

Estratto

# LO STATO

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da ALIS VIGNUDELLI

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI  
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

*diretta da*  
ALJS VIGNUDELLI

ANNO VII - NUMERO 12 (GENNAIO 2019 - LUGLIO 2019)



Mucchi Editore

## COMITATO DI REDAZIONE

LUCA VESPIGNANI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

FEDERICO PEDRINI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

TOMMASO BARBIERI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

VALERIA BORTOLOTTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

MATTEO CALDIRONI

(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ELENA CAPPELLINI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

ILARIA DRAGHETTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

GIULIA MINA

(Università di Modena e Reggio Emilia)

LUCA PELLACANI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICA VERSARI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SILVIO ROBERTO VINCEFI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

## COMITATO SCIENTIFICO

ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)

GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)

ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)

MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)

SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)

CESARE MASSIMO BIANCA (Sapienza Università di Roma - Italia)

SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)

JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)

PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)

AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)

ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Pres. em. AIC - Italia)

BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)

MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)

HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VDStRL - Germania)

GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)

TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)

LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)  
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)  
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)  
RICCARDO GUASTINI (Università di Genova - Italia)  
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)  
CARLOS-MIGUEL HERRERA (Université de Cergy-Pontoise - Francia)  
HASSO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)  
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
MARIO JORI (Università degli Studi di Milano)  
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)  
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)  
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)  
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)  
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)  
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)  
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)  
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)  
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)  
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)  
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)  
GIORGIO PINO (Università degli Studi Roma Tre)  
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)  
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)  
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice Cedu - Germania)  
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)  
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)  
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)  
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)  
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)  
PIERANGELO SCHIERA (Università di Trento - Italia)  
FRANCO GAETANO COCA (Sapienza Università di Roma - Italia)  
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)  
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)  
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)  
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)  
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)  
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. Corte Cost. - Italia)  
KENDALL THOMAS (Columbia Law School New York - USA)  
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)  
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)  
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)  
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)  
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)  
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

Con il patrocinio di



Accademia di Scienze Lettere e Arti  
di Modena

ABI



Accademia degli Incamminati  
Modigliana

Con il contributo di



**BPER:**  
Banca



**MF**  
olding

**GENERAL FITTINGS**



**SR**  
STUDIO RIGAMONTI

### **Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto**

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - presidente@seminarimutiniensi.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese

via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore www.instagram.com/mucchi\_editore

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

#### *Condizioni di abbonamento*

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa):

Formato cartaceo Italia € 60,00; formato cartaceo Estero € 85,00; numero singolo € 35,00 (più spese di spedizione)

Formato digitale (con login) € 47,00; formato digitale (con ip) € 56,00; numero singolo digitale € 28,00

Cartaceo e digitale Italia (con login) € 71,00; cartaceo e digitale (con ip) € 80,00

Cartaceo e digitale estero (con login) € 96,00; cartaceo e digitale (con ip) € 105,00

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *on line* all'indirizzo [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it). Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

Tipografia STEM Mucchi (MO), stampa GECA (MI). Finito di stampare nel mese di luglio 2019.

# INDICE

## Saggi

MAURO BARBERIS, <i>Brexit, Trump e governo giallo-verde. Tre esempi di populismo digitale ...</i>	11
MARIO FIORILLO, <i>Grande guerra ed eclissi dello Stato liberale</i> .....	33
SILVIO GAMBINO, <i>Statuto costituzionale e statuto eurounitario dei diritti fondamentali sociali</i> .....	65
GIUSEPPE VERDE, <i>Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia</i> .....	103

## Materiali

SERGIO BARTOLE, <i>Note propedeutiche alla lettura del saggio di Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto</i> .....	133
VEZIO CRISAFULLI, <i>Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto. Parte prima</i> .....	139
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio sulla Sovranità. Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)</i> .....	155

## Interventi, Note e Discussioni

GIORGIA BERRINO, <i>La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)</i> .....	207
MATTEO CALDIRONI, <i>L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41</i> .....	229
GIOVANNI COGO, <i>La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d. "pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo</i> .....	245
GLADIO GEMMA, <i>La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali</i> .....	265
PAOLA MARSOCCI, <i>Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana: contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione</i> .....	281
FABIO MERUSI, <i>Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo</i> .....	303
ANTONIO RIVIEZZO, <i>Il posto della democrazia partecipativa</i> .....	319

### *Interpretazione e Giurisprudizione*

*Relazioni al Convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi  
"Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica" – Roma, 8 febbraio 2019*

GUIDO ALPA, <i>La giurisprudenza e le fonti del diritto</i> .....	335
MASSIMO LUCIANI, <i>Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto</i> .....	345
FILIPPO PATRONI GRIFFI, <i>Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica</i> .....	369

## Maestri del Novecento

AGOSTINO CARRINO, <i>Norberto Bobbio, testimone del secolo</i> .....	381
STEFANO MERLINI, <i>Piero Calamandrei</i> .....	411

## Nel cortile del banano

### Recensioni

TECLA MAZZARESE, <i>Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine</i> .....	461
FRANCESCO RIMOLI, <i>Religione secolare? Qualche riflessione su un'opera "minore" di Hans Kelsen</i> .....	477
▶ LUCA VESPIGNANI, <i>La parabola interrotta dello Stato moderno: dalla supremazia della legge al populismo (bis ans Ende der Welt?)</i> .....	493
Schede bibliografiche .....	509

# *La parabola interrotta dello Stato moderno: dalla supremazia della legge al populismo (bis ans Ende der Welt?)*

di Luca Vespignani\*



**Sommario:** § 1. – Lo Stato di diritto e la sovranità del legislatore. § 2. – La crisi dell’ordine liberale. § 3. – Lo Stato costituzionale e l’incorporazione del conflitto. § 4. – La normatività dei principi costituzionali. § 5. – Il beneficio del dubbio. § 6. – Di doman non c’è certezza...

MAURIZIO FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 493.

