

La crisi dello Stato liberale di diritto*

Una premessa necessaria. Nell'avvicinarmi alle problematiche di questo convegno ho avuto modo di leggere il saggio di Ferdinando Mazzarella, straordinariamente ricco nell'esaminare la letteratura giuridica europea tra Otto e Novecento sulla crisi dello Stato. Non saprei fare di meglio. E dunque non proverò neppure a integrare quell'analisi. Vi rinvio anzi senz'altro, per tutti coloro che vogliano conoscere dall'interno della cultura giuridica europea come matura l'idea, tra Otto e Novecento, che lo Stato stia divenendo, o magari sia già divenuto, una realtà problematica, cui è riferibile la dimensione della "crisi". Tenterò piuttosto un'altra via. Poiché lo stesso Mazzarella adopera fin dal titolo del suo saggio il concetto di *Stato liberale di diritto*, cercherò prima di tutto di fornire a questo proposito qualche chiarificazione di ordine concettuale.

Iniziamo con un primo tentativo di definizione. Per "Stato liberale di diritto" intendiamo la forma di Stato dominante in Europa in età post-rivoluzionaria, nel tempo compreso tra la Rivoluzione e la metà del secolo scorso. Se il *dies a quo* è chiaro, la Rivoluzione, il *dies ad quem* necessita di due parole di spiegazione. Noi riteniamo che all'incirca alla metà del Novecento, con le nuove Costituzioni democratiche, come quella italiana del 1948, si sia aperta una nuova fase, caratterizzata da un processo di notevoli trasformazioni costituzionali, di profondità tale da produrre un vero e proprio mutamento della forma di Stato, costruttivo di una nuova forma, che non pochi oggi chiamano "Stato costituzionale". In questo senso, lo Stato liberale di diritto è una forma di Stato la cui esperienza storica pare aver raggiunto già da tempo il suo apice. Ma poiché il nostro agitato presente nasce dalla crisi progressiva di quella forma, pare opportuno conoscerla e definirla.

* Il testo riflette la relazione orale tenuta a Palermo lo scorso 6 maggio 2011 nell'ambito del convegno dedicato a *Crisi dello Stato e del principio di legalità? Lo Stato nel diritto contemporaneo*. La mia partecipazione al convegno era stata sollecitata anche in forma di commento al paper presentato da Ferdinando Mazzarella, dedicato a *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*. Nell'elaborare la relazione si è tenuto conto di una nostra recente ricerca sulle dottrine della Costituzione in senso materiale: M. Fioravanti, *Las doctrinas de la constitución en sentido material*, in "Fundamentos", 6, 2010, pp. 425-38.

Lo Stato liberale di diritto ha certamente una prima matrice, di stampo rivoluzionario. La ritroviamo in modo immediato e limpido negli articoli della Dichiarazione dei diritti del 1789 dedicati alla materia che potremmo definire politica. Prima di tutto il terzo, che così recita: «La sovranità appartiene alla nazione. Nessun corpo, nessun individuo, può esercitare un'autorità che da essa non emani espressamente». Come ben si vede, i rivoluzionari non sono preoccupati di definire in positivo che cosa sia, o debba essere, la nazione come soggetto cui la sovranità è attribuita. Appena nominata la nazione, la prima esigenza che nasce non è infatti definire la sua composizione – come faranno i giacobini nel 1793 scrivendo che il popolo è «l'universalità dei cittadini viventi» – ma piuttosto fissare dei divieti: «nessun corpo, nessun individuo», guardando indietro alla realtà dell'antico regime. L'individuo è il monarca che è conservato ma a condizione di non esprimere più una potestà propria, diversa da quella della nazione, i corpi sono quelli cetuali, cittadini, feudali, privati finalmente dei poteri d'*imperium*, del potere d'esigere le imposte, di chiamare alle armi, di amministrare la giustizia. Insomma, il principio politico primario della Rivoluzione non è il principio democratico, che pure comparirà ovviamente nella Dichiarazione, ma successivamente. La sovranità interessa non perché garantisce la presenza del popolo sovrano, ma perché garantisce in primo luogo una forma politica inattaccabile da parte delle volontà particolari, siano esse di stampo feudale o cittadino, o anche monarchico. E poiché quelle volontà dominavano nel mondo dell'antico regime, ne consegue, per contrappunto, che il segno del moderno è dato dal contrario, ovvero dal determinarsi della volontà sovrana in forma generale e astratta.

