



IL COSTITUZIONALISMO E LO STATO COSTITUZIONALE*

di Paolo Ridola**

SOMMARIO: 1.- Alcuni chiarimenti preliminari sullo “stato costituzionale”. 2.- Stato costituzionale e costituzionalismo. 3.- Lo stato costituzionale aperto o cooperativo. 4. Il futuro dello stato costituzionale

1.- Alcuni chiarimenti preliminari sullo “stato costituzionale”

L'espressione *stato costituzionale* sintetizza l'insieme delle trasformazioni offerte dal costituzionalismo nelle democrazie pluralistiche, le quali hanno comportato la progressiva erosione degli schemi concettuali del giuspositivismo statualista. Con essa si indica pertanto, in un'accezione molto generale, il *modello* delle costituzioni delle democrazie pluralistiche, il quale ha avuto, da alcuni decenni a questa parte, una straordinaria capacità di propagazione su scala mondiale, anche per effetto di convenzioni internazionali, processi di integrazione sovranazionale e di recezione incrociata fra le costituzioni statali. E' anche affermazione corrente che con tale modello si sia affermata in modo compiuto la supremazia della costituzione, soprattutto grazie allo sviluppo su larga scala degli istituti del controllo di costituzionalità su larga scala e di un diritto giurisprudenziale vivente anche attraverso la sempre più fitta rete comunicativa del dialogo tra le corti. Ciò ha comportato, tra l'altro, la confluenza del dibattito sullo stato costituzionale con quello sul neocostituzionalismo. La stagione del “neocostituzionalismo” ha fatto balzare in primo piano, come ha rilevato Richard Bellamy, la tensione tra *legal* e *political constitutionalism*. Come comporre il

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno “Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa”, che si terrà a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università di Roma “La Sapienza”.

disaccordo sui *substantive outcomes* che una società fondata sul pluralismo e sull'eguaglianza vorrebbe raggiungere? Affidandosi alle risorse del processo democratico o a quelle del *judicial process*? Ma la questione è al centro della storia del costituzionalismo inglese e di quello nordamericano, nei quali i due profili si intersecano in un arco lungo di tempo.

L'elaborazione della categoria dello stato costituzionale costituisce peraltro l'approdo di un travagliato, e più complesso, itinerario culturale, iniziato durante gli anni della Repubblica di Weimar, il quale ha comportato un radicale mutamento di prospettiva (dalla *Staatslehre* alla *Verfassungslehre*: dallo stato *alla* costituzione) nello studio degli assetti delle comunità politiche. Ciò vuol dire non soltanto che il modello indicato tende a trascendere l'organizzazione degli stati, ma soprattutto che, anche con riferimento all'esperienza di questi, la costituzione non si (im)pone più come l'espressione della sovranità dello stato e dei suoi limiti, e che in essa convivono e si coordinano nel pluralismo sfere distinte, quella privata, quella pubblica (riferita alle molteplici forme di organizzazione dell'opinione pubblica), ed infine, ma senza alcuna pretesa di esclusività, quella statale. Inoltre, il legame fra costituzione e pluralismo investe non soltanto i contenuti di quella (ad es., con il rilievo delle associazioni, dei partiti, delle organizzazioni degli interessi, di svariate manifestazioni della *sfera pubblica*), ma le dinamiche costituzionali e le modalità attraverso le quali si afferma il *valore* della costituzione: il pluralismo diviene, in breve, elemento qualificante dell'*effettività* della costituzione. Questa trasformazione ha investito anzitutto le dinamiche costituzionali, le quali hanno assunto un andamento spiccatamente *processuale*, che ha dato risalto alla *comunicazione* fra i molteplici soggetti che ad esse prendono parte, e che si manifesta tanto nella fase costituente (come dimostrano gran parte delle *transizioni* succedutesi negli ultimi tre decenni) che in quella dei mutamenti costituzionali che, infine, nella fase dell'adeguamento della costituzione in via interpretativa. L'adattamento delle dinamiche costituzionali ad un processo pubblico pluralistico ha reso pertanto meno netta la distinzione fra *foundations*, *transformations* e *interpretation* della costituzione (B. Ackerman), e dimostra che è essenzialmente sul terreno della capacità di sorreggere una <concordanza pratica> della complessità sociale che si misura, come su un permanente, evolutivo banco di prova, la supremazia della costituzione.

2.- Stato costituzionale e costituzionalismo

Questi rapidi cenni di inquadramento storico del costituzionalismo sollevano con forza gli interrogativi concernenti l'impatto di trasformazioni profonde degli ordinamenti politici, quelle determinate dalla democrazia e dal pluralismo in particolare, sul nucleo storico-concettuale del costituzionalismo. A partire dal XX secolo si è infatti dissolto progressivamente il legame che aveva unito in modo indissolubile il complesso di congegni di garanzia e di protezione *contro* il potere

sovrano, i quali riflettevano l'ideologia e l'impianto teorico del costituzionalismo, alle esigenze fondative dell'ordine e dell'egemonia borghesi, da un lato, e dall'altro alla costruzione del diritto pubblico dello stato nazione. Tale processo di dissolvimento si è compiuto in due tempi. In un primo tempo, dopo la fine della prima guerra mondiale, quando la società civile, con le sue articolazioni e con le sue linee di conflittualità, fece il suo ingresso nello scenario delle costituzioni europee: l'ampliamento del contenuto delle costituzioni, come strumento per inquadrare o imbrigliare le complesse dinamiche delle società pluralistiche, ed insieme la democratizzazione del processo politico ed il crescente rilievo delle forme di organizzazione politica delle masse, fanno balzare in primo piano la funzione di legittimazione delle costituzioni, la quale si allinea alla componente garantistica, che esse hanno ereditato dalla tradizione del costituzionalismo moderno, ma tende talvolta ad oscurarla. In un secondo tempo, allorchè la stessa istanza di limitazione del potere fuoriesce dagli orizzonti della statualità, per confrontarsi con la rete delle interdipendenze dello <stato costituzionale cooperativo> (Häberle) ,e con fenomeni di globalizzazione che hanno investito, oltre ai mercati, il campo dei diritti, la sfera della "comunicazione pubblica", la democrazia, a causa del venir meno della coincidenza fra spazio territoriale, ambito della sovranità statale e dimensione della comunità politica.

