



PASSATO, PRESENTE E FUTURO DELLO STATO COSTITUZIONALE ODIERNO*

di Maurizio Fioravanti**

SOMMARIO: 1. Premessa. La posizione del problema - 2. Il senso della trasformazione costituzionale. L'esempio paradigmatico delle dottrine di Santi Romano - 3. L'effettività della trasformazione. Porre la legge e dire il diritto nel caso concreto - 4. Passato, presente, e futuro dello Stato costituzionale di oggi.

1. Premessa. La posizione del problema

Io credo che in un Convegno come questo, nato per studiare l'interrelazione tra passato, presente e futuro del costituzionalismo, non si possa non iniziare da una constatazione di tipo obbiettivo, che è veramente tale, e cioè del tutto svincolata da aspetti di tipo valutativo. Ciò che nel concreto della esperienza costituzionale appare sempre più evidente in modo oggettivo ed indiscutibile è la distanza che quasi ogni giorno aumenta tra due modi complessivi d'essere delle istituzioni politiche, che per semplificare le cose chiamiamo *Stato costituzionale del presente*, che è la forma politica a noi medesimi coeva, e *Stato di diritto della tradizione*, che è la forma politica che ha dominato in Europa tra Otto e Novecento, raggiungendo il suo più alto punto nei primi decenni del secolo scorso¹.

E' chiaro che se noi attribuiamo carattere universale alle categorie dello Stato di diritto della tradizione non riusciamo a vedere nel panorama odierno alcun tipo di ordine o di Stato, tanto meno uno " Stato costituzionale". Infatti, rispetto al

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa", svolto a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Presidente del Consiglio di Amministrazione del PIN s.c.r.l. - Servizi Didattici e Scientifici per l'Università degli Studi di Firenze e già Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Firenze.

¹ Per le diverse forme che assume lo Stato di diritto dopo la Rivoluzione, e tra Otto e Novecento, cfr. ora M. Fioravanti, *La Costituzione democratica*, Giuffrè, Milano, 2018, passim.

modello ottocentesco dello Stato di diritto, mancano clamorosamente due elementi tra loro correlati: la sovranità del legislatore, e il ruolo del giudice limitato alla stretta applicazione della legge. Se invece riteniamo che nessun tempo storico possa produrre categorie universali, e soprattutto che quelle ottocentesche sono anch'esse prodotte dal proprio tempo, che si esaurirà -come subito vedremo- con l'avvento nel corso del Novecento delle Costituzioni democratiche, allora il discorso sullo "Stato costituzionale" si riapre completamente, ed assume senso proprio in rapporto alla specificità del nostro tempo, in cui finalmente si perviene a porre una norma fondamentale espressiva di principi di giustizia al di sopra del legislatore, ed attribuendo a quel punto al giudice un ruolo più ampio, che in certi casi finisce per essere decisivo per l'attuazione e concretizzazione dei principi costituzionali.

Noi, proprio in quanto si pretenda di esercitare il mestiere di storico, dobbiamo escludere la prima opinione, in quanto riteniamo impossibile che un tempo storico possa aspirare alla produzione di categorie universali. E' dunque necessario, anche per i giuristi, chinarsi umilmente sulla realtà, quasi auscultarla, per comprendere davvero ed in profondità che cosa sia questo " Stato costituzionale" che va formandosi di fronte a noi.

2. Il senso della trasformazione costituzionale. L'esempio paradigmatico delle dottrine di Santi Romano

Noi crediamo che se oggi si può iniziare a parlare di " Stato costituzionale", con riferimento al nostro immediato presente, è perchè da qualche tempo si è avviato un discorso sulla posizione che le Costituzioni democratiche del Novecento occupano nella storia dello Stato di diritto dalla Rivoluzione in poi. Più nello specifico, quello che noi crediamo è che con le Costituzioni democratiche del Novecento, che si dipartono dalla Costituzione-madre di Weimar, e che avranno in seguito, come esempio particolarmente paradigmatico, la Costituzione italiana del 1948, sia accaduto qualcosa di estremamente rilevante sul piano storico, che va molto al di là della consueta immagine dell'edificio dello Stato di diritto retto dal muro maestro del principio di legalità, che con le nuove Costituzioni avrebbe aggiunto un nuovo piano, sopra la legalità ordinaria, ovvero il piano della legalità costituzionale, ma poi rimanendo la pianta e la struttura di fondo dell'edificio stesso sostanzialmente inalterate .

