



Accademia Nazionale dei Lincei

Discorso del Socio Prof. Paolo Grossi sul tema:

**" LA LEGALITA' COSTITUZIONALE  
NELLA STORIA DEL DIRITTO MODERNO"**

Cerimonia di chiusura  
Anno Accademico 2008-2009

*11 giugno 2009*

Palazzina dell'Auditorio - Via della Lungara 230 - Roma

LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE NELLA STORIA DEL DIRITTO MODERNO

1 – La attuale crisi della modernità giuridica come crisi delle fonti del diritto; 2 – La legalità moderna espressione dell'assolutismo giuridico; 3 – Il costituzionalismo come reazione all'assolutismo giuridico: il primo costituzionalismo e le 'carte dei diritti'; 4 – Le 'carte dei diritti': una espressione dell'individualismo giuridico moderno; 5 – Novecento giuridico e Stato pluri-classe: verso un nuovo costituzionalismo; 6 – Caratteri del nuovo costituzionalismo; 7 – La nuova legalità costituzionale; 8 – L'Assemblea Costituente del 1946/48 e la costruzione di una nuova legalità costituzionale in Italia.

1 – E' facile ed elementare constatazione che si sta oggi vivendo un momento di transizione; anzi: di rapidissima transizione. E lo verificiamo ogni volta – ed avviene spesso – che ci troviamo immersi in una esasperante fluidità, mentre una pesante incertezza domina la nostra vita quotidiana. E si parla diffusamente di crisi, non a torto se con questo termine abusato ci si riferisce alle profonde incrinature che solcano l'edificio - socio-economico, politico, giuridico - costruito con pietra forte dai nostri padri e ora minato da una instabilità crescente.

E' una crisi che investe frontalmente soprattutto il giurista, perché è la costruzione giuridica messa a punto durante la modernità che nell'ultimo scorcio del Novecento viene discussa nelle sue fondazioni più riposte. Non è crisi del diritto – come, talora, frettolosamente e scorrettamente si afferma – ma piuttosto delle forme entro le quali la civiltà moderna ha costretto il diritto a concretizzarsi e manifestarsi, quelle forme che nel gergo giuridico abituale sogliono chiamarsi *fonti*. E' certo, comunque, che il tessuto giuridico ha subito strappi, e che questi strappi hanno provocato un senso diffuso di sgomento, a tal punto che da parte di alcuni giovani giuristi – osservatori attenti delle mutazioni circostanti – si è parlato apertamente di crisi di identità<sup>1</sup>.

Lo storico del diritto, avvezzo a non isolare i singoli punti che compongono la linea storica, avvezzo a cogliere la linea in tutto il suo lungo e movimentato distendersi, è – forse – tra i giuristi l'unico a non avvertire un disagio. Al contrario, avverte che si è in cammino verso nuovi approdi, che si sta lasciando il terreno fermo, solido e certo della modernità per avventurarsi in quel terreno instabile, fluido e incerto che contrassegniamo convenzionalmente come pos-moderno (indicazione storica assai approssimativa, che possiamo accettare solo se con essa si intende una zona temporale tipizzata unicamente da un movimento in atto, e pertanto ancora indefinita).

Sicuramente, ci si sta sempre più allontanando da una certa riva, ben nota e stabile nelle sue certezze ma inadeguata alle nuove esigenze storiche, e ci troviamo ancora a mezzo del guado senza avere raggiunto un approdo appagante. E' comprensibile che il cultore di un diritto positivo soffra di una tale incertezza, ed è altrettanto comprensibile che lo storico – che fa della visione dialettica tra passato, presente e futuro il fulcro del suo sapere – percepisca la fertilità del momento sorprendendolo quale esplorazione verso il 'nuovo', cantiere edificativo del 'nuovo'.

Il Novecento, il secolo che – formalmente – appare conchiuso appena dietro le nostre spalle, è il terreno fertile in cui per lo storico del diritto si svolge e si matura il passaggio oltre la modernità, penetrando sempre più in quella zona indefinita che abbiamo accettato di qualificare pos-moderna; secolo lungo agli occhi dello storico/giurista, perché già si avvia negli ultimi turbolenti decenni di quello precedente e che, oggi, anno 2009, si sta ancora muovendo verso un

---

<sup>1</sup> Il riferimento è a: *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 7. Ho rilevato questo atteggiamento in uno scritto recentissimo: P. GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto – Quaderni di diritto privato europeo-Atti*, 1 – Incontro di studio, Bari, 4 dicembre 2007, a cura di M. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009, p. 43.

approdo irraggiunto; secolo lungo in cui si manifesta in tutta la sua crudezza quella crisi delle fonti del diritto, cui si accennava all'inizio; secolo lungo in cui la legge, fonte protagonista della modernità, subisce un progressivo declino.

Tra moderno e pos-moderno sembra, invece, correre continua la legalità costituzionale, che è per l'appunto l'oggetto del presente discorso; è, però, una continuità nella discontinuità, giacché sarà proprio la legalità costituzionale, nel suo nascere in seno alla modernità, a provocare il primo processo incrinatorio dell'approccio moderno al diritto e della soluzione moderna del problema delle fonti del diritto, e, nel suo trasformarsi durante il Novecento, a operarne definitivamente la cancellazione.

Fin qui si è parlato con una vitanda vaghezza di fonti del diritto, legge, legalità, legalità costituzionale senza offrire a un uditorio composto in assoluta prevalenza di non-giuristi strumento alcuno di comprensione. Mi affretto, pertanto, a dare un contenuto ad affermazioni familiari all'ideario e vocabolario giuridico, ma ostiche e poco afferrabili da chi quella familiarità non possiede. Vorrei, infatti, corrispondere all'onore grande di avermi affidato da parte del Consiglio di Presidenza il discorso solenne di chiusura dell'anno accademico, alla presenza del Capo dello Stato e di fronte alle classi riunite della Accademia, con un sincero tentativo di sfuggire ai lacci dell'esoterismo che contraddistingue generalmente – ohimè! – i discorsi dei giuristi.

