

STATO COSTITUZIONALE

Gustavo ZAGREBELSKY*

Louis Favoreu, in memoriam

SOMARIO: I. *La dottrina della Costituzione come scienza della cultura.* II. *Acque incerte.* III. *Inclusioni ed esclusioni nella dottrina costituzionale.* IV. *Tesi: la fondazione nei caratteri del momento storico costituzionale.* V. *La Costituzione del pluralismo.* VI. *Pluralismo e Costituzione.* VII. *La natura della Costituzione come compromesso.* VIII. *La ri-moralizzazione del diritto.* IX. *Costituzione dal basso.* X. *L'Animazione dei casi.* XI. *L'Equilibrio dei principi.* XII. *Costituzione e cultura costituzionale.* XIII. *La cultura costituzionale e il suo valore diffusivo.* XIV. *La più perfetta e la più fragile delle Costituzioni.*

Il lessico politico di Aristotele ha sempre dato filo da torcere ai traduttori. Le realtà storiche sono così diverse che la stessa parola, trasportata da un contesto all'altro, induce spesso in equivoco e determina fraintendimenti o accentuazioni arbitrarie. Nel capitolo *La Costituzione per eccellenza* del volume dal titolo *La filosofia politica di Aristotele* (Bologna, il Mulino, 1985, trad. it. di *Grundlegung der politischen Philosophie bei Aristoteles*, Freiburg/München, Karl Alber, 1973), Günther Bien ricorda quanto opinabile e disputata sia la traduzione nelle nostre lingue dei termini aristotelici che hanno nella *polis* la comune radice. Nella nota 4 di pagina 304, riferisce l'interessante notizia che la parola *politeia* è resa come "Stato costituzionale" (*Verfassungsstaat*) in una traduzione tedesca (Stahr) del 1839 della *Politica*. Può essere che questo sia l'uso più risulante di un'espressione che oggi ha ormai preso il campo nei nostri studi

* Professore nell'Università di Torino, già presidente della Corte Costituzionale della Repubblica italiana).

in un senso che vuole essere specifico e vuole assumere il carattere di un paradigma. Come l'Ottocento liberale parlava di "monarchia costituzionale" non semplicemente per indicare una Costituzione che si accompagnava alla monarchia, così noi oggi parliamo di "stato costituzionale" per esprimere qualcosa di assai più profondo che non semplicemente il fatto estrinseco di una Costituzione che si accompagna allo stato. L'uso attuale dell'espressione è dunque carico di significati intenzionali che quel lontano precedente, derivante dall'imbarazzo nella traduzione di un termine difficile, non possedeva.

I. LA DOTTRINA DELLA COSTITUZIONE COME SCIENZA DELLA CULTURA

L'idea di "stato costituzionale" è il prodotto di un'elaborazione che dobbiamo soprattutto a Peter Häberle ed è un concetto che egli ha costruito alla stregua della sua dottrina della Costituzione come scienza culturale (*Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* [Duncker & Humblot, Berlin, II ed. 1998], poderosa collezione di riflessioni e materiali dedicati all'illustrazione di questa visione metodologica generale). Lo "stato costituzionale" sarebbe, se non un modello definito in tutti i suoi aspetti, almeno un segno preciso d'orientamento, germinato dal vasto mondo delle concezioni dell'essere umano e della società umana, dei valori, delle aspirazioni, delle sensibilità collettive venutisi a formare e a diffondere attraverso esperienze e comportamenti, grandi conquiste e grandi tragedie, fino a imporsi nella cultura della nostra epoca e del nostro mondo.

Questa visione mira a un'intelligenza non solo razionale, ma anche emozionale del nostro vivere in comune: si potrebbe dire un'intelligenza esperienziale delle tensioni tra elementi tradizionali e tendenze innovative, immerse nella pluralistica cultura (*op. cit.*, p. 5) in cui oggi siamo "costituzionalmente" immersi. Tale intelligenza si avvale liberamente, senza preconcetti teorici e preoccupazioni di "purezza" metodologica, di tutti i dati capaci di esprimere fattori costituzionali culturali: testi di costituzioni, giurisprudenze, dottrine economiche e sociali, classici della letteratura giuridica, politologica, filosofica e utopica, capolavori della poesia e della narrativa, della musica, delle arti figurative, atti, eventi e date storiche (esemplare l'*annus mirabilis* 1989), ecc.: tutto è potenzialmente rilevante, nulla può essere escluso *a priori*. La selezione dipende non dalla natura ma

dalla pregnanza di significato costituzionale dell'atto o del fatto. Quello che conta è, per l'appunto, il risultato, il punto di arrivo e, a questo scopo, nulla può essere scartato *a priori*.

Il punto d'arrivo —mi pare— potrebbe esprimersi con la sequenza di queste parole: comprendere, rendersi consapevoli della complessità e discernere: comprensione del significato storico-spirituale e storico-politico delle forme di vita costituzionale; consapevolezza della rete delle loro implicazioni, cioè dei presupposti e delle conseguenze necessarie; discernimento di quanto è costituzionale da ciò che è incostituzionale. I criteri fondamentali di queste operazioni sono dichiaratamente ricercati nei presupposti del diritto posto. Potrebbe trovare applicazione in questo caso la massima —mi si perdonerà questa auto-citazione— che è posta all'inizio del *Derecho ductil*: “Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto”. I legislatori, compresi quelli costituzionali (questi, anzi, più di tutti) che credono di essere “fondatori”, ignorano che i fondamenti delle loro creazioni non possono che dipendere da altro da loro. I grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altri simili espressioni di “diritto positivo” con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai hanno trovato lì la loro soluzione.

Nella determinazione e quindi nella selezione dei fondamenti culturali consiste la funzione di discernimento. Compito dei giuristi è pur sempre l'“*aequum ab iniquo separare*”, il “*licitum ab illicito discernere*”, secondo la celeberrima definizione di Ulpiano che apre i *Digesta* giustiniane (D. I, 1 pr-1) e qui sta la funzione normativa della scienza del diritto, funzione irrinunciabile in quanto essa intenda mantenere il suo carattere specifico tra le scienze sociali. Si potrà allargare lo sguardo e distoglierlo dalla contemplazione esclusiva di ciò che denominiamo “norme” e si potrà seguire l'aspirazione a dare conto dell'“essere delle norme” e della loro collocazione tra le strutture fattuali che reggono la società. Ma questo allargamento non deve avvenire a scapito della funzione normativa della scienza giuridica, che non può ridursi a un mero resoconto descrittivo che rinuncia a “prendere posizione”.

II. ACQUE INCERTE

La dottrina della Costituzione come scienza della cultura ci porta in territori assai lontani da quelli in cui tradizionalmente si muovono i giuristi.

