

Capitolo primo

I caratteri generali del diritto costituzionale attuale

Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto. Per questo, i grandi problemi del diritto non stanno mai nelle costituzioni, nei codici, nelle leggi, nelle decisioni dei giudici o in altre simili espressioni di «diritto positivo» con le quali i giuristi hanno a che fare, né mai lí hanno trovato la loro soluzione. I giuristi sanno bene che la radice delle loro comuni credenze e certezze, come anche dei loro dubbi e dei loro contrasti, è sempre altrove. Per chiarire ciò che davvero li unisce e li divide, occorre scendere più a fondo o, è lo stesso, salire più in alto, in ciò che non è espresso.

In ultima istanza, ciò che conta e da cui tutto dipende è l'idea del diritto, della costituzione, del codice, della legge, della sentenza¹. L'idea è così determinante che talora, dove è particolarmente viva e diffusamente accettata, si può persino fare a meno della «cosa» stessa, come avviene per la costituzione in Gran Bretagna² o (esempio altrettanto interessante) nello Stato di Israele³. E, al contrario, dove non esiste o è dissolta in tanti rivoli che ciascuno alimenta a suo piacere, il diritto «positivo» si perde in una Babele di lingue incomprensibili l'una per l'altra e frastornante per il pubblico profano.

Le pagine di questo libro cercano di mettere insieme una serie di elementi relativi alla costituzione e alle sue trasformazioni in quello che oggi è – per usare una formula molto più ricca di contenuti di quanto appaia a prima vista – lo «Stato costituzionale» che si è venuto costruendo in Europa.

Non si ha la pretesa di dire qualcosa di nuovo, perché ciascuno di questi elementi è ben noto. Ma è l'insieme che impressiona. Dalla visione generale si ricava un'idea di diritto che sembra imporre l'esigenza di un rinnovamento profondo di molte concezioni giuridiche oggi effettivamente operanti. Viene messo in

discussione quanto vi è prima del diritto espresso da documenti ufficiali, cioè le idee generali, la mentalità, i metodi, le aspettative, le strutture di pensiero e gli stili giuridici acquisiti dal passato e non più giustificati nel presente.

Si potrebbe dire programmaticamente che l'idea di diritto che lo Stato costituzionale attuale implica non è entrata pienamente nell'aria che respirano i giuristi.

Le pagine che seguono vorrebbero essere un contributo nel senso della chiarificazione degli elementi compositivi di questa atmosfera. Se ha un senso parlare, oggi per il domani, di un diritto costituzionale europeo, è qui che vanno probabilmente cercati i suoi fondamenti comuni e le basi di una concezione della costituzione adeguata al compito che la scienza costituzionale ha di fronte per i prossimi anni.

1. *La trasformazione della sovranità.*

Fondamentale appare la ricerca delle tendenze generali del diritto costituzionale che si sono venute realizzando concretamente nel corso del secolo xx attorno all'idea di Stato costituzionale, tra le quali si colloca significativamente anche il progetto del superamento della divisione dell'Europa in Stati nazionali gelosi della loro sovranità.

In quell'idea di sovranità – intesa originariamente come situazione efficiente di una forza materiale impegnata nel compito della costruzione e della garanzia della propria unicità e supremazia nella sfera politica – si trovava insito, *in nuce*, il principio dell'esclusione e della belligeranza nei confronti dell'altro da sé. Da ciò derivava – all'interno – la necessità per lo Stato dell'annientamento dei suoi antagonisti e – all'esterno – la tendenza, alimentata dall'economia e dall'ideologia, all'imperialismo o alla «cattolicità», nel senso della teologia politica di Carl Schmitt⁴. Lo Stato sovrano non poteva ammettere concorrenti. Se si fosse aperta una concorrenza, esso avrebbe cessato di essere politicamente «tutto» e avrebbe iniziato a essere semplicemente «parte» di sistemi politici più comprensivi. Inevitabilmente, ciò avrebbe messo in discussione la sovranità e, con ciò, l'essenza stessa della statualità.

Sul lato interno, la sovranità indicava l'incommensurabilità dello Stato rispetto a ogni altro soggetto e quindi l'impossibilità per il primo di entrare in rapporti giuridici con i secondi. Di fronte allo Stato sovrano non potevano esserci che situazioni di soggezione.