2 – Appena che ci si volge all'indietro verso quella modernità giuridica, che comincia a formarsi dal Trecento in poi nell'Europa continentale<sup>2</sup> trovando una consolidazione piena nel Settecento e nell'Ottocento, il paesaggio giuridico ci appare assolutamente ben definito offrendo dei contorni netti e certissimi.

Protagonista della storia del diritto, che in quel contesto storico si svolge, è lo Stato; o, meglio, sono i diversi Stati in cui si va sempre più frammentando l'unità politica e giuridica europea. Chiarendo subito che si intende per 'Stato' non ogni potere politico dotato di effettività in una determinata proiezione territoriale, bensì un potere totalizzante, omnicomprensivo, che tende a controllare e a dominare ogni manifestazione sociale, una sorta di grande burattinaio che ha in mano tutti i fili e non intende rinunciarvi. Stato è, dunque, più una psicologia del potere che una quantità più o meno grossa di questo; come tale, è la novità che segna di incommensurabile discontinuità il terreno della modernità, intensificando la confinazione fra 'moderno' e 'medievale'<sup>3</sup>.

Il medioevo conosce soggetti politici forniti della massima latitudine potestativa, e non sono infrequenti poteri esercitati tirannicamente. In questa civiltà, tuttavia, la coscienza collettiva serba la nozione – diffusa e mai smentita – della incompiutezza del potere politico, intendendo con un siffatto sostantivo che qui il suo titolare non è sorretto da una psicologia totalizzante; al contrario, egli si occupa soltanto di ciò che attiene direttamente alla conservazione dell'ordine pubblico consentendo a forze plurali e diverse di manifestarsi e realizzarsi nella società civile.

L'esempio offerto dal diritto è illuminantissimo: il Principe medievale – sia esso personaggio laico o ecclesiastico, oppure una città libera – non individua nell'occuparsi del diritto, nel produrlo, l'essenza della sua funzione suprema. La sua volontà, espressa in una legge o in uno statuto cittadino, concerne solo oggetti limitati e sempre in stretta connessione con l'ordine pubblico della *civitas* o del principato. Il Principe medievale è solo occasionalmente legislatore, essendo

---

<sup>2</sup> Vale la pena di avvertire che la storia giuridica europea è fatta, almeno durante l'età moderna e fino a ieri, da due storie che corrono autonome e parallele: quella del regno d'Inghilterra e quella dell'Europa continentale. Nella realtà, giuridicamente e non solo geograficamente insulare, che è l'arcipelago britannico, si continua a vivere per tutta l'età moderna secondo una visione del diritto che è quella medievale, persistendo infatti l'affidamento dello sviluppo del diritto a un ceto di esperti – nel caso inglese, a un complesso e conchiuso ceto giudiziale – più che al potere politico, non proponendosi dunque di là dalla Manica il nesso strettissimo, quasi la vincolazione necessaria, fra potere politico e produzione del diritto che invece si afferma sempre più sul continente.

<sup>3</sup> E' questa l'idea forte che sorregge la mia ricostruzione del diritto medievale (cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari/Roma, Laterza, 2009)<sup>13</sup>

riservata alla comunità la continua produzione del diritto<sup>4</sup>. Fonte prevalente, infatti, è e resta per tutto il medioevo la consuetudine, cioè usi germinati dal basso, osservati in seno alle comunità e interpretati in modo provveduto da giuristi teorici e pratici.

Sarà il Principe moderno, in forza della psicologia totalizzante cui si è or ora accennato, a occuparsi sempre più massicciamente del diritto in un crescendo che va dal secolo XIV al XVIII. Questo Principe vuole produrre diritto; anzi, comincia a identificare in questa peculiarissima attività il segno della sua sovranità. Il Principe è e sarà Principe soprattutto perché è e sarà legislatore. L'età dell'assolutismo politico diventa per lo storico del diritto una età di *assolutismo giuridico*<sup>5</sup>

Il che non si realizza immediatamente, anche perché il lungo distendersi del millennio medievale aveva calato i suoi valori fino alle radici profonde della civiltà occidentale; ma la linea di tendenza è netta, e consisterà nella vincolazione strettissima tra potere politico e diritto, una vincolazione che, al termine del processo consolidativo della modernità giuridica, ossia con la rivoluzione francese e con Napoleone, apparirà come necessaria, ineludibile; sarà il momento della grande codificazione, quando lo Stato si riappropria finanche di quel diritto privato lasciato sino ad allora nel materno grembo consuetudinario e ridotto ormai a oggetto del primo Codice voluto dalla Rivoluzione e attuato da Napoleone, il Codice Civile.

Il demiurgo del diritto moderno è, dunque, quel soggetto politico munito di una psicologia tutta nuova che lo porta a voler controllare interamente un cemento prezioso per la compattezza dell'organismo politico. Conseguentemente, la fonte prevalente del diritto è la stessa voce autoritaria e autorevole del Principe, la legge, in un processo storico progrediente che, alla fine, la rende esclusiva.

Con questa opportuna notazione: legge è vocabolo e nozione viziati di polisemicità. Di *lex* parlava anche Tommaso d'Aquino nel pieno dell'età medievale riducendola ad un *actus rationis ordinantis*, ossia alla lettura di un ordine oggettivo delle cose sociali che il Principe era tenuto a manifestare pubblicamente ma anche a rispettare<sup>6</sup>. Tuttavia, la legge, nelle mani di quel soggetto disinibito che è il Principe moderno, si trasforma in ben altro.