Innanzitutto, viene gettato alle spalle il positivismo giuridico applicato alla Costituzione, cioè il punto di vista delimitato agli atti giuridici produttori di diritto costituzionale in senso stretto e formale, selezionati alla stregua delle norme “sulla produzione” del diritto, e sottoposti a interpretazione secondo i metodi della tradizione civilistica che guardano alla grammatica, alla sintassi, alla logica, al sistema e alla storia giuridica. La “cultura” diviene un, anzi forse addirittura, il metodo determinante ed esso “apre” il modo d’intendere la Costituzione, laddove la dottrina classica dell’interpretazione pretende di “chiuderlo”, delimitarlo, controllarlo. La cultura come —si perdoni il gioco di parole— Costituzione (o fattore costitutivo) della Costituzione (non possiamo dire “fonte”, *fuelle*, *source*, *Quelle*, per l’equivoco che si introdurrebbe) si accompagna così necessariamente a una delle idee più creatrici e innovative della dottrina di Peter Häberle, quella della “comunità aperta degli interpreti costituzionali”, dove gli “interpreti” non sono solo quelli chini sui libri di diritto costituzionale, ma tutti coloro che operano nella dimensione della cultura e producono risultati costituzionalmente rilevanti. Questa comunità, inoltre, è “aperta” non solo rispetto alla cerchia chiusa dei giuristi ma anche rispetto ai confini degli stati di appartenenza: confini politici che valevano a delimitare le sfere delle rispettive scienze costituzionali, fino a quando la Costituzione si considerava l’atto di forza con il quale uno stato o un popolo esprimevano al massimo grado la propria identità politica. Le scienze giuridiche nazionali e la loro relativa separazione erano la conseguenza di queste premesse. La comparazione costituzionale ha contribuito a corrodere progressivamente queste barriere ma, nella sua prima fase, le assumeva come determinanti. Data questa vocazione antistatalista e antinazionalista della dottrina della Costituzione come scienza della cultura, si comprende facilmente perché proprio Peter Häberle abbia collezionato un numero imprecisabile di stole dottorali *honoris causa* in ogni parte del mondo.

Ma, col positivismo giuridico della Costituzione, vengono oltrepassate anche le teorie descrittive e le trattazioni filosofiche della Costituzione: teorie e trattazioni che hanno i loro capostipiti, rispettivamente, in Aristotele e Platone. Le teorie descrittive procedono dall’osservazione delle esperienze costituzionali storiche concrete, le classificano alla stregua dei loro principi generatori ed eventualmente formulano giudizi di valore “interni”, come quelli di congruità, efficacia, pertinenza e coerenza rispetto a tali principi. Le dottrine filosofiche, al contrario, sono alla ricerca della

“giusta Costituzione”, fondata su considerazioni di valore “esterne”, indipendenti dalle esperienze concrete e desunte dalla natura degli esseri umani e delle loro società, dal senso della storia e da altre cose di questo genere.

La Costituzione come prodotto della cultura non è diritto positivo, nel senso del positivismo giuridico; non è una teoria (soltanto) descrittiva e non è nemmeno una filosofia costituzionale. Al tempo stesso, però, sembra essere qualcosa di tutte e tre queste cose. Non ignora infatti i testi giuridici formali, anzi attribuisce loro un grande significato (perfino a loro enunciati, come quelli simbolici: penso per esempio all’Inno alla gioia di Schiller-Beethoven di cui all’art. I-8 del Trattato costituzionale europeo), non però come “fonti” nel senso del positivismo giuridico, ma piuttosto come documenti ufficiali del progresso dello spirito umano. Assume i suoi contenuti non da una filosofia della giustizia o della verità o della socialità, ma da una ricapitolazione dei grandi eventi storico-spirituale che hanno fatto la storia dell’umanità. Allo stesso tempo, però, non è una mera catalogazione ma, piuttosto, una selezione secondo criteri “costituzionali” di valore. Il risultato non è una definizione ma l’enunciazione circa ciò che appare buono e bello, tra le esperienze dell’umanità, in fatto di convivenza tra singoli e popoli, ed è perciò meritevole di essere valorizzato come elemento positivo della cultura della Costituzione. Si consideri questa sequela, soltanto indicativa: dignità dell’essere umano come premessa, resa concreta nella cultura di un popolo (e poi di tutta l’umanità) attraverso i diritti fondamentali; consapevolezza della lunga storia dalla quale proveniamo e speranza e volontà di creazione di un futuro nel segno della continuità, quindi una scommessa sull’avvenire dell’umanità; in particolare, poi, Costituzione come contratto tra i viventi e le generazioni; divisione dei poteri; principi dello stato di diritto e dello stato sociale; indipendenza della giurisdizione e garanzia dei diritti fondamentali; naturale apertura verso la dimensione costituzionale mondiale della convivenza. Manca qualcosa? C’è qualcosa di bello e di buono che abbiamo dimenticato che non potrebbe rientrare in questa linea di pensiero?

Molti tra di noi, e io tra questi, hanno accolto con un autentico senso di liberazione l’idea della fondazione culturale della scienza della Costituzione e la conseguente riconsiderazione dei caratteri della nostra comune professione e dei compiti che ci spettano. Forse, però, qualcuno tra noi, e forse anch’io, nutriamo non infondatamente il timore di una dilatazione incondizionata dei confini della nostra riflessione. Lo stato costituzionale, consi-

derato alla luce della scienza della Costituzione come scienza della cultura, non finisce per essere un'idea indefinita e indefinibile, di contenuti e metodi potenzialmente onnicomprensivi, che si presta a essere incrementata con sempre nuovi materiali, un'idea apparentemente legata alla storia ma in realtà a-storica? Un'idea, rispetto alla cui indeterminatezza lo stesso Häberle, nell'introduzione al suo volume sopra citato (pp. 2-6) pone domande, alle quali, però, ritiene che non debba essere data una risposta *a priori*. Eventuali limitazioni poste alla riflessione costituzionale alla luce della cultura significherebbero una perdita in termini di "coscienza problematica", di "possibilità di andar cercando" e di "*chances* di conoscenza", tutte cose che, viceversa, devono essere verificate in concreto, senza restrizioni sul piano astratto. Ogni potenziale fattore costituzional-culturale deve essere sottoposto a prova "*sachbereichsspezifisch*", cioè con riferimento specifico al singolo campo di ricerca, e solo dopo se ne potrà dedurre un giudizio di rilevanza.

Date queste aperture, si comprende che non è rischio solo ipotetico quello che Häberle stesso segnala – ritenendolo reale, però, "solo a prima vista" — quando dice che un concetto ampio di "cultura" potrebbe degenerare a concetto di comodo o "in bianco", capace di spiegare tutto e niente ("Gefahr, daß "Kultur" zum Alles und Nichts erklärenden Allerwelts— oder Blankettbegriff degeneriert"). Proprio nella determinazione dei contenuti dello "stato costituzionale", questo pericolo è incombente, se è vero che la "cultura" può diventare la strada spianata per annoverare tra essi tutti gli sviluppi storici che paiono conformi al cammino virtuoso delle forme di convivenza umana. Ci avviciniamo così a un'ottimistica idea di "progresso costituzionale"? Se sì, la teutonica "Kultur" non si trasformerebbe implicitamente nella francofona "Zivilisation" costituzionale? E, se per avventura, gli sviluppi costituzionali storico-concreti si allontanassero dalla "retta via", come dovremmo considerarli? Una "incultura" da ignorare o combattere come "incostituzionale" o come elementi di una diversa, per quanto perversa, nozione di cultura in cui integrarli? In fondo al "culturale" si può facilmente applicare l'ironia di Karl Marx a proposito del "positivo" della Scuola storica: "Il *Tedesco*, che educa la figlia come la gemma della famiglia, non è più positivo del *Rasbute*, che l'ammazza per risparmiarsi il fastidio del suo sostentamento. In una parola: l'esantema è altrettanto positivo che la pelle" (*Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule* [1842], in K. Marx-F. Engels, *Werke*, Band 1, Dietz Verlag, Berlin, 1976, p. 70).

