

Maurizio Fioravanti

Oltre il Novecento
*La Costituzione democratica nel tempo della globalizzazione*¹

Sommario: 1. Premessa. I paradigmi della modernità giuridica – 2. Il Novecento e la Costituzione democratica – 3. Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel ‘tempo’ nuovo

1. *Premessa. I paradigmi della modernità giuridica*

Nel titolo del Convegno² è presente un termine-concetto, che è sempre più utilizzato dalla letteratura scientifica internazionale: si tratta del ‘tempo della globalizzazione’. Anche noi usiamo la medesima locuzione non per caso nel titolo della nostra relazione³. Prendiamo le mosse da questo aspetto specifico, che può apparire perfino banale, perché ciò che più ci interessa nella redazione di questo contributo è proprio il ‘tempo’, ovvero l’emersione nella nostra immediata contemporaneità di una consapevolezza: che

¹ Il presente saggio è già apparso nel volume M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 118) Milano 2018.

² Il testo che segue riflette puntualmente la relazione tenuta al Convegno dedicato a «Sovranità e diritti nel tempo della globalizzazione» (Roma, Istituto Emilio Betti, 28 ottobre 2016).

³ Da diversi punti di vista, ho avuto modo di riflettere sulle problematiche prese in esame in questo contributo in tre occasioni, che merita qui ricordare: M. FIORAVANTI, *La storia del diritto nella formazione del giurista: il modello della tradizione e le tendenze attuali*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo* (Incontro di studio, Padova, 25-26 novembre 2005), a cura di L. Garofalo, Napoli, 2007, p. 85 ss.; ID., *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l’esperienza del Novecento*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli (Quaderni Cesifin nuova serie, 60), Torino 2013, p. 13 ss.; ID., *Il diritto nelle opere della Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2015, p. 111 ss.

il fenomeno della globalizzazione sia così rilevante da caratterizzare un 'tempo' nuovo, diverso da quello fino a quel punto dominante, che poi altro non era che il 'tempo' della modernità, che si era disteso lungo diversi secoli in Europa, per giunta realizzandosi in forme diverse, ma che dall'osservatorio del Novecento veniva percepito come una vicenda unica, che in definitiva era quella che ancora oggi contrassegniamo come la vicenda, o l'esperienza dello *Stato moderno in Europa*.

È questa la vicenda che oggi non pochi ritengono conclusa, essendosi aperto un 'tempo' nuovo, che per l'appunto è quello della globalizzazione. Un 'tempo' che si ritiene essere non più comprensibile con le categorie del 'moderno', e in particolare con quelle che hanno sostenuto il lungo tragitto dello Stato moderno in Europa. Dunque, un approccio impegnativo, e il conseguente profluvio – qualche volta anche assai disinvolto – di discorsi sui caratteri della nostra età contemporanea che sarebbero di stampo 'post-moderno', misurati cioè sulla loro distanza o divergenza nei confronti del 'moderno', che avrebbe così, secondo questa diffusa opinione, concluso la sua esperienza in sostanza nel corso del Novecento, nel contesto di un'imponente trasformazione di cui parte essenziale è la stessa globalizzazione.

Dico subito che questa è una ricostruzione che convince fino ad un certo punto. Proclamare conclusa l'esperienza storica della modernità può essere anche corretto, e soprattutto funzionale a mettere nel giusto rilievo le trasformazioni del Novecento che effettivamente hanno avuto una profondità che molti a ragione considerano di carattere 'epocale'. Illustrare e misurare questa profondità è stato spesso utile, soprattutto nell'ambiente culturale dei giuristi, da sempre portati, per antica abitudine mentale, a enfatizzare la continuità, ad occultare le fratture, a considerare le trasformazioni come movimenti che alla fine non producono mai abbandoni assoluti, ma piuttosto assetti nuovi che tali sono, ma che tuttavia spesso non per caso vengono letti in chiave di semplice 'perfezionamento' dell'assetto precedente, in omaggio a questa atavica avversione dei giuristi nei confronti di ciò che si pone nella storia nei termini dell'assolutamente nuovo.

Bene. Bisogna però subito aggiungere che esiste oggi anche l'eccesso opposto, che è invalso soprattutto negli ultimi decenni, che consiste nell'interpretare ogni anche minimo discostarsi della esperienza giuridica e costituzionale contemporanea dai canoni codificati del 'moderno' come l'inizio della sua fine. In una valutazione equilibrata del nostro presente costituzionale si devono evitare proprio questi due 'opposti': non la pesante permanenza del 'moderno', magari articolato in modo diverso, ma in sostanza in un quadro complessivo in cui si respira l'aria del 'moderno' medesimo come destino necessario ed irreversibile; ma neppure l'opposto,

ovvero un moderno volatile, sempre sul punto di dissolversi, o addirittura già concluso, a favore di un 'tempo' nuovo, per ora genericamente definito 'post-moderno', che si costruisce cioè per differenza, o per contrasto, non essendo più i suoi caratteri essenziali corrispondenti a quelli che storicamente sono propri del 'moderno', secondo quanto descritto e delineato nei grandi paradigmi della modernità giuridica. Quei paradigmi che lo stesso 'moderno' aveva provveduto ad edificare nel suo momento di più alto fulgore, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del Novecento.

In effetti, la modernità – e in particolare quella giuridica, di cui ci occupiamo – ha celebrato sé medesima attraverso la costruzione di una serie di paradigmi, in un torno di tempo ben preciso, tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo e i primi decenni del ventesimo. Ho sviluppato questo punto in altra occasione⁴. Qui, è sufficiente ricordare che i paradigmi che la cultura giuridica e costituzionale europea ha costruito nel momento del suo più alto fulgore, tra Otto e Novecento, condensandovi quelli che devono essere intesi come i caratteri essenziali del diritto moderno, sono due, tra loro in diverso modo intrecciati : quello weberiano della amministrazione dotata della qualità della istituzionalità, che la rende capace di esprimere un'attività a sua volta dotata di alcune precise qualità, tra cui principalmente quella della calcolabilità, e quello che chiamo hobbesiano, che individua nel riconoscimento del sovrano il primo passo assolutamente necessario per la affermazione di un ordine politico, senza il quale null'altro di ulteriore si può costruire, compresi i diritti. L'esperienza costituzionale del 'moderno' si sviluppa proprio su questi due lati, richiamando per un verso il valore della istituzionalità, dell'ordinamento e delle sue regole, e per altro verso il valore della decisione, della volontà che opera in senso costitutivo, con l'intento di determinare il principio di unità politica.