## § 1. – *Lo Stato di diritto e la sovranità del legislatore*

Il volume *La costituzione democratica* raccoglie una serie di scritti in cui Maurizio Fioravanti affronta alcuni degli snodi principali del diritto costituzionale contemporaneo cogliendone la dimensione teorica soprattutto attraverso il confronto con quella che si ritiene sia stata la cultura giuridica immediatamente precedente all’attuale, vale a dire quella del diritto pubblico statale, nella sua veste di «forma, storicamente determinata, di *jus publicum*, che ha dominato in Europa in epoca post rivoluzionaria, fino all’avvento delle Costituzioni democratiche del Novecento»<sup>1</sup>.

Si tratta di un modello che trova declinazioni diverse a seconda dell’ordinamento preso a riferimento, ma incentrato essenzialmente nella centralità della legge e nella svalutazione della portata normati-

\* Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nell’epoca del diritto pubblico statale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, 23.



va della Costituzione, sebbene con modalità diverse nella Francia della Rivoluzione, nella Germania dello Stato di diritto o nell'Inghilterra del *King in Parliament*. «Il legislativo, a differenza dell'esecutivo, e soprattutto dei giudici, nella tradizione europea del diritto pubblico statale tra Otto e Novecento, non è una semplice 'autorità' dotata di competenza, e neppure un semplice 'potere'. Prima di tutto, esso è il *prius* dell'ordine costituzionale, ovvero il presupposto necessario per l'esistenza dell'ordine costituzionale. È lo scarto originario, che viene prima della Costituzione, e che la rende possibile. Si potrà raffigurare con le vesti rivoluzionarie della volontà generale, o con quelle più sobrie e moderate dello Stato di diritto, o infine con quelle solenni e maestose della tradizione parlamentare inglese, ma il risultato non cambia: la legge che quei Parlamenti producono non è una semplice fonte di diritto, è molto di più, è condizione necessaria di esistenza dell'ordine costituzionale. Per questo motivo non è pensabile, in nessuno di questi modelli costituzionali, il controllo di costituzionalità, perché invalidare la legge significa per ciò stesso mettere in discussione l'ordine costituzionale»<sup>2</sup>.

In una simile chiave, la tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini viene demandata integralmente al legislatore ordinario, mentre la Costituzione si occupa in via principale di determinare l'assetto dei poteri nei termini di una *loi politique* indicando – secondo la definizione di Jellinek – «i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera di azione, e infine la posizione fondamentale del singolo di fronte allo Stato»<sup>3</sup>. Ed è tramite la legge che si realizza il principio di eguaglianza (nei diritti), il quale, una volta esaurita la spinta rivoluzionaria, si risolve principalmente nel principio di legalità dello Stato di diritto, perdendo «ogni carica propositiva. Non aspira più ad essere un presupposto vincolante della legge, denso di contenuti prescrittivi. E sembra ridursi ad esito di una corretta ed uniforme applicazione della legge. Il principio di uguaglianza può ancora avanzare, ma solo se lo vorranno i parlamenti, i governi, le maggioranze politiche»<sup>4</sup>.

Secondo Fioravanti, peraltro, questo impianto concettuale non esclude il carattere di legge fondamentale delle Costituzioni liberali e nella specie dello Statuto albertino, anche se «una cosa è affermare che lo Statuto era sentito come legge fondamentale nello svolgersi delle relazioni tra gli attori politici e costituzionali, altra cosa è affer-

<sup>2</sup> *Ivi*, 46.

<sup>3</sup> G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914, III, 506.

<sup>4</sup> M. FIORAVANTI, *L'uguaglianza come principio costituzionale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 89.

mare che quel medesimo Statuto fosse dotato di una precisa clausola di supremazia, che imponeva la sua osservanza come norma giuridica sovraordinata, collocata al vertice dell'ordinamento giuridico e del sistema delle fonti del diritto»<sup>5</sup>. Da questo punto di vista, il nucleo rigido della Carta costituzionale viene individuato - sulla scorta di una ricostruzione proposta da Cavour - nel patto indissolubile tra il popolo e il Re, i quali, essendo «presenti insieme in Parlamento, anche attraverso lo Statuto stesso, che all'articolo terzo attribuiva l'esercizio del potere legislativo collettivamente al Re e alle Camere, potranno proprio in quel Parlamento modificare le clausole di quel patto, per adattarle ai tempi nuovi. Non potranno però farlo disgiuntamente né tanto meno potranno rompere il patto medesimo»<sup>6</sup>. Dopodiché, all'interno dei confini così tracciati sono possibili tutti gli adattamenti condivisi dai due contraenti, ad esempio circa la forma di governo, che tuttavia non approdò mai ad un modello parlamentare strettamente inteso poiché la riduzione del Re ad un ruolo meramente notarile sarebbe risultata in insanabile contrasto con l'impianto costituzionale<sup>7</sup>. Si parla, in proposito, di elasticità quale attributo tipico di una Costituzione comunque rigida, distinguendola dalla flessibilità atteso che «se lo Statuto può essere modificato in Parlamento non è perché si tratta di una Carta debole, liberamente modificabile da parte delle maggioranze politiche, ma perché in quel sistema il Parlamento ha il compito irrinunciabile di aggiornare la Carta ai tempi che mutano. È anzi proprio questa funzione, che il Parlamento svolge, a mantenere integra nel suo nucleo fondamentale la Carta, semplicemente adeguandola a esigenze nuove, che di volta in volta si manifestano»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana: la conquista della supremazia costituzionale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 292-293.

<sup>6</sup> IDEM, *Il principio di rigidità della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 324.

<sup>7</sup> IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 287.