Qui è la prima radice dello Stato liberale di diritto. È quella forma di Stato che persegue l'ideale della *generalità* e dell'*astrattezza* nella determinazione delle sue manifestazioni di volontà sovrana. Lo persegue prima di tutto perché esso è il segno del moderno, perché le eccezioni, le deviazioni da quell'ideale, rappresentano altrettanti ritorni indietro, alla dimensione del privilegio, che contrassegnava l'antico regime. Lo si comprende ancora meglio leggendo un altro articolo della Dichiarazione, il quinto, che così recita: «Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina». Che si collega strettamente al terzo, perché insieme al terzo nega la possibilità di sovranità particolari che possano essere capaci di vietare, o d'impedire o di costringere o di ordinare, qualcosa agli individui, che ora sono liberi, nel senso di soggetti a una sola volontà sovrana, quella della nazione espressa in forma di legge, in forma generale e astratta. Dunque, *principio di uguaglianza* nel senso di uguale sottoposizione di tutti alla medesima legge, e *presunzione generale di libertà* sono gli ingredienti originari dello Stato liberale di diritto.

Non tutto però è così lineare. C'è anche un rovescio della medaglia, che dobbiamo ora esplorare. È contenuto nella frase di apertura dell'articolo sesto

della nostra Dichiarazione: «La legge è l'espressione della volontà generale». Che è come dire: se la legge esiste è perché la volontà generale su quel punto è riuscita a prevalere sulle volontà particolari, altrimenti non si sarebbe fatta la legge. Laddove ancora dominano le volontà particolari, non c'è alcuna legge; laddove, al contrario, si è affermata la volontà generale, si ha finalmente la legge. Ma allora, questo significa che nel sistema della Dichiarazione dei diritti, alle origini dello Stato liberale di diritto, vi sono due presunzioni: non solo la presunzione generale di libertà, ma anche la presunzione di legittimità a favore della legge. È ciò che i rivoluzionari fermamente credevano: che la legge fosse legittima per il fatto stesso di esistere, poiché, se è venuta a esistenza, essa non può non contenere la volontà generale. Da qui, un'estrema difficoltà, in questo sistema, a contrastare con mezzi legali la legge, ad esempio a introdurre il controllo di costituzionalità, che sarà invece essenziale nella costruzione successiva dello Stato costituzionale. Un punto di contraddizione, dunque, nella matrice rivoluzionaria del nostro Stato liberale di diritto. Già in quella matrice la legge non è solo strumento di uguaglianza e di garanzia. È anche, e nello stesso tempo – e forse non è una contraddizione, ma semplicemente il rovescio della medaglia – espressione di sovranità, portatrice di una forza difficilmente contrastabile.

Tuttavia, lo Stato liberale di diritto non è certo tutto qui. Esso risulta piuttosto – come ha mostrato bene Mazzarella nel suo contributo – da una successiva rielaborazione ottocentesca di questa matrice rivoluzionaria. Allo Stato di diritto ricavabile dai principi della Rivoluzione mancava, infatti, per motivi fin troppo intuitibili, una componente che sarà d'importanza strategica per lo Stato liberale di diritto del XIX secolo, che è la componente di ordine storico. Da questo punto di vista, la nostra forma di Stato avrà la sua ulteriore base nella reazione di stampo storicistico al giusnaturalismo e al contrattualismo dell'età rivoluzionaria. Il mondo liberale, dopo la Rivoluzione, intendeva infatti cancellare la dimensione del potere costituente, promuoveva l'idea di un progresso costante ma moderato, si voleva sbarazzare dell'idea stessa del «fare – e rifare – la Costituzione», e perciò riaprì, contro l'instabilità generata dalla Rivoluzione, in funzione di sicurezza e di stabilità, il discorso sul fondamento storico-materiale della Costituzione medesima, alla ricerca di una base solida, non meramente contrattuale, per lo Stato liberale di diritto. Esaminiamo ora questa ulteriore componente della formula dello Stato liberale di diritto.

Partiamo da una definizione nota della Costituzione, formulata al culmine dell'età dominata dal positivismo giuridico. È quella di Georg Jellinek nella sua opera principale, la *Allgemeine Staatslehre*, data alle stampe proprio all'inizio del XX secolo, nel 1900: «La costituzione dello Stato comprende i principi giuridici che designano gli organi supremi dello Stato e stabiliscono il modo della loro creazione, i loro reciproci rapporti, la loro sfera di azione, e inoltre la posi-

zione fondamentale dell'individuo di fronte al potere statale»¹. Qui, il positivismo dominante sembra essere giunto a un punto fermo, assolutamente centrale: la Costituzione esiste semplicemente perché esiste lo Stato, di cui essa regola gli organi, le loro reciproche relazioni e dunque la forma di governo, i modi della loro attività, e infine, da ultimo, i limiti che sono posti a tale attività, dai quali si ricava lo spazio libero in cui si affermano i diritti degli individui. È dunque la Costituzione a dover presupporre lo Stato, e non viceversa. Prima dello Stato non può esistere alcuna Costituzione, né formale, né materiale.