Ed invece nelle Costituzioni come la nostra italiana, e in genere nelle Costituzioni democratiche del Novecento, è accaduto molto di più. Per tornare per un solo attimo alla metafora edilizia, non si è solo aumentato in altezza il volume,

ma lo si è cambiato globalmente, nella struttura complessiva. E si converrà con noi nel sottolineare come per alcuni decenni sia mancata la consapevolezza di questa frattura all'interno dello svolgersi delle vicende costituzionali dello Stato di diritto in Europa, in modo tale che tutto quello che è accaduto è stato spesso letto nel senso di un continuo perfezionamento della definizione e dei modi di garanzia dei diritti dalla Rivoluzione a oggi.

Possiamo dunque, ed in un certo senso dobbiamo, chiederci, in cosa consiste questa novità, questo *quid pluris* che all'inizio della vigenza delle nuove Costituzioni, come nella prima metà degli anni Cinquanta in Italia, stava sempre più determinando una vera e propria trasformazione costituzionale. E' quest'ultimo il concetto - per l'appunto la " trasformazione costituzionale " - da cui partire, e che ci aiuta sensibilmente proprio come strumento di lavoro.

Tentiamone dunque una prima approssimativa definizione. Una " trasformazione costituzionale " è in genere un processo che, anche a costituzione formale invariata, o magari accompagnata da qualche sintomatico tentativo, di successo o meno, di riforma costituzionale, sposta di fatto - e questo è il vero dato evidente e più rilevante delle democrazie odierne - le principali funzioni pubbliche costituzionalmente fondate, e dunque di fatto muta in primo luogo il significato di due tra queste, che sono le più rilevanti, ovvero l'atto del legiferare e l'atto del giudicare, il significato ed i limiti del *gubernaculum* e della *iurisdictio*.

Io credo che oggi noi siamo ben dentro questo processo di trasformazione, e che quindi il compito vero che abbiamo di fronte è proprio quello della ridefinizione del ruolo e della missione dei legislatori e dei giudici, in modo da porre le due funzioni in rapporto di equilibrio. Sarebbe dunque clamorosamente errato sul piano storico giudicare la forma politica che si sta determinando dentro l'odierno processo di trasformazione costituzionale alla luce delle categorie dominanti in Europa tra Otto e Novecento, ovvero in una fase precedente, che all'inizio di questo contributo abbiamo condensato nel termine-concetto di " Stato di diritto della tradizione".

Ovviamente, quando diciamo " Stato di diritto della tradizione" non ci riferiamo a qualcosa che a sua volta è immobile e statico. Entro quella esperienza possiamo infatti trovare personaggi come Santi Romano, che oggi stanno ricevendo rinnovata attenzione, per il coraggio con cui all'inizio del secolo scorso seppero guardare alla realtà sociale che mutava, e soprattutto al fenomeno dell'organizzazione degli interessi fuori dallo Stato.

Ma la pur ancor oggi tanto celebrata prolusione pisana del 1909, che per la prima volta associava, su un piano teorico generale, alla realtà istituzionale dello Stato

moderno ed in particolare ovviamente allo Stato unitario italiano, il termine-concetto di " crisi ", pur sempre si concludeva con parole che, nei luoghi del testo in cui esse rialzavano di tono, assumendo carattere quasi profetico, risultavano essere tutte a favore del nostro Stato di diritto della tradizione, che secondo Romano avrebbe potuto " conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede".

Insomma, non vogliamo dire che la "crisi" fosse per Romano un piccolo malanno, come una sorta di mal di stagione, ma nella direzione opposta non poteva neppure dirsi che il nostro giurista la ritenesse come l'avvicinarsi di un evento, o il determinarsi di un processo, che avrebbe condotto - come invece in effetti poi accadde - al crollo del diritto pubblico statale dell'età borghese. Per dirla in sintesi, Romano, come la maggioranza dei giuristi del suo tempo, pensava che la navicella del diritto pubblico europeo fosse ormai in porto, e che fossero necessari solo interventi manutentivi, di ordinaria amministrazione.