<sup>8</sup> IDEM, *Il principio di rigidità della Costituzione*, cit., 322. Negli stessi termini anche R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 14, quando afferma che «una volta che il sovrano assoluto abbia rinunciato alla sua assolutezza questa decisione è irrevocabile, non per le conseguenze di un paradosso logico, ma per un preciso limite legale: né lui, né gli organi che ha associato all'esercizio del potere potranno restaurare l'assolutezza del potere regio, a meno di non uscire dall'ordinamento costituito, il quale non conferisce a essi poteri legali adeguati. Almeno per questa sua parte, lo Statuto (e le costituzioni consimili) non è affatto flessibile ma, tutto all'opposto, assolutamente rigido. Tuttavia, messo da parte questo nucleo (legalmente) imm modificabile, la natura "flessibile" dello Statuto deriva dall'elemento strutturale a cui già Bryce attribuiva la genesi della flessibilità, ossia dal fatto che il "nucleo duro" dello Statuto istituiva "un'unica autorità legislativa" a cui attribuiva il potere di modificare le leggi che ritenga fondamentali». Per contro, A. PACE, *La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giur. cost.*, 1993, 4092 s., ritiene che «lo Statuto albertino, in quanto speciale atto costituzionale formalizzato in un apposito documento esplicitamente qualificato "legge fondamentale", era - in conformità alla sua forma e alla sua natura - una costituzione non modificabile nelle vie ordinarie. E tale fu inizialmente, anche se non pacificamente, considerato da studiosi e da politici. È però altrettanto indubitabile che, in un secondo momento, lo Statuto divenne (*rectius*: fu considerato) "flessibile". Ciò derivò, convergen-

§ 2. – *La caduta dell'ordine liberale*

Facendo propria una lettura assai diffusa, Fioravanti individua l'origine del declino dello Stato di diritto liberale nella scomparsa dell'ordine obiettivo su cui esso si basava<sup>9</sup>, sintetizzato nella formula dello "Stato monoclasse"<sup>10</sup>. «La "Costituzione" di Savigny, intesa come diritto positivo di una comunità storicamente fondata, diverrà infatti sempre più improbabile, a fronte degli imponenti mutamenti che interesseranno l'Europa tra Otto e Novecento»<sup>11</sup> e che aprono la strada ad un pluralismo sempre più conflittuale. Pluralismo rispetto al quale si attesta l'elaborazione, tra gli altri ad opera di Carl Schmitt, «di un significato della Costituzione in senso materiale come "vera" Costituzione, capace di garantire il "diritto", contro la Costituzione in senso formale, spesso preda – come nel caso di Weimar – del distruttivo predominio dei partiti e degli interessi frazionali e quindi non più "Costituzione" in senso proprio, non più norma fondamentale condivisa»<sup>12</sup>. Fino ad arrivare alla tesi di Costantino Mortati, per il quale «il momento costituente è piuttosto da intendere [...] come il fondamento più autentico della Costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della Costituzione in senso materiale, che sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa Costituzione scritta»<sup>13</sup>.

temente, da un lato, dalla natura "elastica" delle norme statutarie le quali rendevano generalmente possibili notevoli mutamenti normativi, purché disposti con legge, dall'altro, da una sorta di ... congiura politico-culturale che determinò l'esistenza di una "lacuna apparente" in ordine al regime di immutabilità a cui le norme statutarie erano sottoposte: una lacuna che rese pertanto possibile l'introduzione, nell'ordinamento statuario, di una norma consuetudinaria radicalmente innovativa delle norme "sulla" produzione normativa, la quale consentiva la modifica delle norme statutarie da parte delle leggi ordinarie». Tutto ciò sulla base della premessa che la rigidità «è carattere "naturale" delle costituzioni scritte, non "essenziale". Per la medesima ragione sostanziale (l'essere, cioè, la costituzione scritta, un atto in sé e per sé "superiore"), il silenzio della costituzione in ordine al procedimento da seguire per la sua revisione, non ne muta il regime di "immutabilità" da parte del legislatore ordinario» (*ivi*, 4091).

<sup>9</sup> Sul tema della crisi dello Stato nei saggi raccolti nel volume in questione numerosi sono i riferimenti alla nota prolusione pisana di Santi Romano del 1909, di cui si cita, tra l'altro, il passo dove si afferma che la società è moderna è fatta di «federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari [...] società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza» (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in IDEM, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, 12).

<sup>10</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, il Mulino, 1986, 25 ss. e IDEM, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1988, 139 ss.

<sup>11</sup> M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 155.

<sup>12</sup> *Ivi*, 159.

<sup>13</sup> *Ivi*, 161.

Ma se la teoria mortatiana, mettendo in luce che ormai «il primo problema è quello del *governo*, e prima ancora è quello della costruzione dell'indirizzo politico a partire dalla società, attraverso il ruolo attivo del partito»<sup>14</sup>, ha senza dubbio una valenza generale, tant'è che venne riproposta nella fase repubblicana, in Italia il fenomeno di disgregazione di cui si è detto sollecitò pure, sul piano più strettamente politico, una risposta di segno autoritario con l'affermazione del fascismo, che peraltro Fioravanti ritiene non possa essere considerato «l'esito necessario della precedente forma di Stato»<sup>15</sup>. «Nel processo di superamento dello Stato liberale da parte dello Stato fascista è contenuta infatti sul piano storico l'esigenza di fondare un intero "nuovo sistema di diritto pubblico". Non c'è più quindi solo uno Stato imperfettamente sovrano da ulteriormente irrobustire. C'è molto di più. C'è da superare decisamente quella cultura costituzionale che aveva risolto il principio di sovranità in dominio del diritto in senso oggettivo. E c'è da recuperare quella concezione piena, tutta politica, della sovranità per cui non c'è sovranità se non c'è il soggetto decisore, se non c'è la scelta di un determinato indirizzo, per certi principi da porre alla base della forma politica, per una certa concezione della convivenza sociale, dei rapporti civili e delle relazioni economiche»<sup>16</sup>. Cosicché, secondo Fioravanti, la dittatura fascista si colloca al di fuori del perimetro dello Statuto, dato che i limiti da essa stabiliti al concreto svolgersi delle relazioni tra poteri valevano «anche sul piano del mutamento costituzionale, nel senso di indicare un limite oltre il quale una trasformazione del modello costituzionale era da ritenersi contraria alla Costituzione»<sup>17</sup> e dunque realizzabile solo con un colpo di Stato.

