

# Studi e ricerche



# Costantino Mortati e la Scienza del diritto

Mortati è a ragione considerato il maggiore forse dei costituzionalisti italiani attivi nella seconda metà del secolo XX. È utile pertanto proporre una sintetica valutazione critica del prodotto teorico principale del suo pensiero, il concetto di «costituzione materiale», prendendo peraltro insieme in considerazione alcuni altri aspetti della sua imponente opera di giurista, i quali presentano con quel concetto importanti e illuminanti connessioni.

Questo saggio è destinato soprattutto alla lettura di giovani giuristi costituzionalisti, cui spetta rendersi criticamente familiare il pensiero dei maestri che hanno lavorato sul terreno della Costituzione italiana e coi quali essi devono necessariamente confrontarsi. Data la principale destinazione dello scritto indulgerò in spiegazioni forse più distese di quanto sarebbe necessario per un pubblico che abbia lunga esperienza nella materia.

Dato il suo scopo, il saggio ha un taglio prevalentemente critico. Non vuole essere una ricostruzione adeguata della intera figura di Mortati giurista, né una valutazione complessiva della sua opera. Per questo compito, occorrerebbe ben altro impegno di quello messo nello scrivere queste pagine.

La critica qui fatta del concetto mortatiano di costituzione materiale muove da premesse metodologiche che si trovano espresse dettagliatamente nel mio lavoro *Introduzione al Diritto costituzionale comparato*<sup>1</sup> e nel primo capitolo *L'oggetto e il metodo* nel manuale *Diritto costituzionale comparato* (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.P. Ferrari)<sup>2</sup>.

*Ai giovani amici giuristi della Statale di Milano e della Bocconi che hanno il coraggio di credere nei valori oggettivi di una ragione storicizzante e nel loro ruolo indispensabile nella scienza del diritto.*

<sup>1</sup> Torino, Giappichelli, 1995, *passim*.

<sup>2</sup> Roma-Bari, Laterza, 2009, 5-20. Vedasi anche il saggio *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2004.

## 1. MORTATI STUDIOSO DI STORIA COMPARATA DEI SISTEMI COSTITUZIONALI

Conviene cominciare col ricordare, come introduzione, i tratti caratteristici dei suoi contributi alla storia del diritto costituzionale comparato, i quali offrono il quadro dei materiali storici che fanno da sfondo alla elaborazione del concetto di costituzione materiale, e contengono insieme l'enunciazione di altri concetti generali nonché di un fascio di giudizi di valore che diverranno decisivi agli effetti di alcune applicazioni del concetto stesso<sup>3</sup>.

Come storico comparatista dell'evoluzione degli sviluppi storici delle costituzioni moderne Mortati è stato studioso di alta, indiscussa statura. Può ritenersi a suo modo un capolavoro il meditato, denso libro *Le forme di governo. Lezioni*, pubblicato nel 1962 e riedito con aggiornamenti nel 1973<sup>4</sup>.

Qualche succinta nota per dare sostanza a queste apodittiche affermazioni.

Nel corso delle sue indagini di storico, Mortati ha contribuito a meglio definire e ad affinare due importanti concetti empirici di carattere generale, utilissimi per la migliore intelligenza degli assetti costituzionali di un ordinamento moderno: *forma di stato* e *forma di governo*. Il primo designa i principi giuridici fondamentali (norme e loro applicazioni) regolanti i rapporti tra l'apparato statale e la società civile. Il secondo i principi fondamentali (norme e loro applicazioni) regolanti la distribuzione dei poteri in seno all'apparato statale. Egli ne ha precisato la distinzione ed anche i collegamenti funzionali tra i tipi del primo gruppo e i tipi del secondo. Si tratta di concetti di cui i costituzionalisti e i comparatisti italiani fanno a tutt'oggi un uso sistematico, anche se in termini non in tutto corrispondenti con quelli utilizzati da Mortati (e soprattutto non nei significati particolari che essi paiono assumere nell'ultimo Mortati).

Mortati ha validamente contribuito a definire i fondamentali «modelli» che hanno plasmato di sé le forme di stato dei paesi occidentali nel corso della storia moderna, e in particolare il *modello dello stato liberale* – affermatosi tra il Settecento e il primo Novecento – e il *modello dello stato «sociale»* – che è quello degli stati democratici contemporanei. La distinzione è oggi di uso corrente<sup>5</sup>, ed è essenziale strumento per l'intelligenza approfondita della

<sup>3</sup> Secondo l'impostazione metodologica degli studi di storia costituzionale comparata, accolta nelle opere di cui alle note 1 e 2, l'indagine di quella storia è essenzialmente diretta all'accertamento di accadimenti storici così come essi, nella loro oggettiva complessità, si sono sviluppati; ma appartiene al discorso storico esprimere anche, per l'unità dei processi della mente umana, giudizi di valore relativi alla qualità etico-politica di quegli sviluppi, giudizi fondati sui principi primi della ragione pratica, declinati secondo una logica storicistica.

<sup>4</sup> L'opera consisteva, nell'edizione del 1962, di lezioni tenute per il corso di diritto costituzionale e comparato nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma, raccolte a cura di Sergio Fois. L'edizione successiva (Padova, CEDAM, 1973), oltre agli aggiornamenti richiesti dai mutamenti intervenuti nelle costituzioni prese in esame, aggiunse un capitolo particolare dedicato all'Italia.

<sup>5</sup> Al solo scopo di comprovare l'universale impiego del concetto di «modello» e delle distinzioni interne che gli si riconnettono, menzioniamo due note opere, di larga circolazione, nelle quali modello

storia dei sistemi politici moderni. La concezione che dei modelli ha Mortati è ancora valida, ma occorre segnalare che essa si piega nelle ultime fasi del suo pensiero a utilizzazioni contestabili, specialmente, come vedremo, in una distorta commistione col concetto di costituzione materiale.

Egli è stato tra i primi a segnalare con decisione la tendenza degli stati sociali a spostare, nelle strutture delle forme di governo, per rispondere alle necessità del loro interventismo, il baricentro del potere dal Legislativo all'Esecutivo. Nel quadro di questa tendenza si è adoperato a collocare e a spiegare anche lo straordinario rafforzamento della figura del capo del governo realizzato dal Fascismo (*L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931)<sup>6</sup>. La tesi della necessità di un vero potere governante per un funzionale modello di stato sociale è rimasta una delle sue più convincentemente difese fino alla fine – ed è tesi valida.

Mortati ha utilizzato la teoria del ruolo decisivo delle élites – teoria già prospettata però prima da Gaetano Mosca e da altri<sup>7</sup> – nella genesi degli stati e nella loro gestione. Se ne è servito per combattere giustamente le versioni che di tale genesi davano i giuspositivisti classici (la grande scuola tedesca mettendo capo a Jellinek), inclini al formalismo giuridico, e il sostenitore del normativismo puro (Kelsen). La teoria accolta e rielaborata da Mortati introduce una dose di indispensabile realismo nella spiegazione di come si fondano e rifondano gli stati, in quanto portatori di un sistema normativo coattivo, e di come si formano ed evolvono le loro costituzioni. In una prima fase del suo

liberale e modello sociale sono categorie utilizzate per impostare l'intero discorso circa lo sviluppo e la conformazione degli ordinamenti statali moderni: *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, vol. 1, Bologna, Il Mulino, 1984; Giuseppe De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 6 ed., Padova, CEDAM, vol. I, 223 ss.

<sup>6</sup> *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, 1931. Dell'opera è stata offerta una ristampa inalterata, con prefazione di Enzo Cheli, Milano, Giuffrè, 2000 (dalla quale trarremo le citazioni).

<sup>7</sup> G. Mosca, *Elementi di scienza Politica*, 1896, 5 ediz., con prefazione di B. Croce, 2 voll., Bari, Laterza, 1953; Id. *Ciò che la storia potrebbe insegnare. Scritti di scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1958 (raccolgente saggi vari tra i quali «Teoria dei governi e governo parlamentare», 1893). La teoria delle élites di Mosca ebbe riscontri nelle concezioni sociologiche di V. Pareto (*Trattato di Sociologia generale*, 2 voll., 1916, ristampa, Milano, ed. Comunità, 1964), e di R. Michels, *Political parties. The oligarchic tendencies of modern democracies* – traduzione ingl. del saggio italiano del 1915 – New York, Collier Books, 1962. Sicché si è potuto parlare di una distinta, originale scuola italiana degli anni antecedenti la Prima Guerra Mondiale, teorizzante la classe politica come concetto cardine per la spiegazione dei fenomeni politico-sociali. In argomento può vedersi, nell'ambito di una vastissima letteratura, la puntuale ricostruzione e analisi di A. Pizzorno, *Sistema sociale e classe politica*, estratto da «Storia delle idee politiche, economiche e sociali» diretta da Luigi Firpo, Torino, UTET, 1972. La teoria delle élites, perni della vita degli stati e delle organizzazioni sociali, ha avuto diffusione larghissima anche fuori dall'Italia, con apporti ivi anche del tutto autonomi e originali. In Italia ha ottenuto la parziale adesione di B. Croce, ed ha costituito la base per la nota speciale concezione delle strategie politiche comuniste elaborata da A. Gramsci.

Mortati ha però utilizzato, per la costruzione della teoria dello stato, anche e soprattutto altre teorie, più strettamente legate alle problematiche delle costituzioni come fenomeni specificamente giuridici. Spiccano tra queste le teorie in particolare di Carl Schmitt e di Rudolf Smend. Ma sui rapporti tra esse e il pensiero di Mortati diciamo in note successive.

pensiero Mortati identificava le forze fondatrici degli stati nei partiti politici, poi comprese che per spiegare i fenomeni concernenti la vita degli stati e delle loro costituzioni bisogna guardare più in là, alle classi dirigenti in generale<sup>8</sup>. Tra i vari guadagni realizzati dall'approccio realistico di Mortati è la eliminazione dell'idea, cara al pensiero del positivismo classico della c.d. sovranità dello stato come potere giuridico letteralmente assoluto e illimitato, esercitato tipicamente dalle assemblee costituenti che deliberano la costituzione statale. Ma di ciò più oltre.

Occorre peraltro segnalare anche alcuni seri limiti e difetti nell'opera di Mortati storico comparatista delle costituzioni.

Col passare degli anni la sua idea delle classi dirigenti, da cui dipendono le sorti delle forme di stato e di governo, si è incupita. Gli sembra che le scelte da esse in proposito compiute siano di volta in volta solo dettate dal desiderio di difendere, secondo i modi che le circostanze suggeriscono, i propri privilegi, e, in particolare, la proprietà. Il nucleo dominante di quelle classi (in Occidente) è irriducibilmente avverso a un accorciamento delle distanze che separano i governanti-possidentes e le masse popolari. Esso è dunque avverso, in sostanza, alla stessa idea di democrazia. Filtra in questa visione mortatiana una forte influenza degli insegnamenti del materialismo storico e della sua concezione della storia come tutta lotta di classi economiche. Parallelamente, il valore che occupa il posto di vertice nel pensiero etico-politico di Mortati è quello dell'eguaglianza sostanziale. Esso richiede sviluppi avanzatissimi di intervento, di tutela sociale, di forte avvicinamento delle fortune, esigibili da uno stato democratico contemporaneo. Munito di questo metro, egli misura i meriti, o meglio i demeriti, degli attuali ordinamenti costituzionali occidentali<sup>9</sup>.

È un grosso errore vedere nella evoluzione storica dei sistemi politico-giuridici moderni solo, o prevalentemente, il filo rosso degli interessi economici. Le classi dirigenti europee e americane, pur certo non trascurando la difesa e promozione delle proprie posizioni di possesso e di ricchezza, hanno saputo elaborare modelli culturali, costituzionali e politici di altissima qualità civile, ispirati anche a idee generose di giustizia. La teoria hegeliana della storia come storia del progresso della libertà è semplicistica, ma contiene un nucleo

<sup>8</sup> I partiti politici come le vere forze fondatrici e sostenitrici degli stati è la tesi accolta e difesa nel libro del 1931 sulla nuova forma del governo italiano (citato) e del libro *La costituzione in senso materiale* del 1940. Il passaggio alla più ampia visione, incentrata sul più largo concetto delle classi dirigenti, si trova realizzato chiaramente, in particolare, nella grande voce *La costituzione in generale* del 1962 (in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI).

<sup>9</sup> L'accentuato sviluppo in senso materialistico-pessimista del pensiero mortatiano è percepibile a partire dai contributi degli anni '70, e spiccatamente dagli aggiornamenti e aggiunte del libro *Le forme di Governo* del 1973, dal saggio *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt* (in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1972, fasc. 2), dalle ultime edizioni del manuale *Istituzioni del diritto pubblico* (la IX è del 1975) e dalla voce *Principi fondamentali. Art. 1* (in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975).

di verità<sup>10</sup>. L'eguaglianza sostanziale non è un valore di vertice. Il dovere fondamentale dell'uomo consiste nel contribuire all'avanzamento della civiltà, in rapporto alle situazioni date e nei limiti da esse consentiti; secondo le indicazioni suggerite oggettivamente dalla ragione. Altri valori di livello intermedio possono far premio su quello dell'eguaglianza sostanziale nelle condizioni del mondo moderno. Nella sfera economica, tra gli altri, quello stesso dell'accrescimento della ricchezza collettiva.

Si avverte negli scritti di Mortati una avversione serpeggiante, radicata e quasi istintuale, nei confronti della costituzione economica della forma di stato liberale. Visibile è qui la influenza su di lui di certe correnti del pensiero cattolico, sia tradizionalmente «reazionario», sia «progressista» (Mortati non ha di certo assorbito la lezione liberale di un Antonio Rosmini)<sup>11</sup>. Quella costituzione economica è il frutto di una raffinatissima costruzione intellettuale, poggiante sull'idea dei vantaggi derivanti dalla libertà del mercato e sull'idea dell'individuo auto-responsabile. Mortati è di massima esatto nella descrizione dei suoi istituti. Ma talvolta l'antipatia lo trascina nell'errore. Il modello liberale fallì – egli dice – perché conteneva una contraddizione: prometteva insieme libertà e eguaglianza, e quest'ultima non poteva darla<sup>12</sup>. Ma non c'è contraddizione, perché l'eguaglianza voluta dal modello liberale era quella formale, non quella sostanziale. E il superamento del modello liberale, agli inizi del Novecento, fu dovuto al sopravvenire della totale industrializzazione nei modi di produzione, con conseguenti, profondi rivolgimenti sociali e il sorgere di nuove esigenze non soddisfacibili con quel modello. Troviamo anche, in Mortati, la sorprendente ripetizione di una tesi vetero-marxista: il

<sup>10</sup> Il merito in proposito del pensiero hegeliano si coglie, più che nelle pagine farraginose e strutturate secondo rigide categorie formali delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, nelle *Vorlesungen ueber die Philosophie der Geschichte*: lezioni raccolte e primamente pubblicate dallo scolaro Hans Ganz. Ivi la palpitante storia culturale della specie umana, suddivisa in tappe e periodi di successivo progresso, dal mondo dell'oriente, a quello greco-romano, a quello germanico e cristiano moderno, viene presentata come la conquista di una sempre più piena coscienza dei valori civili della libertà e della diffusione di essi e delle corrispondenti istituzioni tra un numero crescente di uomini. (Le *Vorlesungen* possono leggersi, per esempio, nella edizione Reclam, del 1961, con prefazione – peraltro non felice – di Theodor Litt). Vedasi anche *Die Vernunft in der Geschichte*, nuova edizione critica curata da Johannes Hofmeister, Hamburg, Felix Meiner, 1955.

<sup>11</sup> Per la conoscenza di Rosmini pensatore liberale, fondamentale è la lettura di almeno tre sue opere *Filosofia della politica* (1837-1838), ristampa a cura di Sergio Cotta, Milano, Rusconi, 1985; *Filosofia del diritto*, 2 voll., Napoli, Battelli, 1844-1845; *La Costituzione secondo la giustizia sociale, con una appendice sull'unità d'Italia*, Milano, G. Redaelli, 1848. Luogo centrale nel pensiero politico-giuridico rosminiano occupa l'istituto della proprietà privata – anche come misura di una equilibrata strutturazione e limitazione dei poteri dello stato –: un punto di vista sicuramente non accettabile da Mortati, in qualunque fase del suo pensiero. Per una analisi delle radici filosofico-etiche del federalismo caldeggiato da Rosmini come soluzione del problema dell'unità dell'Italia, G. Bognetti, *L'unità d'Italia nel pensiero di A. Rosmini e di A. Manzoni*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 1998.

<sup>12</sup> *Le forme di governo*, cit., 43 ss. Si tratta di affermazione spesso ricorrente in giuristi storici intimamente contrari al modello liberale. Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 33 ss.; Id., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 25 ss.; Id., *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, 35, 69.

liberalismo avrebbe cagionato l'immiserimento delle masse<sup>13</sup>. Quando l'elevazione complessiva nell'Ottocento dei popoli del Nordatlantico, non solo nel benessere materiale ma in quello culturale, fu straordinaria, e riguardò anche gli strati bassi della società<sup>14</sup>.

Per contro, una appena contenuta simpatia pervade la sua descrizione delle costituzioni degli ordinamenti comunisti: ad essi va il merito di ispirarsi al principio di un finale eguagliamento sostanziale di tutti i cittadini, in una società senza classi<sup>15</sup>. Il pessimismo di fondo che contraddistingue il suo pensiero gli impedisce di prestar fede all'avvento di questa radicale trasformazione (la divisione dirigenti-diretti, governanti-governati, è destinata a restare con noi in qualche modo per sempre). Ma apprezza l'intenzione, e molti dei risultati nel frattempo conseguiti. Mortati, nel descrivere accuratamente i profili istituzionali previsti da quelle costituzioni, non si presta a far passare per vero e attuato tutto ciò che sta scritto in quelle Carte, e a chiamare «democrazia» nel senso occidentale della parola le procedure di governo da esse prescritte. Sa – e lo dice – che dietro quelle procedure sta la realtà del partito unico, o del partito interamente dominante sovra i pochi altri ammessi. Ma si ferma praticamente a questo punto. Non si spinge a farci vedere (ma le vede lui?) le strutture di una società in cui si staccano di fatto nettamente le due classi privilegiate dei politici del partito e dei burocrati, il resto della popolazione vive ancora in grande povertà (secondo standards occidentali), c'è una dittatura di uno o di pochissimi, e su tutti (anche sui privilegiati) aleggia una atmosfera che è composta di incertezza e quasi di terrore<sup>16</sup>. Mortati comunque ha fiducia (siamo negli anni '70) che il modello comunista possa migliorarsi. Se il suo sistema della pianificazione economica allentasse le presenti, rigide maglie, e gli stati occidentali «sociali» adottas-

<sup>13</sup> *Le forme di governo*, cit., 63.

<sup>14</sup> Un quadro complessivo degli innegabili progressi economici, sociali e culturali, anche delle classi inferiori, nel periodo dell'Ottocento in Europa e in America del Nord, può ricavarsi dalla semplice lettura di un odierno manuale quale, per esempio, R. Canceron e L. Neal, *Storia economica del mondo*, vol. 2, *Dal XVIII secolo ai nostri giorni*, Bologna, Il Mulino, 2006. I progressi sono stati ora riconosciuti anche da due grandi studiosi, pur avversi al modello dell'economia liberale, eredi del pensiero marxista e seguaci dell'idea socialista: K. Polany, *The Great Transformation. The Political Origins of our Time*, 1944, rist., Boston, Beacon Press, 1957; E.J. Hobsbawm, *Industry and Empire*, London, Penguin Books, 1968.

Vedasi anche V. Zamagni, *Dalla rivoluzione industriale all'integrazione europea. Breve storia economica dell'Europa contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2005.

<sup>15</sup> Mortati, nelle *Forme di governo*, colloca sotto la stessa categoria «stato socialista» sia il tipo di stato «social-democratico», che ancora ammette qualche spazio alla proprietà e all'iniziativa economica privata, sia il tipo dello «stato bolscevico» o comunista, che elimina totalmente quegli istituti, con una più intera e logica realizzazione del valore della eguaglianza tra gli uomini, anima nobile dell'ideale socialista (pp. 50-61).

<sup>16</sup> La analisi – priva di alcuna, aperta valutazione negativa, informata ad un sorprendente atteggiamento di più che benevola neutralità – riguarda, con descrizione dettagliata, sia il governo dell'URSS, sia quello della Cina, sia quello della Jugoslavia, esempi tipici di stato comunista.



sero a loro volta finalmente il metodo di una seria programmazione, i due modelli si accosterebbero di molto, con grande vantaggio – secondo lui – per i popoli rispettivamente interessati<sup>17</sup>.

## 2. IL CONCETTO DI COSTITUZIONE MATERIALE (E TEORIE ANNESSE)

1) È il concetto a cui si deve principalmente la diffusa popolarità di Mortati teorico del costituzionalismo. È una invenzione sua, nel nome e nella sostanza, salvo qualche parziale precedente nelle teorie tedesche di Carl Schmitt (la costituzione in senso «sostanziale», prodotto di una «decisione» sovrana preliminare)<sup>18</sup> e di Smend (la costituzione come processo integrativo dei cittadini attorno a valori)<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Le forme di governo*, cit., 378.

<sup>18</sup> Il riconoscimento da parte di Mortati dell'importanza di Schmitt per la formazione del proprio pensiero compare fin dall'opera *La costituzione in senso materiale* del 1940, e quell'importanza viene da lui ribadita in modo accentuato e eulogistico nelle ultime *Brevi note*, pubblicate nel 1973 nei «Quaderni fiorentini» (sopra citate). Schmitt, secondo Mortati, ha il grande merito di avere compreso che le vere strutture costituzionali dello stato debbono identificarsi in base ad una «scelta fondamentale» relativa alla forma dello stesso, compiuta in sede costituente (una *Entscheidung* radicalmente fondativa). E che tale scelta sta al di qui – prima e sopra – della costituzione racchiusa nelle formule di un testo costituzionale e di analoghe leggi solenni (bisogna distinguere la vera, sostanziale *Verfassung* dalla formale *Konstitution*). La scelta fondamentale, inoltre, riguarda non solo le strutture politiche dello stato (il *politisches Bestandteil*: democrazia o repubblica), ma anche il modo di essere della società civile (il *Rechtsbestandteil*: in alternativa, strutture liberali o strutture socialiste, etc.). Solo l'esistenza di una *Verfassung* conferisce unità all'ordinamento giuridico; la quale viene messa in forse se l'impero della *Verfassung* si affievolisce. La maggiore differenza tra la concezione di Schmitt e quella di Mortati riguarda probabilmente il soggetto che effettua la scelta della costituzione sostanziale (della *Verfassung*) e, rispettivamente, nel linguaggio di Mortati, della «costituzione materiale». Per Schmitt esso coincide, per quanto sembra, con il popolo inteso come ente politico, preesistente come tale e dotato di un potere costituente assoluto – la sua scelta fondamentale è del tutto giuridicamente libera – (forse Schmitt lascia però in realtà irrisolto il problema del soggetto). Per Mortati, come si è in parte già detto e meglio si vedrà, esso coincide realisticamente con la classe politica dominante, portatrice di un suo sistema di fini politici, che ne determinano e delimitano in concreto il potere costituente in sede di adozione della Costituzione formale.

Sui rapporti tra il pensiero di Schmitt e di Mortati la saggistica è ricchissima (troppo ricca). Vedasi comunque, per esempio, A. Catania, *Mortati e Schmitt*, in A. Catelani e S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di una idea*, Milano, Giuffrè, 2001, 109 ss.

<sup>19</sup> Smend concepisce la costituzione come un insieme di valori e principi fondamentali (relativi ai diritti delle persone e relativi all'organizzazione dello stato) i quali operano di fatto a suscitare, nutrire e rinforzare, con la loro multiforme influenza, motivi di integrazione dei cittadini in una unità politica coerente e funzionale. La condivisione di quei valori e principi è il traguardo cui devono mirare e mirano, al di là dei loro contenuti specifici, che possono variare, le formule in cui si presentano le norme delle Costituzioni formali. In questa visione funzionalista dei testi costituzionali, disancorata nella sua generalità da quella classica liberale della Costituzione come garanzia dei diritti individuali, Mortati ravvisa il merito di Smend: la sua teoria può applicarsi ad ogni forma dello stato moderno e ne spiega il modo di operare, anche nei casi in cui non sono presenti in esso le caratteristiche del costituzionalismo occidentale tradizionale.

Anche per Smend gli apprezzamenti di Mortati risalgono ai tempi delle sue prime opere e perdurano fino al termine della sua produzione scientifica. Ma la ammirazione per lui è minore di quella tributata a Schmitt, nonostante forse maggiori differenze esistano rispetto al pensiero di quest'ultimo. Anche Mortati, come molti, ha subito eccessivamente il fascino del fosforescente pensatore di Plettenberg.

Il concetto si trova in embrione nel libro del 1931 sulla nuova forma di governo italiana, ove i principi programmatici del regime fascista vengono usati per portare ad unità coerente di sistema le disparate normative dello Statuto albertino e della legislazione riformatrice degli anni 1925-1928.

Esso compare col suo nome – che non figurava nel libro del 1931 – nel libro del 1940, *La costituzione in senso materiale*<sup>20</sup>. Ivi esso viene sviluppato in teoria di carattere generale, valida per tutte le esperienze degli stati moderni, con largo impiego di argomentazioni e spiegazioni.

Ripreso a partire dalla prima edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico* e poi via via con ritocchi nelle edizioni successive<sup>21</sup>, esso riceve una nuova trattazione nella amplissima voce *La costituzione in generale per la Enciclopedia del diritto*, XI, 1962<sup>22</sup>.

La definizione che ne dà Mortati è avvolta in un linguaggio complicato, difficile, talvolta passibile di difformi interpretazioni. Inoltre, nel corso del tempo esso ha subito variazioni non secondarie. Qualche anno fa un valoroso giovane studioso ha tentato, con analisi minutissima, di fissarne il contenuto definitivo, peraltro prescindendo dalle utilizzazioni che il giurista ne ha fatto nella sua opera di interprete della Costituzione italiana, e prescindendo da una valutazione critica (M. Brigaglia, *La teoria del diritto di Costantino Mortati*, 2006)<sup>23</sup>.

Dati i fini di questo saggio, che non si propone compiti di esegesi approfondita e ragionata nei dettagli, bensì appunto di valutazione critica, esporrò in primo luogo, sinteticamente, senza indugiare su possibili alternative, quella che mi pare (in larga coincidenza del resto con la ricostruzione di Brigaglia) *l'interpretazione più probabile* del contenuto e della portata del concetto nel pensiero di Mortati; in ogni caso, tra le possibili, l'interpretazione dal punto

<sup>20</sup> Milano, Giuffrè, 1940. È stato ristampato da Giuffrè nel 1998, con prefazione di G. Zagrebelsky.

È il caso di ricordare che, quasi contemporaneamente al libro di Mortati sulla costituzione materiale, comparve un'opera di Vincenzo Gueli, che, facendo impiego del concetto di «regime politico», esprimeva idee non lontane da quelle elaborate da Mortati: *Regime politico e ordinamento del governo*, Milano, Giuffrè, 1942 (opera ripresa più tardi e ampliata nel volume *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1959). Un confronto del pensiero di Gueli con quello di Mortati sarebbe di grande interesse ai fini di una storia complessiva del pensiero costituzionalistico italiano del periodo, mentre l'analisi del pensiero di Gueli preso a sé pure meriterebbe, per le sue qualità, di essere qui fatta. Ma l'una e l'altra cosa non appartengono all'oggetto e agli scopi critici circoscritti di questo saggio, e vanno rinviate.

<sup>21</sup> La prima edizione delle *Istituzioni* è del 1949, la IX (Padova, CEDAM) è del 1975. Nelle varie edizioni il concetto di costituzione materiale viene formulato con parziali varianti, delle quali, dati i fini di questo saggio, non è necessario dare qui un conto specifico e distinto.

<sup>22</sup> Il testo nella sua versione originale è stato ristampato nel volume-strenna *Una e Indivisibile*, Milano, Giuffrè, 2007, 61-233, preceduto da un lungo saggio di A. Barbera, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*. Per comodità, citeremo dal testo della ristampa.

<sup>23</sup> Milano, Giuffrè. Al tema della «costituzione materiale» è dedicato tutto il secondo capitolo dell'opera (pp. 179-266).

di vista teorico più interessante<sup>24</sup>. Mi baserò su tutte le principali opere che hanno trattato dell'argomento, tenendo però conto soprattutto delle posizioni assunte nel lungo articolo per la *Enciclopedia del diritto*.

2) Il concetto di costituzione materiale nasce in collegamento con il ruolo riconosciuto alle classi dirigenti (con l'elemento di punta nella classe politica e di estrema punta nei partiti politici) nella fondazione o rifondazione dello stato, ruolo di cui s'è già detto sopra. Secondo Mortati:

a) Lo stato è fondato o costituzionalmente rifondato attraverso l'affermazione di fatto della volontà politica di una classe dirigente che gode in seno alla società di una posizione di dominio (dovuta a vari, possibili fattori); volontà che si estrinseca nella posizione programmatica di un insieme di principi o valori relativi ai *fini politici fondamentali* che lo stato deve perseguire e alle *linee fondamentali di una sua congrua organizzazione* (in quanto avvertite, queste ultime, come strutture indispensabili per la piena realizzazione dei suddetti fini politici<sup>25</sup>. I principi e i valori posti di fatto alla base della vita concreta dello stato rappresentano la sua *costituzione materiale*. Essa determina nell'essenziale la *forma di stato* e la congiunta *forma di governo* proprie dell'ordinamento (i fini politici che predispongono da un lato il sistema dei

<sup>24</sup> La ricostruzione di Brigaglia insiste nel presentare la costituzione materiale, nel pensiero di Mortati, come atto di volontà diretto a imporre con sufficiente forza un insieme plurale ma coerente di principi politici nell'atto di fondazione dell'ordinamento; volontà di una classe dominante che si imprime con efficacia nell'ordinamento e ne garantisce nel tempo la identità e la stabilità. Mario Dogliani (*Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 332-343) chiama questa versione del concetto il riflesso di una concezione «imperativistica» del diritto, che sarebbe di massima presente nel pensiero di Mortati, ma non presente in tutte le fasi d'esso (in quella del periodo fascista e in quella del ripiegamento dei valori della Costituzione repubblicana per il ritorno al predominio delle forze conservatrici; non nella fase intermedia della nascita della Repubblica). Brigaglia ribadisce che una impostazione tendenzialmente «imperativistica» apparterebbe al pensiero di Mortati dall'inizio alla fine; ma riconosce che affiorano in esso talvolta spunti di una diversa, «pluralistica», concezione del diritto, in luoghi ove peraltro Mortati sembra inconsapevolmente cadere in contraddizione con gli assunti fondamentali della sua teoria.

I tentativi di individuare la vera essenza del concetto di «costituzione materiale» forgiato da Mortati non si riducono a quelli parzialmente divergenti di Brigaglia e di Dogliani. Sono molteplici e in conflitto tra loro. Per le ragioni sopra dette, non importa farne qui una rassegna. Esponiamo, per sottoporla ad una indipendente analisi critica, l'interpretazione che sembra la più meritevole di considerazione, perché oltretutto anche la più stimolante da un punto di vista teorico. Essa comunque – ripetiamo – si mantiene in tutto vicina a quella diligentemente prospettata da Brigaglia nella sua ricostruzione puntuale.

<sup>25</sup> I modi di organizzazione dello stato apparato – le forme di governo – possono variare in funzione della realizzazione dei fini politici fondamentali prescelti – la forma di stato –, in rapporto alle diverse situazioni storiche e alle loro varie esigenze. Peraltro Mortati ritiene che vi sia di massima, rispetto al tipo di fini prescelti, un tipo minimo di strutture organizzative da adottare affinché quei fini possano realizzarsi. Per esempio, i fini politici propri dello stato liberale richiedono necessariamente una qualche forma di divisione o separazione dei poteri nelle strutture autoritarie dello stato (*Le forme di governo*, cit., 81 ss.). Sotto tale profilo può ben dirsi che fanno parte della «costituzione materiale», come insieme di valori e principi voluti dalla classe dominante a presidiare l'ordinamento, anche aspetti dell'organizzazione dell'apparato statale che appaiono a tale classe irrinunciabili per la piena realizzazione dei fini politici fondamentali. Fermo restando che vi sono aspetti della forma di governo in concreto adottata dalla Costituzione formale i quali potranno invece non essere ritenuti dai «padroni» della costituzione dotati di superiore forza «materiale».

rapporti tra apparato autoritario e società civile e dall'altro lato l'organizzazione interna dell'apparato autoritario, nella misura in cui il tipo di organizzazione prescelto viene considerato imprescindibile per la attuazione dei fini prescelti). La costituzione materiale è il *fondamento reale* dell'ordinamento giuridico preso nel suo insieme: ciò che gli conferisce *legittimità* – ossia validità alla sua pretesa di essere obbedito – nella coscienza della classe dirigente e del popolo in generale.

b) La *costituzione formale* è distinta dalla costituzione materiale e nasce dalla volontà della classe dirigente di realizzare i valori e i principi accolti in quest'ultima attraverso l'adozione di un preciso ordine normativo sistematicamente articolato e coercibile. Le costituzioni formali sono composte vuoi da documenti solenni, dotati di massima di una particolare «rigidità», vuoi in aggiunta, o anche eccezionalmente in via esclusiva, da leggi ordinarie relative alla definizione normativa della forma di stato e della forma di governo o di qualche loro aspetto. Le costituzioni formali contengono in genere enunciazioni normative in armonia con i postulati della costituzione materiale, ma possono anche contenere norme di ispirazione diversa e comunque norme che si estendono oltre le esigenze di quei postulati.

c) La costituzione materiale deve intendersi dotata di pieno *valore giuridico*. Per il positivismo classico i fatti relativi alla genesi della costituzione formale appartengono alla competenza degli storici politici, salva la necessità per il giurista di ricorrere ad essi eccezionalmente per chiarire il significato di qualche disposizione oscura (mentre nell'insieme l'interpretazione della costituzione si fa avvalendosi del criterio letterale e di quello logico-sistematico). Per Mortati la pienezza del valore giuridico della costituzione materiale si coglie, in primo luogo, nel fatto che l'insieme dei principi e dei valori fondamentali che hanno presieduto, come scelta di fondo, alla genesi della Costituzione formale, informano di sé, di regola, le attività di successiva interpretazione-applicazione delle disposizioni normative di quella Costituzione. Tali attività non potrebbero spiegarsi, nei loro particolari contenuti, senza tener conto dell'influenza decisiva, di fatto, di quei precostituiti principi e valori. In secondo luogo, il pieno valore giuridico della costituzione materiale risiede nell'impegno, richiesto dalla logica del sistema e del corretto ragionare giuridico, a leggere e sviluppare le disposizioni di quella Costituzione alla luce di quei principi e valori: i quali ne sono infatti – come già detto – *la base e la giustificazione, la sola vera fonte di legittimità*. Tale impegno riguarda tutti i lettori della Costituzione che siano chiamati a farne, o a consigliarne, nel rispettivo ambito di attività, l'applicazione: i legislatori; i governi; gli organi amministrativi; i giudici; gli stessi cittadini, nel loro agire politico e sociale; la dottrina giuridica che lavora a fornire un quadro sistematico e coerente del diritto, suggerendo alle autorità la giusta interpretazione delle norme da mandare ad effetto.

d) Alla luce dei valori presenti nella costituzione materiale gli interpreti applicatori della costituzione formale possono riconoscere l'esistenza di una *gradazione di importanza* tra le norme enunciate in quella costituzione, essendo di maggior rilievo quelle direttamente espressive dei valori materiali. Essi sono chiamati a risolvere in conformità gli eventuali conflitti emergenti tra le norme formali in questione. L'attività di interpretazione e ricostruzione del sistema costituzionale non può ridursi dunque – come pretenderebbe la teoria positivista classica – a operazioni di semplice, facile esplicazione del dato normativo positivo e di sistematica deduzione logica da esso. Operazioni interpretative condotte eventualmente solo in base ai criteri dettati dalla teoria del positivismo classico contengono in sé in larga misura scelte occulte di natura politica effettuate dall'interprete. L'interpretazione del dato positivo formale compiuta invece con riferimento ai valori oggettivi contenuti nella costituzione materiale non elimina del tutto la presenza di valutazioni in senso lato politiche nell'opera dell'interprete ma contribuisce a ridurre la discrezionalità. E i valori della costituzione materiale servono anche a orientare le operazioni di interpretazione evolutiva del dato formale positivo quando si tratti di applicarlo a situazioni nuove, non previste rispetto a quelle in rapporto alle quali il dato fu posto.

e) Negli ordinamenti ove esiste una costituzione formale rigida ed è previsto un sindacato giudiziale di costituzionalità sulle leggi ordinarie, il sindacato deve effettuarsi in base a una costituzione formale interpretata alla luce dei valori propri della costituzione materiale. E dunque ai fini dei conseguenti giudizi di costituzionalità risulteranno decisivi gli orientamenti dettati dalla costituzione materiale. Negli ordinamenti ove non è previsto un sindacato giudiziale di costituzionalità alla giurisprudenza spetterà comunque di interpretare le leggi ordinarie – anche quelle non direttamente afferenti alle forme di stato e di governo – in modo da renderle conformi e cooperative ai fini politici che le classi dirigenti hanno fissato nella costituzione materiale.

f) Attraverso il riferimento alla costituzione materiale è possibile altresì individuare le norme della costituzione formale che non possono essere legittimamente abrogate nemmeno con i procedimenti speciali ammessi per la revisione in genere della costituzione: quelle la cui scomparsa offenderebbe qualche fine politico considerato irrinunciabile dalla classe dirigente che ha voluto quella costituzione. La loro eliminazione, in questo caso, avrebbe il carattere di un atto sovversivo, rivoluzionario.

g) L'adozione di una nuova costituzione materiale – fatto per sé sempre giuridicamente rivoluzionario – comporta la modificazione della identità politico-giuridica dello stato. Questa invece resta ferma, se, al di là delle modificazioni costituzionali formali, la costituzione materiale non muta. L'identità di uno stato è dunque legata alle finalità politiche fondamentali poste dalle classi dirigenti alla sua base. Ciò è vero a tal punto che persino il mutamento sensibile di due degli elementi tradizionalmente ritenuti costitutivi dell'ente

stato – popolo e territorio – può non influire sulla identità stessa dello stato se restano fermi i fini politici fissati nella costituzione materiale<sup>26</sup>.

h) La costituzione materiale può assumere contenuti di qualsiasi tipo politico. Può imporre allo stato la forma della monarchia o della repubblica, i principi del modello del partito unico o del pluralismo partitico, i principi del modello liberale o di quello socialista o di quello sociale, e via dicendo.