Lo dimostra il *Diritto Pubblico italiano*, manuale dello stesso Romano, che illustrava cinque anni dopo la prolusione pisana, dunque nel 1914, tutta l'esperienza pubblicistica italiana, di diritto costituzionale ed amministrativo, e che sui punti di tensione più evidenti e noti, dal carattere popolare o meno delle origini dello Stato unitario fino alla teoria della rappresentanza, seguiva con grande timore, e con una smisurata prudenza, vicina all'immobilismo, quella che nel 1909 aveva pur chiamato "crisi".

3. L'effettività della trasformazione. Porre la legge e dire il diritto nel caso concreto

Torniamo ora sulla via principale, dopo aver brevemente utilizzato la figura di Santi Romano per mostrare come anche i più audaci tra i giuristi dell'epoca dello Stato di diritto della tradizione - cui lo stesso Romano senza dubbio appartiene - finiscano per rimanere prigionieri di quella che potremmo definire la " trappola " della universalità, nel senso che immancabilmente ritengono che il loro Stato di diritto sia il necessario punto di arrivo di una tradizione che nel loro caso non parte dalla Rivoluzione, ma da prima, dalle grandi monarchie assolute, identificando nella loro opera di livellamento e di superamento dei privilegi medievali l'origine per eccellenza dello Stato moderno, di cui lo Stato di diritto della tradizione sarebbe, secondo i nostri giuristi, la versione a loro medesimi coeva.

Ricordiamo anche che il nostro problema - quello che si sta determinando nel nostro presente - è quello di individuare la specificità del nostro tempo in ordine alle interrelazioni che oggi si stabiliscono tra passato, presente e futuro del

costituzionalismo. Noi pensiamo che il presente in questo ambito – che come sappiamo è quello delle Costituzioni democratiche del Novecento – possa ancora avere un futuro nel ventunesimo secolo, ad una condizione: che sia esplicitato in modo chiaro e trasparente il rapporto di quelle medesime Costituzioni con il passato. Di questo dobbiamo ora occuparci, perchè questo è il cuore del nostro problema.

Abbiamo visto come colui che è ritenuto essere il più innovatore tra giuristi italiani, ovvero Santi Romano, non sia affatto portatore nella cultura giuridica e costituzionale italiana di un pensiero della crisi, o sulla crisi. Probabilmente in questo atteggiamento, certo non solo di Romano, ed anzi comune alla gran parte della giuspubblicistica italiana, è ben presente l'avversione nei confronti del potere costituente, che il mondo liberale temeva soprattutto nella versione giacobina, radicale e volontaristica, della Costituzione, in evidente contrasto con gli ideali borghesi e liberali di un progresso moderato, della graduale estensione dei diritti politici e del ruolo dei parlamenti, in colloquio con le monarchie praticamente dappertutto in Europa, e certo non solo negli Stati tedeschi, più o meno fondati sulla permanenza del principio monarchico.

Dunque, per lo Stato di diritto della tradizione il presente è ben strutturato ed ordinato, in quanto presenta agli uomini che agiscono in quel tempo - ovvero l'età liberale - uno Stato depurato da ogni sua possibile origine politica. nel senso di volontaristica, e quindi istituzioni politiche solide, espressione organica di una storia che non è mai sottoposta all'arbitrio delle forze particolari, lungo una linea che dalle grandi monarchie assolute arriva fino allo Stato liberale di diritto del secolo diciannovesimo.

Siamo così giunti ad un passo dall'enucleare il carattere fondamentale del positivismo giuridico applicato al campo del diritto pubblico. Esso presuppone e vuole uno Stato forte ed autorevole, capace d'imporre il suo diritto come diritto unico, e riducendo così nella sua versione più autoritaria - che però non è quella più diffusa in Europa - i diritti che spettano agli individui alla dimensione di *Reflexrechte*, che non hanno dunque sostanza propria, ma esistono solo perchè una norma dello Stato sovrano li prevede. Ma questa forza ed autorevolezza, che esistono secondo i nostri giuristi della tradizione perchè si è abbandonata la via del contrattualismo rivoluzionario, a loro volta, se vogliono essere basi sicure per lo sviluppo del diritto pubblico statale, non possono porsi nei termini propri della *potestas*, nel senso di una volontà dominatrice, che cala dall'alto sulla società. I giuristi dell'età liberale hanno quindi bisogno di una visione più mite di quella *potestas*, che risulti essere già in sè ordinata, perchè espressione della nazione intera, in modo da

escludere sovranità "politiche", nel senso di progetti di dominazione costruiti sulle volontà di singoli soggetti.

