un potere in particolare cui è conferita la *suprema potestas* perchè incarnante il principio di sovranità. Con le Costituzioni del Novecento la politica entra nella Costituzione, e vi occupa un posto di primo piano, ma con l'inevitabile rovescio della medaglia, accettando cioè di essere disciplinata dalla Costituzione medesima, come si legge in modo esemplare nel primo articolo della Costituzione italiana, che attribuisce la sovranità al popolo, ma perchè la eserciti "nelle forme e nei limiti della Costituzione ".

Con il Novecento la sovranità torna perciò ad essere popolare, dopo la lunga eclissi del diciannovesimo secolo, liberale e borghese, che l'aveva bandita e relegata nella soffitta dei ferri vecchi della Rivoluzione, ma il popolo che ne è titolare non è più una forza primigenia e informe, che in qualsiasi momento può demolire e revocare la Costituzione stessa. Quest'ultima non è retrocedibile al rango di mera espressione di volontà del popolo sovrano. Accanto alla sovranità in senso soggettivo e potestativo, di matrice rousseauviana, prende campo anche in Europa la sovranità in senso ordinamentale, che si riferisce direttamente alla Costituzione. Non si tratta ovviamente di sostituire la sovranità di un " soggetto " con la sovranità di una "norma ". E' questa una banalizzazione ricorrente della trasformazione intervenuta nel corso del Novecento. Ciò che in concreto accade

con le Costituzioni democratiche del Novecento è piuttosto *una rinnovata valorizzazione della supremazia della Costituzione*, non più necessariamente legata al principio di sovranità, nella versione dominante in Europa da Hobbes a Rousseau, ma fondata anche sulla capacità che lo stesso soggetto costituente ha avuto di esprimere i contenuti stabili della decisione, i principi fondamentali condivisi, spesso appartenenti a tradizioni costituzionalistiche di lungo periodo, come abbiamo visto nel caso della inviolabilità della libertà personale. E' In questo senso che si può eventualmente parlare della "sovranità" della norma, per indicare e mettere in rilievo la presenza nel corso del Novecento di questo tentativo di fare della Costituzione il luogo in cui sono definiti i principi fondamentali caratterizzanti quella determinata forma politica, che tutti i soggetti, e tutti i poteri, devono rispettare, non essendovi più alcuna *suprema potestas* capace di riprendere in mano il filo della Costituzione, tirandolo dalla parte che quella *potestas* ha prescrittivamente indicato.

Il terzo carattere della Costituzione democratica è quindi rappresentabile nella linea, di grande spessore nella storia del costituzionalismo, dell' *equilibrio dei poteri*, che la Costituzione come norma suprema impone, ed in particolare dell'equilibrio tra i *poteri d'indirizzo*, che derivano da un'espressione di volontà del popolo sovrano, come il potere di fare la legge, o di governare in funzione di risposta ai bisogni sociali, e i *poteri di garanzia*, come il potere di dire il diritto, nell'esercizio della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, in funzione di tutela dei diritti. Da una parte il *gubernaculum*, entro cui deve essere racchiusa tutta la forza necessaria per deliberare ed imporre la legge, per governare con mano sicura. Dall'altra parte la *iurisdictio*, entro cui deve essere racchiusa tutta la forza necessaria per tutelare i diritti, per impedire che i poteri d'indirizzo si impongano in modo unilaterale e arbitrario nelle sfere degli individui, singoli e associati.

Per quanto riguarda questo suo terzo carattere, la Costituzione democratica è salda fino a quando questo equilibrio è stabile. Inizia invece a vacillare quando uno dei due termini della relazione pretende di occupare l'intero spazio della Costituzione. E questa tentazione la si può coltivare sia da parte dei poteri d'indirizzo quanto da parte dei poteri di garanzia. E' ciò che accade assai spesso sotto ai nostri occhi, anche per questo verso mostrando quindi una condizione critica nel presente della Costituzione democratica. Si assiste infatti, sia al diffondersi di evidenti segni d'insofferenza dei poteri d'indirizzo e dei governanti nei confronti dei controlli e dei limiti che sono posti dai poteri di garanzia dalle Corti, ordinarie e costituzionali, sia al diffondersi, in direzione opposta, di visioni pangiurisdizionali che tendono a ridurre a zero lo spazio della discrezionalità politica, come se la vita della democrazia fosse riducibile ad una mera applicazione dei precetti costituzionali amministrata direttamente in sede giurisprudenziale. La Costituzione democratica ha certamente demitizzato la figura del legislatore, tra l'altro creando in tal modo il presupposto per il rapido diffondersi del controllo di costituzionalità, ma non per generare un altro dominio, per mettere sul trono un nuovo padrone, al posto del legislatore, per affermare una sorta di etica costituzionale giurisdizionalmente amministrata.

