

COSTITUZIONE E TRADIZIONE

Una riflessione a partire dal costituzionalismo di Cadice (1812)

Por GIOVANNI TURCO*

1. Esemplarità della Costituzione di Cadice

È difficile eccedere nell'evidenziare il rilievo paradigmatico della Costituzione di Cadice. Con la Costituzione degli Stati Uniti d'America (1787) e la Costituzione francese (1791) è tra i primi testi costituzionali dell'età moderna, anzi della modernità (intesa come categoria). Il suo rilievo non è di natura puramente storica. Il dato genetico fa emergere, un carattere esemplare (nel suo genere) della Carta gaditana, che si la configura come testo emblematico, più che come dato evenemenziale.

La sua importanza risulta imprescindibile da un duplice punto di vista: storico e teorico. Infatti, sotto il profilo diacronico, essa costituisce un evento foriero di ulteriori omologhi. Si presenta come un evento, la cui portata supera di gran lunga la sua incidenza empirica, proprio perché esprime un paradigma e segna uno spartiacque. Essa è non solo la prima Costituzione ad essere introdotta al di fuori dell'influenza diretta della Rivoluzione francese (e dei regimi da essa instaurati), ma –oltre a condizionare notevolmente i mutamenti istituzionali spagnoli– è anche (in certo modo) riferimento della coeva Costituzione di Sicilia (1812)¹ e (immediatamente) della Costituzione di Napoli (1820)² e di quella del Regno di Sardegna (1821)³. Anzi, propriamente ne rappresenta la matrice, ripresa talvolta nell'impianto, talvolta nella

* Universidad de Udine.

1. Attraverso la Costituzione siciliana (1812) la prospettiva «inglese» ebbe un influsso notevole sul costituzionalismo (rivoluzionario) nella Penisola italiana, proposto quasi come alternativa al paradigma napoleonico (cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 9). A riguardo, in una visione d'insieme, si rinvia a G. S. PENE VIDARI, *Lezioni e documenti su Costituzioni e codici*, Torino, Giappichelli, 2006; A. MARONGIU, *Storia del diritto italiano. Ordinamenti e istituzioni*, Milano, Cisalpino, 1977; e particolarmente a A. ROMANO - F. VERGARA CAFFARELLI (a cura

formulazione sostanziale. Fino a riprodurla in modo letterale.

Con tali Costituzioni, quella di Cadice condivide il destino di una breve vigenza e tuttavia di un prolungato richiamo. Parimenti è notevole che essa rappresenti il modulo costituzionale invocato durante i moti rivoluzionari scoppiati nella Penisola italiana tra 1820 e 1821⁴. Di modo che alla effimera esperienza che la contraddistingue, fa da contrappunto il forte riflesso nei tentavi di mutamento in senso rivoluzionario

di), *1812 tra Cadice e Palermo. Nazione, rivoluzione e costituzione. Rappresentanza politica, libertà garantite, autonomie*, Atti del Convegno (Messina 5-10 dicembre 2006), 2 vol., Palermo, Regione siciliana (Assessorato dei Beni culturali e dell'identità siciliana), 2012; F. VERGARA CAFFARELLI (a cura di), *La costituzione del 1812 e il decennio inglese in Sicilia*, Palermo, Regione siciliana (Assessorato dei beni culturali e dell'identità siciliana), 2012; A. BOCCIA - C. CASSINO, *Francesco I e lo Statuto costituzionale del 1812*, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2012; G. GULLO (a cura di), *La Sicilia e l'Unità d'Italia: la Costituzione del 1812, la Relazione del Consiglio straordinario di Stato del 1860 e lo Statuto del 1946*, Soveria Mannelli - Palermo, Rubbettino - Regione siciliana (Assessorato dei beni culturali e dell'identità siciliana), 2011; C. LAUDANI, *L'appello dei siciliani alla nazione inglese: costituzione e costituzionalismo in Sicilia*, Acireale-Roma, Bonanno, 2011; C. RICOTTI, *Il costituzionalismo britannico nel mediterraneo (1794-1818)*, Milano, Giuffrè, 2005; A. ROMANO (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Atti del Seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 14-16 novembre 1996), Milano, Giuffrè, 1998; G. SIDOTTI, *La Sicilia del 1770 e la Costituzione siciliana del 1812*, Messina, Nuova Tirrenia, 1996; E. SCIACCA, «La recezione del modello costituzionale inglese in Sicilia», in V. I. COMPARATO (a cura di), *Modelli nella storia del pensiero politico*, vol. II, Firenze, Olschki, 1989, pp. 307-326; C. SPOTO, «Le “fonti” ideologiche della costituzione siciliana del 1812», in AA. VV., *Assemblee di stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero giuridico moderno (secoli XV-XX)*, vol. II, Rimini, Maggioli, 1983, pp. 450-465; E. SCIACCA, *Riflessioni sul costituzionalismo europeo in Sicilia (1812-1815)*, Catania, Bonanno, 1966; J. FERRANDO BADÍA, «Die spanische Verfassung von 1812 und Europa», *Der Staat*, II (1963), pp. 147-163; IDEM, «Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812», *Revista de Estudios Políticos*, 126 (1962), pp. 203-234.

2. Cfr. J. SPÄTH, *Revolution in Europa 1820-23. Verfassung und Verfassungskultur in der Königreichen Spanien, beider Sizilien und Sardinien-Piemont*, Colonia, ShVerlag, 2012; M. S. CORCIULO, *Una Rivoluzione per la Costituzione. Agli albori del Risorgimento meridionale (1820-21)*, Pescara, Edizioni Scientifiche Abruzzesi, 2010; P. COLOMBO, «Costituzione come ideologia. Le rivoluzioni italiane del 1820-21 e la Costituzione di Cadice», in J. M. IÑURRITIGU - J.M. PORTILLO (a cura di), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 1998, pp. 140-162; A. DE FRANCESCO, «La Constitución de Cádiz en Nápoles», in J. M. IÑURRITIGU - J.M. PORTILLO (a cura di), *Constitución en España: orígenes y destinos*, cit., pp. 273-286; A. SCIROCCO, «Parlamento e opinione a Napoli nel 1820-21. L'adattamento della Costituzione», *Clio*, XXVI (1990), 4, pp. 569-578; J. FERRANDO BADÍA, *La Constitución española de 1812 en los comienzos del “Risorgimento”*, Roma-Madrid, C.S.I.C., 1959.

3. Cfr. G. BUTRÓN PRIDA, «La inspiración española de la revolución piemontesa de 1821», *Historia Constitucional*, XIII (2012), pp. 73-97; IDEM, *Nuestra Sagrada Causa. El modelo gaditano en la Revolución piemontesa de 1821*, Cádiz, Fundación Municipal de Cultura Ayuntamiento de Cádiz, 2006; M. A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il Risorgimento*, Torino, Giappichelli, 1951. Per il testo della Costituzione del Regno di Sardegna del 1821, si rinvia a A. AQUARONE - M. D'ADDIO - G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, Milano, Edizioni di Comunità, 1958, pp. 512-552.

degli ordinamenti coevi⁵. In specie, la Costituzione di Cadice⁶ ha esercitato una sorta di «fasciazione», sia in quanto modello rivoluzionario, che appare suscettibile di essere coniugato con l'istituzione monarchica, sia in quanto modello costituzionale liberale, derivante dalla «volontà della nazione». Dove ad amplificarne (in certo modo) il carattere vessillare si aggiunge il suo essere apparsa nel contesto dalla insorgenza spagnola antinapoleonica, o meglio antirivoluzionaria, presentata, però, come guerra nazionale (nel suo significato moderno). In sostanza, la sua esemplarità non è circoscrivibile ad una congerie di teorie o di accadimenti, ma emergere da essi e ne attraversa la successione. Non a caso Boris Mirkine-Guetzévitch ne rimarca l'intensità dell'influsso, che travalica quello della stessa Costituzione francese del 1791⁷.

Ancor più il carattere paradigmatico della Costituzione di Cadice si profila dal punto di vista teorico. Essa, infatti, è, propriamente, rivelativa della sostanza del costituzionalismo (liberale) moderno. Ciò che si palesa tanto in riferimento al costitu-

4. Cfr. M. S. CORCIULO, «La Costituzione di Cadice e le rivoluzioni italiane del 1820-'21», *Le Carte e la Storia. Rivista di storia delle istituzioni*, II (2000), pp. 18-29; C. GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848. Le origini costituzionali dell'Italia moderna*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1987.

5. La Costituzione di Cadice è stata indicata come uno strumento della strategia rivoluzionaria (cfr. A. BISTARELLI, «Lo specchio spagnolo. Il doppio sguardo del liberalismo italiano di inizio Ottocento», *Rassegna storica del Risorgimento*, XVI (2004), pp. 182-191). Essa fu assunta come «bandiera» dei mutamenti in senso liberale. Fino a rilevare che tale Costituzione «venga descritta in quanto arma politica scelta da una strategia elaborata nella "setta"» (*ivi*, p. 187). Al riguardo è stato scritto, altresì, che la Costituzione di Cadice fu «idealizzata e mitizzata oltre misura per il presunto suo carattere democratico e progressista dai gruppi rivoluzionari» (C. GHISALBERTI, *Istituzioni e risorgimento. Idee e protagonisti*, Firenze, Le Monnier, 1991, p. 119). Quanto alla proiezione della Costituzione gaditana sulla rivoluzione napoletana del 1820, cfr. A. SCIROCCO, «Parlamento e opinione pubblica a Napoli nel 1820-21. L'adattamento della Costituzione», *Clio*, XXVI (1990), pp. 569-578.