Va osservato che dal rapporto con la complessità sociale sono uscite profondamente trasformate sia la concezione del *ruolo* della costituzione, non più riconducibile ai congegni di neutralizzazione presidiati dalla legalità formale, che quella della sua *supremazia* , non più inquadrabile nel paradigma dello *Stufenbau* kelseniano e di una disposizione esclusivamente gerarchica dell'ordinamento delle fonti normative. Ciò dipende dal fatto che le costituzioni del pluralismo contengono anzitutto grandi opzioni di principio, le quali rinviano ad una visione del diritto non riducibile né alla conformità ad uno schema legale (secondo l'approccio del giuspositivismo formalistico) né alla mera fattualità (secondo l'approccio del giuspositivismo sociologico), ma definita dal paradigma dell'adeguatezza/corrispondenza ad un quadro di valori materiali. La riflessione sulla funzione delle norme di principio nell'interpretazione ha messo in luce che al rapporto fra costituzione e pluralismo è intrinseca la compresenza di orientamenti e di *direttrici* di fondo, che, proprio in forza della loro struttura normativa, *aprono* l'interpretazione della costituzione, consentendo di *disvelare* i contenuti etico-valutativi e gli ideali di giustizia immanenti al testo. I *principi* costituzionali vanno apprezzati pertanto essenzialmente sul terreno loro intrinseca potenzialità espansiva (rispetto alle regole, applicabili invece secondo lo schema "tutto o niente": *Dworkin*) o su quello della *ottimizzazione* dei risultati, in quanto precetti che debbono guidare verso la massima approssimazione possibile all'obiettivo di conformare l'ordinamento a tutti i contenuti di valore della costituzione (*Alexy*). E la supremazia della costituzione si misura, pertanto, sullo spazio di gioco e sul raggio di azione *assiologici* che essa dispiega, piuttosto che sul piano di criteri formali di gerarchia normativa, e sul terreno dell'interpretazione piuttosto che su quello della corrispondenza astratta ad uno schema di conformità/diformità.

Ecco, io credo che la questione decisiva sia questa: in quanto le costituzioni sono costrette a misurarsi con la complessità sociale e con il pluralismo, ciò ha reso impraticabile la strada dei congegni di neutralizzazione elaborati dal liberalismo giuridico e peraltro ineludibile il ripensamento della tensione fra il diritto e la legalità. Una tensione –sottolineo ancora– per gran parte estranea alla storia del costituzionalismo. Voglio riferirmi non soltanto alle origini medievali del costituzionalismo inglese (all’idea della soggezione del sovrano ad un diritto radicato nella coscienza sociale e inteso come concretizzazione storica dei principi del diritto naturale: *Mc Ilwain, Tierney*). Ma voglio aggiungere che anche le radici dell’idea dello stato di diritto nel giusnaturalismo razionalista non ne separavano l’essenza da una teoria della giustizia e da un impianto valutativo, ed anzi la connotavano di elementi sostanziali prima che procedurali. Sono troppo note le ragioni storiche per le quali il liberalismo giuridico avrebbe finito per radicalizzare l’opposizione fra il diritto e la legge. Il punto è che il pluralismo ha scardinato sia un impianto di protezione dei diritti rimesso a congegni di neutralizzazione.

Su questo piano giocano evidentemente un ruolo decisivo le grandi opzioni di principio contenute nelle “costituzioni del pluralismo”: esse sottendono una visione del diritto definita dal paradigma dell’adeguatezza/ corrispondenza ad un quadro di valori materiali. E dunque a scalzare la tesi che non vi sia alcun legame necessario fra diritto e morale, fra il diritto positivo e la giustizia, non ha contribuito soltanto la volontà di fare argine, dopo la fine della seconda guerra mondiale, al totalitarismo come male estremo della politica (penso alla formula di Radbruch), ma anche la necessità, imposta dal pluralismo, di caricare la costituzione di un inedito compito di unificazione politica, inedito perché operante sullo scenario di società caratterizzate dalla disomogeneità e attraversate dal conflitto (*Hesse*).

Non vi è dubbio che lo spostamento del giudizio sulla costituzionalità della legge dallo schema del raffronto fra oggetto e parametro a quello della corrispondenza/adeguatezza ai contenuti di valore della costituzione comporti il passaggio ad una visione *flessibile* dell’ordinamento giuridico nel suo insieme (che è poi, in funzione di pluralismo e reciproco riconoscimento, una risorsa virtuosa piuttosto che un avventuroso *Abschied* dalla normatività). Ma essa comporta anche (lo aveva rilevato, da un angolo visuale critico, Forsthoff sulla scia di suggestioni weberiane) una spinta verso la *materializzazione* dello stato di diritto. Una “materializzazione”, anzitutto, affidata al ruolo di *principi* costituzionali, i quali sono lo strumento precipuo per raggiungere l’obiettivo di conformare l’ordinamento a tutti i contenuti di valore della costituzione. Una “materializzazione”, inoltre, il cui approdo finale sembra essere non quello della astratta sottoposizione della legge alla costituzionalità formale e materiale, ma quello che l’interpretazione e l’applicazione delle leggi debbono risultare, nel singolo caso, conformi ai contenuti materiali della costituzione. Si colgono qui, da un lato, la distanza di questo esito dallo schema kelseniano del controllo accentrato, ma anche ragioni profonde (proprio di cultura costituzionale, direi), che separano i *bilanciamenti* degli interessi della tradizione statunitense (radicati nelle dinamiche del controllo diffuso) dalle *ponderazioni* di derivazione tedesca, che –sotto questo

aspetto- rappresentano lo sforzo più elaborato di calare nella griglia del controllo di tipo accentrato un'interpretazione della costituzione consapevole della varietà dei contenuti di valore che in essa convivono e della multidimensionalità dei diritti fondamentali che da quella discende.