III. INCLUSIONI ED ESCLUSIONI NELLA DOTTRINA COSTITUZIONALE

Un problema per ogni dottrina della Costituzione non ripiegata su materiali solo formali, come sono le norme scritte nei testi delle Costituzioni, è dunque quello della scelta tra inclusioni ed esclusioni. Per esempio, con riferimento al nostro tema, saremmo disposti a includere nello “stato costituzionale”, secondo cultura l'imperialismo della democrazia; la teorizzazione della guerra come strumento ordinario dei rapporti tra i popoli; l'assolutizzazione del mercato privo di regole e quindi dominato dalla forza scatenata del denaro moltiplicata dalla tecnologia cui si appoggia; la finalizzazione della politica e della stessa cultura alle pure e semplici esigenze dello sviluppo economico; l'appello diretto del capo al popolo, fuori delle istituzioni della democrazia liberale; la demonizzazione degli avversari politici come strumento lecito nei rapporti tra avversari politici; il machiavellismo dei fini che giustificano i mezzi, fino alla menzogna, alla frode, alla violenza e alla tortura; la teoria a sfondo razzistico della superiorità di una civiltà sulle altre, con le conseguenze che se ne fanno derivare nelle relazioni sociali e politiche, e altre cose di questo genere che trovano tutte facilmente, molto facilmente, chi dà loro una base “culturale”? Se non siamo disposti a includere tutto ciò nella “cultura” e quindi nello stato costituzionale dal punto di vista di una dottrina costituzionale, è perché non ci sottraiamo a scelte fondamentali di valore e vogliamo difendere una *certa idea*, una *certa cultura* della Costituzione da altre certe idee e culture.

La scelta tra inclusione ed esclusione è perciò inevitabile. La Costituzione può svolgere la sua funzione “costitutiva” solo a condizione di differenziare e quindi operare opzioni. Vi potranno essere concezioni della Costituzione più o meno aperte ma l'indifferenziata inclusione di qualsiasi materiale la renderebbe irriconoscibile. Si ridurrebbe a una descrizione priva di nerbo, inutile rispetto alla sua funzione ordinante. Anche la dottrina della Costituzione secondo la cultura si manifesta così, innanzitutto, come un ideale —o, per chi non lo condivide— come un'ideologia costituzionale. Un elemento di valutatività, cioè di prescrittività in ogni teoria della Costituzione è dunque necessario. Consideriamo i nostri classici. Non ce n'è uno solo, credo —nemmeno quello che più ha teorizzato l'avalutatività della scienza giuridica— del quale non si possa dire che la sua teoria costituzionale non sia stata militante.

Tuttavia, esiste pur sempre una differenza tra una teoria e una filosofia o dottrina politica della Costituzione. La prima assume a base dati costituzionali storico-concreti. Il suo compito è relativo a questi: comprenderli, metterli in ordine, indicare le condizioni e le conseguenze di tale ordine, cioè precisamente “teorizzarli”, nonché segnalarne aporie e difficoltà e, eventualmente, indicare le soluzioni per evitare o uscire dalle contraddizioni che ne possono determinare la crisi e il crollo. Le filosofie e le dottrine della Costituzione prescindono da tutto questo, perché il loro compito è indicare ideali costituzionali e, eventualmente, le vie per realizzarli.

Occorre però guardarsi dal tracciare confini pratici troppo netti. Teoria e dottrina si possono incontrare e, in effetti, spesso si incontrano. La teoria si fa dottrina quanto più assume la Costituzione che esiste come Costituzione che deve esistere, quando cioè tende a diventare apologia della Costituzione; oppure, al contrario, la dottrina si fa teoria quando, abbandonando i lidi sereni ma sterili dell’utopia, diventa criterio di azione storica concreta. Tanto più il criterio è realistico, tanto più cioè le sue proposizioni si avvicinano alla definizione di qualcosa che si sta già realizzando, corrispondendo ai tratti distintivi della realtà che si va facendo, tanto meno è facile distinguere teoria da dottrina costituzionale.

Ma, per quanto i lati possano avvicinarsi, la differenza essenziale resta. Ora, però, il dubbio è che il solo riferimento alla “cultura” sia insufficiente a delimitare e difendere un discorso sulla Costituzione come teoria della Costituzione. Poiché vi possiamo trovare di tutto – nessuna epoca storica conosce una cultura costituzionale monolitica, poiché questa è per definizione l’oggetto di contesa tra forze immani, che si alimentano di strumenti culturali d’ogni tipo – la scienza “culturale” della Costituzione corre il rischio di diventare propaganda di parte e così di disintegrarsi e di perdere la capacità di formulare discorsi dotati di significato generale e, quindi, propriamente costituzionali. Una precisazione circa l’uso della “cultura” nei discorsi sulla Costituzione è dunque necessaria.

IV. TESI: LA FONDAZIONE NEI CARATTERI DEL MOMENTO STORICO COSTITUZIONALE

In quanto la teoria della Costituzione debba restare ancorata al suo oggetto, un oggetto del mondo delle concrete esperienze della vita sociale, l’appello alla cultura quale suo fondamento deve dunque specificarsi.

Certamente, anche la cultura, in tutti i suoi contenuti, è un insieme di esperienze concrete. Ma noi, come giuristi e costituzionalisti (e non, per esempio, come poeti o filosofi) abbiamo a che fare non con la cultura intesa come “esperienza umana”, esperienza molteplice dalle molte possibilità che ciascuno può cercare di mettere a frutto per se stesso, ma con la dura realtà delle esperienze collettive, determinate storicamente. Per questo, la considerazione della scienza costituzionale dal punto di vista della cultura deve focalizzarsi sui caratteri essenziali della situazione costituzionale, da cui noi, come singoli, pur essendone attori, siamo trascesi e condizionati. In questa tensione al concreto, il riferimento alla cultura trova la sua limitazione, ma anche il suo valore costituzionale.

Qualsiasi teoria della Costituzione presuppone che ci si renda coscienti dei caratteri della realtà costituzionale cui si riferisce. Ciò implica che gli elementi materiali particolari siano sistemati in un concetto e questo concetto servirà come un *focus* che indica l'elemento essenziale, che vale a comprendere tutti gli altri e a dar loro un senso rispetto all'insieme, un senso che altrimenti non avrebbero. Se il *focus* è inadeguato o sfuocato, rispetto alla realtà, non si potrà costruire alcuna teoria costituzionale. In particolare, con riguardo alla dottrina della Costituzione come scienza della cultura, non si avranno a disposizione criteri oggettivi per quell'opera di discernimento, senza la quale ciascuno farebbe quel che gli pare, con poco o nullo costruito; senza la quale la cultura della Costituzione sarebbe destinata a perdersi nella mistificazione, nell'inganno, nell'evasione e nella estraniamento dai problemi reali.

Cultura costituzionale e consapevolezza del momento costituzionale storico concreto, dunque, per rispondere alla domanda, ovvia e non eludibile: cultura di che cosa? Della Costituzione. Ma di quale Costituzione?

V. LA COSTITUZIONE DEL PLURALISMO

Il punto d'aggancio più fecondo della teoria dello stato costituzionale, la sua condizione storico-materiale fondamentale, è oggi la democrazia pluralista. L'esistenza di una Costituzione, quale insieme di principi che si differenziano sotto diversi aspetti dalle norme ordinarie — la Costituzione che chiamiamo “rigida” — non è una invenzione di giuristi preoccupati di completare l'edificio dello stato di diritto legislativo con un ulteriore livello di legalità, la legalità costituzionale, capace di imporsi anche al le-

gislatore. Questa è semplicemente una concettualizzazione teorica (come vedremo, incompleta e perciò fuorviante). La Costituzione rigida è il risultato di forze molteplici appartenenti alle tre dimensioni della vita sociale: politica, economica e culturale, le quali, per l'assenza di una dominante, sono costrette a cercare un equilibrio tra loro, attraverso compromessi. Lo stato costituzionale trova la sua forza nella debolezza relativa dei soggetti costituzionali che lo sostengono. Possiamo definire il pluralismo come la condizione in cui versano le società composite, dove però le divisioni tra le parti non raggiungano un grado di tensione tale da rendere impossibile il compromesso.