### § 3. – *Lo Stato costituzionale e l'incorporazione del conflitto*

L'impianto concettuale nato nel corso dell'Ottocento e giunto fino ai primi decenni del Novecento viene superato soprattutto nel secondo dopoguerra, sulla scorta della tragedia «dei regimi totalitari, e soprattutto delle guerre e delle politiche di sterminio, che rendono sempre meno possibile la riproposizione nella seconda metà del secolo della immagine della legge come migliore strumento di garanzia dei diritti»<sup>18</sup>. Nonostante Fioravanti sottolinei in diversi passaggi

<sup>14</sup> IDEM, *Stato e costituzione: l'esperienza del Novecento*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 124.

<sup>15</sup> IDEM, *Il problema dell'ordine politico nella cultura costituzionale italiana del Novecento*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 360.

<sup>16</sup> *Ivi*, 362.

<sup>17</sup> IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 292.

<sup>18</sup> IDEM, *Legge e Costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 64.

l'appartenenza anche del nuovo Stato costituzionale alla «vicenda più complessiva dello Stato moderno europeo», proclamandosi allergico «all'uso dei "post", moderno, statuale, o altro ancora» dato che «viviamo ancora in quella grande esperienza, ma in una fase, in un modo e in una forma storicamente determinata»<sup>19</sup>.

In primo luogo, nel nuovo scenario il pluralismo che la cultura liberale aveva cercato di esorcizzare e che il fascismo aveva represso «entra nella Costituzione. O meglio, attraverso la Costituzione la società entra nell'ordinamento giuridico, da cui prima era esclusa: nelle Carte costituzionali, che si limitavano a disegnare la forma di governo e a statuire in modo formale qualche diritto individuale, nei Codici, in cui non era presente la società reale ma solo quella immaginata tramite l'artificio formalistico e giusnaturalistico»<sup>20</sup>. Pertanto, lo Stato è chiamato a governare il conflitto attraverso un'azione di indirizzo le cui direttrici sono fissate a loro volta dalla stessa Costituzione democratica, sulla scorta di uno schema utilizzato, ad esempio, nell'articolo 3, comma 2, della Costituzione italiana, quando si stabilisce che la Repubblica è chiamata a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

In secondo luogo, Fioravanti sottolinea che nella pubblicistica del secondo Novecento trova spazio – quasi nei termini di un contrappeso all'apertura effettuata nei confronti della complessità sociale – l'idea dell'inviolabilità, che non si esaurisce nella formula della rigidità, ma comporta la previsione di un nucleo fondamentale inderogabile se non al prezzo della fuoriuscita dal perimetro del patto costituzionale. «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 [...]. Con l'inviolabilità si ribalta il rapporto tra legge e libertà [...], ora è la libertà a costituire il *prius*

<sup>19</sup> IDEM, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 200.

<sup>20</sup> IDEM, *Stato e costituzione*, cit., 126. Negli stessi termini cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 16, secondo il quale «ciò che segna lo stacco tra le Carte "flessibili" dell'800 e quelle della generazione cui appartiene la nostra è la collocazione del conflitto sociale rispetto alla costituzione e alle sue istituzioni. Mentre le costituzioni dei nostri tempi hanno l'ambizione di governare il conflitto sociale dentro alle istituzioni costituzionali, attraverso gli strumenti posti dalla costituzione "rigida", le costituzioni di allora regolavano il conflitto sociale con l'impiego delle forze dell'ordine pubblico e dell'esercito, cioè escludendolo forzatamente dal "giardino" delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite».

cui la legge deve essere conforme, pena la sua invalidità, per difformità dai principi fondamentali su cui si regge la cosa pubblica»<sup>21</sup>. In particolare, vengono qualificati inviolabili i diritti della persona, che sostituisce l'individuo della tradizione giusnaturalistica, a differenza del quale essa «è assunta anche nella sua concreta esistenza, con riferimento alle condizioni materiali di vita, sociali, economiche, culturali»<sup>22</sup>.

Più nello specifico, le situazioni soggettive in questione sono riconosciute sotto la forma di principi<sup>23</sup>, di cui si individua la differenza rispetto alle regole in senso tradizionale nella mancanza di fattispecie e quindi di immediata efficacia precettiva. Col conseguente problema della loro normatività stante che comunque «da semplice *loi politique*, da mero disegno della forma di governo, da atto che si limita a prevedere il sistema delle fonti di diritto, rinviando in sostanza la funzione di garanzia alla legge, la Costituzione pretende ora di acquisire la qualità di autentica norma giuridica, dotata di forza normativa propria, ovvero di quella forza che risulta essere indispensabile proprio per svolgere la funzione di garanzia»<sup>24</sup>.

#### § 4. – La normatività dei principi costituzionali

Si tratta di un tema che è stato ampiamente trattato fin dal primissimo periodo successivo all'entrata in vigore della nostra Costituzione repubblicana, quando la sentenza delle Sezioni unite penali della Cassazione del 7 febbraio 1948 prospettò la distinzione tra «norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicitare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore una discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione»<sup>25</sup>. Ma fin dalla sua prima pronuncia del 1956 la Corte costituzionale affermò che «la nota distinzione fra norme precettive

<sup>21</sup> M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 187.

<sup>22</sup> IDEM, *Legislazione e giurisdizione in Europa*, cit., 202.

<sup>23</sup> «Pensare che i diritti potessero essere fondati direttamente nella Costituzione significava uscire dai confini della dominante cultura positivista, significava togliere i diritti dall'alveo rassicurante della legge, che li definiva in modo preciso, e proiettarli nella dimensione dei principi, che era storicamente collegata al modello giusnaturalistico della Rivoluzione e delle Dichiarazioni dei diritti, e che a fronte della legge dello Stato, per sua natura dotata del crisma della giuridicità, rappresentava una dimensione integralmente 'politica', collegata alle trascorse esperienze rivoluzionarie, e soprattutto all'esercizio di quel potere costituente che la cultura costituzionale liberale ha sempre temuto e rifiutato» (IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 296).

<sup>24</sup> IDEM, *Legge e Costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, cit., 65.