Jean Bodin, un avvocato parigino, contemplatore attento della evoluzione della statualità francese e che di essa ci disegna (a fine Cinquecento) gli essenziali tratti politico-giuridici (quel Bodin su cui ha scritto recentemente pagine acutissime il nostro insigne socio Cesare Vasoli), Bodin ha cura di fissarcene il contenuto: la legge dell'età nuova appartiene alla dimensione della volontà e non della attività conoscitiva del Principe, è pertanto qualcosa di auto-referenziale, che si auto-justifica all'interno della psicologia del soggetto volente, identificandosi puramente e semplicemente con ciò che al soggetto piace<sup>7</sup>.

Sempre a fine Cinquecento e sempre in quel regno di Francia che è per noi uno straordinario e antesignano laboratorio della modernità giuridica, un altro personaggio, anche lui di forte educazione giuridica ed osservatore penetrante del proprio tempo, Michel de Montaigne, ha cura di

---

<sup>4</sup> Ho chiarito l'orientamento descritto sommariamente in queste righe in uno scritto che integra opportunamente la sintesi ricordata alla nota 3: P. GROSSI, *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano Giuffrè, 1998 (in lingua tedesca sta in: *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997).

<sup>5</sup> Sintagma questo – *assolutismo giuridico* – che credetti opportuno di coniare alcuni anni fa, che ha riscosso generale adesione per la puntualizzazione efficace che offre ma anche qualche rilievo critico. Guardandovi con l'occhio disteso dal tempo, io continuo a ritenerlo ben espressivo di una svolta di grosso rilievo nella storia del diritto. Chi volesse saperne di più potrebbe leggere i saggi raccolti in: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., e soprattutto il saggio introduttivo: *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*.

<sup>6</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, art. 3 e 4.

<sup>7</sup> “commandement du souverain usant de sa puissance” è la sua definizione di *loy* (BODIN, *Les six livres de la Republique*, liv. I, c. VIII De la souveraineté). Bodin non manca di sottolineare la clausola di stile, con la quale – per tutto l'antico regime – si chiudono le *ordonnances* regie: “car tel est nostre plaisir”, significando eloquentemente che, nella psicologia assolutistica del potere politico moderno, volere e piacere tendono ad identificarsi (*ibidem.*). Il re di Francia, per tutto l'antico regime, un limite – però – l'aveva, e cioè nella piattaforma consuetudinaria composta di usi memorabili che veniva a formare quasi la costituzione materiale, non scritta ma fondativa, del Regno.

avvertire, in quel dovizioso forziere dei suoi 'Essais', che chiunque intendesse condizionare la propria obbedienza alla legge del Sovrano per i suoi contenuti di giustizia, farebbe cosa distorta, giacché a una legge l'obbedienza la si deve in quanto è legge, ossia in quanto è volontà (qualunque essa sia, buona o cattiva) espressa dal titolare della sovranità<sup>8</sup>.

3 – “Quiconque leur obeyt par ce qu'elles sont justes, ne leur obeyt justement par où comme il doibt”. La frase di Montaigne è impietosa nella sua crudezza e registra la alterazione che la legge ha subito nell'approdo al territorio della modernità. E' realtà a-contenutistica, o – meglio – che il Sovrano può riempire a suo piacimento; ed è legge da obbedire anche quella che ripugna alla comune coscienza perché colmata di comandi arbitrari o iniqui. Questo esige la nuova visione *statalistica* che degenera in assolutismo non solo sul piano politico ma altresì su quello giuridico.

E' in un siffatto clima storico e in reazione ad esso che prende forma quell'ampio e ricco movimento di pensiero e di azione che siamo soliti chiamare *costituzionalismo*<sup>9</sup>: il quale, come suo primo contrassegno, assume precisamente l'opporci ad una legalità che può tradursi in sostanziale violenza per il comune cittadino. Già, perché il diritto – un fenomeno vasto e plurale come vasta e plurale è la società – si sta riducendo a un complesso di leggi, essendo il Sovrano, nella nuova visione rigidamente *statalistica*, il solo a poter trasformare con la sua volontà un fatto sociale ed economico in diritto. Si può ormai parlare, dalla fine dell'antico regime in poi, soprattutto grazie alla tenaglia rivoluzionaria, di monismo giuridico, contrapponendolo allo spinto pluralismo medievale, con un solo produttore di diritto, con una sola fonte, la legge, la nuova legge incarnante un comando assoluto. E il principio dominante non può che essere quello di legalità, cioè della completa osservanza alla legge del Principe prescindendo dai contenuti in essa riposti.

La diffidenza per una legalità statale positiva - cioè posta in essere da questo o quel Sovrano, che può diventare ripugnanza di fronte a casi di arbitrio - è il primo fermento generativo del costituzionalismo. Al quale segue immediatamente una proposta operativa: lo sdoppiamento della legalità. Non c'è, infatti, solo la legge prodotta dal detentore *pro tempore* del potere supremo; al di là e al di sopra, sta una legge che è di qualità diversa, giacché è la stessa Divinità ad averla voluta e ad averla voluta a sicuro presidio dell'uomo originario<sup>10</sup>. Il costituzionalismo, fenomeno politico-giuridico, si innesta nella grande riflessione giusnaturalistica rappresentandone un consequenziale sviluppo.

Ecco la elementare trama argomentativa: l'assolutismo giuridico è frutto della storia umana, costituisce uno dei tanti tradimenti che la storia umana ha accumulato nel suo divenire. Il salvataggio consiste nel guardare al di là della storia, in quello stato di natura dove l'uomo primigenio rinvenne l'ambiente idoneo al suo pieno sviluppo e dove egli si trovò fornito da una benevola Divinità di tutti quei diritti, facoltà, poteri perfettamente adeguati a tutelarli.