Questo scenario si riflette anzitutto sulla struttura e la garanzia dei diritti fondamentali, in quanto esso ha visto emergere canoni di protezione dei diritti non riconducibili allo strumentario delle garanzie della tradizione dello stato di diritto. Tale strumentario si rivela infatti insufficiente, se non improduttivo, *perché* si tratta di canoni che vanno aldilà delle categorie elaborate nel quadro dello stato di diritto al fine di circoscrivere l'azione dei pubblici poteri: fissazione dello scopo (dell'interesse pubblico), parità di trattamento, principio di determinatezza della fattispecie, polarizzazione regola/eccezione, generalità e astrattezza della legge. O ancora *perché* il nuovo scenario costituzionale, entro cui si iscrive la protezione dei diritti fondamentali, impone di riconsiderare sotto una luce differente canoni di garanzia pure non sconosciuti allo stato di diritto di derivazione liberale, come il principio di proporzionalità o il divieto di atti arbitrari. Quanto al primo, perché lo scrutinio del rapporto fra mezzo e scopo non si situa più all'interno della relazione (di stampo statualistico) fra potere sovrano (ed in principio illimitato) e libertà individuale, ma lo trascende, aprendosi alla considerazione dei rapporti fra i diversi ambiti della società civile e della collisione fra i diritti dei privati. E quanto al divieto di arbitrio, perché esso, ancora una volta spiazzando lo schema dell'antagonismo fra atti d'imperio e soggetti privati, si carica di un contenuto positivo, indirizzato alla realizzazione delle sottostanti direttrici costituzionali di orientamento.

Occorre essere consapevoli che il nodo del pluralismo giochi, in questa vicenda, un ruolo davvero decisivo. Che si riflette sulla posizione della legge, sulla sua collocazione nel sistema delle fonti: giacché l'intreccio –l'embricazione- di stato e società, che sembra il punto di approdo delle democrazie pluralistiche, ha trasformato la funzione ordinamentale della legge, chiamata non più solo a circoscrivere dall'esterno la sfera di libertà degli individui, ma divenuta strumento di regolazione delle dinamiche sociali. Ma uno strumento che, su questo terreno, subisce il restringimento degli spazi di manovra imposti dalla funzione direttiva dei principi costituzionali (la *dirigierende Verfassung: Lerche. Gomes Canotilho*). Le trasformazioni della funzione legislativa si rispecchiano dunque nelle nuove sembianze con cui si manifesta la supremazia della costituzione. E se l'antica supremazia della legge regredisce a spazio discrezionale, anche la costituzione non è più identificabile solo con un insieme di limitazioni dell'azione dei pubblici poteri, né con un insieme di garanzie di beni della vita innalzati –staticamente- al rango di una superiore forza normativa. Ma essa si configura come un complesso ordinamentale, il cui mantenimento nei confronti delle minacce del legislatore costituisce un *compito* permanente affidato dinamicamente all'interprete. Sotto questo aspetto, le operazioni di bilanciamento e di ponderazione prendono la distanza dall'approccio del normativismo. Una distanza che riguarda il piano della legge (sul quale lo spazio discrezionale è prevalso sull'antica onnipotenza), ma coinvolge a monte il piano della costituzione e della sua forza normativa.

Ciò ha comportato conseguenze rilevanti per quanto riguarda il ruolo e gli stili argomentativi delle corti costituzionali, che si sono manifestate su basi filosofiche ed in contesti differenti di cultura giuridica, ma rispecchiano in ogni caso trasformazioni profonde dell'interpretazione costituzionale. Si fa qui riferimento, per menzionare gli esempi più rilevanti, alla *reasonableness doctrine* (fondata sul bilanciamento degli *interessi* coinvolti), elaborata dalla Corte suprema statunitense, grazie alla quale lo scrutinio di costituzionalità si è aperto alla valutazione se la misura adottata sia *fair, intelligent, just*, o se, al contrario, essa risulti irragionevole, non appropriata, non necessaria. Si fa riferimento, per altro verso, al giudizio della ponderazione (*Abwägung*) dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, effettuato dal Tribunale costituzionale tedesco. Attraverso di esso, il canone del divieto di atti arbitrari (*Willkürverbot*), ereditato dalla tradizione del *Rechtsstaat* ottocentesco, si trasforma, caricandosi di una valenza positiva (di allineamento ai principi costituzionali), nelle diverse figure argomentative dell'*Übermaßverbot* (divieto di eccessività), in una scala di sfumature che dalla necessità (*Erforderlichkeit*) della misura scivola sul terreno della proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) e su quello della mera idoneità allo scopo (*Zwecktauglichkeit*).

Mi limito qui ad elencare in modo assolutamente sintetico gli approdi fondamentali della *Güterabwägung*: efficacia dei *Grundrechte* nei rapporti interprivati; superamento della concezione dei "limiti" dei diritti come "barriera" (*Schranke*) esterna contenitiva di sfere di libertà in principio illimitate (i limiti dei *Grundrechte* come limiti "immanenti", perché incardinati nel "sistema di valori" di cui il diritto è espressione: *Häberle*); apertura alla dimensione transnazionale dei diritti, inauguratasi con la Dichiarazione universale del 1948, poiché, secondo letture recenti (*Rensmann*), il richiamo alla *Wertordnung* ha operato anche come varco alla penetrazione nel sistema costituzionale di valori universali accolti nella Dichiarazione ed alla nascita di un *grenzüberschreitender Grundrechtskonstitutionalismus*). Più in generale, il richiamo alla *Wertordnung* ha operato come fattore di "potenziamento della *Geltungskraft* dei diritti fondamentali", i quali danno "impulsi" e "direttrici" a tutto l'assetto della comunità politica. Ritengo importante sottolineare questo punto. L'indirizzo che costruisce i *Grundrechte* come espressione di una *Wertordnung* non pone questo aspetto dei diritti in opposizione con il loro aspetto di tipo individuale. Esso si propone anzi, come è stato chiarito fin dalla sentenza *Lüth*, di estendere la forza di irradiazione (*Ausstrahlungskraft*) della centralità del soggetto nel sistema costituzionale.