Sul lato esterno, gli Stati si ponevano come fortezze chiuse, protette dal principio di non ingerenza. Poteva esserci, alternativamente, la lotta tra le sovranità, cioè la guerra (una eventualità regolata, ma allora non vietata, dal diritto internazionale) o la coesistenza delle sovranità attraverso la creazione di rapporti orizzontali e paritari, disciplinati da norme alla cui formazione gli Stati stessi avessero liberamente partecipato (i trattati internazionali e le consuetudini). Era invece esclusa – poiché ciò avrebbe negato la loro natura sovrana – la possibilità di un comando sugli Stati, emanante da un'autorità superiore, alla cui volontà essi fossero tenuti a sottomettersi (un governo sovranazionale o addirittura mondiale).

Sul principio cardinale della sovranità è stato costruito il diritto pubblico dello Stato moderno dell'Europa continentale. L'Ottocento è stato il suo apogeo e il suo compimento nello «Stato di potenza», insieme all'inizio del suo declino determinato dai principî politici del liberalismo e della democrazia contro i quali sono insorti i regimi totalitari del xx secolo, in un tragico tentativo di restaurazione.

Dal punto di vista giuridico, la sovranità veniva espressa e quasi visualizzata attraverso la riconduzione di ogni manifestazione di forza politica alla «persona» sovrana dello Stato: una metafora grandiosa che consentiva ai giuristi di parlare dello Stato come di un soggetto unitario astratto, capace tuttavia, attraverso i suoi organi, di volontà e di azioni concrete. La vita di questa «persona» era regolata dal diritto, il cui compito era analogo a quello delle leggi della fisiologia rispetto ai corpi viventi.

La scienza politica ha mille volte messo a nudo la finzione e mostrato le forze reali, i gruppi di potere, le *élites*, le classi politiche o sociali, ecc. di cui la «persona» statale non era che una rappresentazione, uno schermo o una maschera. Ma, dal punto di vista giuridico, questa concezione svolgeva una funzione di grande importanza e incidenza pratica: consentiva di dotare quanti agivano in nome dello Stato e secondo il suo diritto,

operando cioè come suoi «organi» (ecco la metafora della «persona statale» ancora in azione), della medesima autorità che, per principio, nel campo politico era propria dello Stato stesso.

Il diritto che aveva a che fare con questa «persona» sovrana e con i suoi «organi» era il «diritto dello Stato» (*Staatsrecht*, secondo l'espressione tedesca) la cui nozione era duplice, includendo l'idea di un diritto creato esclusivamente dallo Stato e posto esclusivamente al suo servizio. Di questo diritto, la sovranità statale era così il punto di partenza e il punto di ritorno, il criterio di senso e di orientamento di tutti i suoi elementi.

La nozione dominante del diritto dello Stato, sia sul versante interno (il diritto pubblico interno) sia su quello esterno (il diritto pubblico esterno o internazionale) era dunque la sovranità della «persona» statale. Oggi, però, questa nozione non è più riconoscibile con la chiarezza di un tempo, come realtà politica operante. Forze corrosive sono potentemente all'opera dalla fine dell'Ottocento tanto all'interno quanto all'esterno: il pluralismo politico e sociale, che contesta l'idea stessa di sovranità e di soggezione; la formazione di centri di potere alternativi e concorrenziali con lo Stato, operanti nel campo politico, economico, culturale e dell'esperienza religiosa, spesso in dimensioni totalmente indipendenti dal territorio statale; la progressiva istituzionalizzazione, talora promossa dagli Stati stessi, di «contesti» che ne integrano i poteri in dimensioni sovrastatali, con ciò sottraendoli alla disponibilità degli Stati come singoli; perfino l'attribuzione ai singoli individui di diritti che essi possono far valere contro gli Stati di appartenenza, di fronte a giurisdizioni internazionali.

Questi fattori demolitori della sovranità, la cui forza era stata almeno in parte tenuta a freno dalle esigenze di compattezza poste dal confronto tra Est e Ovest, giustificano oggi, forse con nuovi motivi, l'elogio funebre dello *ius publicum europaeum*, come costruzione concettuale dello Stato moderno e dei suoi attributi sovrani, pronunciato or sono novant'anni con queste parole: «la porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca i cui concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole.