

Stato di diritto e principio di legalità costituzionale

1. Nel moderno Stato di diritto, il principio di legalità impone la sottoposizione dell'atto amministrativo e della pronuncia giurisdizionale alla legge del Parlamento, sulla premessa storica e ideologica del ruolo di quest'ultimo negli ordinamenti costituzionali democratici¹. Altro principio indefettibile è che vi sia un giudice che «attraverso le forme del processo ponga un intervallo visibile fra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto»².

Sia il sistema delle fonti del diritto sia l'intero complesso di produzione e di applicazione delle norme da parte dei pubblici poteri si collega al principio democratico e in esso trova il suo fondamento sostanziale. L'unità del sistema si rinviene, dalla fine del XVIII secolo in poi, nell'atto legislativo, inteso come manifestazione mediata, ma tuttavia intangibile, della sovranità popolare (prima del popolo composto da soggetti di sesso maschile selezionati su basi censitarie, in epoca contemporanea da tutti i cittadini di entrambi i sessi).

All'interno del principio di legalità si devono distinguere due componenti ideali, che corrispondono peraltro a diverse fasi dell'evoluzione storica delle istituzioni.

La prima consiste nella gerarchia delle diverse autorità, basata sull'intensità del potere a ciascuna attribuito dai criteri *lato sensu* politici di distribuzione prevalenti in specifici momenti storici e contesti istituzionali. Ad esempio, il processo di progressivo accentramento del potere, tipico della formazione delle monarchie assolute, portò alla prevalenza delle statuzioni del potere regio su quelle delle altre autorità disseminate sul territorio. Si tratta quindi di una componente funzionale alla necessaria tenuta unitaria del sistema, che richiede una "chiusura", giuridica e di fatto, identificata, nei secoli passati, nello schema piramidale di ordinazione dei pubblici poteri.

La seconda componente, che potremmo definire assiologica, consiste nella valutazione, relativa e mutevole nelle diverse situazioni storiche e politiche,

1. Cfr. per tutti F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova 2009, pp. 56 ss.

2. M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano 1999, vol. I, p. 890.

della legittimazione superiore al comando, operata in base ai valori prevalenti nell'effettività dei singoli ordinamenti. Anche tale seconda componente rimanda a uno schema piramidale, al cui vertice si possono collocare il re, il popolo, il partito, il capo carismatico e altre figure simboliche cariche di *auctoritas* riconosciuta dalle collettività governate.

Lo sviluppo storico, in senso democratico, della dottrina politica moderna – dopo la rottura delle rivoluzioni americana e francese – ha prodotto un'idea di Stato di diritto ormai definitivamente legata alla presenza al vertice della piramide del popolo, considerato sovrano, che agisce per il tramite dei suoi rappresentanti, i quali formano l'assemblea legislativa, organo pertanto meno lontano degli altri dal potere primigenio del titolare assoluto del dominio politico. Se il popolo è il sovrano ideale, il Parlamento è il sovrano effettivo. Nel vasto ambito del sistema liberale classico, la transizione verso la democrazia favorisce – nei sistemi continentali di *civil law* – l'identificazione della legge parlamentare con l'espressione della volontà generale, di rousseauiana memoria³.

Il passaggio non è stato facile e lineare, giacché la resistenza del potere regio, nei confronti dell'avanzata dei Parlamenti elettori, si arroccava nella difesa dell'autonomia della potestà regolamentare, riluttante a farsi “ingabbiare” nei limiti della legge. Lo dimostrano vicende ormai remote, dalla concezione dell’“organica volontà dello Stato”, risultante dalla *Verbindung* tra legge e regolamento⁴, cioè tra volontà del monarca e volontà del Parlamento, all'*Enumerationstheorie*, che prevedeva attribuzioni del Parlamento tassativamente enumerate nella Costituzione⁵, con la conseguenza che la riserva di legge significava non solo che certe materie potevano essere disciplinate solo dalla legge, ma anche che la legge potesse regolare soltanto quelle⁶.