Questo passaggio è decisivo per collocare in prospettiva storica le ragioni della trasformazione dei canoni argomentativi utilizzati dalle corti costituzionali per l'interpretazione dei diritti fondamentali. In alcuni miei lavori recenti, ho sostenuto, soprattutto grazie alle suggestioni dell'opera di Leo Strauss e, in Italia, di Matteucci, che è frutto quanto meno di una visione unilaterale (se non di un fraintendimento) ritenere il giuspositivismo statualistico come l'unico approdo coerente dell'eredità del costituzionalismo. E', questa, una visione del costituzionalismo nel cui orizzonte c'è Hobbes più che Locke, e che risente troppo a mio avviso della lettura molto radicale che del complesso itinerario storico del

costituzionalismo ha dato Carl Schmitt. Questo indirizzo trascura, a mio avviso, la forte tensione etica e valutativa racchiusa nell'ideologia del costituzionalismo, cui gli esiti del liberalismo giuridico ottocentesco (e le ragioni di fondo del disegno di forte unificazione politica che lo ispirò) avrebbero impresso una torsione giuspositivistica sempre più marcata, rinserrando la garanzia dei diritti entro l'orizzonte della legalità, di un diritto *im-posto* dalla volontà del legislatore.

Al contrario (questa è la tesi di fondo che tento di argomentare), l'affermarsi di una giurisprudenza sui diritti fondamentali che fa ricorso a canoni di ragionevolezza (fondati sul bilanciamento degli *interessi* coinvolti) o sulla *Abwägung* dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, segna un radicale distacco dalle rassicuranti neutralizzazioni della legalità formale, dal paradigma dello stato di diritto di derivazione liberale e dagli strumenti di garanzia che esso apprestava ai diritti: diritti *pubblici soggettivi*, non a caso, secondo il filone ricostruttivo del tardo liberalismo giuridico culminato con Jellinek, e non (o non ancora) diritti *fondamentali*, cioè diritti connotati da una funzione costitutiva dell'ordinamento costituzionale complessivo.

Nella dottrina statunitense è molto dibattuto se le operazioni di bilanciamento delle corti costituzionali abbiano compromesso il rapporto dei giudici con il testo costituzionale (*Scalia*). In quella tedesca, è stato discusso se le ponderazioni abbiano aperto il varco ad una “*tirannia dei valori*”, con una conseguente regressione delle normatività della costituzione a mero “punto di vista delle operazioni di ponderazione” (*Forsthoff*), e si è aggiunto che tali operazioni soffocherebbero sotto il peso di una concezione onnipervasiva della costituzione gli spazi di autonomia del legislatore parlamentare e ne sacrificerebbero la legittimazione democratica a vantaggio di una vera e propria onnipotenza di giudici, sebbene poggiata sulla costituzione (*Böckenförde*). O se, al contrario, il passaggio ad una visione *flessibile* dell'ordinamento giuridico nel suo insieme sia funzione di pluralismo e reciproco riconoscimento, una risorsa virtuosa piuttosto che una avventurosa recessione della normatività. In ogni caso il dibattito dimostra che lo stato costituzionale si distacca dalle rassicuranti neutralizzazioni della legalità formale, dal paradigma dello stato di diritto di derivazione liberale e dagli strumenti di garanzia che esso apprestava.

Un'altra critica mossa allo “stato costituzionale dei bilanciamenti” ne denuncia l'impronta paternalistica. Secondo Isaiah Berlin, precursore di questo indirizzo, il sacrificio della libertà (negativa) individuale in nome di una “libertà più alta”, che un qualche soggetto investito di una funzione “pedagogica” ci addita come tale. In breve, i rischi di un “dispotismo” dei più saggi, del tempio di Sarastro del *Flauto magico*, costituisce il maggiore pericolo delle operazioni di bilanciamento. Critiche alle quali non erano mancate risposte, provenienti da filoni differenti della cultura giuridica weimariana, che, con accentuazioni diverse, si era misurata con l'interrogativo se il piano costituzionale possa davvero essere indifferente ad un *Ineinander von Bindung und Freiheit*, che scolpisce il significato dei “valori” sociali. Ed invero, non sono essi che “orientano” il fluire dinamico del processo di integrazione, attraverso il quale le norme costituzionali “si atualizzano” (Rudolf

Smend)? Non costituiscono essi fitta trama che consente alla costituzione di “organizzare” la libertà nella vita sociale (Hermann Heller)?

Più di recente, va segnalata la critica neoliberale delle ponderazioni (*Ladeur*, e prima *Schlinck*): un passaggio importante proprio per tornare ad un punto centrale della mia relazione, riguardante il rapporto fra valori, ponderazioni e pluralismo. Passaggio importante perché questo indirizzo (“neoliberale”) finisce per imputare in sostanza ai bilanciamenti ed alle ponderazioni una funzione di blocco dei processi spontanei di autoorganizzazione della società. Sarebbe stato forse necessario operare alcune distinzioni: così, ad esempio, la critica mi appare più problematica ove riferita al ruolo del giudiziario nel sistema statunitense, molto fortemente raccordato con la società e storicamente più capace di interpretare direttamente il pluralismo sociale, e certo diversamente fondata rispetto alle ponderazioni che si muovono nel quadro di un ordinamento di valori materiali. Il punto di partenza è che un’accentuata formalizzazione dei diritti, da un lato, e la circostanza che i diritti non facciano sistema, ma esprimano solo garanzie puntuali di sfere di libertà, riescano meglio a liberare le spinte verso la ricerca di un assetto spontaneo della società, in continua evoluzione, inquadrato entro la cornice della legalità formale. In breve, i congegni di neutralizzazione apprestati dalla concezione giuspositivistica delle libertà negative offrirebbe spazi maggiori alle risorse del decentramento e dell’indeterminatezza dei rapporti svolgentisi nella società. Ho espresso qualche perplessità su questa critica neoliberale delle ponderazioni (*von Hayek, Leoni*). Perché sono convinto che la condizione di frammentazione degli interessi e di iperpluralismo propria delle società complesse non produca solo azioni coordinate di reti di organizzazione sociale, ma tensioni, conflitti, marginalità sociale. E che una democrazia pluralistica non può rinunciare ad un tessuto istituzionale capace di farsi carico di una funzione di *Ausgleich*, correttiva dello spontaneismo sociale, come garanzia di *libertà eguale*, ma anche come condizione irrinunciabile di *inclusione* in un processo libero ed aperto, che costituisce certo davvero l’anima di una società libera. Questa appunto mi sembra, in conclusione, la risorsa fondamentale dei bilanciamenti e delle ponderazioni in un quadro di costituzioni pluridimensionali e pluriorientate, alle quali non sembrano attagliarsi soluzioni interpretative oppostive ed esclusive (*aut-aut*), ma piuttosto la ricerca di prudenti concordanze e di temperamenti.