E' a quel modello primo di uomo che si deve guardare, prima delle contaminazioni e alterazioni della storia sociale e politica. Il costituzionalismo riprende dal giusnaturalismo lo sforzo di basare la nuova civiltà su fondamenti pre-storici, dando a questo ricorso una valenza squisitamente garantistica. E la favola giusnaturalistica dello stato di natura, di un'età dell'oro mai concretamente esistita, assume l'aspetto di una abilissima strategia per corazzare una serie di situazioni soggettive fruite in un tempo originario e delle quali nessun potere può privare il soggetto.

E' chiaro che tutto si risolve in un sublime artificio, poiché il paesaggio evocato e invocato non è mai esistito ed è collocabile in una mera virtualità, ma è altrettanto chiara l'esigenza di una

<sup>8</sup> MONTAIGNE, *Essais*, liv. III, c. XIII.

<sup>9</sup> Volutamente, segno costituzionalismo e non costituzionalismo moderno, per fare intendere che non si condivide affatto gli immotivati anticipazionismi di chi vorrebbe sorprendere un costituzionalismo antico e uno medievale, con il risultato negativo di riunire in un solo fascio realtà profondamente diverse, fare del costituzionalismo un vago e imprecisato basamento comune e, soprattutto, togliere la sua inconfondibile tipicità al movimento che si sviluppa nei secoli XVII e XVIII.

<sup>10</sup> E' appena il caso di avvertire che, quando qui si parla di Divinità, non ci si riferisce a un ente puramente metafisico, com'è nella tradizione giudaico-cristiana, ma a una visione panteista tendente a sacralizzare la stessa natura immanente.

fondazione meta-storica in grado di togliere all'abbraccio soffocante dello Stato l'individuo e le sue libertà: prima della storia c'era un mondo popolato da singoli individui tutti eguali, corredati ciascuno di una gamma preziosa di diritti; prima della storia, costellata di comunità e di forme varie di potere, v'è stato un tempo in cui il soggetto ha potuto liberamente esercitare i propri diritti conformemente alla sua natura.

Insomma, prima dello Stato c'è il diritto, o, meglio, un diritto di indole superiore, intangibile, inespropriabile.

Anche se i soggetti evocati non sono creature storicamente viventi e si tratta solo di modelli museali, il risultato è grosso per la civiltà giuridica occidentale: si attuava una autentica liberazione del soggetto da tutte le incrostazioni depositate su di lui dalle vicende storiche, e ne scaturiva un individuo carico di situazioni soggettive favorevoli, autonomo nella sua individualità, indisponibile a lasciarsi irretire in quella ragnatela di ceti, comunità, corporazioni che lo avevano condizionato nella società medievale, continuando a perseguirlo sino alla fine dell'antico regime.

Le cosiddette 'carte dei diritti', espressioni fedeli del primo costituzionalismo settecentesco, nella loro struttura di cataloghi di diritti, indicano con precisione il carattere garantistico delle studiatamente ricercate fondazioni giusnaturalistiche. Un risultato premeva: allo strato di leggi positive dei Sovrani sovrapporre uno strato superiore immediatamente basato sulla natura delle cose e pertanto intangibile; sdoppiare la legalità imponendo una legalità superiore intessuta non già di comandi ma di diritti inabdicabili e insopprimibili.

Il costituzionalismo è qui già in atto, e si profila una legalità costituzionale, sia pure galleggiante sulla concretezza del diritto vissuto, più un insieme di principii filosofico-politici che di norme ordinarie di una esperienza economico-sociale. Su questi limiti indubbi occorrerà ribattere e precisare maggiormente tra poco.

4 – Ho parlato più sopra di strategia, e di strategia preziosa: un primo passo per irrobustire il cittadino di fronte agli arbitrii del potere politico. Mi sento, però, di aggiungere: strategia duplice.

Infatti, il preteso stato di natura è un contributo rilevante a dare fondazioni indiscutibili a una civiltà di stampo individualistico. Solo un insipiente atteggiamento apologetico potrebbe impedirci di cogliere il senso di una incisiva operazione di politica del diritto: conquistato a fine Settecento il potere politico tanto agognato, si disegna il volto di uno Stato rigidamente mono-classe cercando però di dargli delle fattezze suadenti capaci di far dimenticare che alla iniqua dominanza dei ceti privilegiati dell'antico regime si era semplicemente sostituito la dominanza della intelligente e intraprendente classe borghese che aveva promosso e fatto la Rivoluzione.

La appropriata cosmesi giuridica fu, per l'appunto, offerta dalle fondazioni giusnaturalistiche del primo costituzionalismo. Tutto si misurava – l'ho già detto – non su uomini in carne ed ossa, ma su modelli disincarnati, su soggetti virtuali più simili a statue museali che a creature viventi. Il vizio stava soprattutto nella astrattezza del paesaggio disegnato, un vizio che costituiva il perno essenziale di una occhiuta strategia, diventando un pregio inestimabile per conseguire in modo indolore una precisa finalità. Il lavorare su modelli astratti permetteva, infatti, di dare a ciascuno il lievito della speranza lasciando intatte le disuguaglianze economiche e sociali del mondo presente.

Gli esempi della uguaglianza e della proprietà privata sono di una efficace eloquenza.

Nello stato di natura gli uomini sono tutti individui e tutti uguali, e la *égalité* è scritta sui gagliardetti della Rivoluzione, in tutti i programmi e in tutte le 'carte' che costellano il sessennio rivoluzionario, ma di uguaglianza formale si tratta, squisitamente giuridica, con una funzione più negativa che positiva risolvendosi in assenza di vincoli giuridici al conseguimento di una uguaglianza di fatto. Per il nulla-tenente dei bassifondi parigini era niente più che una vistosa ma inutile decorazione.