Tutto sembra chiaro, ma non è così. Proprio perché il *prius* è lo Stato, diviene infatti decisivo affrontare in un certo modo il problema delle sue origini. Se alle origini dello Stato dovessimo trovare una nuda volontà politica, un potere costituente, un contratto tra gli individui più o meno facilmente rescindibile, tutto il sistema del *Rechtsstaat* ne sarebbe compromesso, scoprendo di essere edificato su basi fragili, del tutto instabili. Più nello specifico, ne uscirebbero gravemente compromessi gli stessi diritti degli individui: se il loro fondamento è nell'autolimitazione dello Stato sovrano, secondo il noto schema jellinekeano della *Selbstverpflichtung*, e se tale atto è pura espressione di volontà, come non pensare che quella volontà possa essere successivamente altrettanto liberamente revocata? Ma allora, su che cosa si fondano in ultima analisi i diritti degli individui? Si può davvero concludere, in piena età liberale, che i diritti non sono altro che *Reflexrechte*, ovvero il mero risultato di un atto espressivo della volontà, e della sovranità, dello Stato?

La risposta all'ultima domanda non poteva essere altro che negativa. Il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato, per essere all'altezza del proprio tempo, per rispondere alla domanda di autorità e di stabilità, ma anche, e parallelamente, alla domanda di riconoscimento dei diritti degli individui, entrambe proprie dell'età liberale, doveva necessariamente costruire un'immagine della sovranità dello Stato di stampo non volontaristico, tale da svolgere una funzione sostanzialmente rassicurante. Si doveva perciò necessariamente pensare a una sovranità storicamente determinata, espressione di un *ordine giuridico* di carattere oggettivo, su cui si fondavano, insieme a quella sovranità, gli stessi diritti degli individui. È dunque lo stesso positivismo giuridico di stampo statualistico, proprio al culmine della sua parabola, ad aver bisogno di un fondamento storicistico, e insieme a questo della presupposizione di un ordine giuridico in qualche modo più ampio, e anche più risalente, rispetto all'ordine determinato dalle leggi dello Stato. In altre parole, il secondo, ovvero l'ordine dato dalle leggi formalmente vigenti, valeva ed era espressione di sovranità, in quanto rifletteva il primo, ovvero l'ordine dato dal diritto positivo storicamente fondato.

1. G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it. di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano 1949, p. 93.

Del resto, lo stesso Jellinek, proprio negli anni in cui componeva la sua *Allgemeine Staatslehre*, significativamente si dedicava non poco alla storia, e in particolare alle vicende dello Stato moderno. Qui Jellinek si schiera decisamente dalla parte di quelle versioni dello Stato moderno che mettono in rilievo la sua *permanente struttura dualistica*, e dunque la presenza di un lato, accanto a quello della sovranità, che contiene una tradizione di potere limitato, con una precisa radice nel mondo delle libertà e dei privilegi medievali. C'è una componente specificamente germanica, legata al modello storico tedesco della relazione tra principe e ceti, e dunque a una visione bipolare dello Stato moderno. Ma c'è anche altro. C'è anche la convinzione che i moderni diritti individuali siano stati in modo eclatante dichiarati dalla Rivoluzione francese, nel 1789, ma abbiano in realtà il loro vero e più solido fondamento nei *Bills of Rights* inglesi e americani, per poi procedere a ritroso, e ritornare anche per questa via ai patti medievali, e alla stessa *Magna Charta*. Così il modello richiamato da Jellinek non è certo più solo "germanico", collegandosi almeno alle esperienze di *common law* angloamericane. È questo il modello del *Rechtsstaat*, o del *rule of law*, che si pone come modello "giuridico", in cui le libertà sono solidamente fondate nella storia e altrettanto solidamente garantite dallo Stato, contro il modello opposto del giusnaturalismo rivoluzionario, che è invece integralmente "politico", perché proclama solennemente i diritti degli individui, ma finisce poi per lasciarli all'arbitrio del legislatore e delle maggioranze politiche².