<sup>25</sup> IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 302-303.

e norme programmatiche [...] non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche [...]; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione»<sup>26</sup>. Passaggio, questo, che recepisce sostanzialmente la posizione espressa in dottrina da Vezio Crisafulli quando sostiene che «la contrapposizione tra norme "programmatiche" e norme "immediatamente precettive"» esprime «una idea giusta, ma la esprime impropriamente, tutte le norme essendo precettive, ed anzi "immediatamente precettive", [...] ma le une, nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico statale complessivo, in quanto direttamente regolatrici delle materie che volta a volta ne formano l'oggetto specifico; le altre invece, soltanto nei confronti degli organi statali e quanto meno del legislatore, cui prescrivono certi comportamenti per la disciplina da dare alle materie che ne formano l'oggetto mediato o indiretto»<sup>27</sup>.

Dopodiché, il riconoscimento della normatività della Carta costituzionale fa sì che essa si ponga in un rapporto diretto non solo col potere legislativo, ma anche con quello giurisdizionale, tenuto conto che entrambe le funzioni sono «previste dalla costituzione, parimenti in essa fondate, e dunque costituzionalmente equiordinate»<sup>28</sup>. In un quadro del genere, in linea con le conclusioni raggiunte nel Congresso di Gardone dell'associazione nazionale magistrati del 1965, i giudici applicano direttamente le norme costituzionali laddove ciò sia possibile, interpretano in modo costituzionalmente conforme tutte le leggi e, quando un simile risultato non possa essere conseguito, le rinviando alla Corte costituzionale, la quale, a sua volta, «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 legislati-

<sup>26</sup> Considerato in diritto della sentenza n. 1 del 1956.

<sup>27</sup> V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 54. Nello stesso periodo, a favore del carattere normativo della nuova Carta costituzionale si esprime anche Paolo Barile, il quale lo ricava però dalla teoria della Costituzione materiale, intesa come «quel complesso di istituti giuridici, positivamente validi ed operanti, che realizzano un fine politico che è la risultante dei diversi fini perseguiti dalle varie forze politiche operanti in lotta fra loro, in un dato paese e in un dato momento storico» (*La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951, 40). Per cui «sono efficaci quelle norme costituzionali aventi per carattere la positività, cioè quelle norme che sono concretamente osservate per intima convinzione, che è il prodotto di un giudizio di convenienza, dai soggetti dell'ordinamento, perché realizzano il fine politico della società, in un dato momento storico ed in un dato paese, e che sono garantite da reazioni dell'ordinamento medesimo in caso di violazione. Queste norme sono efficaci perché soltanto esse esistono come tali: tutte le altre sono soltanto oggetto di storia» (*op. cit.*, 45).

<sup>28</sup> M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 397.

vo, 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»<sup>29</sup>. Di conseguenza, se nello Stato di diritto si avevano tre stazioni in linea (col giudice applicatore della legge posizionato in quella più in basso ed il legislatore collocato in quella intermedia, che era il solo a vedere quella più in alto, dove stava la Costituzione), ora abbiamo «un triangolo, con la Costituzione al vertice, tutelata per opera della Corte, e le due funzioni, legislativa e giurisdizionale, che si sviluppano rispettivamente sui due lati del triangolo, in modo che alla fine si ha lo svolgersi del processo d'interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali per due vie, e non più per una sola»<sup>30</sup>.

### § 5. – *Il beneficio del dubbio*

Fioravanti rappresenta qui un passaggio fondamentale di molte delle teorie costituzionali del secondo dopoguerra, sebbene poi, ad un esame più approfondito, nel panorama della dottrina si riscontrino orientamenti diversi e talora pure contrapposti. Tant'è vero che, una volta riconosciuto carattere normativo alla Costituzione, si pone il problema di stabilire in che modo le relative disposizioni vincolino gli interpreti, e specialmente gli organi giurisdizionali (a cominciare dalla Corte costituzionale) chiamati a farne valere la superiorità nei confronti della legislazione ordinaria.

Più nello specifico, stabilendo un parallelismo tra le Costituzioni contemporanee ed il diritto naturale, del quale esse avrebbero positivamente i principi, si afferma che «i procedimenti interpretativi [...], in materia di diritti fondamentali e di giustizia, somigliano sempre più ai modi argomentativi della filosofia pratica»<sup>31</sup>. E questo aprirebbe il

<sup>29</sup> *Ivi*, 398. Si veda però, in senso fortemente critico sulla efficacia normativa delle sentenze della Corte costituzionale, A. VIGNUDELLI, *La Corte delle leggi*, Rimini, Maggioli, 1988, ora anche in IDEM, *Il vaso di Pandora*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 33 ss.

<sup>30</sup> M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 447.

<sup>31</sup> L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 98. «Poiché il diritto costituzionale si presenta non come volontà di una parte che si impone sull'altra, ma come espressione di un equilibrio obiettivo, nel senso sopra precisato, il rapporto tra legge (compresa la legge costituzionale) e Costituzione si avvicina al rapporto tra la legge e il diritto naturale. Lo stile, il modo di argomentare "in diritto costituzionale" assomiglia infatti allo stile, al modo di argomentare "in diritto naturale", come sa chiunque abbia qualche dimestichezza con le grandi decisioni dei Tribunali costituzionali. [...] Negli Stati costituzionali moderni, i principi morali del diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo. Le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così "aperte" nei confronti di discorsi metagiuridici, tanto più quanto si dia valore ai principi della Costituzione» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 157).



campo ad un'ampia discrezionalità dell'interprete, essendo l'interpretazione «attività mediana che si colloca sulla linea di tensione che lega la realtà al diritto, ciò che rappresenta l'ennesima riproposizione della lotta mai spenta e forse irrinunciabile tra la *ratio* del caso e la *voluntas* della legge». *Ratio* che «è stata secolarizzata e, in un certo senso, anche positivizzata nella statuizione convenzionale dei principi costituzionali» mentre «la *voluntas* della legge è stata privata dei caratteri di cieca forza che mira comunque a imporsi» e «sottoposta ai principi costituzionali»<sup>32</sup>. Sicché, «il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poiché non c'è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso»<sup>33</sup>.