### 3. VALUTAZIONE CRITICA DEL CONCETTO DI COSTITUZIONE MATERIALE (E TEORIE ANNESSE)

Mortati, come tutti i giuristi che non approdano a una concezione del diritto *integralmente realistica*, tende a «ontologizzare» o «reificare» i concetti giuridici, trattandoli come distinte entità che esistono di per sé, al di qui e al di sopra dei concreti pensieri, sentimenti ed atti delle singole persone, attraverso i quali soltanto le norme giuridiche (al cui trattamento i concetti sono in varia maniera funzionalmente preordinati o coordinati) hanno effettiva esistenza. Il suo discorso, pertanto, non riesce mai a distinguere nettamente la *funzione descrittiva* dei concetti che impiega dal loro uso in *funzione prescrittiva*. Procede fondendo in genere descrizione e prescrizione, ovvero spostandosi senza avvertire dall'un tipo di linguaggio all'altro. Accade così anche col concetto di costituzione materiale e con le teorie che gli si ricollegano. Gli enunciati con i quali abbiamo sopra riassuntola sostanza del concetto e delle annesse teorie si sforzano di riprodurre per quanto possibile e fedelmente la duplice, mista faccia delle definizioni e delle formule impiegate da Mortati, pur facendo inevitabilmente battere la luce nei vari punti a volte più sulla portata descrittiva,

<sup>26</sup> Il rilievo dato da Mortati all'importanza decisiva, per l'accertamento dell'identità di uno stato, a taluni contenuti particolari dei fini politici accolti nella «costituzione materiale», lo induce per esempio ad accettare una tesi, non isolata presso i costituzionalisti italiani, ma giustamente respinta dagli storici della politica e delle istituzioni più autorevoli (R. Romeo, *Cavour e il suo tempo. 1854-1861*, Roma-Bari, Laterza 1984, 899). Il regno d'Italia, proclamato per legge il 27 marzo 1861, niente altro sarebbe da un punto di vista della costituzione interna e del diritto internazionale, che il regno di Sardegna ingrandito (*Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1975, 81-84). Il nuovo stato italiano, nato a seguito di rapidissimi processi di guerra e di annessione, constava di una superficie terrestre cinque volte superiore rispetto a quella dello stato piemontese e di una popolazione più di quattro volte più grande. Conseguiva a questo imponente mutamento di dimensioni la trasformazione radicale dei problemi economici e sociali che il governo doveva affrontare al suo interno, nonché di quelli derivanti dalla sua nuovissima collocazione internazionale. È a dir poco singolare che la teoria della «costituzione materiale», che mirava a superare in nome del realismo i formalismi delle teorie positivistiche classiche, consenta di ignorare del tutto l'enorme impatto di questi radicali mutamenti di problemi (e delle relative, inevitabilmente nuove finalità politiche da perseguire) sulla compagine complessiva dello stato. Ma la causa di questa sorprendente pretermissione sta nello speciale peso che Mortati – qui in chiave marxista – dà a un valore che secondo lui avrebbe assorbito e esaurito l'anima delle classi dirigenti italiane dell'epoca. I dirigenti della nuova Italia non facevano altro che perseguire lo stesso, supremo fine politico che era stato in cima ai pensieri e alle volontà dei reggitori dello stato piemontese: la tutela e la promozione dei diritti e degli interessi dei borghesi, degli *haves*. Tanto bastava per proclamare che lo straordinario ingrandimento dell'ente politico non ne aveva trasformato la essenziale continuità-identità storica, a dispetto dei tanti altri nuovi compiti che esso si era assunto di assolvere.

a volte più sulla portata prescrittiva del discorso in cui l'autore si avvolge. Poiché però noi vogliamo fare una valida valutazione critica del concetto e delle teorie, non possiamo accettare di discuterne su questo confuso terreno di indistinzione (che è quello ove di solito si svolgono invece le dispute tra i suoi oppositori e difensori).

Dobbiamo dunque scindere la valutazione del concetto e delle teorie in quanto utilizzabili per la comprensione dei fenomeni costituzionali-giuridici nella loro oggettiva realtà storica, dalla distinta valutazione d'essi come criteri per orientare in un certo senso, piuttosto che in un altro, l'opera degli applicatori (d'ogni genere) di normative costituzionali.

Per meglio capacitarsi della giustezza di questa scissione conviene richiamare a chiarimento qualche nozione circa la concezione complessiva del lavoro dei giuristi dal punto di vista di una teoria rigorosamente «realista» (o radicalmente «idealistica») della natura del diritto<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> È importante a questo punto ricordare che la visione «integralmente realistica» del diritto – la quale postula la non-esistenza in sé delle norme giuridiche e la loro sola esistenza come momenti strumentali interni di singoli atti pratici rivolti concretamente a influire su atti futuri – non appartiene soltanto a una corrente del pensiero filosofico-giuridico americano (quella che va da Gray a Holmes, da Pound a Llewellyn e a Franck), alla quale si suole dare genericamente il nome di «realismo giuridico». Essa forma la sostanza anche della concezione del diritto presente nella contemporanea corrente filosofica dell'idealismo italiano, sviluppatasi nella prima metà del Novecento. L'irrealtà delle norme (giuridiche e non), fuori dal contesto dei singoli atti di natura economica o politica o etica, che le sfruttano ai loro fini, è la tesi radicale sostenuta da Benedetto Croce nella sua *Filosofia della pratica*, 1907. Ma essa, avvolta in un gergo parzialmente diverso e speciale, figura anche negli insegnamenti di Giovanni Gentile, il quale riduce il diritto a un momento dell'onniasorbente atto etico (*I fondamenti della filosofia del diritto*, 1916). La tesi, in versioni più o meno variate, e magari più complicate e meno limpide, è ripresa pure dai successivi seguaci della scuola – i Maggiore, gli Ascoli, i Pekelis, gli Spirito, i Volpicelli, ecc.

Agli effetti dei problemi che qui ci interessano la qualifica di «integralmente realistica» o di «radicalmente idealistica» data alla tesi della irrealtà delle norme prese a sé, non fa differenza. La differenza rileva su un terreno di filosofia teoretica, che in questa sede non è in discussione. Più comoda, anche perché meno esposta a possibili fraintendimenti, è, da un punto di vista pratico, la denominazione della tesi come «realistica» o «integralmente realistica». Alla quale perciò, per brevità, ci atterremo. Ma non si può non deplorare il silenzio che nella attuale dottrina filosofico-giuridica italiana, pur simpatizzante per una visione «realistica», si è steso attorno alla affinità dell'approccio ai problemi del diritto del nostro idealismo con quello del realismo americano. Da Tarello a Guastini il riconoscimento dei meriti della tradizione realistica americana è aperto e risonante – anzi molti dei suoi insegnamenti vengono da questi autori dichiaratamente sposati. Il nome di quei «realisti» che furono gli idealisti italiani non compaiono invece mai. È lecito ravvisare in tutto ciò – da parte di uno che la tradizione americana ha lungamente studiata e valorizzata – una specie di provincialismo alla rovescia, le cui cause rimangono non chiare.

È vero che gli insegnamenti del realismo filosofico-giuridico americano hanno penetrato a fondo e plasmato di sé la dottrina e la prassi giurisprudenziale degli Stati Uniti, trasformandosi per così dire in «esperienza giuridica vivente». Le proposte filosofico-giuridiche dell'idealismo italiano son invece restate nelle aule chiuse di qualche università e non hanno mai conquistato il mondo dei giuristi pratici e delle Corti di giustizia. Da noi, per tutto il Novecento, l'atmosfera del diritto è rimasta dominata da un più o meno ferreo positivismo, il quale presuppone, proprio all'opposto, la realtà giuridica tutta formata da norme che esistono, una volta poste, in un castello dotato di una sua autonoma identità, da conoscersi con ricerche di natura meramente descrittive e sistematiche. Tuttavia, il destino pratico diverso dei due insegnamenti teorici affini non giustifica l'oblio di cui uno di essi ha patito nella sua patria d'origine.

Da un punto integralmente realistico, le principali branche in cui si divide la scienza giuridica sono due. La prima ha per sua essenziale finalità la conoscenza di ciò che il diritto, in quanto sistema di norme positive regolanti fenomeni sociali, effettivamente è. Ma poiché le norme non esistono come entità astratte dotate di un loro autonomo contenuto, bensì solo come strumenti di singoli atti che le utilizzano per influenzare condotte future, nell'ambito dei quali posseggono il contenuto che di volta in volta chi agisce assegna loro, la conoscenza del diritto effettivamente esistente consiste nell'accertamento dei prevalenti contenuti attribuiti via via ai vari segni normativi nel flusso continuo delle loro utilizzazioni (a partire dalla loro prima posizione, proseguendo col progressivo processo delle loro applicazioni). In tale prospettiva, la conoscenza del diritto cosiddetto positivo si risolve, per intero e sempre, in *storia del diritto*: storia dei modi in cui in concreto le norme giuridiche sono state di fatto utilizzate e dei contenuti che esse hanno – ferma eventualmente la loro fisica identità – successivamente di fatto in prevalenza assunto, con modificazioni, maggiori o minori, nel corso del tempo. Storia altresì dei valori etico-politici che hanno ispirato – nella misura in cui ciò può accertarsi – la scelta delle norme adottate e le loro successive, diverse interpretazioni.

I concetti giuridici empirici che si costruiscono in tale contesto (concetti raggruppanti fenomeni che presentano elementi tra loro di affinità, utili per distinguerli da altri gruppi di fenomeni, definibili con altri concetti) servono principalmente a rappresentare, per riassunto e in sintesi, i prevalenti modi in cui di fatto le norme giuridiche sono state intese, anche nei reciproci sistematici rapporti, dagli autori della loro posizione, e l'evoluzione dei loro prevalenti contenuti nel processo delle loro applicazioni. Servono anche a illustrare l'evoluzione dei valori che hanno presumibilmente influito sulle diverse utilizzazioni fatte dei segni normativi – e relative attribuzioni di significato – intervenute nel tempo. Il tutto in vista della miglior possibile rappresentazione della oggettiva verità storica.

I principi che valgono per la scienza del diritto a fini conoscitivi in generale valgono ovviamente per lo stesso tipo di ricerca giuridica nel campo particolare del diritto costituzionale: la conoscenza del diritto costituzionale effettivamente esistente coincide con la storia delle utilizzazioni concrete delle normative costituzionali formali intervenute nel tempo e dei retrostanti valori ispiratori<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Servono due brevi precisazioni.

a) La branca della scienza giuridica che si identifica con la *storia del diritto* ha essenzialmente natura e finalità *cognitive-descrittive*: mira a descrivere eventi della esperienza umana nella loro portata storica effettiva, così come essi si sono verificati. Tradirebbe la sua missione se, per qualsiasi motivo, ne presentasse una immagine in qualsiasi maniera distorta, non rispondente alla realtà degli accadimenti. È tuttavia chiaro, in primo luogo, che anche la più esatta descrizione di un evento è sempre fatta dal descrittore guardando ad esso dalla posizione storica (temporalmente e spazialmente delimitata) che egli di fatto occupa: onde la sua descrizione, per quanto idealmente perfetta, rimarrà sempre una



L'altra branca della scienza del diritto – che tradizionalmente è quella più nota e più coltivata, e che è per lo più chiamata con il termine in senso generico «giurisprudenza» – mira a uno *scopo pratico*: elaborare per via di

prospettazione più o meno parziale dell'oggetto considerato. In secondo luogo, la essenziale natura cognitiva-descrittiva della branca storica della scienza giuridica non esclude – secondo quanto già accennato sopra alla nota 3 – che alla descrizione oggettiva dei fatti si aggiunga una valutazione dei medesimi in rapporto ai valori tratti dalla logica della ragione pratica. La oggettività della descrizione – la sua rispondenza all'effettivamente accaduto – è imposta dalla logica della ragione teorica, che vuole che l'uomo conosca la realtà per quello che essa è (la quale di per sé e come tale non è contenitrice di valori che da soli si impongano al giudizio). Ma nell'uomo, accanto e in accordo con la ragione teorica che governa col principio della verità) opera la ragione pratica, la quale detta i principi cui deve ispirarsi l'azione (principi di giustizia e di convenienza). È la ragione pratica che, a fronte dei fatti accertati dalla ricerca cognitiva-descrittiva, suggerisce una valutazione dei medesimi capace di segnare il contributo, maggiore o minore, a seconda dei casi, allo sviluppo di valori di civiltà. La storia del diritto può dunque, in quanto prodotto di una ragione che, al di là delle interne sue articolazioni, è una facoltà nell'uomo unitaria, includere nel suo corpo anche giudizi di valore.

b) La descrizione del diritto che esiste, come effettiva realtà fattuale, è sempre, a rigore, la descrizione di accaduti storici particolari (in genere presentati con formule che raccolgono i particolari in sintesi riassuntive): accaduti storici che, non esistendo norme le quali si librino in indipendenza e in autonomia nell'aria, consistono di eventi che si sono già verificati e si sono conclusi in un momento almeno di un attimo antecedente a quello del discorso storico-giuridico che li descrive (sono fatti di utilizzazione originaria o successiva di schemi normativi, accaduti in un tempo lontano, o vicino, o anche vicinissimo). La scienza del diritto in quanto descrizione del diritto come realtà di fatto è dunque sempre *conoscenza storica di un dato che, in termini rigorosi, appartiene al passato*.

V'è una scuola di pensiero – che fa capo a Holmes e a Ross – la quale postula invece che la vera scienza giuridica, in quanto conoscenza descrittiva del diritto in vigore in un ordinamento, ha sì carattere di descrizione di fatti, ma non di fatti del passato, bensì propriamente di fatti del futuro. Essa consisterebbe nella «previsione di ciò che faranno le Corti applicando diritto»: consisterebbe cioè nella individuazione delle probabili interpretazioni delle disposizioni normative che il Giudiziario sceglierà nelle applicazioni d'esse. Queste «previsioni» identificherebbero il diritto effettivamente in forza nell'ambito di una comunità.

In proposito, si può intanto notare che non esiste in alcun paese moderno, almeno finora, un robusto, speciale corpo di studi dedicati, a parte, a indovinare quali possano essere i probabili, prevalenti indirizzi futuri della giurisprudenza in un dato ordinamento. I giuristi studiano, da storici scrupolosi, gli indirizzi fin lì, per il momento, realizzatisi nella giurisprudenza. (Anche studiano a fondo quali indirizzi dovrebbero, per ragioni di giustizia e convenienza, prevalere nei suoi sviluppi futuri; ma qui il discorso non ha più natura descrittiva-conoscitiva, ma pratico-precettiva, di migliore ricostruzione del sistema normativo da applicare). Accertati gli indirizzi di fatto già all'opera, i giuristi, nella misura in cui si pongono problemi di previsione descrittiva, si contentano in genere di presumere la loro continuazione in futuro, salvo che dispongano di elementi specifici che indichino una possibile variazione (elementi comunque anche essi in qualche modo emergenti da fatti già accaduti). Un approccio meramente descrittivo-conoscitivo alla realtà del diritto si risolve dunque sempre, anche nella eventuale, più o meno impegnativa proiezione verso l'avvenire, in attività di accertamento di fatti storicamente nel loro insieme antecedenti. Del resto, è legittimo assumere della storia, in quanto attività di ricerca, anche quando rivolta a accertare il diritto, un concetto largo, alla maniera suggerita in generale dal grande storico francese Marc Bloch: la storia ha a suo oggetto il passato, ma, attraverso il passato, essa è in condizione di abbracciare, in certa misura, e deve abbracciare, nel suo sguardo, anche porzioni del futuro.

Rimane che è improbabile che si sviluppi, accanto alle due tradizionali branche della scienza giuridica, un terzo ramo di studi, separato e autonomo, rivolto all'ufficio della «previsione» in materia giurisprudenziale. In ogni caso, l'ipotetico nascituro terzo ramo tutto potrebbe fare tranne ciò a cui pensavano alcuni suoi patrocinatori: cacciare dalla sfera della scienza giuridica la sua branca «pratica» – quella che provvede alla migliore interpretazione-ricostruzione, dal punto di vista etico-politico, del dato normativo – e prenderne il posto, in quanto sola attività capace di offrire prodotti «scientifici».

Per lo sviluppo nei dettagli degli argomenti trattati in succinto nelle due precisazioni di questa nota si vedano le pagine corrispettive del libro *Introduzione al diritto costituzionale comparato. La metodologia*, cit.

interpretazione un dato normativo positivo per assestarlo in un sistema possibilmente coerente, idoneo alla applicazione uniforme ai casi della vita, e al tempo stesso, nella misura di una manipolabilità accettabile della lettera del dato, anche rispondente a esigenze di convenienza collettiva e di giustizia, come pensate e avvertite dall'autore dell'interpretazione. È attraverso l'opera della giurisprudenza – opera delle autorità deputate a applicare il diritto e della dottrina giuridica che è loro consigliera – che ha principalmente luogo l'evoluzione della portata e dei significati delle norme giuridiche di cui s'è appena detto. L'opera della giurisprudenza non ha fini conoscitivi, bensì di pratica manipolazione del dato esistente e di conseguente guida alla applicazione del diritto che più conviene alla collettività. In questa seconda branca della scienza del diritto, i giuristi forgiano e adoperano concetti e teorie giuridiche empiriche a fini prescrittivi, utilizzandoli per sistemare e orientare l'interpretazione del dato nella direzione ritenuta da essi più utile e giusta. Rientrano in questa categoria, tra l'altro, tutte le varie sistematiche concettuali e le teorie metodologiche suggerite in dottrina come strumenti necessari per la corretta impostazione del lavoro dei giuristi che si occupano di fissare i contenuti del diritto da concretamente applicare.

Nell'opera della giurisprudenza – che ha natura sempre in qualche misura creativa – si riflette la distinta personalità etico politica – diversa nei suoi gradi di consapevolezza e di articolazione – dei singoli operatori che vi pongono mano.

I principi che valgono per la branca pratica della scienza del diritto in generale valgono naturalmente anche nel caso di un'opera interpretativa concernente il dato normativo di una costituzione formale<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Servono, anche qui, due brevi precisazioni.

a) Il termine «dato normativo», che viene in questa sede impiegato, si riferisce a quell'insieme di norme (*rectius*: segni di carattere intenzionalmente normativo) poste con procedure cui si riconosce di massima, nell'ambito della comunità, il potere di vincolare (obbligare) le condotte dei consociati. Le procedure sono naturalmente del genere più vario, a seconda degli ordinamenti delle comunità. Si suole – da parte della scienza giuridica – chiamarle «fonti del diritto». Il prodotto normativo delle procedure riconosciute (il «dato formale positivo») costituisce il punto di partenza obbligato per le lavorazioni a cui provvede la branca «pratica» della scienza del diritto – *lato sensu*, la giurisprudenza. I segni normativi componenti quel prodotto sono un punto di partenza obbligato per i ragionamenti della giurisprudenza; ma spetta a questa di determinare in concreto, di momento in momento, il significato e la portata operativa di quei segni, anche ripulmandone a fondo i contenuti rispetto ai loro contenuti originari (cioè al significato e alla portata intesi dai loro primi «autori»; contenuti originari certi o presumibili, per quanto può accertarli una obiettiva analisi storica). Spetta inoltre alla giurisprudenza combinare e ricombinare le masse di norme operative, da essa tratte dal dato, in figure concettuali coerenti, e elaborare principi che riflettano adeguatamente i valori attorno ai quali si vogliono comporre ad unità le figure concettuali approntate.

Il lavoro della giurisprudenza è sempre un lavoro costruttivo-creativo, in misura variabile innovativo rispetto al punto di partenza del dato, a seconda delle decisioni che essa stessa prende quanto al metodo di lavoro che intende seguire, e quanto al ruolo complessivo che nella vita politica della comunità intende assumere (e riesce di fatto ad assumere). In ogni caso, il traguardo a cui essa tiene sempre fisso lo sguardo è la costruzione, partendo dal dato, di un sistema normativo finale, capace di ordinata, uniforme applicazione ai rapporti sociali. L'elaborazione si compie sotto la guida di scelte, esplicite o implicite, di valori di giustizia e di convenienza, come sentiti dai partecipanti alla elaborazione.

Nel quadro di queste sommarie precisazioni si inserisce, come logica conseguenza, la scissione in due, di cui s'è detto, della analisi alla quale dobbiamo procedere. Per l'esattezza, provvederemo quindi in primo luogo all'esame del concetto e delle teorie della costituzione materiale sotto il profilo della loro ipotetica capacità di descrivere sinteticamente, ma in modo adeguato, ciò che per lo più si svolge, di fatto e realmente, nei processi di storia costituzionale degli stati moderni. Provvederemo poi, in secondo luogo, al distinto esame della loro ipotetica capacità di convogliare verso risultati accettabili e positivi la giurisprudenza costituzionale. Si tenga sempre presente che concetto e teorie hanno la pretesa (in Mortati) di valere a tutto campo, come concetto e teorie generali, non legati al caso di ordinamenti e situazioni particolari<sup>30</sup>.

Su entrambi i terreni dell'indagine, l'esito d'essa è solo in piccola parte favorevole.

*A. Il concetto e le teorie annesse sono inadeguati se presi come descrizione sintetica della reale genesi della costituzione e del reale funzionamento costituzionale degli stati moderni.* Se presi nel senso qui detto, concetto e teorie certamente rivelano una parte della realtà, anche e propriamente giuridica (nel senso di realtà costituita da norme utilizzate collettivamente in forma di ordi-

L'affermazione che il lavoro giurisprudenziale prende come punto di partenza obbligato un dato normativo, prodotto attraverso procedure normative prestabilite e vincolanti, non deve ingannare circa il grado di libertà creativa-costruttiva di cui gode la giurisprudenza. Il legame col dato è legame di massima elasticità, anche perché il potere giurisprudenziale di riplasmare i contenuti dei segni normativi non riguarda solo quelli tra essi che mirano a regolare le multiformenti condotte dei consociati, ma pure quelli che concernono per l'appunto le stesse procedure produttive dei segni. Il cosiddetto «sistema delle fonti» di un ordinamento politico-giuridico è esso stesso oggetto di continua risistemazione da parte della scienza «pratica» del diritto: con effetti che permettono spesso a quest'ultima di svincolarsi, occorrendo, dal legame di fonti non gradite, o di riconoscere un vincolo nei confronti di nuove fonti, che forniscono strumenti utili a giustificare nuove linee giurisprudenziali ritenute opportune.

b) Nella terminologia cui ci atteniamo in questo saggio, «interpretazione del diritto» (o della Costituzione) è formula che ricomprende sotto di sé, non solo l'attribuzione di un certo significato, da parte di un giurista «pratico», ad una disposizione particolare presente nel dato normativo. Include, in aggiunta, qualsiasi tipo di elaborazione di concetti, di principi, di modelli, di teorie, che servono al giurista per costruire il finale sistema normativo che egli propone come la versione del diritto (della Costituzione), la quale va in concreto applicata perché è quella «corretta», quella «giusta». Il termine «interpretazione», salvo diversa indicazione, è inteso cioè equivalere alla complessiva attività manipolativa-ricostruttiva del dato normativo in cui si impegna chi vuole contribuire, con l'azione o con il consiglio, alla applicazione più valida dei segni normativi vincolanti. Studiosi simpatizzanti per classificazioni terminologiche che privilegiano distinzioni plurime e minute, vorrebbero riservare il termine «interpretazione» solo al primo tipo di operazione manipolativa tra quelle sopra menzionate (Guastini). In realtà, l'uso del termine «interpretazione» per coprire l'insieme delle operazioni ha il merito di sottolineare la natura unitaria, senza fratture interne nelle sue varie fasi, dell'opera del giurista «pratico», tutta pervasa da un'unica, comune logica: natura e logica che rischiano invece di perdersi nel reticolo di eccessive distinzioni che si introducano all'interno d'essa. (Ma forse v'è proprio una occulta intenzione di ordine «pratico-politico» al fondo della scelta di chi insiste sulla classificazione differenziante). Comunque, il significato largo del termine è d'uso comune, e qui ci adeguiamo ad esso.

Per maggiori dettagli circa le precisazioni offerte in questa nota si vedano, da capo, le pagine corrispettive del libro *Introduzione al diritto costituzionale comparato. La metodologia*, cit.

<sup>30</sup> *La costituzione in generale*, cit., 113-128.

namento e ottenenti effettiva applicazione), molto più grande di quanto non facciano le teorie formalistiche del positivismo classico e del normativismo kelseniano (contro cui Mortati giustamente polemizza). Ma una parte della realtà giuridica, se questa la si considera oggettivamente, continua a sfuggire, occorre dirlo, anche al concetto e alle teorie mortatiane.

È chiaro che, nell'atto di fondazione o rifondazione costituzionale di uno stato, è pura ideologia immaginare che lo stato o le forze che si accingono a varare la costituzione si presentino dotate di un potere sovrano di qualità assoluta, caratterizzato da una illimitatezza totale nella scelta dei contenuti (come vorrebbe il positivismo classico e come vorrebbe certa teoria democratica)<sup>31</sup>. Mortati ha ragione nel dire che le forze politiche sono portatrici di valori, principi, interessi, che delimitano *ex ante* l'ambito delle loro possibili opzioni costituenti. La loro legittimazione, presso la collettività, ad agire in sede costituente, riposa sul presupposto dell'esistenza appunto di quei limiti. E nella coscienza dei Costituenti la delimitazione dei loro poteri, in quell'ambito e in quella misura, è sempre ben presente, ed è in sostanza accettata – al di là di ogni eventualmente contraria loro affermazione, che vale solo per la facciata. Così la Costituzione formale non nasce mai dall'esercizio di una pretesa, rivendicata sovranità assoluta, e lo stato, quando quella Costituzione sia stata adottata, ne è regolato, e figura pertanto titolare di poteri sempre in qualche misura limitati.

Mortati ha ragione nel sottolineare l'esistenza di diversi presupposti di varia natura riguardo alla posizione di preminenza in base alla quale una classe dirigente è in grado di imporre le forme di stato e di governo a suo giudizio più confacenti: presupposti giuridici, economici, culturali, sociali. Si è però già detto che, con riguardo alle motivazioni delle scelte costituzionali dei dirigenti, egli tende da ultimo a vedere solo gli interessi economici, trascurando l'apporto ai valori di civiltà che quelle classi hanno realizzato, nel corso della storia, con elaborazioni teoriche culturali e politiche di grande qualità, fattori di innalzamento di benessere per tutti coloro a cui sono state applicate.

<sup>31</sup> Il positivismo classico concepiva, sul piano giuridico, lo stato come ente sovrano padrone assoluto della sua costituzione, libero di mutarla a volontà, non impedito in ciò da qualsiasi norma in contrario che figurasse nella Costituzione formale. La dottrina fu elaborata e via via raffinata nelle opere di Gerber (*Über öffentliche Rechte*, 1852; *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1880), di P. Laband (*Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 1911), di G. Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 1921). Ma occorre ricordare che ad un risultato in tutto simile perveniva la dottrina francese, di origine politica ma riformulata poi anche essa in termini giuridici, la quale spostava democraticamente dall'ente stato al popolo, concepito come entità politica pre-data, il privilegio della sovranità e, sulle orme di Rousseau, negando il vincolo d'essa a qualsiasi preesistente diritto naturale dell'individuo, le conferiva la qualità dell'assolutezza. L'espressione matura (e un po' tedeschizzante) di questa dottrina si trova in R. Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920-2; *La teoria gradualistica del diritto*, 1933, trad. it., Milano, Giuffrè, 2003). Al presente, sembra prevalga tuttora, nel pensiero costituzional-giuridico francese, l'idea che il popolo (francese) sempre possa legittimamente mutare qualunque aspetto della Costituzione, anche senza rispetto delle regole previste per la sua revisione, qualora così liberamente voglia, esprimendosi in referendum (o in altra adeguata forma).

Giusto il rilievo che Mortati dà all'insieme dei fini politici, dei principi, dei valori fondamentali che si agitano dietro ai fenomeni di fondazione o rifondazione di uno stato e di adozione di una nuova costituzione formale. Ma il suo errore comincia quando egli concepisce la classe dirigente – dalle cui iniziative dipende il passo decisivo per l'evento fondativo o rifondativo – come un blocco tendenzialmente compatto. Le classi dirigenti sono invece sempre state, nella realtà storica, al proprio interno più o meno divise – e talvolta drammaticamente divise – quanto alla «formula politica» da imprimere alle istituzioni dello stato (forma di stato e forma di governo). Divise al loro interno in fazioni, e le fazioni in lotta per far prevalere la formula politica a ciascuna di esse gradita. Accade che, in una fase della lotta, un gruppo o una coalizione di gruppi prevalga, e da questa magari solo momentanea prevalenza emerga l'adozione di una costituzione formale, la quale porterà nelle sue disposizioni più o meno impresso il segno delle preferenze ideologiche della fazione o coalizione di fazioni che è riuscita in quel momento a imporsi nella lotta. Ma appartiene a un forzatura della realtà storica – una forzatura che, se intende di veramente rappresentarla, sfocia in una sua falsificazione – pretendere (come fa Mortati) che alla base della Costituzione formale, e come sua distinta, necessaria premessa, vi sia un insieme di idee circa i valori e i principi da attuare, dotato, nel pensiero dei «fondatori», di un contenuto così certo, unitario e coerente da consentire di applicargli il nome di «*costituzione materiale*». Il nome dà sostanza di «*res*» a un complesso necessariamente più o meno fluido e mobile di idee e di sentimenti, conferendogli una *solidità esistenziale*, stabile e storicamente identificabile, tale da affiancarla a quella di cui gode, nella *fisicità letterale* delle sue disposizioni, la Costituzione formale. Uno storico che voglia correttamente descrivere la genesi ideale di una costituzione formale si guarderà dal «reificare» l'insieme delle dottrine che pur gli paiano aver più influito sulle clausole normative poi adottate dai costituenti nel testo definitivo. Metterà invece in luce le incertezze, i contorni sfumati, le stesse possibili contraddizioni interne di quelle preesistenti dottrine, e il loro mischiarsi non raro con dottrine rivali: e questa sua narrazione è, in effetti, la sola che può corrispondere ai complicati fatti della realtà. Soprattutto lo storico si guarderà dal prospettare la «formula politica», abbracciata dalla frazione al momento vincente, come quella che esprime la volontà di una classe dirigente presuppunta tutta unita nel fornirle un comune supporto: come cosa che appartiene ad essa nel suo insieme e di riflesso, alla fine e in qualche modo, alla intera, indivisa comunità<sup>32</sup>. Ora, proprio queste irrealistiche qualità di blocco compatto di

<sup>32</sup> Soltanto una artificiosa, ingannevole semplificazione dei fatti può leggere l'adozione di una moderna Costituzione formale come il successo di una compatta forza politica, dietro cui starebbe un compatto insieme di forze sociali. Tutte le più note Costituzioni della storia del mondo occidentale nacquero a seguito di temporanee coalizioni tra forze politiche tra loro concorrenti e talvolta confliggenti, spalleggiate ciascuna da gruppi o frazioni sociali particolari, animati da diversi ideali e da diversi

idee e di forza ideale unitaria, che si impadronisce della vita tutta di un paese, sono parte essenziale del concetto mortatiano di costituzione materiale.

Irrrealistico è un altro aspetto del concetto che Mortati ha della costituzione materiale. Egli la pensa oggetto di una volontà politica che, formatasi alle origini della fondazione o rifondazione dello stato, permane identica e ferma nel tempo, a sostegno delle strutture formali dell'ordinamento, che senza di essa non potrebbero mantenersi. Ferma e identica nel tempo, essa rimarrebbe senza modificazioni, almeno finché un nuovo blocco di valori e principi politici non riuscisse a scalzarla, sostituendosi ad essa come radicalmente nuova costituzione materiale. Il carattere di *res attribuita* alla fluida compagine di idee politiche generatrici in origine della Costituzione formale si riafferma qui nella supposta permanenza immutata nel tempo delle fondamentali idee della classe dirigente, garanzia della necessaria identità dello stato. Quella permanenza immutata della costituzione materiale è del resto il presupposto logico di alcune altre componenti della complessiva teoria di Mortati: in particolare, della concezione delle operazioni di interpretazione-applicazione delle normative formali come atti doverosamente governati dal rispetto, a partir dall'inizio e poi sempre successivamente, di superiori, eguali valori costituzional-materiali.

Nella realtà dei fatti storici, peraltro, i valori e i principi politici che prevalgono in una certa fase negli orientamenti della classe dirigente tendono a subire quasi subito parziali trasformazioni e integrazioni, anche se la frazione che è riuscita a imporre la formula politica di suo gradimento riesce a mantenersi al potere: l'evolversi delle situazioni comporta più o meno inevitabilmente sempre una mutazione nelle valutazioni. La trasformazione parziale dei valori e dei principi è naturalmente più accentuata se una frazione nuova assurge al potere: quand'anche i suoi punti di vista non differiscano radicalmente da quelli della frazione precedente. Mortati sembra invece concepire possibile un mutamento nella ideologia che domina presso la classe dirigente (e che per lui dà per i tempi lunghi una distinta, stabile forma costituzionale allo stato) solo nel caso dello sconvolgente avvento di una tutta nuova costituzione materiale.

Il tentativo di spiegare col concetto di costituzione materiale il fenomeno della legittimazione di cui può godere, presso una classe dirigente e presso un popolo, un ordinamento giuridico, con la sua Costituzione formale, rappresenta anch'esso una trasfigurazione ingannatrice di fatti ben altrimenti complessi. La storia ci dice che le classi dirigenti sono normalmente divise al loro

interessi. Gli accordi di queste forze, comunque raggiunti, non potevano avere contenuti univoci e precisi, né potevano obbligare per il futuro i partiti e i gruppi che avevano concorso a formarli. Mortati, da buon storico, sa benissimo tutto ciò. Ma ha bisogno di prescindere dalla realtà storica a lui nota, nel momento in cui si costruisce il suo concetto di «costituzione materiale».

interno in frazioni, e che i valori della frazione che al momento prevale e che impone allo stato la forma da essa desiderata non sono sovente condivisi dalle altre frazioni, o da tutte esse. Il riconoscimento del dovere di leale obbedienza al sistema formalmente esistente – se c'è: in misura piena o attenuata – si fonda allora, presso i gruppi non direttamente partecipanti al potere, su altri motivi, delle più diverse specie. Per questi gruppi, certamente, il ventaglio dei valori cari alla frazione dominante non si presentano affatto col volto di una «costituzione materiale» che avrebbe natura di vincolo giuridico, al di fuori e prima della Costituzione formale e delle leggi che da questa traggono forza. Presso il popolo in generale, poi, il sentimento dell'osservanza dovuta alle regole del diritto positivo può avere spesso radici che nulla hanno a che vedere con valori attinenti alla politica. E in tutti gli strati della società, quel sentimento si lega probabilmente per molti al semplice fatto che la disobbedienza verrebbe punita con sanzioni. La presa sentimentale della presunta costituzione materiale sarebbe, in tutti quei casi, nulla o quasi nulla. Il concetto, insomma, attribuisce troppo rilievo sociale a un insieme relativamente contingente di giudizi e atteggiamenti politici di un gruppo momentaneamente detentore del potere.