Così, non stupirà il fatto che Vittorio Emanuele Orlando, proprio introducendo al lettore italiano l'opera di Jellinek, non manchi di richiamare la sua giovanile adesione alla Scuola storica di Savigny. Orlando non pensa genericamente al peso della storia, o al ruolo della scienza giuridica, che pure è un profilo essenziale nel rinvio a Savigny, ma alla prospettiva – evidentemente ancora aperta nel 1949, anno in cui Orlando scriveva – di una vera e propria dottrina dello Stato e della Costituzione, che si è cercato di costruire, e che ancora si può rielaborare e perfezionare, partendo dalle basi che erano state poste proprio da Savigny³. Orlando pensava qui certamente ai celebri primi paragrafi del primo volume del *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny, che i giuristi italiani avevano conosciuto anche grazie alla traduzione di Vittorio Scialoja, del 1886⁴. A questi paragrafi bisogna tornare per comprende-

2. Per queste prospettive di ordine storico, sia consentito rinviare a M. Fioravanti, *Lo "Stato moderno" nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in M. Sbriccoli et al. (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 183-217.

3. V. E. Orlando, *Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, in Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. VIII. Orlando richiamava i suoi *Principi di diritto costituzionale*, Barbera, Firenze 1889, pp. 21 ss.

4. F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1840), Neudruck Aalen, Berlin 1981 (trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di V. Scialoja, UTET, Torino 1886).

re quanto il positivismo giuridico abbia bisogno di pensare la necessaria esistenza di un ordine giuridico in senso oggettivo. Come tra poco vedremo, è proprio in queste pagine che si trova la radice prima della dottrina della Costituzione in senso materiale.

C'è un passo in questo senso di straordinaria rilevanza, che merita riportare per intero, nella lingua originale: «Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen»⁵. Dunque, se ci sono uno Stato e un'autorità capace di emanare diritto positivo vincolante, è perché nella storia si è prodotto qualcosa di più di un mero aggregato d'individui legati da vincoli contrattuali più o meno stringenti. Questo *quid pluris* ha una consistenza materiale. Come sostiene Savigny, è dato dall'articolazione conforme a Costituzione, che lega e vincola gli individui ben più di qualsiasi contratto. In altre parole, un insieme d'individui può darsi uno Stato solo se è già un *popolo*, ovvero se già è in sé ordinato. E la misura dell'ordine è la *Costituzione in senso materiale*. Quest'ultima non svolge dunque alcuna funzione polemica. Al contrario, serve a fondare l'autorità dello Stato e del suo diritto, e nello stesso tempo a fissare un limite. Per questo motivo, per Savigny il diritto positivo può anche avere la sua massima espressione nella legge dello Stato, ma solo se questa muove dalla consapevolezza di dover riflettere quell'ordine obiettivo che è dato nell'esperienza, e che è già presente nella Costituzione intesa in senso materiale. E, d'altra parte, è proprio quell'ordine a conferire alla legge, che di esso medesimo è espressione, la sua forza sovrana. Una legge dello Stato solidamente fondata sui principi di quella Costituzione è forte e autorevole. Al contrario, una legge difforme da quei principi nasce morta, ed è comunque destinata all'inefficacia.

Dunque, alle origini del positivismo giuridico, della reazione contro le filosofie individualistiche e contrattualistiche, e alla base dello stesso diritto positivo statale, troviamo un ordine giuridico di tipo oggettivo, storicamente fondato, che viene rappresentato come "Costituzione". Quell'ordine ha le caratteristiche dell'organicità e della stabilità. È "giuridico" in questo senso, contrapposto al "politico" della Rivoluzione, in sé disorganico e mutevole. Non v'è dubbio che questo disegnato da Savigny diverrà l'orizzonte della scienza giuridica europea, nell'epoca dello Stato liberale di diritto, fino alle grandi trasformazioni del Novecento. Infatti, solo in casi estremi il positivismo giuridico applicato alle scienze dello Stato uscirà da questo orizzonte, trasformandosi in mera esaltazione della forza della legge dello Stato. Più spesso – e così era ancora per Jellinek e per Orlando alla fine del XIX secolo, come abbiamo visto poco sopra – il positivismo si manterrà sulla scia di Savigny, e conserverà dunque l'idea di un ordine oggettivo, di cui i giuristi stessi erano custodi e interpreti. Si può anzi affermare che lo Stato liberale di diritto sarà forte fin

5. Ivi, p. 30.

quando il suo fondamento sarà pensabile nei termini di una realtà in sé ordinata, di una Costituzione in senso materiale capace di esprimere il principio di sovranità e nello stesso tempo di determinare i limiti, e dunque lo spazio libero per l'esercizio dei diritti.