In quei decenni decisivi e così ricchi di teoria politica e costituzionale abbiamo in Europa regimi politici diversi: una Repubblica, la Terza in Francia, il secondo *Reich* in Germania, con un'influenza ancora rilevantissima della componente monarchica, un parlamentarismo mutato profondamente in Inghilterra, con l'emersione della figura del *Premier*. Ma la diversità delle formule che si usano per la costruzione del governo non può e non deve impedire la percezione della esistenza di una cultura costituzionale comune, che può dirsi senz'altro una cultura europea. È questa la cultura dello *Stato*

⁴Mi riferisco a M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in «Enciclopedia del diritto», Milano 1990, vol. XLIII, poi anche in ID., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993.

liberale di diritto, che è la comune forma di Stato dominante in Europa tra Otto e Novecento, prima dell'avvento delle Costituzioni democratiche. È questo anche il tempo della modernità giuridica trionfante, che si rispecchia nelle istituzioni politiche e nelle dottrine costituzionali dello Stato liberale di diritto. E i paradigmi sono quelli che da sempre conosciamo. In particolare i due che abbiamo già nominato, quello weberiano della *istituzionalità della amministrazione* e del suo modo di operare in senso razionale e calcolabile, e quello hobbesiano, che pone nel *riconoscimento del sovrano* la condizione iniziale necessaria per l'esistenza stessa di un principio di ordine politico.

In altra occasione⁵ abbiamo mostrato come i due paradigmi s'intreccino nella cultura costituzionale dominante in Europa tra Otto e Novecento, producendo un'immagine complessiva che è quella dello Stato che con la sua legge espressione del principio di sovranità politica domina l'esperienza giuridica, ma che nello stesso è limitato da questa stessa legge. È il segreto dello Stato di diritto, sovrano e limitato nello stesso tempo. E quando si dice che la modernità giuridica in questo stesso torno di tempo raggiunge il suo punto più alto, s'intende precisamente dire proprio questo: che tramite la figura istituzionale dello Stato di diritto essa esprime al meglio la sua virtù più alta, che è per l'appunto quella di significare con il medesimo gesto, ovvero l'emanazione della legge, il suo carattere più essenziale, che è proprio quello di esprimere insieme forza e limitatezza, sovranità sul diritto, e sottomissione al diritto. E in effetti, se ci pensiamo bene, ci accorgiamo che lo straordinario successo conseguito dalla formula dello 'Stato di diritto' sta proprio dentro questa ambivalenza, che consente di pensare allo Stato nei termini della sovranità, ed anche della forza, e nello stesso tempo nei termini dell'ordinamento giuridico, del primato delle regole, dei limiti.

Ma la vicenda che ci siamo proposti di narrare non è finita qui. La parabola del 'moderno' raggiunge il suo punto più alto tra Otto e Novecento, ma non si ferma lì, né subito, appena raggiunto quel punto, inizia la parabola discendente. A conferma del carattere storicamente multiforme del 'moderno' – che riteniamo essere un punto decisivo, sul quale certamente torneremo – si apre nei primi decenni del Novecento una nuova vicenda, diversa da quella precedente dello Stato liberale di diritto, ma a nostro parere ancora interna all'orizzonte complessivo del 'moderno'.

⁵ M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione nella epoca del diritto pubblico statale*, in *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, (Quaderni del Laboratorio Kelsen), a cura di F. Mancuso-G. Preterossi-A. Lucci, Milano-Udine 2013, p. 221 ss.; ed anche in forma più sintetica M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna 2009, p. 53 ss..

Si tratta della vicenda della *Costituzione democratica*, intesa come ‘tipo’ storico di Costituzione: precisamente il terzo ‘tipo’ storico, che segue il primo cui si riconnettono le Costituzioni dell’età rivoluzionaria, della fine del diciottesimo secolo, e il secondo cui si riconnettono le Carte costituzionali dell’età liberale, del diciannovesimo secolo. A partire dalla Costituzione-madre della famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, che è la Costituzione di Weimar dell’11 agosto del 1919, attraverso l’esperienza delle Costituzioni sorte dalle ceneri dei regimi totalitari, come la nostra italiana, si avrà così un ‘tempo’ ancora nuovo, che è quello della *supremazia della Costituzione*. È questo un ‘tempo’ diverso da quello precedente dello Stato liberale di diritto. Avremo cura a questo proposito di mostrare le differenze. Ma fin d’ora diciamo che i protagonisti di questo passaggio, che pure presenta elementi anche di forte e radicale discontinuità, non ritengono mai di essere in viaggio verso un punto che si poneva oltre le colone d’Ercole della modernità giuridica. Come vedremo, la cultura costituzionale che sorregge nel corso del Novecento lo sforzo teso a generare il primato della Costituzione come norma giuridica si distacca nettamente dalla cultura costituzionale ancora dominante in Europa tra Otto e Novecento, nel segno di un superamento progressivo della centralità dello Stato nella costruzione degli assetti costituzionali, ma non pensa mai, in nessuna fase della sua esperienza, ad una liquidazione della eredità dello Stato moderno, con le sue dottrine, con le sue istituzioni.