6. Nell'ampia bibliografia sulla Costituzione gaditana si segnala, tra l'altro, G. F. FERRARI (a cura di), *La Costituzione di Cadice nel bicentenario della sua promulgazione. La Constitución de Cádiz en su segundo centenario*, Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo (Milano, Università commerciale "L. Bocconi", 21 maggio 2011), Torino, Giappichelli, 2013; F. TOMÁS y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, III ed., Pamplona, Urgoiti, 2012; M. LORENTE - J. M. PORTILLO (a cura di), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012; J. A. ESCUDERO (a cura di), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, 3 voll., Madrid Espasa, 2011; F. MARTINEZ PÉREZ (a cura di), *Constitución en Cortes: el debate constituyente, 1811-1812*, Madrid, UAM, 2011; «Cádiz, doscientos años después», sezione monografica di *Anuario de Historia del Derecho español*, LXXXI (2011), pp. 9-542; B. CLAVERO, «Cádiz y el Fracaso de un Constitucionalismo Común a Ambos Hemisferios», *Giornale di Storia costituzionale*, XXI (2011), pp. 41-56; P. GARCÍA TROBAT, *Constitución de 1812 y educación política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010; J. M. PORTILLO VALDES, *La nazione cattolica. Cadice 1812: una Costituzione per la Spagna*, a cura di R. MARTUCCI, Manduria, Lacaita, 1998.

7. Cfr. B. MIRKINE-GUETZEVICH, «La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen», in AA. VV., *Introduction à l'étude du droit comparée. Recueil en honneur d'Edouard Lambert*, vol. II, Parigi, Recueil Sirey, 1938, particolarmente pp. 216-219.

zionalismo in quanto tale, tanto in rapporto ad una particolare attuazione di questo, che si proietta le modificazioni rivoluzionarie nel Continente⁸. Il costituzionalismo moderno vi è già sostanzialmente attestato, sia quanto alla impostazione originaria che lo caratterizza, sia quanto alla cesura epocale che esso determina. Il costituzionalismo medesimo vi è come concretato tanto *in fieri* quanto *in facto esse*, ovvero sia nel suo svolgersi (omogeneamente diversificato) sia nel suo attualizzarsi (inconfondibilmente essenziale).

Difatti nella Costituzione di Cadice è notevole il carattere propriamente dottrinario, come è stato evidenziato da Richard Herr⁹. Con la Carta gaditana e con quella siciliana –sebbene con connotazioni evidentemente diversificate– si presenta, in certo senso, una traiettoria di ascendenza (ideologica e strategica) del liberalismo «inglese» attraverso il costituzionalismo. Proprio mentre la rivoluzione francese si svolge attraverso la fase napoleonica, una ulteriore linea della Rivoluzione (intesa sotto il profilo categoriale) si attua mediante il prevalere dell’influsso inglese (nei contesti ove l’alleanza militare antinapoleonica, ne segna il predominio anche sulle vicende interne). Al punto che in tale contesto «antinapoleonico» non equivale affatto ad «antirivoluzionario». Pur se è innegabile l’incidenza sul modello gaditano del costituzionalismo americano e di quello francese (del 1791)¹⁰. In tal senso può essere osservato che a Cadice si profila un costituzionalismo –ove la Costituzione è intesa normativisticamente¹¹– apparentemente parallelo a quello francese, che ne traccia un percorso di sviluppo distinto, eppure nella sostanza omologo. Onde la costituzione gaditana risulta apparentemente «moderata» e nondimeno obiettivamente rivoluzionaria¹².

I presupposti teorici della Costituzione di Cadice¹³ emergono con nettezza dai primi quattro articoli¹⁴. Anzitutto è notevole l’affermazione secondo cui «la sovranità

8. Dal punto di vista storico è stato rimarcato che «gli inglesi, in funzione antinapoleonica, facesero appello all’esempio della Spagna (con la Costituzione di Cadice) per provare i principi democratici e disinteressati della loro politica» (A. BISTARELLI, *Lo specchio spagnolo. Il doppio sguardo del liberalismo italiano di inizio Ottocento*, cit., p. 183).

9. Cfr. R. HERR, «Good, Evil and Spain’s Rising against Napoleon», in R. HERR - H. T. PARKER (a cura di), *Ideas in History. Essays presented to Louis Gottschalk*, Durham (N. J.), Duke University Press, 1965, pp. 157-181; IDEM, *The Eighteenth-Century Revolution in Spain*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press, 1958, pp. 442-443.

10. Cfr. I. F. SARASOLA, «La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana», *Fundamentos*, II (2000), pp. 359-466. In particolare merita di essere riferita l’osservazione secondo la quale il primo (e principale) degli aspetti del modello nordamericano che incise sull’incubazione della Costituzione di Cadice fu la «idea de Constitución racional normativa [...] Estados Unidos aportó la idea de que la Constitución no era un producto de la historia, sino fruto de un proceso constituyente» (*ivi*, p. 364).

11. Cfr. *ivi*, pp. 400-407.

12. Nonostante i liberali spagnoli (promotori del modello gaditano) «tratasen de ocultar el origen de sus doctrinas, para lo cual utilizaron un hábil instrumento: el historicismo de cuño nacionalista»

risiede essenzialmente nella nazione, e di conseguenza ad essa sola appartiene esclusivamente il diritto di stabilire le proprie leggi fondamentali» (titolo I, cap. I, art. 3). La Costituzione, quindi, presuppone il moderno principio di sovranità, ovvero quello di un potere *superiorem non recognoscens*, che proprio per questo è illimitato. Tale potere, per se stesso, non è vincolato ad alcun principio che lo trascenda ed è misura di se stesso. Di modo che si afferma come onnilaterale ed autoreferenziale. La sovranità si identifica con il volere della nazione. È immanente ad essa. Le è esclusiva. Null'altro che il suo volere, infatti, stabilisce la legge fondamentale ed i principi dell'ordinamento. Ne emerge con chiarezza che anche la legge fondamentale ha un carattere convenzionale. È fondamentale, cioè, perché posta a fondamento. Non viceversa. La sua sostanza rimanda esclusivamente alla decisione sovrana della nazione ed il suo contenuto è fissato puramente da questa (sulla base del suo volere-potere).

Le Cortes sono dichiarate «la riunione di tutti i deputati, che rappresentano la nazione» (titolo III, cap. I, art. 27). Queste costituiscono la «rappresentanza nazionale» (titolo III, cap. I, art. 28). Ad esse spetta, anzitutto, di «proporre e decretare le leggi, ed interpretarle e derogarle ancora, quando ciò sia necessario» (titolo III, cap. VII, art. 131, comma 1). Sicché la promulgazione, che compete al re, risulta solo un passaggio procedurale, effettivamente sottratto ad una autentica valutazione. Infatti, la Costituzione stabilisce che «pubblicata la legge nelle Corti, se ne darà avviso al Re, acciocché si proceda immediatamente alla promulgazione solenne» (titolo II, cap. IX, art. 154).

Dalla autodeliberazione costituzionale anche l'esordio –«nel nome del Padre, del Figlio e dello Spirito Santo»– nonché la dichiarazione relativa alla religione cattolica –come religione della nazione¹⁵– deriva e dipende come della propria causa. La religione cattolica, cioè, pur riconosciuta come «unica vera», è la religione della nazione, in quanto la nazione stessa ha deciso tale assunzione. Questa, perciò, pro-

(*ivi*, p. 367), la Costituzione del 1812 ebbe un essenziale carattere rivoluzionario (nel senso categoriale, prima ancora che evenemenziale). Infatti, come è stato evidenziato, «la Constitución de Cádiz supuso una ruptura con el Antiguo Régimen que se sustentó en dos principios modulares: la soberanía nacional y la división de poderes» (*ivi*, p. 379).

13. Per il testo (con traduzione italiana), si rinvia a *Costituzione di Cadice*. Testo a fronte, trad. di S. SILEONI, introd. di J. J. RUIZ RUIZ, Macerata, Liberilibri, 2009.

14. Cfr. J. VARELA SUANZES-CARPEÑA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispanico (Las Cortes de Cadiz)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. In questo quadro è da rimarcare che la Costituzione di Cadice –che fa agio sulla nozione rivoluzionaria di «nazione costituente»– si sostituì programmaticamente alla concezione tradizionale delle «leggi fondamentali» (come evidenzia F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, cit.).

15. «La Religione della nazione spagnola è presentemente, e perpetuamente sarà, la Cattolica, Apostolica, Romana, unica vera. La nazione la protegge con leggi sapienti e giuste, e vieta l'esercizio di qualunque altra religione» (art. 12).

priamente è misurata dal suo volere piuttosto che dalla verità della religione medesima. In tal senso la nazione risulta il criterio della religione, e non la religione il criterio della nazione.

A sua volta, la nazione è definita dalla Costituzione come «la riunione di tutti gli spagnoli d'ambi gli emisferi» (titolo I, cap. I, art. 1). È chiaro che la nazione¹⁶ è posta dalla Costituzione, in quanto è questa a definire quella¹⁷. In tal senso, la Costituzione fa esistere la nazione, assumendola secondo una determinata accezione, la quale ovviamente esclude ogni altra. Donde si può rilevare che –come è proprio dell'attuarsi della nazione nel suo significato moderno– è lo Stato a fare la nazione. Ed è la minoranza illuminata, che si autoafferma come la nazione autentica, o meglio la sua «coscienza», a fare lo Stato¹⁸. Ciò premesso, la Costituzione di Cadice opta per una definizione empirica di nazione –la quale, comunque, presuppone (ipoteticamente) lo stato di natura, donde un potere illimitato di ciascuno, «trasferito» nel potere illimitato della nazione¹⁹– eludendo in tal modo la questione della consistenza stessa della nazione. Come è chiaro, tale nozione risulta (meramente) positivistica, (ideologicamente) autoreferenziale e (cratologicamente) totalizzante.