In definitiva, lo stato costituzionale non ha comportato il mero trasferimento della legalità sul piano più alto della supremazia gerarchica della costituzione, ma un mutamento qualitativo rispetto allo stato di legislazione. E, secondo alcuni indirizzi di pensiero, tale mutamento qualitativo costituirebbe la nuova frontiera del costituzionalismo negli ordinamenti di democrazia pluralistica, la quale recupererebbe la forte tensione etica espressa dall’ideologia del costituzionalismo moderno, tensione che l’assorbimento di essa nel giuspositivismo statualistico aveva invece progressivamente oscurato. Il passaggio allo stato costituzionale, in definitiva, avrebbe comportato la riformulazione del costituzionalismo in una dimensione aggiornata alle istanze delle società pluralistiche, poiché essa pone l’accento sul *contenuto di valore* della costituzione e potenzia il ruolo della

giurisprudenza nel far valere tali contenuti anche *contro* l'azione del legislativo e dell'esecutivo. Laddove, al contrario, un approccio di tipo *legalistico*, costruito sul paradigma dello *stato di legislazione* tende a porre l'accento sulla centralità del legislatore ed a ridurre gli spazi di una giurisprudenza chiamata a dare voce ai contenuti materiali della costituzione.

3.- *Lo stato costituzionale aperto o cooperativo*

Concludo con alcune considerazioni sullo scenario di interdipendenze transnazionali che condiziona in misura crescente lo sviluppo dello stato costituzionale. Segnalo, anzitutto, la tematizzazione häberliana della categoria del *kooperativer Verfassungsstaat*, sulla quale mi soffermo perché più larga e, soprattutto, più decisamente orientata dall'approccio *rechtvergleichend*. Ne segnalo i tratti essenziali (che lasciano intravedere nuove aperture della sua opera verso l'approdo ad una *universale Verfassungslehre*. Häberle muove dalla risalente proposta teorica di una teoria costituzionale fondata sul "pensiero possibilista" anziché sul "pensiero delle alternative" e rielabora la concezione del costituzionalismo come dottrina dei limiti del potere (di quello "statale" e di quello "sociale"), ma con alcune importanti integrazioni e sottolineature: I. l' *Abschied* da un *präkonstitutioneller Staatsbegriff* proprio della tradizione culturale tedesca (di pensare lo stato "prima" della costituzione); II. il costituzionalismo come *kulturelle Errungenschaft*, e come conquista di una dimensione umana considerata nella sua interezza, *als Ganzes* (che colloca, sullo sfondo, il rinvio al *Menschenbild*); III. L'incompatibilità con il costituzionalismo degli approcci decisionistici, fondati su polarizzazioni *Freund/Feind*, critica che non ritengo possa essere tacciata di un eccesso di irenismo, perché essa è, probabilmente, l'unica risposta possibile, guardando alla storia e guardando agli assetti delle società pluralistiche.

Prospettive come quella accennata segnalano una tendenza all'apertura cosmopolitica del costituzionalismo. Gli studi häberliani sul *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* sono da intendersi come come *Vorstufe* di una *universale Verfassungslehre*. Deriva di qui la complessità di un approccio fondato non sul monismo tra costituzioni statali e diritto internazionale, ma sulla loro integrazione materiale: *Völkerrecht im Verfassungsstaat* e viceversa *Verfassungsstaat im Völkerrecht*. Il che vuol dire coesistenza di elementi di un "diritto internazionale costituzionale" (che richiama principi basilari del costituzionalismo), e di clausole di apertura del diritto costituzionale statale all'integrazione materiale con il diritto internazionale e sovranazionale

Molteplici sono i fattori che hanno contribuito allo sviluppo dello stato costituzionale cooperativo: la crescita della comunicazione (e della contaminazione) tra culture giuridiche molto distanti per contesti storici e di insediamento nelle società; la tendenza alla generalizzazione di un patrimonio comune soprattutto in materia di diritti umani; lo sviluppo di organizzazioni sovranazionali e di sistemi macroregionali di protezione dei diritti; la imponente accelerazione della mole e dei

tempi dei processi migratori, degli scambi culturali e del commercio giuridico su scala transnazionale; la fuoriuscita dalla disponibilità esclusiva degli stati di vasti e rilevanti plessi di regolazione; la maggiore predisposizione degli operatori del diritto a misurarsi con un quadro normativo che trascende i diritti nazionali; il rilievo crescente della comparazione e della comunicazione tra culture giuridiche negli itinerari della formazione universitaria. Il quadro di trasformazioni, che da tutto ciò emerge, sollecita per un verso al ripensamento di categorie e di stilemi argomentativi radicati nell'esperienza storica dello stato nazionale "introverso", e peraltro non consente di indulgere a semplicistiche generalizzazioni universalistiche, quasi che il profilarsi di uno "spazio giuridico globale" ci abbia proiettati in un clima di "fine della storia", dinanzi al quale al giurista non resti altra scelta che quella di una ricognizione acritica dell'esistente. Si delinea al contrario uno scenario di trasformazioni che da un lato è ben lungi dall'aver trovato approdi ed equilibri definitivi, e dall'altro lascia intravedere sullo sfondo conflitti, aporie, nodi problematici, anzitutto quelli che attengono al ruolo perdurante della statualità in un contesto pur profondamente mutato ed alla effettività delle costituzioni. Singolare destino, invero, quello che sembra aver accompagnato la parabola teorica dello "stato costituzionale" a partire dalla seconda metà XX secolo, parabola sviluppatasi dapprima lungo il filo conduttore della "costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico" e del superamento dello "stato legislativo" nel costituzionalismo e costretta poi a misurarsi con le sfide, se non di un diritto costituzionale cosmopolitico, della internazionalizzazione del diritto costituzionale.