Questa definizione è assai ricca di contenuto. *a)* Innanzitutto, essa ci rimanda all'esigenza di uno "spazio costituzionale" definito, in cui operino istituzioni aventi giurisdizione di ampiezza corrispondente. Le tensioni sono costitutive dello stato costituzionale ma esse non possono prendere corpo se non hanno un ambiente comune cui agganciarsi e in cui intrecciarsi. L'assenza di confini istituzionalizzati rende addirittura inimmaginabile la dimensione costituzionale, come è nella situazione attuale di evasione di poteri economici e politici dalle dimensioni determinate da istituzioni comuni, nazionali o sopranazionali: situazione che si denomina "globalizzazione" o "mondializzazione", due termini che significano, per ora, il contrario di Costituzione. *b)* In secondo luogo, occorre che i conflitti non raggiungano il punto di rottura insanabile, oltre il quale c'è la discordia o, per usare un altro termine della Grecia classica, la stasi. Concretamente, la condizione affinché i contrasti non degenerino in conflitti è l'articolazione dei poteri sociali e qui si manifesta il rapporto imprescindibile tra stato costituzionale e pluralismo. *c)* Il contenimento delle tensioni è legato al numero tre (almeno il tre), il numero santo del diritto costituzionale. Il pluralismo che ci interessa non è dualismo. Il numero due è un numero sovversivo o oppressivo: esso contiene l'oscillazione tra lo scontro per l'annientamento dell'altra parte (come fu all'epoca delle "monarchie costituzionali" del XIX secolo o all'epoca del conflitto di classe nella seconda parte del XIX secolo e in quello successivo) e la consociazione unitaria (di fronte a pericoli esterni, come il pericolo proletario per la monarchia e la borghesia dell' '800). Non è possibile qui una riflessione sui numeri nel diritto costituzionale: qui basti osservare che il numero uno è quello del potere monolitico che è Costituzione di se stesso e non ha bisogno di una Costituzione esterna a se stesso; il numero due, o si riduce all'uno o porta allo scontro

distruttivo, mentre il tre è il numero della coesistenza dinamica tra le parti: *coesistenza* in quanto ciascuna di esse abbia interesse all'esistenza delle altre due (onde non essere coinvolta poi in uno scontro duale dall'esito incerto); *dinamica*, in quanto il tre consente competizioni e alleanze variabili tra le parti.

Il pluralismo non è tuttavia soltanto un dato di gran parte delle nostre società. E' anche un dato interno a ciascuno di noi. L'essere umano delle società sviluppate del XXI secolo è diventato complicato. Vogliamo tante cose e, spesso, cose che, nella loro absolutezza, sarebbero incompatibili le une con le altre. Anche la nostra psiche deve essere costituzionalizzata tra le diverse tendenze che la sottopongono a tensioni: vogliamo libertà e uguaglianza; sicurezza e garanzie; amore e giustizia; rigore e pietà; socialità e solitudine, ecc. Deve trovare in sé un equilibrio che non sacrifichi nulla di essenziale per sé. Il pluralismo costituzionale si riflette così el pluralismo della coscienza individuale, il quale si predispone alla coesistenza e al compromesso.

VI. PLURALISMO E COSTITUZIONE

Pluralismo e Costituzione si implicano tra di loro. Il dualismo monarchico-borghese ha prodotto le effimere Costituzioni del costituzionalismo liberale dell' '800. Il pluralismo del '900 ha prodotto le Costituzioni democratiche odierne. Solo queste ultime, peraltro, sono vitali Costituzioni nel senso pieno della parola. Le prime, pur consistendo in documenti formalmente differenziati e, talora, dotate di "clausole di eternità", si sono rivelate, come non poteva non essere, strutturalmente inidonee a valere come costituzioni: il loro equilibrio non poteva essere mantenuto e, infatti, o sono state travolte da restaurazioni monarchiche o si sono semplificate a favore del predominio borghese. Esse portavano dentro di sé il germe che le avrebbe rese irriconoscibili, quand'anche, anzi soprattutto quando fossero rimaste a lungo formalmente in vigore. Soprattutto, mancava loro il presupposto affinché potessero essere sottoposte a una garanzia posta al di fuori dei rapporti di forza tra le due parti. Una Costituzione senza una base pluralistica che consenta la produzione di forze omeostatiche di equilibrio (l'autentica garanzia costituzionale materiale) e poi, come è nella natura della cosa, favorisca la nascita di forme di garanzia presso organi di giustizia costituzionale (la garanzia costituzionale formale) è solo un conato, è

un (nuovo) inizio di una controversia costituzionale rispetto alla quale essa si limita a prendere atto delle forze in campo.

VII. LA NATURA DELLA COSTITUZIONE COME COMPROMESSO

La Costituzione del pluralismo è essenzialmente un compromesso garantito dalla sua rigidità. Come si esprime tale compromesso? Attraverso *norme di principio* che corrispondano ai valori di ciascuna delle parti della società che entra a far parte del compromesso. Accanto alle *regole* che disciplinano analiticamente i rapporti tra gli organi dello stato (corpo elettorale, parlamenti, governi, capi dello Stato, magistrature, ecc.), dove il compromesso si realizza soprattutto attraverso sempre nuove istanze di garanzia contro l'onnipotenza delle maggioranze, si moltiplicano le norme che contengono principi di orientamento, che dovranno essere poi specificati nei diversi ambiti della vita sociale regolati dal diritto (dignità umana, democrazia, vita, libertà, sicurezza, pace, giustizia sociale, uguaglianza, solidarietà, bene comune, pluralismo, legalità e proporzionalità-ragionevolezza-razionalità del diritto; uso non abusivo del diritto ecc.), principi che talora esprimono esigenze contrastanti (la libertà di impresa ma l'integrità dell'ambiente; il mercato ma i diritti collettivi dei lavoratori; il diritto di proprietà ma la funzione sociale della proprietà stessa; i diritti organici ma anche i diritti individuali, ad esempio rispetto alla famiglia, ecc.). Gli stessi diritti fondamentali sono per lo più enunciati attraverso norme di principio o, quanto meno, vengono interpretati come se fossero norme di principio. Onde si può dire che la parte organizzativa e procedurale della Costituzione contiene principalmente regole (anche se non esclusivamente: si pensi ai "principi" dello stato di diritto, alla separazione dei poteri, alla sussidiarietà, alla leale cooperazione); la parte materiale, nella quale si riversano le aspirazioni costituzionali delle forze in campo, è invece composta essenzialmente di principi.

Questa dimensione di principio delle Costituzioni è spesso oggetto di critiche da parte di chi ne lamenta il difetto di normatività nel senso del positivismo giuridico. I principi sono norme in un senso particolare e, infatti, negli ultimi tempi, sul piano della concezione del diritto, si è contrapposto al "normativismo" il "principalismo". I principi non si prestano infatti alle

consuete operazioni di interpretazione e applicazione, cioè alla sussunzione e al ragionamento sillogistico, per la semplice ragione che essi sono norme senza fattispecie. Ma le lamentele sono sterili perché essi sono lo strumento necessario del compromesso. Tra parti che muovono da posizioni diverse, il consenso può ottenersi elevando il grado di astrattezza delle proposizioni. Inoltre, i principi —pur non essendo affatto quelle inutili dilazioni lessicali dei problemi, secondo l'incomprensione che è stata di Carl Schmitt— rinviano a un momento successivo la loro determinazione concreta: due aspetti dei principi tutt'altro che irrilevanti, in vista del compromesso che la situazione costituzionale pluralista richiede. *Pluralismo* e *principialismo* sono i due lati (quello sociale e quello giuridico) della stessa medaglia. Tutto ciò è denso di significati, al di là della Costituzione, per la concezione del diritto, in generale.