Questa costruzione, dominante nella scienza giuridica del XIX secolo, inizierà a mostrare segni di cedimento a partire dai primi decenni del Novecento. La "Costituzione" di Savigny, intesa come diritto positivo di una comunità storicamente fondata, diverrà infatti sempre più improbabile, a fronte degli imponenti mutamenti che interesseranno l'Europa tra Otto e Novecento. I testimoni di questa trasformazione costituzionale sono molteplici. Mazzarella li ha esaminati tutti. A lui rinvio. Mi limito a rammentare uno dei più lucidi, dei più capaci di guardare in profondità, che è certamente Hans Kelsen, soprattutto con la sua opera giovanile maggiore, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, del 1911⁶. In questa opera, la critica alla tradizionale dottrina giuridica è addirittura spietata. Le si rimprovera soprattutto di aver voluto vedere alla base dello Stato sempre e necessariamente un ordine oggettivo sostanziale, un "popolo" con la sua "Costituzione". In questo modo si è finito per occultare ciò che per altro all'inizio del Novecento è ormai del tutto evidente: che quell'ordine non esiste e non è dato, che in quello stesso spazio esiste piuttosto la *società*, con i suoi conflitti e le sue contraddizioni. In quel medesimo spazio agiscono gli individui, i partiti, le associazioni, i gruppi portatori d'interessi concreti, perseguendo i propri obiettivi, ma anche ricercando un compromesso, un punto di equilibrio. Per Kelsen, lo Stato è nient'altro che l'espressione di quella condizione di equilibrio, per altro continuamente in movimento. Non è più una "persona", non è più un *prius*, come in Jellinek e nella dottrina tradizionale, ma il risultato di un processo costitutivo di ordine, attraverso la logica del compromesso.

Da qui, la necessità di una forte centralità del Parlamento, perché solo attraverso una rappresentanza politica strutturata su base rigorosamente proporzionalistica e fortemente legittimata e riconosciuta dagli attori sociali e politici è possibile costruire un solido edificio politico. Kelsen non crede più che quell'edificio possa stare in piedi semplicemente in quanto personificazione del "popolo" o della "nazione". La sua solidità non dipende più da alcuna "Costituzione" in senso sostanziale, o materiale. E c'è invece bisogno di una Costituzione in senso formale, esplicitamente deliberata, cui affidare la delicata opera di determinazione delle regole fondamentali, che sono poi quelle ritenute necessarie per la realizzazione del compromesso. A una Costituzione di questo genere è dunque consegnata la speranza di ricostruzione di un ordine, che non possiamo più dare per scontato attraverso la tradizionale

6. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Mohr, Tübingen 1923 (trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, ESI, Napoli 1988).

immagine dello Stato come “persona”, e che è ormai solo un obiettivo da perseguire.

Tuttavia, l’idea da cui siamo partiti, di un ordine sostanziale e oggettivo del diritto – il diritto positivo di Savigny, in una parola – non scomparirà certo improvvisamente. Muterà però il suo significato nel corso del Novecento. Da un significato di segno costruttivo, proteso a raffigurare una fondazione profonda e rassicurante della legge dello Stato, si passerà a un significato di stampo polemico. Diverrà cioè possibile partire dal diritto in senso oggettivo per contestare la legge dello Stato, e specialmente la sua manifestazione attraverso il Parlamento. Non più dunque la legge fondata sul diritto, come in Savigny e nella maggior parte del positivismo ottocentesco, ma piuttosto *il diritto contro la legge*: in qualche modo il diritto nella sua forma più profonda e radicata – sia essa classicamente custodita dalla scienza giuridica, o espressa nella giurisprudenza, o in altro modo ancora – contro una legge dello Stato, che qualcuno in questa prospettiva iniziava a considerare come un riflesso debole, e frammentato, del diritto medesimo, spesso proprio a causa del suo involucro parlamentare, troppo gravato dal peso dominante d’interessi frazionali. È evidente che in questa linea sono prevalenti valutazioni opposte rispetto a quelle di Kelsen: non più il Parlamento come luogo della ragionevole mediazione, della realistica – e unica possibile – ricostruzione di una dimensione comune, ma il Parlamento come luogo in cui si realizza il pericoloso dominio degli interessi frazionali.

Esemplare in questo senso il percorso di Carl Schmitt, a partire dal suo saggio giovanile del 1912, dedicato a *Gesetz und Urteil*⁷. Qui Schmitt pone già un problema capitale. Nel contesto sociale e politico nuovo, che si sta determinando all’inizio del Novecento, la conformità alla legge non esaurisce più il problema della giustezza della decisione che il giudice deve assumere con la sua sentenza. Schmitt non pensa tanto al “diritto libero”, alla *Freirechtsbewegung*, alla prospettiva di una maggiore ponderazione degli interessi effettivi in gioco da parte del giudice medesimo, come se si trattasse di contrapporre una sorta di effettività sociologicamente rilevata al formalismo del diritto. Il problema è un altro, ed è quello dell’adeguatezza della legge, sempre più lacerata al suo interno dal conflitto tra gli interessi frazionali, a produrre decisioni certe, calcolabili e affidabili. Il valore da preservare è dunque quello della *Rechtsbestimmtheit*, della determinatezza giuridica. Per salvare e attuare quel valore, il giudice può, secondo Schmitt, decidere anche *contra legem*, ovvero contro quella legge che si manifesta in modo palesemente irragionevole, minaccioso nei confronti di un ordine giuridico che viene custodito dalla prassi, dalla stessa giurisprudenza, e anche dalla scienza giuridica. Infatti, in quel caso, secondo