Le difficoltà e le tortuosità di percorso non sono finite nell'epoca contemporanea, se pensiamo che la Costituzione francese della v Repubblica (art. 37, c. 1) attribuisce alla potestà regolamentare dell'Esecutivo un *domaine* residuale in tutte le materie per le quali non è stabilita una riserva di legge⁷. Lo stesso

3. Negli Stati Uniti la sovranità popolare si incrocerà ben presto con una pari esigenza di garanzia e il sistema assumerà una impostazione dualista, poggiante su due poteri, Congresso e presidente, ugualmente espressioni del popolo sovrano. Il contributo originale della Costituzione nordamericana consiste proprio nell'elezione popolare di entrambi i supremi poteri politici dello Stato: cfr. M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon, Oxford 1969², p. 125.

4. L. von Stein, *Die Verwaltungslehre* 1 (1866), rist. 11 ed., Scientia, Aalen 1962, vol. 1, p. 76.

5. Cfr. sul punto E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano 1967, p. 61, nota 23.

6. Cfr. S. Fois, *La riserva di legge*, Giuffrè, Milano 1963, p. 45.

7. Anche se bisogna ricordare che il Conseil constitutionnel ha stabilito che una legge che fuoriesca dalle materie riservate alla funzione legislativa, invadendo così il *domaine* residuale dei regolamenti, non è costituzionalmente illegittima (Décision n. 82-143 DC del 30 luglio 1982). La separazione tra i due ambiti risulta, in tal modo, attenuata.

processo di delegificazione avviato in Italia dal 1988 presenta incongruenze e contraddizioni sul piano del rigoroso rispetto del principio di legalità⁸.

2. Il modello teorico del principio di legalità, proprio dello Stato di diritto liberaldemocratico diffusosi in Europa tra la seconda metà del xix secolo e la prima metà del xx secolo, portava in sé stesso le cause della sua crisi. Esso presupponeva implicitamente una omogeneità sociale così forte, da rendere quanto meno non inconciliabili la figura astratta del soggetto giuridico, ideale e potenziale titolare di tutte le situazioni giuridiche, attive e passive, e la figura concreta dell'uomo inserito nei rapporti economici e sociali effettivi. In realtà il *citoyen* in quanto tale non era mai esistito, neppure nel periodo aureo dello Stato borghese post-rivoluzionario; tuttavia all'interno del ristretto ceto degli elettori, tali per censo, era possibile riscontrare una certa omogeneità, che semplificava la sistematizzazione istituzionale e giuridica.

Ben presto i sintomi della disgregazione divennero percepibili ai più acuti osservatori, che, identificando lo Stato fondato sull'omogeneità sociale con lo Stato *tout court*, parlarono in modo esplicito, già all'inizio del Novecento, di "crisi dello Stato". Il fattore più potente di tale crisi era il pluralismo sociale, che, a dispetto della sua esorcizzazione, dalla legge Le Chapelier in poi, tornava a manifestarsi in modo crescente nella vita sociale e minacciava la compattezza del sistema dello Stato di diritto appena consolidatosi nella seconda metà del secolo precedente.

Nella famosa prolusione ai corsi dell'anno accademico 1909-10 della Regia Università di Pisa, Santi Romano individuava con estrema lucidità le cause efficienti della crisi:

Il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato⁹.

La fredda constatazione di Santi Romano trovava un'eco ideologica – molto lontana dall'ostentata neutralità scientifica del giuspubblicista italiano – nella deprecazione della dissoluzione pluralistica dello Stato contenuta in tutta l'opera di Carl Schmitt, il quale notava criticamente:

8. Cfr., *ex plurimis*, L. Carlassare, P. Veronesi, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Encyclopédia del diritto*, Aggiornamento, vol. v, Giuffrè, Milano 2001, pp. 951 ss.; G. Silvestri, "Questa o quella per me pari sono..." *Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, Pisa 2006, pp. 173 ss.

9. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), Giuffrè, Milano 1969, p. 23.

Il sistema pluralistico con i suoi continui accordi di partito e di frazione trasforma lo Stato in un intrigo di compromessi e accordi, attraverso cui i partiti che di volta in volta partecipano all'oggetto della coalizione si spartiscono tutti gli incarichi, le entrate e i vantaggi secondo la legge della quota e sentono per quanto possibile come giustizia la parità che in tal modo osservano. La costituzione di uno Stato dominato da questi metodi di formazione della volontà politica si riduce al principio *pacta sunt servanda* e alla difesa dei "diritti regolarmente acquisiti": ciò appartiene alle conseguenze di ogni sistema pluralistico¹⁰.