Si dovrà dunque procedere ancora, oltre il ‘tempo’ delle Costituzioni democratiche del Novecento, per ritenere che ormai la distanza percorsa era tale da farci concludere che si era usciti dai confini del ‘moderno’. È questo l’ultimo punto della nostra trattazione, nel quale cercheremo di comprendere quale sia più precisamente l’elemento che ha scatenato la convinzione che si stia inaugurando – diciamo a partire dall’ultimo quarto del secolo scorso – un ‘tempo’ nuovo, diverso da quello moderno fino al punto di porsi per l’appunto nei termini di un altro tempo, dotato di caratteri essenziali radicalmente divergenti da quelli che contrassegnavano il ‘moderno’ medesimo. Se lo si chiama ‘tempo’ della globalizzazione è perché si ritiene che in quest’ultima risieda un potenziale sufficiente a scardinare definitivamente le porte del ‘moderno’, che aveva fino a quel punto, nella sua plurisecolare esistenza, assunto varie forme, ma evidentemente senza mai subire una sfida così forte ed intensa, del tipo di quella che contro di esso ha lanciato la globalizzazione.

2. *Il Novecento e la Costituzione democratica*

Può ora essere utile un passo indietro, alle radici del ‘moderno’. Per realizzare compiutamente quale rilevanza rechi in sé la consapevolezza dell’avvenuto completo declino del ‘moderno’ nell’ambito della storia giuridica e costituzionale europea può qui essere utile sommariamente ricordare le ‘forme’ del moderno che si sono succedute nel tempo. Storicamente infatti il ‘moderno’ non è rappresentato da un’unica soluzione istituzionale, in ipotesi da quella più nota e più recente, data dallo Stato liberale di diritto scaturito dalla Rivoluzione e dominante in Europa tra Otto e Novecento. È chiaro che se confrontiamo direttamente il nostro presente costituzionale con il ‘modello’ di quello Stato di diritto, a sua volta considerato come l’apice della modernità giuridica, non possiamo concludere altro che in un senso: che oggi non si ha più alcuno Stato ‘moderno’, perché non si ha più attivo un principio di sovranità di quel certo ‘tipo’, un diritto statale codificato del medesimo ‘tipo’, e così via.

Ma il punto è che il ‘moderno’ nella storia costituzionale europea non è solo quello su cui si è innestato ed è cresciuto lo Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento. Il ‘moderno’ è più concretamente raffigurabile *come una forza*, o *come una tendenza*, che opera in quella storia nelle sue diverse fasi, all’interno di un percorso multiforme e plurisecolare. All’inizio, nella prima età moderna, lo troviamo presente nella costruzione del governo dei territori, orientato sempre più secondo il modello weberiano della amministrazione dotata del carattere della istituzionalità e capace di esprimere un’attività ispirata ai caratteri della razionalità e della calcolabilità. È poi elemento essenziale e decisivo nella configurazione dello Stato giurisdizionale dei secoli centrali dell’età moderna – quelli tradizionalmente contrassegnati come secoli dello Stato assoluto – portando in campo, accanto all’elemento dell’amministrazione, la forza della politica, espressa nel principio di sovranità, anche se in modo ancora più o meno pesantemente condizionato dalla permanente strutturazione in senso pluralistico della realtà sociale e istituzionale. Ed infine il ‘moderno’ assume certamente la configurazione ben nota che ad esso è attribuita dalla Rivoluzione, che presuppone l’avvenuta rivoluzione dei diritti, il principio di uguaglianza, e infine il diritto integralmente codificato, e perciò finalmente unico, espressione dello Stato legislativo di diritto, che la cultura giuridica del suo tempo presenta come ‘tipo’ storico di Stato che nello stesso tempo realizza per un verso il dominio della legge sulla realtà sociale, e per un altro verso la sottoposizione della sua forza originaria, condensata nel principio di sovranità, a quella medesima legge. È questo in effetti il segreto che sta alla base della straordinaria

fortuna dello Stato di diritto, che è data dalla sua strutturale ambivalenza, dall'essere insieme, e nello stesso tempo, *sovranità e garanzia del limite, forza e intrinseca condizione di limitatezza del potere*.

Altrove abbiamo analizzato il succedersi di queste 'forme' lungo il plurisecolare itinerario del 'moderno'⁶. Qui le abbiamo semplicemente menzionate per avere presente la profondità del problema che abbiamo di fronte quando ci poniamo nel nostro immediato presente nella posizione di chi ritiene che quel lungo percorso sia sostanzialmente chiuso, e cioè che l'incisione che è stata compiuta dal Novecento sulla realtà storica del 'moderno' sia così vasta e profonda da farci concludere che siamo usciti fuori da quel percorso. E così stando le cose, decisivo diviene proprio il Novecento, che può essere letto come il secolo in cui si distende compiutamente il progetto insito nel 'moderno', o come il secolo in cui quel progetto scompare definitivamente dal nostro orizzonte e in cui quindi già è aperto il nuovo 'tempo' della globalizzazione, un 'tempo' ormai del tutto 'post-moderno', dominato da un diritto della contemporaneità che vive ormai al di là del confine su cui ha arrestato la sua corsa il diritto moderno. Conviene allora guardare dentro il Novecento, che è comunque terra di confine, dove il compimento ultimo del 'moderno' s'intreccia in effetti in mille modi con la tentazione di dichiarare concluso il suo percorso, per iniziare una ricerca davvero nuova, che porti alla luce un diritto non più moderno, un diritto che è semplicemente il diritto della contemporaneità.

La nostra attenzione ricade quindi sul Novecento. Sappiamo già quello che stiamo ricercando. In una parola, vi ricerchiamo il punto di origine di una vicenda storica che alcuni sostengono essere già in atto – diciamo dall'ultimo quarto del secolo scorso – e che si porrebbe, secondo questa linea interpretativa, al di là del 'moderno', ormai concluso e archiviato. Un tempo nuovissimo, assolutamente contemporaneo, che però per ora viene definito solo per contrasto, come 'post-moderno'.