7. C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), Beck Juristischer Verlag, München 1969.

Schmitt il giudice decide non secondo una sua “libera” interpretazione, ma pensando a come avrebbe deciso un altro giudice, e «un altro giudice significa il tipo empirico del moderno giurista colto»⁸. Posto di fronte alle contraddizioni e alle incongruenze della legge, il giudice non è dunque solo. Egli può e deve attingere alla tradizione intellettuale del ceto dei giuristi, di cui è parte la stessa giurisprudenza. In questa linea, il giudice non si proclama dunque più “libero”, e riafferma piuttosto, in un certo senso al contrario, il suo ruolo di stretto strumento di attuazione del diritto, che deve essere da lui preservato eventualmente anche contro la legge formalmente intesa.

Come ben si vede, i temi che circolano in queste pagine sono ancora in senso lato savignyiani: il primato del diritto positivo in senso obiettivo sul diritto meramente posto dal legislatore, il grande valore attribuito alla prassi scientificamente orientata e determinata⁹. Ma c'è un'indiscutibile novità. Ora, il primato del diritto positivo sul diritto posto dal legislatore può assumere un significato decisamente polemico, che al momento si traduce in una semplice decisione del giudice *contra legem*, ma che non esclude su questa linea ulteriori sviluppi in una direzione ancora più radicalmente antilegislativa. Così, circa dieci anni dopo il saggio del 1912, Schmitt approda a una conclusione più complessiva, su un piano più propriamente costituzionale. Nel saggio sulla dittatura, del 1921, si tratta, infatti, di porre decisamente il problema dell'“attuazione del diritto”, in una situazione in cui la legge non garantisce più stabilità, certezza, determinatezza¹⁰. Ciò che prima era un problema di relazione tra fonti, tra diritto del legislatore e diritto della giurisprudenza, assume ora un significato ben più ampio, di ordine costituzionale: c'è ora un “diritto”, che contiene un determinato ordine in senso oggettivo, c'è quindi una “Costituzione”, in senso materiale, e c'è una Costituzione, che vige in senso formale, ma che consente al legislatore di emanare norme che non garantiscono più alcun ordine e alcuna certezza. In questa situazione s'impone la necessità di una dittatura commissaria, con lo scopo di attuare il “diritto”, anche attraverso la sospensione della Costituzione formalmente vigente. La dittatura può concludersi con il ripristino della Costituzione vigente – proprio in quanto dittatura commissaria – ma niente può impedire che essa si evolva in senso sovrano, con

8. Ivi, p. 71.

9. Non appaiono allora casuali i contenuti della conferenza a più riprese tenuta da Schmitt tra il 1943 e il 1944: C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44), in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1958, pp. 386-426. È il saggio in cui la scienza giuridica, ancora sulla base dell'esempio paradigmatico di Savigny, viene considerata come «l'ultimo asilo della coscienza giuridica» (ivi, p. 391).

10. Id., *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921), Duncker & Humblot, Berlin 2006 (trad. it. *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Roma-Bari 1975).

la creazione di una nuova Costituzione, per la manifesta inattitudine della Costituzione esistente a contenere ed esprimere quel “diritto”, la cui attuazione rimane l’esigenza primaria.

Non importa ora misurare le conseguenze operative di una simile dottrina. Del resto, è a tutti noto quanto una tale impostazione abbia concorso a delegittimare la Costituzione di Weimar, in questa linea raffigurata come una Costituzione “debole”, incapace di garantire stabilità, di esprimere un saldo principio di unità politica. Ciò che preme rilevare è l’emersione novecentesca di un significato della Costituzione in senso materiale come “vera” Costituzione, capace di garantire il “diritto”, contro la Costituzione in senso formale, spesso preda – come nel caso di Weimar – del distruttivo predominio dei partiti e degli interessi frazionali, e quindi non più “Costituzione” in senso proprio, non più norma fondamentale condivisa.