L'influsso di Schmitt continua a manifestarsi in Germania anche dopo la catastrofe della Seconda guerra mondiale, nel contesto del *Grundgesetz* democratico, per bocca del suo allievo Ernst Forsthoff, che ribadisce l'avversione del maestro per il pluralismo tendente a entrare dentro lo Stato:

Lo sforzo di proiettare all'interno della Costituzione dello stato di diritto situazioni politiche e sociali mutevoli, dando così a essa un contenuto conforme alle diverse situazioni, porta in realtà necessariamente al suo interno dissolvimento¹¹.

Poco importa se il pluralismo venga solo rilevato, o addirittura favorevolmente segnalato, o anche criticato e persino condannato, ciò che ha importanza, nel contesto del discorso che stiamo conducendo, è la comune consapevolezza della sua incompatibilità con il modello tradizionale di Stato di diritto, elaborato, nel corso del xix secolo, nell'Europa continentale.

3. L'edificio compatto dello Stato di diritto, fondato sulla supremazia assoluta della legge, era stato già messo in discussione anche in Francia, patria del dogma della sovranità delle assemblee elette, proprio a partire da una contraddizione intrinseca del modello. La sovranità che si esprime nella volontà generale non può essere attribuita al Parlamento, ma può giustificare soltanto la supremazia di quest'ultimo nei confronti degli altri organi dello Stato. Esso tuttavia, secondo Raymond Carré de Malberg, non può «erigersi in signore assoluto», giacché, pur essendo la più alta delle autorità, «il potere di cui dispone [...] non può essere, a differenza di quello del sovrano, che una potestà derivata e, di conseguenza, essenzialmente soggetta a limitazione». Logico corollario di questa affermazione è che

la distinzione delle leggi costituzionali e ordinarie, come la separazione organica dei due poteri costituente e legislativo, s'impone in virtù di una necessità che

10. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), ed. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981, p. 168.

11. E. Forsthoff, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto* (1953), in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Giuffrè, Milano 1973, p. 42.

deriva dall'impossibilità di conciliare nello stesso organo le qualità antinomiche di fondatore della Costituzione e di autorità fondata su di essa¹².

Se si vuole essere coerenti con un'idea di Stato di diritto democratico, si deve porre l'assemblea legislativa al vertice del sistema costituzionale, ma si deve negare la sua onnipotenza, che finirebbe con il contraddirre le stesse premesse democratiche, che riconoscono solo nel popolo il titolare della sovranità.

Lo Stato di diritto, fondato sull'individualismo liberale, nell'incontro con il principio democratico deve abbandonare la sua "purezza" e accettare la complessità dell'articolazione pluralistica della società civile, che non può restare a lungo esclusa dalle istituzioni, e nello stesso tempo deve indirizzarsi a trovare una tutela della sua stessa sopravvivenza in uno sdoppiamento del principio di legalità, nel tentativo di superare la contraddizione di un Parlamento costituente e costituito a un tempo. Emerge in tal modo la radice autoritaria della sovranità intesa come potere supremo e indivisibile, attribuito a un soggetto specifico, ancorché composto da rappresentanti eletti dai cittadini.

La stessa dottrina costituzionalistica più vicina alla concezione rivoluzionaria francese della suprema potestà delle assemblee legislative finisce con l'ammettere che, «una volta scartata l'identificazione della legge con la volontà generale, non esiste più ragione che faccia ostacolo all'istituzione di un controllo giurisdizionale delle leggi in vista di verificare la loro conformità alla Costituzione»¹³.

Al di fuori del diretto esercizio della sovranità popolare, non vi sono alternative alla sottoposizione di tutti gli organi dello Stato a una legge superiore, intangibile anche dal Parlamento, che può soltanto esprimere la propria volontà, diversa da quella dei cittadini, che hanno compiuto solo un atto di designazione personale, senza impossibili mandati vincolanti, da precisarsi volta per volta e comunque inidonei a comprendere la vastissima molteplicità di problemi, e conseguenti decisioni, legati all'esercizio del mandato parlamentare. Le condizioni generali che vengono stabilite, una volta per tutte, dal popolo sovrano per l'adempimento dei compiti dei rappresentanti sono contenute in un documento, la Costituzione, sulla cui base vengono legittimamente esercitati tutti i poteri dello Stato, nessuno escluso. V'è di più. Anche la concorde volontà di tutti i poteri costituiti non potrebbe modificare le condizioni poste dalla Costituzione all'esercizio dei poteri pubblici, senza che la stessa legge fondamentale sia previamente modificata con procedure diverse da quella ordinaria, nelle quali, secondo l'intuizione di Carré de Malberg, il popolo abbia l'ultima parola.