Insomma, andava bene che lo Stato fosse forte di fronte ai particolarismi, prima di antico regime, e poi comunque presenti, in forme diverse, anche nella nuova società civile borghese. Ma non andava bene che il diritto, e la stessa legge, fossero intesi come puro comando, o mera *voluntas*, come tale sempre revocabile e comunque sostanzialmente modificabile a discrezione del legislatore. Ma come poteva essere limitata quella volontà sovrana che il legislatore stesso aveva espresso? Io credo che questa domanda non abbia sostanzialmente risposta, nel senso che, una volta che si sia concepito in quel certo e determinato modo la volontà sovrana dello Stato, risulta del tutto impossibile reperire un'altra volontà capace di contrastarla. Quest'altra ipotetica volontà, esterna allo Stato, e capace di limitarlo, avrebbe infatti riportato indietro le lancette della storia, recuperando il diritto naturale della Rivoluzione, che per i nostri giuristi apparteneva invece ad una stagione del tutto conclusa; ed infine avrebbe negato i caratteri stessi del "moderno", che era tale proprio perchè si era sviluppato nella storia eliminando le volontà parziali, a favore di un'unica volontà legittima, quella dello Stato sovrano.

Ma allora si deve forse concludere che proprio nel cuore dell'Europa dell'età liberale, e fatte salve le specificità nazionali, si assiste alla dominazione di una cultura dei diritti ben poco "liberale", che li lascia privi di un fondamento proprio? Noi crediamo che questa sarebbe una conclusione quanto meno affrettata. Se infatti si scava appena un pò di più sotto la crosta delle ideologie statualistiche ottocentesche si scopre subito che i nostri giuristi che osannavano il diritto positivo statale in forma di legge e ritenevano, per lo meno in apparenza, che non potesse esistere alcuna storia del diritto pubblico in età moderna senza un dispiegarsi pieno del principio di sovranità, in verità finivano quasi sempre per aderire alla concezione dualistica dello Stato moderno, che non vedeva il predominio assoluto del centro sulla periferia, e l'eliminazione da parte del centro dei diritti storicamente fondati, sistematicamente visti come un intralcio ai processi di modernizzazione, che in questa linea si sarebbero dunque tutti svolti per irradiazione, dal centro alla periferia.

4. Passato, presente, e futuro dello Stato costituzionale di oggi

Ed invece, nella storiografia costituzionale più avvertita c'è oggi una ricostruzione dell'avanzare del "moderno" ben diversa, che vede sì conflitto tra centro e periferia, e dunque la periferia come "resistenza", che tende a conservare il diritto del luogo, *das alte gute Recht*, ma anche in molti casi cooperazione, il prodursi dunque di un "

moderno" che non è frutto di un progetto elaborato al centro, e poi disteso, irradiato, in periferia, ma è piuttosto da intendersi come il prodotto di una cooperazione discussa e contrattata, e dunque dell'interagire tra centro e periferia².

Ed in effetti, ciò che accade nella realtà è ben distante da quei modelli di carattere monistico, che vedevano solo individui, immancabilmente collocati di fronte all'altra persona, che era quella dello Stato sovrano. E' contestando la rigidità di questo schema che comincia ad affiorare una visione più complessa dello Stato moderno, specialmente nella sua prima fase di vita, precedente la Rivoluzione, quando si tratta di cogliere i segni del " moderno " all'interno dei singoli territori di cui si compone l'Europa.

Ed infatti, da una parte "il moderno" stesso è all'insegna della razionalizzazione e della concentrazione dei modi di esercizio del potere pubblico, congiuntamente alla essenziale caratteristica della calcolabilità dell'agire pubblico, senza la quale non si ha quel tipo di sicurezza che è necessario per indirizzare verso il "moderno" quei territori, altrimenti inaffidabili perché soggetti all'esercizio arbitrario della discrezionalità politica.

Ma d'altra parte è anche vero che nei fatti in molte situazioni il "moderno" progredisce in modo tutt'altro che unilineare ed uniforme, essendo e rimanendo ben diverse le soluzioni che si prospettano, e ben diversi i livelli di collaborazione e commistione tra antico regime e nuove istituzioni politiche, soprattutto nei poteri in cui si esprimeva l'*imperium*, come il potere del giudice di essere terzo neutrale tra due parti in lite, con il connesso potere di far eseguire la sentenza, o il potere impositivo di tributi, o ancora il potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio.

E' chiaro che in una situazione in cui tre funzioni pubbliche così rilevanti sono negoziate non si avrà mai " Stato " nel senso proprio del positivismo ottocentesco, ma proprio per questo motivo non si potranno utilizzare le categorie elaborate durante e dopo la Rivoluzione per comprendere il " moderno " precedente la Rivoluzione, in cui esiste già una ricerca di una certa calcolabilità e razionalità, che sono certamente il segno del "moderno" che avanza, ma che nello stesso tempo non arrivano mai a trovare un punto di sintesi paragonabile per forza ed efficacia al principio di unità politica che avrà il suo apice tra Otto e Novecento, nell'età dei Codici e degli Stati sovrani.

Ma allora, come si pone il rapporto tra passato, presente e futuro nel tempo odierno dello Stato costituzionale? Direi intanto che è un rapporto che muta

² Utili testimonianze in questo senso si trovano in *Lo stato moderno*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, vol. I. *Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1971.

radicalmente, all'interno della trasformazione che conduce dallo Stato di diritto della tradizione allo Stato costituzionale del presente. Abbiamo infatti all'inizio un legislatore necessariamente virtuoso, che immancabilmente dispone non per mera voluntas, ma secondo ragione. Questo legislatore opera in linea generale in modo distaccato dal passato, poichè nella logica illuminista della Rivoluzione non esiste mai un passato che possa illuminare la via che il legislatore intende intraprendere. E' la ragione che guida l'opera del legislatore, e non l'esperienza, e dunque la storia,

Ed anche il futuro è a sua volta condizionato da questa solidità del presente, nel senso che per i giuristi dell'età liberale il futuro nient'altro è che un continuo perfezionamento del presente, che già contiene in sè la formula regolativa dello Stato di diritto, che dunque avrà un futuro nel senso che questa formula sarà rivista e aggiornata, ma mai abbandonata o mutata radicalmente.

E veniamo finalmente al tempo, a noi coevo, dello Stato costituzionale. Qui la relazione tra i tre termini del nostro rapporto muta radicalmente. IL presente dello Stato costituzionale è infatti assai più incerto e problematico di quanto fosse il presente dello Stato di diritto nel diciannovesimo secolo. Da una parte, avevamo infatti il dominio della legge generale ed astratta e la sua applicazione al caso concreto da parte di una giurisprudenza la più possibile vincolata alla legge medesima ; dall'altra abbiamo invece , con il progressivo avvento dello Stato costituzionale, il disporsi delle norme che compongono l'ordinamento su punti di equilibrio mai del tutto stabili, anche perchè acquisiti attraverso la continua mediazione della giurisprudenza, spesso bilanciando valori e principii costituzionali.

Uno dei maggiori giuristi dell'età del positivismo, tra Otto e Novecento, Raymond Carré de Malberg, ebbe ad esprimere in modo lapidario il senso della trasformazione intervenuta in tutta Europa. Ecco la celebre frase del giurista francese: "il giudice applica la legge, e non la costituzione". In questa brevissima frase è contenuto l'intero significato della trasformazione costituzionale, di cui ci occupiamo in questo contributo. Noi, a nostra volta, abbiamo cercato di esprimere la situazione nel seguente modo : da una parte abbiamo sulla stessa linea, dall'alto verso il basso, la costituzione, la legge e il giudice, cosicchè chi sta più in basso, cioè il giudice, non riesce a " vedere" la costituzione, e dunque conosce la costituzione solo per il tramite di una legge, che ad esempio provvede ad attuare un certo principio costituzionale; ma si osserva anche, dall'altra parte, la tendenza del giudice a liberarsi della necessaria intermediazione del legislatore, al fine di dialogare direttamente con la costituzione, e dunque di reperire nel nostro ordinamento un tipo di garanzia dei diritti di ordine completamente giurisdizionale, che si esplica

cioè tra il giudice che solleva la questione di costituzionalità, la giurisprudenza della Corte, e il seguito che questa ultima ha con la sua decisione presso gli stessi giudici.