Il Novecento sembra così disperdere, e quasi dilacerare, l’eredità ottocentesca della Costituzione in senso materiale, e con essa anche lo Stato liberale di diritto. Quest’ultimo sembra perdere la sua base. Al posto del popolo, o della nazione, in sé costituzionalmente ordinata, emerge la società con tutto il suo carico di conflitti. Quello che nel modello precedente, inaugurato da Savigny, era il luogo in cui concretamente viveva il diritto positivo della comunità, predisposto attraverso la decisiva opera di mediazione della scienza giuridica a divenire il più sicuro fondamento della legislazione dello Stato, veniva ora negato, come nel caso di Kelsen, o ripreso in senso polemico, come nel caso di Schmitt. Per il primo non c’era più infatti alcuna “comunità”, alcun “popolo”, o alcuna “nazione”, dotata in senso materiale della sua “Costituzione”, e l’unica Costituzione possibile era dunque quella che gli attori sociali e politici erano capaci di esprimere attraverso il compromesso e la mediazione parlamentare; per il secondo, al contrario, non solo esisteva la Costituzione in senso materiale, ma questa era raffigurabile – per lo meno in certe situazioni storiche come quella tedesca dei primi decenni del Novecento – come la “vera” Costituzione, da imporre, anche con lo strumento della dittatura, quando quella formale fosse degenerata, perché dominata dalla dinamica distruttiva degli interessi frazionali. In questo modo, la dottrina costituzionale si trovava racchiusa in un recinto assai delimitato. O la Costituzione era quella parlamentare di Kelsen, e si rinunciava perciò alla dimensione stessa del “fondamento”, se non nel senso delle regole procedurali stabilite al fine di determinare una composizione pacifica degli interessi in gioco; o la “Costituzione” era quella in senso sostanziale di Schmitt, ma per quella via la medesima ricerca del “fondamento” rischiava a ogni momento di essere giocata contro la democrazia parlamentare e rappresentativa.

Come uscire da questo dilemma? Era evidentemente necessaria un’opera di mediazione. Era necessario, in altre parole, riprendere l’idea stessa del “fondamento”, ma in modo compatibile con la configurazione complessiva delle democrazie del Novecento, nella forma che esse vennero assumendo attraverso

il grande travaglio della prima metà del secolo, una volta esauriti i regimi totalitari. Quelle democrazie non potevano, infatti, accontentarsi della concezione kelseniana, limitandosi così all'aspetto procedurale, perché aspiravano nelle rispettive costituzioni a riconoscere determinati principi e valori, sui quali basare la loro identità storica, e anche a indicare indirizzi fondamentali per il futuro, ma nello stesso tempo si fondavano su società di dichiarata struttura e vocazione pluralistica, che non potevano non temere, nella ricerca di un "fondamento" in senso sostanziale, il possibile risorgere di logiche di tipo monistico.

A nostro avviso, il più efficace tentativo di mediazione, e di sintesi, fu quello di Costantino Mortati, con il suo celebre saggio, del 1940, dedicato a *La Costituzione in senso materiale*¹¹. In questo saggio, Mortati parte dalla convinzione che si sono ormai verificate trasformazioni tali da rendere impossibile la riproposizione delle dottrine tradizionali, imperniate sulla sovranità dello Stato come persona, fondata nella nazione, o comunque in una comunità storicamente data. L'epoca dello Stato liberale di diritto è ormai trascorsa. Se di sovranità dello Stato si deve continuare a parlare, è solo con riferimento a una diversa e nuova fase di evoluzione dello Stato moderno, entro cui il principio di unità politica, anche in forma statale, non può prodursi se non dinamicamente, sul piano teleologico, con lo strumento della *Regierung*, del governo¹². In altre parole, lo Stato può continuare a esprimere il principio di unità politica solo se dotato di un indirizzo, consapevolmente individuato e scelto. Lo Stato non è più hegelianamente il soggetto, o la persona, che sa quel che vuole, perché dotato di un'intrinseca razionalità, a sua volta derivata dal fatto di essere espressione organica, naturale e necessaria, della nazione, di una comunità storicamente data. Lo Stato continuerà a essere sovrano solo se sarà capace di essere espressione coerente di un indirizzo fondamentale, scaturito dalla stessa comunità, e tradotto in principi e in norme costituzionali. Per questo motivo, Mortati colloca il punto d'avvio della sua costruzione teorica nel processo di "differenziazione e specificazione nel seno della comunità", che si svolge per opera di una forza politica capace d'imprimere un indirizzo, conseguente alla scelta per un certo sistema di principi fondamentali, trascritti nella Costituzione¹³.

11. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano 1988.

12. In questo senso, all'opera di Mortati deve essere affiancata quella di Rudolf Smend. Entrambi i giuristi presero infatti le mosse, per la costruzione delle rispettive dottrine della Costituzione, dalla questione del governo. Per Mortati cfr. C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel diritto pubblico italiano* (1931), Giuffrè, Milano 2000. Per Smend cfr. R. Smend, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin 1955, pp. 68 ss. Di cinque anni più tardi è il saggio più noto: Id., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1928 (trad. it. *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988).

13. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit., pp. 72 ss.

In questo modo, la Costituzione ha un'origine dichiaratamente politica, nel senso che è frutto di volontà e di scelte precise, ma queste non sono a loro volta raffigurabili nel loro complesso come la "decisione" di un "popolo" o di una "nazione". Ciò che si ricava da quella origine non è dunque, in radice, una sorta di "vera" Costituzione, che come tale può mettere in discussione quella formalmente vigente, come nella prospettiva inaugurata da Schmitt. Il momento costituente è piuttosto da intendere, nella costruzione di Mortati, come il fondamento più autentico della Costituzione da emanare, che di essa enuclea i caratteri più basilari, attraverso la proposizione di una serie di norme fondamentali di principio. Sono quelle norme, nel loro insieme, e nei loro equilibri interni, a determinare i contorni della Costituzione in senso materiale, che sotto questo profilo coincide dunque con il nucleo fondamentale della stessa Costituzione scritta. Non è un caso che il saggio di Mortati si concluda con il tema del limite materiale al procedimento di revisione costituzionale, che è collocato proprio in questo nucleo fondamentale, che non può essere alterato se non cambiando la Costituzione. Si afferma così il carattere pienamente giuridico della Costituzione in senso materiale, che non è dunque rappresentabile come mera e generica realtà fattuale, ma come quella specifica realtà fattuale, e solo quella, che contiene in forma già strutturata, per quanto in embrione, le linee di base di quell'ordinamento giuridico che sta per affermarsi con la Costituzione da emanare.

Nella linea di Mortati la Costituzione in senso materiale perde quindi il carattere polemico che aveva assunto al tempo di Weimar, e proprio nei confronti della Costituzione democratica weimariana. Al contrario, essa si ripropone ora, a metà del Novecento, come fondamento della Costituzione democratica, nel senso di una democrazia che non è fatta solo di procedure, ma anche di principi irrinunciabili, frutto di scelte consapevoli, da esprimere nella Costituzione da emanare, e che di essa rappresentano il nucleo più essenziale. In questo modo Mortati – che scrive nel 1940 – anticipa le problematiche che saranno proprie delle Costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, tra cui ovviamente anche quella italiana del 1948.

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, esistono più dottrine della Costituzione in senso materiale. Una sola di queste – quella riconducibile a Carl Schmitt – può essere usata contro la Costituzione vigente. In effetti, la ricerca di una dimensione profonda della normatività, precedente quella data dalla legge formalmente vigente, è assai più ampia e ricca di significato. È una ricerca che accompagna da sempre la riflessione dei giuristi, anche nell'epoca del positivismo trionfante, quando tutto il diritto sembrava ridursi – ma solo in apparenza – alla legge dello Stato. Anche perché l'unico modo di fondare la sovranità di quella legge, e nello stesso tempo il suo limite, era proprio quello di ricondurla a espressione di un ordine giuridico oggettivo, dato dalla storia di una certa nazione. In definitiva, l'unico vero avversario di ogni concezione

“materiale” della Costituzione è Hans Kelsen, ma la sua voce rimarrà per questo aspetto isolata. I giuristi non intenderanno infatti mai abbandonare la ricerca del “fondamento”, e non si rassegneranno dunque con facilità a collocare al posto di un’entità in sé ordinata, e per questo motivo in sé giuridica, come il “popolo” o la “nazione”, una semplice “società”, con i suoi conflitti e le sue contraddizioni, come Kelsen proponeva. Inoltre, le Costituzioni democratiche del Novecento, da Weimar in poi, avevano per loro conto anch’esse bisogno di un “fondamento”, di non ridursi alla dimensione procedurale, di essere dunque espressione di principi fondamentali, che quelle stesse Costituzioni traducevano in indirizzo, altrettanto fondamentale, per il futuro. Alla ricerca di quei principi, e della fonte di quell’indirizzo, si riscoprirà quindi la Costituzione in senso materiale, come nel caso di Mortati. E si tratterà di una Costituzione che opererà questa volta in senso fondante, per la tutela dell’integrità, e per l’affermazione del primato, della Costituzione democratica. Non si sfugge dunque alla regola per cui ogni supremazia per esistere ha bisogno del suo fondamento. Così è stato per la sovranità della legge dello Stato nell’epoca d’oro del positivismo giuridico e dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento, con la grande idea dell’ordine giuridico della nazione, così è oggi nell’epoca della Costituzione democratica, nell’età dello Stato costituzionale: anche oggi infatti senza fondamento si rinuncia a stabilire l’unica supremazia ancora possibile, quella della Costituzione.