Nel caso della Costituzione gaditana, il dato empirico è rappresentato dalla nozione di spagnolo. Questo è definito tale sulla base della nascita e del domicilio sul suolo spagnolo (a condizione di essere «uomini liberi»), di una eventuale naturaliz-

16. In questo contesto costituzionale, il termine «patria» (non a caso, sovente sostituito da «nazione») assume un significato nuovo e diverso da quello tradizionale (Cfr.A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Justicia cívica (el artículo 6 de la Constitución española de 1812)», *Revista de Derecho Político*, LXXXII (2011), p. 125).

17. A riguardo è stato nitidamente osservato che si tratta di una «nación cuya identidad resulta entonces sólo y, en cuanto tal, exclusivamente constitucional, no cultural» (B. CLAVERO, *Cádiz y el Fracaso de un Constitucionalismo Común a Ambos Hemisferios*, cit., p. 42).

18. Conferma tale diagnosi filosofica anche l'analisi storica. Come è stato osservato, infatti, «la historiografía tras mucho debate, ha podido llegar hoy a la conclusión de que la Nación no es precedente, sino consecuente al Estado» (ivi, p. 44). Gli stessi rappresentanti invocano il potere costituente in forma autoreferenziale (non cioè come ricevuto, ma come originario). Lungi dal rappresentare, propriamente, determinate comunità per precise finalità, presuppongono l'ideologia dello Stato-nazione, derivante dal razionalismo (convenzionalistico) della modernità (cfr. *ibidem*). Tanto è vero che «en Cádiz, la Nación española se considera preconstituida de forma que pudiera crear, mediante Constitución, las Provincias y no al contrario. No son las segundas, las Provincias, las que conceden constitucionalmente poderes a la primera, a la Nación, sino al contrario, es la Nación quien apodera a las Provincias» (ivi, p. 47).

19. In questa prospettiva, difatti, la sovranità nazionale (modernamente intesa) «era un poder que poseía la Nación a partir de la renuncia de cada individuo de los derechos naturales de los que disfrutaba [...] La soberanía de la Nación no quedaba, pues, sujeta a ninguna otra voluntad que la propia, ni tampoco se sometía a la historia [...] los liberales señalaran que la Nación poseía un poder constituyente ilimitado» (I. F. SARASOLA, *La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana*, cit., p. 382).

zazione legale, oppure di un eventuale domicilio, acquistato secondo la legge, per la durata di almeno dieci anni²⁰. La Costituzione pone, altresì, una differenza tra spagnoli (titolo I, cap. II) e cittadini spagnoli (titolo II, cap. IV). Quindi, almeno in tesi, si potrebbe essere spagnoli, senza essere cittadini spagnoli. In tal senso è la Costituzione che fa esistere lo spagnolo, e non viceversa²¹. Questi ne costituisce un risultato, la cui consistenza dipende da quella. Come emerge, peraltro, dall'indicazione dei diversi casi nei quali la cittadinanza deriva immediatamente da un atto mediante il quale le Cortes, sia pure a certe condizioni, ne deliberano l'ottenimento (titolo II, cap. IV, art. 19, 20, 22). Ne consegue che solo ai cittadini potranno essere conferiti impieghi municipali (titolo II, cap. IV, art. 23). Ora, a ben vedere, l'empirismo della definizione non rimanda propriamente ad uno o più dati di fatto, in quanto tali. Piuttosto individua alcuni dati e li pone come per se stessi normativi (e quindi decisivi). I dati perciò rilevano in quanto posti, e non sono posti in quanto rilevano. Sicché l'empirismo rinvia al positivismo. Ed il positivismo è rivelatore del volere sovrano, che, in quanto tale, dispone senza altro considerare che se medesimo.

La nazione, in questo caso, non è esplicitamente identificata con una nozione naturalistica, come l'unità di stirpe e di territorio («sangue e suolo», secondo una incisiva espressione), né con una nozione volontaristica, come l'unità del volere e della coscienza, che sarebbe ideologicamente costitutiva della nazionalità (attraverso la «minoranza illuminata», che ne indicherebbe la nascita ed il destino)²². Come lo sarà esplicitamente con la teorizzazione romantico-rivoluzionaria della nazionalità. Immediatamente al di qua di tale orizzonte –e suscettibile di ritrovare la propria le-

20. «Sono spagnoli:

1. tutti gli uomini liberi nati e domiciliati nei domini delle Spagne ed i loro figli.
2. i forestieri che abbiano ottenuto dalle Corti il diploma di naturalizzazione.
3. quelli che, senza la stessa, provino dieci anni di domicilio acquistato secondo la legge in qualunque parte della monarchia» (art. 5).

21. È innegabile –come è stato scritto– che «decidió Cádiz que, por virtud de ella misma, de la Constitución, fueran españoles quienes no lo eran» (B. CLAVERO, *Cádiz y el Fracaso de un Constitucionalismo Común a Ambos Hemisferios*, cit., p. 42).

22. Opportunamente è stato osservato che «lo sviluppo di una moderna *idea* di nazione [...] giunse a compimento [...] con le filosofie di Herder e di Rousseau» (F. TUCCARI, *La nazione*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 120). Talché, coerentemente con i presupposti volontaristico-immanentistici della nozione moderna di nazione, nella prospettiva di Herder, di Fichte e di Mazzini «la religione della nazione fu al tempo stesso una religione dell'Europa e dell'Umanità» (*ivi*, p. 105). Diversamente dalla concezione tradizionale della patria, il patriottismo repubblicano (moderno) fa agio sul presupposto (ipotetico) del patto sociale (fondativo) e dell'ideologia moderna della libertà (come autodeterminazione). In questa visuale è stato evidenziato che «patriottismo significa amore della repubblica intesa come una comunità politica fondata sul principio dell'uguale libertà» (M. VIROLI, *Per amore della patria. Patriottismo e nazionalismo nella storia*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 182). Per cui «il patriottismo della libertà non ha bisogno di omogeneità sociale, o culturale, o etnica o religiosa» (*ivi*, p. 183)). Sulla

gittimazione ideologica tanto nell'una, quanto nell'altra di tali nozioni (moderne)– la nazione, teorizzata nella Costituzione gaditana, pare presentarsi piuttosto come l'*assemblage des individuées*, secondo la formula razionalistica dell'abate Sieyès.

In questa prospettiva la società va analizzata «come una macchina qualsiasi»²³. La sua formazione deriva da «individui isolati che vogliono unirsi tra loro»²⁴. A parere di Sieyès, il loro esserci, coagulato dal comune volere, è sufficiente a costituire una nazione: «per questo solo fatto, essi già formano una nazione»²⁵. Talché gli individui, per se stessi, in quanto essi vogliono essere la nazione, non solo danno luogo alla nazione, ma «sono all'origine di ogni potere»²⁶. La consistenza dell'unione deriva dalla «volontà comune»²⁷. La fonte della comunità sono le volontà individuali. Tuttavia esse, «considerate separatamente non avrebbero alcun potere»²⁸ sulla nazione e per la nazione. Piuttosto, scrive Sieyès, «il potere risiede esclusivamente nell'insieme. La comunità ha bisogno di una volontà comune; senza una unità di volontà essa non arriverà mai a costituire un tutto che vuole ed agisce»²⁹. La volontà comune è la «volontà nazionale»³⁰ che coincide con il suo stesso potere, anzi con il suo «potere globale»³¹. L'esercizio del «diritto di volere»³² da parte del tutto –che è la nazione– consiste nella sua stessa effettività. Esso viene affidato, per ragioni funzionali, ai suoi rappresentanti. Di modo che, loro tramite, si autopone «una volontà comune rappresentativa»³³.

La Costituzione, per Sieyès, corrisponde all'organizzazione ed alle leggi mediante le quali il «corpo» della nazione esiste. Essendo una creazione volontaristica

nozione moderna di nazione, resta un riferimento incisivo F. CHABOD, *L'idea di nazione*, a cura di A. SAITTA ed E. SESTAN, Bari, Laterza, 1967. Sul tema, inoltre, cfr. J. GIL, voce «Nazione», in *Enciclopedia Einaudi*, vol. IX, Torino, Einaudi, 1980, pp. 822-852. Per quanto riguarda la concezione della nazione nei teorici del Risorgimento italiano, si rimanda a G. TURCO, «L'identità nazionale italiana», in M. VIGLIONE (a cura di), *La Rivoluzione italiana. Storia critica del Risorgimento*, Roma, Il Minotauro, 2001, pp. 53-75. Sul significato (universalistico) della patria (tradizionale) ispanica di fronte al nazionalismo moderno, si rinvia a M. AYUSO, *Las murallas de la ciudad. Temas del pensamiento tradicional hispano*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Hispanidad, 2001, pp. 47-83 e 109-147.

23. J.-E. SIEYÈS, «Che cos'è il terzo stato?», trad. it. in IDEM, *Opere e testimonianze politiche*, tomo I *Scritti editi*, vol. I, a cura di G. TROISI SPAGNOLI, Milano, Giuffrè, 1993, p. 253.

24. *Ibidem*.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. *Ibidem* (corsivo nel testo).

28. *Ibidem*.

29. *Ibidem*.

30. *Ivi*, p. 254.

31. *Ibidem*.

32. *Ibidem*.