Si è così creato un vero e proprio circuito, che potremmo definire di attuazione giurisdizionale della costituzione. In quel circuito si può ad esempio dare una certa risposta alla presenza di un principio costituzionale che non è stato ancora attuato, spesso nel senso che il legislatore ne ha dato una lettura a giudizio della Corte restrittiva. Ma per questa via si arriva ad ammettere che possano esistere due verità a proposito di quel principio costituzionale. Ed aggiungerei che non esistono nell'ordinamento dello Stato costituzionale motivi per preferire l'una o l'altra, o per attribuire, secondo il canone più noto del principio di sovranità, il diritto all'ultima parola all'uno o all'altro, e dunque se alla fine debba avere l'ultima parola il legislatore in nome del popolo sovrano in esso rappresentato, o il giudice in quanto tutore primo di alcuni principi e valori costituzionali, senza i quali finirebbe per non esistere alcun vero e proprio ordine costituzionale, e che si pongono quindi al di sopra dello stesso legislatore, che da questo punto di vista esprime con i suoi atti in primo luogo la maggioranza come tendenza politica in quel momento prevalente.

Inoltre, a ben guardare, il fatto stesso che si ponga un quesito come quello sopra esposto, significa che è storicamente conclusa l'età del dominio della legge come fonte di diritto. Infatti, era la legge, nel precedente assetto, e solo la legge che possedeva in sé la doppia virtù, quella che esprimeva il principio di sovranità e quella che, sul rovescio della medaglia, esprimeva al massimo livello la garanzia dei diritti. Ed abbiamo così leggi che minacciano i diritti, non a caso tutelati ora con il controllo di costituzionalità, e leggi che invece sono loro stesse minacciate dalla aggressività degli interessi organizzati. Non abbiamo più dunque la legge che, come espressione della volontà generale, è necessariamente giusta, ma abbiamo la legge-arbitrio, espressione di un mal indirizzato legislatore rispetto a principi della Costituzione, e la micro-legge, le c.d. "leggine", che hanno il compito esclusivo di traslare interessi piccoli e parziali dentro il sistema politico. La prima contrappone l'indirizzo di maggioranza all'indirizzo fondamentale o costituzionale. La seconda contrappone gli interessi parziali all'interesse generale.

Ma allora, per i nostri giuristi, ed in fondo per la gran parte della cultura politica e costituzionale tra Otto e Novecento, rimaneva aperta una sola possibilità: limitare la legge dello Stato con un diritto profondamente radicato nella storia della nazione, un diritto altro dalla legge, ma che non si poneva in rapporto di ostilità con la legge medesima, essendo il contesto in cui essa era stata generata.

Secondo la linea più liberale interna all'evolversi del positivismo tra Otto e Novecento, rappresentata da Georg Jellinek e dal suo "traduttore" italiano Vittorio

Emanuele Orlando, non abbiamo dunque bisogno di un diritto che sia solo ed esclusivamente statale, riducibile per intero alla legge dello Stato, ma abbiamo bisogno che il diritto che è esterno allo Stato, e funziona da limite alla legge dello Stato, non sia un diritto di origine contrattualistica, voluto dal popolo contro lo Stato. Ma quale altro fondamento può avere un simile diritto se non un fondamento di ordine storico? È la storia che rientra in campo, dall'interno dello stesso ragionamento positivista, al fine di soddisfare i bisogni che quel ragionamento aveva lasciato insoddisfatti, in particolare a proposito dei limiti all'esplicarsi della sovranità dello Stato, da fissare su un fondamento il più possibile sicuro, poiché proprio lì risiedeva, in proporzione a quella sicurezza, l'intensità della tutela che l'ordinamento era in grado di offrire.