Peggio ancora per quanto attiene alla proprietà privata: nello stato di natura ciascun uomo è voluto dalla Divinità proprietario di se stesso, munito di una carica proprietaria protesa a proiettarsi nel mondo esteriore. Anche qui la funzione è da valutarsi soprattutto in negativo: sono cancellati i

vincoli cetuali che impedivano l'accesso alla proprietà, ciascun uomo è potenzialmente un proprietario. Con questa circostanza aggravante: che, in assenza di vincoli socio-giuridici impeditivi, il mancato raggiungimento della proprietà fattuale non poteva che ascrivere alla pigrizia e alla inettitudine del soggetto.

Il costo ci fu, e pesante: e fu la incolmata distanza fra la suadentissima retorica politico-giuridica proclamata nelle 'carte dei diritti', nei decaloghi e cataloghi in cui queste si articolavano, e la società civile nella sua grezza e informe storicità. Le 'carte' apparivano galleggiare su di essa senza alcuna possibilità di incidervi, e una sorta di muraglia cinese separava le miserie dei fatti socio-economici dai disegni giusnaturalistici concretantisi in una irrisione per la stragrande maggioranza di cittadini (i più senza nemmeno lo strumento del voto politico nelle proprie mani).

Se una solerte propaganda di regime celava efficacemente le condizioni del paese reale proponendo di continuo le pretese conquiste della Rivoluzione e delle pseudo-democrazie ottocentesche, non manca, nella seconda metà dell'Ottocento, all'interno dello stesso ceto dominante, chi, senza coltivare capovolgimenti rivoluzionari, tenendo dietro a una forte coscienza etica e a una diagnosi lucida e impietosa, sottolinea la natura classista dello Stato e la conseguente frattura tra dichiarazioni progettuali e realtà quotidiana.

Segno qui, tra i molti esempi che potrebbero addursi, solo l'impegno energico di due intellettuali toscani, che diverranno protagonisti nella vita politica, Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino, che vorranno corroborare le proprie singole voci e dar loro un fiato maggiore con la fondazione di una Rivista dal timbro chiaramente programmatico, la "Rassegna Settimanale"<sup>11</sup>; voci significative perché provenienti da personaggi politicamente conservatori, eloquentissime perché – senza mezzi termini e con la inchiodante autorità di autentiche inchieste sul campo – non esitano a mettere il dito nella piaga insistendo nella provocatoria ma ineccepibile verità che la libertà e l'uguaglianza teorizzate per tutti ed a tutti formalmente riconosciute restavano affermazioni dottrinarie, mentre gli istituti di garanzia formale tutelavano in effetti gli interessi di una oligarchia. E Sonnino parlava di "formalismo liberale"<sup>12</sup>, identificando i suadenti enunciati delle 'carte dei diritti' nella "fantasmagoria di una libertà dottrinaria".

5 – Il riduzionismo politico-giuridico moderno, che recava fin nelle ossa la vocazione elitaria propria del giusnaturalismo e dell'illuminismo giuridico, nutriva necessariamente una diffidenza profonda verso il magma sociale e si era ingegnato di controllarlo. La massa sociale appare ormai, dopo la stretta rivoluzionaria, come una compatta piattaforma inerte e che inerte deve restare, essendo consegnate le redini del governo della *polis* nelle mani di quella che Franchetti e Sonnino avevano coraggiosamente – per taluno: scandalosamente – qualificato 'oligarchia'.

Quando, in quelli che sono cronologicamente gli ultimi decenni dell'Ottocento ma – secondo lo storico del diritto – i primi del secolo lungo che stiamo tuttora vivendo, il magma sociale esce dalle segrete dove era stato a lungo rinserrato, non ci si limitò, come negli anni della Rivoluzione, a fiumane riversate nelle strade ma destinate presto a essere nuovamente inghiottite dalle fogne. Cento anni – e quali anni! – non sono passati invano, e lo dimostrano le vicende che si conseguono, si intrecciano, ma soprattutto si muovono a più livelli e con diverse strategie: la turbolenza si trasforma in lotta sociale, e la lotta sociale si incarna ormai nella figura dello sciopero, meno piazzaiola ma straordinariamente corrosiva per la stabilità dell'assetto economico; e prendono consistenza forme associative sempre più vaste e sempre più ascoltate.

Se è veridica l'osservazione di Franchetti e Sonnino: "le classi inferiori, che sono pure la maggioranza della nazione... non partecipano al giuoco delle forze politiche... queste classi e i loro interessi non entrano per nulla nella vita del paese; sono escluse da essa"<sup>13</sup>, il fatto nuovo e decisivo nel paesaggio socio-giuridico italiano ed europeo di fine secolo è che la massa dei nulla-tenenti non

---

<sup>11</sup> E' la "Rassegna settimanale di politica, scienze, lettere ed arti", che comincia ad apparire nel 1878 presso l'editore fiorentino Barbera.

<sup>12</sup> S. SONNINO, *I contadini in Sicilia*, Firenze, Barbera, 1877 (IIa ed.: Firenze Vallecchi, 1925, p. 339).

<sup>13</sup> *Ammonizione e domicilio coatto*, in *Rassegna Settimanale*, febbraio 1878, p. 126.

è più l'occasionale coacervo di forze fisiche individuali senza alcun collegamento se non la diffusa disperazione; ora, accrescono la loro presenza e la loro rilevanza proprio le due dimensioni che la civiltà borghese aveva tentato di rimuovere drasticamente, quella sociale e – peggio ancora – la collettiva.

Il nuovo degli ultimi decenni ottocenteschi è un paesaggio socio-giuridico ormai articolato e arricchito in parecchie, crescenti coagulazioni sociali, prima fra tutte quella sindacale. Il nuovo sta, agli occhi dello storico del diritto, in un paesaggio che ha perduto la sua forzosa e artificiosa semplicità ed è diventato più *complesso*. Ormai, si deve fare i conti con quella psicologia di massa, più consapevole e matura, che ravvisa nell'io collettivo l'unica forza del soggetto socialmente ed economicamente debole, atteggiamento cui si affianca la realizzazione di quella forza con la consolidazione di preziose formazioni sociali tra le quali spicca – come si è or ora detto – il sindacato.