Mortati storico delle costituzioni formali, delle loro genesi e delle loro trasformazioni, lente o rapide, per vie formali o per vie informali, descrive di solito con sostanziale esattezza, caso per caso, la complicata, concreta realtà dei fatti: ed è sintomatico che negli scritti storici egli non faccia praticamente mai ricorso al concetto di costituzione materiale per inquadrare i dati che scorrono nella sua narrazione. Ma il concetto di costituzione materiale con egli cui si sforza, in sede di teoria generale, di raccogliere in un sistema unitario e coerente di idee e di volontà una massa fluida di atteggiamenti e di decisioni, in genere non rivestiti di forme precise, dai contenuti a volte conflittuali e dai confini incerti, e di conferirgli il carattere di entità autonoma, dotata di stabile durata e di potenza plasmatrice di istituti e di costumi, trasfigura la realtà, le fa violenza, e insomma non può valere come un concetto empirico avente autentiche, genuine finalità descrittive – concetto semplicemente riassuntivo di una grande, complessa varietà di fenomeni storici, individualmente identificati e tra loro confrontati. (Appartiene infatti – come vedremo – a un altro ordine di discorso).

Forzatura artificiosa della dinamica complessità del reale è dunque il quadro da cui prende le mosse nel suo insieme la teoria della costituzione materiale. Ma ancora più inaccettabilmente riduttivo di quella complessità è poi il quadro delle operazioni previste dalla teoria per spiegare *la progressiva attuazione della costituzione materiale nell'ordinamento* – quando il quadro sia presentato come il ritratto del normale effettivo funzionamento dei sistemi degli stati moderni retti con costituzione formale. Mortati, nei suoi testi dedicati alla teoria – negli scritti storici l'impressione è diversa –, sembra voler far

credere che, fissato dai Fondatori il corpo dei fini politici e dei valori da imporre allo stato, adottati questi più o meno in conformità da una Costituzione o dalle leggi costituzionali formali, gli interpreti applicatori di queste – dalle Autorità ai giuristi della dottrina – abbiano letto di regolate disposizioni loro conformandole alle direttive di quel corpo ed esercitando i poteri di letture discrezionali loro conferiti pure ispirandosi a quelle direttive. Sarebbero stati sentiti come atti sovversivi i tentativi di allontanarsi dagli originari valori «materiali», persino se per l'allontanamento ci si fosse serviti di leggi di revisione della costituzione formale. Questo ritmo nel funzionamento del sistema costituzionale si sarebbe mantenuto nel corso del tempo – con eccezioni, avvertite però come fatti di illegalità –, finché non si fosse verificata una vera e propria rivoluzione nell'ordine dei valori fondamentali sostenuti dalla classe dirigente e non fosse in pratica anche cambiata la composizione di questa.

Il quadro così tracciato fornisce una rappresentazione non solo fortemente stilizzata ma anche sostanzialmente ingannevole rispetto agli *effettivi andamenti della vita di un ordinamento costituzionale occidentale dell'epoca moderna. Gli interpreti-applicatori della costituzione formale non propongono le rispettive letture di quel testo normativo dominati da assorbenti preoccupazioni di attenersi ai valori presunti originari degli ispiratori di quel testo.* Non lo fanno, in primo luogo perché quei valori non possono diventare operativi nelle loro mani quanto meno senza una previa selezione preferenziale tra essi. S'è detto che di regola nel corpo delle idee fondamentali in ordine alle buone forme di stato e di governo, abbracciate e difese dalla frazione della classe dirigente riuscita vincitrice, si danno storicamente non solo vaghezze di contenuto, ma spesso vere e proprie divergenze e tendenziali conflitti: la fazione vincitrice si presenta essa stessa, di regola, divisa in correnti, sostenitrice ciascuna di versioni diverse, magari nettamente diverse, di valori nominalmente tenuti in comune. Gli interpreti-applicatori sono così costretti, quand'anche si sentissero in dovere di collocarsi in continuità con le ritenute originarie radici ideali delle norme costituzionali formali, a prendere partito a vantaggio dell'una o dell'altra corrente attiva nei momenti genetici di quelle norme<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Bastino a corroborare queste affermazioni due esempi storici di notorietà universale.

La costituzione americana del 1788 fu redatta e approvata – vincendo le resistenze di consistenti minoranze – da una maggioranza composta che includeva fautori di un governo centrale forte e fautori di una massima conservazione dei diritti degli stati membri. Immediatamente dopo fu aperta, dura lotta politica attorno al modo di interpretare e applicare la Costituzione tra i primi (i federalisti di Hamilton) e i secondi (i repubblicani di Jefferson). Ne restò segnata la storia degli Stati Uniti per trenta anni e oltre, e ne seguì una guerra civile.

Nell'Assemblea costituente francese che nel 1789 approvò unanime la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, base della nuova costituzione dello stato, sedevano uomini rappresentanti di visioni politiche diverse: liberali monarchici moderati (La Fayette), repubblicani con simpatie federaliste (Petion), repubblicani radicali con tendenze «sociali» (Robespierre). La nuova Costituzione non riuscì a tener unite le diverse fazioni, ed esse si impegnarono di lì a poco in ferocissimi conflitti – dapprima girondini contro monarchici liberali, poi giacobini contro girondini – che portarono molti d'essi alla morte sotto la ghigliottina. Il tutto in nome dei Diritti dell'uomo, diversamente interpretati.



Ma poi, da un punto di vista realistico, gli operatori chiamati ad attuare nei fatti le disposizioni della costituzione formale, perseguono sempre in concreto le ultime finalità politiche che ad essi paiono meritevoli di difesa e promozione – alle quali adattano con grande abilità, fino ai limiti del possibile, ove occorra, i significati di quelle disposizioni. *Sicché si realizza sempre attorno alla Costituzione una lotta, con fattori da un lato di interpretazioni d'essa in senso reazionario, di altre in senso tendenzialmente statico, di altre in senso evolutivo progressista, di altre in direzione schiettamente superatoria.* Nella «lotta attorno e per la costituzione» di regola si invoca a supporto il «vero spirito» della medesima, i valori di fondo che le avrebbero dato origine: ma si tratta di invocazioni largamente strumentali, che intervengono a puro rinforzo di scelte interpretative-applicative decise in base a valutazioni autonome di convenienza, ragionate in rapporto alla situazione attuale, alle possibilità che essa offre, e alle prospettive future.

La «lotta attorno e per la costituzione», nel senso ora detto, è particolarmente visibile e intensa, di norma, nello scenario delle attività interpretative-applicative degli *operatori politici*, da essi compiute come necessaria premessa allo svolgimento delle loro rispettive attività di competenza: Parlamenti, governi, autorità amministrative. Ma non c'è di solito meno «lotta attorno alla costituzione» nelle sedi in cui taluno la vorrebbe per principio esclusa: le sedi delle *autorità giurisdizionali* (senza o con sindacato di costituzionalità sulle leggi ordinarie). Da Montesquieu in poi, per tradizione ripetiamo che il Giudiziario è un «non-Potere»: attraverso esso la legge si applica da sé, quasi meccanicamente ai casi concreti. Si tratta di una finzione di gigantesche proporzioni. Il Giudiziario contribuisce sempre allo sviluppo del sistema normativo (anche per il settore costituzionale, specie ovviamente quando è dotato del sindacato di costituzionalità). Vi contribuisce in misure diverse, in rapporto in particolare con le teorie che abbraccia della costituzione e del proprio ruolo nel sistema. Ma in qualche misura e in qualche modo vi contribuisce sempre, e, sempre più o meno, con quelle divisioni interne tra reazionari, stabilizzatori, progressisti, innovatori radicali, che si possono constatare negli atteggiamenti e nelle interpretazioni dei Poteri politici. Si danno naturalmente differenze, e non piccole, sotto molti rispetti, tra le storiche tradizioni giurisprudenziali delle Corti di *Common Law* e quelle dei giudici di *Civil Law*; ma quanto ora detto, preso nella sua più larga generalità, vale in sostanza per entrambe le tradizioni.

La *dottrina* – le teorie generali della costituzione e le interpretazioni di una Costituzione particolare elaborate da giuristi professionisti indipendenti, e offerte come possibile miglior guida per le attività da svolgersi da parte delle varie attività delle Autorità dello stato nel rispetto del sistema costituzionale – non sfugge alla regola ora menzionata. Anzi, la dottrina è stata da sempre la sede in cui le divergenze teoriche generali e quelle interpreta-

tive particolari si sono manifestate con la massima evidenza e con conflitti specialmente intensi. Ed è in dottrina che sono state inventate le teorie più innovative e sovvertitrici relative al significato e al ruolo delle Costituzioni, con battaglie accanite, a favore e contro, tra i seguaci delle diverse scuole. Diversa l'influenza delle elaborazioni dottrinali sui concreti sviluppi del sistema costituzionale vivente a seconda degli ordinamenti; ma una influenza sempre e dappertutto di grande rilievo.

Se valgono queste sommarie osservazioni, è chiaro che da un punto di vista descrittivo, generalizzante e riassuntivo, la vita concreta degli ordinamenti costituzionali moderni, operanti in base a costituzioni formali, non può concepirsi, nelle fasi dei loro sviluppi applicativi, altrimenti che come la risultante di molteplici iniziative provenienti da diversi centri di potere; iniziative ispirate ciascuna da autonome valutazioni, in concorrenza e talvolta in forte conflitto tra loro. Il peso dei valori in cui credevano e per cui si batterono le classi dirigenti fondatrici della costituzione, e la forza politica di cui esse in origine disponevano, contano di per sé e da sole poco nel gioco dell'incrociarsi di quelle iniziative. La diagonale di quelle iniziative produce, col passare del tempo, risultati, quanto al significato e alla portata concreta della Costituzione formale in sede operativa, che si discostano di regola in misura crescente dai presumibili significati e dalla portata che quella Costituzione aveva in origine, se esaminata alla luce dell'ipotetico insieme dei valori cari alla classe dei fondatori (ammesso e non concesso che quell'insieme possa in genere storicamente accertarsi come un tutto certo, inequivoco e unitario). In concreto, la valenza operativa di una Costituzione formale (cioè la sua unica, effettiva realtà) muta più o meno rapidamente, a seconda dei casi, in rapporto agli svolgimenti della storia politica, sociale, culturale del paese coinvolto. Le mutazioni avvengono a volte per revisione ufficiale della costituzione formale (in qualche caso per rinnovo totale della medesima), ma più spesso per il graduale prevalere – dopo scontri tra i fautori di letture diverse – di una *lettura nuova del testo restato più o meno formalmente identico*. Per questa via (del rinnovo informale e per così dire tacito) si sono dati nella storia importanti, graduali passaggi da una forma di governo a un'altra, ed anche, in molti casi, da una forma di stato a un'altra.

La «lotta attorno alla costituzione», che ha luogo tra gli operatori chiamati a utilizzarla nelle loro attività, non ha a suo fulcro – s'è detto – il problema del rispettare gli orientamenti ideologici dei fondatori; ma, quantunque i suoi protagonisti agiscano per scelte che dipendono dal loro proprio credo politico e culturale, le loro iniziative non sono di solito episodi di carattere personale. Sono invece il prodotto diretto o indiretto di forze al momento attive nel contesto politico, sociale e culturale del paese; forze che cercano di piegare al servizio delle proprie visioni ideali del giusto (e dei propri interessi) il testo formale della Costituzione. I singoli interpreti-applicatori della Costituzione,

peraltro, in quanto perseguiti un fine pratico (riuscire a imporre la lettura del testo ad essi gradita) non possono ignorare gli ostacoli che realisticamente si oppongono ai loro tentativi: ostacoli frapposti spesso dalla specificità non manipolabile di disposizioni costituzionali troppo particolari, ma anche e soprattutto da altri fattori. Una lettura nettamente innovativa delle clausole della Costituzione formale può urtarsi con opposte letture gradite ad altri operatori degli apparati statali, oppure con valori intensamente radicati al momento nella coscienza dell'opinione pubblica. In tali casi, il timore di reazioni, o un calcolo prudenziale, o considerazioni tattiche di vario tipo, possono indurre i singoli interpreti-applicatori (muniti di poteri autoritari o no) a rinunciare alla lettura che pur vorrebbero far prevalere, o a smussarne i toni.

Alla lunga, mutamenti, anche solo parziali, intervenuti negli orientamenti delle classi dirigenti quanto alle forme di stato e di governo ideali, rispetto agli orientamenti originari, tendono a riflettersi nelle realtà operative delle costituzioni formali, sia per via di revisioni delle stesse sia per via di «letture» trasformatrici. Ma si tratta di *tendenze generiche* e non dotate in ogni caso di automaticità. Si danno esempi di comprovate variazioni nei valori prediletti dalla maggioranza delle forze dirigenti politiche e sociali le quali non riescono a far breccia di fronte a resistenze arroccate su posizioni protette da particolari privilegiate difese; e la resistenza impedisce l'adeguamento della Costituzione «vivente» ai nuovi valori maggioritari, per lungo, a volte per lunghissimo tempo<sup>34</sup>.

È importante una precisazione. La teoria che assegna alle classi dirigenti in genere il ruolo attivo nella fondazione, rifondazione e gestione delle costituzioni degli stati moderni deve ritenersi tuttora valida. Ma nel corso della storia il progresso nel benessere, nella educazione e nella maturità culturale, delle classi dei «diretti» o «governati» ha reso meno indipendente il potere delle classi dirigenti in ordine a quelle funzioni. L'esercizio di quel potere è divenuto per esse più condizionato, più legato agli atteggiamenti delle masse. La dipendenza da esse è naturalmente molto più accentuata negli ordinamenti di tipo democratico, ove il potere ufficiale è soggetto a periodici controlli elettorali. In tali ordinamenti è difficile che possa affermarsi e mantenersi alla lunga un lettura della Costituzione che risulti seriamente in contrasto con le simpatie dell'elettorato o che per lo meno non sia da esso giudicato in qualche modo tollerabile. Per converso, non è detto che le simpatie pur nettamente prevalenti nell'elettorato riescano a imporsi, benché appoggiate da una frazione delle classi dirigenti, alla maggioranza di queste.

<sup>34</sup> Esempi di questa lentezza nei processi di trasformazione della Costituzione «vivente» da una forma di stato o di governo a un'altra si trovano soprattutto negli ordinamenti di tipo anglosassone. Tipico il caso dei tempi lunghi occorsi per il passaggio – attraverso «letture» innovatrici – della Costituzione americana da un modello liberale a un modello sociale.

La «lotta per la costituzione» è, almeno sui tempi brevi e medi, una partita sempre aperta.

Conviene collegare queste brevi osservazioni circa la genesi delle Costituzioni formali, il gioco in essa delle diverse forze politiche concorrenti e le strutture e le tendenze prevalenti delle successive attività interpretative-applicative delle Costituzioni, con la *teoria dei modelli* delle forme di stato e di governo che la scienza storica del diritto costituzionale è riuscita a elaborare sulla base dello studio comparativo delle evoluzioni dei sistemi costituzionali dell'epoca moderna (teoria alla quale, come s'è detto, Mortati in quanto studioso di storia costituzionale, ha pure cospicuamente contribuito)<sup>35</sup>.

Lo studio storico comparativo delle Costituzioni ha posto in luce che analoghe ideologie filosofico politiche hanno ispirato la genesi di grandi rinnovamenti costituzionali intervenuti nell'area occidentale dal secondo Seicento in poi, tutte tendenzialmente miranti a garantire all'individuo spazi di libertà crescenti nelle maglie dell'ordinamento giuridico; e che tali spazi di libertà via via si sono allargati nelle istituzioni degli ordinamenti generando forme di stato e congrue forme di governo tra loro differenti, e anche notevolmente differenti, e tuttavia presentanti elementi simili in comune, così da permettere agli studiosi di formulare, per via di confronto e di astrazione, un modello generale di forma di stato e modelli generali di forme di governo chiamati «liberali», applicabili alle diverse, singole esperienze costituzionali e utili per la loro migliore comprensione e per la loro contrapposizione ad altre forme di altro tipo. Il modello non pretende di rappresentare una forza ideal-sociale preesistente ai vari concreti sviluppi delle diverse esperienze costituzionali e il motore sottostante comune delle loro progressive realizzazioni, né pretende di trovarsi realizzato con precisione in alcuna particolare esperienza costituzionale. Esso indica semmai, da un lato, i valori apicali che approssimativamente si ritrovano condivisi dalle diverse esperienze prese in considerazione, e, da un altro lato, il sistema astratto verso cui dovrebbero tendere le esperienze che più o meno quei valori abbracciano, se spingessero fino alle ultime conseguenze logiche l'accettazione dei medesimi. Lo stesso processo di costruzione intelligente di modelli ha avuto luogo nei confronti di successive evoluzioni delle Costituzioni, quando, nel passaggio dall'Ottocento al Novecento, le forme liberali di stato e di governo hanno dovuto, per cause varie, ideologiche, economiche e sociali, venir abbandonate, e il loro posto è stato preso da forme riportabili ai valori dello stato interventista democratico e sociale, a quelli dello stato socialista, a quelli dello stato fascista, e via dicendo.

<sup>35</sup> Il grande studioso che per primo ha formulato la teoria dei modelli (nel senso qui di seguito delineato), chiamandoli «ideal-tipi» e mostrando la fecondità del loro uso per la ricerca in molteplici campi, è Max Weber (*Il metodo delle scienze storico-sociali* – a cura di P. Rossi –, Torino, Einaudi, 1958).

Proiettato sullo sfondo dei modelli, le varie tappe che contraddistinguono le «lotte attorno alla costituzione» nella storia degli ordinamenti moderni possono venir configurate, a seconda dei casi, come momenti di accostamento al modello o di allontanamento da esso, di massima realizzazione d'esso o di resistenza ferma alla sua possibile realizzazione nelle strutture dell'ordinamento. Ma, nella concretezza della realtà storica, le forze ideali, politiche e sociali che in ciascuna tappa riescono temporaneamente a prevalere e a plasmare nel modo desiderato le istituzioni costituzionali di fatto operative, sono portatrici di un particolare insieme di valori (e di sottostanti interessi) specificamente propri. Il giudizio che lo storico comparatista compie circa il rapporto di quei valori concretamente attuati con il modello generale e astratto di riferimento è importante per l'intelligenza della collocazione di quella particolare soluzione istituzionale nel quadro delle grandi linee di sviluppo della storia costituzionale moderna. Il giudizio rappresenta però una valutazione globale a posteriori, e non vuole cancellare o anche solo passar sopra alla specificità e peculiarità dell'insieme di valori che tappa per tappa sono riusciti per il momento ad affermarsi. Men che meno vuole suggerire che la consapevole intenzione delle forze politiche che al momento sono riuscite ad imporsi fosse di portar soccorso ovvero di resistere all'affermarsi di uno o dell'altro dei modelli che l'analisi storica delle costituzioni ha poi creduto successivamente di individuare.

Mortati, nella sua opera di storico comparatista narra, con sostanziale aderenza alla realtà storica, il succedersi negli ordinamenti delle tappe delle distinte soluzioni costituzionali vittoriose e il loro rapportarsi ideale al quadro dei modelli nel senso ora indicato. Ma affiora nel suo discorso talvolta – e diventa più netta nei suoi ultimi scritti – l'idea che i modelli stessi corrispondano a una entità esistente e operante di per sé nei comportamenti dei consociati fin dall'inizio del periodo storico che la dottrina suole assegnare al modello. E v'è congiunta in lui anche la tendenza – che si accentua col tempo – a semplificare drasticamente il contenuto dei modelli, ricollegandolo tutto agli interessi materiali della classe o delle classi che avrebbero dominato nel periodo. Tra il Settecento e l'Ottocento la classe dominante fu per lui, senz'altro, la borghesia. Per lui, come per M.S. Giannini, lo stato in quei secoli fu in tutto l'Occidente lo «stato della borghesia»: uno «stato monoclasse»<sup>36</sup>. Il modello

<sup>36</sup> M.S. Giannini, opere e luoghi citati alla nota 12. Le formule «stato della borghesia» e «stato monoclasse», così come quella dello «stato pluriclasse» frequentemente riferita alle democrazie del Novecento da autori affezionate alle prime, non possono accettarsi per svariate ragioni. La prima e fondamentale è che esse riducono marxisticamente la sostanza delle complesse esperienze degli stati e delle società occidentali nel corso di tre-quattro secoli a un semplice fatto di brutale lotta di classe. Ne segue la implicita relegazione di tutti gli altri importantissimi momenti di quelle esperienze a mere, secondarie sovrastrutture di quella lotta. Ne esce alterata anche la vera immagine dei conflitti economici intervenuti tra i diversi gruppi sociali, nei diversi paesi, nelle diverse fasi di quella storia. Chi poi vuol giustificare la qualifica di «monoclasse» applicata agli stati liberali ottocenteschi ricordando che

liberale dello stato gli appare ridursi così a una forma tutta essenzialmente rivolta a salvaguardare – al di là delle varie fattispecie storiche – gli interessi economici di quella classe e le sue esigenze: in una parola, la proprietà privata borghese e il capitalismo. Nel Novecento, in Occidente, il dominio si è spartito di necessità tra borghesia e classe lavoratrice, e di conseguenza, al di là delle particolari modalità, il modello ha assunto la forma di un «compromesso» di fondo tra gli interessi dell'una e dell'altra classe, ed è diventato il modello «sociale».

Questa sostanziale «reificazione» e semplificazione materialistica dei modelli ha generato una versione particolare della teoria della costituzione materiale, in parte diversa da quella che abbiamo riferita sopra. La *costituzione materiale* di tutti gli stati e delle connesse forme di governo durante l'epoca che si considera liberale sarebbe stata *una sola e la stessa*: la volontà diretta a proteggere i privilegi della borghesia. La costituzione materiale degli stati «sociali» e dei loro assetti governativi sarebbe, egualmente, una sola e la stessa: la volontà di tener fermo e realizzare il compromesso di fondo raggiunto tra le esigenze e i valori contrapposti della classe borghese e di quella proletaria<sup>37</sup>.

Questa speciale versione «irrigidita» del concetto di costituzione materiale, derivante dalla «reificazione» e semplificazione materialistica dei «modelli», allontana però ancor più nettamente e definitivamente la teoria della costituzione materiale da una rappresentazione obiettiva e credibile della realtà storica. E ciò non solo per la obliterazione – che si è già denunciata – degli alti profili ideali (etici e politici) presenti, accanto agli economici, nelle elaborazioni delle forme di stato e di governo liberali e democratiche. Ma per la cancellazione che in pratica compie delle differenze costituzionali essenziali (essenziali per chi dava via via vita ai nuovi organismi) tra le varie tappe dello sviluppo delle forme proprie di ciascuna epoca. La costituzione materiale della Gran Bretagna monarchica del Settecento sarebbe – in questa semplificata versione del concetto – la stessa degli Stati Uniti repubblicani e federalisti del 1788; la stessa altresì della monarchia francese del 1791, di quelle del 1814 e del 1830; dello Statuto albertino e del Reich bismarckiano. Andando oltre, Mortati si spinge ad affermare che i fini politici fondamentali propri del fascismo consistevano nella perpetuazione degli assetti capitalistico-borghesi, onde non potrebbe stabilirsi alcuna differenza costituzional-materiale tra il

in essi il suffragio politico era riservato a gruppi ristretti di abbienti – un argomento spesso sventolato – dimentica che il prototipo – secondo il modello astratto – dello stato liberale classico, cioè gli Stati Uniti, conosceva il regime del suffragio universale (maschile) fin dagli inizi dell'Ottocento.

<sup>37</sup> Questa nuova prospettazione del concetto può cogliersi soprattutto nelle opere già menzionate nella nota 9, e cioè: nelle aggiunte e negli aggiornamenti apportati al libro *Forme di governo* nell'edizione del 1973; nel saggio *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, 1973, 511 ss.; in varie pagine delle *Istituzioni di diritto pubblico* nelle edizioni del 1967 (pp. 23-33) e del 1975 (pp. 30-38).

regime fascista e quelli precedenti degli stati liberali (un'opinione che certo non coincide con quella espressa nei libri del 1931 e del 1940; ma qui contano i molti anni passati)<sup>38</sup>. Analogamente, la stessa costituzione materiale «sociale» sottostarebbe alle costituzioni formali della Germania di Weimar, dell'Inghilterra laburista, degli Stati Uniti dopo il New Deal, dell'Italia repubblicana. Questo totale pareggiamento, sul terreno della costituzione materiale, di esperienze costituzionali tra loro così profondamente diverse urta però frontalmente con dati elementari e irrefutabili della storia. Sotto ciascuna delle forme costituzionali menzionate sta infatti – se vogliamo guardare anche solo ai fattori socio-economici coinvolti – non la identica vittoriosa affermazione di un unico blocco dominante (prima solo borghese, poi composito di borghesia e proletariato), ma semmai, volta per volta, al massimo, il successo di temporanei accordi tra frazioni della aristocrazia, tra frazioni della aristocrazia e della borghesia, tra frazioni interne della borghesia tra loro in concorrenza, tra frazioni della borghesia e frazioni particolari del proletariato, tra frazioni varie di una allargatissima classe media, e via dicendo. La logica dei «modelli», intesi questi nel loro senso giusto, esclude del resto per principio che la base socio-economica delle varie particolari forme di stato e di governo possa ridursi a una componente unica, a un blocco compatto attraversante i secoli.

La sicura inaccettabilità di una versione così semplificata e irrigidita di concetto di costituzione materiale è ulteriormente comprovata dal fatto che essa non permette l'applicazione di aspetti della teoria che ne formano elementi indiscutibilmente costitutivi e caratterizzanti. Il giurista dovrebbe poter trarre, con ragionamento «giuridico», dalla costituzione materiale – secondo quanto s'è visto sopra –, criteri per indirizzare la sua interpretazione delle disposizioni della costituzione formale. Ma non si riesce a capire come potessero farlo i giuristi del tempo partendo da ipotesi di costituzioni materiali così «scarnificate» da poter valere indifferentemente per situazioni tanto profondamente diverse come quelle sopra menzionate: i criteri che si pretendessero trarre da quella base senza preciso, sostanzioso contenuto non potrebbero essere altro che elaborazioni dettate da pure scelte politiche, non seriamente ascrivibili ad implicite, sicure volontà di una identica costituzione materiale operante in condizioni storiche così differenti. Inoltre, il giurista – secondo la teoria – in base alla costituzione materiale sarebbe in grado di identificare tra le norme della costituzione formale quelle che formano il gruppo immodificabile del sistema (finché non intervenga addirittura un evento rivoluzionario). Ma non si riesce a comprendere come mai di fatto, se si accoglie l'ipotesi di una identica costituzione materiale di base, gli operatori dei vari sistemi abbiano invece potuto concludere non di rado per la intangibilità di istituti tra loro opposti.

<sup>38</sup> Per questa valutazione del significato costituzionale del fascismo cfr. *Forme di governo*, ed. 1973, 31 ss., 48-50; *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. 1975, 31, 87, 140.

(Per esempio: gli inglesi del XVIII secolo, per la inamovibilità in pratica, per vie legali, della monarchia; gli americani del XIX, per la indissolubilità di una repubblica, democratica e federale, fuor che per fatti rivoluzionari). La identificazione di un modello generale e astratto, utile per gli inquadramenti storici, con una costituzione materiale unica, sottostante a tutte le diverse forme di stato realizzatesi in un periodo cui può applicarsi il modello, urta contro componenti essenziali, irrinunciabili della teoria.

La versione che abbiamo chiamata «irrigidita» e materialistica del concetto di costituzione materiale compare, è vero, negli scritti di Mortati, ma vi compare, per dir così, marginalmente e più che altro da ultimo. È dunque opportuno lasciarla da parte in un valutazione che vuol sondare i meriti del concetto preso al suo possibile meglio, e concentrarsi sulla versione che prevale negli scritti di lui. È del resto la versione espressamente e dettagliatamente ribadita nel grande saggio *Costituzione in generale*, scritto per la *Enciclopedia del Diritto*. In questa versione – è bene riepilogare – la costituzione materiale di ogni, distinto ordinamento consiste nei valori e corrispondenti principi specificamente posti dalle classi dirigenti alla base della fondazione o rifondazione dello stato, coincidente, di massima, con l'adozione di una nuova costituzione formale: un insieme dotato di un sua articolata individualità, conoscibile attraverso appropriata ricognizione storica. Si assume che la costituzione materiale, propria di ciascun assetto costituzionale, tra quelli che figurano nei grandi momenti di rinnovamento della storia costituzionale dell'Occidente che abbiamo poco sopra menzionati, sia, nella sua individualità, diversa da quella di altri assetti (salva la possibilità di confronti comparativi tra loro). Si tratta di principi che includono sia il ventaglio dei vari diritti fondamentali della persona e dei loro rapporti col potere politico in generale (principi attinenti alla forma di stato), sia la definizione delle strutture ritenute indispensabili ad una organizzazione del potere politico capace di attuare i fini predisposti all'azione dello stato (principi attinenti alla forma di governo: p.e., monarchia o repubblica; strutture unitarie o federali dello stato; governo costituzionale puro o governo parlamentare; ecc.): principi il cui rispetto le forze politiche e sociali dominanti, fondatrici dello stato, riescono a imporre negli sviluppi successivi dell'ordinamento e nei processi di interpretazione-applicazione delle normative costituzionali e ordinarie formali.

Preso in questo suo preciso significato, la teoria della costituzione materiale resta peraltro tutta esposta alle varie obiezioni che abbiamo sopra avanzate, da un punto di vista di realistica, rigorosa verità storica. Essa solidifica in un compatto, coerente insieme di idee politiche, il fluido complesso di ideologie che per un momento hanno avuto il sopravvento su altre: le trasforma in una entità esistente a sé, separata dalla Costituzione formale di nuovo conio, dotata di una consistenza specifica e permanente, e la sottrae a possibili modificazioni parziali e graduali nel tempo, finché non sopravvenga



addirittura l'affermarsi di una nuova costituzione materiale. Essa soprattutto delinea un irrealistico sviluppo della vita dell'ordinamento come uno svolgersi di progressive interpretazioni-applicazioni del dato normativo sotto lo stretto controllo dei valori della presunta costituzione materiale. Essa rende impossibile vedere ciò che è la vera vita di un sistema costituzionale: il suo essere soggetto a un continuo modificarsi (più o meno intenso a seconda dei casi), sotto gli impulsi di idee e di valori che si rinnovano ad ogni istante (con intensità di volta in volta diverse), e che penetrano nel sistema attraverso l'opera, ai vari livelli, dei suoi stessi operatori.

Si impone allora una logica domanda.

Come è potuto accadere che Mortati, il quale intendeva fondare la sua teoria su una considerazione realistica dei fenomeni politico-giuridici e come storico ha dimostrato spiccata sensibilità per essi, sia approdato a un concetto di «costituzione materiale» e conseguenti implicazioni quanto ai processi di attuazione progressiva d'essa nelle vicende dell'ordinamento, il quale non rende adeguato conto dei fenomeni, ed anzi ne forza vistosamente il reale andamento storico? Certo, messo a confronto con gli schemi teorici del positivismo classico e di quello kelseniano, la teoria di Mortati brilla per virtù di realismo. Se si assume che la concezione positivista-classica dello stato sovrano, dotato di un potere costituente assoluto, autore attraverso la Costituzione di una qualsiasi sua interna organizzazione, a libera scelta, sia la pretesa, veridica rappresentazione di una realtà esistenziale, e sia pure di una speciale natura, ci si consegna a un mondo di fantasia: non si descrive alcun oggetto che abbia una credibile realtà fattuale, di alcun genere. E lo stesso, a pari ragione, può dirsi della teoria positivista-kelseniana della struttura a gradi dell'ordinamento giuridico (in testa una *Grundnorm*, che validifica, in progressione, costituzione, leggi, atti amministrativi, sentenze, negozi giuridici): se la si prenda, pur essa, come il supposto, verace quadro di una entità fatta di norme che hanno una loro autonoma esistenza, conoscibile a prescindere dagli atti concreti che hanno prodotto i loro segni e hanno dato ad essi successiva, continua esecuzione. Di fronte a queste prospettazioni, Mortati può vantarsi di aderire ai veri dati della realtà. E tuttavia, le residue carenze della sua concezione, in termini di realismo, sono evidenti e di peso.

La risposta alla domanda appena formulata si trova allora nella fondata supposizione che il concetto di costituzione materiale e la annessa teoria della sua interpretazione-applicazione nelle vicende dell'ordinamento non appartengano all'ordine dei discorsi storico-descrittivi concernenti i reali sviluppi della vita dei sistemi costituzionali, come operazione diretta a raccogliere riassuntivamente, in una formula sintetica, i risultati di ricerche fattuali di vasta estensione. Concetto e teoria muovono dalla presa d'atto di alcuni aspetti di quegli sviluppi (presa d'atto meno parziale e selettiva di analoghe operazioni compiute da predecessori positivisti). Ma li sfruttano per collocarsi poi sul di-

stinto terreno dei *discorsi giurisprudenziali o scientifico-pratici*. Mortati in verità, con il suo concetto e la sua teoria, a parte ogni maggiore o minore validità d'essa come descrizione riassuntiva di realtà giuridiche storicamente esistenti, si rivolge di fatto agli interpreti-applicatori di qualsiasi specie, operanti con le disposizioni di una costituzione formale moderna, e li invita a procedere nelle loro operazioni dando il dovuto rilievo ai valori politico-giuridici che si possono pensare stiano dietro le quinte degli atti di fondazione della Costituzione: li invita a non perdersi nei giochi formali della esegesi letterale del testo e della astratta sistemazione logica delle sue parti, e neppure a cercare le precise intenzioni con cui i costituenti avevano adottato questa o quella disposizione. Li invita invece a impegnarsi per costruire, anche attraverso più o meno incisive manipolazioni del dato positivo, un sistema costituzionale compatto e coerente, che risponda alla suggestione di quei ritenuti valori fondanti originali, e che guidi in modo uniforme ed eguale al compimento delle singole successive operazioni in cui deve articolarsi la vita dell'ordinamento. Solo attenendosi a questo metodo di interpretazione-applicazione la vita dell'ordinamento potrebbe dirsi ispirata ad una costituzionalità che si afferma attraverso criteri di *logica scientifica*. È in questa *valenza pratica* della teoria – composta dei punti particolari che abbiamo sopra riferiti relativi al trattamento da farsi dei vari aspetti della Costituzione formale – che Mortati riponeva, al di là di ogni altra considerazione, il vero significato e la vera importanza della sua «scoperta» scientifica.

B. *Il concetto e la teoria annessa sono inadeguati e inaccettabili come metodo da usarsi nella interpretazione-applicazione della costituzione formale di uno stato contemporaneo*. Sia che rappresenti la vera essenza della teoria, sia che ne costituisca solo un aspetto, è quanto meno indubbio che un *metodo con pretesa prescrittiva* sia contenuto nella concezione mortatiana della costituzione materiale e delle attività di interpretazione-applicazione del dato costituzionale da effettuarsi nelle vicende di uno stato della nostra epoca. Si tratta ora di saggiarne la validità sul terreno appunto della sua portata prescrittiva: valutare se essa sia adeguata alle esigenze razionali di una *teoria generale della giurisprudenza come scienza pratica*, e se sia idonea in particolare a venire incontro ai *bisogni di uno stato contemporaneo*.

Fatta la concessione di alcuni, importanti meriti che senz'altro le appartengono, occorre dire che il metodo da essa proposto è nell'insieme e per molti punti particolari insoddisfacente.

1) Intanto, conviene precisare in che misura la teoria di Mortati, in quanto prescrizione di un metodo per il lavoro giurisprudenziale, si oppone come concezione contraria a quella *positivistica classica*, che intende sostituire; per quali fini in concreto la vuole sostituire; e in che senso però essa rimane nel fondo una concezione di tipo ancora *positivistico*.

I classici del positivismo privilegiavano, anche per l'interpretazione costituzionale, i criteri tradizionali savigniani, mettendo in prima fila quello del significato letterale delle disposizioni e quello della loro combinazione sistematica. Ma soprattutto essi, nella impostazione del sistema, ponevano al suo vertice il concetto della *sovranità assoluta dello stato*, a cui facevano seguire una cascata di concetti conformi, dentro i quali collocare il materiale del dato positivo. Dalla sovranità assoluta dello stato facevano in pratica derivare, nel quadro della articolazione dei vari Poteri statali, una posizione di piena supremazia del Legislativo sopra tutti gli altri: esso infatti era l'organo che esprimeva la volontà primaria dell'ente «stato». Pubblica amministrazione e Giudiziario dovevano applicare fedelmente le leggi da esso dettate, senza poterne contestare i contenuti. (I positivisti classici respingevano l'idea di un sindacato giudiziale di costituzionalità delle leggi. Solo Kelsen, positivista di terza generazione, ne ammetterà uno, di portata del resto ristretta). Le libertà individuali e anche la proprietà, proclamate dai vecchi testi costituzionali, tuttora in vigore, «diritti inviolabili», venivano da essi degradati a «concessioni», o «autolimitazioni» dello stato sovrano, il quale, nella sua assoluta sovranità, avrebbe potuto revocarle per intero. Comunque, il Legislativo, essendo l'organo che esprimeva la volontà primaria dello stato e a cui spettava l'interpretazione ufficiale della Costituzione, aveva il potere di restringerne a discrezione la portata<sup>39</sup>.