Nondimeno, vanno in proposito segnalate le obiezioni di chi, pur condividendo la tesi della Costituzione per valori ed essendone anzi un precursore<sup>34</sup>, ha sottolineato che «il passaggio storico da un metodo interpretativo puramente testuale e regolato dalla “dogmatica” – à la Savigny, per intenderci – a un più complesso processo ermeneutico di tipo “argomentativo”, reso necessario dai contenuti normativi (principi e valori) delle costituzioni moderne e dal ruolo marginale che rispetto ad essi gioca la “dogmatica”, non può portare a dire [...] che sia venuta meno la specificità dell’“argomentazione giuridica” in relazione alla “interpretazione” della costituzione. L'ipotesi che l'interprete o il giudice siano chiamati a individuare significati i quali risultino totalmente smarcati da qualsiasi discorso di tipo legalitario e completamente assorbiti nella ricerca di soluzioni socialmente accettabili – l'ipotesi che, cioè, si passi da un (impossibile) positivismo legislativo (= della costituzione) a un (immaginario) “positivismo giudiziale” (come lo definisce Böckenförde) – si pone in contraddizione con il principio stesso che legittima la giurisdizione costituzionale»<sup>35</sup>. Con la conseguenza di indebolire (o addirittura negare), nei confronti del potere giurisdizionale, proprio quel carattere vincolante della Carta costituzionale che – lo si è visto sopra – ne integra uno dei tratti distintivi, provocando «un offuscamento della portata normativa dei principi costituzionali»<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> G. ZAGREBELSY, *op. cit.*, 182.

<sup>33</sup> *Ivi*, 181.

<sup>34</sup> A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639 ss.

<sup>35</sup> IDEM, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2007, 25.

<sup>36</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2803. Si avrebbe cioè «una situazione in cui la costituzione non comporterebbe, praticamente, alcun vincolo normativo verso il giudice della costituzionalità (e verso il legislatore), mentre il giudice, a sua volta determinerebbe in piena libertà le regole costituzionali in base alle quali annullare le decisioni legislative (= della maggioranza parlamentare eletta dal popolo)» (A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 23).

Ancor più radicale è poi la critica di un'altra dottrina che, ribadendo viceversa l'attualità di un approccio positivista, oltre a svolgere su vari piani una serie di puntuali contestazioni relativamente al collegamento tra valori e principi costituzionali<sup>37</sup>, giunge ad affermare che «l'alto tasso di discrezionalità (politicità?) implicito in tali operazioni di conversione, dal punto di vista di un'analisi razionale non ha certamente lo stesso "costo" se ad effettuarle sia una magistratura politicamente irresponsabile [...] piuttosto che un organo democraticamente legittimato come il Parlamento. In un'analisi costi/benefici sui valori e sul loro utilizzo in campo giuridico, infatti, una seria riflessione sul *soggetto* istituzionale cui sono demandate le varie operazioni parrebbe tutt'altro che marginale»<sup>38</sup>. In coerenza, peraltro, con la posizione assunta fin dagli anni Sessanta dalla letteratura americana sulla c.d. "difficoltà contro-maggioritaria"<sup>39</sup> relativamente alla circostanza che «le scelte legislative adottate dalle assemblee elettive secondo la regola democratica della maggioranza siano sindacate da giudici non elettivi sulla base di parametri costituzionali la cui interpretazione è controversa (come è il caso delle formulazioni di principio sui diritti fondamentali) ovvero sulla base di parametri che sono tratti dalla costituzione solo indirettamente (come è il caso del *diritto costituzionale vivente*, cioè del corpo normativo dei *precedents* elaborati nel tempo dalla giurisdizione costituzionale)»<sup>40</sup>.

In altri termini, si pone un problema di posizionamento istituzionale della giurisdizione e specialmente della Corte costituzionale, di cui peraltro Fioravanti sottolinea il *self restraint* sostenendo che «la configurazione e l'estensione del suo ruolo non deve essere considerata come il frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obiettiva, che ha progressivamente

<sup>37</sup> Fino a parlare di una «sorta di "ebefrenia semantica", in cui l'unico senso (o per lo meno l'unico senso *autentico*) delle disposizioni costituzionali (di principio) diverrebbe quello dell'opzione in favore di un mero "rinvio recettizio tematizzato" alla generale dimensione etica (inter)sogettiva» (A. VIGNUDELLI, *Valori fuori controllo?*, in *Lo Stato*, n. 1/2013, 100).

<sup>38</sup> *Ivi*, 113. Più nel dettaglio, «la specificazione delle norme costituzionali generiche consiste alternativamente o (1) in un'attività - vietata per le ragioni appena esposte - di creazione di nuove norme costituzionali, che andrebbero (indebitamente) a restringere la discrezionalità legislativa, oppure (2) in un'attività normativa di rango subcostituzionale, la quale tuttavia a livello primario è costituzionalmente riservata *ex art. 70 Cost.* al solo legislatore, e dunque egualmente inibita alla Corte costituzionale» (IDEM, *Il fantasma della legalità*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, 101). Con molto maggiore ampiezza di svolgimento si veda, dello stesso A., *Interpretazione e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*.

<sup>39</sup> Cfr. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962.

<sup>40</sup> O. CHESSA, *Fatti sociali, verità morali e difficoltà contromaggioritarie. A proposito di alcune tesi di Roberto Bin sulla discrezionalità giudiziale*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 14/2014, 435, il quale ritiene però che il *judicial review* si giustifichi in quanto il diritto giudiziale che prende il posto di quello legislativo «non ha certo l'imponenza e l'estensione di quest'ultimo, ma ha invece carattere interstiziale ed episodico: cesella e raffina le scelte legislative ai margini, rimuovendone le imperfezioni» (*ivi*, 442).

condotto ad esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconnesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»<sup>41</sup>. Benché non sembri comunque facilmente superabile il rilievo che «un giudice che non sia sottoposto (soltanto) alla legge non è un giudice: è, nella migliore delle ipotesi, un "arbitro" (*merum arbitrum*), un organo che compone in piena discrezionalità le controversie, in modo accettabile ("equitativo") per tutte le parti in causa. In realtà, fuori della legalità il giudice, ogni giudice, non ha alcuna legittimazione, poiché il giudice (incluso quello della costituzionalità) è legittimato soltanto nella misura in cui "applica" il diritto stabilito dal "sovrano" (che, in democrazia, è sempre il popolo) e non se stabilisce egli stesso il diritto in luogo del "sovrano"»<sup>42</sup>.