33. *Ibidem* (corsivo nel testo). Secondo Sieyès, questa, però, «non è piena ed illimitata» (*ibidem*), ma «rappresenta solo una parte della grande volontà comune nazionale» (*ibidem*).

(*rectius* attivistica), questo «non può esistere altrimenti»³⁴. La Costituzione consente alla nazione di svolgere le funzioni alle quali essa si è destinata e si destina. Essa non ha, perciò, alcuna realtà naturale e nessuna finalità essenziale. Parimenti è indifferente alla storia (ed alla lezione dell'esperienza), in quanto non deriva se non dagli individui mediante la «volontà comune». Può, quindi, adottare come proprio qualsiasi fine, qualsiasi legge e qualsiasi organizzazione. Di conseguenza, afferma Sieyès, «il corpo dei rappresentanti al quale è affidato il potere legislativo o l'esercizio della volontà comune, esiste solamente nella forma che la nazione gli ha voluto dare»³⁵. Da tali assunti viene (coerentemente) fatto derivare che «questo tutto non ha nessun diritto che non appartenga alla volontà comune»³⁶. Donde emerge con nettezza che (secondo questa tale concezione) la nazionalità dà luogo al positivismo giuridico (e ad esso è intimamente consentanea). Ogni diritto nella e della nazione deriva dalla volontà comune. Questa, parimenti, come lo fa sussistere, così può porlo nel nulla. Nessuno può vantare alcun diritto che non derivi dalla volontà comune. A rigore, quindi, non vi sono diritti, ma solo statuizioni legali, come effetto della volontà comune e da essa essenzialmente dipendenti.

In sostanza, l'empirismo della nazionalità, che identifica la nazione come «riunione», o come «insieme»³⁷, di individui, trova il suo presupposto nell'immanentismo del «volere comune», inteso come originario ed originante dell'effettività e dell'attività del «corpo», o del «tutto», il quale si dà la propria forma attraverso la Costituzione. Tale volere comune è autoistitutivo ed autoreferenziale. Infatti si afferma come tale da non avere limiti al suo attuarsi, potendo anzitutto far essere se stesso (ovvero propriamente «costituirsi»), senza nulla presupporre, se non il suo stesso atto. Come tale, crea –o meglio, pretende di creare– la nazione, così crea (cioè pone dal nulla) la Costituzione. Il diritto è ridotto, così, all'ordinamento positivo. E questo al volere costituente, donde quello costituito.

In questa prospettiva, la volontà del parlamento è la volontà della nazione, ovvero la volontà della nazione si esprime –in quanto si forma– attraverso la volontà del Parlamento, secondo una procedura parimenti posta (e pertanto parimenti modificabile) coincidente con un atto dello stesso volere (dato in un certo momento) della nazione. Da ciò, al di là di qualsiasi considerazione obiettiva, la sua vigenza. Come la nazione è ciò che vuole essere, così la sua volontà vuole ciò che (attualmente) vuole. Come tale, essa può volere qualsiasi fine. Non ha alcuna finalità che

34. *Ibidem*.

35. *Ivi*, p. 255.

36. *Ibidem*.

37. Si tratta, quindi, di una aggregazione. Su tale base il rapporto tra gli individui non può che essere, e restare, (del tutto) estrinseco. La semantica dei termini è rivelativa della nozione che esprimono.

la trascenda, né alcun diritto che la preceda. Né, a rigore, alcun vincolo assiologico, che la obblighi. Il solo fatto di essere voluto, qualifica un fine come legale (ove la legalità sussume necessariamente la legittimità). Non viceversa.

Come nei modelli costituzionali moderni, anche la Costituzione di Cadice fissa per se stessa, un compito ideologico, il quale posto in termini operativi (come prassi data a se medesima) si presenta –nel suo attuarsi– come legittimante. Come tale esso è un compito autoimposto in quanto autodeliberato dalla medesima Costituzione. Questa sostiene che «la nazione è obbligata a conservare e proteggere [...] la libertà civile, le proprietà e gli altri diritti legittimi di tutti gli individui che la compongono» (art. 4). È evidente che in tale ambito la nazione è obbligata in quanto essa stessa si obbliga. Essendo, infatti, la Costituzione atto sovrano della nazione, essa non può essere obbligata se non da se stessa. Il contenuto dell'obbligo è dato dai diritti individuali. Tali diritti sono propri (pur con le note diversificazioni) tanto della concezione lockiana, quanto di quella propriamente illuminista. La precedenza qui riservata alla libertà rinvia prossimamente alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino³⁸ (ed alla Costituzione francese del 1791)³⁹.

Titolari dei diritti risultano i soli individui, non le famiglie o le varie comunità. Di fronte allo Stato (nell'atto del suo costituirsi) non vi sono che individui (e null'altro che individui). In una geometria istituzionale (tipica del costituzionalismo moderno) nella quale tra lo Stato e l'individuo non vi sono né vi possono essere comunità intermedie (se non come aggregati di individui, sulla base dei criteri fissati dallo Stato stesso). Tali diritti sono quelli propri del razionalismo moderno: anzitutto la libertà e la proprietà. È certamente significativo che la Carta si riferisca alla libertà «civile», ovvero alla libertà del cittadino, da esercitarsi quindi a tenore delle leggi poste (le quali ne fissano i limiti). Gli altri diritti, non specificati, che la Costituzione si impegna a proteggere riguardano (come si evince dal testo) gli individui che compongono la nazione e che essa dichiara come tali (ovvero legali). Si tratta dei diritti positivizzati, ovvero dei diritti civili, propri quindi del cittadino, il quale è costituito cittadino dallo Stato. Pertanto essi derivano dall'ordinamento positivo, da esso sono

38. Secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) i «diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo [...] sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione» (art. 2).

39. «La Costituzione [francese del 1791] garantisce [...] come diritti naturali e civili: a) la libertà di ogni uomo d'andare, di restare, di partire, senza poter essere arrestato, né detenuto, se non secondo le forme determinate dalla Costituzione; b) La libertà ad ogni uomo di parlare, di scrivere, di stampare e di pubblicare i propri pensieri, senza che gli scritti possano essere sottomessi ad alcuna censura o ispezione prima della pubblicazione, e di esercitare il culto religioso al quale aderisce; c) La libertà ai cittadini di riunirsi pacificamente e senza armi, sottoponendosi alle leggi della polizia; d) La libertà di indirizzare alle autorità costituite delle petizioni firmate individualmente [...] la Costituzione garantisce l'inviolabilità delle proprietà, o la giusta e previa indennità di quelle delle quali la necessità pubblica, legalmente constatata, esiga il sacrificio».

–volta per volta– determinati ed interpretati. Tali diritti sono tutelati dall’ordinamento in quanto posti dall’ordinamento, nei termini in cui lo sono, ed ovviamente con la riserva (implicita) che la loro restrizione o modificazione non dipenderà da altri che dal legislatore medesimo.

Analogamente, la Costituzione di Sicilia (1812)⁴⁰ dichiara che «la nazione da oggi in avanti sarà la proprietaria di tutti i beni ed introiti dello Stato, di qualunque natura; e quindi ne disporrà il Parlamento con piena libertà, sempre però colla Real Sanzione» (capo II, art. 2)⁴¹. Parimenti (pur a condizione che ogni atto legislativo abbia la sanzione del re) «il potere di far le leggi, e quello di dispensarle, interpretarle, modificarle ed abrogarle, risiederà esclusivamente nel Parlamento» (capo, I art. 1). Ad esso, inoltre, «apparterrà non meno il diritto di far leggi, che quello ancora della creazione, ed organizzazione di nuove magistrature e soppressione delle antiche» (capo I, art. 4). Donde emerge una effettiva sovranità –nel suo significato moderno– della nazione (attraverso il parlamento), ancorché vincolata, quanto alla sua efficacia (nel caso di specie), alla approvazione regia. Tanto più che il Parlamento dichiara di rappresentare la nazione, come si legge nella formula di giuramento (fissata) per il nuovo re (Per la successione al trono del re di Sicilia, art. 22)⁴², sul quale incombe l’onere di farsi riconoscere tale dal Parlamento medesimo (ivi, art. 19).

Sulla medesima traiettoria si colloca la Costituzione di Napoli (1820)⁴³, la quale ripropone quella di Cadice, salvo le modifiche introdotte dalla «Rappresentanza nazionale costituzionalmente convocata»⁴⁴. Anche in questo testo costituzionale⁴⁵ si afferma che «la sovranità risiede essenzialmente nella nazione: e perciò a questa appartiene il diritto esclusivo di stabilir le sue leggi fondamentali» (titolo I, cap. I, art.

40. Per il testo della Costituzione di Sicilia del 1812 si rinvia a A. AQUARONE - M. D’ADDIO - G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, cit., pp. 403-460. Un confronto con antecedenti documenti costituzionali rivoluzionari è proposto da C. GHISALBERTI, *Le Costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milano, Giuffrè, 1957; IDEM, *Dall’antico regime al 1848: le origini costituzionali dell’Italia moderna*, cit.

41. Sul punto cfr. E. SCIACCA, «La “Nazione Siciliana” nel linguaggio politico al momento della riforma costituzionale del 1812», in E. PII (a cura di), *I linguaggi politici delle rivoluzioni in Europa*, Firenze, Olschki, 1992, pp. 363-379.

42. «La nazione da noi rappresentata dichiara di riconoscere nella persona di N. N. il suo vero e legittimo Re, o Regina Costituzionale».

43. Per il testo della Costituzione di Regno delle Due Sicilie del 1820, si rinvia a A. AQUARONE - M. D’ADDIO - G. NEGRI (a cura di), *Le costituzioni italiane*, cit., pp. 465-505.