Prendiamo ora le mosse da quello che forse può essere considerato il carattere più di fondo del Novecento. A questo proposito, un autorevole studioso ha così sintetizzato il secolo in questione: «Il Novecento ha riscoperto la società»⁷. S'intende dire che il Novecento ha abbandonato quella

⁶ M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, pp. 3-36.

⁷ La 'riscoperta' della 'società reale' nel corso del Novecento, da parte della cultura giuridica – e noi aggiungiamo la sua 'inclusione' nel perimetro della Costituzione, quale primo carattere distintivo del 'tipo' storico della Costituzione democratica del Novecento – è il perno attorno a cui ruota l'analisi di P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012.

visione di stampo giusnaturalistico che dominava nelle scienze sociali e giuridiche a seguito della Rivoluzione, e che si imperniava sul principio del soggetto unico di diritto contro la realtà delle soggettività differenziate sulla base della appartenenza di ceto. Quella visione aveva svolto una funzione determinante nell'abbattere i privilegi dell'antico regime, con la forza di un principio di uguaglianza che in sostanza era fondato sull'astrattezza. Si era dall'ordinamento considerati uguali in quanto da esso presi in considerazione in astratto, come uomini o cittadini.

Riscoprire la società significa far entrare nel recinto della Costituzione la società 'reale', non più quella immaginata dai filosofi e dai giuristi della fine del Settecento secondo il paradigma giusnaturalistico, ma la società che nei primi decenni del Novecento è già la società industriale, con la sua promessa di benessere socialmente esteso, ma anche con le sue contraddizioni, con la presenza di una quota di relazioni, tra gli individui singolarmente presi o attraverso le associazioni sindacali e di categoria, che è costantemente ed endemicamente orientata nel senso del conflitto, con il prodursi di fenomeni densi di minacciosi significati se letti dal lato del quieto e graduale incedere della società borghese del diciannovesimo secolo, come i fallimenti, ripetuti e disseminati in tutta Europa, delle grandi imprese industriali, con conseguenze sociali devastanti, come la disoccupazione di massa, o il riprodursi del pauperismo.

La Costituzione del Novecento non poteva ignorare tutto questo. Per questo motivo, si deve partire proprio da questo punto, che segna la differenza iniziale tra questo 'tipo' di Costituzione e il 'tipo' precedente, ovvero la Carta dell'età liberale. E la differenza sta proprio in questo: che la società è assente dalla Carta del diciannovesimo secolo, ed è invece presente, con tutto il suo carico di contraddizioni e di profonde disuguaglianze materiali, nel perimetro della Costituzione di 'tipo' nuovo, ovvero entro lo spazio coperto dalla Costituzione democratica del Novecento. Su questa base, le nuove Costituzioni del Novecento muoveranno dalla convinzione che tra le finalità ad esse assegnate quella principale, ed anzi primaria, sarà proprio quella del *governo del conflitto*, che passa attraverso la riduzione delle disuguaglianze, e dunque attraverso il compimento di politiche sociali ispirate dal principio della 'società giusta', che è la società che assegna a tutti una quota di beni morali e materiali – che ruotano da sempre attorno ai campi della istruzione, della salute, del lavoro e della assistenza – indispensabili per coltivare la prospettiva che per ognuno la Costituzione di fatto promette: *la prospettiva di condurre una vita libera e degna*.

Ora, per tornare al nostro problema di fondo, possiamo e dobbiamo chiederci: è questa evoluzione novecentesca del 'tipo' storico di Costitu-

zione in sintonia con il ‘moderno’, o di esso rappresenta già quanto meno una deviazione, o magari l’inizio di un nuovo ‘tempo’, destinato a distendersi oltre i confini del ‘moderno’? Noi propendiamo per la prima soluzione. Riteniamo cioè che gli uomini, le classi politiche, la cultura politica e costituzionale, che ha concorso a costruire il ‘tipo’ della Costituzione democratica, si sia mossa sui sentieri del ‘moderno’, di esso anzi enfatizzando un lato, ovvero la forza che riescono ad esprimere i poteri pubblici quando assumono una missione funzionale alla tenuta dell’intero corpo politico e sociale, com’è nel caso dei compiti che le Costituzioni democratiche loro assegnano in funzione di un obiettivo di pace e di giustizia sociale.

In una parola, fino a quando si proclama la necessità di un governo del conflitto, ora per giunta legato alla Costituzione, alla realizzazione della ‘società giusta’, si è certamente ancora nei confini del ‘moderno’, che in larga misura, a partire dalla sua radice hobbesiana, è caratterizzato proprio dal *riconoscimento del valore della politica come massima istanza di mediazione sociale*. Ed in effetti, ciò che abbiamo acclarato è che i poteri pubblici si vedono assegnato un compito in funzione di un obiettivo preciso, che è quello di garantire a tutti la prospettiva di una vita libera e degna. Abbiamo detto che questo compito si realizza nella società, attraverso l’interpretazione e la concretizzazione dei principi costituzionali, ancora per la via delle leggi di attuazione, ma sempre più spesso anche per la via della giurisdizione. Attraverso l’operato costante e ripetuto dei poteri pubblici, e della Repubblica nel suo complesso, comprensiva dei poteri dei privati che operano in campo sociale, si assiste al prodursi di una stagione che è ancora pienamente nel segno del ‘moderno’, in quanto ancora mossa da grandi ideali di carattere sociale, uniti alla fiducia nelle istituzioni politiche, nella loro capacità di portare a sintesi le contraddizioni sociali, d’indicare l’indirizzo da seguire per costruire la ‘società giusta’.

Il ‘moderno’ ha dunque *due lati*, forse fino dalle sue origini nei primi secoli dell’età moderna. Da una parte, la linea storica lungo la quale si costruisce il ‘moderno’ è quella della *neutralizzazione*, del domino della regola formale ed oggettiva sulla pluralità dei soggetti politici e sociali che popolano un determinato territorio o comunque una determinata scena di ordine collettivo; dall’altra il ‘moderno’ – e lo vedremo più avanti – si sviluppa nel senso del ‘progetto’, della indicazione in positivo ed in senso prescrittivo di un indirizzo da seguire, nella convinzione che il principio di unità politica ormai, in pieno Novecento, si salva solo sul piano dinamico, del governo attivo della realtà sociale.