## § 6. – *Di doman non c'è certezza...*

I brevissimi cenni appena esposti sono sufficienti per dimostrare che già ora il modello dello Stato costituzionale presenta numerosi profili di complessità, ma Fioravanti ne tratteggia in alcuni passaggi un orizzonte ancor più problematico rivolgendo lo sguardo al futu-

<sup>41</sup> M. FIORAVANTI, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 317. Sulla medesima linea di pensiero cfr. anche O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, Giappichelli, 2005, 83, quando afferma che «la democrazia pluralista si identifica con la distinzione tra principi e politiche, traendone una parte essenziale del proprio significato. In un certo senso, escludere che a questa distinzione possa o debba corrispondere un ruolo attivo della giustizia costituzionale nella difesa del suo mantenimento equivale a negare la democrazia stessa, a minare ciò che la fa essere quello che attualmente è. Giustificare e definire il ruolo della giustizia costituzionale in base alla divisione tra principi e politiche (in base cioè alla divisione di grado tra *diritto costituzionale* e *diritto legislativo*) non può essere un argomento contro la democrazia, perlomeno contro la democrazia costituzionale».

<sup>42</sup> A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 24-25, salvo precisare in altra sede che «sussiste un "ambito di tolleranza" entro il quale più (ma non infinite) possibilità interpretative sono equi-conformi alla Costituzione: perché questa, quantomeno in quanto "super-Costituzione", stabilisce una "cornice di razionalità", e non specifiche regole di condotta. Spetta, poi, ai giudici e, in modo particolare, alla Corte costituzionale decidere se le specifiche scelte legislative sottoposte al loro giudizio rientrano, o no, fra le possibilità interpretative della Costituzione che possono essere considerate come equi-conformi rispetto al parametro costituzionale esaminato. Che ciò avvenga, tuttavia, non contraddice l'idea della normatività della Costituzione, ma la conferma: perché il *proprium* della Costituzione sta nel fissare norme contenenti principi o valori, e non disposizioni connotanti "norme di condotta" o proposizioni normative così precise da essere sillogisticamente applicabili» (IDEM, *La normatività della Costituzione e i suoi "nemici"*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 48). Cfr. in proposito L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 2807, il quale osserva che la legittimità dell'attività giurisdizionale si fonda essenzialmente «sul carattere quanto più possibile cognitivo della sussunzione e dell'applicazione della legge, dipendente a sua volta, ben più che dalla sua formulazione come regola, dal grado di tassatività e di determinatezza del linguaggio legale: mentre l'indeterminatezza normativa e la conseguente discrezionalità giudiziaria sono sempre un fattore di delegittimazione».

ro ed immaginando che dopo aver constatato il tramonto dello Stato di diritto si debba assistere anche a quello del suo "erede naturale". «Può darsi in altre parole che la storia si stia ripetendo, potrebbe darsi in effetti che nel nostro tempo sia contenuta una grande trasformazione, d'intensità paragonabile a quella intervenuta un secolo prima. E che dunque si stia svolgendo un mutamento di paradigma, che rende progressivamente inattuale la cultura costituzionale del Novecento, quel tipo di equilibrio, quel tipo di rappresentazione dell'ordine politico e sociale»<sup>43</sup>.

In una simile direzione vengono innanzitutto in considerazione il fenomeno della globalizzazione e, più in generale, una concezione pervasiva del mercato, a cui si accompagna il ritorno «ad un'idea ottocentesca, ovvero all'idea della autosostenibilità della società economica, perché si nega la dimensione del conflitto e la necessità del suo governo»<sup>44</sup>. Nello scenario del terzo millennio, «con la pretesa di avere, costruire ed applicare diritto anche senza territorio, senza Stato, e perfino senza Costituzione, finisce davvero il "tempo" occupato dal "moderno", che complessivamente si configura come un "tempo" di "crisi", ma anche di risposta alla crisi, di governo della società e delle sue contraddizioni»<sup>45</sup> ed il diritto torna ad «esplicare la funzione ordinante sua propria, di ricercare in libertà le soluzioni più eque e commisurate, non per caso sempre più con lo strumento della giurisprudenza.»<sup>46</sup> E si tratta di un cambiamento che altera in profondità l'equilibrio tra proprietà e libertà stabilito, tra le altre, dalla Costituzione italiana, chiamando in causa «fenomeni complessi connessi alla smaterializzazione della ricchezza, all'internazionalizzazione delle imprese e dei mercati finanziari. Essi hanno fatto sì che lo *jus migrandi*, così strettamente circoscritto agli uomini, sia invece totalmente garantito alla proprietà, consentendo ad essa di sottrarsi al rischio di erosione causata dalla politica di redistribuzione verso cui il circuito politico-rappresentativo è spinto dal suffragio universale»<sup>47</sup>.

La fase di difficoltà attraversata dallo Stato costituzionale non ha però, secondo Fioravanti, solo una dimensione internazionale, ma troverebbe una propria declinazione legata alla specifica vicenda italiana e segnatamente alla involuzione del sistema dei partiti, i quali, proprio in concomitanza con la fase di massima realizzazione del progetto

<sup>43</sup> M. FIORAVANTI, *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 144-145.

<sup>44</sup> *Ivi*, 143.