12. R. Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale* (1931), ed. it. a cura di M. Calamo Specchia, Giuffrè, Milano 2008, pp. 302 ss.

13. Ivi, p. 305.

Lo Stato di diritto può sopravvivere a condizione di rinunciare alla sovranità. Tale conclusione è valida sia a livello nazionale, sia nell'ambito di formazioni sovranazionali, come l'Unione Europea, che tendono a replicare, su scala più vasta, le problematiche antiche dello Stato di diritto, ponendo i Trattati istitutivi come base e limite del potere, il cui esercizio è anch'esso soggetto a controllo giurisdizionale.

4. Nel corso del dibattito nell'Assemblea costituente italiana è stata respinta la proposta di collocare in un preambolo i principi fondamentali della Costituzione, staccandoli così, sull'esempio storico delle Costituzioni francesi, dalle norme regolatrici dell'esercizio del potere. È stato giustamente osservato, da Costantino Mortati, che la decisione di inserire le norme di principio nel corpo stesso della Carta ha conferito loro un'efficacia di «superlegalità costituzionale»¹⁴.

Parlare tuttavia di «superlegalità», come parlare, a proposito della Costituzione, di «fonte superprimaria» – espressione che ancora si legge nella manualeistica corrente – significa indugiare in una concezione che vede come trascendente la Costituzione rispetto all'intero ordinamento giuridico, quasi che al sistema delle fonti classico, descritto dall'art. 1 delle preleggi, si possa sovrapporre un «cappello», che potrebbe volar via al primo colpo di vento. Si finirebbe in tal modo per trasferire a un livello superiore tutti i problemi e le contraddizioni che aveva suscitato lo Stato di diritto ottocentesco e che ne avevano provocato la crisi. Se il vecchio sovrano viene spodestato da un nuovo sovrano, soggettivamente inteso, si porrà ben presto il problema della sua limitazione, continuando così in un processo all'infinito, che si arresterà soltanto nell'atto autoritario, di schmittiana memoria, di un soggetto che appare nello stato di eccezione, caratterizzato dall'anomia, per scomparire subito dalla scena, pronto a rientrarvi per ripristinare l'ordine fondamentale, in ipotesi crollato. Un espediente teorico simile al contratto originario o alla *Grundnorm*, utile soltanto a trovare giustificazione sistematica all'ordine giuridico esistente e legittimazione a chi, di fatto, detiene il potere.

Sembra invece più aderente al ruolo contemporaneo delle Costituzioni democratiche e pluraliste la distinzione tra un livello di macrolegalità, destinato a tutelare e integrare il livello ordinario di legalità diffusa, che si potrebbe definire di microlegalità¹⁵. La Costituzione è immanente all'ordinamento giuridico e, proprio per aver accolto nel suo seno una pluralità di valori che ha trasformato in principi di diritto, svolge una continua funzione dinamica, in quanto trasforma perennemente i precetti legislativi, conformandoli a quei principi. Ciò avviene in una triplice maniera: a) mediante l'opera di attuazione

14. C. Mortati, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. xi, Giuffrè, Milano 1962, p. 214.

15. Su questa distinzione mi sia consentito rinviare a G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano 1984, vol. II, pp. 147 ss.

e di adeguamento del legislatore ordinario, che trova la sua sede principale nel Parlamento; b) mediante la rimozione, da parte del giudice delle leggi, delle norme in contrasto, che produce il riassestamento spontaneo del tessuto normativo in senso conforme alla Costituzione; c) mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti, sia da parte della pubblica amministrazione che da parte dei giudici comuni.

5. L'azione combinata di Parlamento, governo, Corte costituzionale e giudici crea le condizioni concrete di una vera e propria “pervasione molecolare” dell'ordinamento da parte dei principi costituzionali. La Costituzione non può rimanere confinata in un museo, venerata a parole, ma distaccata dalla realtà, ma deve ridare vitalità alle istituzioni giorno dopo giorno, anche quando i conflitti e la discordia sembrano prevalere in modo irreparabile.

In una società complessa e pluralista bisogna abbandonare l'ingenua fiducia in una azione necessariamente concorde dei pubblici poteri. Questa apparteneva alla mitologia dello Stato di diritto, che già Santi Romano vedeva in crisi più di cento anni addietro. Il diritto è sempre più “struttura del conflitto”, secondo la felice definizione di Vincenzo Tomeo¹⁶. Vano sarebbe sperare il raggiungimento di una situazione di pace istituzionale, mentre è giusto pretendere il mantenimento di una situazione di correttezza costituzionale, che talvolta invece viene messa in pericolo soprattutto dall'illusione di una classe politica, che crede di supplire alla propria impotenza pratica e programmatica con atti emulativi (nel senso civilistico dell'espressione) nei confronti della Costituzione, chiamata responsabile dei propri fallimenti.

La “lotta per la Costituzione”, forma contemporanea della “lotta per il diritto” di Jhering, esige adesione e convinzione rispetto ai principi. A questi ultimi bisogna credere, poiché non è possibile dimostrare una loro verità ontologica¹⁷. Ha scritto giustamente Gustavo Zagrebelsky:

La scommessa del costituzionalismo sta tutta qui: nella capacità della Costituzione, posta come *lex*, di diventare *ius*; fuori dalle formule, nella capacità di uscire dall'area del potere e delle fredde parole di un testo scritto per farsi attrarre nella sfera vitale delle convinzioni e delle idee che abbiamo care, senza le quali non si può vivere e alle quali si aderisce con calore¹⁸.

La Costituzione del 1948 si cala nella vita sociale e orienta la cultura diffusa, dimostrando con ciò la “forza generativa” dei suoi principi, dai quali è possibile ricavare sempre nuove forme di regolazione della vita associata; essa, come

16. V. Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto*, FrancoAngeli, Milano 1981.

17. Sul punto mi sia concesso rinviare a G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed egualanza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 19.

18. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2008, p. 26.

ha sottolineato efficacemente Paolo Grossi, «non galleggia nuvolesca sopra la testa del cittadino italiano ma si propone quale breviario giuridico per la sua vita quotidiana»¹⁹.

Si potrebbe dire che il presente ha un cuore antico. La funzione conservativa e, nello stesso tempo, innovativa della Costituzione e delle sue disposizioni di principio, come insegnava circa cinquant'anni addietro Vezio Crisafulli, si può dispiegare a pieno solo se si pone un argine al dispotismo della maggioranza parlamentare del momento, qualunque essa sia. L'ostilità verso la radice liberale del costituzionalismo affiora, oggi come ieri, tutte le volte in cui il detentore *pro tempore* del potere politico si vede ostacolato da organi e procedure di garanzia. Si manifesta tuttavia in forme nuove e inedite quando dai principi gli organi di garanzia estraggono conseguenze specifiche sostanziali in contrasto con gli interessi immediati di chi si trova temporaneamente in maggioranza. L'ostilità verso la separazione dei poteri – che accomunò destra e sinistra nella prima metà del xx secolo – si converte ai giorni nostri in gelosa salvaguardia delle prerogative della politica, fermo restando che sono gradite tutte le “invasioni di campo” da parte degli organi di garanzia, quando sono a detrimento del proprio avversario politico, mentre vengono stigmatizzati tutti gli interventi in senso contrario. È interessante in proposito osservare l'andamento dei commenti dei vari esponenti politici degli ultimi decenni rispetto agli atti del presidente della Repubblica o alle sentenze della Corte costituzionale. Mai che si senta segnalato criticamente un eccesso, quando gli uni e le altre tornano a proprio vantaggio!

6. L'evoluzione in senso pluralista dello Stato costituzionale contemporaneo non solo conferma, ma rende di ancor maggiore attualità la preoccupazione che, sin dalle origini, era stata manifestata nei confronti del pericolo di una possibile “tirannia della maggioranza”.