V. CONCLUSIONI

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, la Costituzione democratica aveva promesso molto : maggiori livelli di giustizia sociale, includendo nel perimetro della Costituzione le contraddizioni e le diseguaglianze presenti nella società ; tutela rigorosa delle sfere individuali e nello stesso tempo solidità del patto costituzionale, secondo il carattere della inviolabilità ; equilibrio dei poteri con il riconoscimento di uno spazio adeguato, sia al dispiegarsi della discrezionalità politica, quanto al determinarsi di spazi tutelati in modo rigoroso. La Costituzione democratica ha anche mantenuto per lo meno in parte quelle promesse. E per non pochi aspetti quella Costituzione ha operato sul piano storico rotture non indifferenti, se non proprio vere e proprie rivoluzioni. Pensiamo alla inclusione della società reale e della vita economica in genere nel perimetro della Costituzione, contro tutta la precedente tradizione codicistica e legalistica ; o alla grande rivoluzione culturale che è sottesa alla introduzione del concetto d'inviolabilità ; o ancora al prodursi di questa logica dualistica dell'equilibrio tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, che è antica, di stampo pienamente medievale, ma nuovissima, e perfino rivoluzionaria, per chi era abituato a ragionare nel chiuso delle relazioni tra i poteri dello Stato , all'interno di una logica articolata in una pluralità di poteri, ma alla sua base di stampo schiettamente monistico.

Certo, tutto quanto abbiamo descritto sul piano dei caratteri generali della Costituzione democratica è oggi largamente in crisi - e noi non abbiamo mancato di rilevarlo - nella realtà delle cose . Così la recente ondata neo-liberista ha certamente indebolito il primo carattere della Costituzione democratica, quasi restaurando il dogma della " naturalità " della società economica, e più in generale la crisi sempre più evidente dei soggetti e degli strumenti della democrazia rappresentativa ha sottratto forza e spazio alla stessa Costituzione democratica ; nè sono da sottovalutare le ricorrenti e sempre più manifeste tensioni tra poteri d'indirizzo e poteri di garanzia, che testimoniano la difficoltà di mantenere in piedi per questo aspetto delicatissimo il progetto della Costituzione democratica. Tuttavia, se si tiene presente la dimensione storica, e la sua profondità, è difficile negare alla Costituzione democratica del Novecento la dignità di uno dei principali e più rilevanti " tipi storici " di Costituzione prodotti in età moderna e contemporanea.

Si deve anzi sempre tenere presente in questo senso l'appartenenza della Costituzione democratica alla storia plurisecolare del costituzionalismo moderno, che ha avuto inizio nel corso del XIV secolo nei territori di cui si componeva l'Europa della prima età moderna. Di quella storia la Costituzione democratica rappresenta l'ultima e più recente configurazione, che in forme nuove segue la duplice vocazione del costituzionalismo, presente in ogni sua fase storica, ovvero la tendenza a fondare e costruire il potere, esprimendo il principio di unità politica, e nello stesso tempo la tendenza a limitare quel potere, a tutela dei diritti. La Costituzione democratica ha affermato la sua supremazia, non solo in relazione agli eventi ad essa coevi, alle guerre e ai totalitarismi, ma anche come portato ultimo di questa più risalente storia del costituzionalismo che è tutta e per intero storia della ricerca della supremazia della Costituzione. Seguendo la duplice vocazione storica del costituzionalismo, la Costituzione democratica si è infatti espressa sia come atto di fondazione del potere, costitutivo e nello stesso

tempo rappresentativo del principio di unità politica – per il primo lato del costituzionalismo, che si riassume nella formula *We the people* –, sia come atto di limitazione di quel potere, collocando tra le sue principali fonti d'ispirazione due principi fondamentali che appartengono alla storia di più lungo periodo del costituzionalismo per questo aspetto tradizionalmente protesa a segnare limiti, ovvero l'inviolabilità della persona, e l'equilibrio dei poteri.

Concludiamo in questo modo per invitare tutti alla prudenza. Non si devono certamente trascurare le difficoltà e gli stati di crisi. Ne abbiamo uno che in questa occasione non abbiamo trattato, ma che bisogna per lo meno nominare. Si tratta della grande costruzione europea, che avrebbe dovuto svilupparsi a partire da quella appartenenza delle Costituzioni nazionali alla medesima " famiglia ", cui abbiamo fatto cenno all'inizio, e che invece si è fermata, esponendosi a consistenti rischi di ritorno all'indietro. E invece è questo un aspetto relevantissimo della partita che dobbiamo disputare. Il costituzionalismo, anche nella forma recente dello Costituzione democratica, si trova infatti di fronte ad un bivio. O è capace di rinnovarsi riproponendosi al di là della sua forma tradizionale, statale e nazionale, o è destinato a una crescente marginalità, chiuso nei confini della esperienza nazionale.

Al di sopra degli Stati nazionali, nella dimensione sovranazionale, che guarda ancora oltre, e non più solamente all'Europa, è questo infine il tempo della globalizzazione, che contiene in sé una vera e propria sfida al diritto delle libertà cresciuto all'ombra della possente sagoma dello Stato nazionale sovrano. Si tratta di capire se tutto quel patrimonio storico che abbiamo illustrato, dai principi della giustizia sociale alla intangibilità della persona, può ancora produrre frutti in un'epoca di sempre più evidente debolezza delle istituzioni e dei soggetti della politica. Può essere di grande interesse, ed anche assai gratificante e rassicurante, la prospettiva della costituzionalizzazione del diritto internazionale, non più diritto esclusivamente fondato sulla volontà degli Stati sovrani, ma complesso autofondato di principi , in linea generale interpretati e amministrati dai giudici. Ma la storia mostra che il costituzionalismo non ha mai un solo lato, non è mai solo idea , e pratica, anti-dispotica, e vuole invece essere anche, sull'altro lato, un movimento, ed un complesso di dottrine, che istituisce il potere codificando nella Costituzione i principi fondamentali che insieme danno come risultante l'identità di quella determinata forma politica.

Ed è proprio questo secondo lato che viene a mancare nella vicenda europea, e più ancora in quella globale : il profilo netto e chiaro di un soggetto politico cui vengono attribuite precise responsabilità, e che proprio per essere tale ha bisogno di una Costituzione che lo definisce dettando anche condizioni e limiti alla sua azione. Non si è quindi in questo momento all'aprirsi di una fase che libera dalle ipoteche statualistiche è per ciò stesso in grado di ricostituire con l'opera dei giudici una tutela dei diritti compiuta e perfettamente fondata. E' più corretto dire che si sta uscendo dalla dominazione del modello statualistico del diritto pubblico e del diritto internazionale per entrare in una sorta di mare aperto, ricco di nuove opportunità e certamente caratterizzato da un ruolo sempre più antagonistico delle Corti, ma anche pieno d'insidie, a causa della mancanza di un ruolo fondativo dei soggetti e delle istituzioni della politica.

E tuttavia, una volta stilato l'inventario dei problemi e dei limiti attuali della Costituzione democratica, non si deve neppure eccedere con le tinte fosche e quasi liquidare in modo frettoloso quella grande esperienza storica. Ecco di nuovo

le ragioni della prudenza. Bisogna sempre tener presente che in quella forma costituzionale affermata nel Novecento è condensato un patrimonio di portata plurisecolare, risalente agli inizi dell'età moderna. E bisogna dunque pensarci bene prima di annunciare, magari con una certa enfasi, l'avvento dell'età " post-democratica ", e con essa magari di un'intera età " post-moderna", con la connessa esigenza di ricercare un altro " tipo " di Costituzione. Essere prudenti nelle nostre valutazioni significa muovere dalla consapevolezza che nella storia i " tipi " si fanno e si disfano con fatica, attraverso percorsi intricati e contraddittori. Anche il percorso della Costituzione democratica non lo si registra seguendo linee rette univocamente progredenti, ed è piuttosto dato da linee spezzate e da movimenti alterni. Noi ci stiamo dentro. Non possiamo fingere per la Costituzione democratica uno stato di salute che essa non ha. Ma non dobbiamo neppure frettolosamente abbandonare il campo. La vicenda storica della Costituzione democratica è pienamente in corso , sia con riferimento specifico al Novecento e al secolo successivo, che è quello attuale, sia come parte storicamente definita della più ampia e risalente vicenda del costituzionalismo in Europa.

A chi partendo da un'attualità in effetti spesso misera e di corto respiro spesso conclude nel senso di un ormai definitivo e irreversibile declino della Costituzione democratica si può ben rispondere che su un altro lato del nostro immediato presente non sono poche le occasioni in cui appare evidente la necessità di rigenerare proprio la Costituzione democratica concependola ancora una volta secondo la sua tradizione, ovvero come sede di determinazione di un indirizzo fondamentale basato sui principi costituzionali dotati della clausola della inviolabilità, e soprattutto capace di restituire un senso unitario al procedere comune dei poteri nella società, siano essi pubblici o privati. Uno dei maggiori giuristi del Novecento, Costantino Mortati, in un saggio del 1936 sul potere discrezionale immaginava l'ordinamento costituzionale come un insieme di poteri, sia pubblici che privati, che ritrovavano un senso comune proprio nella Costituzione, intesa come insieme di principi fondamentali che indicavano la direzione da intraprendere, orientando l'esercizio di ogni potere discrezionale, da quello del legislatore che sceglie determinate soluzioni emanando certe leggi a quello del privato che pone in essere in un certo modo un determinato negozio giuridico. Forse un'immagine così compatta e unita della Costituzione non è più adatta al nostro tempo. Eppure, la tradizione da cui quella immagine ci proviene è certamente la nostra. Essa non è più sicuramente dominante a tutto campo, ma non è neppure già morta, come qualcuno vorrebbe. Insomma, la battaglia non è finita. E' anzi pienamente in corso.

Enviado el / Submission date: 23/04/2016

Aceptado el / Acceptance date: 18/05/2016