Il palcoscenico di ieri, forzoso e artificioso, era stato *ridotto* a un gioco rarefatto di individualità, il macro-individuo Stato e il micro-individuo soggetto fisico, ed era frutto di una abilissima strategia che aveva in tal modo – sostanzialmente ma larvatamente – valorizzato la fondazione squisitamente censitaria della società. Il palcoscenico, che si va sempre più nettamente profilando fra Otto/Novecento, è assai più complesso, proprio perché al regime borghese sta lentamente sfuggendo il già occhiuto controllo sociale. E lo Stato, faticosamente, da mono-classe si trasforma in pluri-classe.

La visione deformante, che comunemente si continua ad avere dei giuristi quali personaggi servili e acquiescenti al potere, e pertanto sordi al mutamento, potrebbe farci pensare a un loro silenzio stupefatto, ma è da uno di loro che proviene la denuncia più squillante delle trasformazioni in atto. Il nostro uomo è un cultore del diritto pubblico, che non esiterei ad ascrivere tra le voci più alte della scienza giuridica novecentesca, Santi Romano.

Romano, che, per un verso, da un punto di vista rigorosamente giuridico, non aveva mancato di sottoporre a severa critica le conquiste ultime e definitive della civiltà moderna denunciando la astrattezza di quella sorta di 'catechismi' rappresentate dalle 'carte dei diritti'<sup>14</sup>, per un altro verso, si fa osservatore attento del mutamento sociale e, senza stracciarsi le vesti, sottolinea i caratteri del nuovo paesaggio e la conseguente messa in crisi della struttura statale costruita per perpetuare – magari, all'infinito – l'ordine socio-giuridico coniato dalla Rivoluzione e che, ai primi del Novecento, appare per quel che effettivamente è: una forzatura, una compressione delle forze plurali della società.

Il mio riferimento, come può ben prevedere ogni giurista, è al discorso inaugurale dell'anno accademico, che Romano è chiamato a tenere nel 1909 presso l'Università di Pisa e che intitola, con un approccio frontale coraggiosissimo, "Lo Stato moderno e la sua crisi"<sup>15</sup>. Crisi identificata dal grande giuspubblicista palermitano precisamente nel montare e crescere di formazioni sociali che, frastagliando la compattezza dello Stato (quella compattezza voluta dal progetto giacobino, ma congenialissima allo Stato di diritto di marca liberale), lo stava erodendo nel profondo.

Appena qualche anno dopo, nel 1913, si sarebbe acquisito in Italia quel suffragio universale maschile, lungamente e tenacemente ostacolato, che avrebbe risolutivamente trasformato la vecchia struttura mono-classista. Appena qualche anno dopo, la burrasca della guerra mondiale, sotto tanti

---

<sup>14</sup> 'Catechismi', così come 'panegirici' e 'romanticismo politico' sono espressioni aspre e icastiche usate dallo stesso Romano, quasi per sottolineare un insieme di affermazioni non suscettibili di verifica nella realtà quotidiana, in una severa requisitoria contenuta nel suo discorso inaugurale nella Università di Modena del 1907: Santi ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi- Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, soprattutto pp. 165 e 168. Ma si vedano, dello stesso Romano, anche i saggi assai significativi: *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione* (1897), ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990); *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), ora in *Scritti minori*, vol. I, cit.; *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit..

<sup>15</sup> Ora in: *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit..



aspetti inutile ed enorme tragedia, costituirà il cippo confinario estremo di una società controllata e diretta dall'alto<sup>16</sup>.

6 E' in questo clima intensamente rinnovato che il costituzionalismo ha una svolta decisa, e vive un secondo novissimo momento con l'affermarsi di una legalità costituzionale intrinsecamente nuova.

Il primo rilevante passo compiuto dal costituzionalismo sei-settecentesco con le 'carte dei diritti' non poteva più bastare. C'era ormai bisogno di ben altro che di 'catechismi' (secondo la pungente qualificazione di Romano). Se le 'carte', orientate a un preteso meta-storico stato di natura, modellate su un soggetto assolutamente astratto e protagonista di una meta-storia mai effettivamente vissuta dal genere umano, non potevano che essere percorse dal vizio grave della astrattezza, i nuovi riusciti tentativi che popolano il corso del Novecento intendono proporsi quali lettura della società nella sua effettività storica, ossia di un determinato ordine storico sorpreso nella sua storica concretezza e, quindi, nella sua effettiva complessità, senza che strategie progettuali forzassero e alterassero artificiosamente il reale paesaggio socio-giuridico.

Valori, interessi, bisogni effettivamente circolanti in quella realtà storicamente concreta che è un popolo vivente in un certo tempo e spazio hanno la loro traduzione in un testo, che non è più un catalogo statico di situazioni soggettive astratte, bensì una norma giuridica suprema disciplinatrice della umana convivenza.

Si deve ripetere – e, quindi, sottolineare – che si tenta di disegnare l'intelaiatura giuridica di un tessuto storico, di una storia vivente, senza sottoporla a contrazioni artificiali, a semplificazioni mortificatrici della sua concretezza. La complessità della società, ormai pienamente recuperata nel pluri-classismo della strutturazione sociale novecentesca, trova il suo specchio fedele nelle Costituzioni del Novecento, dove il termine 'Costituzione' vuol segnare una differenziazione sostanziosa rispetto alle vecchie 'carte'<sup>17</sup>.