In tempi successivi, la esaltazione positivista della illimitata sovranità dello stato è apparsa a molti il piano inclinato che rese facile dopo la Prima Guerra Mondiale l'avvento di regimi autoritari e totalitari, talvolta giunti alla conquista del potere attraverso leggi liberticide fatte da Legislativi compiacenti. Va detto anche, però, che proprio la latitudine dei poteri del Legislativo, difesa dai positivisti, aveva permesso dalla fine dell'Ottocento l'espandersi progressivo della *legislazione sociale*, la quale, in quanto limitativa di libertà economiche e di prerogative della proprietà, avrebbe potuto incontrare serie obiezioni di ordine costituzionale ove la dichiarazione dei diritti fosse stata ancora letta nel senso originario della loro intangibilità. (E infatti negli Stati Uniti, ove persisteva la concezione del loro ancoraggio a una *higher law* ed esisteva il sindacato giudiziale di costituzionalità, la legislazione sociale fu a lungo bloccata<sup>40</sup>).

Mortati, quando scrisse nel 1931 il libro sul governo italiano e nel 1940 il libro sulla costituzione materiale, non era certo preoccupato per le sorti della

<sup>39</sup> Per tutto ciò si veda G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3 ediz. 1921, rist., Bad Homburg, H. Gentner Verlag, 1960, Libro III, e in particolare capp. 14, 15 (pp. 435-539). Anche: Id., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, rist., Aalen, Scientia Verlag, 1964, capp. 6, 7, 8, 9.

<sup>40</sup> Per una rapida descrizione di questo fenomeno di «arresto e blocco» vedasi G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I, *La costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 1999, e ivi gli opportuni rinvii bibliografici.

libertà democratiche, che allora in Italia non c'erano (con il ritorno della democrazia dopo il 1945 il suo atteggiamento ovviamente mutò). Ma era già forte in lui la simpatia per il *modello dello stato sociale*, che vedeva ormai affermato in certi ordinamenti e sul punto, a suo avviso, di affermarsi in tutti quelli occidentali, con crescente forza. La concezione positivista dello stato e della interpretazione costituzionale aveva aperto le porte, dunque, al modello sociale. Ma, per la sua stessa natura, celebrante l'onnipotenza del Legislativo, essa lasciava in astratto alla legge la possibilità di tornare indietro, ossia di restaurare un (non da lui amato) sistema liberale di economia. In ogni caso, anche escluso il ritorno, il metodo interpretativo positivista non favoriva una interpretazione delle leggi esistenti tutta proiettata di principio a favore del «sociale».

Dovette allora profilarsi, nella mente di Mortati, il pensiero che un diverso concetto di come si realizza la fondazione costituzionale di uno stato – aggirante l'ostacolo di una pretesa sovranità assoluta statale –, e un diverso metodo per l'interpretazione delle Costituzioni, avrebbero potuto giovare alla causa politica che gli stava a cuore.

All'uopo poteva servire una teoria che considerasse l'insieme dei valori, principi, fini politici abbracciati da una classe dirigente al potere (e proclamati da essa anche solo per vie informali), come la costituzione vera dell'ordinamento: la sua «costituzione materiale». Alla quale avrebbe dovuto adeguarsi la lettura di quella «formale», attraverso l'individuazione di parti in essa prominenti rispetto ad altre; parti non intaccabili nemmeno con atti rivestiti di una forza speciale, in quanto esprimenti l'anima permanente del sistema costituzionale; parti che avrebbero dovuto ispirare l'interpretazione anche di tutte le altre leggi dell'ordinamento.

La teoria della costituzione materiale – riconosciuta come valida «teoria generale» delle costituzioni – sarebbe dovuta diventare il credo degli operatori attivi nei vari sistemi. In tal caso, poiché le decisioni di adozione di qualche aspetto del modello «sociale» andavano crescendo e rafforzandosi, tali decisioni avrebbero potuto considerarsi elemento, assieme ad altri, della «costituzione materiale» dell'ordinamento. Sarebbero divenute in tal maniera praticamente intoccabili nell'opinione comune, e ad esse sarebbero seguite tutte le altre implicazioni interpretative accennate.

Quando la democrazia con le sue libertà fu restituita all'Italia, fu naturale e logico per Mortati includere nella costituzione materiale dell'ordinamento italiano, come da lui pensata, accanto ai valori sociali già ad essa acquisiti sotto il Fascismo, questi altri che figuravano da tempo nelle (presunte) «costituzioni materiali» degli altri ordinamenti tradizionalmente democratici, e per i quali poteva ritenersi l'Italia aver preso anch'essa adesso la decisione di una scelta definitiva.

La teoria della costituzione materiale tollerava, anzi in certo senso richiedeva, nel quadro di una forma di governo democratico, un controllo

giudiziario che garantisse per maggiore sicurezza la stabilità dei principi che appartenevano al corpo della costituzione materiale. Quando dunque la nuova Costituzione formale italiana del 1948 adottò il controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi ordinarie – col pieno e caldo supporto del deputato Mortati – la cosa non poté che combaciare con le esigenze della teoria e darle un mezzo di importantissima, indiretta conferma, e, in certo senso, di pratica realizzazione. Conferma che uscì addirittura rafforzata quando la giurisprudenza della Corte costituzionale più tardi sancì che vi sono «principi supremi» nel corpo della Costituzione formale (Mortati avrebbe detto: quelli corrispondenti a «fondamentali valori materiali») che non possono venir tolti di mezzo nemmeno col procedimento della revisione costituzionale.

Forse la spiegazione qui abbozzata della genesi in Mortati della teoria della costituzione materiale non poggia su prove incontestabili. L'oggettivo significato storico-politico della contrapposizione di questa teoria alla teoria del positivismo classico è però quello segnalato: essa priva il Legislativo dell'esercizio tutto libero dei suoi poteri che la teoria positivista gli assicurava, e lega tutti gli interpreti-applicatori della Costituzione a un insieme di valori-principi che quest'ultima ignorava.

È stato detto (Fioravanti) che la teoria positivista della costituzione e del modo di interpretarla era congrua alle esigenze di uno stato di forma liberale<sup>41</sup>. Si tratta di una opinione inesatta. La vera teoria richiesta dallo stato liberale classico era quella espressa dai Padri fondatori delle Costituzioni del Settecento e della prima metà dell'Ottocento, i quali, se giusnaturalisti, credevano alla preesistenza allo stato delle intoccabili libertà individuali e della proprietà, ovvero pensavano, se idealisti romantici, che esse fossero il prodotto irrinunciabile di un civiltà sviluppatasi progressivamente al seguito della vincente forza della ragione. Lo stato illimitatamente sovrano dei positivisti era lo stato concettualmente adatto a una età di nazionalismo esasperato e di imperialismo combattivo, cui abbisognava un Legislativo capace di disporre costituzionalmente a suo piacere di ogni diritto e di ogni interesse, in funzione della potenza statale: lo stato di una età in certo senso intermedia, rispetto all'età dello stato liberale e a quella successiva di uno stabilizzato stato democratico e sociale.

La teoria della costituzione materiale di Mortati appare in sintonia – assieme a svariate altre – con una esigenza fondamentale dello stato interventista del XX secolo. La produzione di norme giuridiche è diventata, nel quadro di questo stato, un fiume inarrestabile, che si muove rapidamente, e che in pra-

<sup>41</sup> Cfr. *Dottrina dello stato e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuridico-pubblicistica italiana*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati* (a cura di M. Galizia e P. Grossi), Milano, Giuffrè, 1990, 45 ss.; Id., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello stato*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, 3 ss.

tica non può nemmeno venir seriamente rallentato. Il governo di una società pienamente industrializzata deve provvedere a regolarla in molteplici campi (non solo quello economico), e deve rinnovare di continuo i regolamenti che detta. Premono sugli organi rappresentativi dello stato gli interessi dei gruppi sociali organizzati, dal consenso dei quali dipendono gli esiti delle elezioni; ed essi senza tregua domandano interventi adeguati dello stato. È sorto allora il bisogno del mantenimento negli ordinamenti di un corpo normativo centrale stabile, che sfuggisse alla logica del generale movimento, imperativa per i Poteri politici: un'isola non sommersa dalle acque del fiume. Si spiega così, tra l'altro, la diffusione ormai universale del sindacato giudiziale di costituzionalità delle leggi: il quale serve a preservare, sottratto al gioco di molteplici esiti elettorali, un nucleo di valori e di principi ritenuti di maggior pregio. Quali siano i valori e i principi da privilegiare è oggetto oggi di accanite dispute coinvolgenti giuristi, costituzionalisti, pensatori politici, filosofi; e le Corti costituzionali hanno fatto a loro volta le loro scelte, non di rado diverse tra loro, anche distaccate talvolta dalla lettera dei rispettivi testi costituzionali. La teoria di Mortati, in quanto teoria metodologica generale, non legata a una costituzione particolare, a differenza di quasi tutte le altre non fa scelte di contenuto: non indica quali siano gli oggetti da mettere sull'isola al riparo dai flutti. Ma, con la posizione assicurata alla costituzione materiale nel sistema, viene comunque incontro a quel bisogno di stabilità.

Resta da chiarire perché, nonostante la contrapposizione alla teoria positivista classica, la teoria di Mortati possa dirsi nel fondo anch'essa una *teoria positivista*.

Il positivismo, nato come filosofia nel primo Ottocento, aveva condannato come non-sapere le speculazioni metafisiche e aveva proclamato valido sapere solo quello delle scienze empiriche e logico-matematiche. Applicato al campo del diritto, aveva preteso che la sua scienza ammettesse nei suoi ragionamenti solo elementi fondati sui *fatti*, vale a dire, in sostanza, solo sulle norme dettate dallo stato sovrano, interpretate con i metodi consolidati della logica giuridica. Aveva proscritto qualsiasi elaborazione del diritto costituzionale utilizzando concetti di diritto naturale (anche Benjamin Constant, grande costituzionalista liberale, su questo punto fu messo al bando) o teorie di carattere idealistico. In Italia, con la recezione orlandiana degli insegnamenti positivisti della grande scuola tedesca del diritto pubblico, il precedente indirizzo dottrinale, che si ispirava grosso modo a concezioni idealistiche, era stato spazzato via. Ora Mortati, nel respingere le particolari tesi positivistiche in materia di sovranità statale e dei criteri di interpretazione giuridica, non ha però voluto riesumare, nemmeno in versioni corrette, motivi di diritto naturale o di una ragione che suggerisca idee di giustizia. La sua metodologia rispetta in pieno il primo, irrinunciabile postulato della filosofia positivista del diritto: il ragionamento del giurista può fondarsi solo – se vuol essere «scien-

tifico» – su *fatti*, cioè su atti dell'uomo storicamente individuabili, implicanti valenze normative, e capaci di imporsi con la forza all'osservanza dei consociati. E la teoria della costituzione materiale mette appunto a fondamento del ragionamento del costituzionalista atti dell'uomo, e solo atti dell'uomo, presi nella loro nuda storicità: i valori e i principi supposti storicamente voluti dalle forze politiche dominanti, che li hanno di fatto imposti a base dell'ordinamento. Valori e principi la cui validità, agli effetti del diritto, non dipende da alcun giudizio di valore, morale politico o analogo, che si faccia di essi. *La loro obbligatorietà giuridica coincide col loro semplice esserci, poggianti su una volontà che ha la forza di imporli.* E la loro giuridicità implica che gli interpreti-applicatori debbono nei loro ragionamenti, in quanto giuristi, svolgere il discorso sempre in accordo con le premesse normative poste da quei primi fatti. Né il giurista potrà inserire in alcun punto del suo discorso valutazioni tratte per iniziativa autonoma da fonti o esperienze estranee, quanto meno se esse per caso fossero in contrasto con quei primi fatti-valori e ne ostacolassero la piena realizzazione. Il positivismo classico poneva come esclusivo punto di partenza vincolante per il ragionamento del giurista i *fatti* costituiti dagli atti normativi formalmente voluti dallo stato (Costituzione formale e leggi). Mortati ribadisce quel vincolo; soltanto gliene aggiunge e sovrappone un altro: quello rappresentato dai *fatti* della costituzione materiale (a cui va adeguata, fino ai limiti del possibile, la lettura dei di per sé pur sempre vincolanti atti normativi formali).

Ci si può domandare come mai Mortati, uomo e studioso collegato a tradizioni culturali e politiche di impronta cattolica, dopo avere scartato tanti concetti positivistici (per es. quello della sovranità assoluta statale), non abbia pensato di rompere anche l'ultimo filo che lo legava al positivismo. Avrebbe potuto reinserire nella sua teoria della scienza giuridica elementi giusnaturalistici sempre stati ufficialmente in grande onore presso quelle tradizioni, magari riorientandoli in senso fortemente «progressista», in corrispondenza alle sue simpatie politiche di intensa marca «sociale» (che trasparivano evidenti già nel suo libro del 1931, e che lo porteranno ad aderire alla corrente di sinistra della Democrazia Cristiana alla Assemblea costituente). Ovvero avrebbe potuto utilizzare altre filosofie etico-politiche dei valori, che pure erano disponibili. All'epoca del Fascismo si può pensare che particolari motivi rendessero poco consigliabile una scoperta operazione culturale del genere. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, quei motivi, se erano esistiti, erano però ormai caduti. La risposta più plausibile all'interrogativo rimane dunque (dato il carattere rettilineo dell'uomo) questa: Mortati era intimamente convinto della validità del postulato positivistico del *fondamentale carattere avalutativo della scienza giuridica*, anche e in particolare nel suo aspetto di scienza pratica: di quella giurisprudenza che insegna, *sub lege*, a stabilire che cosa è giusto o ingiusto secondo diritto, che cosa è costituzionale o incostituzionale

secondo una Costituzione. (Oppure si può supporre, come ipotesi in subordine, che egli ritenesse di principio inutile proporre una soluzione del tutto distaccata dall'universo culturale positivistico: essa non avrebbe ottenuto nessun serio ascolto negli ambienti giuridici dell'Italia di prima e di dopo la Seconda Guerra Mondiale, tutti impregnati allora fino al midollo di quell'indirizzo culturale).

2) Chi crede nella ragione e nei suoi buoni diritti non può accogliere la teoria proposta da Mortati come adeguato metodo generale di lavoro giurisprudenziale: per vari motivi.

Deve innanzitutto respingere la sua pretesa (se essa, come sembra, la avanza) che il suo merito non sia giudicabile, con giudizio decisivo, in base a valori che appartengono a un superiore piano etico-politico. Si tratta cioè, *in limine*, di liberarsi del presupposto filosofico positivistico che forma in certo senso la premessa implicita della teoria.

Il giurista, che inserisce il suo lavoro nell'universo dei discorsi miranti in qualche modo a orientare l'azione umana (il giurista della scienza «pratica» del diritto), sottomette per ciò stesso il suo lavoro al giudizio dei criteri supremi che controllano, da ultimo, la bontà pratica dei risultati che esso produce. Caratteristica essenziale del discorso del *giurista «pratico»* è *il partire necessariamente da un dato normativo positivo* (quello di un determinato ordinamento; quello del testo di una certa Costituzione formale), *che egli accetta come un punto iniziale fermo per lo sviluppo del suo lavoro. Non sarebbe, nel nostro universo culturale, «giurista», se non si facesse, sotto questo rispetto, volontario «servo» della norma positiva*<sup>42</sup>. Ma spetta poi a lui scegliere liberamente *il metodo con cui trattare il dato normativo allo scopo di ricavarne un sistema possibilmente più organico, più adeguato, più completo di prescrizioni*. Ed egli non è in questa operazione alla ricerca di un sistema che preesisterebbe e che egli finirebbe per semplicemente «scoprire». Il mito della preesistenza, sia pure come ente ideale, di un tale sistema, quantunque largamente condiviso dai cultori della scienza giuridica di sempre, resta un puro, ingannevole mito.

<sup>42</sup> La distinzione che giustamente si traccia tra il discorso del filosofo o del pensatore politico e quello del giurista (pratico) dipende appunto dal fatto che il primo valuta il merito delle norme (rectius: delle utilizzazioni fatte o fattibili di segni normativi positivi) in ordine al possibile, conveniente mutamento degli stessi segni (la auspicabile riforma delle disposizioni delle leggi); il secondo (sempreché il giurista operi strettamente da giurista) muove dai segni normativi positivi che assume come «dati», e lavora su di essi per migliorare la loro interpretazione (rispetto ai significati che in origine o in seguito sono stati attribuiti ad essi), in vista di una loro prossima applicazione concreta.

Il «dato positivo», come insieme di segni normativi emanati dalle fonti del diritto, ufficialmente riconosciute per tali in un ordinamento, costituisce per il giurista una base per il suo lavoro: una base scelta sì volontariamente, ma scelta come obbligatoria e come, di massima, da parte sua intangibile e immodificabile (di massima, perché, come già accennato sopra, esistono margini di manipolabilità anche con riguardo al sistema delle fonti).

Il giurista pratico è dunque un «servo» delle norme positive, ma un servo con buone possibilità di condurre, a suo giudizio, il padrone sulla giusta strada, evitando solo di contraddirne platealmente la parola.



Il trattamento cui il giurista sottopone il dato normativo produce un fatto parzialmente nuovo: un insieme di prescrizioni distinte e, a seconda dei casi, più o meno diverse da quelle da cui il suo discorso ha preso le mosse; un insieme che, se accolto (come egli auspica) nella prassi dominante del diritto applicato, contribuisce a plasmare i contenuti del diritto «in azione» o diritto «vivente», cioè i contenuti della sola, vera realtà esistenziale concreta del diritto.

La bontà del metodo prescelto per la elaborazione del nuovo prodotto dipende dunque dalla bontà del risultato cui esso conduce. I metodi escogitati dalla giurisprudenza per il trattamento del dato normativo sono stati nel corso della storia molteplici e, di regola, in gara, anzi, spesso, in duro conflitto tra loro. Il metro per valutarne la rispettiva validità non può allora essere – per chi crede nella esistenza di una ragione capace di esprimere giudizi aventi portata obiettiva – altro che il maggiore o minore contributo che il metodo ha recato, o potrebbe recare, all'*avanzamento dei valori della civiltà*. Il giudizio relativo a quel merito dovrebbe naturalmente tenere in conto le *particolari circostanze e condizioni storiche in cui il metodo era chiamato, o sarebbe al presente chiamato, ad operare*. Le valutazioni della ragione non possono non porsi sempre in stretto rapporto con le situazioni della storia, che mutano, e con le concrete opportunità che esse realisticamente offrono<sup>43</sup>.

A chiarimento: il giudizio sui meriti (o demeriti) rispettivi, per esempio, degli opposti metodi del giusnaturalismo settecentesco e del giuspositivismo tardo ottocentesco va impostato nelle prospettive del metro valutativo ora accennato.

Il giusnaturalismo di quell'epoca molto fece, interpretando le normative del diritto vigente nei paesi di *Common* e di *Civil Law*, per liberalizzarne i contenuti, con grande vantaggio per la cultura, l'economia e la convivenza civile di quelle collettività. Applicato nella interpretazione di Costituzioni formali già incorporanti principi liberali, lavorò ad allargarne la portata, sia nell'area della forma di stato sia in quella della forma di governo, in competizione con le tendenze conservatrici, e con eguale complessivo vantaggio per le collettività.

Quanto al metodo del positivismo che poneva al vertice la sovranità assoluta dello stato e la connessa supremazia della libera volontà del Legislatore, si può ripetere il misto giudizio sommariamente espresso sopra. Da un lato esso fu involontaria, pericolosa preparazione all'avvento in Europa di teorie e di forze politiche che ripudiavano le conquiste di civiltà ottenute in due secoli

<sup>43</sup> Per una indicazione di come la kantiana ragion pratica possa, per autoriflessione, pervenire, superando i puri formalismi di Kant, alla identificazione dei supremi principi etici con il dovere sostanziale di promuovere l'avanzamento di oggettivi valori di civiltà, in rapporto alla situazione storica in cui l'azione deve dispiegarsi, rinvio alle pagine in argomento del già citato *Introduzione al diritto costituzionale comparato* (pp. 48 ss.). Vedasi anche *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, IV, 1529 ss.

di lotta nella organizzazione dello stato. Dall'altro lato, però, esso facilitò il pieno affermarsi del modello dello stato interventista e sociale, il quale pare esser venuto oggettivamente incontro a bisogni della nuova età della industrializzazione non altrimenti soddisfacibili.

Da un analogo angolo visuale, pertanto, va giudicata la teoria della costituzione materiale (e sue appendici), assunta come metodo per il trattamento, a fini applicativi, del dato normativo delle Costituzioni formali. Abbiamo già incidentalmente rilevato alcuni elementi di merito propri della teoria. Essa, con le sue implicazioni, fornisce giustificazioni aggiuntive per vari caratteri del costituzionalismo moderno che rispondono a esigenze del modello di uno stato a legislazione tumultuosa e straripante: la fissazione di una costituzione rigida contenente principi e valori da sottrarre al flusso quotidiano delle innovazioni legislative; la garanzia della salvezza di quei principi e valori offerta da un controllo giudiziario di costituzionalità; lo speciale grado di importanza da attribuirsi a certi principi nel corpo della Costituzione rigida. Sono istituti propri della modellistica statale della nostra epoca, con larghissimi riscontri operativi in molti ordinamenti costituzionali, acquisiti di solito per influsso di ben altre e più complesse e più notorie teorie. Ma la teoria della costituzione materiale può servire, se prudentemente usata, a rinforzarne utilmente la operatività.

Accanto a questi elementi positivi la teoria contiene peraltro anche preponderanti elementi negativi, che ne impediscono la complessiva accettazione.

3) La metodologia collegata al concetto di costituzione materiale finisce per ridurre gli interpreti-applicatori (se essi ne rispettano i canoni) a strumenti al servizio pedissequo di direttive poste dagli originali fondatori o rifondatori dello stato. Essa avvilisce la grande, perenne funzione creativa della giurisprudenza, togliendole il potere di concorrere, in autonomia, allo sviluppo del diritto ordinario e costituzionale<sup>44</sup>. Non deve ingannare la precisazione di Mortati che l'utilizzo dei principi della costituzione materiale implica sempre valutazioni più o meno discrezionali dei fatti su cui deve cadere il loro impatto, e ciò tanto più quando si tratti di situazioni nuove, imprevedute, e si debba perciò procedere a riletture evolutive delle regole costituzionali

<sup>44</sup> Chi voglia avere anche solo una prima conferma del grande ruolo creativo avuto dalla giurisprudenza (dottrinale e giudiziaria) nei secolari sviluppi del diritto dell'Occidente, diritto sia ordinario sia costituzionale, sia nei paesi di *Civil* sia in quelli di *Common Law*, può ricorrere alla lettura di opere storiche ormai considerate classiche quali, per esempio: T.F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1956; W. Holdsworth, *Some Makers of English Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966; W. Hurst, *The Growth of American Law. The Law Makers*, Boston, Little, Brown and Co., 1950; H. Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, Muenchen, Beck, 1967; Id., *Europäisches Privatrecht*, 2 voll., Muenchen, Beck, 1985-1989; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Goettingen, Vanderhoeck and Ruprecht, 1952.

E vedasi anche, da ultimo, la bella, importante *Storia del diritto in Europa*, di A. Padoa Schioppa, Bologna, Il Mulino, 2007.

formali da applicare (onde egli in alcune pagine dei suoi scritti giunge a parlare – per queste situazioni ove nuove regole particolari diventano concretamente operative, o interpretazioni nuove di vecchie regole finiscono per prevalere – della giurisprudenza come «fonte del diritto», come attività dotata di poteri «creativi»). Il fatto è che, per la teoria, l'interprete dovrebbe comunque e sempre compiere quelle operazioni «creative» lungo la linea indicatagli dalle direttive prescrittegli da quella prioritaria «costituzione», da accertarsi come un fatto storico. Non può discostarsi da esse e procedere in funzione di valori suoi, magari opposti, rivendicati in nome di una superiore ragione.

La teoria di Mortati ha valenza generale, conta per tutti gli stati moderni e le loro diverse forme. Il giurista operante in un stato autoritario o totalitario, se restasse fedele al suo compito di giurista, dovrebbe adoperare i valori «materiali» di quei regimi per rendere più coerentemente, e magari più completamente autoritario e totalitario il sistema normativo dei rispettivi regimi. Così del resto fece Mortati nel 1931, quando elaborò in senso coerentemente «fascista» (sia pure con scelte abbastanza moderate) le norme dell'epoca relative alla forma del governo italiano. Una teoria della giurisprudenza che la ancori a un concetto di ragione capace di valutazioni e scelte miranti a promuovere valori civili non può non rigettare con decisione questa dottrina. E con riguardo alla situazione del 1931, essa (salva l'ammirazione per la raffinata tecnica argomentativa dispiegata dal giovine costituzionalista) deve schierarsi con franchezza dalla parte di quei giuristi che, adoperando metodi interpretativi diversi, riuscirono allora a salvare qualcosa di più dei vecchi valori dello stato di diritto liberale<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> La dottrina costituzionale dell'epoca doveva – in quanto dottrina giuridica – prendere atto del «dato positivo» costituito dalle leggi fasciste del 1925-28, che avevano modificato le strutture dello stato liberale, e partire da esse. Non pochi giuspubblicisti approvarono purtroppo il merito di quelle leggi. Ma restò nella maggioranza, legata ai concetti del vecchio metodo positivistico e a taluni valori derivanti dai modelli liberali, la tendenza a circoscrivere, per quanto possibile, la portata troppo incisiva delle innovazioni. Così, per esempio, sul terreno del diritto costituzionale, Donato Donati continuò a sostenere che, di principio, là dove la legge non poneva dei chiari limiti alle libertà dei singoli, il valore della libertà doveva spiegare i suoi naturali effetti giuridici. Più in generale, sul terreno del diritto pubblico, la difesa dei principi del tradizionale concetto dello «stato di diritto» fu atteggiamento del tutto prevalente. Ne furono a loro modo campioni anche maestri che si erano inseriti nelle strutture del regime e lo appoggiavano: così Santi Romano e Oreste Ranelletti. Il concetto implicava che l'atto amministrativo dovesse rispettare le norme delle leggi, che la discrezionalità dei poteri amministrativi dovesse esercitarsi in funzione dei fini per cui la legge aveva conferito il potere, e che il giudice potesse disattendere o annullare l'atto compiuto in eccesso di potere. Sotto questo rispetto dottrina e giurisprudenza furono per tutto il periodo fascista un argine al disordinato affermarsi di spinte extralegittime del regime. Si è detto – a ragione – che proprio il loro formalismo legislativo di scuola positivista servì a contenere la pretesa fascista di gestire l'amministrazione prendendosi ampie libertà. Vi fu persino chi, coraggiosamente, muovendo dall'idea che il concetto di stato di diritto esige che la legge limiti in modo consistente i poteri discrezionali della pubblica amministrazione, si impegnò a passare in rassegna tutti i molti punti in cui le leggi recenti non sembravano rispettare quel principio. Svolgendo adeguate critiche di varie tra esse: così, F. Pergolesi, *Sullo stato di diritto. Qualche considerazione a proposito della legislazione fascista*, Padova, CEDAM, 1932; rist. in *Opere minori*, Forni editore, 1982.

Ma la dottrina va rigettata anche quando la si applichi solo con riguardo ad ordinamenti dalla sicura, originaria impostazione democratica (come forse, pur non dicendolo, avrà pensato Mortati dopo il 1948, e come verosimilmente penserebbe un eventuale seguace odierno della dottrina). Essa è inaccettabile perché lega l'interprete-applicatore alle scelte fondamentali degli autori della Costituzione quanto alla particolare forma di stato e da essi prescelta. Il giurista ha il compito di puntare sempre a un miglioramento del sistema e, se la situazione, secondo calcolo razionale, lo richiede, lo consente la manipolabilità del dato normativo e vi sono probabilità di accoglimento delle sue proposte, egli non deve esitare a liberarsi delle impostazioni originarie dei fondatori, o dei rifondatori della costituzione, o comunque anche dei vari valori politici che siano venuti acquistando col tempo la qualità di fondamentali nel cuore dell'opinione pubblica. Ed egli deve leggere le norme della Costituzione formale a misura dei diversi valori che ora la ragione gli suggerisce: promuovendo, se possibile, l'assestamento della forma di stato o di governo su posizioni più giuste e convenienti<sup>46</sup>.

Per strano che sembri, nel fondo l'anima della dottrina di Mortati è molto simile a quella delle correnti giurisprudenziali che hanno di recente vivacizzato in America, in nome dell'«originalismo», il dibattito circa i metodi di interpretazione della Costituzione<sup>47</sup>. Alle due anime è comune l'esigenza di

Per sua parte Mortati, invece, vedeva di buon occhio l'esistenza di ampi e crescenti poteri amministrativi discrezionali, non impacciati da leggi stringenti, ma avrebbe voluto assoggettarli alla presa diretta di principi derivati dalla logica della costituzione materiale fascista: certamente non un vantaggio per la libertà dei cittadini. (*Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico della R. Università di Roma*, 1936; *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e Diritto*, 1941, fasc. 2).

<sup>46</sup> Non si intendano queste affermazioni come invito a privilegiare indirizzi giurisprudenziali innovativi, e magari audacemente innovativi. La ragione, fatti i suoi calcoli, può a buon diritto promuovere invece, in molti casi, atteggiamenti di prudenza, di conservazione, di adeguamento rigoroso alle scelte fatte in passato dai Padri fondatori o al presente dai Poteri politici. Ma resta il principio che i calcoli vanno fatti in modo consapevole e aperto, e vanno fatti bene.

<sup>47</sup> Mi riferisco alla scuola che fa capo a C. Wolfe (*The Rise of Modern Judicial Review. From constitutional Interpretation to Judge-made Law*, New York, 1986) e al giudice Scalia (*A Matter of Interpretation*, Princeton, 1997). Essa propugna un ritorno alla interpretazione della Costituzione federale nel segno dei significati normativi che le sue disposizioni avevano (o si può presumere avessero) in origine. Combatte la trasformazione della loro portata, subita nel corso di 200 e più anni di giurisprudenza innovativa. La ragione principale di questo ritorno alle origini non è che i valori allora condivisi dai Padri fondatori servirebbero alle esigenze della società americana contemporanea meglio di quelli che sono stati frattanto progressivamente iniettati nelle norme della Costituzione. Quei lontani valori, se presi alla lettera e applicati rigorosamente, comporterebbero una ristrutturazione generale dell'attuale ordinamento, secondo linee proprie di un modello liberale classico. L'argomento a favore di quel ritorno non ruota però attorno alla convenienza politica di quel modello anche nelle condizioni attuali del paese. Si richiede invece il ristabilimento dei valori originari perché, in regime democratico, solo il popolo sovrano potrebbe validamente dettare, in sede costituente, limiti al potere del Legislativo; mentre non può ammettersi che nuovi limiti siano surrettiziamente introdotti ad opera di Corti, non democraticamente responsabili, che rileggono a piacere – contro il loro significato d'origine – le disposizioni costituzionali.

rifarsi e di tenersi ai principi ispiratori essenziali supposti operanti nei processi di genesi della Costituzione formale e, si pensa, trasfusi nelle principali disposizioni di questa. Una teoria della giurisprudenza che privilegi i diritti di una ragione storicista non può accedere al punto di vista degli «originalisti», siano essi di cittadinanza americana o di cittadinanza italiana, siano essi ispirati da preferenze politiche conservatrici (come in America) o da radicate inclinazioni «progressiste» (come è il caso di Mortati).

Lo sguardo del giurista «pratico», per la natura intrinseca della sua funzione, deve essere sempre rivolto *al presente, al prossimo futuro, e alle loro esigenze*. In rapporto ad esse va confezionata la lettura della lettera del dato normativo positivo (la quale è il solo punto di partenza obbligato per il discorso giuridico; essa stessa peraltro in certi casi non inaggiabile)<sup>48</sup>. Ed è logico che sia così, perché quel discorso mira a dirigere azioni, a produrre eventi: non a descrivere eventi «già accaduti» (come quelli oggetto della storia di precedenti utilizzazioni-interpretazioni-applicazioni di norme costituzionali: cioè quelli che compongono la sostanza della Costituzione presa nella sua sola effettiva realtà esistenziale storica), bensì eventi «da accadere». Il *passato* non può contare per il giurista se non nella misura in cui la sua voce coincida con i bisogni accertati del presente, ovvero quando una maggiore o minore aderenza ad esso – quello delle origini o quello della successiva vita del sistema, nei suoi vari sviluppi – si imponga di necessità, come condizione per un utile successo pratico complessivo del discorso dell'interprete. È chiaro del resto che il giurista dovrà sempre realisticamente considerare la *continuità con il passato* un elemento da tener in serio conto: il passato delle origini ed anche quello delle successive interpretazioni-applicazioni accumulate nel tempo. Il rispetto per il passato e la continuità con esso rappresentano, agli effetti pratici, valori in genere di grande peso per la stabilità delle istituzioni e per il loro prestigio nell'immaginario collettivo. Ma si tratta di un peso da valutare volta per volta, e da bilanciare sempre in rapporto con altri valori in gioco, di giustizia e di utilità, e in vista delle circostanze.

4) La teoria della costituzione materiale e metodologia annessa vanno respinte non solo a causa della inconciliabilità in generale con una teoria

La controversia circa i validi metodi di interpretazione della Costituzione, da sempre oggetto di dibattito in America, si è riaccesa con forza dopo gli anni '70 in seguito alla provocazione degli «originalisti».

Per qualche prima notizia sulla scuola «originalista» e il dibattito in corso cfr. G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, *La costituzione democratica*, Torino, Giappichelli, 2000, 313-340. Per un ragguglio sugli sviluppi più recenti, C. Pinelli, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2008, 3 ss.

<sup>48</sup> Secondo quanto già detto retro alla nota 29. Anche quella che Hart chiamerebbe la barriera della «rule of recognition» non è insomma imperforabile. In talune situazioni storiche, la scienza pratica del diritto è riuscita a rileggere in modo rivoluzionario il sistema delle fonti del diritto e a ottenere che l'ordinamento, successivamente, nel suo insieme operativo, accogliesse gli effetti della rilettura.

razionalista della giurisprudenza. Vanno respinte anche perché nascoste nelle sue pieghe si trovano tossine capaci di inquinare il lavoro della scienza del diritto in tutte le sue branche, con una efficacia dannosa particolarmente intensa nelle *condizioni attuali del nostro diritto e della nostra cultura*.

La teoria di Mortati vorrebbe rendere controllanti degli sviluppi interpretativi-applicativi della Costituzione i valori e i principi dei suoi fondatori, senza interferenze correttive di valori e principi autonomamente elaborati dagli interpreti. Ma questa aspirazione, che fa violenza alla natura e alla funzione della giurisprudenza, non può in pratica conseguire il suo scopo, poiché l'istinto del giurista presto o tardi prevarrà sul divieto di effettuare interventi che da essi si discostano. Il giurista che aderisce alla dottrina, per tenerla ferma e all'opera, sarà allora inevitabilmente portato a inserire nella «costituzione materiale», che dovrebbe comporsi solo di valori e principi condivisi di fatto dai fondatori (un fatto in teoria da accertarsi storicamente)<sup>49</sup>, *valori e principi di sua personale preferenza etico-politica. L'intervento autonomo innovatore, però, invece di avvenire all'aperto, in maniera trasparente, con dichiarata presa di posizione sollecitante il confronto e il dibattito sul merito politico della proposta, verrebbe spostato qui al coperto, con manipolazione delle componenti della cosiddetta «costituzione materiale».*

L'inserimento di scelte politiche del giurista nella ipotetica definizione di una presunta costituzione materiale è, almeno in una misura minima, assolutamente inevitabile. Sopra abbiamo sottolineato le incertezze e il pluralismo conflittuale dei fattori ideali – e d'altro genere – che effettivamente influiscono sul sorgere di costituzioni e di leggi costituzionali. Se il giurista procede a comporre di essi un insieme coerente e organico (la costituzione materiale), egli deve per forza andare al di là della storia vera, e operare selettivamente con scelte sue. Ciò accade persino nei casi degli stati autoritari, con partito unico e programma ufficiale del partito, ove, per costruire come un tutto coerente quella «costituzione», si deve in qualche modo preferire una parte del programma alle altre. (Il che è macroscopicamente visibile nella stessa identificazione compiuta da Mortati nel 1931 dei principi del «regime» fascista)<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Sta nella logica del concetto della costituzione materiale che l'accertamento dei principi e valori che la compongono debba avere il carattere del rilevamento storico oggettivo. Mortati riconosce il carattere parzialmente «creativo» delle attività di interpretazione del diritto, fino ad affermare che la giurisprudenza può talvolta assurgere allo status di vera fonte del diritto (*Istituzioni di diritto pubblico*, ed. 1975, 359, 1473-1474). Ma la «creatività» della giurisprudenza-fonte, per restare nell'ambito del «giuridico», e non trascorrere in una rottura «politica» del sistema, deve essere guidata, per lui, da principi e valori che si ritrovano nella costituzione materiale: i quali vanno rilevati per quello che oggettivamente sono. Se fossero soggetti a interventi integrativi e manipolatori, occorrerebbe trovare per l'intervento e la manipolazione una giustificazione che non potrebbe non rinviare ad una indipendente base etico-politica. Ma Mortati si guarda bene dal riconoscere una tale ultima base per lo svolgimento della attività del giurista.