Occupiamoci ora del primo dei due significati, quello attinente alla neutralizzazione, il ‘moderno’ è presente come tendenza in atto già nella am-

ministrazione dei territori della prima età moderna, nei quali emergono gradualmente i caratteri della amministrazione che il paradigma weberiano considerava di ‘tipo’ moderno: il carattere istituzionale e non meramente associativo della stessa amministrazione, la qualità che deve possedere l’agire amministrativo ‘moderno’, che è precisamente quella della calcolabilità, tale da garantire alla economia dei moderni, che sempre più si fonda e si sviluppa sull’investimento di larga scala e di lungo periodo, un quadro stabile e rassicurante. Un determinato assetto di poteri si evolve dunque verso il ‘moderno’ nella misura in cui il governo del territorio cui esso materialmente si riferisce inizia a dare sempre più spazio e rilevanza alla *forza del diritto*, ovvero al supplemento di legittimazione di cui gode un’amministrazione in modo crescente sottratta all’arbitrio del signore e dunque regolata da una logica che si presenta come oggettiva, in sé razionale.

Ma il ‘moderno’ nel filone della neutralizzazione non è solo questo. Più tardi questa stessa istanza, per quanto su un terreno del tutto diverso, si manifesterà nella valutazione del principio di sovranità affermatosi con la Rivoluzione francese nella forma della sovranità nazionale. Un certo tipo di liberalismo della metà del diciannovesimo secolo, e più avanti ancora la giuspubblicistica della Terza Repubblica, con alla testa Carré de Malberg, ripercorreranno infatti la via della neutralizzazione, qualificando in modo esplicito come ‘moderno’ quel criterio attributivo del principio di sovranità che prescindendo totalmente dal dominio di un soggetto – prima il re, e poi il popolo o la nazione – risolvendosi al contrario nel dominio di un ordine oggettivo che si esercita, in nome della Nazione, su qualsiasi soggetto. La sovranità dunque non esiste nella forma del volere di un soggetto. Esiste piuttosto nella forma di *un ordine oggettivo che domina su ogni soggetto*. Anche in questo caso il filo conduttore è *la forza del diritto*, ritenuta superiore ad ogni altra forza, perché connessa – essa sola – alla esistenza di un ordine razionale ed oggettivo, che è poi l’ordine del diritto.

Infine, questo stesso itinerario, nella linea della neutralizzazione, troverà un testimone di primo piano in Santi Romano, con la sua celebre prolusione sulla crisi dello Stato moderno, del 1909⁸. Qui abbiamo in modo trasparente

⁸ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, discorso inaugurale dell’anno accademico 1909-1910, Pisa 1910, ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, pp. 5-26. Il testo è tornato anche di recente all’attenzione degli studiosi, che ne hanno fatto spesso il manifesto della nuova cultura giuridica, orientata in senso decisamente pluralistico e capace di guardare alle problematiche della nuova società industriale. Anche per noi lo sguardo di Romano sulla realtà sociale tra Otto e Novecento è acuto e profondo, ma la soluzione è del tutto in linea con la grande tradizione europea dello Stato di diritto, che alla fine pensa di essere sempre capace di confermarsi, mantenendo il perno del sistema nella ‘forza del diritto’, che il diritto possiede per sua intrinseca qualità, in modo autonomo e originario.

un giurista alle prese con un mutamento sociale impetuoso, che alcuni vedono anche come qualcosa di minaccioso, tale addirittura da minare alla base il corpo sociale della nazione che sembra scomporsi, per poi ricomporsi secondo criteri prettamente economico-corporativi, quasi facendo rinascere una società neo-feudale. Questo vede Romano dal suo punto di vista: «federazioni o sindacati di operai, sindacati padronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza». È una società infinitamente più ricca di quella immaginata dal giusnaturalismo della Rivoluzione che conosceva solo la Nazione, che poi sarà nel diciannovesimo secolo soprattutto Stato e individuo.

Ma l'arricchimento si traduce subito in minaccia: che gli interessi economici organizzati si coalizzino portando alla luce la diretta funzionalità delle istituzioni pubbliche alla loro promozione e tutela. In questo modo si rischierebbe di perdere il più alto beneficio apportato dallo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda storica, che è quello della neutralizzazione, della *depersonalizzazione*. Così scrive Romano sintetizzando il cuore del 'moderno', e del suo Stato, che non può assolutamente andare perduto:

Il principio cioè che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto.

La 'forza del diritto', dunque. Che il diritto abbia una sua 'forza', che è propria e originaria, non derivata cioè dai soggetti politici e sociali, in quanto a sé inerente, in forma 'naturale' e 'necessaria', è la convinzione più profonda di Romano e della cultura giuridica europea ancora dominante nei primi decenni del Novecento. E nello stesso tempo è l'elemento più decisivo ed essenziale del 'moderno', proprio quello che ritroviamo nelle ultime parole del brano di Santi Romano: la 'forza' insita nel diritto, da esso originata, in esso originaria.

Ma come si diceva poco sopra due sono i modi di esistenza del 'moderno' presenti nel corso del Novecento. Se è vero che il 'moderno' nel campo giuridico risponde soprattutto a questa esigenza di neutralizzazione, ovvero al bisogno di far valere la forza del diritto come forza obbiettiva, assolutamente indispensabile al vivere civile, che altrimenti sarebbe perennemente lacerato dall'agire unilaterale dei soggetti politici e sociali presenti

sulla scena collettiva, è anche vero che questo medesimo moderno non è disposto esclusivamente in senso difensivo, di custodia cioè della integrità del corpo politico – della Nazione, in primo luogo – a fronte delle azioni di segno unilaterale degli interessi economici e corporativi organizzati.