44. L’espressione ricorre nel Decreto del Vicario generale del re (7 luglio 1820) che adotta la Costituzione del Regno delle Spagne (del 1812) e nell’Atto di ratifica del re Ferdinando I (alla medesima data).

45. In qualità di vicario generale del Regno, Francesco di Borbone, il 7 luglio 1820, emana il decreto con il quale «La Costituzione del Regno delle Due Sicilie sarà la stessa adottata per il Regno

3). Con omologa nozione rispetto alla Costituzione gaditana, la nazione è definita come «la unione di tutte le popolazioni che la compongono (“la nazione delle Due Sicilie”))» (titolo I, cap. I, art. 1). Il Parlamento «è il complesso di tutti i deputati, rappresentano la nazione» (titolo III, cap. I, art. 26). Esso ha la facoltà (ovvero il potere) di «proporre e decretare le leggi, interpretarle derogarle in caso che ciò sia necessario» (titolo III, cap. VII, art. 124). Talché «pubblicata la legge nel parlamento, se ne darà avviso al re, onde senza ritardo alcuno si promulghi solennemente» (titolo III, cap. IX, art. 147). La promulgazione delle leggi (pur restando prerogativa del re) si configura come momento proceduralmente fisiologico –anzi effettivamente meccanico– dell’iter della loro formazione.

2. Il costituzionalismo come paradigma

Con la Costituzione di Cadice si profilano i tratti distintivi del costituzionalismo (moderno)⁴⁶. La Costituzione⁴⁷ si presenta con i caratteri del razionalismo politico⁴⁸, i cui connotati essenziali rinviano alla convenzionalità, alla sovranità ed all’ideologicità. Essa, cioè, consta di un atto che si autopone, ovvero che pone una convenzione a partire dalla quale comincia ad esistere l’ordinamento e lo stesso corpo politico (ovvero lo Stato). Proprio, in quanto tale, ogni Costituzione (moderna) pretende di segnare un inizio assoluto. Una genesi (originaria) che si afferma come principio (fondante). Di modo che è considerato fondamentale (come i diritti umani, intesi appunto come «diritti fondamentali») ciò che essa dichiara essere tale. In tal senso, il fondamentale non è il fondamento, ma il costituito come tale. È fondamentale perché è costituzionale. Non viceversa.

In tal senso, la Costituzione (moderna) –della cui teorizzazione è espressione emblematica, per un verso, la concezione kelseniana⁴⁹, e per un altro la concezione

delle Spagne nell’anno 1812». Il 9 dicembre 1820, il Parlamento approva il testo della Costituzione (di Cadice) così come era stato emendato dal Parlamento stesso. Le modifiche introdotte svolgono il testo in senso (ulteriormente) razionalistico-rivoluzionario. In tal senso, è rilevante, tra l’altro, che il termine «nazionalità» venga sostituito da quello di «cittadinanza».

46. Per un inquadramento, cfr. P. BASTID, *L’idée de constitution*, Parigi, Economica, 1985; J. R. PENNOCK - J. W. CHAPMAN (a cura di), *Constitutionalism*, New York, New York University Press, 1979.

47. Una ricognizione delle diverse accezioni moderne della Costituzione, nonché per le distinzioni tra Costituzione formale e Costituzione materiale (e consimili), è svolta da A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Tra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 11- 42.

48. Come è stato osservato, «il terzo, e forse più importante, esito delle dottrine del razionalismo fu ciò che Tarello chiama “costituzionalizzazione”» (G. REBUFFA, «Il razionalismo e lo sviluppo dei sistemi giuridici moderni», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII (1987), 2, p. 647), appunto del «razionalismo europeo che distrusse l’organizzazione per ceti» (*ivi*, p. 648).

schmittiana⁵⁰ – è la suprema convenzione [tanto intesa come «legge fondamentale», quanto come (effetto di un) «contratto», essa rinvia ad una «decisione» quindi ad un «potere», dello Stato o del popolo] a partire dalla quale ogni altra convenzione – sotto il profilo giuridico-politico – va posta⁵¹. La convenzionalità, che a sé subordina ogni altra⁵², sorge sul presupposto della sovranità (della nazione o del popolo), ovvero di un potere privo di limiti, il quale proprio per questo può imporre a sé e rimuovere da sé dei limiti (anzitutto attraverso la divisione dei poteri). Non vi sarebbe alcuna naturalità essenziale, sotto il profilo ontologico, della vita sociale e dell'ordine giuridico. Non vi sarebbe alcuna naturale politicità⁵³. Non avrebbe alcuna consistenza qualsiasi finalità naturale (derivante dall'essere stesso della comunità umana). Non avrebbe consistenza alcuna normatività agatologica, né alcuna giuridicità obiettiva (come condizione della stessa comunità).

La convenzionalità intrinseca delle Costituzioni (moderne) consente di intenderne il carattere demiurgico, geometrico e meccanico. Esse, cioè, intendono essere un risultato operativo (in sostanza, fabrilè). Ciò che viene rimarcato particolarmente allorché la Costituzione è teorizzata come accordo costituente di forze eterogenee e almeno potenzialmente confliggenti. Quasi un risultato derivante da una autocreazione, che ha – empiricamente – nel proprio esserci (*Dasein*) il criterio del proprio essere (*Sein*)⁵⁴. La Costituzione evidenzia i caratteri propri della geometria legale. Il sapere geometrico – come è stato evidenziato – «è caratterizzato dalla funzione operativa e dalla struttura

49. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), a cura di M. JESTAEDE, Tubinga, Mohr, 2008; IDEM, *General Theory of Law and State* (1945), Clark (N.J.), The Lawbook Exchange, 2007.

50. Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, Duncker & Humblot, 1928.

51. Ciò, tanto sotto il profilo dei (cosiddetti) «valori» (ovvero delle opzioni considerate valide), quanto sotto il profilo delle «regole del gioco» (istituzionale-procedurale).

52. È rivelativa la sostituzione del diritto politico con il diritto pubblico e l'assimilazione di questo al diritto costituzionale. Tale sostituzione-assimilazione ha un preciso significato filosofico. Infatti, in questa prospettiva, come è stato osservato, «la politica non sarebbe naturale ma nascerebbe con il contratto sociale» (D. CASTELLANO, *Prefazione* a M. AYUSO, *L'agora e la piramide. Una lettura problematica della costituzione spagnola*, trad. it., Torino, Giappichelli, 2004, p. XVII). Sul punto restano rilevanti le analisi di G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1962, particolarmente p. 65.

53. Miguel Ayuso ha posto in luce il fatto che, intendendo il costituzionalismo moderno conforme a se medesimo, «il diritto costituzionale svuota di sostanza comunitaria –cioè, in senso proprio, politica– l'organizzazione superiore della convivenza sociale, ridotta a pura ipotesi da cui derivare deduzioni, mentre rende impossibile la captazione della realtà, del perché l'uomo non può non vivere in società» (M. AYUSO, *L'agora e la piramide. Una lettura problematica della costituzione spagnola*, cit., p. 1).

54. È stato scritto recisamente che lo Stato (moderno) –che si autopone con la Costituzione– «est una *factio iuris*. C'est vrai, mais c'est une fiction de juristes, en donnant à la *factio* le sens fort du terme, de *finger* [...] c'est une fabrication, une construction, une conception, une invention» (P. BOURDIEU,

convenzionale; è un sapere in funzione operativa, che si struttura in termini convenzionali, cioè in termini ipotetico-deduttivi [...] la sua ragion d'essere è nelle operazioni rispetto alle quali esso è funzionale»⁵⁵. Tale considerazione manifesta perspicuità, intendendo che alla radice del sapere operativo, ovvero della geometria legale, vi è «l'opzione radicale del dominio e del potere»⁵⁶. Donde la struttura piramidale ed inclusiva, che –almeno in ipotesi– intende essere in sé compiuta e tale di esplicitare se medesima con se medesima.

Parimenti le Costituzioni (moderne) sono segnate dal carattere meccanico della razionalizzazione del potere⁵⁷ fatta dal potere, con l'obiettivo di rendere funzionale il potere all'esercizio del potere medesimo. Sia sotto il versante dei «poteri dello Stato» (secondo la formula del positivismo costituzionalistico), sia sotto quello della «coesistenza degli arbitrii» (secondo l'espressione kantiana). La meccanica del potere (e dei poteri)⁵⁸, dà luogo ad una tecnica. Donde propriamente una tecnologia del potere. Secondo la puntuale osservazione di Galvão de Sousa, si tratta «di una tecnica del potere ed una tecnica della libertà»⁵⁹, che presuppone «la finzione di una pretesa volontà collettiva»⁶⁰. La tecnica costituzionalistica sarebbe chiamata al compito non semplicemente di combinare il potere con la libertà (tale da considerarli estrinsecamente e da disporli secondo rapporti quantitativi), ma coinciderebbe con una tecnica del potere come libertà e della libertà come potere. Tale tecnica si rivela il portato di una ingegneria alla permanente ricerca –sempre provvisoria e precaria, anzi, in definitiva, inarrivabile nella sua compiutezza sistemica– di un equilibrio meccanico, da conciliarsi in ipotesi (sotto il profilo del risultato) con l'efficienza operativa del meccanismo medesimo. Il perfetto equilibrio, difatti, avrebbe come

Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992), Parigi, Raison d'agir - Seuil, 2012, p. 521). Precisamente, lo Stato (moderno) «est une instance qui constitue le monde social selon certaines structures. Il faudrait jouer sur la notion de constitution» (ivi, p. 290). Infatti, anche il cittadino è un risultato di tale attività autoproduttiva: «le citoyen est celui qui est reconnu comme tel par la Constitution» (ivi, p. 553).

55. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, CEDAM, 2006, p. 14.

56. Ivi, p. 16.

57. Emblematicamente è stato rilevato che le Costituzioni moderne mirano a realizzare la «razionalizzazione del potere» (B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Le costituzioni europee*, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1954, p. 13) e la «tecnica della libertà» (ivi, p. 90).

58. La Costituzione (modernamente intesa), difatti, «è concepita principalmente come un meccanismo» (M. TROPER, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII (1988), 1, p. 69).

59. J. P. GALVÃO DE SOUSA, «Remarques sur l'idée de Constitution et la Signification Sociologique du Droit Constitutionnel», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge/Band XVI (1967), p. 65.

60. Ivi, p. 58.

esito l'immobilità (del sistema di pesi e contrappesi) quindi la paralisi del meccanismo; la sola efficienza avrebbe come risultato la vanificazione di ogni condizione regolativa (sia pure meramente procedurale) del suo esercizio.

Proprio in quanto tale, la Costituzione esclude ogni misura che la sovrasti: è misura di se stessa, nell'identità (presupposta) con il potere che l'ha posta (e della quale è perciò arbitro assoluto)⁶¹. Di modo che la Costituzione (moderna) si presenta al contempo come una razionalizzazione del potere (fatta dal potere da donde deriva), e come una positivizzazione dei diritti (che da essa vengono fissati nella forma e nel numero, circoscritti nell'esercizio, interpretati nel contenuto). In tal senso il potere (costituente) presume di razionalizzare il potere (costituito), avendo come criterio il potere (sovrano) medesimo (con quanto da esso determinato), ed assumendo la razionalità operativa come strumento (e non come criterio finalizzatore) del potere. Si tratta, in sostanza, di una visuale cratonomica⁶², ove anche i diritti e la libertà non possono che avere un carattere derivato, rispetto al costituirsi medesimo, da cui anche essi non possono che essere (logicamente ed effettivamente) costituiti.

Difatti, la Costituzione (positivistica) presuppone la sovranità⁶³, come potere senza limiti, né quanto a tempo, né quanto a funzioni, il quale coincide con la propria effettività (trattandosi, secondo la nota formula bodiniana, del potere –che non ammette superiori– di colui che non dipende se non dalla propria spada). Si esprime

61. Il concetto stesso di potere costituente importa l'ipotesi (acquisita, senza prove, come fatto) di un potere (ontologicamente) creatore (*ex nihilo*) del «corpo politico». Sicché, rispetto alla Costituzione «il popolo deve divenirne il creatore in senso peculiare» (E.W. BÖCKENFÖRDE, «Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale», in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 235). Al di là di qualsivoglia normatività intrinseca della natura delle cose (cfr. *ibidem*). Per tale motivo «se si parte dal senso originario che il concetto di potere costituente ha in una costituzione democratica e per una dottrina democratica della costituzione, per un potere di questa natura non esistono vincoli giuridici. La costituzione giuridica viene prodotta e legittimata solo con un atto del potere costituente, non può dunque precedere questo stesso atto» (*ivi*, p. 247).

62. Sulla nozione (moderna) di cratonomia (come alternativa a quella classica di diceonomia), sia consentito rinviare a G. TURCO, *La politica come agatofilia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 62-79.

63. Adhémar ESMEIN ha scritto che, per quanto riguarda lo Stato moderno, «le fondement même du droit public consiste en ce qu'il donne à la souveraineté» (A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, VI ed., Parigi, Recueil Sirey, 1914, rist. Parigi, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 1). Ora, la sovranità «ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit» (*ibidem*). Non a caso, a giudizio del medesimo autore, «le plus important des principes qu'ait proclamés la Révolution française est celui de la souveraineté nationale. Toutes nos constitutions, si diverses pourtant, l'ont reconnu et pris pour base, sauf la Charte de 1814» (*ivi*, p. 272). La sovranità, quindi, fa discendere dalla volontà della nazione (del popolo o dello Stato), ogni autorità, ogni principio, ed ogni diritto, i quali non possono che essere totalmente in sua balia (cfr. *ivi*, p. 289 y ss.).

nella sovranità della nazione, la quale proprio per essere intesa modernamente come tale, coincide con il proprio (sovrano) autovolersi ed autoaffermarsi. Di modo che il sorgere della nazionalità è il suo autodeterminarsi (a null'altro vincolato che a se medesimo, ovvero senza alcun vincolo). Da tale autodeterminazione (assoluta) permanerebbe il potere di darsi leggi (costituzionali ed ordinarie), il cui titolo di legittimità non consisterebbe se non nell'essere (state) poste, ovvero deliberate dalla nazione medesima, secondo le procedure da essa stessa decise.

A loro volta, le leggi –a partire dalla Legge fondamentale– avendo come limite il solo essere deliberate dal potere donde derivano, nel quadro costituzionale fissato, non hanno altro limite, se non quello imposto (a se medesimo) dal potere stesso, secondo i criteri (operativi) ed i principi (originari) assunti dal potere stesso. Di modo che, allo stesso titolo, la nazione può obbligarsi a qualche condizione (come nell'ipotesi del patto costituente), oppure può da essa parimenti può recedere (ciò derivando da null'altro che dal proprio autodeterminarsi). Come ha posto in luce Otto Brunner, quanto alla sua genesi, la «sovranità all'interno e verso l'esterno presuppone (nella prospettiva bodiniana) perciò che nella sfera mondiale non vi fosse alcuna istanza superiore a quella del governante; quindi la sovranità si contrappose all'imperatore così come al papa»⁶⁴. Donde, non a caso, il suo carattere intrinsecamente laicizzatore⁶⁵.

Proprio, in virtù della sua autopostulatorietà, la nazione (o il popolo) diviene da se stessa Stato, dandosi la Costituzione. Come è stato evidenziato, la nazione «acquista così soggettività politica legittimante»⁶⁶ (di se medesima e di quanto essa stessa stabilisce). Anzi «acquista gli stessi attributi della divinità»⁶⁷. Il binomio nazionalità-sovrano risulta decisivo per intendere la genesi della Costituzione moderna. La nazione o il popolo, quindi, in ultima analisi, lo Stato, è soggetto della sovranità. Anche se –a ben vedere– è la sovranità a costituire la nazionalità come tale (senza cioè essa neppure sarebbe tale). Sicché nazionalità (modernamente intesa) e sovranità (propriamente tale) finiscono per coincidere. Di conseguenza la nazione –quindi lo Stato– è teorizzata come fonte del diritto, il quale non potrebbe essere se non quello positivo, a partire dalla stessa Carta costituzionale. Sicché, in questa visuale, non è il diritto –come determinazione di giustizia– a segnare il fondamento della nazione (e dello Stato). Anzi la nazione (quindi lo Stato) risulta propriamente creatrice del diritto, come è creatrice della Costituzione, essendo creatrice

64. O. BRUNNER, *Storia sociale dell'Europa nel Medioevo*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1988, p. 166.

65. In particolare sul carattere (intrinsecamente e coerentemente) laicizzatore della Costituzione italiana, si rinvia a P. G. GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002.

66. A. BARBERA, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 23.

67. *Ibidem*.

di se medesima⁶⁸. Il suo volere –anzitutto concretato nella Costituzione– non può che essere sottratto ad ogni valutazione che la trascenda, per divenire, in certo modo, oggetto di fede (ovviamente del tutto laicizzata)⁶⁹.

Ne consegue che la Costituzione (nel segno del costituzionalismo moderno) presuppone il monismo della sovranità⁷⁰. Questo, identificando volere e valere, ovvero fatto e valore, non può che esplicarsi come assoluto positivismo (normativo). Il monismo della sovranità è coestensivo all'immanentismo dell'autoreferenzialità. Questo, rendendo invalicabile l'orizzonte della Costituzione, non può che concludere per il suo carattere totalizzante. Di modo che essa –coincidendo con l'autovolere permanentemente in atto della totalità collettiva (Stato, nazione, popolo)– non solo risulta, al contempo, istitutiva dell'organizzazione istituzionale-statuale, e della stessa identità collettiva (e del suo *ethos* sociologico). Tale auto volere è considerato immanentisticamente per sé efficace a darle contenuto (anche solo per via interpretativa).

Ben si intende che il monismo della sovranità e l'immanentismo dell'autoreferenzialità rendono il potere misura di se stesso, ovvero escludono da esso ogni misura che lo trascenda⁷¹. Quindi lo rendono suscettibile di perseguire qualsivoglia finalità (anche la più arbitraria). Talché anche quando invoca Dio, la Costituzione (modernamente intesa), ne immanentizza il significato, ponendolo come risultato

68. È stato notato, a proposito, che –nel senso del costituzionalismo moderno– la «la nazione “sempre conforme alla legge, è la legge stessa”, è appunto “potere costituente” [...] lo Stato moderno e il concetto stesso di “cittadinanza” sono legati alla “nazione”. Lo Stato, costitutivo di ogni potere inferiore ma non costituito [...] trae dalla “nazione” gli impulsi necessari per il suo processo di modernizzazione» (*ivi*, p. 24).

69. A ben vedere –nella linea del costituzionalismo moderno– la costituzione stessa fissa i dogmi della religione civile. In altri termini, come è stato evidenziato, «l'État est donc le centre de ce qu'on appelait une “religion civile”» (P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, cit., p. 549).

70. L'intima consentaneità (nozionale ed istituzionale) tra Stato (moderno), sovranità e Costituzione è innegabile. Come è stato evidenziato, «la sovranità è un concetto che si afferma in parallelo alla nascita dello Stato moderno [...] Nell'età moderna, sovrano viene definito il potere supremo [...] e indipendente da autorità superiori [...] L'affermazione della sovranità segna la rottura dell'ordine medievale in due direzioni: da un lato, sovrano è il potere non più soggetto alle autorità universali dell'imperatore e del papa; dall'altro, quello stesso potere diventa “sovrano” in quanto non più condizionato dal pluralismo delle autorità presenti nella società (distinta in ceti) medievale» (M. TROMBINO, «Sovranità», in A. BARBERA (a cura di), «Le basi filosofiche del costituzionalismo», cit., p. 193).

71. Il costituzionalismo (moderno) che informa la Costituzione (positivisticamente intesa), ha un intrinseca connotazione immanentistica. Difatti è stato nitidamente evidenziato che «el constitucionalismo como movimiento histórico-ideológico [...] prometió que el hombre se liberaría en el plano colectivo de todo orden transcendente, pues no habría más normas, sociedad y gobierno que los que el hombre mismo consentiera a través del pacto social» (J. ALVEAR TÉLLEZ, «Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política», in M. AYUSO (a cura di), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 88).

del volere donde essa promana. La Costituzione, per la stessa logica che la caratterizza, non può non essere secolarizzatrice. La sua autonomia originaria ed originante ha un carattere ontologico e non una mera connotazione empirica⁷². Secondo una essenziale notazione, con essa «la sfera politica è autonoma dalla sfera religiosa e il diritto e lo Stato trovano il loro fondamento nella volontà degli stessi associati»⁷³.

Così non è arduo rilevare che la Costituzione (sul tronco del costituzionalismo moderno)⁷⁴ reca in sé i caratteri inconfondibili dell'ideologia (del liberalismo come del socialismo, nelle più diverse formulazioni e commistioni). Infatti le Costituzioni moderne derivano dal razionalismo politico, ovvero dalla attitudine a sussumere l'essere nel conoscere ed il conoscere nel volere. Quindi dalla pretesa di far derivare l'essere dal pensiero. Donde il pensiero coincide con l'attività di se medesimo, è posto come attività, deriva da una attività originaria. Talché il pensiero, avendo come misura null'altro che l'attualità di se medesimo, è posto a partire da una opzione-opinione (in termini schmittiani, potrebbe dirsi una «decisione») donde esso si dirama, assumendola senza parola previamente in discussione. Parimenti lo Stato e la Costituzione sono posti in dipendenza da un complesso di tesi –valide in quanto volute– identiche con la loro operatività.

72. Sovranità e liberalismo, lungi dall'escludersi, integrano essenzialmente la prospettiva del costituzionalismo (moderno). Come è stato rilevato, «il liberalismo eredita con piena consapevolezza questo concetto (di sovranità bodiniana). È infatti una continuità consapevole e finalizzata, un'assunzione volontaria che si colloca al centro del processo di costruzione dell'ordinamento liberale. [...] la sovranità permane come l'elemento identificante lo Stato» (V. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 102). Talché «lo stato è concepito anche in questo caso come soggetto relazionale: un individuo in grande, [...] che condivide dell'idea di individuo la posizione di essere-per-sé, cosicché l'assolutismo insito nella posizione di sovranità si tramuta, senza scomparire come tale, in una sorta di concezione individualistica dello stato. Un soggetto-stato, dunque, che non trova negli "altri" (gli individui singoli) dei dati-limite consustanziali rispetto al proprio essere, ma che, semmai, li può fondare nella loro qualità e nei loro diritti di soggetti» (*ivi*, p. 135). Anche quando caratterizza lo Stato e la Costituzione, l'individualismo, infatti, reca in sé la nozione di «individuo come concentrazione, come autofinalizzazione ed autoreferenzialità [...] come esclusività: come [...] indipendenza da relazioni» (*ivi*, p. 38).

73. J. ALVEAR TÉLLEZ, «Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política», cit., p. 4.

74. Sul tema cfr. (tra l'altro) G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013; M. BARBERIS, *Stato costituzionale: sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012; G. BIANCO, *Questioni e teorie sul costituzionalismo*, Torino, UTET giuridica, 2012; F. BONDI NALIS (a cura di), *Sovranità, democrazia, costituzionalismo*, Atti del Convegno di studi (Catania, 22-24 febbraio 2007), Milano, Giuffrè, 2008; A. GRIMALDI, *Disegno storico del costituzionalismo moderno*, Roma, Armando, 2007; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto: sistemi normativi contemporanei e modelli di razionalità giuridica*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2006; A. PICHIERRI, *Matrici filosofiche e religiose del costituzionalismo*, Lecce, Pense, 2005; G. VOLPE, *Il costituzionalismo nel Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, il Mulino, 1998; T. E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 1997; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, il Mulino, 1996.

In tal senso, l'ideologicità è la nota che qualifica l'assunzione di un presupposto sottratto alla verifica, posto volontaristicamente come premessa e come contenuto⁷⁵, di una prassi –giustificativa o modificativa– che trova nella sua attuazione la modalità e la finalità di se medesima. L'opinione-opzione (autoreferenziale) –anche nel caso sia qualificata come «valore» dalla Costituzione– deriva dalla prassi ed è funzionale alla prassi, ovvero alla prassi identificata con il perseguimento di un obiettivo operativo immanente alla prassi stessa⁷⁶. In dipendenza del quale la stessa Carta costituzionale dimostra un ruolo subordinato⁷⁷. Tale impostazione ne individua, in radice, lo sfondo e sostanza. Tale teoria-prassi ne segnala il programma operativo, soggiacente e dirimente, per se stesso inclusivo (di quanti lo fanno proprio) ed esclusivo (di quanti, per qualsiasi motivo, non vi si riconoscono).

In particolare, il costituzionalismo (moderno) risulta inconfondibilmente espressione del liberalismo (e del democratismo)⁷⁸. Sicché il liberalismo⁷⁹ –sotto il profilo giuridico-politico, prima ancora che sotto il profilo sociale e morale, e comunque lungo il medesimo asse– viene posto a base dell'ordinamento, come suo presupposto

75. Pierre Bourdieu ha posto in luce il fatto che lo Stato moderno (con la sua Costituzione) deriva da una *doxa*, la cui produzione ed assunzione (o imposizione) coincide, in modo autoreferenziale, con la propria autolegittimazione. Ora, l'ideologia è, appunto, per se stessa una filodoxia che implica una doxocrazia. Infatti, l'opinione che è all'origine dello Stato «représente un point de vue particulier, le point de vue des dominants» (P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, cit., p. 276). Tale connotazione rende ragione della coincidenza dello Stato con l'apparire di se medesimo [Bourdieu si esprime (con intonazione leibniziana) diagnosticandolo come una «illusion bien fondée» (*ivi*, p. 25)]. Da ciò, altresì, una «transmutation du privé en public» (*ivi*, p. 482) che è alla base di una rivoluzione culturale che «va contre toutes les habitudes de pensée» (*ivi*, p. 576).

76. Michel Troper ha rilevato che, quanto al costituzionalismo *stricto sensu*, «si tratta, comunque sia, di una teoria prescrittiva o di una ideologia» (M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, cit., p. 62).

77. La Costituzione presuppone (anche solo implicitamente) il costituzionalismo, che ne individua l'ideologia, con pretesa (autopostulatoriamente) giustificatrice. Ad esso rinvia la stessa nozione di Costituzione come Legge fondamentale. A ragione è stato evidenziato che «il Costituzionalismo è la dottrina della Costituzione liberale. Esso, perciò, è in sé e per sé il presupposto di ciò che attualmente si intende per Costituzione, ciò che la trascende e pretende fondarla. [...] Così circoscritto, il Costituzionalismo è la dottrina che separa politica e morale, Stato e Chiesa; è la dottrina che fonda l'ordinamento giuridico sulla sovranità, ovvero in ultima istanza sul potere che non è né potere politico né potere giuridico, poiché pretende di esserne la loro condizione e il loro fondamento; è la dottrina che “tutela” i diritti dell'uomo (come vengono intesi dalla *modernità* [...]), poiché assume e rivendica la libertà come libertà negativa (come, cioè, libertà esercitata con il solo criterio della libertà, vale a dire con nessun criterio)» (D. CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 76).

78. Al riguardo è stato scritto di «due dimensioni del costituzionalismo, quella liberale e quella democratica» (A. BARBERA, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», cit., p. 32). Il loro sviluppo fa emergere una linea di svolgimento (interna) dalla prima alla seconda (nonostante le insistenze sulla loro alternatività) ed una sorta di virtuale coappartenenza.

79. È interessante notare che lo stesso termine «liberale» –nella sua accezione moderna– pare presen-

e suo criterio. Il costituzionalismo è segnato intrinsecamente da tale connotazione ideologica. Come è stato opportunamente evidenziato, il costituzionalismo (moderno) «designa un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici»⁸⁰.

Analogamente si può rilevare che ciascuna Costituzione (positivistica) pretende di aprire un'epoca nuova. Si presenta come inizio assoluto, ovvero come un principio principiante (e come tale senza principio). Nulla presupponendo, se non il suo stesso porsi. Anzi, il suo autoporsi. Ha la pretesa di fondare (o di rifondare) l'ordinamento, anzi l'intero cosmo politico, giuridico, sociale e morale, *ab imis*. Il suo è, propriamente un modellare che è un costituire, ovvero un far essere: un dare al contempo la forma e con essa l'essere medesimo. In una attuarsi autoreferenziale –costitutivo, appunto– in virtù del quale l'inizio non si dà come questione cronologica, ma viene assunto come dato ontologico.