<sup>50</sup> La dottrina del fascismo aveva conosciuto diverse ufficiali e quasi ufficiali esposizioni, provenienti dai massimi livelli delle autorità del partito e della cultura strettamente collegata al regime.

La necessità di ricorrere a operazioni politiche di manipolazione compositoria cresce naturalmente in misura esponenziale quando si tratti di costruire quella «costituzione» sulla base del materiale offerto dalle esperienze di stati democratici pluripartitici.

In ogni caso, al di là di quanto inesorabilmente richiesto dalla struttura delle operazioni coinvolte, è certo che il giurista operante con gli strumenti concettuali della costituzione materiale tenderà di regola a servirsi del concetto per far prevalere, fino ai limiti del praticabile, la visione sua di come occorre trattare la Costituzione formale, al fine di far acquisire allo stato e al governo le forme più opportune. La costituzione materiale di sua costruzione diventerà il naturale veicolo con il quale trasmettere nel corpo del sistema i suoi giudizi di valore personali.

Quando però il concetto venga usato in questo modo, seguono ripercussioni negative sul terreno di entrambe le branche della scienza giuridica.

a) La costituzione materiale viene presentata (deve per sua natura venir presentata) come una obiettiva rappresentazione storica delle forze politiche e dei relativi valori che hanno concorso alla fondazione/rifondazione dello stato. Poiché peraltro essa porta in sé il segno di scelte politiche del giurista suo costruttore, essa avvia a una falsa visione di un momento importante del passato storico di una nazione. La verità, sul punto, ne rimane oscurata. Se proposta da un costituzionalista di grande autorità, essa può avere influenza anche su autonome ricostruzioni compiute da storici non giuristi, che per comprensibile deferenza le si accodano o le si avvicinano. Ne può restare affetta l'intera cultura di un popolo relativa alla genesi vera della sua Costituzione<sup>51</sup>.

Basti in proposito ricordare: B. Mussolini, voce *Fascismo (Le idee fondamentali. Dottrina politica e sociale)*, in *Enciclopedia italiana*, vol. XIV, 847 ss. (articolo ritenuto in parte opera di G. Gentile); G. Gentile, *Manifesto degli intellettuali del fascismo* (1925), rist. in E.R. Papa, *Storia di due manifesti*, Milano, Feltrinelli, 1958, 58 ss.; G. Volpe, *Storia del movimento fascista* (1932), rist. Milano, ISPI, 1938; A. Rocco, *La dottrina politica del fascismo e il suo posto nella storia del pensiero politico* (1925), rist. Milano, Giuffrè, 1938.

È sufficiente confrontare queste esposizioni (del resto già tra loro differenti con riguardo a punti importanti) con i «principi del regime» individuati da Mortati (*La nuova forma del governo italiano*, cit., 75 ss.), per accorgersi dei valori che personalmente il giurista-costituzionalista privilegiava (o lasciava in ombra) nel ventaglio di quelli da altri autorevolmente offerti come costitutivi dell'ideologia.

<sup>51</sup> Il fatto si è puntualmente verificato con riguardo alle interpretazioni della genesi, del significato complessivo e della portata delle disposizioni principali della Costituzione italiana offerte da storici generalisti di grande, riconosciuta autorità. La versione che Mortati dà di quei fatti storici (che analizziamo nella prossima Sezione e che ha come premessa la sua teoria della costituzione materiale) viene talvolta menzionata a supporto della propria analoga ricostruzione degli eventi: la speciale competenza del giurista in materie che appartengono al diritto serve a confermare – quando il giurista è a sua volta una riconosciuta, ammirata autorità – il punto di vista che si abbraccia. Cfr. P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1991, 189-197 (ove a sostegno della tesi del «compromesso costituzionale» viene invocato il giudizio anche di altri, importanti giuristi, che ad essa si associano, Elia e Calamandrei); Id., *La Costituzione nella storia dell'Italia unita*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Roma, Accademia dei Lincei, 1998, 23 ss.; P. Pombeni, *La Costituente. Un problema storico-politico*, Bologna, Il Mulino, 1995 (specie Premessa e capp. 3, 4, 5).

Gli effetti distortenti della retta conoscenza e giusta valutazione dei fatti storici può estendersi al di là delle origini e facilmente toccare anche i successivi sviluppi delle istituzioni costituzionali. Le Costituzioni normalmente, nel corso del tempo, subiscono trasformazioni più o meno incisive, non solo per effetto di regolari revisioni formali, ma anche e più per via di tacite modificazioni (buone o cattive che siano) realizzate ad opera di coraggiose interpretazioni-applicazioni innovative. Se queste modificazioni non resteranno nel quadro prefissato dai valori e dai principi della cosiddetta costituzione materiale, il costituzionalista, che abbracci la teoria e creda nel carattere vincolante dei contenuti di quella, sarà tratto a considerare quelle profonde modificazioni semplici «tradimenti» della Costituzione. Non si sforzerà di comprenderne i motivi, né di riconoscerne la eventuale convenienza e le possibili giustificazioni, alla luce dei dettati di una ragione che, da un punto di vista superiore, può rendere giuridicamente legittimi e, al limite, doverosi, cambiamenti che vanno magari contro le fondamentali scelte originarie dei fondatori.

b) Serie conseguenze negative si possono avere anche sul terreno del discorso pratico-giuridico relativo alla interpretazione e sistemazione delle normative della Costituzione formale. La costituzione materiale deve, per sua natura, contenere definizioni a carattere generale delle forme di stato e di governo alle quali l'ordinamento si adeguerà (i fondamentali «fini politici» che le forze che hanno il dominio sociale di fatto intendono imporre). Il giurista, che deve stabilire i contenuti della costituzione materiale, li manipolerà in modo da renderli conformi, per quanto possibile, agli ideali politici in cui egli crede. Ma non dovrà, né potrà, in quella sede, addurre le ragioni per cui il modello di stato che egli predilige sia preferibile ad altri: infatti, quel modello viene da lui presentato come una scelta fatta previamente da altri. Le forme generali stabilite nella costituzione materiale tenderanno poi a plasmare a propria somiglianza le analoghe disposizioni generali presenti nella Costituzione formale, irrigidendole. E il giurista, che avrà compiuto l'operazione, non effettuerà, a quel punto, una valutazione, che è invece essenziale per il buon funzionamento di un sistema politico-costituzionale: vedere se il modello generale, ormai formalizzato – modello in astratta ipotesi buono, a fini di promozione civile, per collettività di un certo tipo –, può operare con analoghi buoni risultati anche nella particolare collettività di cui sta trattando. Le speciali condizioni sociali, economiche, culturali d'essa potrebbero di fatto frustrare interamente le aspettative connesse con la adozione del modello generale. Ma quest'ultimo appartiene adesso al livello costituzionale dell'ordinamento: ed esso potrà spingere in concreto alla attuazione delle proprie implicazioni, anche attraverso atti ordinari di politica governativa e legislativa, i quali risponderanno senz'altro alla sua logica, ma recheranno al tempo stesso danni alla collettività.



Insomma, c'è il rischio che le manovre concettuali necessarie per rendere operativa la figura della costituzione materiale conducano a una giurisprudenza costituzionale magari impeccabile nella organicità e consequenzialità delle sue articolazioni e nella apparente elevatezza delle sue aspirazioni, ma incapace di venire incontro agli speciali, minori bisogni di una collettività cui il modello generale non si confà, o non si confà per intero. Proprio di questi particolari bisogni, però, deve tener conto una giurisprudenza che si ispiri a un superiore razionalismo realistico e storicista.

Abbiamo delineato i vari effetti negativi che le tossine riposte tra le pieghe della teoria della costituzione materiale potrebbero oggi in astratto indurre in un sistema costituzionale e nella scienza del suo diritto. Passiamo dall'astratto al concreto del caso singolo. *A riscontro, è opportuno indicare adesso nell'opera di Mortati interprete della Costituzione italiana i puntuali segni negativi della applicazione da lui fatta, in corpore vili, della sua teoria.*

#### 4. COSTANTINO MORTATI INTERPRETE DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

A. *Analisi critica generale.* L'interpretazione offerta da Mortati della Costituzione dell'Italia repubblicana costituisce un monumento insigne di scienza giuridica, non solo sotto il profilo della profondità e completezza delle indagini, dedicate ad ogni aspetto, principale e secondario, della materia, ma sotto quello della strutturazione organica e sistematica dell'insieme. Le critiche, anche radicali, che rivolgeremo ad alcuni aspetti di quell'opera non intaccano la sua alta qualità e la statura del giurista suo autore. Del resto, e in generale, ogni pur grande opera di giurisprudenza riflette uno stile che appartiene a un'epoca culturale e non può sottrarsi al destino, alla lunga inevitabile, della caducità di quella; senza che con ciò venga meno il merito di un lavoro intellettuale di intrinseca elevatezza, quando esso sia segnato da grandi capacità costruttive.

L'analisi critica dell'interpretazione di Mortati prende come punto di riferimento i volumi delle Istituzioni di diritto pubblico, nelle ultime edizioni (7a e 9a), e in particolare il sintetico, lucido quadro disegnato nell'articolo *La costituzione italiana*, inserito nella *Enciclopedia del diritto*<sup>52</sup>. *Si ripete qui quanto detto a proposito del concetto della costituzione materiale: lo scopo di questo saggio non è la esatta ricostruzione storica dei contenuti di quella interpretazione (che nei dettagli ha subito del resto notevoli evoluzioni); è invece la valutazione delle caratteristiche fondamentali d'essa, quali si possono ricavare da una lettura dei testi menzionati attenta ma non dominata dalla preoccupazione di raggiungere la assoluta precisione filologica.*

Per chiarezza, conviene presentare subito in forma sommaria il quadro delle critiche che rivolgiamo al complessivo sistema interpretativo costruito da

<sup>52</sup> Vol. XI. Nel volume *Una e indivisibile*, cit., 238-275.

Mortati sul testo della Costituzione repubblicana, riservando a pagine successive l'esposizione – pur sintetica – di vari argomenti a supporto e a riprova.

Alle origini della Costituzione repubblicana Mortati pone una costituzione materiale che risulterebbe da un accordo-compromesso raggiunto dai gruppi dirigenti al controllo di fatto della società italiana, i quali di fatto rappresentavano rispettivamente le due classi in cui era divisa: gli *haves* e gli *have-nots*. Questa interpretazione delle origini è tutta di marca storico-materialista, e ignora la realtà del vero confronto da cui sorse la Costituzione: il confronto tra due opposte *Weltanschauungen etico-politiche* che si battevano per due diversi modelli di forma di stato e avevano un seguito diffuso al di là e al di sopra dei confini di classe. Nessuna d'esse era disposta a sacrificare punti essenziali del proprio credo. Così, sebbene le due forze politiche contrapposte, che rispettivamente le sostenevano, votassero alla fine entrambe il testo della Costituzione, questo non fu per nulla il frutto di un compromesso. Accolse invece per intero il modello della forza maggioritaria: quello occidentale dello stato sociale, e lo accolse oltretutto in una versione sostanzialmente moderata. Diverso era naturalmente il significato che le due forze opposte, democratici e marxisti, attribuivano alle disposizioni della Costituzione: per i primi esse consacravano in via definitiva un modello di stato giusto; i secondi le interpretavano come un ponte che preparava e richiedeva il passaggio, quanto più possibile ravvicinato, allo stato socialista. Mortati restò fermo alla sua idea dell'esistenza di una convergenza di fatto su valori comuni. Ma siccome questa non si era materializzata in precisi, ufficiali documenti, provvide lui a definirne i contenuti, leggendoli in perfetta aderenza ai valori che gli erano cari, e che sono quelli enunciati nei giudizi espressi negli studi comparatistica sui vari tipi di stato dell'età moderna dei quali abbiamo parlato sopra. Ne sortì un concetto di costituzione materiale in cui il modello sociale sponsorizzato presentava segni di una spiccata ispirazione anti-individualistica, egualitaristica, ultrasolidaristica, e in parte sconfinava addirittura nel territorio del modello socialista. Difendendo l'idea del compromesso, Mortati immetteva in esso la sostanza delle sue radicate idee politiche, ma al tempo stesso avallava con la sua autorità una versione in realtà fuorviante della genesi e del significato originario più probabili della Costituzione.

Passando all'interpretazione delle clausole normative della Costituzione formale, facile fu per Mortati leggerle e sistemarle convogliando in esse con arte consumata tutta la carica valoriale della sua costituzione materiale. Anche avvalendosi di convenienti ripartizioni presenti nel testo, egli individuò una serie di fondamentali principi da cui le molteplici, più specifiche norme della Costituzione traevano la loro giustificazione e la determinazione della loro precisa portata. Tra i principi fondamentali, anche quelli pertinenti alle libertà personali non lasciavano spazio a genuine esigenze individualistiche, e quelli che riguardavano i valori della democrazia, delle formazioni sociali, del

lavoro, privilegiavano sotto ogni rispetto la tendenza all'eguagliamento delle posizioni, nel presupposto che solo una intensa omogeneità economico-sociale possa impedire l'altrimenti nel lungo corso inevitabile disfacimento della comunità<sup>53</sup>. L'insieme dei principi fondamentali, come definiti da Mortati, delinea un *ideale* che potremmo chiamare *comunitaristico della società*, e pone allo stato il *programma* costituzionalmente obbligatorio di procedere *subito* a incisive, generali riforme per tradurre nei fatti i postulati di quell'ideale.

Mortati presenta l'ideale comunitaristico e il programma dei dovuti immediati interventi dello stato rivolti a trasformare in radice gli attuali assetti dell'ordinamento (i quali, ereditati dal passato, sarebbero tutti a vantaggio della «proprietà», degli *haves*) come oggettivamente *voluti dalla Costituzione*. Mentre interpreta, egli non si impegna a discutere del suo *valore etico-politico preso in sé e per sé*: esso è sancito dalla Costituzione, e il giurista, come tale, non può che prenderne atto. Meno che meno egli si chiede se, a parte i pretesi meriti dell'ideale in astratto, esso sia adatto per un tentativo di rapida, coercitiva attuazione nelle condizioni dell'Italia del tempo: se esistano addirittura le potenzialità necessarie e le competenze minime, nella società italiana, per dare anche solo inizio a una tale impresa, senza provocare ingorghi paralizzanti e reazioni che impedirebbero all'economia di svilupparsi, diffondendo benessere.

La mancata percezione del ruolo decisivo svolto nella genesi della Costituzione (e nei suoi sviluppi successivi) del conflitto tra democratici e marxisti e la mancata posizione delle domande testé formulate costituiscono i difetti principali dell'opera di Mortati interprete della Costituzione.

Al primo difetto si deve il contributo da lui dato al diffondersi nel pubblico di una errata visione storica del momento genetico delle nostre strutture istituzionali<sup>54</sup>, ma anche qualcosa di più: l'incapacità da parte sua di valutare

<sup>53</sup> Domina il pensiero di Mortati la preoccupazione che la mancanza di una rapidissima, radicale trasformazione delle strutture della società civile (una drastica riduzione delle distanze tra *haves* e *have-nots*) possa provocare il sicuro, vicino collasso dello stato democratico. È questa anche l'idea che aveva pervaso il suo studio della Costituzione di Weimar e gli era servita per spiegare il finale fallimento d'essa: il non avere subito provveduto, le forze che presero il potere nel novembre del 1918, a liquidare le classi che avevano avuto il controllo del Reich di Bismarck e che ancora disponevano di posizioni dominanti, rese in pochi anni inevitabile il collasso della repubblica. (C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1946).

La diagnosi mortatiana del caso Weimar pecca nel supporre che ipotetici, drastici provvedimenti riformatori avrebbero di fatto potuto prendersi, o prendersi senza provocare una immediata guerra civile, il cui esito sarebbe stato determinato dall'intervento sicuro (e catastrofico per il popolo tedesco) degli Alleati occidentali, timorosi di una possibile espansione del comunismo, già vittorioso in Russia.

Cerco di spiegare in altra chiave il tragico ingorgo di conflitti, di attese e di illusioni che portò al fallimento della Repubblica nel 1933 nel saggio *L'esperienza di Weimar*, in *Europa in crisi*, Milano, Giuffrè, 1991, 115-183.

<sup>54</sup> Calamandrei quasi subito definì la Costituzione – col caloroso consenso di molti altri – «un patto» comportante la rinuncia a una «rivoluzione sociale immediata» in cambio di una «rivoluzione» successiva, radicale, da attuarsi democraticamente in tempi brevi. La formula occultava la vera natura dei consensi dati *hinc-inde* al testo della Costituzione e gli attribuiva contenuti costruiti per accontenten-

equanimente i fenomeni che sono stati chiamati (dai «progressisti») di «congelamento della Costituzione».

Il ritardo nella attuazione di importanti istituti previsti dalla Costituzione (come la Corte costituzionale e le Regioni) fu dovuto a svariati motivi; ma tra essi era anche uno che aveva una seria giustificazione, se si sa leggere la Costituzione, non in chiave formalistica (o con gli impegni voluti da Mortati), bensì come strumento per la tutela di taluni preminenti valori nazionali: una loro accelerata attuazione avrebbe potuto rendere più difficile l'opera di governo del paese in un contesto che registrava l'esistenza di una potente opposizione antisistema. Una analoga giustificazione può trovarsi per la insistenza con cui la maggioranza democratica al governo volle a lungo avvalersi del carattere «programmatico» e non immediatamente vincolante di molte disposizioni costituzionali, specie in materia «sociale» (carattere che del resto era di certo nel pensiero della maggioranza dei democratici all'Assemblea costituente). In questo caso la lentezza a migliorare con leggi le già esistenti previdenze fu anche dovuta alla preoccupazione di non compromettere drammaticamente i bilanci dello stato.

Mortati vede in questi fenomeni di congelamento costituzionale e di resistenza a una lettura conferente alle disposizioni costituzionali una portata sempre di immediato vincolo giuridico, soltanto una violazione della Costituzione, una rivincita degli *haves* che, avendo ripreso il disopra, ripudiavano il compromesso stipulato<sup>55</sup>.

Il secondo difetto è di natura anche più grave.

Prescindendo dal problema se l'ideale comunitarista di Mortati possa promuovere civiltà in condizioni sociali e culturali tutte particolari (e magari in quelle che potranno sopravvivere in futuro se la bioingegneria saprà migliorare il genoma della specie umana), è certo che nelle condizioni dell'Ita-

tare la parte che era riuscita perdente. La formula era verosimilmente pensata a buon fine: mettere in qualche modo d'accordo, attorno al nome e al simbolo della Costituzione, le due opposte frazioni in cui il popolo italiano risultava profondamente diviso. La formula non poteva conseguire, e non conseguì, il risultato desiderato, perché il fossato ideologico che contapponeva le due parti era genuino e troppo profondo. Ebbe però successo come strumento utilizzato nell'arena politica dalla sinistra per accusare la maggioranza al potere di tradire la Costituzione, resistendo alla attuazione dei suoi precetti, e riuscì a diffondere in vasti circoli un'idea distorta di come e per che fini la Costituzione era nata. La sofisticata interpretazione elaborata da Mortati servì ovviamente a rinforzare la credibilità dell'idea.

Per una opposta prospettazione della genesi del testo costituzionale, G. Bognetti, *Per una storia autentica della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, in <http://www.rivistaaic.it/>.

<sup>55</sup> Vedasi, per i giudizi negativi sui «ritardi» nell'attuazione della Costituzione, in particolare *Appunti per uno studio sui rimedi istituzionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Problemi di diritto pubblico nell'esperienza costituzionale italiana*, III, Milano, Giuffrè, 1972; e, per i giudizi relativi al presunto ritorno in Italia, negli anni '70, del dominio esclusivo delle oligarchie economiche tradizionali e della forma dello stato monoclasse, le pagine in particolare di *Brevi note ecc.*, cit., 1973, 529-30; *Istituzioni*, cit., ed. 1975, 48-50, 87. Cfr. anche M. Brigaglia, *La teoria del diritto di C. Mortati*, cit., 255-59.

A supporto della diversa valutazione dei fenomeni espressa nel testo, vedasi G. Bognetti, *Per una storia autentica*, cit.

lia del Secondo Dopoguerra un serio tentativo di forzarne la realizzazione avrebbe prodotto conseguenze negative d'ogni genere. Mortati non propone la sua ricetta solo come programma per un legislatore che abbia la facoltà di adottarlo o meno: lo inserisce nella Costituzione e lo rende vincolante. Ora, il costituzionalista non è un profeta chiamato a predicare le vie del Signore, che un giorno forse verrà a liberarci. È un giurista pratico che deve (secondo una teoria razionalista-realista-storicista della giurisprudenza) trattare le norme della Costituzione in modo che servano concretamente, nell'immediato, a promuovere quei valori civili che le condizioni consentono. Egli pretendeva di imporre per via costituzionale il suo programma ideale, senza averne analizzato a fondo e circostanziatamente la realizzabilità, e solo perché esso sarebbe stato parte di un preteso «compromesso» concluso in origine tra le forze politiche dominanti. Se avesse affrontato la questione della realizzabilità avrebbe facilmente concluso che troppi ostacoli gli si opponevano, cosicché, quanto meno, l'inserimento del programma in Costituzione per via di interpretazione sarebbe dovuto apparirgli, almeno per il momento, sconsigliabile.

B. *Alcune osservazioni integrative.* a) Se è vero che le norme esistono solo negli atti concreti dei loro utilizzatori e col significato che gli utilizzatori attribuiscono ad esse, allora la Costituzione italiana è nata in origine con due «anime»: l'«anima» (maggioritaria) dei democratici e l'«anima» (minoritaria) dei marxisti. Opporsi alla tesi che Mortati condivide con moltissimi)<sup>56</sup> – secondo cui v'è invece fin dall'inizio un unitario sistema di significati nella Costituzione, derivante da un felice fondersi delle ideologie liberale, cattolica e socialista: per lui, la nostra «costituzione materiale» – può offendere la sensibilità di coloro che sostengono la opportunità di un «patriottismo della costituzione», ma corrisponde alla verità storica. Chiamare i cittadini a raccolta attorno alla Costituzione, oggi che, scomparsa la formidabile utilizzazione strumentale e antisistema che ne facevano i comunisti, essa ha acquisito grosso modo più o meno per tutto il pubblico gli stessi significati valoriali democratici, ha un senso, e può essere operazione benemerita. E si capisce che forte sia in tale prospettiva la tentazione di proiettare all'indietro la realtà attuale, per rinforzare col mito la adesione dei sentimenti. Ma non si dovrebbe cedere alla tentazione. Perché negare che la Costituzione nacque per così dire con una profonda ferita in corpo, con una interna frattura verticale, non solo offende la verità, e rende anche impossibile – come si vede nel caso di Mortati – una

<sup>56</sup> Talmente esteso è il consenso dato, non solo da costituzionalisti e da giuristi, ma da ogni settore della cultura in generale, alla formula del «felice incontro di diverse ideologie», che ogni citazione è qui superflua. Piuttosto conviene ricordare un effetto indiretto della forza convincente posseduta dalla formula. Essa è servita a vari fautori di revisioni profonde della Costituzione come motivo ulteriore (in aggiunta ad altri) per insistere nella proposta di riforma: il testo della Costituzione sarebbe indebilmente impregnato di un assurdo pasticcio ideologico.

corretta intelligenza degli sviluppi costituzionali successivi. Il mito dell'unità iniziale è appunto un mito, e se i miti offrono qualche servizio alla formazione di una nazione, alla lunga possono avvelenarne lo spirito, e, scoperti, generare disaffezione e disgusto. Ne sappiamo qualcosa noi, che abbiamo per un secolo conosciuto e vissuto la storia della genesi dello stato italiano alla falsa luce dell'unitaria, concorde azione dei quattro maggiori protagonisti del nostro Risorgimento e, assieme a loro, di tutti in massa i patrioti di allora.

b) Non è possibile spiegare in questa sede come il comunitarismo di Mortati, filtrato dalla costituzione materiale compromissoria nei principi fondamentali della Costituzione, penetri in tutte le sue interpretazioni delle minute disposizioni particolari del testo costituzionale. È però utile, per informazione del lettore, menzionare almeno, brevemente, tre punti in cui il modello sociale accentuatamente comunitario, da lui sposato, tocca i confini del modello socialista e anche si fonde con esso.

Mortati sostiene che la più coerente applicazione della Costituzione richiederebbe che tutti i mezzi di comunicazione, inclusa la stampa, stessero nelle mani dello stato, come avviene nei paesi socialisti, dovendo peraltro lo stato gestirli in funzione del pluralismo delle opinioni. (L'Assemblea costituente aveva respinto nettamente qualsiasi idea di monopolio statale di quei mezzi, prevedendo tra l'altro la presenza autonoma dei privati anche nel settore dei servizi radio)<sup>57</sup>.

L'art. 41 della Costituzione esigerebbe l'esistenza di un controllo generale statale dell'economia, attraverso la permanente pianificazione della medesima, come nei paesi socialisti. (L'Assemblea costituente aveva respinto solennemente un emendamento che prevedeva appunto quella pianificazione)<sup>58</sup>.

L'insieme degli articoli costituzionali in materia di «proprietà» (artt. 42, 43, 44, 45, 46) fa ritenere che il legislatore, se volesse, potrebbe escludere la proprietà privata dalla quasi totalità dei settori della produzione, con qualche limitata eccezione come quella della piccola e media proprietà agricola (un regime del genere si praticava nei paesi dell'Est comunista, ed era condannato, viceversa, dalle sicure intenzioni della maggioranza autrice degli articoli sopra menzionati, nonché dal decisivo secondo comma dell'art. 47)<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> *Istituzioni*, ed. 1975, 1078 ss. Cfr., per una critica argomentata alle posizioni sostenute da Mortati, G. Bogneri, *Costituzione, televisione, legge antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996; Id., *La problematica della libertà costituzionale di espressione*, sul sito <http://www.rivistaaic.it>.

<sup>58</sup> *Istituzioni*, ed. 1975, 1127 ss.; *Forme di governo*, ed. 1973, 427 ss. Per un esame degli effettivi orientamenti in proposito della maggioranza dei Costituenti, cfr. G. Bogneri, *L'Assemblea costituente e le libertà economiche*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*. Voll. 2. *Diritti e libertà*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 177 ss.

<sup>59</sup> *Istituzioni*, ed. 1975, 1110 ss. Vedasi, per una diversa lettura delle intenzioni dei Costituenti, sia *L'Assemblea costituente*, cit., sia G. Bogneri, *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995. Anche, da ultimo, G. Bogneri, *La costituzione economica*, in J. Vignudelli (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, Mucchi editore, 2011, 159 ss.

c) Che l'adozione delle misure richieste dal programma vincolante letto da Mortati nella Costituzione non avrebbe giovato all'Italia è in certo senso comprovato dalle vicende della politica italiana a partire dagli anni '60.

La programmazione generale dell'economia, che sulla scia di Mortati molti altri costituzionalisti e giuristi pensavano imposta dall'art. 41, fu tentata dopo l'avvento del centro-sinistra al governo. La legge che la prefigurò fu così malamente confezionata da riuscire inapplicabile. Si ripiegò allora su un ventaglio di distinte programmazioni settoriali (dal settore della chimica a quello della siderurgia, della agricoltura, ecc.), le quali coprono nel loro insieme gran parte del sistema produttivo del paese. Gli effetti furono tutti economicamente negativi, in qualche caso catastrofici. La crisi che negli anni '70 coinvolse la maggioranza delle grandi e medie imprese private, soggette tra l'altro a pressioni insostenibili da parte di sindacati operai rinforzati da eccessive leggi pro-lavoro, costrinse lo stato ad accorrere al salvataggio. Ne seguì l'assorbimento di una grossa quota della produzione industriale italiana nella sfera di giganteschi enti pubblici economici, i quali peraltro versavano a loro volta in situazioni gravemente deficitarie e non davano segni di potersi risollevare. La grande espansione della componente pubblica dell'economia fornì l'occasione ai partiti politici per piazzare nelle amministrazioni delle imprese controllate numerosi uomini dei propri apparati; con riflessi gravi sulla efficienza della amministrazione e della produzione, e con l'insorgere di fenomeni diffusi di corruzione.

A causa della gravità della crisi, lo stato dovette adottare una politica di bilancio tutta impostata sul debito e una politica monetaria che, attraverso opportune svalutazioni della lira, impedisse la emarginazione dell'economia italiana dal commercio internazionale. Alla necessità di ricorrere al debito pubblico, alle svalutazioni e all'inflazione contribuirono anche le generosissime riforme sociali degli anni '60-'70 in materia di pensioni e di servizio sanitario. La legislazione in questi campi è prevista dal modello sociale in tutte le sue possibili versioni, e miglioramenti degli istituti esistenti in Italia rientravano nella logica delle norme «programmatiche» della Costituzione. Ma le dimensioni degli impegni allora presi – anche per effetto dell'urgere dei campioni di una lettura «progressista» della Costituzione, che li ritenevano, come Mortati, indilazionabili – eccedevano di gran lunga le disponibilità di una politica finanziaria gestita con prudenza.

La conseguenza dei vari eventi politici di quei due decenni fu – come è noto – l'accumularsi di un debito pubblico più grande del prodotto interno lordo annuo del paese. Quel peso eccezionale e pericoloso non s'è potuto ridurre, e grava a tutt'oggi sulle strutture della nostra economia<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> Per una breve analisi delle cause che, con violazione di una corretta lettura dell'art. 81 della Costituzione, hanno via via prodotto l'accumularsi del pesantissimo attuale debito pubblico italiano,

d) Uno dei valori fondamentali a cui si ispira la lettura mortatiana della Costituzione è l'esigenza che la comunità si organizzi in forme quanto più possibili omogenee e egualitarie. L'ideale che Mortati aveva in mente è lungi dall'essersi realizzato nel suo insieme in Italia all'inizio del XXI secolo. Ma almeno per alcuni aspetti la società italiana è oggi molto più omogenea che in passato. Soltanto, la omogeneità è stata acquisita passando per strade molto diverse da quelle preconizzate e comandate da Mortati.

In campo politico, gli italiani non si trovano più divisi sui valori fondamentali come erano ai tempi della Assemblea costituente. Sia pure con varie sfumature interne, l'«anima» della Costituzione è ora quasi una sola; il raccogliersi attorno ai suoi principi, intesi in modi non troppo differenti, è possibile. Ma l'omogeneità politica di fondo non è stata ottenuta potenziando quel «compromesso» che Mortati pretendeva costituito da un incontro tra modello sociale e modello socialista, con parziale fusione tra i due, né con quella ripetizione dell'incontro che si tentò negli anni '70 sotto il nome del cosiddetto «compromesso storico». L'omogeneità è il risultato dell'atteggiamento rigoroso tenuto dall'Occidente in difesa del capitalismo democratico sociale, nella sfida mondiale sui modelli, in conflitto con quello comunista. Alla fine, anche in Italia la fede nella validità di quest'ultimo modello, che era stata intensa in un gran numero di cittadini e di intellettuali, e che aveva profondamente condizionato la vita costituzionale e politica del paese, si è dissolta. Da questa dissoluzione è venuta la relativa, attuale uniformità del pensiero degli italiani quanto ai fondamentali<sup>61</sup>.

In campo economico e sociale, esistono ancora distanze tra i gruppi in cui è divisa la società, che Mortati considererebbe costituzionalmente intollerabili

vedi G. Bogneri, *Costituzione e bilancio dello stato. Il problema delle spese in deficit*, in *Nomos*, 2008, 3, 17-73.

Forse potrebbe corroborare il giudizio negativo circa la capacità di Mortati di valutare esattamente le condizioni della situazione italiana, il fatto che proprio lui, assieme a Vanoni, avesse sostenuto, in Assemblea costituente, che i bilanci dello stato devono rispettare lo stretto principio del pareggio. Forse Mortati non rifletté poi abbastanza che lo stato intensamente sociale che egli voleva – e riteneva subito dovuto per Costituzione – non avrebbe potuto rapidamente realizzarsi senza di fatto gestire politiche di spesa in continua, larga violazione del principio suddetto, da lui peraltro ritenuto di fondamentale importanza.

<sup>61</sup> Augusto Barbera sostiene (nella *Introduzione* al volume *Una e indivisibile: Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, cit.) che i valori caratterizzanti le teorie e le interpretazioni costituzionali di Mortati sarebbero oggi finalmente incorporati nelle strutture costituzionali dello stato e ben radicati negli animi degli italiani. A parte ogni altra considerazione e possibile riserva, per ciò che riguarda strettamente gli animi degli italiani, se non è falsa la definizione che abbiamo data sopra della ideologia sposata da Mortati come «comunitarismo», non sembra che di prevalenti tendenze «comunitaristiche» siano pervasi attualmente i modi di pensare e i costumi sociali e politici dei cittadini. L'opinione pubblica appare largamente dominata (per il bene o per il male) da uno spirito di impronta individualistica molto restio a lasciarsi guidare da qualsiasi ideale o programma di servizio alla comunità.

Per una valutazione della attuale società italiana come malata di un individualismo esasperato, dissolutore dei molti legami di solidarietà che avrebbe auspicato Mortati, cfr. le pagine amare di uno storico «progressista» quale P. Scoppola, *La Repubblica dei partiti*, cit., 362 ss., 391 ss.



e pericolose. Eppure, molte distanze si sono accorciate. I costumi della grande maggioranza degli italiani in fatto di lingua parlata, di abbigliamento, di vitto, di impiego del tempo libero, di utilizzo dei mezzi di comunicazione, di stile di vita in famiglia e nelle relazioni coi terzi, sono oggi molto simili. Diffusissima è la proprietà della casa ove si abita. Si è formata in sostanza una vasta classe media e medio-bassa, i cui membri non avvertono più sostanziali distinzioni di classe tra loro. La differenza con lo stato delle cose al tempo in cui fu approvata la Costituzione è enorme. Ma non sono state le riforme incisive, che Mortati riteneva richieste dalla Costituzione per colpire i privilegi degli *haves*, a produrre questi cambiamenti. È stato principalmente il *poderoso sviluppo dell'economia* la causa vera di queste trasformazioni. Ed è singolare che tra i valori costituzionali che Mortati privilegia nella sua lettura della Costituzione non figurino, magari davanti agli altri, quello dello sviluppo economico: un valore che pure la lettera della Costituzione non trascura (artt. 4, 46). È un fattore che di regola produce la graduale elevazione di tutti i gruppi della società, nel benessere e nella cultura. Ma Mortati puntava, per conseguire la omogenizzazione e l'eguagliamento, su altri mezzi.

e) Conviene da ultimo notare alcuni aspetti della lettura che Mortati faceva della realtà costituzionale italiana per i riflessi che essi hanno sulla problematica della dottrina della costituzione materiale, della quale indirettamente mettono allo scoperto – a conferma e a rinforzo delle nostre critiche – talune aporie, difficilmente superabili in base alla sola logica interna della dottrina stessa.

Mortati condanna la disapplicazione che le forze politiche al potere in Italia avrebbero fatto negli anni '50 e '60 delle disposizioni «programmatiche» della Costituzione, prese nel senso che esse avrebbero avuto nell'atto della conclusione del «compromesso». Egli afferma che la disapplicazione dipenderebbe da una riconquista del predominio sociale da parte delle forze conservatrici, dei *possidentes*, che si sarebbero liberati dei condizionamenti frapposti in origine dai rappresentanti popolari. Giunge talvolta persino a dubitare che in origine lo stesso «compromesso» raggiunto dalle opposte fazioni fosse, da parte dei conservatori, un accordo fittizio, un non-patto: una mossa compiuta da una forza che, ingannando l'avversario, già sicura di poter presto ristabilire il predominio per un momento messo in forse, guadagnava, con la mossa, tempo utile per pienamente riorganizzarsi. Brigaglia, nel suo libro dedicato a Mortati, indugia a lungo nell'esame di questa possibile, ultima versione dei fatti – il patto «fittizio» – che sembra affiorare in qualche passo degli scritti del costituzionalista<sup>62</sup>.

Ora, la eventuale ipotetica *fittizietà* dell'accordo stretto inizialmente tra le forze della conservazione e quelle del progresso, se riconosciuta da Mortati

<sup>62</sup> M. Brigaglia, *op. cit.*, 255 ss.

seriamente per tale, minerebbe alla base la sua ricostruzione della Costituzione italiana in quanto fondata su un atto generatore di una certa «costituzione materiale», dotata di un certo contenuto. La teoria della costituzione materiale, scoperte quali fossero in origine le forze *realmente* dominanti, al di là delle formule confluite nella Costituzione formale, avrebbe giustificato una attuale lettura-interpretazione della stessa da parte delle autorità statali e della giurisprudenza conforme ai valori e agli interessi caratteristici delle forze state fin dall'inizio realmente dominanti (o comunque ristabilitesi al potere dopo qualche semplice momento di incertezza). Proprio il contrario della condanna pronunciata da un Mortati intransigente progressista. Insistere, come egli faceva, in una interpretazione delle disposizioni costituzionali non in grado di invocare a proprio sostegno un effettivo impegno iniziale tra forze condividenti il potere, significava come minimo, da parte sua, compiere un atto di palese scelta politica partigiana, che non avrebbe dovuto presentarsi – come invece veniva tranquillamente presentato – quale la sola, corretta lettura «giuridica» della Costituzione. Dietro quella lettura non c'era infatti una costituzione materiale che, nell'ipotesi della fittizietà che stiamo discutendo, potesse giustificarla.

Ma anche se in origine il supposto «compromesso» fosse stato reale, genuino e impegnativo, la teoria della costituzione materiale, correttamente e rigorosamente applicata, avrebbe dovuto condurre a un giudizio diverso dalla condanna che Mortati pronuncia. Egli afferma da ultimo che negli anni '50 e '60 le forze della conservazione avevano preso un sicuro predominio e che di fatto i fini politici da esse voluti informavano ormai per intero l'azione dello stato. Se però le cose stavano così, allora è evidente che una nuova «costituzione materiale» si era formata alla base del sistema costituzionale, diversa da quella che parve affermarsi alla vigilia dell'adozione della Costituzione: una nuova costituzione materiale, che della prima aveva preso il posto, e che – ai sensi della teoria – legittimamente pretendeva ora di ottenere una lettura a sé conforme delle disposizioni della Costituzione – «programmatiche» o no.

La verità è che la battaglia «progressista» condotta da Mortati contro la cauta, ritardata attuazione di istituti costituzionali, intervenuta tra gli anni '50 e '70, non può giustificarsi in base a una semplice, stretta applicazione della sua teoria della costituzione materiale. Essa potrebbe validamente sostenersi – scartato un ritorno alle ingannevoli pretese del positivismo classico, per cui l'interpretazione, se condotta nel rispetto delle giuste regole, non fa altro che svelare la preesistente, oggettiva volontà del sistema –, solo muovendo da una teoria che riconoscesse apertamente il carattere «politico» della giurisprudenza e apertamente attribuisse all'interprete il compito di guardare agli interessi di giustizia e di convenienza della collettività nella lettura del dato normativo (ammesso e non concesso che la applicazione in quelle circostanze di una visione della giustizia e della convenienza collettiva, come

quella coltivata da Mortati, fosse opportuna). Ma per svolgere appunto un tale discorso Mortati avrebbe dovuto apertamente fuoriuscire dalle residue strettoie positivistiche della sua teoria della costituzione materiale, e accettare una teoria giusnaturalistica o razionalista-realistica della giurisprudenza. Da quelle strettoie, in nessun punto della sua opera, egli è riuscito a liberarsi (quantunque in qualche punto l'esigenza della liberazione da esse sia affiorata in superficie, e quasi abbia fatto capire la necessità di un suo avvento).

## 5. LA DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE MATERIALE E LA ATTUALE SCIENZA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE IN ITALIA

Quale traccia ha lasciato nella scienza giuridica italiana la dottrina della costituzione materiale? Intendo, naturalmente, la dottrina nel suo significato preciso e forte, presente nel pensiero di Mortati, quale ci è parso di poter accertare nelle pagine precedenti. Il termine è entrato per vero in larga circolazione, ma assumendo allora significati vari, tutti in maggiore o minore misura diversi da quello inteso originariamente dal suo autore. Prima di affrontare la questione qui posta, val la pena di ricordare, per completezza e chiarezza del discorso, alcuni dei significati devianti che l'espressione ha assunto nel linguaggio sia dei giuristi, sia dei politici, sia del pubblico in generale. La diffusione del termine è indice, comunque, della sua capacità di suscitare associazioni di idee importanti, anche assai diverse tra loro. La rassegna della molteplicità di questi usi linguistici è stata fatta da altri anni fa<sup>63</sup>. Qui mi limito a richiamare soltanto i casi più frequenti e rilevanti di uso del termine difforme rispetto al suo valore d'origine.

Di costituzione «materiale» si è parlato, per esempio, per designare l'insieme delle norme attinenti alle forme di stato e di governo che non rientrano tra quelle della Costituzione formale rigida e non godono pertanto della particolare forza che contraddistingue queste ultime. Sono però tali, da un lato, da concorrere appunto a definire la identità di quelle forme, e, dall'altro lato, sebbene non tutelate da regole che ne rendano formalmente difficile la abrogazione, sono circondate da un diffuso consenso di fatto che ne garantisce una robusta stabilità. In questo uso, il termine è avvicicabile a quello per cui a tali norme si attribuisce da molti la qualifica di «costituzionali in senso sostanziale». (in armonia con la formula di «costituzione sostanziale» – formula già presente nelle opere di Jellinek e tuttora opportunamente in larga circolazione – utilizzata per designare l'insieme delle norme che globalmente definiscono la forma di stato e di governo di un ordinamento statale, senza riguardo alla fonte da cui esse provengono).

<sup>63</sup> R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, 319 ss. E vedasi anche, in precedenza, G. Rolla, *Riforma delle istituzioni e costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1980.

Si è parlato di «costituzione materiale» per indicare la costituzione formale vista nella sua operatività concreta, quale che sia, al di là della lettera delle sue disposizioni e del loro significato originario: la costituzione come di fatto interpretata e applicata. In questo senso il termine equivale in sostanza a quello via via divenuto di uso più frequente ed oggi utilizzato di preferenza: la «costituzione vivente». È importante ricordare che Mortati, quando voleva significare che la costituzione formale aveva subito una qualche manipolazione in sede applicativa, sicché il sistema costituzionale in atto non corrispondeva a quello previsto sulla carta, non parlava né (ovviamente) di costituzione materiale, né di costituzione vivente. Parlava, semmai, di costituzione «reale».

Talvolta il termine di «costituzione materiale» viene utilizzato per propugnare un certo adeguamento della Costituzione formale, che dovrebbe farsi per via di revisione o di interpretazione manipolativa: un'utilizzazione apparentemente sulla linea della dottrina mortatiana, ma in realtà rivolta a fini diversi e in certo senso opposti. Si osserva che talvolta settori del sistema costituzionale hanno assunto di fatto, per successive pressioni di forze politiche e con largo consenso popolare, un particolare contenuto operativo, ispirato a valori nuovi. In essi la costituzione «vivente» o «materiale» funziona secondo una sua logica, la quale però accade si trovi di fatto in contrasto con la lettera e il significato originario di talune collaterali disposizioni della Costituzione formale, ancora in operatività. Si richiede allora, per ragioni di coerenza e di funzionalità del sistema, che anche queste collaterali disposizioni si pieghino a quella logica: che – si dice – la costituzione formale si adegui, in un modo o in un altro, alle esigenze della nuova costituzione materiale già in vigore in quel settore. La richiesta evidentemente non ha qui a che vedere con gli adeguamenti – a cui pensava Mortati – a principi e valori di una scelta politica fondamentale originaria.

Se si lasciano da parte questi significati modificati del termine, e se si ha riguardo al concetto preso nella sua genuina, originaria portata, si deve dire che le tracce da esso lasciate nella scienza del diritto costituzionale in Italia sono nell'insieme deboli. La cosa può stupire trattandosi della più importante invenzione di un costituzionalista di preminente statura, da tutti riconosciuto come un maestro. Ma le cose stanno di fatto così. Dopo qualche iniziale accettazione del concetto in dottrina, collegata soprattutto all'idea – subito molto popolare e tuttora spesso oggetto di ripetizioni di routine – secondo cui alla base della Costituzione starebbe un «compromesso» tra le ideologie del liberalismo, del cattolicesimo e del socialismo, sono rapidamente prevalse riserve nei suoi confronti, le quali hanno portato a una sua rispettosa, ma sostanziale emarginazione. Oggi esso ha scarso seguito tra i costituzionalisti.

È importante capire quali sono state le critiche rivoltegli e quali sono state e al presente sono le teorie metodologiche che ne hanno preso il posto. Si tratta di critiche e di teorie che solo in parte coincidono con i punti di vista sostenuti nelle pagine che precedono. Il loro esame è utile soprattutto perché

permette di vedere che alla dottrina di Mortati si sono contrapposte dottrine che, o non pongono affatto rimedio ai difetti che abbiamo indicati in essa, ed anzi rappresentano addirittura un possibile passo indietro nei suoi confronti, ovvero sono esposte quanto meno a pericoli a cui la dottrina di Mortati non è riuscita a sfuggire: non sapere impostare il discorso della interpretazione costituzionale immettendo in esso apertamente giudizi di valore di origine autonoma, e, al contempo, giudizi che tengano conto delle particolari condizioni socio-politiche dell'ordinamento in cui l'interpretazione è destinata ad operare. Ne segue un panorama complessivo della attuale scienza del diritto costituzionale in Italia non propriamente soddisfacente.

Il tema ora sfiorato è di tale complessità da non poter essere adeguatamente trattato in conclusione di un saggio come questo, inteso a esercitare l'analisi critica nei confronti di un concetto particolare. Ma alcuni brevi cenni a un suo appropriato sviluppo sono possibili, e vanno sommariamente presentati.

A. *Le critiche di marca positivistica.* Lo scetticismo nei riguardi della dottrina risale ai tempi della sua prima enunciazione e raccoglie attorno a sé, da allora, un primo vasto gruppo di critici che potremmo dire ispirati ancora a concezioni di positivismo quasi classico e a forti preoccupazioni per la salvaguardia del ruolo che, nei processi di interpretazione-applicazione, dovrebbe conservare il dato normativo ufficiale nella sua lettera e portata originarie.

Non mi riferisco qui ai costituzionalisti che abbracciavano la teoria normativa del diritto, nella versione kelseniana o in altra analoga, o che condividevano la teoria tradizionale della sovranità assoluta dello stato o in teorie a questa assimilabili (p.e., Ballardore Pallieri; Biscartetti di Ruffia; Esposito; ecc.)<sup>64</sup>. Per costoro il rifiuto pieno o quasi pieno della dottrina della costituzione materiale era per così dire d'obbligo. Il discorso riguarda giuristi non avversi all'approccio semi-realistico presente nel pensiero di Mortati. Ma il loro consenso si ferma alle soglie del concetto controverso o almeno di alcune delle sue più importanti implicazioni. Metterei in questo gruppo autori quali Crisafulli, Pierandrei, e poi, venendo a tempi più vicini a noi, Paladin, Bartole, Pace, Dogliani, Pizzetti, Angiolini<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1976, 37 ss., 46 ss.; P. Biscartetti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, XV ed., 1989, 57-72; 88-92.; C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana* (1937), rist. in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, Jovene, 1999, 203 ss.; *La legge* (1938), rist. ibid., 283 ss. (Esposito aggira la teoria della costituzione materiale sostituendo alle classi dirigenti dominanti, come titolare della sovranità, l'altamente formalistico concetto della Nazione-Stato, riconosciuta come tale dall'ordinamento giuridico, ma distinta in esso in quanto Stato-realtà sociale dallo Stato in quanto persona giuridica).

<sup>65</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2 ed., Padova, CEDAM, 1970, 100 ss.; F. Pierandrei, *L'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in memoria di L. Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, 486; Id., *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, 1962, 864, 894 ss.; S. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1991, 22 ss.

Non v'è naturalmente in costoro quella netta distinzione chiarificatrice tra il discorso che corre sul terreno della conoscenza della storia delle costituzioni e il discorso della scienza pratica del diritto costituzionale, quale s'è sostenuta sopra. Come in Mortati, il concetto di cui si discute è per loro un concetto di tipica, tradizionale teoria generale, cioè possiede una portata bivalente, la validità del quale, se accertata, ne imporrebbe l'utilizzo indifferenziato, sia per spiegare le vicende storiche delle istituzioni costituzionali, sia per guidare l'interpretazione a fini pratici del dato di una Costituzione da applicare attualmente. Come in Mortati, peraltro, il loro vero (o preminente) interesse riguarda l'efficacia del concetto come strumento metodologico precettivo nel quadro dell'interpretazione-sistemazione-applicazione in concreto di vigenti normative costituzionali formali. In conformità a questo preminente interesse, il contributo di questi autori alla critica della capacità del concetto a rappresentare in modo adeguato, nella sintesi riassuntiva che in sostanza propone, le complesse vicende della genesi e del reale funzionamento degli ordinamenti costituzionali degli stati moderni, è limitato. Essi non accettano l'idea che veramente esista una «costituzione materiale» come entità distinta da quella «formale» (intesa questa sia come testo normativo sia come concreta attuazione del medesimo nei fatti). È rara però in loro una dettagliata denuncia della artificiosità della presentazione dei valori e dei principi operanti nel momento genetico delle Costituzioni come un corpo ideale organico e coerente e come unica, pretesa legittimazione, agli occhi dei consociati, del potere politico che viene ad esistenza (o che viene al momento rifondato). È rara una critica all'immagine artificiosa del funzionamento degli ordinamenti costituzionali come rispettosa attuazione, nel corso del tempo, del corpo dei valori e principi originari, trasfusi nella Costituzione formale e affermati operanti con essa e attraverso essa nelle vicende storiche degli ordinamenti. Manca, a petto della realtà storica che si dovrebbe rappresentare per quello che è, la contestazione della immagine appiattita della giurisprudenza come, di regola, attenta esecutrice di quei prefissati, lontani valori e principi.

S. Bartole, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Diritto e società*, 1982, 603 ss.; Id, *Costituzione*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, IV, 1989, 288, 303 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss.; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, 332 ss.; anche, in precedenza, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, F. Angeli, 1982, 62 ss.; F. Pizzetti, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Diritto ecclesiastico*, 1995, 69 ss.; V. Angiolini, *Costituente e costituito nella Repubblica italiana*, Padova, CEDAM, 1994, 156 ss.

In verità, le posizioni assunte da questi autori rispetto al concetto mortatiano della costituzione materiale sono tra loro, nei dettagli, anche assai diverse, e ciascuna d'esse meriterebbe, in una storia del destino e delle fortune del concetto che volesse essere completa e sistematica, una trattazione a parte. Ma tale storia non rientra tra i compiti di questo saggio. Consideriamo questi autori come un gruppo, sembrandoci che in loro si ritrovino approssimativamente, se non ci sbagliamo, i caratteri comuni che si segnalano nel testo.

Il loro sospetto nei confronti del concetto sembra dovuto principalmente ad altre ragioni. Se si ammette l'esistenza di una autonoma «costituzione materiale», avente vero valore giuridico, si impone agli interpreti-applicatori delle norme del sistema di ricercare in quella costituzione gli elementi per la interpretazione-sistemazione delle norme stesse. Ciò può condurre al risultato di togliere alla norma formale – sotto impulso dei principi materiali – il significato che alla norma apparterebbe se si guardasse alla concreta, particolare volontà dei suoi autori; oppure di toglierle la possibilità, derivante dal suo carattere intrinsecamente elastico, di essere interpretata in maniera differente, attraverso l'utilizzo di altri più convenienti criteri. L'interprete sarebbe costretto alla continua giustificazione del suo lavoro attraverso l'analisi di dati storici relativi a generalissimi principi e valori abbracciati di fatto da forze politiche, o, più al largo, da classi dirigenti egemoni, mal determinate. La disputa per decidere quale interpretazione è valida si trasferirebbe in un campo che appartiene alla competenza degli storici politici e sociali, e non potrebbe però essere conclusa se non con metodi che quegli storici non praticano (cioè scegliendo d'autorità quali sarebbero i principi e i valori veramente prevalenti e quali quelli rilevanti per il caso).

Insomma, da un lato il concetto di costituzione materiale coarterebbe la libertà dell'interprete impedendogli di determinare il significato delle norme secondo metodi giuridici pur consolidati da lunghe tradizioni o magari nuovi ma affidabili, se essi non producessero risultati in accordo con quelli derivanti dalla logica di quel concetto; dall'altro lato, il concetto nemmeno garantirebbe una maggiore certezza del diritto, perché nella pretesa ricerca dei principi e dei valori della costituzione materiale l'interprete avrebbe mano comunque largamente libera, ed anzi la sua libertà in definitiva crescerebbe; mentre le dispute più rilevanti tra i giuristi si trasformerebbero tutte in dispute speciose tra pseudo-storici.

Fin qui le critiche coincidono più o meno con alcune di quelle sopra articolate. Ma al loro fondo sta una diversa visione di quale sia la vera natura dei processi interpretativi-ricostruttivi-applicativi delle Costituzioni formali.

Sottintesa alle critiche sta l'idea che i veri significati delle normative costituzionali e il sistema cui esse mettono capo si possono e si debbono determinare senza far ricorso a elementi con efficacia normativa estranei al testo della Costituzione: escluso il ricorso alle istruzioni di un preteso diritto naturale, escluso quello a un preteso fatto storico chiamato «costituzione materiale», ma escluso anche e più in generale quello a «valori» tratti comunque da autonome esperienze di ordine etico o politico.

I nostri costituzionalisti di tendenza positivista disputano tra di loro e si dividono circa i criteri da adottare per l'interpretazione della Costituzione (i classici criteri di origine savigniana o altri di più recente conio), e circa la «teoria» della Costituzione (sua natura e funzioni) da assumersi come guida per la

lettura delle singole disposizioni d'essa<sup>66</sup>. Le scelte che ciascuno di loro compie in proposito sono scelte di chiara natura e valenza politiche, e si riflettono nei diversi indirizzi giurisprudenziali che ciascuno d'essi alla fine propugna. Ma le scelte non vengono presentate per quello che sono. Sono offerte invece per lo più come soluzioni emergenti da una preliminare analisi oggettiva delle strutture in sé del dato normativo, o di concetti astratti quali «stato», «costituzione», «divisione dei poteri» e delle loro intrinseche implicazioni logiche, o addirittura della natura stessa, sempre uguale nella sua essenza e sempre dal giurista da rispettarsi, dell'attività di interpretazione del diritto.

Il sostanziale occultamento del carattere politico del discorso giurisprudenziale non si realizza solo del resto nella fase di scelta dei criteri e delle teorie che dettano il metodo per il lavoro. Si raddoppia nel corso del lavoro stesso, in tutte le sue fasi successive. Infatti, i risultati dell'opera di interpretazione vengono presentati di solito come il frutto necessario di una rigorosa applicazione degli strumenti metodologici prescelti al materiale del dato normativo positivo. In realtà, ad ogni passaggio del procedimento l'interprete è chiamato a decidere tra ipotesi alternative, al cui scioglimento non basta l'impiego della logica del metodo, ma si richiedono anche ulteriori indipendenti valutazioni politiche.

A dir il vero, ci si può domandare come sia possibile che a giuristi di grande intelligenza ed esperienza sfugga ancora, al presente, il carattere intrinsecamente politico dell'attività giurisprudenziale. Ma la domanda è soltanto retorica. I giuristi che si iscrivono alla tradizione del positivismo sono anche essi in realtà ben consapevoli di quel carattere. Ed essi del resto ne fanno anche dichiarazione aperta, quando si discuta del problema fuori da dirette connessioni con la materia di cui sono specialisti e di cui stanno elaborando il dato, ovvero quando si tratti di valutare la portata storico-politica dell'opera di qualche grande figura del passato nel campo del pensiero giuridico e della giurisprudenza. Ma quella consapevolezza non si traduce in adeguata *conformazione dello stile dei loro lavori intesi alla interpretazione in concreto*: ove manca la franca discussione, punto per punto, delle *implicazioni politiche* delle soluzioni dei problemi adottati, e la *indicazione ragionata dei motivi politici, storicamente circostanziati*, per cui quelle soluzioni particolari

<sup>66</sup> Come i difensori più fermi della permanente validità ed efficacia dei criteri classici di interpretazione (da utilizzarsi nel loro classico ordine: le parole nel loro proprio significato; l'intenzione del legislatore; il nesso sistematico tra le norme; l'analogia legis e quella juris; ecc.) possono forse indicarsi F. Pierandrei (*L'interpretazione della Costituzione*, cit.) e A. Pace (*Metodi interpretativi*, cit.). Ma assieme, o in sostituzione dei criteri tradizionali, altri criteri sono stati suggeriti, e svariate teorie della Costituzione come metro per la sua propria interpretazione sono state proposte. Una aggiornata menzione di queste varie posizioni metodologiche può leggersi nell'accurato saggio di C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in <http://www.rivistaaic.it>. Vedasi anche M. Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in <http://www.rivistaaic.it>.



vanno preferite. Il tentativo di allargare il discorso alla problematica dei *valori* in gioco nel quadro del momento storico complessivo entro cui si colloca la vita dell'ordinamento, e dentro esso giustificare le scelte che si compiono, viene anzi respinto come operazione pericolosa, che inquinerebbe la dialettica del diritto, la quale deve restare autonoma e pura<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> I giuristi di area positivistica non ignorano la natura intrinsecamente politica delle attività di interpretazione-applicazione della Costituzione per molte, svariate ragioni. Ve ne è però una che proviene addirittura dal tronco stesso dell'indirizzo culturale a cui si ascrivono, che essi ben conoscono e che in sede teorica non esitano a sottoscrivere.

I positivisti classici (giusprivatisti e giuspubblicisti) fermamente ritenevano che il dato normativo positivo, trattato coi metodi politicamente neutrali della corretta logica giuridica, potesse offrire risposte univoche e certe rispetto a qualunque problema che gli eventi della vita ponessero al diritto. Questa convinzione è stata abbandonata dai due maggiori maestri del positivismo nel secolo XX: Kelsen e Hart (e dietro di loro si è posta una schiera di seguaci consenzienti). Per entrambi, il lavoro di interpretazione a fini applicativi del dato normativo incorpora sempre un certo apporto «creativo» dell'interprete-applicatore. Kelsen (specie l'ultimo Kelsen) ritiene che la norma giuridica fornisca solo una «cornice», il cui contenuto, ai fini della decisione dei casi concreti, deve essere riempito con scelte a discrezione dell'interprete. Hart ravvisa la necessità dell'apporto creativo quando si presentano «casi difficili» (*doubtful cases*), ai margini del nucleo centrale precettivo della norma. Risulta pertanto da questa stessa impostazione la necessità, per il discorso del giurista (che deve tendere – interpretando – alla costruzione di un sistema normativo organico e possibilmente completo) di aprirsi a valutazioni di ordine essenzialmente *politico*. È vero che i due maggiori rappresentanti moderni del positivismo pensano che il lavoro del giurista, se vuole rimanere «scientifico», deve limitarsi alla semplice «descrizione» delle «cornici» e del contenuto centrale certo delle norme. Ma a questo non può ridursi l'attività di un costituzionalista pratico, impegnato di continuo a risolvere problemi di costituzionalità. È logico dunque che non si sia contenuta dentro quei prescritti confini la produzione giuridica dei costituzionalisti positivisti interpreti della Costituzione italiana: i quali peraltro hanno continuato di regola a presentarla – secondo la logica antica del positivismo – nell'insieme come opera tutta di un puro ragionamento «giuridico-scientifico». Di conseguenza, la componente politica, importante e determinante nei loro discorsi metodologici e interpretativi, non vi compare come tale, o almeno non vi compare mai in maniera aperta e adeguata, né è stata previamente elaborata con quella larghezza di respiro e profondità di indagini che la materia, con le sue esigenze specifiche, meriterebbe.

Poiché si è qui accennato alle teorie di Kelsen e Hart in materia di scienza giuridica, giova, ai fini della chiarezza, precisare, aprendo una breve parentesi, in che misura la teoria accolta in questo saggio della esistenza di due distinte branche della scienza del diritto – l'una descrittiva-cognitiva (storica), l'altra pratica-manipolativa (precettiva) – si distingue dalle più recenti concezioni dei maggiori maestri del positivismo.

Per questi ultimi – ricapitolando – v'è una sola scienza del diritto, ed è quella che, con finalità meramente descrittive, accerta il «nucleo centrale» o la «cornice» oggettivamente costitutivi del significato normativo di un testo in vigore in un dato ordinamento. L'accertamento/descrizione – che non prende posizione tra le interpretazioni lasciate aperte negli spazi di margine o dentro le «cornici» – definisce ciò che è il diritto positivo dell'ordinamento e ha gli strumenti per determinare «scientificamente» la validità dei suoi risultati. Gli sviluppi interpretativi possibili nei limiti concessi dai testi non sono oggetto di alcuna elaborazione di carattere scientifico: sono rimessi a scelte puramente discrezionali-politiche e non fanno parte della scienza del diritto.

Ai fini della opportuna distinzione si può osservare:

a) Le concezioni dei maestri positivisti finiscono per «ontologizzare» un preteso contenuto determinato del testo (il «nucleo centrale» o la «cornice»), attribuendo ad esso un valore normativo conoscibile con attività oggettivamente descrittiva. In contrario deve ritenersi, in primo luogo, che nessun testo o segno normativo esiste come entità a sé, fuori della utilizzazione che ne faccia qualche soggetto per i suoi fini, e che pertanto esso, nel momento della sua prima posizione, nasce con il preciso significato che intendeva conferirgli l'autore, in funzione degli obiettivi da lui perseguiti. La sola ricerca obiettivamente descrittiva di fatti esistenti è dunque quella dello storico che mira ad accertare quell'intenzionale significato (ovviamente nei limiti del possibile e con i valori che l'hanno di fatto ispirato). Ricerca da replicare nei confronti della intelligenza/utilizzazione del segno compiuta da eventuali coautori e da suoi successivi recettori e applicatori. Non si dà né un «nucleo» né una «cor-

Le cause della mancata trasparenza del «politico» nel prevalente stile della dottrina costituzionale italiana – difetto ben più marcato che in altre dottrine straniere: p.e., quella americana – sono molteplici e complesse. Ridurle ad una sola, o ad una principale, sarebbe un errore. Ma credo sia opportuno segnalare qui una causa particolare, che può aver svolto un suo ruolo.

nice» fornita dal testo, se non per astrazione successiva compiuta dallo storico comparando via via il diverso contenuto delle diverse utilizzazioni del segno (il quale, se rimane il medesimo nel tempo, lo rimane esclusivamente nella sua di per sé insignificante identità grafica).

In questa prospettiva, la conoscenza del diritto (nella specie, di una Costituzione) realmente operante in un certo ambiente sociale, è data, non dalla semplice astratta rilevazione di ricorrenti somiglianze nelle successive utilizzazioni dei segni (dove il positivista ricava il preteso «nucleo» o la «cornice» che essi offrirebbero), bensì dall'accertamento del dinamico prevalere di certe utilizzazioni sovra altre nel corso del tempo, fino alla determinazione di quelle che al presente appaiono le più condivise (senza dimenticare la co-esistenza di utilizzazioni minoritarie).

La scienza del diritto positivista, ferma alla ricerca di «nuclei centrali» o di «cornici» inerenti alle norme, è a dir poco incompleta e deformante come descrizione della piena realtà di fatto del diritto in vigore (ciò che essa dice di voler cogliere). Alla conoscenza di quella realtà occorre una storia che si ponga come ricerca ad amplissimo raggio, munita di tutti gli strumenti di indagine (inclusi ovviamente, soprattutto, quelli della comparazione) necessari per un'intelligenza che penetri fino in fondo nella complessità del fenomeno, nonché delle sue radici ideali.

b) La espulsione che i maestri positivisti compiono delle attività rivolte alla interpretazione delle norme a fini applicativi, e delle connesse costruzioni dottrinali, dall'ambito della scienza del diritto, perché esse appartenerebbero all'arbitrario delle scelte politiche, toglie praticamente ogni valore, in termini di razionalità, a gran parte di ciò che è stata nei secoli la grandissima tradizione della giurisprudenza e della dottrina giuridica in Europa, a partire dall'antica Roma. È il frutto di una operazione che crede di purificare i ragionamenti attorno al diritto, riducendoli a quelli «scientifici» fondati sul rilevamento dei fatti (fallendo del resto, come si è appena detto, il suo obiettivo), e però intanto infligge un colpo gravissimo a una branca ineliminabile del sapere giuridico, quella pratica. Che tale branca sia ineliminabile, lo dimostra, tra l'altro, il fatto che non si sottraggono alla sua logica nemmeno massimi maestri del positivismo come Kelsen: la cui gigantesca opera di giurista include molteplici elaborazioni interpretative che non possono spacciarsi per mera rilevazione di un dato normativo esistente, o mera neutrale deduzione logica da esso. L'effetto devastante della consegna teorica del discorso interpretativo alla irrazionalità della politica è parato in parte, nella giurisprudenza dei positivisti contemporanei (come già in quella dei classici), dall'utilizzo di una sofisticata sistematica di concetti giuridici pretesi di ordine descrittivo-apolitico, che aiutano a dare struttura logica alle loro argomentazioni interpretative. Ma si tratta di concetti che hanno, in sé e per il modo del loro impiego, una chiara valenza direttiva politica; e il loro vizio sta appunto nell'occultamento che producono del necessario ruolo dei valori politici nei processi di interpretazione giuridica, e nella conseguente nascosta distorsione che vi introducono. Il punto di vista accolto in questo saggio parla invece naturalmente della necessità di discutere in modo aperto dei valori etico-politici che devono guidare (cominciando dalla consapevole scelta di appropriate impostazioni metodologiche) il lavoro di manipolazione e sistemazione del dato positivo. E parla altresì della necessità di credere nella capacità del pensiero di agganciare i valori rilevanti nella situazione a principi supremi fondati sulla ragione.

Val la pena di menzionare qui di passaggio l'interessante teoria dell'interpretazione proposta ora in Italia da Riccardo Guastini, a causa della commistione che essa sembra realizzare di un approccio schiettamente realistico (di derivazione americana) con la teoria positivista dell'ultimo Kelsen. Salvo errore, peraltro, il peso dell'insegnamento di Kelsen è preponderante. Guastini riduce anch'egli la vera scienza del diritto all'accertamento delle «cornici normative» ricollegabili ai testi (trattandole in pratica quasi fossero entità esistenti oggettivamente a sé, descrivibili come tali). Respinge poi fuori dalla scienza del diritto, nell'area del «politico», non razionalmente controllabile, tutte le operazioni di precisazione dei testi attuate dentro il confine delle «cornici», nonché le loro sistemazioni dottrinali. Viceversa, la decisione giudiziaria del caso concreto, nella misura in cui consistesse nella semplice applicazione al fatto della norma «cornice» (come scientificamente accertata e – forse – integrata con elementi di interpretazione «politica»), sarebbe operazione di tipo meramente e neutralmente logico-deduttivo (R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2009). Con quest'ultimo punto la teoria finisce per togliere qualsiasi rilevanza alla esperienza della decisione dei casi come utile, occasionale crogiuolo di maturazione di nuovi indirizzi politici nella giurisprudenza pratica.

Da ormai un secolo predomina nella cultura del mondo occidentale l'idea che non sia possibile una dimostrazione razionale dei valori ultimi da cui dipende la catena discendente dei giudizi di valore particolari nei vari campi della vita pratica dell'uomo. Gli ultimi valori possono essere oggetto solo di una scelta arbitraria, personale. Questa idea è penetrata con autorevolezza anche nel campo del diritto<sup>68</sup>. Può essere motivo di esitazione in un giurista italiano, che aderisca a quell'idea, riconoscere francamente che le tesi giuridiche da lui sostenute dipendono spesso in ultima analisi da una scelta di valori non razionalmente giustificabile. Non si tratta solo di una relativa problematicità di quelle tesi, opinabili in rapporto alla complessità dei fatti di cui si occupa il ragionamento, ma argomentabili alla luce di superiori valori razionalmente fondati. Si tratta, quanto al loro ultimo fondamento, per chi sposa il relativismo assoluto, di un arbitrio puro.

In Italia, in particolare, per la influenza perdurante del positivismo classico, la «scientificità» della scienza del diritto è ritenuta a tutt'oggi coincidere, da molti giuristi, con la sua razionale categoricità, senza la quale non ci potrebbe essere alcuna giustizia nella applicazione del diritto. Il giurista seguace dello scetticismo in tema di ultimi valori potrebbe considerare allora controproducente la eventuale concessione che egli facesse che la validità delle tesi da lui sostenute dipende da sue scelte di ultimi valori politici, non oggettivamente fondati secondo ragione. Meglio lasciar apparire che le conclusioni raggiunte dal discorso interpretativo fluiscono da una elaborazione tutta neutralmente giuridica del dato normativo.

E a questa decisione pragmatica potrebbe essere indotto anche un giurista non seguace della filosofia del relativismo pratico assoluto, ma per un'altra, parallela considerazione. Se nel pubblico italiano in generale è appunto molto diffusa – come sembra – la convinzione che non v'è modo di dirimere le controversie in materia politica in base ad argomenti di ragione, tutto alla fine dipendendo da simpatie gratuite in fatto di valori ultimi in gioco, sconsigliabile diventa allora, per il prestigio necessario del diritto e delle sue applicazioni, far trapelare che in realtà le questioni di interpretazione del diritto dipendono anche da giudizi di valore propriamente politici.

Per chi creda che la ragione possa invece fornire indicazioni per la soluzione anche di problemi politici, l'occultamento della linfa etico-politica che pervade fino in fondo, necessariamente, lo sviluppo dei ragionamenti pratico-giuridici, rimane una connotazione negativa della scienza giuridica di un paese che lo pratici (quali che siano le possibili giustificazioni dovute

<sup>68</sup> M. Weber, *La scienza come professione* (1919), in *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1966, 3 ss.; Id., *Economia e società*, Milano, Comunità, 1960, vol. 2, 185 ss.; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cap. 2, Tuebingen, Mohr, 1911; Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, parte 2, Tuebingen, Mohr, 1929; N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950; Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2005.

alle circostanze). Tale ad ogni modo sembra essere ancora oggi il caso della prevalente dottrina costituzionale italiana.

Per la storia va notato che, messa da parte la dottrina di Mortati, la maggioranza dei nostri costituzionalisti, operando con i tradizionali metodi interpretativi e con strumenti di sistematica concettuale propri della tradizionale cultura giuridica positivista o con essa conciliabili (metodi e strumenti del resto utilizzati spesso con intelligenza e perizia sopraffine), hanno però prodotto per lungo tempo letture della Costituzione italiana in buona misura vicine a quelle che egli stava patrocinando. Il «compromesso» ideologico che per lui formava la «costituzione materiale» della Repubblica fu da molti recuperato come elemento da far valere in una interpretazione che tiene conto delle (presunte) «origini storiche» delle norme. Il carattere pregnantemente giuridico delle disposizioni programmatiche presenti nel testo, con le relative, pesanti implicazioni pratiche, fu fatto discendere dalla (pretesa) «natura intrinseca» delle disposizioni stesse, finalmente scoperta da una più attenta analisi «giuridica» della loro complessiva funzione (fu Crisafulli il persuasivo autore della «scoperta»)<sup>69</sup>. Anche molte delle «progressiste» interpretazioni mortatiane delle norme costituzionali, specie quelle relative alla «costituzione economica», furono, per eguali simpatie politiche, accolte dalla dottrina maggioritaria. In particolare, la «programmazione» generale dell'economia, che egli riteneva richiesta dall'art. 41, divenne un cavallo di battaglia cavalcato, nonché dalla dottrina, dalla politica dei politici attivi, a partire dagli anni '60. Finché, per quest'ultimo punto, mutata negli anni '80 l'atmosfera internazionale e sopravvenuta l'efficacia dei Trattati comunitari, quel capitolo fu chiuso e gli orientamenti politici, anche della dottrina, presero altra direzione.

B. *Le critiche avanzate dal neo-costituzionalismo.* In tempi recenti, un movimento di pensiero giuridico che era restato a lungo minoritario ha rialzato poderosamente la testa, favorito anche da mutamenti istituzionali e politici a livello mondiale; e ha ripreso a contestare con vigore molti dei postulati tipici del pensiero positivista. In Italia esso è venuto a scontrarsi tra l'altro con il concetto di «costituzione materiale», residuo dei molti lasciti di Mortati.

Al movimento, raggruppante indirizzi diversi, anche se rispondenti ad analoghe idee, si è dato il nome di *neo-costituzionalismo*. Chi scrive condivide molti punti di vista in esso rappresentati, ma non tutti, e in particolare non alcuni riguardanti specificamente problematiche della costituzione di cui s'è discusso parlando delle teorie avanzate in proposito da Mortati. Viene qui a taglio valutare alcuni aspetti delle teorie neocostituzionali che più direttamente possono mettersi a contrasto con le posizioni del costituzionalista calabro.

<sup>69</sup> V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

a) Prima, risalente manifestazione del pensiero costituzionalista in Italia è considerato il saggio *Positivismo e costituzionalismo* del 1963<sup>70</sup>. In esso Nicola Matteucci coraggiosamente metteva a nudo il carattere ideologico-politico delle teorie positiviste del diritto e dello stato, sia di quelle classiche della sovranità statale assoluta, sia di quelle più recenti, di marca kelseniana. Esse pretendono di offrirci – egli osservò – concetti aventi valore cognitivo generale, applicabili all'intero campo dell'esperienza giuridico-politica e necessari per intendere la vera natura dei relativi fenomeni. Ma non è così. I loro concetti sono incapaci di farci comprendere la vera essenza del grande movimento politico del costituzionalismo nonché la vera essenza delle forme di stato che esso ha creato in Occidente nel corso degli ultimi tre secoli: essenza consistente nella priorità dei diritti della persona rispetto al potere politico e nella «costituzione» come strumento che oppone in funzione loro un limite sostanziale al potere dello stato. I concetti positivisti frappongono un ostacolo alla intelligenza genuina della realtà storica e surrettiziamente propongono agli studiosi della politica e agli interpreti del diritto valori illiberali per lo sviluppo dei loro ragionamenti nei rispettivi campi.

Sulla scia di queste giuste valutazioni, Matteucci proponeva che si applicasse il termine «costituzione» soltanto a quelle forme di organizzazione degli stati in cui, attraverso normative adeguate ed efficaci, al potere politico si impongono veri e sostanziosi limiti. Norme di organizzazione che tali seri limiti non contenessero non meriterebbero il nome di «costituzione», benché magari venissero raccolte in documenti solenni simili a quelli degli stati liberali. Il linguaggio della scienza giuridica (e politica) dovrebbe fare propria rigorosamente la notissima affermazione preclusiva dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei Diritti dell'uomo e del cittadino: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione».

A questa ingiunzione di ordine linguistico-terminologico si è associato anche uno scienziato della politica della fama di Giovanni Sartori<sup>71</sup>. Contro di essa si sono schierati, però, quasi all'unanimità, i costituzionalisti e gli studiosi delle istituzioni. Ritengo che il rifiuto di costoro di aderire all'ingiunzione sia giustificata, e lo sia l'uso da essi regolarmente praticato del termine «costituzione» applicandolo alle strutture normative fondamentali e stabili di una organizzazione statale (e eventualmente anche di altra entità politica), senza riguardo al fatto che nell'organizzazione siano o non siano previsti i limiti al potere richiesti dall'ideale che ha animato il grande movimento del costituzionalismo.

<sup>70</sup> In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, 985 ss.

<sup>71</sup> G. Sartori, voce *Costituzione*, in *Elementi di politica*, Bologna, 1987, 11 ss., 19.

I concetti tipici del positivismo contengono curvature storicamente ingannevoli e induttive, surrettiziamente, di scelte pratiche sconvenienti. Ma è possibile, sul terreno di quella branca della scienza giuridica che abbiamo detta *storico-descrittiva*, e in essa a fini comparatistici, formulare concetti empirici di portata generale, liberi di tali potenzialità negative, e utili, anzi indispensabili, per l'ordinata conoscenza e intelligenza storica dei fenomeni. Questo è il caso per esempio del concetto stesso di stato, organizzazione politica da distinguersi per vari tratti da varie altre di ordine politico, e dei concetti designanti i diversi tipi in cui la figura di stato può ripartirsi a seconda della sua forma (a seconda dei rapporti tra il potere e i soggetti governati). La scelta dei termini per designare i concetti utilmente costruiti per raggruppare con intelligenza, in riassunto, la molteplicità ricchissima dei fenomeni individuali presentanti tratti comuni, deve farsi in base a diverse considerazioni. Tra esse rientrano senza dubbio sia il rispetto di alcuni usi consolidati, sia l'opportunità di evitare confusioni. Alla organizzazione dello stato – e più propriamente alle strutture d'essa che siano tendenzialmente stabili e fungano da quadro entro il quale si situano gli elementi più facilmente variabili della organizzazione – può convenire il termine di «costituzione», per analogia con l'uso comune che si fa della parola con riferimento alle strutture portanti degli organismi fisici in genere. Che lo si usi anche con riguardo a organizzazioni statali che non contengono norme limitanti con forza il potere politico in esse incluso non può d'altra parte generare *di per sé* serie confusioni, e spingere a ignorare che tra le organizzazioni degli stati assoluti, autoritari e totalitari (dotate esse pure di una «costituzione» intesa come stabilità e fermezza di alcune strutture portanti distintive) e le organizzazioni degli stati liberali e democratici dell'era moderna e contemporanea corrono *differenze etico-politiche e giuridiche essenziali*<sup>72</sup>.

I neo-costituzionalisti giustamente ricordano che il termine «costituzione» è stato inventato o reinventato dal movimento costituzionalista proprio come strumento specifico per la trasformazione dello stato assoluto in stato che riconosce e assicura le libertà dei cittadini; e sostengono che il termine dovrebbe, per rispetto delle origini, conservare il suo significato iniziale. Ma il costituzionalista comparatista deve osservare che ormai molti stati, a

<sup>72</sup> Non volendo concedere l'uso del termine «costituzione» per la designazione di forme di stato e di governo non fondate sulle libertà della persona e la divisione dei poteri, e volendo trattare della evoluzione delle strutture fondamentali dello stato moderno dal Rinascimento in poi, Matteucci ne ha scritto una efficace e brillante storia utilizzando, come termine che servisse a coprirne neutralmente tutte le forme, il termine «organizzazione»: *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno* (Torino, UTET, 1976).

Per il giurista storico che tratta comparativamente delle varie forme di stato e di governo affermatesi nella storia, le più e le meno valide, occorre un termine che le abbracci tutte, e permetta i confronti: come dimostra la stessa scelta di Matteucci storico. Rifiutarsi di utilizzare in proposito il termine «costituzione», ripiegando su quello «organizzazione», testimonia del giusto affetto per le storiche esperienze politiche che fecero di quel termine la propria bandiera, ma forse è manifestazione di una troppo sospettosa gelosia.

forma tutt'altro che liberal-democratica, si sono dati documenti fondativi solenni che chiamano «costituzione»; e che sarebbe oltretutto malagevole procedere a confronti, che la scienza deve compiere con gli altri ordinamenti, adottando terminologie che dovrebbero sovrapporsi a quelle in uso nei primi (uso giustificato sostanzialmente se quei documenti pur riflettono strutture di fondo – quali che esse siano – stabili e sostanzialmente operative). Del resto, nel linguaggio della scienza, oltretutto in quello comune, un segno delle origini del termine è restato, e può legittimamente restare, in una locuzione collaterale. Si parla di «stati costituzionali» con riferimento appunto a sistemi che riconoscono e garantiscono, a differenza di altri, le libertà individuali. (Semmai occorre oggi stare attenti a che questa designazione non sia negata – come si tende a fare – ai costituzionalissimi primi stati di impronta liberale, solo perché la garanzia della loro costituzione non era affidata a un controllo giurisdizionale)<sup>73</sup>.

Certo, occorre che il costituzionalista, storico e comparatista, tenga ben conto, accanto agli elementi che gli stati illiberali hanno in comune con gli stati liberal-democratici (la stabilità e la forza che hanno le loro qualsiasi strutture fondamentali: strutture appunto «costituzionali»), anche degli elementi che comportano invece differenze radicali tra loro. Lo storico comparatista deve mirare a accertare la verità, quale che essa sia. Il rischio di essere deviato inavvertitamente da essa è per lui nullo o minimo nel caso dell'uso indifferenziato del termine «costituzione» per gli organismi di tutte le formazioni statali, quando risulti chiaramente dal contesto in che senso descrittivo preciso il termine è usato. Ma il costituzionalista sarebbe posto su una strada in partenza sbagliata se per caso all'uso di quel termine congiungesse i concetti elaborati in proposito da Mortati – specie dall'ultimo Mortati –, secondo cui una classe dirigente compatta e dominante avrebbe sempre premesso – a partire dal Seicento e quasi fino ad oggi – una costituzione «materiale» a quella «formale», e la prima, al di là delle apparenze, avrebbe sempre soltanto incluso principi al servizio dei crudi interessi degli *haves*. Una tale impostazione concettuale svuoterebbe del suo vero significato la scelta di quelle classi dirigenti che,

<sup>73</sup> È questa una tendenza che appartiene alla letteratura costituzionale tedesca, ma tende a diffondersi anche in quella italiana. Cfr., per esempio, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, cap. 2.

È una tendenza da respingere, perché essa finisce per suggerire che i diritti di libertà proclamati nelle Costituzioni ottocentesche europee non erano parte stabile e sicura dei rispettivi ordinamenti. La garanzia per essi non proveniva dalle sentenze di una Corte, ma era offerta dai fermi orientamenti di Parlamenti che avevano lottato per la loro affermazione, e che a quelle strutture costituzionali molto tenevano.

Sulla fine dell'Ottocento l'avvento di una prevalente cultura positivista degradò – con la teoria della sovranità assoluta dello stato – lo *status* costituzionale di quei diritti. Ma questa ideologica diminuzione del loro valore non può far dimenticare il grande, lungo ruolo che essi avevano avuto nella storia dei popoli e l'impronta nuova che avevano impresso (e che del resto, nei fatti, al di là delle teorie, continuavano largamente a imprimere) sulla figura costituzionale dei rispettivi stati.

dopo lunghe lotte, formarono costituzioni fondate sulla limitazione forte del potere politico: una scelta dotata di altissimo valore, perché fatta comunque al servizio dell'interesse della libertà dell'individuo come tale. Senza questa precisazione la teoria, per cui gli stati sono fondati da *élites* – teoria pre-mortatiana, di per sé genericamente valida – avrebbe effetti gravemente distortenti quanto alla intelligenza delle forme di stato liberal-democratiche e quanto alla loro contrapposizione a forme diverse.

b) È stato suggerito da rappresentanti del pensiero neo-costituzionalisti (per es., in Italia, da Chessa)<sup>74</sup> che un tempo la promozione presso l'opinione pubblica dei valori incorporati nella Costituzione formale e la garanzia nei confronti di una deviazione da essi da parte dell'ordinamento, fosse affidata ai partiti politici. Oggi, nelle mutate condizioni del mondo occidentale, il compito sarebbe passato nelle mani delle – dappertutto operanti – Corti costituzionali.

V'è del vero in questa osservazione; ma del vero soprattutto per gli aspetti formali delle cose. Da un punto di vista realistico, le cose sono più complicate.

Nell'epoca del classico liberalismo e negli ordinamenti europei che non conoscevano sindacato giudiziario di costituzionalità, si diceva che il garante dei diritti fondamentali dell'individuo – il cuore della formula politica consacrata nella Costituzione formale o in altre leggi o norme dello stato – fosse il Parlamento, vero Palladio della libertà. Ma il Parlamento erano in concreto i partiti politici presenti in esso; e da loro dipendeva dunque la conservazione, e eventualmente l'abbandono, della formula consolidata.

In realtà, il destino della formula nei tempi di evoluzione dell'ordinamento dipendeva da forze che andavano molto al di là della ristretta classe politica rappresentata in Parlamento. Nella prima versione della dottrina della «costituzione materiale» Mortati aveva ravvisato, anche per gli ordinamenti democratici, come s'è visto, nel fattore «partito politico» (esistente al plurale in quelli, al singolare nei regimi autoritari) il «padrone» di quella costituzione. Ma più tardi si accorse anche lui che identificare nelle forze politiche organizzate di un paese il solo motore della formazione e gestione dei valori e dei principi incorporati nelle strutture normative stabili e operative dello stato era semplicistico. Negli ultimi suoi scritti, autore della «costituzione materiale» erano diventate genericamente le «classi dirigenti», delle quali la classe politica era una sola componente – e di questa i partiti politici solo la punta avanzata.

In effetti, in epoca liberale, ben altri e probabilmente più efficaci forze attive nella società contribuivano alla formazione dei valori che, lottando, trovavano poi eventuale traduzione normativa, tramite l'opera dei partiti, in

<sup>74</sup> O. Chessa, *Che cos'è la Costituzione? La vita di un testo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 45-47. Anche Id., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002.



Parlamento: in primo piano, forze culturali, religiose, economiche, costumi sociali germogliati dai nuovi modi di produzione della ricchezza, e via dicendo. Erano forze per lo più operanti dentro l'ambito dei confini nazionali, senza seri contatti con l'estero e senza acquisizione di relative esperienze. Ma questo non poteva a rigore dirsi nemmeno allora con riguardo ai rapporti dell'economia, che aveva già per vari rispetti aperture mondiali, e con riguardo ai contributi della cultura di indirizzo progressivo, che si diffondeva uniforme su tutta l'area dell'Occidente.

Nell'età contemporanea la situazione è grandemente cambiata. Per effetto dell'affermarsi dappertutto del modello statale interventista, i Parlamenti sono diventati luoghi ove di per sé difficilmente possono emergere vittoriosi valori normativi di portata generale e di lunga durata. I partiti politici che vi sono rappresentati tendono essenzialmente a far valere interessi di natura frazionaria e temporanea. La cura dei valori che appartengono al duraturo della formula venuta ad affermarsi (quella «sociale» in contesto democratico) è passata a un altro Potere politico dello stato, l'Esecutivo o Governo, e al Giudiziario, munito (in genere in un suo organo speciale) di una nuova speciale funzione di garanzia<sup>75</sup>.

Le frontiere tra stato e stato si sono frattanto abbassate; nuovi organismi sovranazionali sono sorti e il successo generale a livello mondiale della formula sociale ha prodotto la proclamazione, a nuovi superiori livelli, di molti principi (e relativi libertà e diritti) caratteristici della formula. Principi la cui tutela è stata di solito formalmente affidata a organi giudiziari sovranazionali, ma anche, per ricaduta e indirettamente, anche ad organi nazionali. Ne è seguito un grande potenziamento del ruolo in generale delle Corti costituzionali come difenditrici dei principi fondamentali della formula. Esse sono divenute oggi quasi il simbolo della base su cui si fonda la legittimità stessa (in Occidente) del potere politico, e il garante della intangibilità di quella base.

Formalmente le Corti hanno oggi preso il posto che fu dei Parlamenti del liberalismo classico, nelle sue realizzazioni più autentiche e felici. Ma come allora, le forze che effettivamente sorreggono i principi costitutivi del modello, sono altre (di un modello oltretutto percorso da interne tensioni e soggetto a molto diverse modalità attuative). Si tratta di potenti forze economiche, che in una economia mondiale ormai unificata trascendono con la loro azione i confini nazionali e rivendicano (a proprio vantaggio) le regole del mercato. Si tratta di forze sociali organizzate, che operano in difesa di classi medie e di masse lavoratrici, e sostengono il mantenimento e la tutela dei diritti sociali. La cultura ha fatto propri dappertutto i valori della democrazia sociale, che

<sup>75</sup> G. Bognetti, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2001, capp. 5 e 6.

non trovano più contestazione teorica seria, e viene scoprendo via via nuove libertà e diritti, dichiarati appartenenti all'uomo come tale<sup>76</sup>.

Non è certo che in futuro la costellazione dei valori che compongono il modello sociale si manterrà, e che essa non subisca modificazioni e in che misura – anche a causa del probabile impatto prodotto dall'incontro dell'Occidente con le economie e le culture di nuovi, grandi popoli emergenti, i cui ordinamenti appaiono ispirati a valori almeno in parte diversi – Quanto alla cultura, il supporto che essa offre al nostro modello è oggi totale, ma potrebbe alla lunga improvvisamente assottigliarsi e dissolversi, perché a ben guardare al suo fondo domina attualmente la scempi di un relativismo assoluto in fatto di valori. Tale scempi è ritenuta da molti sicuro veicolo di sentimenti di tolleranza, di benevolenza per l'altro, e di preferenza per la democrazia politica. Ma questa coniugazione di atteggiamenti non è garantita. Il relativismo assoluto è a rigore una porta aperta per qualsiasi diversa scelta, a piacere, di valori e di condotte pratiche<sup>77</sup>. E se in futuro, per il mutato orientamento di forze che davvero contano, in gioco venisse il destino dei presenti valori, la cultura, a causa della sua debolezza intrinseca, non potrebbe fare molto per preservarli. Tanto meno lo potrebbero, al di là delle buone intenzioni, Corti costituzionali produttrici di volenterosi giudizi di costituzionalità.

c) Il pensiero neocostituzionalista è esposto a una pericolosa tentazione dello stesso genere – sebbene collegata a premesse teoriche diverse – di quella a cui fu esposto a suo tempo, e a cui cedette, Costantino Mortati.

Mortati – come abbiamo visto – si era innamorato dell'ideale del comunitarismo, ed era disposto a vederlo attuato subito nella pratica politica, a prescindere da considerazioni relative alle circostanze della situazione storica esistente, le quali potevano quanto meno sconsigliarne l'immediata realizzazione. Da costituzionalista, egli diede corso a questa sua opzione ideale, provvedendo a interpretare il dato normativo della Costituzione italiana col leggere in essa tutte le implicazioni dell'ideale, così munendole di una speciale forza costituzionale. Fece l'operazione senza ammettere che essa nasceva da una sua autonoma scelta etico-politica, ma, in chiave positivista,

<sup>76</sup> È imponente il fenomeno del moltiplicarsi, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali nazionali, sovranazionali e internazionali, dei diritti dichiarati «fondamentali», «inviolabili», «inalienabili». La complessità e ricchezza del loro ventaglio ha indotto a classificarli distinguendoli secondo «generazioni», in rapporto ai successivi tempi storici del riconoscimento ottenuto da ciascun gruppo nelle prassi della giurisprudenza. Si contano ormai in dottrina almeno cinque «generazioni» di diritti. Va osservato che l'aver tradotto nel linguaggio dei «diritti» interessi e valori che non sono correlati immediatamente al soggetto individuale, e concernono invece in prima linea le collettività nel loro insieme (come accade con i diritti delle ultime generazioni) è stato il modo con cui il Potere giudiziario ha esteso l'area del suo intervento, abilitandosi a correggere, integrare e guidare l'azione del Legislativo. È un altro aspetto del sostituirsi, nel nostro tempo, delle Corti costituzionali ai Parlamenti nella formale difesa di beni attualmente considerati di generale, primaria importanza, non sufficientemente tutelati dalle leggi.

<sup>77</sup> G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, cit., 1535 ss.

attribuendone la logica necessità ai contenuti vincolanti della «costituzione materiale» – un concetto da lui creato in sede di teoria e metodologia giuridica generali –; costituzione materiale risultante dal «compromesso» che egli affermava storicamente concluso dalle forze politiche in cui si divideva la classe dirigente dominante dell'Italia di allora.

Il pensiero neocostituzionalista muove da altre premesse. I più conseguenti dei suoi rappresentanti ritengono che la legittimazione di un ordinamento costituzionale – e di quello giuridico che gli è collegato –, ossia la loro pretesa ad essere obbediti, non può dipendere da un mero fatto storico positivo (la imposizione di uno stato onnipotente secondo i positivisti classici; la «decisione» fondamentale originaria di Schmitt; la definizione dei fini politici essenziali compiuta da una classe dirigente egemone, secondo Mortati). Il diritto di un ordinamento a comandare e ad essere obbedito si fonda sulla sua idoneità a realizzare giustizia, o, più precisamente, a difendere e promuovere i diritti della persona. Per alcuni, per lo più di fede cattolica, i diritti che l'ordinamento deve tutelare coincidono con i diritti di cui l'uomo gode da sempre per natura, validi ed eguali in tutte le circostanze storiche: una panoplia di essenziali pretese, per così dire fuori dal tempo, nei confronti delle leggi e delle autorità positive. Per altri, i diritti nascono nel corso dell'esperienza storica, in virtù di istanze etiche maturate ad opera dei progressi gradualmente e faticosi della ragione, onde al potere politico vanno messi limiti poderosi e imposti doveri ineludibili a vantaggio delle aspettative dell'individuo: limiti e doveri che ormai fanno parte di un livello condiviso e irrinunciabile di civiltà giuridica. Un livello del resto corrispondente ad attese diffuse e radicate in seno alle società civili occidentali, che in tale modo forniscono ad esso un robusto supporto di fatto.

Questa impostazione di ordine filosofico (o para-filosofico) munisce il giurista neocostituzionalista degli strumenti concettuali necessari per esprimere graduati giudizi di merito etico-politico, razionalmente argomentati, riguardo allo stato degli ordinamenti costituzionali di cui egli si è occupato – e le cui oggettive condizioni egli avrà previamente accertato con i distinti metodi propri della scienza storica del diritto –: giudizi correlati alla diversa misura in cui ciascun ordinamento è riuscito, o riesce, a riconoscere e a tutelare i diritti della persona che per giustizia vanno protetti. Tali giudizi offrono stimoli per procedere all'azione in molteplici, diverse direzioni, al fine di orientare al meglio, all'interno e verso l'estero, gli sviluppi della vita di un ordinamento<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> G. Bognetti, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, cit., 1535 ss. Implicita nella impostazione del pensiero costituzionalista è una valutazione di superiorità del modello, con le garanzie che esso offre, su tutti i modelli in cui quelle garanzie non sono presenti; e un atteggiamento di favore nei confronti dell'espansione del primo anche in aree della terra ove esso non si è ancora affermato. Circa le azioni da sviluppare per ottenere quella affermazione, due principali tendenze sono presenti da tempo nell'opinione pubblica occidentale, ed hanno dato luogo in concreto a politiche di diverso indirizzo,

Ma in questa sede a noi interessano in particolare i riflessi che quell'impostazione comporta per il problema dell'interpretazione-applicazione delle complesse formule che in tutti gli ordinamenti conferiscono ormai valenza in qualche modo positiva a una lunga serie di diritti, e stabiliscono per essi garanzie. È nei processi di interpretazione-applicazione delle proclamazioni formali positive dei diritti – processi appartenenti spiccatamente alla sfera della giurisprudenza «pratica» – che si annida quella pericolosa tentazione a cui si è fatto cenno.

I valori del modello «sociale» oggi di fatto in vigore negli ordinamenti dell'Occidente possono complessivamente considerarsi – da chi aderisce a una teoria dell'etica e della politica insieme razionalistica e storicistica – adeguata espressione dei bisogni di civiltà di quelle società nel periodo storico presente<sup>79</sup>. I seguaci del pensiero neocostituzionalistico ne riconoscono di massima la validità, da un punto di vista di teoria etico-politica generale. Ma essi ne offrono poi, per uno o anche più punti del sistema di quei valori, versioni anche molto divergenti, e persino in conflitto. In materia di costituzione economica v'è chi pone l'accento sulla necessità di un maggior ruolo per il mercato, altri sull'esigenza di un più articolato intervento dello stato. In materia di libertà che attengono alla cultura e alla politica molti patrocinano una loro massima, quasi illimitata espansione; alcuni insistono per l'adozione di

ed anche a grandi fatti storici di controverso apprezzamento. Da un lato v'è chi ritiene che occorra diffondere le istituzioni della democrazia liberale anche con l'impiego della forza fisica e, in ultima analisi, della forza armata. (Si colloca in questa linea, per esempio, il pensiero dei neo-conservatori democratici americani e, sul terreno dell'azione concreta, in sostanza, la invasione americana dell'Iraq nel 2006). V'è per contro chi pensa che, fermo il giudizio di superiorità del modello in generale, non esistono spesso, in paesi non appartenenti al cuore dell'Occidente, le condizioni economiche, sociali e culturali perché gli istituti della democrazia liberale possano essere esportati con successo. Nei loro confronti dovrebbe adottarsi una politica, non rinunciataria, ma di estrema prudenza e di rispetto della logica dei tempi.

Chi scrive è da sempre schierato a fianco di questo secondo atteggiamento: *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Justitia*, 1977, 24 ss., 48 ss.; *Recensione* a P. Biscaretti di Ruffia e G. Crespi Reghizzi, *La costituzione sovietica del 1979*, in *Quaderni fiorentini*, 1979, 363 ss.; *Diritti dell'uomo*, in *Digesto*, IV edizione, Sezione pubblicistica, 3 ss., 27 ss.; *Sistemi giuridici comparati*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VIII, 1998, 44 ss.

<sup>79</sup> Il giudizio può ritenersi ricavabile da una catena estesissima di previ giudizi storico-valutativi, poggiati su dati di esperienza e dipendenti dalla applicazione ai dati dei supremi principi etici della ragione pratica. Questi ultimi pongono la positività in sé di tutte le componenti del pluralistico universo del reale, ma al tempo stesso il dovere, imposto all'azione dalla necessità della scelta, di privilegiare la promozione dei valori collegati alle esperienze e alle esigenze della ragione, sopra altri interessi e istanze, pur di valenza positiva. Il dovere può concepirsi quale impegno a difendere e a far crescere il bene della *civiltà* (inteso come progressiva espansione nella vita dei popoli delle istanze della ragione), nelle condizioni particolari in cui l'azione è chiamata a svolgersi, e dentro gli inevitabili limiti che essa di volta in volta non può non incontrare.

Nelle prospettive di questa teoria etica si può pensare che i modelli politici adottati nella loro storia dagli stati occidentali abbiano rappresentato una conquista di maggior civiltà rispetto ai modelli di cui presero storicamente il posto, e una soluzione superiore rispetto ai modelli che sono stati loro al presente contrapposti. In particolare, il modello democratico liberale, nella sua connotazione «sociale», appare nel complesso il più idoneo a soddisfare le esigenze della civiltà, ai livelli oggi realisticamente raggiungibili da una umanità tuttora per necessità divisa in nazioni.

confini indispensabili per la tutela di altri valori costituzionali. La divergenza è massima nel campo nuovo, che va delineandosi, delle libertà relative alla vita strettamente personale dell'individuo ed ai problemi dell'inizio e della fine della vita. E via dicendo.

I diritti sono gloriose conquiste del lavoro della ragione umana, la quale, cominciando dal Cinquecento, ha fatto dell'individuo il punto di partenza per una corretta impostazione della teoria della conoscenza e della prassi (Cartesio): un individuo, peraltro, portatore di una ragione capace, appunto, di porsi e di risolvere progressivamente problemi di verità e di giustizia. Sul terreno della prassi politica le escogitazioni della ragione per rendere giustizia all'individuo non possono non avere carattere empirico e collegato alle possibilità dei tempi; e la lista dei diritti è dunque comprensibilmente cresciuta attraverso le esperienze dell'età liberale e della presente età sociale; mentre è presumibile che la lista, variando le condizioni storiche, pur ferma – si spera – l'ispirazione filosofica iniziale, subisca variazioni, e anche grosse innovazioni, in futuro.

Il conflitto tra le varie versioni del sistema dei diritti, prospettate dagli adepti della teoria, è dunque naturale e in certo senso fruttuoso. Ma sorgono in proposito, assieme a molti altri, due problemi.

Essendo i diritti concetti normativi di natura storico-empirica, quale che sia la versione del loro sistema che si ritenga la più giusta, la intensità della tutela che dovrà assegnarsi a ciascun diritto nell'ambito di un ordinamento particolare non potrà venire intelligentemente determinata senza tener conto delle concrete condizioni politiche, sociali, economiche, in cui versa l'ordinamento. Questa regola di saggezza e di prudenza non vale solo per gli autori dei testi costituzionali e delle loro revisioni formali. Vale soprattutto per tutti coloro che, dovendo utilizzare le disposizioni del testo come base e metro per le proprie attività, autoritative e non, fanno in realtà vivere le normative della Costituzione, conferendo loro, con decisivi poteri di riplasmazione, un significato di momento in momento concreto. Dunque, l'interprete-applicatore del dato normativo di una particolare Costituzione dovrà darne, secondo la regola, una lettura rispondente, non solo alla logica della concezione dei diritti che egli abbraccia in astratto, ma anche rispondete a quanto può di fatto permettere – a meditato giudizio, secondo giustizia e convenienza collettiva – la situazione particolare in cui i diritti dovranno in concreto operare.

E v'è un secondo aspetto per cui il giudizio politico dell'interprete, collegato alla situazione, deve entrare come elemento necessario nelle sue scelte in materia costituzionale. I diritti sono istituti destinati ad operare attraverso l'azione di organi degli apparati del potere. Può, in taluni ordinamenti, essere opportuno che una protezione forte dei loro contenuti sia assicurata da giudizi di costituzionalità di una Corte che non è esposta alle oscillazioni di prove elettorali. In essi, converrà sì affermi un controllo giudiziario particolarmente

penetrante e a tutto campo. In altri ordinamenti, potrà giovare invece una giurisprudenza costituzionale meno attivista, che lasci maggiore libertà alla legge ordinaria, secondo le regole della democrazia. In talune circostanze, e con riguardo a taluni diritti, un molto ampio potere discrezionale del legislatore può essere addirittura la condizione perché il diritto ottenga alla fine una più efficace realizzazione.

Insomma, la corretta lettura e congiunta applicazione di un dato normativo afferente i diritti presuppone da un lato la adesione alla migliore (presuntivamente) teoria de diritti in generale, ma dall'altro lato anche una meditata, realistica valutazione delle condizioni dell'ambiente specifico in cui l'applicazione avrà luogo e delle modalità che meglio possono servirle: presuppone, in sostanza, *un giudizio politico aggiuntivo di portata particolare ma di portata co-determinante*.

Il pensiero neocostituzionalista può avere difficoltà grandi ad effettuare questo secondo tipo di giudizi di valore. Sono difficoltà che incontrano specialmente quegli aderenti al movimento che credono alla «naturalità» dei diritti, al loro appartenere all'uomo come tale, nella loro integralità, in tutte le situazioni. Per chi pensa così, adeguare il trattamento del diritto, in senso magari fortemente riduttivo rispetto al modello generale, in risposta alle esigenze di una situazione socio-politica particolare, può riuscire per principio inaccettabile. Ma anche il pensatore neocostituzionalista che non sia legato a una rigida filosofia giusnaturalistica tradizionale può essere tratto a respingere ogni proposta di mitigare l'assolutezza dei diritti. Siano pur essi prodotto di una maturazione storica, essi fanno ormai parte di un modello politico giuridico che egli può ritenere si debba far valere, per ragioni di astratta giustizia, di coerenza o quant'altro, senza cedimenti e senza eccezioni. L'estremismo giacobino nella difesa dei diritti può al limite conciliarsi anche con atteggiamenti di confessato scetticismo circa l'ultimo fondamento razionale dei valori. Il relativismo filosofico più rigoroso ed estremo, infatti, non impedisce di assumere con intransigenza le parti di una causa, quando questa abbia conquistato irresistibilmente, per qualche motivo, il nostro cuore. Come sembra appunto accadere oggi a non pochi giuristi che si sogliono collocare tra i neo costituzionalisti, i quali non giurano nell'eternità del diritto di natura, ma, innamoratisi di un particolare sistema di diritti e di valori, o di alcuni specialmente tra essi, ne vorrebbero spinta fino ai limiti estremi la tutela, senza riguardi per le condizioni storiche dell'ambiente e per la possibilità che la loro realizzazione risulti per altri versi troppo gravosa. Risorge in costoro la tirannia della logica rigida del sistema che fu dei grandi maestri dell'illuminismo settecentesco, senza peraltro che di essi si ripeta ora la fede non scalfibile nella Ragione.

La verità è che le tendenze che compongono al presente il movimento del neocostituzionalismo non sembrano così compenstrate dei postulati di un razionalismo storicistico, tutt'insieme sufficientemente razionalistico e

sufficientemente storicistico, da restare di sicuro esenti, nelle operazioni di concreta interpretazione dei testi costituzionali, dal difetto che abbiamo visto viziare l'opera interpretativa di Mortati: dal rischio di piegare le normative di un ordinamento a servire le esigenze di un ideale che si è abbracciato senza misurarne, a parte il valore intrinseco, anche, e seriamente, la compatibilità con le possibilità di fatto della società che ne risulterà regolata.

C. *Le prospettive della scienza costituzionale italiana dopo il superamento della teoria di Mortati.* La prospettiva per essa più probabile è quella di una complessiva assenza, nel corpo delle sue dottrine, di schiette, aperte argomentazioni di natura politica, con congiunte, dichiarate scelte di eguale natura, rese parti integranti del discorso giuridico. Giudizi politici rivolti a valutare quale sia per il presente e per il futuro la linea di sviluppo più concretamente conveniente per l'ordinamento, alla luce dei valori etico-politici che la ragione individua come adatti al momento storico; giudizi politici che, pervenuti a meditate conclusioni, ne impongono per quanto possibile i risultati nella lettura riplasmatrice del dato normativo costituzionale: di tali giudizi – esposti e discussi con franchezza, in quanto vero perno del ragionamento giuridico – difficilmente si troverà traccia nelle future opere dottrinali dedicate all'interpretazione della Costituzione italiana.

Mortati aveva tentato, con la sua teoria, se non di eliminare, di ridurre al minimo la possibilità per l'interprete di un dato costituzionale di risolvere con giudizio politico suo personale e autonomo i problemi di sviluppo del dato che il compito dell'interpretazione apriva. Finito da tempo il legame imposto dal credo giusnaturalistico-idealista ai valori del liberalismo classico, l'interprete (quello legislativo in primo luogo, ma a suo seguito quello giurisdizionale e di rincalzo la dottrina) poteva leggere sostanzialmente ad arbitrio le clausole fondamentali di un testo costituzionale (in Italia, lo Statuto). Mortati proponeva di legare robustamente le mani dell'interprete obbligandolo ad interpretare il dato in funzione dei fini politici prescritti da un dato storico esterno a quello formale, la «costituzione materiale». Altri (la classe dirigente egemone) aveva fissato il contenuto (quale che fosse) della «costituzione materiale», vincolante per l'interprete. Lo spazio per decisivi contributi valutativi di costui veniva in pratica drasticamente ridotto.

I costituzionalisti che alla lezione di Mortati non hanno aderito e sono tornati all'*idea tradizionale positivista* secondo cui l'interprete è legato soltanto al dato normativo formale e non vi sono per l'interprete altri vincoli a questo esterni (il preteso diritto naturale; la pretesa costituzione materiale; o altro), dovrebbero essere di per sé disponibili a riconoscere che la scienza pratica del diritto costituzionale, posta la enorme manipolabilità in sé del dato normativo, deve includere vastissime quote di discussioni politiche e scelte finali compiute dall'interprete tra le possibili alternative offerte; con ripercussioni

decisive sulla concreta lettura del dato. Ma la disponibilità è solo virtuale, perché prevale in questi autori l'idea che la scienza del diritto debba essere una scienza autosufficiente, non condizionata da apporti valutativi d'altra provenienza, al massimo bisognosa di marginali contributi chiarificatori da parte di altre scienze, quando il suo territorio venga a contatto con quello di queste ultime. Si pretende – spesso – che l'autosufficienza sia assicurata da tecniche interpretative neutrali, che consentirebbero di pervenire alle soluzioni uniche valide dei problemi di applicazione del diritto, per tutti i casi, senza intervento di giudizi di valore estranei. Sia questa pretesa effettivamente creduta o no, sta di fatto che lo stile del discorso di questa scuola costituzionale riflette la logica delle sue premesse. Le interpretazioni del dato, e le connesse costruzioni dogmatiche, offerte come uniche valide, sono proposte quasi fossero l'inevitabile conclusione di una apolitica, raffinata lavorazione delle disposizioni del testo.

I seguaci della *scuola neocostituzionalista* non hanno difficoltà a riconoscere che il loro discorso interpretativo si appoggia a valori la cui validità e portata trascende il loro accoglimento eventuale nelle disposizioni di testi costituzionali o di convenzioni internazionali. Questo attuale, largo accoglimento rinforza la causa di quei valori, ma non è decisivo quanto alla lettura da farsi di quelle varie disposizioni. Questa dipende essenzialmente dalla giusta concezione del sistema di quei valori, considerato in sé. La concezione, a sua volta, nel più di questi autori, si determina sulla base di considerazioni astratte e generali e si impone imperativamente nella lettura dei dati normativi, a prescindere da attente valutazioni sulla convenienza di fatto, politica, sociale, economica, dell'impatto che tale imposizione può produrre su una particolare collettività. Si dà, anche in questo caso, un discorso giuridico consistente in prevalenza nell'esame di possibili astratte combinazioni di principi, cui segue, fatta la scelta della combinazione ritenuta più valida, l'applicazione delle sue implicazioni nella lettura del dato normativo come questione soprattutto di coerenza logica.