VIII. LA RI-MORALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Poiché i principi costituzionali sono formule sintetiche che rinviano a valori che normalmente il diritto non definisce ma assume dalla sfera della morale, la Costituzione introduce nell'ordinamento giuridico elementi che il positivismo giuridico delle regole non solo non comprendeva ma combatteva come invasioni di campo. Con riferimento ai principi costituzionali si è parlato di ri-moralizzazione del diritto: "ri" o nuova moralizzazione, rispetto ai tempi del diritto naturale. Il caso odierno non è però definibile puramente e semplicemente come un'ennesima rinascita del diritto naturale. Non si tratta di concepire una sfera di diritto vigente pre-positivo (quale che ne sia l'origine: l'ordine divino impresso alle cose, la "natura delle cose", la ragione, la rivelazione di Dio, ecc.); il diritto è pur sempre diritto positivo: ciò che le generazioni degli esseri umani vogliono e decidono che sia. Ma una cosa è la statuizione diretta, altra quella indiretta che opera rinvii a qualcosa che sta al di fuori della sua determinazioni specifiche positive, in una sfera che ha a che fare con la filosofia morale e la filosofia politica. Guardiamo le argomentazioni dei nostri Tribunali costituzionali: quando essi trattano grandi questioni (ad esempio quelle relative agli *status* personali, ai problemi della nascita, della vita e della morte), esse assomigliano più a trattazioni "in diritto naturale" che a dimostrazioni "in diritto positivo". Il richiamo a un principio scritto nella Costituzione è spesso solo il modo per aprire una dis-

cussione che si sposta altrove. Nei dossier dei giudici costituzionali trovano posto non solo le opinioni dei giuristi ma anche le discussioni tra filosofi morali. Se la natura reale dei problemi non sempre emerge con chiarezza, è solo perché viene occultata — si potrebbe dire: per pudore positivistico — dietro argomenti giuridici “tecnici”, di facciata.

Questa connotazione del diritto può piacere a quanti rifiutano la positivista separazione rigorosa del diritto da ogni istanza di morale o giustizia sostanziale; e può non piacere a quanti temono, non ingiustificatamente, che in tal modo, invece di inquadrare e quindi delimitare l'argomentazione giuridica, si finisca per aprire le porte a uno scontro illimitato tra concezioni del mondo. In effetti, di per sé, il richiamo ai grandi principi introduce nella discussione giuridica le loro diverse concezioni. Si pensi alla dignità umana. Un tomista ne avrà un'idea, un illuminista, un'altra; un organicista, una; un individualista, un'altra. Oppure la vita: chi pensa che sia un dono di Dio, che ne è il padrone, combatterà fieramente chi pensa invece che sia proprietà dell'essere umano, che non deve risponderne che a se stesso; chi pensa che sia un bene sociale combatterà chi ritiene invece che sia un dato appartenente alla sfera privata individuale. Le conseguenze su argomenti come l'aborto, l'eutanasia, la sperimentazione scientifica, la manipolazione e gli interventi sul genoma umano, ecc. sono chiare a tutti.

Eppure, per quanto si sia consapevoli delle difficoltà, non potrebbero queste costituire la ragione per rifiutare l'influenza che i principi costituzionali esercitano sull'intero ordinamento giuridico. Ciò potrebbe avvenire — come in alcuni paesi, tra i quali il mio, si è tentato un tempo che avvenisse — cercando di privare i principi costituzionali di carattere giuridico, per relegarli — come se fossero semplici preamboli di buone intenzioni — nel campo delle pie aspirazioni che ciascuno di noi può nutrire secondo i propri sogni e desideri. Tuttavia, poiché l'iscrizione di principi nelle Carte costituzionali è diretta conseguenza del carattere pluralistico dello stato costituzionale, la nullificazione dei principi equivarrebbe nientemeno che alla contraddizione della loro premessa. Ciò, evidentemente, è impossibile, a meno che non si intenda negare proprio la premessa, per instaurare un potere ordinatore a una sola dimensione. Onde, la conclusione che il “diritto per principi” e le difficoltà che ne derivano non sono, oggi, una nostra scelta ma una necessità con la quale dobbiamo convivere, cercando la convivenza migliore.

IX. COSTITUZIONE DAL BASSO

Della Costituzione rigida si è mortificato il significato quando se ne è assorbito il significato nella concezione gradualistica dell'ordinamento giuridico, quando cioè si aggiunto un gradino in più, il più alto, all'edificio giuridico che il principio di legalità del secolo liberale ci aveva consegnato e su questo gradino iper-legale si è posta la Costituzione. Che la Costituzione organizzi i procedimenti normativi è un dato di fatto. Ma che i principi costituzionali esprimano il contenuto di una volontà normativa preesistente e presupposta alla legislazione, una volontà che, come il fulmine nella mano di Giove tonante, cala e si impone dall'alto al basso, sembra essere il residuo di una concezione monarchica dell'ordine costituzionale: una concezione che potrebbe dirsi adeguata a descrivere la realtà solo alla impossibile condizione che lo stato costituzionale conoscesse un'autorità capace di volere e disporre prima e indipendentemente dalla Costituzione, un'autorità capace, per l'appunto, di imporre la Costituzione come norma più alta al vertice dell'ordinamento che essa istituisce.

Ma il pluralismo costituzionale è esattamente l'opposto di questa autorità monarchica. Esso è radicalmente inconciliabile con l'idea di un potere supremo, preesistente alla Costituzione, sia esso nelle mani di un monarca autocratico che concede la Costituzione (come nel XIX secolo) o nelle mani di un popolo che decide unitariamente e sovranamente su se stesso (secondo la concezione della *verfassungsgebende Gewalt des Volkes*). Questa concezione dall'alto al basso della dinamica costituzionale disconosce e oscura la circostanza essenziale che la Costituzione rigida, in quanto funzione del pluralismo, è espressione di un movimento contrario: non dall'alto verso il basso, garantito da una forza sovrana che impone il suo ordine costituzionale, ma dal basso all'alto, promosso dalla convergenza di forze radicate nella società, nessuna delle quali da sola decisiva, le quali si riconoscono mutuamente il diritto di partecipare all'opera costituzionale. La Costituzione nasce da questo riconoscimento reciproco che crea la base consensuale della Costituzione ed è l'opposto di un atto d'imperio sovrano. Onde, anche della Costituzione deve dirsi che essa non sta affatto al vertice dell'ordinamento giuridico, come norma suprema che riflette l'unità presupposta di un potere sovrano ma sta alla base, come tessuto di principi in cui la pluralità di soggetti costituenti esprimono le condizioni del loro stare insieme. Dire della Costituzione *norma sovrana*, significa di-

re costituzione monarchica; allo stato costituzionale del pluralismo si addice piuttosto la Costituzione come *norma fondamentale*: la prima è posta al vertice e presuppone l'unità come dato, la seconda è posta alla base e mira all'unità come a compito, anzi: come al compito da svolgere.