Alla fine del xviii secolo, James Madison, citava, con piena approvazione, un passo degli *Appunti sullo Stato di Virginia* di Thomas Jefferson:

Tutti i poteri di un governo, da quello legislativo a quello giudiziario ed esecutivo, tendono a concentrarsi negli organi legislativi. Ora, per dispotismo si intende, precisamente, il concentrarsi di tutti questi vari poteri nelle medesime mani. Né a render la cosa meno grave basterà che essi non vengano esercitati da una sola persona, bensì da molte. Centosettantatré despoti non sono certo meno oppressivi di uno. Coloro che ne dubitano volgano per un attimo gli occhi alla Repubblica di Venezia. Ben poco ci gioverà il fatto che tali despoti siano stati eletti da noi stessi. Ciò per cui abbiamo combattuto non era un *dispotismo elettivo* ma un tipo di governo che non soltanto si basasse su dei fondamentali

19. P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli 2011, p. 57.

principi di libertà, ma anche che in esso i vari poteri fossero così ben ripartiti ed equilibrati tra i vari organi che nessuno di essi potesse varcare i propri limiti costituzionali, senza che gli altri potessero intervenire a controllarlo e a fermarlo²⁰.

Le preoccupazioni di Jefferson e Madison si trovano, per così dire, sul crinale che divide la difesa dei diritti delle minoranze dal ripudio *tout court* dello Stato democratico, che appare ai teorici più rigorosi del liberalismo come inconciliabile con la libertà. Negli anni Venti del Novecento, quando una ben concreta tirannide stava per consolidarsi in Italia, Guido De Ruggiero, riecheggiando le parole dei padri fondatori americani, affermava: «Il condensamento di un immenso potere a servizio di una maggioranza spesso fittizia è veramente tirannico; perciò non a torto la democrazia e il dispotismo vengono posti sulla stessa linea»²¹.

Questa contrapposizione sarà destinata a percorrere i decenni successivi, nei quali si è radicalizzata in tutta Europa l'idea che il sistema delle garanzie fosse appannaggio di un regime, quello liberale, elitario e staccato dalle esigenze effettive delle masse popolari. Lo affermarono, con opposti intendimenti, ma con convergenti effetti istituzionali, il fascismo e il comunismo sovietico. La separazione dei poteri diventò, agli occhi dei seguaci dell'uno e dell'altro, strumento di resistenze conservatrici nei confronti della volontà del popolo, variamente interpretata da partiti-Stato e capi carismatici.

Dopo la tragedia della Seconda guerra mondiale, le Costituzioni europee della rinata democrazia posero le condizioni per il superamento della vecchia contrapposizione tra Stato di diritto di stampo liberale, elitario e conservatore, e democrazia fondata sui diritti fondamentali, non solo civili e politici, ma anche sociali. Questi ultimi erano particolarmente importanti, per saldare le garanzie classiche di libertà ed egualianza formali con le tutele sostanziali reclamate da quei ceti sociali che erano stati esclusi dallo Stato di diritto ottocentesco. Occorreva superare il dilemma delle garanzie senza dinamismo innovativo della legislazione da una parte, e, dall'altra, del potere assoluto delle maggioranze politiche, che peraltro potevano anche essere tutt'altro che innovative.

Il tentativo di conciliare Stato di diritto e pluralismo sociale passò attraverso l'inserimento nel livello di macrolegalità costituzionale – di cui si diceva prima – di una costellazione di principi sostanziali, legati alle rivendicazioni di libertà, ma anche ai bisogni dei cittadini e formulati in modo tale da lasciare – con espressioni indeterminate, ma significative – aperta la porta al fluire della

20. J. Madison, *Il Federalista* n. 48, in A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il federalista* (1788), ed. it. il Mulino, Bologna 1997, p. 445.

21. G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Feltrinelli, Milano 1977, p. 362.

storia²². La funzione dei principi sostanziali contenuti nelle Costituzioni del secondo dopoguerra è stata, ed è tuttora, quella di imprimere una spinta dinamica incessante a tutto l'ordinamento, imponendosi parimenti nella sfera della legislazione, dell'amministrazione e della giurisdizione. L'attuazione dei principi costituzionali (veste giuridica dei valori storicamente condivisi dal popolo) non spetta soltanto al legislatore, ma indistintamente a tutti gli organi dei pubblici poteri, dello Stato, delle Regioni e degli enti che comunque esercitano funzioni pubbliche o di rilevanza pubblica. È caduta la necessità dell'*interpositio legislatoris* per l'attuazione della Costituzione, che rappresentava l'ultimo bastione di difesa del vecchio Stato di diritto fondato sul potere illimitato del Parlamento. Come ha dimostrato in Italia l'esperienza dei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1948, il potere del legislatore può essere illimitato anche in negativo, nel senso cioè di omettere gli atti attuativi e rendere così inoperante l'intera Costituzione o parti importanti di essa.