Si rimane a nostro avviso ancora nel campo del ‘moderno’ anche quando tende a prevalere l’aspetto propositivo o progettuale, quando cioè si avverte in primo luogo il bisogno di partecipare ad un’opera di carattere collettivo, contrassegnata da una o più finalità essenziali, tali cioè da qualificare nella sua ‘essenza’ la collettività in movimento. Non è difficile intravedere qui il ‘popolo’, o la ‘Nazione’, o la ‘repubblica’, che operano in attuazione della Costituzione, per la concretizzazione e realizzazione dei principi costituzionali, ad iniziare da quello che più caratterizza le Costituzioni democratiche del Novecento, che è ovviamente il principio di uguaglianza. Ad esempio, per dire cosa a tutti nota, la ‘Repubblica’ del secondo comma dell’articolo terzo della nostra Costituzione. Qui il ‘moderno’ opera nel senso di ritenere possibile che la ‘forza del diritto’, che è fin dall’inizio il cuore del diritto moderno, possa e debba esprimersi non solo sul terreno della legittimazione e della difesa dei poteri pubblici, ma anche sul terreno della definizione delle finalità primarie della convivenza civile, che in questa ultima fase sono individuate nelle Costituzioni democratiche.

Tentiamo ora di formulare i termini essenziali di una prima conclusione provvisoria. Fissiamo i seguenti punti: 1) il ‘moderno’ nella storia costituzionale europea non deve essere confuso con il ‘paradigma’ della modernità, che è un ‘modello costituzionale’ costruito nel punto più alto di sviluppo dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento. Un conto è il ‘modello’, o il ‘paradigma’, altro conto è la realtà storica, che presenta un ‘moderno’ ben più complesso ed articolato; 2) il paradigma in questione contiene allo stato puro tutti gli elementi che caratterizzano lo Stato liberale di diritto, che poi si riassumono nella sua duplice qualità, di soggetto sovrano che con la sua legge domina la società, e di soggetto giuridico, come tale in sé limitato; 3) se misuriamo il nostro presente costituzionale con il metro di giudizio del paradigma della modernità giuridica, la conclusione non può essere altro che impietosa: non abbiamo più Stato moderno in forma di Stato di diritto, e la legge dello Stato non può più nutrire la pretesa di dominare la società; 4) cade in particolare la prima funzione del diritto, che è quella della neutralizzazione, intesa come espressione della forza del diritto che nel diritto moderno è originaria, insita nel diritto stesso, non derivata dal consenso dei soggetti sociali e politici; 5) il Novecento è tuttavia realtà complessa, che a nostro avviso riesce a trovare e sperimentare un ulteriore modo d’essere del ‘moderno’, che si tradurrà nella pretesa del diritto

d'indirizzare, attraverso la nuova categoria delle norme di principio poste in testa alle Costituzioni democratiche, lo sviluppo delle comunità politiche verso obiettivi di giustizia sociale.

Nei più recenti decenni questo ultimo modo di esistenza del 'moderno' darà luogo alla esperienza oggi comunemente definita dello 'Stato costituzionale'. A nostro avviso, anche quest'ultima forma politica si svolge entro i confini dello Stato moderno. È anzi espressione specifica dello Stato moderno, così come precedentemente tale era stato lo stesso Stato di diritto, tra Otto e Novecento. Alla dimostrazione di questo assunto dedicheremo l'ultima parte di questo contributo.

3. *Oltre il Novecento. Il posto del diritto nel 'tempo' nuovo*

Il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale, che prende corpo alla fine del Novecento e nei primi lustri del secolo successivo, è stato descritto più volte⁹. Solo in tempi recentissimi si è per altro riusciti a percepire interamente la profondità del mutamento intervenuto a partire dalla metà del secolo scorso. Non si è trattato in effetti di un semplice 'perfezionamento' della precedente forma di Stato, ovvero dello Stato liberale di diritto, ma di una vera soluzione di continuità, che ha mutato il posto ed il ruolo dei due fondamentali atti per il cui tramite la Costituzione vive, realizzando ed attuando i principi costituzionali, ovvero l'atto del legiferare e l'atto del giudicare.

Com'è noto, il mutamento è andato nel senso di un superamento progressivo della concezione rivoluzionaria della Costituzione come *loi politique*, intesa cioè come ordinamento dei poteri, che ad essi riferisce i suoi precetti, e non ai cittadini, i quali dunque rimangono estranei alla Costituzione, o al massimo ne percepiscono l'esistenza mediatamente, per il tramite di una legge di attuazione. Il superamento si realizza attraverso il crescente valore precettivo diretto delle norme costituzionali di principio, che divengono effettiva disciplina dei rapporti tra i consociati, spesso mediante il ruolo

⁹ Che lo Stato costituzionale del Novecento sia cosa diversa, e non mero perfezionamento, della forma politica che nella tradizione costituzionale europea è denominata 'Stato di diritto' era al centro, come asse portante, della ricerca condotta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992. Nella letteratura più recente, si dispone oggi di una sintesi di grande chiarezza ed efficacia: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in «Enciclopedia del diritto – Annali» VIII, Milano 2015, pp. 263-358. Proprio allo 'Stato costituzionale' è dedicata la raccolta di scritti in onore di Enzo Cheli (*Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e le prospettive internazionali. Scritti in onore di E. Cheli*, a cura di P. Caretti-M.C. Grisolia, Bologna, 2010).

sempre più ampio e decisivo della funzione giurisdizionale. Lo Stato costituzionale che in questo modo si va strutturando è in effetti ben diverso dallo Stato liberale di diritto, per il disconoscimento, che di fatto avviene, del legislativo come *suprema potestas*, per la scoperta – tema questo che possiamo solo sfiorare – della zona della *inviolabilità*, dove si trovano i principi supremi e i diritti fondamentali che non possono essere legalmente sovvertiti, per il ruolo sempre più ampio della giurisprudenza. Ma continua a nostro avviso ad essere parte della vicenda dello Stato moderno in Europa.