Mentre la Costituzione come norma sovrana può reggersi sulla forza ordinante del soggetto sovrano che la esprime, non così è per la Costituzione come norma fondamentale, posta alla base. Essa può reggersi solo sul consenso delle parti: il consenso sull'insieme che deriva dall'accettazione dei principi sostenuti dalle altre parti, come condizione per l'affermazione (anche) dei propri. Ecco perché la Costituzione dello stato costituzionale pluralista è un'intersezione sempre problematica di lealtà reciproche che deve essere alimentata costantemente da atteggiamenti di disponibilità verso le ragioni altrui.

X. L'ANIMAZIONE DEI CASI

Il positivismo giuridico legalista, in tutte le sue forme, si basa sulla più netta separazione tra diritto e fatto, tra fattispecie normativa e fattispecie storica. E' una applicazione della grande dicotomia che divide il regno del dover essere dal regno dell'essere. I fatti che cadono sotto il giudizio delle norme devono essere concepiti come materiale inerte: per l'appunto "meri fatti". Questa rigida separazione fa da sfondo alla teoria dell'applicazione del diritto come "sussunzione" o come "sillogismo pratico" e, nello stesso senso, potrebbero ricordarsi immagini meno tecniche ma più suggestive, come quella del diritto come ragnatela che acchiappa chi vi incappa (Dio-gene Laerzio), o quella del possente "polipo giuridico" (Rudolf Jahring), oppure come le concezioni matematizzanti del diritto (Leibniz, sopra tutti, per il quale, come due più due fa quattro, anche se non c'è niente da contare, così ciò che è conforme o è difforme al diritto è tale, anche se non c'è niente da giudicare). Queste concezioni della "vita del diritto" presuppongono che le norme giuridiche siano "regole", riconducibili allo schema kelseniano: se è *a*, deve essere *b*. Quando il diritto è invece "principio", tutto cambia. Anche a questo proposito, la differenza tra regola e principio, è impossibile qui diffondersi come sarebbe opportuno. E' sufficiente osservare che i principi, essendo norme senza menzione di specifici fatti di vita (fattispecie), indicano essenzialmente prospettive di senso e di valore e, infine, richiedono non ubbidienza passiva ma adesione. Chi aderisce a

un principio si dispone a guardare i fatti della vita dalla prospettiva che il principio indica. Il principio indica un'inclinazione spirituale rivolta alla comprensione del senso e del valore dei fatti sociali e da ciò deriva un'inclinazione all'azione.

Perciò, in un "diritto per principi" i fatti vengono illuminati e animati, diventano "casi problematici" che sollevano domande mentre in un "diritto per regole" si può ragionare come se essi siano meri accadimenti. Potremmo fare molti esempi di come i principi operano innanzitutto nell'illuminare di senso e di valore i fatti. I più chiarificatori riguardano i "casi nuovi", come quelli che nascono dalle applicazioni della tecnologia biomedica agli eventi della nascita, della vita e della morte. Anche qui, però, occorre limitarci, bastando osservare che, in questo modo, si scardinano le premesse del positivismo giuridico legalista, sia pure non per una ragione teoretica che contraddica la legge dell'impossibilità di inferire norme da fatti (i fatti continuano a essere fatti e le norme, norme) ma per una ragione che riguarda la natura del materiale normativo (principi invece di regole) con il quale si costruisce, dalle sue fondamenta, l'ordinamento giuridico: i fatti, in quanto siano considerati alla luce dei principi, esprimono senso e valore ed esigono di essere regolati in conformità. I fatti esprimono pretese di regolazione, una volta che siano intesi come "casi" problematici.

Questo è il terreno più favorevole perché l'ermeneutica giuridica possa attecchire e spodestare le concezioni tradizionali dell'interpretazione giuridica, unilaterale e "dall'alto in basso", dalla norma al fatto. La valorizzazione del caso e la sua animazione mette inevitabilmente in movimento il "circolo ermeneutico", cioè l'interrogazione dell'ordinamento giuridico a partire dal caso da decidere e dalle sue esigenze normative, determinate alla stregua dei principi coinvolti: un'attività di interrogazione nella quale tutti gli strumenti dell'interpretazione giuridica sono chiamati a operare, in una prospettiva completamente diversa da quella tradizionale. Non si tratta, infatti, di determinare l'*esatta* interpretazione, alla stregua dell'ordinamento considerato come insieme di norme autosufficienti; si tratta invece di individuare la norma più *adeguata* a risolvere il caso, senza forzarne i caratteri di senso e di valore. Quando il circolo ermeneutico non si chiude e l'ermeneutica dell'ordinamento fallisce il suo scopo, lo stato costituzionale fornisce lo strumento per uscire dall'*impasse*: l'annullamento o la dichiarazione di nullità della norma legislativa inadeguata, nelle forme previste dai diversi sistemi di giustizia costituzionale.

Non ci si lasci confondere dall'apparente complicazione e si consideri il rilievo che sempre, quando si ha a che fare con i principi, assumono i casi nel valutare la legittimità della regola: il rapporto non è a due: principio-regola, ma a tre: principio-caso-regola. Del resto, il semplice confronto tra un principio e una regola non potrebbe portare, di per sé, a nessun giudizio conclusivo di compatibilità o incompatibilità tra principio e regola, per l'evidente eterogeneità dei termini messi a confronto. Di ciò non ci si rende conto, normalmente. Si tende a occultare l'influenza del caso nelle scelte interpretative, per una sorta di pudore metodologico che è un lascito del positivismo della legge, spesso operante nell'inconscio dei giuristi. Ma, a ben riflettere, ci si accorgerà che in tutte le "questioni di principio" altrettanto o più importante della considerazione del principio in sé è l'apprezzamento del caso concreto: è in questa valutazione che più frequentemente le opinioni si dividono.

Una certa connotazione casistica si introduce nella vita del diritto e questo è un dato che può non piacere, per le conseguenze che possono derivarne, quanto a certezza e prevedibilità delle operazioni applicative del diritto. Ma non è chiudendo gli occhi di fronte alla realtà che si può pensare di esorcizzarne gli aspetti meno graditi.

XI. L'EQUILIBRIO DEI PRINCIPI

In ogni contesto costituzionale pluralista, i principi costituzionali sono numerosi e devono perciò essere combinati tra loro, quando — come spesso accade — l'assolutizzazione di uno comporterebbe la nullificazione di tutti gli altri. In più, si deve considerare che di regola le costituzioni non determinano gerarchie tra i principi. Si comprende che alcuni di essi abbiano valore costitutivo della stessa compagine sociale e quindi abbiano valore assoluto, riguardando tutti allo stesso modo (la dignità umana, la democrazia, ecc.) mentre altri corrispondono a ideali politici relativi. Questi ultimi non sono di regola collocati in una scala di valore, poiché ciò comporterebbe giudizi di preferenza cui corrisponderebbe, al di là delle norme costituzionali, una gerarchia sociale incompatibile col pluralismo.

Il pluralismo dei principi e l'assenza di gerarchia hanno conseguenze importanti circa la struttura delle operazioni di natura giuridico-costituzionale. In tutte le questioni di diritto in cui è coinvolto più di un principio, la tradizionale logica giuridica lineare e verticale (*ex principiis derivationes*)

è sostituita da un'arte compositiva orizzontale. Si tratta di determinare innanzitutto quali sono i principi coinvolti in un caso controverso; sulla base di questa ricognizione, si potranno determinare le soluzioni, essendo chiaro che nessuno dei principi potrà trovare applicazione integrale, poiché occorre che sia lasciato spazio agli altri. In effetti, come è stato bene mostrato da Ronald Dworkin, ciò che chiamiamo principio si distingue da ciò che chiamiamo regola precisamente in questo: le regole esigono un'applicazione integrale, i principi possono essere relativizzati gli uni nei confronti degli altri, attraverso la loro "ponderazione", il loro "bilanciamento". Queste operazioni sono difficilmente concepibili come espressione di una logica formale, secondo una scienza basata sul principio di non contraddizione. La *scientia iuris*, per quanto riguarda la Costituzione, deve così molto spesso lasciare il passo alla *iuris prudentia*, un'attività di cui è forse impossibile prestabilire le regole. Questo punto andrebbe approfondito più di quanto si possa fare in questa circostanza. Si può solo dire che nel diritto dello stato costituzionale la pluralità dei principi non può essere concepita come un insieme di contraddizioni da eliminare con decisioni selettive e semplificatrici. Le contraddizioni sono l'anima dello stato costituzionale e le tensioni che ne derivano devono essere allentate per mezzo di complessi, difficili e sempre rivedibili compromessi (i "compromessi pratici" di Konrad Hesse).

Resta comunque una differenza tra la decisione rimessa al legislatore e quella che spetta ai tribunali costituzionali, il primo nello svolgimento della Costituzione, il secondo nella sua applicazione alle controversie costituzionali. Il rapporto relativo dei principi costituzionali, in assenza di gerarchia e di qualunque altro criterio d'ordine tra loro, non è predeterminato in modo tale che la legge possa essere concepita come semplice esecuzione della Costituzione. La libertà della politica urterebbe contro una visione così rigida e limitativa della legislazione. Al contrario, la Costituzione pluralista, non prefigurando un ordine determinato, offre al legislatore possibilità sempre aperte di intervento, per spostare gli accenti tra i principi che sono in gioco. Questo è, per l'appunto, il campo riservato alla politica e alla competizione tra le forze che si affrontano per il governo. Ciò spiega, tra l'altro, l'instabilità delle leggi nelle Costituzioni dove non domina un solo principio, ma molti principi sono in competizione tra loro e nessuno può imporsi definitivamente sugli altri. I Tribunali costituzionali che controllano la legislazione hanno un altro compito: verificare la plausibilità

degli equilibri sanciti dalle leggi, distruggerli eventualmente, ma non sostituirsi al legislatore. Nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale si discute di ragionevolezza, razionalità, proporzionalità, massimizzazione dei benefici, minimizzazione dei costi e sono stati costruiti vari *test* logici di verifica di tale plausibilità, attraverso stadi progressivi di penetrazione del controllo (nella Germania federale, in Canada e in Israele, ad esempio). In ogni caso, non spetta loro sostituire nuovi compromessi a quelli previsti dal legislatore. La pluralità dei principi costituzionali, contro l'apparenza, deve rappresentare per i giudici costituzionali una remora al loro interventismo. A loro spetta, in linea di massima, distruggere, per lasciare al legislatore il compito di ricostruire.

Ogni soluzione dei casi costituzionali a più lati non potrà non deludere chi si ispira a principi semplici. Innanzitutto, egli cercherà una dimostrazione e troverà solo argomenti discutibili. In secondo luogo, sarà infastidito dall'impressione che l'argomentazione sia un pericoloso destreggiarsi tra ostacoli che devono essere evitati, piuttosto che un sicuro ancorarsi a un terreno capace di tenere di fronte ai dubbi. Infine, avvertirà le tortuosità dell'argomentazione come una strumento di adescamento della simpatia o della credulità del pubblico, di cui si cerca il favore. I giudici che hanno a che fare con principi, a chi si ispira a principi semplici, sembreranno pericolosi equilibristi che, invece, di difendere l'oggettività del diritto al quale sono sottoposti, cercano solo di arrivare al termine della camminata senza rompersi l'osso del collo.

XII. COSTITUZIONE E CULTURA COSTITUZIONALE

Abbiamo preso avvio dalla dottrina della Costituzione come scienza della cultura di Peter Häberle. Ritorniamo ora per porre la domanda: su che cosa si fondano le costituzioni dello stato costituzionale pluralista?

Nel corso di questa esposizione, è stata avanzata la distinzione tra Costituzioni monarchiche e costituzioni pluraliste, una distinzione che, al momento attuale, mi pare capitale e assai più utile di molte altre, correnti tra di noi. Le costituzioni monarchiche si fondano sul potere, anzi: su un potere sovrano. Nel celeberrimo discorso che Ivan Karamazov mette in bocca al Grande Inquisitore, Fëdor Dostoevskij trae spunto dalle tre tentazioni del Cristo nel deserto (Mt 4, 1-11; Lc 4, 1-13) per chiarire la triplice natura del potere: forza, pane, miracolo: «... in tre parole, in tre sole frasi umane, tutta la storia avve-

nire del mondo e dell'umanità: che cosa pensi Tu, che tutta la sapienza della terra, riunita insieme, riuscirebbe a escogitare qualcosa di paragonabile, per forza e profondità, a quelle tre domande che realmente furon proposte a Te, quel giorno, dal possente spirito del deserto?... In queste tre domande, è come riassunta in blocco e predetta tutta la futura storia umana, e son rivelate le tre forme tipiche in cui verranno a calarsi tutte le irriducibili contraddizioni storiche della natura umana sulla terra intera» (*I fratelli Karamazov*, parte II, cap. V). Il potere di cui si parla qui è la costrizione, derivante dalla violenza fisica, dal bisogno materiale, dal controllo ideologico delle coscienze o dalle tre cose insieme. Tutto ciò è monarchico.

Le costituzioni monarchiche si fondano su una forza sovrana. La *Grundnorm* della nostra scienza della Costituzione —l'ordinamento legittimo è quello effettivo— è semplicemente l'abbellimento del diritto del più forte. Hans Kelsen (in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft. 3, Berlin-Leipzig, p. 55) ha detto, a proposito della "eterna questione" di che cosa vi sia dietro il diritto positivo: "Chi cerca la risposta — temo — non trova né l'assoluta verità di una metafisica né l'assoluta giustizia di un diritto di natura. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi, contro di lui si erge la testa di Gorgona della forza".

Ma nelle situazioni pluralistiche molto deve cambiare. Il pluralismo costituzionale non è semplicemente una variante tra tante. E' un cambio di paradigma che mette in discussione le certezze acquisite. Per definizione, la sua *Grundnorm* non può contemplare il potere monarchico: l'ordinamento legittimo è pur sempre quello effettivo ma il principio materiale in cui l'effettività trova la sua sostanza e da cui essa trae la sua legittimità, non è il potere ma la coesistenza. Questo principio, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico, può esprimersi così: legittimo è l'ordinamento che effettivamente garantisce il pluralismo dei principi (con l'eccezione di quelli radicalmente non integrabili con gli altri); per quanto riguarda l'organizzazione politica (che meriterebbe un autonomo discorso, che rinviamo ad altra sede), quello stesso principio può invece esprimersi così: legittimo è l'ordinamento che effettivamente garantisce un leale e sempre aperto confronto fra tutte le posizioni (con l'eccezione delle posizioni di coloro che si propongono di sopraffare le altre).

Ora, su che cosa può fondarsi la garanzia effettiva del pluralismo? Qual è la forza su cui può reggersi una siffatta Costituzione del pluralismo? Certo non su una forza, nello stesso senso delle Costituzioni monarchiche. Qui

viene la risposta eticamente esigente, incompatibile con quell'acquiescenza generalizzata al potere che è l'aspirazione principale di ogni Costituzione monarchica: questa forza non può che essere quella che viene dall'adesione attiva e generalizzata a un tipo di convivenza in cui ci sia posto per tutti, basata sul riconoscimento reciproco dei diritti di tutti. Una cultura, dunque, adeguata al *convivium*. La dottrina della Costituzione come scienza della cultura è, in breve, la risposta teorica alle esigenze del pluralismo, organizzato nello "stato costituzionale".