Così, giuristi come Jellinek e Orlando, da una parte sostenevano la tesi della continuità tra libertà corporative medievali e diritti individuali dei moderni, e nello stesso tempo esaltavano il modello inglese di "rivoluzione". Così infatti descriveva Orlando la Gloriosa del 1689: "Il popolo, attaccato nei suoi secolari diritti, si difese, lottò e vinse, e si contentò che quei diritti fossero solennemente dichiarati, ma nulla di più pretese, lo sviluppo di quelli aspettò pazientemente dall'organico sviluppo della forma costituzionale. Tipo perfetto, quanto inimitabile, di legittima resistenza collettiva"³. Una rivoluzione compiuta da un popolo moderato e ragionevole, che seppe fermarsi prima di quel limite oltre il quale esso stesso diveniva potere costituente nel senso della rivoluzione francese, e dunque perenne e distruttiva mobilitazione.

E per altro verso, era Jellinek a sollevare il problema della contiguità tra Hobbes e Rousseau, e dunque tra assolutismo e radicalismo, con un saggio del 1891, in cui mostrava per l'appunto come le sue teorie si opponessero come dottrine integralmente giuridiche alle dottrine dei due campioni della politica "assoluta", quella hobbesiana del riconoscimento del sovrano come primario ed indispensabile atto fondativo della comunità politica, e quella roussoviana che finiva per esaltare il primato della assemblea dei mandatari del popolo sovrano⁴.

E dunque, anche il diritto pubblico dell'età degli Stati sovrani, pur essendo essenzialmente un diritto del presente scarsamente orientato al futuro, era costretto da determinate aporie interne a guardare anche al passato. Infine, ancora meno autonomo da passato e futuro è oggi il diritto pubblico dello Stato costituzionale del

³ V. E. Orlando, *Della resistenza individuale e collettiva*, Torino, Loescher, 1885, p. 71

⁴ G. Jellinek, *La politica dell'Assolutismo e del Radicalismo (Hobbes e Rousseau)* (1891), in S. Lagi, *Georg Jellinek storico del pensiero politico (1883-1905)*, Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2009, pp. 53 e ss. Si veda anche, sul punto in oggetto, ed in termini più generali e complessi, M. Fioravanti, *Lo "Stato Moderno" nella dottrina della Costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*. Giuffrè, Milano, 2003, pp. 181 e ss.

presente. Se è vero che la sua forza e la sua vitalità dipendono dal grado effettivo di riconoscimento della Costituzione nella società, bisogna concludere dicendo che lo Stato costituzionale vive oggi attraverso le norme di principio che sono in essa contenute ed affermate, e che sono a loro volta dichiarazioni di appartenenza a secolari tradizioni storiche, o impegni solenni ed indirizzi fondamentali per il futuro. Concludiamo indicando per tanto due norme costituzionali, che rappresentano, l'una il necessario rapporto con il passato, l'altra l'altrettanto necessario rapporto con il futuro. Si tratta di due norme costituzionali assai note, ma che conviene qui ritrascrivere: “La libertà personale è inviolabile “ (art. 13 Cost. It.). E' questa, nella Costituzione italiana, la norma che in modo più chiaro è strutturata come dichiarazione di appartenenza sul piano storico ad una lunga tradizione che comunque precede la Rivoluzione, che ha la sua più celebre istituzione nell'*Habeas Corpus*, e che evita in ogni caso ogni resurrezione del diritto naturale ; e per quanto riguarda il futuro non si può fare a meno di ricordare il secondo comma dell'articolo terzo della medesima Costituzione italiana, dove l'incedere fin dall'inizio nel senso che è “ Compito della Repubblica” operare nella società per promuovere lo sviluppo della personalità di ognuno, e insieme una cittadinanza attiva e consapevole, perché munita dei beni essenziali dell'istruzione, della assistenza in caso d'invalidità, e del lavoro. La verità è che lo Stato di diritto dell'Ottocento sembrava essere assai più solido e sicuro dello Stato costituzionale che verrà, e che si va formando nel nostro presente. Quella dello Stato di diritto era per altro una sicurezza tutta calata nel presente, tendenzialmente priva di passato, cui si ricorreva per la sola fondazione dei diritti, e di futuro, visto solo come mero perfezionamento del presente medesimo. Lo Stato costituzionale di oggi è ben diverso. Esso ha un'esistenza immediata ben più difficile e precaria, perché data sulla base delle norme di principio. Ma proprio per lo stesso motivo è anche infinitamente più ambizioso, perché aperto al passato e proiettato verso il futuro.