Ovviamente sono profonde le differenze tra lo Stato costituzionale odierno e ogni altra forma che abbia assunto lo Stato moderno nella sua plurisecolare vicenda, dalla amministrazione dei territori nella prima età moderna fino allo Stato liberale di diritto della fine del diciannovesimo secolo. In particolare sembra essersi molto attenuata nello Stato costituzionale quella *lotta per la sovranità*, che aveva caratterizzato fin dall'inizio l'itinerario dello Stato moderno, proteso verso la conquista di una posizione di monopolio nell'esercizio dei poteri d'*imperium* sul territorio, nel potere di giudicare come terzo neutrale, nel potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio, nel potere d'imporre i tributi.

Noi stessi, in un recente contributo¹⁰ abbiamo proposto di definire l'ordinamento dello Stato costituzionale come *un ordinamento a sovranità indecisa*, che dal punto di vista dei canoni del diritto moderno suona come qualcosa di assolutamente contraddittorio, e prima ancora anzi come qualcosa d'impensabile, poiché nei paradigmi del diritto moderno, e in particolare in quello hobbesiano, se c'è un ordinamento positivamente presente non può non esserci un sovrano, almeno nel senso della indiscutibilità dei criteri d'identificazione del potere sovrano, ovvero del soggetto che impersona il principio di sovranità. Eppure, nello Stato costituzionale c'è un ordinamento positivamente vigente, c'è esercizio dei poteri pubblici, ma non c'è più un soggetto che impersona il principio di sovranità. Tale non è più infatti il legislatore, che nello Stato costituzionale ha perduto la sua posizione di monopolio nella interpretazione ed attuazione dei principi costituzionali. Ora può accadere che si formi un processo di attuazione dei principi costituzionali per via giurisprudenziale. E che l'esito di questo processo si ponga in contrasto con l'interpretazione che dei principi costituzionali è stata data da parte del legislatore.

¹⁰ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1 (2016), pp. 7-20. A conclusioni simili perviene P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislazione nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis*, a cura di A. Cardone-F. Donati M.C. Grisolia-G. Tarli Barbieri, Napoli 2016.

In questo caso non vi sono principi chiari ed univoci che diano ragione all'uno o all'altro, se al legislatore in nome del principio di sovranità popolare, o alla giurisdizione in nome della supremazia della Costituzione come strumento massimo di tutela dei diritti fondamentali. La soluzione non può dunque andare nel senso di privilegiare l'uno o l'altro, sul presupposto di dover comunque attribuire ad uno dei due il diritto all'ultima parola, come se fosse quel potere, a preferenza dell'altro, il soggetto deputato a dire la 'verità' sulla Costituzione. La verità è che con lo Stato costituzionale siamo già un po' fuori dalla versione 'classica' e paradigmatica dello Stato moderno, secondo cui non c'è ordinamento senza un soggetto che sia qualificabile come *suprema potestas*, come tale capace in esclusiva di dire la 'verità' sulla Costituzione.

Non siamo però ancora fuori dalla esperienza storica complessiva dello Stato moderno in Europa. Le Costituzioni democratiche del Novecento, come la nostra del 1947, hanno infatti – come già abbiamo messo in luce – una seconda 'natura', che consiste nella rappresentazione di un indirizzo fondamentale, rivolto e perseguito nella direzione della 'società giusta', che è la società in cui ad ognuno sia garantita una prospettiva di vita libera e degna. Su questo piano siamo dunque pienamente nel Novecento, che è infatti il secolo in cui il conflitto sociale si mostra in modo palese entrando nel perimetro della Costituzione, che inizia a farsene carico, attribuendo alla collettività 'compiti' di ordine sociale, secondo lo schema a tutti noto del secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione.

Noi consideriamo questo secondo carattere delle Costituzioni democratiche come un elemento forte, facente parte a pieno titolo della esperienza complessiva dello Stato moderno in Europa. È vero infatti che quello Stato si qualificava come 'moderno' in primo luogo per la forza che esprimeva il diritto nel compimento della sua missione in senso neutralizzante, specialmente attraverso la rappresentazione in esso del principio di sovranità. Ma nella vicenda complessiva dello Stato moderno in Europa c'era anche questa seconda missione del diritto, che era quella di prescrivere un indirizzo, di assumere un compito cui adempiere collettivamente. Si può dire anzi che il 'moderno' sia rappresentabile nel suo complesso proprio come una costruzione *a due lati*, ciascuno dei quali richiama, per il proprio verso, la *forza del diritto*: la forza passiva della neutralizzazione che nel corso di tutta l'età moderna, fino dai primi secoli, è forza decisiva per l'instaurazione e la legittimazione dei poteri pubblici sul territorio; e la forza attiva del governo, che nel Novecento è governo del conflitto, nel senso che finalmente, dopo tanto riferirsi teorico e pratico alla società, si scopre che in essa è endemica e strutturale la presenza proprio del conflitto, che la Co-

stituzione non può non riconoscere e immettere nel suo perimetro, attribuendo così ad esso rilevanza costituzionale.

Ma allora, se tutto questo è parte ed espressione del ‘moderno’, quando finalmente viene il ‘tempo’ nuovo, e perché esso è così strettamente associato alla globalizzazione? Il migliore modo di rispondere a questa domanda, che per altro molti si pongono, non è quello d’inerpicarsi per gli incerti sentieri del ‘post-moderno’, a tutt’oggi, dopo tanto discorrere, ancora quasi del tutto inconsistenti. È concettualmente e storicamente di gran lunga preferibile associare l’emersione de ‘tempo’ nuovo al superamento del Novecento. Il ‘tempo’ nuovo è dunque prima di tutto *oltre il Novecento*, ovvero oltre la scoperta del conflitto sociale e la sua inclusione nel perimetro della Costituzione. Quando quella ‘scoperta’ cessa di avere rilevanza, quando declina l’idea stessa del governo del conflitto, legato al processo di realizzazione dei principi costituzionali, è lì, in quel punto, che il ‘moderno’ muore.

Tornando ora da ultimo al Novecento, non si può non rilevare come tutto il percorso disegnato nello svolgersi di quel secolo muova da un dato di partenza. Era quello che metteva la ‘tradizione’ dello Stato moderno in Europa a confronto con il dato oggettivo della ‘crisi’, di cui già parlava Romano nel 1909. La ‘crisi’ era sentita nella forma di una minaccia sempre attiva, diretta a favorire il dominio degli interessi economici organizzati e alla fine a scomporre per interessi sezionali il corpo politico della Nazione. Alla ‘crisi’ si rispondeva ribadendo la *forza del diritto*, che sicuramente avrebbe messo in salvo il patrimonio plurisecolare dello Stato moderno in Europa. Ne era certo Santi Romano, e con lui lo erano i giuristi europei dello Stato liberale di diritto. Ma ancora più avanti, in pieno Novecento, quel patrimonio sarebbe stato tutelato con altri ed ulteriori strumenti, che si ponevano questa volta sul piano della dottrina della Costituzione. Il governo di cui si aveva ora bisogno per contrastare la crisi economico-sociale, i fallimenti dei mercati, o dolorosi fenomeni sociali come la disoccupazione di massa, non era più infatti solo una forza di contenimento e di preservazione. Diveniva invece in modo esplicito un governo attivo, d’indirizzo, che coinvolgeva soggetti pubblici e privati in un esercizio coordinato dei rispettivi poteri discrezionali, che poi avrebbero dovuto tutti confluire nell’indirizzo costituzionale o fondamentale, che segnava la via della attuazione della Costituzione, che era poi nei fatti la costruzione della ‘società giusta’, disegnata in Costituzione come società entro cui ciascuno è dotato dei beni essenziali necessari per il perseguimento dell’ideale di una vita libera e degna.

Ora, se ricomponiamo tutti questi ‘pezzi’ del Novecento ci accorgiamo che il filo conduttore è sempre l’assunzione in Costituzione del conflitto sociale, e la necessità di un suo governo, che da ultimo assume decisamente

i tratti di un progetto ispirato da principi generali di giustizia. Lo Stato moderno e la sua amministrazione, le Costituzioni democratiche del Novecento con l'attribuzione alla Repubblica dei decisivi compiti di ordine sociale, tutti insieme fanno parte del 'moderno' e della sua proiezione in età contemporanea. Oltre tutto questo c'è il tempo 'nuovo', che è tale perché prescinde dalla società reale con il suo carico materiale di conflitti e di disuguaglianze. È 'nuovo' perché è sradicato dai territori, sospeso nel vuoto, disperso nella dimensione globale. Con la pretesa di avere, costruire ed applicare diritto anche senza territorio, senza Stato, e perfino senza Costituzione, finisce davvero il 'tempo' occupato dal 'moderno', che complessivamente si configura come un 'tempo' di 'crisi', ma anche di risposta alla crisi, di governo della società e delle sue contraddizioni. Il 'tempo' nuovo inizia quando tutto questo finisce. E finisce perché qualcuno – pochi o molti, comunque una parte rilevante ed autorevole della cultura giuridica – torna a pensare, come prima del 'moderno', come ai tempi dell'ordine giuridico medievale, alle armonie del diritto e della società, che in questa linea tornerebbero di nuovo a realizzarsi, ora che il 'moderno', ormai declinante, non ha più la forza necessaria per progettare e realizzare il governo dei territori e della società, proprio attraverso il ruolo protagonista del diritto. Quest'ultimo, libero dai compiti politici che il 'moderno' aveva ad esso assegnato, di costruzione dell'amministrazione e del governo del territorio e della società intera, ed alla fine, con le Costituzioni democratiche, perfino di definizione in senso normativo delle finalità dell'intera collettività politica, tornerebbe così ad essere pienamente 'diritto', non più prigioniero della politica, libero di esplicare la funzione ordinante sua propria, di ricercare in libertà le soluzioni più eque e commisurate, non per caso sempre più con lo strumento della giurisprudenza.

Ma soprattutto nella dimensione globale non si inciampa più nelle miserie e nelle contraddizioni della società. Questo è oggi in effetti il pensiero di molti. Che sia finalmente terminata la dannazione del 'moderno' e del suo diritto. Di più ancora: che sia finita la pretesa del diritto di essere 'governo', o addirittura 'progetto', o 'indirizzo'. Di costruire Stati, o di riflettere l'intera società nelle Costituzioni. Liberato da tutto questo il diritto diviene allora solo ciò che serve, qui ed ora, per comporre in modo adeguato e commisurato gli interessi in gioco.

Abbiamo dunque risposto al nostro quesito. Il 'moderno' si dissolve quando viene a concludersi il Novecento stesso, inteso come tempo in cui ancora era ben presente la figura dello Stato moderno, ed in cui era ancora ben viva la missione del governo del conflitto, che anzi aveva trovato nelle Costituzioni democratiche una nuova sede di riconoscimento, ed insieme

le ragioni profonde di quel governo e della sua missione, che si collegava con i principi generali di giustizia, tradotti in principi fondamentali posti in testa a quelle medesime Costituzioni.

Ma quando il 'moderno' declina ci accorgiamo quasi subito che qualcosa'altro se ne sta andando, insieme a quella epoca. Nel momento in cui divengono sempre meno vivi e marcati i tratti del 'moderno', quasi subito ci accorgiamo che insieme a quei tratti divengono sempre più flebili anche le tracce di uno dei protagonisti del 'moderno', ovvero del giurista. Nel 'tempo' nuovo non c'è più bisogno di lui. Il diritto è ormai divenuto tecnica. Ha bisogno di 'consulenti', di 'esperti legali', di scienze nuove in bilico sui confini tra diritto, economia, statistica, sociologia. La scienza giuridica è un ricordo, che ha avuto la sua ultima stagione tra Otto e Novecento.