Lo sviluppo dello stato costituzionale cooperativo ha comportato lo spostamento del baricentro dal piano della sovranità degli stati su quello della "esperienza vivente" di un diritto che risulta da un complesso gioco di interferenze e di migrazioni tra ordinamenti, il quale si sviluppa su più livelli, statuali e sovrastatali, e nel quale opera una molteplicità di attori, che comprende i legislatori, i governi, i giudici, ma anche l'opinione pubblica nelle sue svariate articolazioni. Un fenomeno di "integrazione" costituzionale, dunque, che corrisponde all'idea di una democrazia autenticamente "repubblicana", la quale si affida al libero confronto delle forze in campo sul modo di intendere i valori fondativi di un *Gemeinwohl* prima che su formali regole procedurali. Ed invero focalizzare le prestazioni pluralistiche di una < società aperta > solo sul terreno di una interpretazione aperta della costituzione e dell'allargamento del circolo ermeneutico non deve indurre nel fraintendimento che si pervenga in questo modo a sacrificare alle risorse di pluralismo della costituzione la legittimazione democratica del sistema, e che la moltiplicazione degli interpreti della costituzione finisca per rendere così vischioso il processo democratico da comprometterne la imputabilità ad un *demos*. Si ripropone qui, nei suoi termini essenziali, la controversia fra concezioni assolute e concezioni pluralistiche della democrazia, tra *Volksdemokratie* e *Buergerdemokratie*. A sottovalutarne il significato profondo si trascura di prendere atto che una democrazia pluralistica è "costituita" da varietà di voci e di espressioni, da istanze partecipative e contropoteri diffusi e da una comunicazione pubblica aperta alla legittimazione di molteplici attori. E per chi assuma questo angolo visuale, la "società aperta degli interpreti" si presenta essa

stessa come fattore di democrazia e non necessariamente di sfaldamento della legittimazione democratica del sistema costituzionale a vantaggio di *élites* di interpreti in diversa misura ed a vario titolo qualificati, i quali assumerebbero, sebbene non legittimati, l'egemonia del processo democratico. La "porosità" di questo derivante dalla struttura pluralistica della società, in sintesi, non sembra essere di ostacolo alla imputabilità delle decisioni ad un *demos*, ma la condizione stessa della legittimazione democratica ascritta ad un *demos* inclusivo.

Quello dello "stato costituzionale cooperativo" si profila davvero come un laboratorio di ricerca privilegiato per lo studio degli assetti costituzionali delle società pluralistiche contemporanee, nelle quali imponenti fenomeni di migrazione e di comunicazione fra culture hanno messo in crisi la corrispondenza fra la comunità politica e le compatte fisionomie identitarie dello stato nazione. Il problema investe anzitutto la questione della sovranità e della sua "crisi". Ed invero è affermazione ricorrente che la sovranità degli stati non rivesta più i connotati di una assoluta supremazia, ma si misuri con gli spazi di gioco di frammenti di sovranità di altre istituzioni che concorrono con essa. Ne sarebbe derivato un <ordinamento pluralistico> nell'ambito del quale più istituzioni non completamente sovrane concorrono nell'esercizio di poteri ritenuti tipico attributo della sovranità. E sebbene tale ordinamento si collochi nel quadro dei < sistemi giuridici > degli stati, esso avrebbero dato vita ad un assetto profondamente inedito, che non costituisce < una dimensione subordinata dei diritti degli stati > né < un semplice sottosistema del diritto internazionale > (Mc Cormick) Ne risulterebbe un quadro di < incroci reciproci > di poteri < autonomi >, che contrassegnerebbe la transizione all'era della < post-sovranià >, nella quale il plusvalore derivante dalla imputazione di poteri sovrani ad un *demos* si sarebbe dissolto nella distribuzione di competenze fra stati e organizzazioni sopranazionali. (Grimm) Va precisato che questo approccio merita di essere percorso con cautela, in primo luogo perchè esso sembra delineare fino ad ora una linea di tendenza più che una trasformazione compiuta, ed inoltre perchè gli esiti che esso prefigura non sono privi di interrogativi problematici, i quali riguardano non soltanto il complesso rapporto fra "postsovranià" e democrazia, ma anche le ripercussioni sulla intensità e sulla effettività della tutela dei diritti. E peraltro il quadro che ho sinteticamente riassunto si riflette in modo paradigmatico sui sistemi di protezione di questi. La dilatazione di essa su scala sopranazionale sembra per un verso una conseguenza imposta da questo scenario di trasformazioni, in quanto gli orizzonti della sovranità statale non sarebbero più sufficienti, da soli, ad assicurare risposte a domande di libertà provenienti da società la cui complessità trascende i confini tradizionali delle comunità di appartenenza. Per altro verso, la dimensione transnazionale della protezione dei diritti può operare, in modo sussidiario, come un ammortizzatore delle tensioni e dei conflitti più radicati sul terreno identitario. Cosicché le "concordanze pratiche" fra "istituzioni", sorrette in via sussidiaria da clausole di salvaguardia del maggior livello di protezione, sono in definitiva non solo il portato fisiologico di assetti di tutela dei diritti per i quali la transnazionalità opera come moltiplicatore della complessità, ma un argine alla deriva (patologica) della conflittualità sociale nella autocomprensione

dei diritti.

Ciò conduce ad un ulteriore ordine di riflessioni, il quale muove dalla constatazione che la internazionalizzazione del diritto costituzionale ha investito non soltanto la questione della sovranità, ma ha trasformato altresì il ruolo e la forza normativa delle costituzioni. Il processo di trasformazione che ha comportato il passaggio da un “sistema” impermeabile di soggetti investiti della pienezza della sovranità ad un quadro di istituzioni “porose”, investite di frammenti di poteri sovrani, trova corrispondenza nella transizione dalla supremazia della costituzione verso un assetto di “costituzioni parziali” tra loro raccordate non sul piano di un ordine gerarchico preconstituito, ma su quello della armonizzazione dei rispettivi livelli di contenuto. Inoltre, la crescita delle interdipendenze su scala globale, mentre deriva anche dalla tendenza alla generalizzazione di un patrimonio comune di diritti umani, ha sottoposto a tensioni inedite non solo il raccordo fra la cittadinanza e gli spazi dello stato nazione, ma anche il nesso fra il raggio di azione dei diritti e la dimensione della statualità: un nesso che ha caratterizzato l’itinerario storico dei diritti fondamentali, sia che esso venga considerato dall’angolo visuale della pienezza di un potere sovrano che ne circoscrive il limite esterno, sia che esso venga riguardato dall’angolo visuale di fini fondamentali assunti a guida del sistema dei diritti ma inglobati in modo esclusivo in un quadro costituzionale comunque riferito all’identità dello stato nazione. Questo quadro sembra essere invero mutato profondamente, per l’effetto congiunto del venir meno della premessa dell’assolutezza della sovranità statale, sulla quale era imperniata la tradizione dello *Staatsrecht*, e per il marcato condizionamento della supremazia della costituzione, autentico pilastro fondativo della dottrina costituzionale del Novecento, i cui contenuti manifestano una porosità crescente ai “contesti” all’interno dei quali essa “vive”, i quali trascendono oramai i confini degli stati. Sotto questo profilo, se è vero che l’ordinamento europeo dei diritti è in larga misura il prodotto di itinerari giurisprudenziali costruito attraverso il “dialogo” fra giudici nazionali e corti europee, nel quale svolge un ruolo sempre più incisivo la comunicazione delle tecniche argomentative e segnatamente delle operazioni di bilanciamento, sarebbe una conclusione parziale arrestarsi a segnalare la formazione di una *koinè* dell’argomentazione delle corti in Europa, senza tentare di scavare nelle ragioni profonde di essa, perché “comuni” sono anzitutto le esigenze pluralistiche rispetto alle quali i bilanciamenti sono risultati funzionali. Ed invero se essi, in una prima fase della loro storia, furono funzionali al fine di articolare l’interpretazione costituzionale, adeguandola agli scenari di un pluralismo inserito nel contesto identitario tendenzialmente esclusivo della comunità statale, ora hanno trasferito questo ruolo coesistente a dinamiche pluralistiche sul piano più ampio delle interdipendenze dello stato costituzionale aperto, nel quale essi servono ad indirizzare la ulteriore disarticolazione del tessuto della società nel mutato scenario della comunicazione transnazionale.

4. Il futuro dello stato costituzionale

A conclusione del quadro tracciato, può apparire che il costituzionalismo abbia riportato, agli inizi del XXI secolo, una vittoria schiacciante, e che si delinei oramai un patrimonio costituzionale comune su scala mondiale. Esso ha ispirato le *transizioni* che hanno accompagnato in Europa, in Asia, in Africa e nell’America centromeridionale, con caratteri, in frangenti storici e contesti sociali e culturali differenti, la fuoriuscita dalle esperienze dello stato socialista, della colonizzazione, dello stato autoritario. Da almeno tre decenni a questa parte si è assistito alla diffusione su larga scala di un fenomeno imponente di *constitution making*, che ha interessato dapprima paesi europei usciti dall’esperienza delle dittature (Portogallo, Grecia, Spagna), ma anche società caratterizzate da forti ritardi nei processi di secolarizzazione, di modernizzazione e di sviluppo. E peraltro non è difficile constatare che la circolazione dei modelli costituzionali ha subito un’espansione ed una intensificazione sconosciute nel passato. Essa ha investito soprattutto il terreno dei diritti umani, sul quale è stato favorito e guidato da una fitta rete di interdipendenze costituita da convenzioni internazionali e regionali, dando origine, non solo in Europa (nell’area latinoamericana, in quella africana, nel mondo islamico, ad es.), ad assetti *multilivello* di protezione dei diritti fondamentali. Ma ha interessato altresì il terreno delle garanzie costituzionali e quello del federalismo, un campo, questo, forse più di altri condizionato da differenti contesti geografici e culturali. Ciò non deve indurre a conclusioni enfatiche. Non va trascurato che, nonostante la crescita delle interdipendenze che caratterizza la realtà odierna dello stato costituzionale, permangono conflitti, tensioni, situazioni di marginalità anche in aree geografiche che da ciò possono sembrare immuni. Così come è evidentemente illusorio ritenere che basti la diffusione su larga scala della giustizia costituzionale a dischiudere nuove frontiere al costituzionalismo. Assumendo una prospettiva comparatistica ampia, appare evidente che non tutte le costituzioni posseggono eguale forza normativa, eguale raggio di regolazione e di effettivo valore. Tutto ciò, così come in definitiva la supremazia di una costituzione, dipende da fattori extracostituzionali, quali quelli che derivano dai *contesti* storico-culturali, e precisamente dalla cultura politica, da prassi politiche e sociali consolidate, dai caratteri del tessuto sociale, dalle strutture economiche, da tradizioni culturali e religiose radicate.

Ciò non toglie che la costituzione continui a giocare un ruolo decisivo nel processo di integrazione di una comunità politica, in quanto essa rappresenta un fattore importante di cristallizzazione del processo attraverso cui un gruppo sociale si riconosce in una propria identità politica e culturale. Occorre aggiungere inoltre che le costituzioni definiscono lo spazio comunicativo e deliberativo di una comunità politica, non solo nel senso di fissare le regole (procedimentali) di questo spazio, ma più ancora perché, racchiudendo valori costitutivi di un gruppo sociale, alimentano fori di discussione, attraverso i quali esse soggiacciono costantemente ad un processo di *attualizzazione*, che è critico e riflessivo ad un tempo, da parte della società. Il rilievo della costituzione come fattore di un processo dinamico di integrazione del gruppo sociale è da alcuni decenni al centro del dibattito scientifico. Ma esso si è arricchito di profili di pregnante attualità. E’ significativo che la