La polemica tra giuristi positivisti e giuristi neocostituzionalisti è accesa, e ha toccato punte di grande asprezza<sup>80</sup>. Formalmente, essa ruota attorno alla questione del metodo: interpretare adoperando come parametro decisivo i criteri della logica giuridica classica o, invece, interpretare per via di valori. I primi imputano ai secondi di togliere alla scienza del diritto ogni certezza e di consegnarla all'arbitrio puro. I secondi accusano i primi di uccidere con l'uso di vecchie categorie dogmatiche qualsiasi vera intelligenza del diritto attuale. Al di sotto del conflitto rumoroso, il critico crede di poter notare molte

<sup>80</sup> Indice della asprezza della polemica può offrirlo un recente, acceso dibattito tra A. Baldassarre e R. Guastini, originato da una (troppo) radicale condanna pronunciata dal primo a carico dell'intera tradizione culturale del positivismo giuridico, e proseguito sull'onda di una risposta del secondo in cui i gravi limiti di quella corrente di pensiero sono sostanzialmente ignorati. A. Baldassarre, *Miseria del positivismo*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, vol. I, 201 ss.; *Una risposta a Guastini*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3251 ss., e R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1373 ss.



più affinità tra le due scuole di quante esse non sospettino, almeno per due aspetti. In nessuna delle due scuole si perviene ad affrontare *funditus* i veri problemi filosofici della natura della scienza del diritto e delle sue ripartizioni. In entrambe, seppure in misure diverse, v'è una fuga dall'esame del contesto politico circostanziale – nella sua peculiarità italiana, in contrapposizione a possibili, altre esperienze – in cui dovrà inserirsi il prodotto del lavoro interpretativo: in entrambe, in sostanza, prevale una giurisprudenza troppo poco meditatamente e dichiaratamente politica.

Se questo succinto ritratto delle tendenze delle maggiori scuole di pensiero costituzionalistico attive in Italia contiene qualche elemento di verità, allora probabilmente la futura scienza costituzionale in Italia (in quanto interpretazione del testo della Costituzione italiana) sarà nel suo complesso una disciplina molto accademica, molto ferma nel sostenere che i suoi prodotti rispecchiano la volontà oggettiva della Costituzione quale essa è in sé (scopribile con certezza sol che si adotti il giusto metodo per leggerne il testo), molto vicina a pensarsi come *scienza di natura tecnico-cognitiva*.

Come è ovvio tutte le valutazioni critiche esposte in questo saggio hanno come presupposto l'ideale di una scienza del diritto costituzionale – nella sua branca non-storica – di ben diverso carattere: una *scienza di natura pratica*, sicura di sé nei suoi principi supremi fondativi, ma consapevole della crescente problematicità dei suoi elaborati mano a mano che si passa dal generale al particolare nei processi delle sue operazioni interpretative. E consapevole anche del necessario, continuo apporto di responsabili, autonomi giudizi politici da parte dell'interprete nello sviluppo del discorso scientifico. La scienza pratica del diritto costituzionale fa parte della «battaglia per la Costituzione»: della battaglia per promuovere l'affermazione del migliore assetto di una concreta costituzione «vivente».

D. *La dottrina della costituzione materiale rivisitata: Barbera*. In un recentissimo, brillante articolo, denso di pensiero e di cultura<sup>81</sup>, Barbera rivendica la persistente validità della emarginata dottrina mortatiana della costituzione materiale: quando la si liberi di alcune sue iniziali inesattezze e quando si apportino ad essa alcune correzioni e integrazioni. La riedizione della dottrina contiene di certo alcuni importanti miglioramenti; ma dubito che anche nella sua nuova forma la dottrina riesca a liberarsi dei limiti che mi sono apparsi affliggere la sua versione originaria. Vediamo, un po' nel dettaglio, perché.

a) Innanzitutto, le correzioni e le integrazioni.

Barbera propone una sistematica concettuale (apparentemente da utilizzare per l'intelligenza e il trattamento di ogni ordinamento giuridico: ha

<sup>81</sup> A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 311-358.

dunque valore generale) composta di tre elementi: un «ordine costituzionale»; il «testo della Costituzione»; l'«ordinamento costituzionale».

Il concetto di «ordine costituzionale» prende il posto della «costituzione materiale» di Mortati. Consiste in un complesso di fini e di valori che legano insieme una comunità politica, in quanto attorno ad essi si ordinano le forze politiche egemoni, in corrispondenza del resto alle tendenze prevalenti nella società civile. L'«ordine costituzionale» rappresenta la «base materiale sottostante» al «testo costituzionale» (la Costituzione e le leggi formalmente costituzionali) al quale fornisce la necessaria (altrimenti mancante) legittimità. Il testo costituzionale è un «precipitato» dell'«ordine costituzionale», ma non tutte le norme del testo sono espressive di quell'ordine, mentre possono esserlo, in modo talvolta non meno significativo, norme di leggi ordinarie, norme di regolamenti parlamentari, norme di altri ordinamenti recepite nell'ordine interno. L'insieme delle norme che appaiono espressive dell'ordine costituzionale costituisce l'«ordinamento costituzionale» dello stato: il quale – composto da una «rete» di norme costituzional-formali e delle altre norme ora dette – forma il «nucleo» del più ampio ordinamento giuridico, il tronco da cui si dipartono i vari rami di questo. L'«ordinamento costituzionale» determina la forma specifica dello stato e l'identità dell'intero ordinamento. L'energia che lo anima dal fondo e lo sorregge è comunque l'«ordine costituzionale», concepito e definito nel modo che s'è detto.

La sostituzione di uno schema tripartito a quello bipartito di Mortati (costituzione materiale-costituzione formale) comporta varie conseguenze. Il mutamento più importante – a mio avviso – sta nel concetto in parte nuovo di «ordine costituzionale». Esso, rispetto alla «costituzione materiale», di cui prende il posto, non rinnova soltanto la formula lessicale. Mortati – secondo la ricostruzione del suo pensiero che ci è parsa la più esatta – concepiva i valori e i principi abbracciati dalle forze politiche egemoni come un insieme unitario e compatto (meritevole pertanto del titolo, significativo e «reificante», di «costituzione»), il quale, operativo nel momento genetico di fondazione o rifondazione dello stato, ne plasma la costituzione formale e fissa di questa una volta per tutte i pilastri normativi portanti e i principi assolutamente immutabili. La costituzione materiale è dotata di una ferma, sicura stabilità nel tempo, e la costituzione formale va interpretata-attuata alla sua luce, almeno fintantoché una nuova classe politica egemone non imponga un nettamente nuovo assetto di valori e principi «materiali» (realizzi cioè in definitiva una sostanziale rivoluzione). L'«ordine costituzionale» di Barbera – se non mi inganno – è dotato di una natura meno compatta, dai contenuti meno certi, e soprattutto è suscettibile di progressive, graduali mutazioni nel tempo, per effetto di parziali, nuovi orientamenti delle forze politiche e della società civile; mutazioni che non assurgono a un cambiamento radicale delle preferenze politiche fondamentali prevalenti in seno alla comunità (anche se pure questo

può a un certo momento intervenire), ma che presentano a molti effetti, frattanto, una possibile grossa rilevanza. Per cominciare, il concetto di Barbera si espone meno, proprio per la sua maggiore plasticità, alle critiche che, sotto il profilo della dovuta aderenza alla realtà storica, molteplice e fluida, abbiamo rivolto all'artificioso concetto di Mortati. Ma vedremo che la rilevanza si manifesta anche e soprattutto sotto uno speciale profilo pratico.

Ai fini della identificazione della effettiva forma dello stato (e del governo), da effettuarsi in termini descrittivi-oggettivi, Barbera ritiene essenziale utilizzare il concetto di ordine costituzionale per individuare quali norme, pur non dotate di valore costituzionale formale, appaiono rappresentare scelte della comunità di importanza per essa essenziale. In rapporto ai fini politici perseguiti dalle forze politiche e sociali dominanti si spiegano, pertanto, rispettivamente, ad esempio, l'adozione di talune piuttosto che di altre regole per l'interpretazione del diritto in generale; l'adozione di taluni principi nei regolamenti parlamentari anziché di altri (e il mutamento d'essi quando i fini da perseguire vengono mutati); l'adozione di certe leggi elettorali in alternativa ad altre (e il loro abbandono e l'introduzione di nuove leggi quando lo richiede il perseguimento di nuovi fini abbracciati dalle forze egemoni); l'adesione dello stato ad impegni sovranazionali e internazionali che incidono permanentemente e a fondo nei rapporti interni (quando le forze egemoni ritengono che il bene politico della comunità non può realizzarsi senza di essi). E via dicendo.

Il tema di maggiore importanza che Barbera affronta – e comunque quello di maggiore interesse per noi – riguarda però la problematica della interpretazione-applicazione dei testi costituzionali.

Occorre premettere che egli – come Mortati e come in genere tutti i giuristi che non approdano a una concezione integralmente realistica del diritto – non pone con chiarezza la distinzione tra il discorso che persegue fini di oggettiva descrizione di fatti e il discorso che prescrive un certo tipo di condotta – qui nel campo delle applicazioni del diritto – per il futuro; e non tiene separato l'un discorso dall'altro. Il suo discorso appare prevalentemente centrato sull'accertamento di talune, presumibili costanti nei rapporti di fatto che l'analisi storico-politico-giuridica ci presenta, ma scivola poi rapidamente a valorizzare quelle costanti come un bene da apprezzare, come una guida da seguire per il futuro nel lavoro di trattamento a fini pratici del dato, senza darci peraltro, con separata, adeguata argomentazione, le speciali ragioni che giustificerebbero quella sostanziale prescrizione. Lo schema concettuale dei tre elementi proposto da Barbera nasce come teoria esplicativa di processi storicamente intervenuti; ma contiene anche – del resto senza che egli lo neghi o lo voglia nascondere – una congiunta, precisa metodologia per la migliore e più fruttuosa conduzione di processi interpretativi che dovranno intervenire. Questa duplice faccia della teoria è particolarmente visibile nel

trattamento che Barbera fa dei problemi della interpretazione-applicazione dei testi costituzionali.

In breve, egli ritiene che l'interpretazione-applicazione di quei testi avvenga di fatto e di massima in conformità ai valori e ai principi che costituiscono il «credo politico» al momento condiviso dalle forze egemoni – politiche e civili – di un paese. Questa regola viene comprensibilmente più o meno rispettata quando l'interpretazione e l'applicazione viene compiuta da organi politici dello stato nel corso e ai fini dell'esercizio delle funzioni di cui sono titolari. Ma è poi rispettata anche e particolarmente da quell'organo speciale, non direttamente responsabile davanti a corpi politici, che sono le Corti costituzionali: oggi il potere cui dappertutto formalmente spetta di definire in ultima istanza la portata effettiva della Costituzione. Naturalmente, le giurisprudenze costituzionali non riflettono un «ordine costituzionale» fissato rigidamente in via preliminare all'atto di fondazione o rifondazione dello stato. Seguono invece il maturare della coscienza politica della comunità e adeguano ad essa sapientemente le proprie decisioni. Barbera comprova questa osservazione di regolarità con l'analisi dell'esperienza italiana. I fini politici incorporati originariamente nella Costituzione del 1948 si sono col tempo – secondo lui – consolidati nell'opinione e nei sentimenti nazionali, ma si sono anche integrati con altri e arricchiti di nuovi valori. Effetto di questa trasformazione possono considerarsi, per esempio, nella giurisprudenza costituzionale, l'evoluzione degli indirizzi in materia di eguaglianza tra coniugi; la «scoperta» della struttura «aperta» dell'art. 2, la quale permette il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, ignoti in precedenza ma ora voluti dalla prevalente coscienza pubblica; la speciale, manipolativa interpretazione dell'art. 11, che ha permesso l'ingresso dell'Italia nella Comunità europea, ritenuta essenziale per il bene del paese dalla classe politica al potere; l'ammissione della legittimità di alcune consuetudini di autonomia finanziaria degli organi supremi dello stato e la accettazione della pratica obliterazione dell'art. 39, secondo i sostanziali *desiderata* dei dirigenti politici e dei *partners* sociali.

Ma accanto alla osservazione della regolarità di fatto v'è in Barbera la prospettiva di una regola di condotta, di un metodo di interpretazione, da rispettare e da osservare. In breve, le Corti costituzionali dovrebbero informare la loro giurisprudenza (così come del resto i legislatori i loro provvedimenti) a una attenta lettura dell'«ordine costituzionale» esistente al momento (anzi dell'«ordinamento costituzionale» nel suo complesso, con speciale riguardo in esso per le leggi ordinarie più importanti, in quanto rivelatrici in modo indiretto delle più vere tendenze dei valori e dei principi che sono dominanti nella coscienza collettiva). Barbera pone un solo limite formale alle capacità riplasmatica della giurisprudenza costituzionale rispetto alla portata originaria delle norme del testo costituzionale: i nuovi principi da essa elaborati non devono porsi in *diretta* antinomia con *disposizioni puntuali* del testo.

Si tratta peraltro di per sé – almeno ad avviso di chi scrive – di un limite molto debole, posto che tutte le norme di una Costituzione decisive quanto alla composizione della forma di stato e di governo hanno di solito carattere altamente elastico (non sono cioè «puntuali»). Il vero limite alla potenza innovatrice della giurisprudenza costituzionale è dato qui dunque dalla subordinazione metodologica che le è imposta alle implicite direttive condizionanti l'«ordine costituzionale» esistente di fatto.

Barbera illustra con esempi come la sua regola metodologica dovrebbe in concreto operare. La Corte italiana ha fatto bene a ravvisare, nelle pieghe del testo della Costituzione, il diritto alla vita del nascituro assieme al diritto della donna all'aborto (da conciliare); ma per il riconoscimento del diritto di ciascuna persona a porre termine discrezionalmente alla propria vita la coscienza sociale non sarebbe ancora matura. La Corte ha giustamente stabilito che esistono nella Costituzione limiti insuperabili anche attraverso l'utilizzo di ammessi procedimenti di revisione; ma per la individuazione degli «intangibili principi costituzionali supremi» la Corte non potrà ricorrere a vaghe speculazioni ideologiche, e dovrà ispirarsi al nucleo essenziale dei valori condivisi dalle forze politiche che sono le «portatrici della costituzione». La riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001 ha ridistribuito in modo pasticciato i poteri tra lo stato e le regioni; la Corte è intervenuta in maniera creativamente incisiva, risistemando la distribuzione nel modo che solo in pratica avrebbe potuto essere conforme ai più veri valori del credo delle forze politiche che sostengono la Costituzione.

Nell'articolo, Barbera, con garbo ma con decisione, critica le teorie del movimento neocostituzionalista. Il loro primo torto è porre alla base dell'ordinamento costituzionale non i valori voluti dalle forze dominanti in una data società, ma quelli di una pretesa superiore moralità o comunque quelli corrispondenti ai diritti dell'uomo ormai divenuti un riconosciuto patrimonio comune di tutti i popoli. Il secondo torto deriva dal primo. Avendo attribuito un'importanza eccessiva ai diritti, quelle teorie spingono le Corti costituzionali a invadere aree di spettanza del Legislativo, il che, in stati retti secondo democrazia, significa oltretutto una non apprezzabile compressione del principio democratico.

b) La nuova versione della teoria materiale della costituzione possiede a mio avviso un vero merito rispetto a quella originaria. Essa sposta ai fini metodologici del discorso costituzionale interpretativo il punto di riferimento «materiale» dal momento iniziale fondativo del processo costituzionale al momento contemporaneo. Le direttive a cui l'attuale interprete dovrà ispirare la sua elaborazione del dato normativo testuale non si traggono dai valori di una classe dirigente del passato ma da quelli che valgono per la classe presente, dotata di una sensibilità politica cresciuta coi tempi nuovi e più adatta, verosimilmente, ai bisogni che sono loro propri. Lo spostamento comporta al-

meno due vantaggi. L'interprete-applicatore potrà – anzi, per quanto sembra dovrà – tener conto, nella sua lettura del testo, dei mutati atteggiamenti delle forze dominanti riguardo a forma di stato e di governo (mutati atteggiamenti magari già chiaramente risultanti da norme in vigore come parti del complessivo «ordinamento costituzionale»); almeno fino al punto in cui la conformazione ai nuovi valori non gli sia inibita da puntuali (cioè specifiche) disposizioni del testo stesso. Un largo, opportuno spazio per riplasmazioni informali innovative della Costituzione. Il secondo vantaggio riguarda la rimozione della pressione che nella versione originaria gravava sul costituzionalista in veste di storico: in questa veste, egli era irresistibilmente tratto ad attribuire ai fondatori del sistema costituzionale valori che rispondevano a quelli, a lui cari, che gli servivano per la sua opera interpretativa-pratica: in tal modo falsificando, però, i fatti della genesi del sistema. Questa pressione non esiste più per il costituzionalista nella versione attuale: egli non ha bisogno di dipingersi una storia artefatta di quella genesi per costruire una lettura del testo rispondente ai suoi orientamenti politici. (E il vantaggio si vede in concreto con riguardo alla storia del particolare caso italiano. L'interpretazione che Barbera dà del significato originario della Costituzione del 1948, delle forze politiche che allora stavano dietro ad essa – e di quelle che veramente non vi stavano –, nonché dell'evoluzione che nel tempo ha subito il sistema, rassomiglia molto più alla probabile verità di quella a suo tempo prospettata da Mortati; anche se è ancora ben lontana dal coglierne per intero la sostanza).

Detto del merito, a me pare però che gli altri limiti denunciati con riguardo alla versione originaria si riproducano sostanzialmente anche per questa emendata e nuova. L'«ordine costituzionale», come insieme di valori condivisi di fatto dalle forze dominanti, e da considerarsi la «base della Costituzione», è concetto meno impegnativo della «costituzione materiale» di Mortati (anche il nome conta), ma anch'esso tende a oscurare le frazioni normalmente esistenti di fatto nel corpo sociale quanto ai valori politici da sostenere e difendere. Appanna in conseguenza l'entità dei fenomeni normalmente in corso della «lotta attorno e per la Costituzione», e restringe, sul terreno descrittivo, la cerchia delle rilevanti prese di posizione nel campo dei soggetti chiamati ad applicare la Costituzione (inclusi di regola anche di quelli con funzioni giurisdizionali: i quali – giova ripetere – hanno sempre partecipato e partecipano a quella «lotta», contribuendo, con la loro opera più o meno innovativa – o polemicamente conservatrice – a determinare i ritmi di evoluzione continua delle forme di stato e di governo, quali la storia di tutti gli ordinamenti moderni ci ha posto davanti agli occhi). La teoria appare dunque insoddisfacente come rappresentazione generalizzante – con pretese di obiettività – di fatti storici accaduti ed accadenti nel vasto e diverso corso dei tempi. Ma ancora più inadeguata essa sembra sotto il profilo (che è poi quello a cui essa probabilmente di più tiene) di strumento concettuale

offerto agli applicatori delle Costituzioni perché essi svolgano al meglio le loro attività.

Il suggerimento offerto a chi deve interpretare ed applicare testi costituzionali di attenersi agli indirizzi emergenti dall'«ordine costituzionale» esistente nella comunità (addirittura come eventualmente rivelato dal più largo «ordinamento costituzionale») è, in quanto canone di teoria metodologica, nella sua generalità, inaccettabile. Barbera non lo vorrebbe seguito – sono sicuro che non lo vuole – dagli operatori del diritto costituzionale in ordinamenti non democratici o comunque caratterizzati da una classe dirigente con fede politica illiberale e anti democratica. Ma, nella sua crudezza, il canone non è accettabile neanche con riferimento alle situazioni degli attuali ordinamenti di solida democrazia occidentale.

Nel corso delle lotte politiche che animano la vita delle comunità democratiche non è detto che il sistema dei valori attorno al quale al momento si raccolgono le forze politico-sociali maggioritarie (o sembra si raccolgano) corrisponda a ciò che è giusto e conveniente per la comunità. E chi è responsabile nella propria sfera di azione (o di consiglio) della interpretazione-applicazione di un dato normativo costituzionale non deve – e più ancora non può – sottrarsi al compito di formare preventivi giudizi di valore circa la bontà – tra l'altro – di quei presunti orientamenti delle forze maggioritarie, che si vorrebbero muniti di potenzialità direttive. In sede di giudizio storico il costituzionalista può eventualmente constatare come un fatto che, al momento, le operazioni di un sistema normativo sono per lo più ispirate alla realizzazione di valori che sono voluti da forze dominanti. Si può, se si vuole, chiamare quei valori la «base» del presente ordinamento costituzionale: nel senso che certi valori, collegati al testo della Costituzione, godono del supporto della maggioranza, non solo dei governanti ma anche in ipotesi dei governati, ed è questo supporto che garantisce, al momento, la più o meno ferma solidità delle istituzioni. Ma questa affermazione, di per sé, costituisce un mero giudizio di fatto: fa parte di quella branca della scienza del diritto che mira alla pura ricostruzione storica di una realtà giuridica esistente. Perché l'affermazione si traduca in un motivo d'azione occorre che sopravvenga un autonomo giudizio di valore dell'agente, che a quei valori – fin lì accertati come meri fatti – attribuisca, appunto, valore. *Solo che non è razionale accogliere come principio generale controllante il principio per cui l'opera interpretativa (a fini applicativi) del dato normativo costituzionale dovrebbe sempre adattarsi a mera, fedele esecutrice di un insieme di valori voluti da altri, elevati a incondizionata guida autoritativa.* Vediamo perché.

La filosofica constatazione che il vero, ultimo Grund, il quale conferisce forza di dover-essere, o di guida operativa per l'azione, a quel qualunque insieme di norme o principi o valori o direttive che si voglia, coincide ineludibilmente con un autonomo, priore e superiore giudizio di valore dell'operatore,

che si accinge a mandarli ad effetto e li assume all'uopo come vincolanti, rende vincente in assoluto il punto di vista dei neocostituzionalisti, e rende vincenti, almeno con riguardo alla fase storica in cui versano i nostri maturi ordinamenti contemporanei, i metodi interpretativi da essi patrocinati. Se si concede quell'incontestabile vero, l'opera di «interpretazione-per-l'applicazione» di un testo costituzionale è logico si inquadri in una visione di valori, utilizzata come guida per l'intero lavoro, tanto più pregevole quanto più razionalmente articolata. Ciò che risulta logico in base a una corretta concezione del processo interpretativo-attuativo delle normative costituzionali è del resto un evento che trova diretti riscontri – anche se spesso non in aperta luce – nella storia di tutte le grandi dottrine giuridiche e di tutte le grandi giurisprudenze costituzionali. L'analisi degli storici ha facilmente rivelato quali fossero le ispirazioni ideali, di tipo etico-politico, che operavano a monte, con forza determinante, nelle maggiori manifestazioni di quelle esperienze giuridiche-costituzionali; di quali profonde concezioni filosofiche si siano sempre nutrite, per animare la loro opera, le più illustri figure della cultura costituzionalistica dei paesi occidentali. Ed è congruo che di queste premesse ideali, che presiedono al loro lavoro, i costituzionalisti facciano oggi aperta dichiarazione. Quali che fossero in passato le possibili, parziali giustificazioni del silenzio mantenuto attorno ad esse (lo imponeva la sistematica concettuale positivistica, che si spacciava come politicamente neutrale, in realtà fornendo lei una premessa di tipo politico; lo rendeva più facile la stessa struttura lineare e semplice del sistema legislativo del modello liberale di stato), attualmente la consapevolezza che ogni opera di interpretazione-applicazione della Costituzione affonda necessariamente le sue radici in un humus etico-politico ci appartiene come conquista consolidata; mentre la composizione complessa, mutevole e aperta verso l'esterno degli odierni ordinamenti degli stati interventisti mette di per sé inequivocabilmente in luce gli ampi spazi che per forza debbono essere riempiti dall'opera integratrice di una giurisprudenza politicamente creativa. In queste condizioni, è manifesta l'esigenza che quelle premesse entrino a far parte esplicitamente del discorso giuridico e dei suoi processi di costruzione sistematica. L'esigenza si fonda principalmente su due motivi. In primo luogo la presentazione esplicita di quelle premesse consente una analisi critica delle loro validità, sotto tutti i rispetti: coerenza interna delle loro articolazioni e rispondenza d'esse ai dettati di una ragione che sa tener conto della storia e dei suoi ritmi di evoluzione. In secondo luogo, la esplicita presentazione del sistema di valori ideali al quale si informerà l'opera di interpretazione serve a conferire un metro per impostare in modo coerente la massa enorme di particolari giudizi di valore ai quali, nello sviluppo di quell'opera, l'interprete sarà inevitabilmente chiamato. Non può infatti ignorarsi che la massa di quei giudizi, mai eliminabile per intero in nessuna condizione, è di molto quantitativamente cresciuta – come s'è accennato – nelle circostanze degli ordina-



menti attuali. Dunque, una ragione speciale in più perché la coerenza interna di quell'insieme di molteplici giudizi sia in qualche modo preordinata, e sia controllabile. Lo richiede il valore dell'unità sistematica del prodotto finale dell'interpretazione.

Ora, il difetto in radice della teoria di Barbera (come di quella di Mortati) consiste nel mancato, franco riconoscimento del fatto che il rinvio all'«ordine costituzionale» (come quello alla «costituzione materiale»), per la corretta impostazione dell'opera interpretativa del testo costituzionale, è, in essenza, un *giudizio di valore*: il primo, fondamentale giudizio di valore, condizionante la costruzione dell'intero sistema, finale prodotto della interpretazione. Il difetto si allarga poi, per Barbera (con conseguenze peraltro meno serie che nel caso di Mortati), a causa della scelta da lui fatta dell'oggetto del rinvio: i valori fondamentali condivisi al momento dalle classi dirigenti del paese. Come è accaduto con Mortati rispetto alla «decisione» o «patto costituzionale» iniziale, *l'identificazione dei contenuti valoriali dell'«ordine costituzionale» non può in realtà farsi senza una selezione tra valori: la quale, però, non ammessa come tale e pretendendosi mero giudizio o accertamento di fatto, non è soggetta a una aperta discussione sotto il profilo della relativa validità valoriale del risultato*. Infine, poiché il rinvio è postulato come buono per qualsiasi ordinamento – Barbera presenta la sua come una «teoria generale» –, a prescindere dalla sua sicura inaccettabilità con riguardo a ordinamenti non democratici, esso si traduce in pratica, tendenzialmente, nei sistemi delle democrazie, in invito rivolto a tutti gli interpreti della Costituzione – se occorre interpretare in base a valori condivisi dall'intera classe dirigente – a non impegnarsi in applicazioni che già non trovino larghezza di solidi consensi collettivi. Si risolve, in particolare, in *un invito alle Corti costituzionali a rifuggire da ogni sorta di autonomo «attivismo» (di qualsiasi specie) nelle loro «letture» della Costituzione*.

Quest'ultima particolare, importante direttiva metodologica non è condivisibile, appunto, nei termini di generalità in cui viene presentata. La storia delle Corti costituzionali è costellata da episodi di grande, incisivo attivismo giudiziale. Lo è quella della Corte americana, in molte delle sue fasi. Lo è quella della attuale Corte tedesca; lo è quella della Corte di Giustizia europea, fin dalla sua nascita; e via dicendo. L'attivismo giudiziale si è spiegato a volte per resistere all'affermarsi di tendenze legislative, appoggiate da grandi maggioranze di élites e popolari; a volte per promuovere energicamente l'affermarsi di valori politico giuridici che stentavano a farsi strada nell'ordinamento, per i quali le élites e le masse non avevano sensibilità. Nel quadro del presente modello democratico-sociale degli ordinamenti occidentali, le Corti costituzionali svolgono un ruolo indispensabile di autonoma iniziativa politica, accanto ad altri Poteri dello stato: un ruolo collegato alla gestione del testo costituzionale, il quale rappresenta il necessario, vincolante punto

di partenza della loro opera, che però può venir largamente manipolato nei suoi significati secondo indipendenti giudizi di convenienza politica. La divisione dei poteri adatta al modello richiede, per il migliore, equilibrato funzionamento del sistema, l'esistenza di questo speciale Potere, non soggetto a prove elettorali e pur dotato di una consistente, incisiva funzione politica, da esercitarsi a discrezione. La funzione può essere esercitata «attivisticamente» o con «moderazione», più o meno grande: la bontà della scelta dipende dai tipi dei valori promossi e dalle situazioni. La scelta dovrebbe farsi in rapporto alle possibilità concrete di difendere, o di far avanzare, nelle circostanze, i complessivi *livelli esistenti di civiltà*.

Collocata in questa prospettiva, la polemica di Barbera contro le tecniche di interpretazione sistematica adoperate dai neocostituzionalisti non è giustificata. Costoro partono in genere abbracciando qualche teoria dei diritti fondamentali – comportante ciascuna una certa composizione degli stessi e dei rapporti tra loro –, sul presupposto che essi costituiscono il «valore». Rinforzano potentemente questo presupposto valoriale avvalendosi del metodo della comparazione giuridica, la quale pone in luce la grande diffusione del modello dei diritti fondamentali (sia pur attuato in diverse versioni) presso tutti gli ordinamenti democratici occidentali. Il presupposto è accompagnato dalla (giusta) persuasione che il modello corrisponda a obiettive esigenze di giustizia e di convenienza, secondo alcuni valide in assoluto o per ogni tempo e luogo, secondo altri (i più) legate al grado di alto sviluppo civile raggiunto fortunatamente dalle nostre società. Il ragionamento dei neocostituzionalisti procede poi a «leggere» i contenuti del sistema dei diritti prescelto nelle particolari, plastiche disposizioni dei vari testi costituzionali in qualche modo afferenti alla materia.

Per questa via viene dato in mano agli interpreti-applicatori delle Costituzioni – e soprattutto, naturalmente, alle Corti costituzionali – lo strumento per impostare e imporre (o tentar di imporre) una «lettura» del testo costituzionale che non sia di principio solo secondatrice – come vorrebbe la metodologia di Barbera – dei valori ideali già consolidati in comune patrimonio delle coscienze delle classi dirigenti degli stati di cui si tratta. Dottrina costituzionalistica e Corti costituzionali potranno legittimamente, con quelle armi, se lo credono giusto e produttivo, «giocare all'attacco»: attaccare resistendo alle tendenze detratte dei livelli di protezione dei diritti (o di certi diritti) impadronitesi dell'animo di élites e di masse, disposte a decadere da livelli civili già raggiunti; ovvero attaccare propugnando l'adozione di più alti livelli di protezione, cui riluttano élites e masse, insensibili nei confronti di valori che andrebbero invece riconosciuti.

Come è ovvio, e come s'è già detto sopra, la validità della scelta dell'«attacco», in questa o nell'altra direzione, nonché dell'eventuale alternativa del semplice e prudentiale «stare surplace», dipende da quanto la ragione – per

chi crede in essa – suggerisce in rapporto alla qualità del particolare sistema dei diritti prescelto e alle peculiari situazioni – diverse da stato a stato – alle quali il sistema dovrebbe applicarsi. Si tratta di consapevoli giudizi di valore e di conseguenti decisioni politiche almeno due volte collegati a considerazioni e a valutazioni di carattere storico: considerazioni e valutazioni storiche di ordine generale e considerazioni e valutazioni storiche di ordine particolare, e, a volte, giustamente molto particolare.

In relazione a queste ultime, si potrebbe osservare che nella metodologia proposta da Barbera il rinvio suggerito, per l'interpretazione, agli orientamenti valoriali delle classi dominanti risponde a una logica vicina a quella per cui qui si richiede che nella lettura delle disposizioni costituzionali si tenga conto, assieme a valutazioni storiche generali, anche delle condizioni speciali in cui si trova la società alla quale la Costituzione, opportunamente riletta, deve applicarsi. La prossimità delle due logiche c'è, ma è solo superficiale e, in fondo, solo apparente.

La logica di una ragione storicistica richiede che di un sistema di diritti (o, più in generale, di principi costituzionali), buono in genere per un certo tipo di ordinamenti in una certa epoca storica, occorra valutare la congruità piena rispetto ad alcuni ordinamenti particolari del gruppo, procedendo, all'occorrenza, ad adattamenti, anche sostanziosi, in certi casi, nella applicazione del sistema ad essi. Nella valutazione della possibile opportunità dell'adattamento entra di certo in gioco la considerazione degli orientamenti prevalenti delle classi dirigenti del paese coinvolto: potendo quegli orientamenti, se contrari a soluzioni che in astratto la ragione suggerirebbe, influire, in un senso o nell'altro, sulle scelte definitive da prendere; potendo, se invece favorevoli, fornire un supporto aggiuntivo e rinforzante. La conoscenza di quegli orientamenti svolge un ruolo condizionante, rispetto alle definitive scelte interpretative dei soggetti coinvolti nell'applicazione della Costituzione: di essi è opportuno, in un calcolo che deve soppesare tutti i fattori in gioco, tenere in qualche modo conto. Così come è certamente opportuno valutare – sulla base dei dati caratterizzanti la situazione – anche quanto spazio libero convenga lasciare ai Legislativi democratici per la gestione delle discipline attuative dei diritti e delle altre materie di interesse pubblico: rimettersi ad essi, può essere talvolta la soluzione migliore.

Nella metodologia di Barbera il ruolo di quegli orientamenti è invece di principio obbligante: essi rappresentano l'«ordine costituzionale», al quale si deve adattare l'interpretazione della Costituzione.

Alle fondamenta dei due diversi approcci metodologici sta una differenza essenziale. Per la metodologia di un neocostituzionalismo razionalista e storicista l'attività di applicazione-attuazione (previa interpretazione) della Costituzione è *attività intrinsecamente e ineludibilmente politica*, poggiante su *preliminari giudizi di valore etico-politici*. Nell'epoca storica presente risponde alle

esigenze di una buona forma di stato e di governo che questi autonomi giudizi abbiano ampio campo per consapevolmente svilupparsi, e così, attraverso la dinamica delle varie, distinte posizioni, contribuire creativamente alla evoluzione degli ordinamenti costituzionali.

Nella metodologia che punta sulla «materialità» degli assetti costituzionali (quella di Mortati, ma anche quella di Barbera) il carattere intrinsecamente politico – di autonoma scelta politica – dell'atto da cui prende avvio tutta la attività interpretativa-applicativa di un testo costituzionale (cioè tutta la sua vita concreta) rimane come minimo nell'oscurità – se pur non ne è sostanzialmente negato -. In ogni caso, la invocazione della «base materiale» del sistema, da utilizzare nelle prassi interpretative – un dato assunto come un fatto e come un fatto storicamente accertabile nella sua precisa consistenza –, è intesa a ridurre per quanto possibile il ruolo dei liberi giudizi di valore nell'ambito di quelle prassi. In realtà, la esclusione, e nemmeno una sostanziale riduzione di quei giudizi è davvero effettuabile. Essi rimarrebbero sempre in gioco, ma orientati arbitrariamente, secondo le direttive di quel metodo, in una direzione sola, rigida. Senza potersi mettere oltretutto in aperta discussione la validità politica di quella prescritta direzione.

Il tentativo di eliminare radicalmente i giudizi politici dalle attività di interpretazione-applicazione del dato normativo positivo è stato compiuto in forma sistematica dal positivismo classico. La conoscenza del sistema creato dalla legge doveva concepirsi e realizzarsi come pura scienza cognitiva di un fatto, integrata da operazioni di costruzione e deduzione logica idonee a realizzare neutralmente la necessaria completezza del sistema. In pagine precedenti s'è accennato in funzione di quali valori politici di fondo il tentativo fu compiuto. Fu un tentativo a suo modo grandioso, il quale operò a fini indirettamente opposti ad alcuni valori irrinunciabili della civiltà europea, pur promuovendone altri per altro verso apprezzabili. Comunque, l'epoca in cui esso poteva avanzare qualche pretesa di effettiva realizzabilità è tramontata, perché lo stato ha cessato d'essere lo stato dalle poche leggi e dagli apparati burocratici limitati.

Le teorie che si appellano alla «materialità» dei sistemi costituzionali, per proporre una propria distinta metodologia interpretativa (Mortati, Barbera), appartengono all'età dello stato «sociale» e rappresentano, in più di un senso, un passo avanti rispetto alle posizioni del positivismo classico. Ma sopravvive in esse un residuo sostanzioso di positivismo, che impedisce loro di abbracciare fino in fondo una concezione integralmente realistica del diritto e di riconoscere in conseguenza che la scienza del diritto si risolve, da un lato, in conoscenza storica del come le norme sono state concretamente intese e applicate nel corso del passato e in funzione di quali valori, e, dall'altro lato, in rielaborazione interpretativa e costruttiva, da farsi con politica saggezza e in funzione di giusti valori, delle norme stesse in sede di loro

prossima attuazione. Non esiste un *genus* di trattamento scientifico del diritto che permetta di costruire intelligentemente a fini applicativi il sistema delle norme senza passare per un preventivo, determinante ventaglio di validi e storicamente adeguati giudizi politici di valore. A individuare il quale devono impegnarsi, con serietà e scrupolo, coloro che vogliono fornire la più giusta e conveniente interpretazione, da mandare ad effetto, della Costituzione del proprio paese.