Il primo esempio compiuto lo si ha appena dopo il conflitto bellico, nel 1919, in una Germania che cerca di imboccare strade nuove, dopo la disfatta dell'Impero guglielmino, con la repubblica federale di Weimar: la Costituzione weimariana vuole, infatti, interpretare la cifra giuridica essenziale della società tedesca traducendola in un complesso organico di principii e regole. Fra i molti che si realizzeranno in Europa nel corso del Novecento, è esempio cospicuo anche la Costituzione italiana del 1948: segno del nascere di una vita nuova dopo la rovina della guerra, l'oppressione della dittatura fascista, i tradimenti della dinastia sabauda, specchio fedele della cifra giuridica del popolo italiano così come lo coglie in due anni di intenso lavoro una straordinaria 'assemblea costituente'.

7 – Ho insistito sulla storicità come atteggiamento nuovo rispetto alla precedente astrattezza, e ce ne dà la prova quel tema privilegiato delle attenzioni del costituzionalismo rappresentato dalla concezione e costruzione del *soggetto*. Il soggetto appare protagonista sia nel primo sia nel secondo momento, ma entro una visione insanabilmente diversa.

Là si trattava del soggetto unitario di diritto naturale, soggetto a-storico e pertanto meramente virtuale, un modello di uomo e nulla più; soggetto as-tratto, pensato e risolto come realtà insulare protetta da molteplici diritti e gravata dal solo dovere della auto-conservazione. Qui si tratta, al contrario, di una entità intrinsecamente *relazionale*, ben inserita in un contesto culturale

---

<sup>16</sup> Non è una semplice coincidenza che, proprio nell'anno finale della grande guerra, nel 1918, Santi Romano pubblicherà un suo libretto "L'ordinamento giuridico", che è la prima costruzione teorica tesa a togliere il diritto dall'ombra incombente dello Stato ricollocandolo nel grembo vasto e complesso della società. Per chi avesse voglia di saperne di più mi permetto di rinviare alla mia lezione dottorale bolognese dedicata appunto a disegnare il messaggio scientifico di Santi Romano (cfr. P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in *Società, diritto, Stato-Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, indi in: *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008.

<sup>17</sup> Con la doverosa precisazione che il termine 'constitution' è formalmente usato anche per contrassegnare alcune carte settecentesche francesi e americane.

sociale economico, sorpresa accanto all'altro, agli altri, e con essi in rapporto strettissimo, necessario.

Là un *individuo*, qua una *persona*, sicuramente munita di numerose situazioni soggettive che la Costituzione è chiamata a proteggere e che si sviluppano in sfere concrete di libertà, ma anche impegnata in un fascio parimente numeroso di situazioni di dovere. Il che ha grosso rilievo, perché è il dovere che socializza il soggetto, lo immerge in un tessuto relazionale; insomma, lo storicizza.

Si aggiunga una ulteriore precisazione: è un soggetto che spesso opera all'interno di una delle tante formazioni sociali in cui si articola la società civile. La nuova visione pluralistica respinge la compattezza giacobina dello Stato, quella compattezza che aveva trovato durante l'Ottocento il proprio coronamento nello Stato/persona, invenzione giuridica che raggiungeva anche lo scopo di separare Stato e società, di non contaminare lo Stato dall'incomposto magma sociale. La crisi denunciata da Romano nel 1909 approdava a una lucida diagnosi: lo Stato cominciava ad essere comunità; anzi, comunità di comunità, avviando un processo il cui sviluppo abbiamo registrato in Italia negli anni immediatamente trascorsi soprattutto in rilevanti modificazioni costituzionali<sup>18</sup>.

E' chiaro che la Costituzione di nuovo conio non può risolversi in un catalogo di diritti; o, meglio, non potrà esaurirsi in questo, ma vorrà e dovrà parlare di religione e cultura, educazione, economia, lavoro, ambiente, salute, oltre che dello "ordinamento della Repubblica", come recita l'intitolazione della parte seconda della Costituzione italiana del '48. E' chiaro che sia così, giacché è consequenziale al fine che i costituenti novecenteschi si propongono: esprimere la cifra giuridica di un popolo nella sua storica concretezza, traducendola in principii e regole.

Il cittadino non ha qui sermoni filosofico-politici che gli parlano di una felicità troppe volte irraggiungibile (come nelle 'carte' americane e francesi), o di una uguaglianza tanto astratta quanto inappagante; ha qui, piuttosto, il suo fondamentale breviario giuridico come breviario di vita.

E' ovvio che i costituenti abbiano teso a guardare al di là dello Stato assumendo come referente la intera società civile in tutta la sua complessità. La Costituzione novecentesca ci appare, pertanto, più un grande atto di conoscenza che di volontà potestativa. Nella estate scorsa, chiamato a celebrare – nell'ambito di un Convegno – i sessanta anni della nostra norma fondamentale in occasione del suo vegevo sessantennio, io non esitai a qualificarla come atto di ragione. Non volevo rinverdire nel 2008 la lontana definizione tomista di legge, né volevo dedicarmi a un vacuo espediente retorico; volevo, al contrario, sottolineare un tratto significativo e tipizzante di questi esperimenti del maturo costituzionalismo, constatando in essi lo sforzo di compiere una lettura spassionata, oggettiva, del tessuto di una società, ricavandone quei principii e quelle regole che – soli – sarebbero valsi a realizzare una unità non fittizia e soprattutto una unità durevole; sarebbero valsi a disegnare con precisione di contorni e di contenuti la legge fondamentale di un popolo, offrendogli non astratte proposizioni filosofico-politiche ma la sua concreta norma giuridica suprema, intrinsecamente giuridica e concretamente applicabile.

8 – Un esempio probante di quanto or ora si diceva potrebbe essere egregiamente prospettato dal lavoro dei nostri padri costituenti nel biennio 1946-1948; e ci appare con chiarezza in quei ricchissimi 'atti' preparatorii, che io ho sempre letto con edificazione intellettuale e che ho sempre consigliato di leggere ai miei studenti fino a quando mi è stato dato di tenere dei 'corsi' universitarii.