Noi potremmo domandarci ulteriormente di che cosa si alimenta una tale cultura, inducendoci così a scendere ancora più nel profondo, in dimensioni etiche, storiche, artistiche, educative, ecc. della vita collettiva, le quali a loro volta rimandano a ulteriori approfondimenti. Tutto ciò apre naturalmente l'orizzonte e dimostra quanto angusta sia la prospettiva del positivismo della Costituzione, una volta che la si confronti con le necessità esplicative e fondative della Costituzione pluralistica. Dimostra, finalmente, ciò che ora appare incontrovertibilmente: il positivismo applicato alla Costituzione è una ideologia funzionale a ogni tipo di Costituzione monarchica e non una fredda e neutrale necessità del diritto costituzionale, preso in considerazione da un punto di vista scientifico.

XIII. LA CULTURA COSTITUZIONALE E IL SUO VALORE DIFFUSIVO

Le Costituzioni monarchiche possono permettersi il lusso di concentrare *in apicibus* il problema della legittimità, cioè di circoscriverlo alla legittimità del potere primo, dal quale tutte le conseguenze fluiscono, trovando in quello l'assicurazione della loro effettività e legittimità. Non è così per le Costituzioni pluraliste. Il loro principio vivificante, il loro *ressort* (per usare la celebre espressione di Montesquieu) si trova diffuso, diluito in tutti gli atti e in tutti i momenti della vita dell'ordinamento, dai più solenni e simbolici ai più minuti e quotidiani, nei quali si possa leggere l'apertura alla convivenza pluralistica (o, al contrario, si trova contraddetto in tutti gli atti che esprimono atteggiamenti di arroccamento aggressivo a difesa di posizioni unilaterali). In una certa misura, tutte le relazioni giuridiche e sociali contengono un valore (o un disvalore) costituzionale. Una legge, un'interpretazione, l'atto di fondazione di un partito e la predisposizione del

suo programma, una campagna elettorale e il risultato di una elezione parlamentare: tutto entra in relazione con la cultura costituzionale.

Ma, innanzitutto, è la legittimità della Costituzione a essere direttamente implicata e non solo della Costituzione come intero ma anche delle sue singole parti di principio. La moralizzazione della Costituzione che consegue alle norme di principio potrebbe essere addirittura la premessa per la distruzione dello stato costituzionale, quando prevalga un'interpretazione dogmatica e il pluralismo dei principi venga ordinato in una scala gerarchica rigida. Questo è il pericolo dell'implosione costituzionale. Ma esiste anche l'opposto pericolo dell'esplosione, ove si accenda una lotta tra principi, condotta da forze intransigenti che assolutizzano i propri principi per annientare gli altri. Nel mezzo, altrettanto insidioso, è il pericolo che il pluralismo dei principi finisca per essere percepito, soprattutto quando lo scontro si fa aspro, come insignificanza costituzionale: una Costituzione zeppa di principi è una Costituzione alla quale si possono far dire troppe cose.

Nell'attuale momento, noi possiamo osservare questa triplice tendenza all'opera di fronte a situazioni, nuove o che si rinnovano, che pongono domande difficili, soprattutto di natura etica. Abbiamo già menzionato le questioni sollevate dalla scienza applicata alla nascita, alla vita e alla morte degli esseri umani. Oggi, sono questi i problemi costituzionali avvertiti nel modo più lacerante; domani, chissà. Le Costituzioni, come tali, sono di solito incapaci di imporre univoche soluzioni. Tutte le opinioni vi possono trovare i principi che vengono utili per sostenere la propria battaglia e imporre la propria visione; di fronte al caos delle opinioni sostenute come principi indiscutibili, la via d'uscita consiste nell'accantonare la Costituzione. Non sono i giuristi positivi, che si applicano alla Costituzione, ad aiutare a uscire dall'impasse. Essi, anzi, di solito non fanno che aggravarla. Se una via d'uscita c'è, è ancora in una cultura costituzionale della convivenza e nell'adesione attiva delle forze che l'alimentano, con tutti gli strumenti a disposizione.

XIV. LA PIÙ PERFETTA E LA PIÙ FRAGILE DELLE COSTITUZIONI

Fino a qui, gli argomenti trattati sono tutti interni a ciò che denominiamo Costituzione dello "stato costituzionale". La questione era: dato il suo principio generatore — il pluralismo — che cosa ne deve venire perché questa

forma di reggimento politico viva e che cosa effettivamente viene, sia di positivo ma anche di negativo, dal suo funzionamento. Si è ragionato come se trattassimo di una teoria, non di una dottrina. Non ci si è infatti, finora, ancora posti dal punto di vista esterno, per domandare: questa Costituzione è buona e attraente o cattiva e ripulsiva? Trattando di Costituzioni è difficile non fare classifiche e quindi non finire per fare l'apologia di una di esse a discapito delle altre. Perfino Aristotele, il principe dei classificatori che ha dato lo spunto a queste considerazioni, parlando della *politeia* dice che la sua "realtà è sfuggente" (*Politica* IV, 7, 1293a, 40), come quella di tutte le cose nobili e preziose, mentre assai più concreta è la realtà delle altre sei forme di governo, che poco o molto si allontanano da quella che, evidentemente, è il modello positivo (la "politeia — si spinge a dire nell'*Etica Eudemia* [1241 b 31]— è il rapporto tra fratelli").

Noi sappiamo bene che le nostre Costituzioni sono determinate da concretissimi fattori storici, rispetto ai quali i nostri progetti e desideri svolgono una parte limitata. Per questo ci guarderemo bene dal dire che lo stato costituzionale, pur con tutto ciò che di buono e bello porta con sé, rappresenta la fine della storia delle Costituzioni, perché non sappiamo immaginare nulla di migliore per l'avvenire ma, se mai, solo perfezionamenti.

Tuttavia, tra i fattori storici delle Costituzioni stanno anche le nostre azioni e quindi non è privo di senso l'interrogativo circa l'atteggiamento da assumere di fronte a una determinata Costituzione. E qui si pongono le nostre scelte di valore in cui entrano i più diversi elementi e fattori di comprensione. Ora, a parte tutto il resto (concezione dei rapporti tra gli esseri umani, democrazia e relativo relativismo, diritti umani e tolleranza, ecc.) a me pare che lo stato costituzionale sia la forma di convivenza tra gli individui e i popoli che può, se non eliminare, almeno allontanare giorno dopo giorno gli esiti tragici di ogni tentazione semplificatrice della vita sociale e politica. Per questo, lo stato costituzionale merita la nostra apologia.

Tuttavia, occorre realisticamente considerare che le tentazioni semplificatrici prendono piede nello spirito collettivo (nella forma di ideologie totalitarie o di governi demagogici e plebiscitari, apparentemente de-ideologizzati) nei momenti di stanchezza e disillusione. Lo stato costituzionale è fortemente esposto al rischio di corrompersi in mere pratiche compromissorie e di perdere di vista il valore per il quale esiste: un valore che è molto forte dal punto di vista dell'utilità generale ma, purtroppo, è molto debole dal punto di vista degli interessi particolari, ai quali "costituzionalmente"

richiede sacrifici. La più perfetta delle Costituzioni è anche la più fragile. Non può infatti appoggiarsi su nulla, fuori e prima di sé.

Ed ecco proporsi, per l'ultima volta, la cultura costituzionale, come l'unica forza capace di elevare ciascuno di noi dalla considerazione del suo piccolo mondo alla contemplazione del mondo di tutti, per pensare e agire di conseguenza.