<sup>45</sup> IDEM, *Oltre il Novecento. Costituzione democratica e globalizzazione*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 274.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> R. BIN, *op. cit.*, 47.

costituzionale attraverso le grandi riforme degli anni Settanta<sup>48</sup> sarebbero progressivamente venuti meno al compito che avevano assolto nei primi trent'anni della storia repubblicana, non riuscendo più «a selezionare, a filtrare, a ricondurre alla dimensione dell'indirizzo politico»<sup>49</sup> i differenti interessi sezionali emergenti dalla società. «Era infatti molto forte il legame che i costituenti, e la stessa cultura costituzionale, avevano stabilito tra la Costituzione come norma e il Parlamento come luogo in cui istituzionalmente si rappresentava, anche grazie alla legge elettorale proporzionale e al ruolo essenziale dei partiti, la concreta esistenza del popolo-sovrano e si esprimeva perciò un indirizzo che non era solo politico, sulla base del principio di maggioranza, ma anche costituzionale o fondamentale, mediante una funzione legislativa capace di svilupparsi in attuazione della Costituzione. Cadendo quel ruolo dei partiti, ed appannandosi quella immagine del Parlamento, era dunque fatale che tornasse ad essere problematico anche il discorso sulla Costituzione»<sup>50</sup>.

È in questo contesto che si aprirebbe la strada alle evoluzioni più recenti della vita democratica, rispetto alla quale parrebbe mancare il fondamento materiale della Costituzione, ovvero l'esistenza «di un ordine sociale entro cui si produce un certo livello di riconoscimento, con determinati significati, dei principi formalmente espressi»<sup>51</sup>. A cominciare dal populismo, che si svilupperebbe appunto dalla «contrapposizione secca tra un diritto costituzionale legale, risultato di ragionevoli mediazioni e bilanciamenti, che vive principalmente nella giurisprudenza, e un diritto costituzionale politico, artatamente presentato come frutto della cosiddetta "reale volontà del popolo", e destinato in quanto tale ad essere interpretato da un'autorità politica, investita direttamente dal basso, dallo stesso popolo sovrano»<sup>52</sup>. Qui si potrebbe forse collocare il punto di rottura della stessa democrazia

<sup>48</sup> «Gli anni Settanta sono infatti gli anni che segnano il culmine del processo di attuazione della Costituzione, con l'istituzione delle regioni, con il referendum, con la legislazione sociale in materia di lavoro, di famiglia, di scuola, collegata ai principi della Costituzione, ad iniziare dal principio di uguaglianza; ma nello stesso tempo sono anche gli anni in cui inizia il ripensamento, in cui s'inizia a riflettere criticamente su quello che Pinelli ha chiamato il "paradigma costruttivistico", ovvero una concezione della Costituzione che vuole che in essa siano contenuti i principi chiamati a dirigere il mutamento sociale, a "catturarlo" - come lo stesso Pinelli scrive -, soprattutto nella sua componente economica, per renderlo conforme nei suoi esiti a quei medesimi principi. S'inizia cioè a chiedersi se quella concezione della Costituzione come indirizzo fondamentale, che in quanto tale contiene in sé le finalità essenziali - e quasi il destino, si potrebbe dire - della Repubblica, e che aveva sostenuto il processo di attuazione fino al suo culmine, proprio negli anni Settanta, sia ancora attuale, sia cioè adeguata alla società che per suo conto sempre più velocemente cambia» (M. FIORAVANTI, *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, in IDEM, *La Costituzione democratica*, cit., 423).

<sup>49</sup> IDEM, *Un profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 313.

<sup>50</sup> *Ivi*, 314.

<sup>51</sup> M. FIORAVANTI, *L'ultimo quarto del Novecento: la trasformazione costituzionale*, cit., 431.

<sup>52</sup> *Ivi*, 432.

costituzionale alla quale è dedicata la raccolta di scritti, con l'ulteriore incognita che «se un secolo fa si era progressivamente delineata la prospettiva della Costituzione, ora, a distanza di un secolo, se fosse vero nei fatti che anche quella prospettiva si sta esaurendo, non avremmo per il momento a portata di mano alcuna altra risposta altrettanto solida e strutturata»<sup>53</sup>.

### *Abstract*

The article comments on a collection of essays by Maurizio Fioravanti. The author's intellectual path regarding the transition from the rule of law to the constitutional state is reconstructed, making some critical considerations regarding the subject of the normativity of the Constitution and outlining, at the end of the work, the prospects of crises opened up by the phenomenon of globalization and by the transformations that have taken place in the system of political parties.

---

<sup>53</sup> IDEM, *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali*, cit., 145.

## Saggi

MAURO BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde.  
Tre esempi di populismo digitale*

MARIO FIORILLO, *Grande guerra ed eclissi dello Stato liberale*

SILVIO GAMBINO, *Statuto costituzionale e statuto eurounitario  
dei diritti fondamentali sociali*

GIUSEPPE VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari  
fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*

## Materiali

SERGIO BARTOLE, *Note propedeutiche alla lettura del saggio di  
Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto*

VEZIO CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei  
principi generali del diritto. Parte prima*

FEDERICO PEDRINI, *Colloquio sulla Sovranità.*

*Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)*

## Interventi, Note e Discussioni

GIORGIA BERRINO, *La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini  
commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale:  
uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)*

MATTEO CALDIRONI, *L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un  
problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*

GIOVANNI COGO, *La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali  
imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d.*

*"pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo*

GLADIO GEMMA, *La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali*

PAOLA MARSOCCI, *Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana:*

*contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione*

FABIO MERUSI, *Società a partecipazione pubblica e  
ricomposizione del potere esecutivo*

ANTONIO RIVIEZZO, *Il posto della democrazia partecipativa*

## Interpretazione e Giurisdizione

GUIDO ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*

MASSIMO LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*

FILIPPO PATRONI GRIFFI, *Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*

## Maestri del Novecento

AGOSTINO CARRINO, *Norberto Bobbio, testimone del secolo*

STEFANO MERLINI, *Piero Calamandrei*

## Nel cortile del banano

### Recensioni

TECLA MAZZARESE, *Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine*

FRANCESCO RIMOLI, *Religione secolare?*

Qualche riflessione su un'opera "minore" di Hans Kelsen

LUCA VESPIGNANI, *La parabola interrotta dello Stato moderno:  
dalla supremazia della legge al populismo (bis ans Ende der Welt?)*

## Schede bibliografiche