Ho deliberatamente usato il termine 'edificazione', che appartiene al lessico consueto dei moralisti, e l'ho fatto per attizzare l'attenzione. L'Assemblea Costituente italiana non è una corale di angeli. La compongono uomini di partito spesso divisi da forti fratture ideologiche; e non mancarono scontri e polemiche anche accese. Ci fu, però, un atteggiamento di fondo che merita dalla bocca dello storico e del costituzionalista l'inusitato aggettivo di edificante: perché si volle costruire una unità politica solida, nella piena consapevolezza che la si sarebbe potuta conseguire

---

<sup>18</sup> Il riferimento è alla discussa – e discutibile – riforma (attuata recentemente) del titolo V della Costituzione.

liberandosi delle contingenze che separano e distanziano, e mirando fissi ai valori accomunanti. Si volle, in altre parole, costruire non per l'effimero ma per i tempi lunghi, per quella *longue durée* che, ben al di sopra dell'effimero, è il vero tempo della storia.

Le recenti celebrazioni del sessantennio hanno comprovato che il bersaglio, almeno per quanto concerne i 'principii fondamentali' e la 'prima parte', è stato centrato. E, giustamente, si parlò allora da Piero Calamandrei, mio docente di 'diritto processuale civile' nell'Ateneo fiorentino e attivissimo costituente, di una Costituzione "presbite", con una puntualizzazione azzeccatissima che, opportunamente, ha nella sostanza ripreso Giorgio Napolitano in una sua conferenza torinese di alcune settimane addietro<sup>19</sup>.

Questo modo responsabile di lavorare è pienamente attuato, entro la Commissione dei Settantacinque, dalla Prima Sotto-Commissione, alla quale era stato affidato il tema indubbiamente più alto ma assai delicato dei 'Diritti e doveri del cittadino'. Ne facevano parte personaggi di levatura notevolissima, fra i quali mi piace ricordare i giuristi Dossetti e La Pira, democristiani, il socialista Lelio Basso, i comunisti Concetto Marchesi e Palmiro Togliatti. Consci della delicatezza dei problemi per i quali era stati chiamati a dare una soluzione, la miglior strada da percorrere parve a tutti quella di lasciarsi guidare da motivazioni che non abbandonassero il terreno del razionale e del ragionevole.

Si attuò una *sinergia* (termine caro a Dossetti), ma lo si poté fare unicamente perché la dimensione scelta in cui si mossero era la più oggettiva, la meno inquinata da venature di politica spicciola.

Ecco la voce alta di Dossetti: "sopra questi principii fondamentali, che debbono offrire la fisionomia sintetica del nuovo Stato e delle relazioni fra cittadino e Stato, è necessario ottenere il consenso di tutti"<sup>20</sup>. Che ci fu in grazia della razionalità dello sguardo. Il tema era scottante: persona, società, Stato nel loro complesso intreccio relazionale. La proposta di Dossetti fu di prendere le mosse da un principio condivisibile: "la anteriorità della persona rispetto allo Stato"<sup>21</sup>, una proposta tutta tesa a valorizzare la persona, a tutelarla. Aggiungeva con persuasione Dossetti: "questo concetto fondamentale della anteriorità della persona, della sua visione integrale e della interpretazione che essa riceve nel pluralismo sociale, può essere affermato con il consenso di tutti"<sup>22</sup>. E ci fu dialogo aperto fra il credente Dossetti e l'agnostico Togliatti, e ne conseguì un consenso pieno.

Tutta la discussione sui 'principii fondamentali' e sulla 'prima parte' è impostata all'insegna di questa osservazione serena. Afferma Giorgio La Pira, uno dei Relatori, anch'egli proteso in una feconda sinergia: "Questa prima parte... con la determinazione progressiva che in essa viene fatta dei diritti essenziali della persona e di quelli della comunità, verrebbe a costituire uno specchio fedele della reale struttura della società"<sup>23</sup>. L'aggancio è con il 'reale'; si è convinti di doverlo e poterlo fare. Un 'reale' da leggere nella sua obbiettività, da *riconoscere* (altro termine caro ai nostri costituenti) al di là dello Stato, in un terreno più decantato di quello della politicità quotidiana; certamente non in un respingibile stato di natura puramente virtuale ma nella concretezza della società, nella sua storia, nella sua tradizione, nel suo costume.

La Costituzione del Novecento, questa rinnovata e più consapevole legalità costituzionale, questa nostra attuale complessa legalità che attraverso il lungo secolo XX, secolo della post-modernità, ci guida con decisione verso gli approdi del futuro, ha il pregio di esprimere non delle geometrie museali, non delle mitologie insoddisfacenti, ma pienamente la storicità del diritto, permettendo finalmente l'armonizzazione tra società e ordine giuridico, quella armonizzazione che la modernità non conseguì e, probabilmente, non volle nemmeno conseguire.

---

<sup>19</sup> G. NAPOLITANO, *Costituzione e democrazia* – Discorso tenuto alla 'Biennale Democrazia', Torino, 22 aprile 2009, Roma, Ufficio Stampa della Presidenza della Repubblica, 2009, p. 10.

<sup>20</sup> G. DOSSETTI, *La ricerca costituente 1945.1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 103.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>22</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>23</sup> G. LA PIRA, *La casa comune - Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, Cultura, 1979, p. 152.

Consentitemi, in chiusura, di aggiungere che cerniera preziosa nella sempre maggiore (ma non facile) coerenza tra valori costituzionali e comandi legislativi si pone ieri, oggi, domani una istituzione che è centrale al cuore dello Stato e della Costituzione del 1948 e alla quale sono orgoglioso di appartenere, la Corte Costituzionale, autentico organo respiratorio dell'ordinamento giuridico italiano, organo sommamente garantistico per il cittadino che trova in essa il presidio delle sue libertà fondamentali.