7. La differenza tra principio di legalità costituzionale e principio di legalità del tradizionale Stato di diritto consiste nel diverso ruolo della Costituzione pluralistica rispetto a quello del costituzionalismo classico. Se quest'ultimo era una tecnica di limitazione del potere dell'apparato autoritario dello Stato, il primo è contrassegnato dal potere-dovere di attuare la Costituzione, che incombe su chiunque eserciti una funzione in grado di incidere su interessi pubblici, collettivi o anche soltanto di gruppo dei cittadini. La legalità non è più limite esterno, posto a garanzia di spazi negativi di libertà, ma compensazione necessaria tra ogni atto funzionale e principi costituzionali.

Il pluralismo proprio delle Carte contemporanee e l'indipendenza dei poteri separati allontana il rischio che si possa configurare una sorta di "Stato etico", giacché non esistono, né potrebbero esistere – proprio per la natura pluralistica della Costituzione – un'etica, una religione, una ideologia assunte dallo Stato come proprie. In questo senso, la laicità non è agnosticismo rispetto ai valori, ma riconoscimento che ve ne sono alcuni (libertà ed egualianza, senza le quali non è concepibile la democrazia), che consentono a tutti gli altri di conservarsi e realizzarsi negli ambiti in cui gli individui o le singole comunità di riferimento ritengano di doverli osservare e sviluppare.

Il processo è faticoso e talvolta allunga i tempi delle decisioni. Il metodo della concertazione pluralistica, già individuato da Kelsen come base del necessario compromesso parlamentare (sostitutivo dell'annientamento del nemico), può dare frutti migliori della scelta unilaterale imposta da una maggioranza, ancorché nel rispetto di limiti esterni di natura costituzionale. Il necessario bilanciamento dei principi – che non possono essere ordinati tra loro in modo

22. Cfr. S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), ora in Id., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano 1978, p. 141.

gerarchico – complica il controllo di legalità costituzionale, che deve lasciare ampio spazio a valutazioni empiriche di ragionevolezza, che ben poco hanno del mito del sillogismo giudiziale proprio della teoria tradizionale dello Stato di diritto. Si apre così un movimento circolare, che va dal legislatore ai giudici, passando per l'amministrazione, che produce una fertilizzazione reciproca di contenuti, ma soprattutto di tutele dei diritti fondamentali.

Negli ultimi decenni è prevalsa in Italia (e non solo in Italia) la convinzione che ideare scorciatoie decisioniste, mettendo da parte o depotenziando le procedure di confronto parlamentare o le “intrusioni” del popolo mediante i referendum o della Corte costituzionale – in specie con il controllo di ragionevolezza –, potesse imprimere all’azione dei pubblici poteri un’accelerazione “moderna”, e superare così l’immobilismo consociativo dei decenni precedenti.

I fatti sembrano dimostrare che si trattava di un’illusione, che ha accomunato schieramenti politici anche molto diversi tra loro. Se analizziamo infatti la legislazione degli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta del secolo scorso, ci accorgiamo che il numero e l’ampiezza di leggi di riforma (indipendentemente dai giudizi di merito che si possono dare su di esse) sono di gran lunga maggiori di quelli delle leggi di tal natura approvate nei decenni successivi.

Nell’auspicare l’avvento di leggi elettorali in senso decisionista e nel depredare le resistenze che provenivano da taluni ambienti della scienza politica, Maurice Duverger parlò, più di vent’anni addietro, di «nostalgie de l’impuissance»²³. Alla luce degli avvenimenti degli anni successivi, devo confessare che provo nostalgia per quel tipo di impotenza e rileggo Kelsen con rinnovata ammirazione.

23. M. Duverger, *La nostalgie de l'impuissance*, Albin Michel, Paris 1988.