discussione su temi scottanti delle società plurali contemporanee (dalla bioetica al contrasto dei fondamentalismi all'uso dei simboli identitari all'insegnamento religioso) chiami insistentemente in causa i contenuti di principio delle costituzioni. La costituzione è divenuta, in breve, il terreno sul quale i conflitti, ineliminabili dalle società pluralistiche vengono discussi, canalizzati, risolti o per lo meno divengono oggetto di decisioni operanti *medio tempore*. La centralità, che ciò ha comportato, dell'*interpretazione* della costituzione, e la crescita corrispondente degli strumenti della giustizia costituzionale, sebbene non prive di conseguenze problematiche sul versante della legittimazione democratica, non trovano più la loro giustificazione in un'astratta e formalistica costruzione piramidale e gerarchica dell'ordinamento, ma in una trasformazione profonda del ruolo e del contenuto delle costituzioni. Né appare risolutiva l'obiezione che, a conclusione di questo itinerario, l'efficacia normativa delle costituzioni si risolva per intero nella loro interpretazione da parte dei giudici costituzionali. Non va trascurato che, come dimostrano sia le esperienze più strutturate (negli Usa e in Germania, ad es.) che quelle più giovani, le decisioni delle corti costituzionali non maturano in un contesto autoreferenziale o separato dal pluralismo, ma rientrano in un *processo pubblico*, nell'ambito del quale esse si misurano con interlocutori istituzionali e sociali (la < società aperta degli interpreti della costituzione >) e sono condizionate da altre istituzioni politiche così come dal livello del consenso sociale sui contenuti della costituzione. La supremazia della costituzione garantita dal controllo di costituzionalità si è sviluppata nel quadro della tendenza alla razionalizzazione normativa dei processi di decisione pubblica nelle democrazie. Ma quanto più la costituzione si pone al centro della cultura politica di un gruppo sociale, tanto più assume rilievo il ruolo di interpretazione affidato alle corti costituzionali. Esso si svolge peraltro all'interno di un circuito, del quale il legislatore, le corti costituzionali, i giudici comuni e l'opinione pubblica sono attori dinamici, e nel quale si svolge dialetticamente il confronto fra la costituzione "praticata" nella sua quotidiana applicazione e le aspettative che in essa la società ripone.

La capacità di unificazione politica delle costituzioni nelle società pluralistiche incontra peraltro limiti penetranti. Sono, anzitutto, quelli che discendono dal passaggio dallo stato liberale di diritto allo stato sociale, una trasformazione che ha investito in pieno la capacità di *regolazione* del diritto costituzionale. L'impegno crescente dello stato in compiti di indirizzo, di pianificazione, di prevenzione e di prestazione ha trovato corrispondenza nell'accentuazione della funzione assiologica delle norme costituzionali. Ciò ha comportato l'espansione del raggio di azione dei principi costituzionali, i quali posseggono virtualità di orientamento in tutti gli ambiti della società, ma allo stesso tempo l'articolazione e la graduazione della "qualità" prescrittiva delle norme costituzionali. Occorre aggiungere che l'impegno dei poteri pubblici in compiti di prestazione e di benessere è condizionato dalla disponibilità di mezzi finanziari adeguati al raggiungimento degli obiettivi, e dunque da fattori sostanzialmente extragiuridici.

Infine, gli scenari di una società globalizzata hanno prodotto, da un lato, la dilatazione su larga scala dei processi di costituzionalizzazione, che tendono ad

oltrepassare i confini degli stati nazione, e la formazione di un patrimonio costituzionale comune costituitosi attraverso fenomeni di recezione, di comunicazione e di integrazione fra culture costituzionali. Tali scenari lasciano peraltro intravedere l'insufficienza di un < futuro della costituzione > interamente racchiuso nella tradizionale dimensione territoriale dello stato nazione. Ciò perché la capacità di intervento, di decisione e di orientamento degli stati soggiace in misura crescente a condizionamenti derivanti dai poteri economici privati operanti su scala globale, dallo sviluppo tecnologico, dalle interdipendenze internazionali. Ed il legame consolidato della costituzione con lo scenario dello stato nazionale viene sottoposto a tensioni inedite. Nuove tecnologie determinano trasformazioni irreversibili delle condizioni di vita, che impegnano il destino delle generazioni future e sfuggono alla capacità di orientamento dei principi costituzionali. Intrecci ed interdipendenze di natura politica ed economica hanno ristretto lo spazio di gioco dei poteri di regolazione statali, anche di quelli che si collocano al livello più alto della gerarchia interna delle fonti, e hanno trasferito ad organizzazioni internazionali e sopranazionali poteri di decisione e segmenti di sovranità. La globalizzazione dei mercati, la crescita degli scambi transnazionali nei campi dell'economia e delle tecnologie, il fenomeno dell'espansione del mercato interno al di là delle barriere degli stati ed i processi di integrazione economica e monetaria creano anch'essi spazi di decisione che oltrepassano le barriere costituite dai principi del processo politico fissati dalle costituzioni nazionali. La divaricazione fra accresciute opportunità di comunicazione su scala planetaria e ispessimento di legature identitarie contrae gli spazi della funzione di integrazione delle costituzioni nazionali. Infine la mobilità delle popolazioni e l'apertura dei confini degli stati a estesi movimenti migratori, che gli stati medesimi riescono a stento a controllare e ad incanalare, hanno posto sfide imponenti all'impianto tradizionale delle garanzie e della titolarità dei diritti costituzionali.

Lo stato costituzionale "aperto" o "cooperativo" sembra trovarsi oggi dinanzi ad un'alternativa, che è decisiva per il futuro delle costituzioni. Queste debbono presidiare spazi di decisione e di orientamento riconducibili ad un nucleo indefettibile di sovranità territoriale degli stati, come condizione per non andare incontro ad una perdita di legittimazione. Ma allo stesso tempo esse debbono dare copertura al trasferimento di segmenti di sovranità a sedi di decisione non statuali o sopranazionali, come condizione per soddisfare la domanda di assetti politici adeguati alla nuova realtà di vincoli ed interdipendenze. Se si ha presente che la storia del costituzionalismo si è sviluppata sullo sfondo dello scenario dello stato nazionale e che essa è stata percorsa dalla tensione fra costituzione e sovranità, si delinea per il < futuro della costituzione > una vera e propria sfida. Non soltanto perché alle costituzioni si chiede di inquadrare dismissioni di sovranità per poter riuscire a preservare spazi indefettibili di statualità. Ma anche perché esse possono conservare la funzione di strumenti essenziali di limitazione del potere, che percorre come un filo rosso la storia del costituzionalismo, solo a condizione che i processi di costituzionalizzazione trascendano oramai i confini degli stati. Sembra essere questa

la scommessa per poter sostenere il confronto con gli imponenti blocchi di potere transnazionali dinanzi ai quali le costituzioni nazionali sono sempre più indifese.