Le Costituzioni moderne (tenuto conto ovviamente delle rispettive differenze) si presentano come un dato sorgivo per se stesso, che può essere in debito né in obbligo con alcunché. Si autorealizzano in forza del loro autovolersi. Si esibiscono come il determinato che emerge sull'indeterminato, come l'essere che sorge dal nulla. Come l'inizio che si identifica con il principio. In tal senso si autoaffermano come tali da non avere altra giustificazione che il proprio autoesibirsi. Emblematicamente, come la Costituzione francese del 1791, anche la Costituzione di Cadice manifesta uno iato rispetto all'*ancien régime*⁸¹ (inteso non in senso tipologico, ma in senso assiologico). Si tratta, propriamente, di una sorta di iato ontologico ed epistemologico, che val quanto dire della pretesa di sostituire una nuova ontologia so-

tarsi per la prima volta durante la discussione della Costituzione di Cadice, «per connotare il partito che difendeva contro il partito *servil* le pubbliche libertà costituzionali; o che i liberali, in tutta Europa dopo la Restaurazione, richiedessero sempre come prima riforma, una Costituzione» (N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTET Libreria, 1988, p. 215). La Costituzione reclamata dai gruppi liberali era sovente (come in Italia negli anni venti dell'Ottocento) proprio la Costituzione di Cadice. Come è noto, alle tesi liberali si opposero quelle del *Manifiesto de los «Persas»* (che critica le Corti di Cadice ed enuncia un programma politico che attinge ai principi della tradizione politica ispanica). Sul suo carattere vessillare (in analogia con la Costituzione gaditana), è stato scritto che si tratta di un documento «cuya significación para los realistas es análoga a lo que la Constitución de 1812 fue para los liberales» (F. SUÁREZ VERDEGUER, *La crisis política del Antiguo Régimen en España: 1800-1840*, II ed., Madrid, Rialp, 1958, p. 28). Quanto alla sua proiezione storico-politica, è stato osservato che il Manifesto «pudo haber sido el contrapunto tradicional de la Constitución, pero, lamentablemente para España, no lo fue. No por defecto intrínseco sino porque quienes debían haberlo enarbolado como programa regenerador no lo hicieron» (F. J. FERNÁNDEZ DE LA CIGONA, «Pensamiento contrarrevolucionario español: El Manifiesto de lo “Persas”», *Verbo*, n. 141-142 (1976), p. 200).

80. A. BARBERA, «Le basi filosofiche del costituzionalismo», cit., p. 3.

81. Tale frattura, proprio in ragione del suo carattere ontologico ed epistemologico, è irriducibile a qualsiasi aspetto puramente evenemenziale. Emil Brunner ha incisivamente commentato: «ciò che

ziale (del patto «costituente-costitutivo») ed una nuova epistemologia politica (della ragione «civile») a quella classico-tradizionale.

Da tale analisi non si può non concludere che le Costituzioni («razionalizzate») sono solidali con la modernità (intesa in senso categoriale e non in senso temporale)⁸². La presuppongono e la significano⁸³. Ne esprimono le premesse e ne attuano la sostanza. Ne indicano la novità e ne segnalano il progetto⁸⁴. La inaugurano, in quanto epoca, sotto il profilo della costruzione dell'ordinamento. La attualizzano, in quanto categoria, con rapporto alle basi della legislazione. Come è stato indicativamente rimarcato, «il termine costituzione che pertiene al costituzionalismo è esclusivamente moderno»⁸⁵.

Parimenti il costituzionalismo, propriamente e strettamente inteso⁸⁶, è non solo coevo ma omologo alla modernità (quindi al principio di immanenza, che la caratterizza). La causa dell'uno è coestensiva a quella dell'altra. Il primo sta o cade con la seconda. Nel costituzionalismo la modernità si rende perspicua quanto al diritto pubblico e quello ne attualizza l'intenzione convenzionalistico-razionalistica. Attraverso la Costituzione, le fondamenta dell'ordinamento giuridico-politico si im-

scompare è un mondo fondato su una struttura aristocratica insieme a una immagine del mondo, è la "antica ontologia", l'antica idea del cosmo, la "urbs diis hominibusque communis", che aveva dominato per più di due millenni; dunque non soltanto il "Medioevo" o il "feudalesimo" [...] La rottura decisiva si produsse con l'Illuminismo. Ma il "mondo moderno" è composto non solamente del suo "razionalismo", che ha alla base un nuovo concetto "analitico" della ragione, ma anche di tutte le contrapposte correnti "irrazionalistiche", "romantiche". La secolarizzazione e la spiritualizzazione diedero infine il colpo di grazia al mondo tradizionale» (E. BRUNNER, *Vita nobiliare e cultura europea*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1982, p. 165).

82. Sulla intrinseca consentaneità (di origine, di sostanza e di destino) dello Stato (moderno) con la modernità (e la postmodernità), reca un apprezzabile contributo l'articolata analisi di M. AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el estado y su signo*, II ed., Madrid, Dykinson, 1998.

83. Trascorrendo dal riferimento diacronico alla considerazione essenziale, è chiaro che «il costituzionalismo appartiene integralmente all'età moderna [...] il costituzionalismo nasce insieme allo stesso Stato moderno» (M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 5).

84. È emblematico (come è stato puntualmente evidenziato) che «l'espressione *pouvoir constituant* fu adoperata, in origine, con un senso polemico e negatore. Contro la sovranità tradizionale di diritto divino, era invocato un altro titolo di legittimità, universale ed assoluto, con l'appello alla volontà inalienabile ed inesauribile della nazione, di per sé in perenne stato di natura e, perciò, non assoggettabile ad alcuna forma definitiva. Contemporaneamente era contestato il valore delle costituzioni consuetudinarie, siccome derivate "dal caso o dall'uso della forza" e, quindi, incompatibili, di propria natura con l'immagine di una decisione cosciente e razionale della comunità» (P. G. GRASSO, *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 47).

85. G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 13.

86. In tal senso, va notato che il costituzionalismo propriamente e strettamente considerato è solo quello moderno. Anche in questo caso –secondo il noto effato– occorre passare dalle cose alle parole, piuttosto che dalle parole alle cose.

manentizzano, positivizzandosi e si positivizzano, immanentizzandosi. Prescindendo programmaticamente da ogni subordinazione a qualsivoglia trascendenza, sia essa riferita alla sacralità di un ordine superiore, all'infedeltà della considerazione della giustizia, al richiamo alla sapienza avita.

Analogamente, sullo sfondo del costituzionalismo moderno non è arduo rilevare il primato del fare (in quanto tale, in opposizione al classico primato della contemplazione, ovvero dell'intelligenza della *natura rerum*). Si tratta di un fare come principio di se medesimo, di un fare che intende porre se stesso alla base della *koiné*. Esso presuppone il primato dell'*homo faber*, dell'uomo che è tale in quanto opera, o meglio si identifica con la propria operatività (anziché dell'uomo che ha nella razionalità –anzi, nella *recta ratio*– la sua natura e la sua misura)⁸⁷. Di conseguenza tale attitudine assume il legiferare come *facere*, piuttosto che come *legere*⁸⁸. La legge –a partire dalla Legge fondamentale– risulta *opus voluntatis*, piuttosto che *ordinatio rationis*⁸⁹. Il primato dell'operatività equivale a quello della prassi (presupposta l'epochizzazione, della doverosità della finalità naturale). Donde la prassi si fa tecnica (pretesamente avalutativa ed ateleologica).

In questa prospettiva viene presupposto il primato dell'indeterminato sul determinato. Infatti, l'indeterminato –anteriore al Patto costituente ed alla Legge fondamentale– precederebbe il determinato –del Patto e della Legge– come premessa e come possibilità. Di modo che il *caos* (anteriore all'atto del costituirsi) sarebbe originario rispetto al *cosmos* (artificiale, derivante dal patto costituente). Questo non sarebbe se non un risultato, che nulla può e deve presupporre, in quanto precisamente presupporrebbe solo il non essere proprio dell'indeterminato. Il *caos* (assunto come naturale) sarebbe originario, il *cosmos* (inteso come convenzionale) sarebbe derivato. Ogni ordinamento non verrebbe ad essere se non un prodotto. Il nulla lo precederebbe e lo insidierebbe da ogni lato. Esso non potrebbe che ergersi sul nulla (dell'originaria indeterminatezza di principi e di norme). Posto il solo volere costituente ed il suo esito costituzionale, l'indeterminato si profila, peraltro, anche come permanente eventualità da fronteggiare, in quanto la Costituzione (positivistica), appare sempre bisognosa di interpretazione, di aggiornamento, di funzionalizzazione.

87. Sulla questione restano penetranti le analisi di A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, IV ed., Bologna, il Mulino, 1990, pp. 213-375; IDEM, *L'epoca della secolarizzazione*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 85-97; I IDEM, *Rivoluzione, Risorgimento, Tradizione. Scritti su «L'Europa» (e altri, anche inediti)*, a cura di F. MERCADANTE, A. TARANTINO, B. CASADEI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 430-443; IDEM, «Tramonto o eclissi dei valori tradizionali?», in U. SPIRITO - A. DEL NOCE, *Tramonto o eclissi dei valori tradizionali?*, Milano, Rusconi 1971, pp. 134-211.

88. Per tale distinzione essenziale, cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, «Del legislar como 'legere' al legislar como 'facere'», *Verbo*, n. 115-116 (1973), pp. 507-548.

89. Una riflessione su tale distinzione in G. TURCO, *La politica come agatofilia*, cit., pp. 62-71.

Parimenti tanto la natura quanto la storia ne risultano obiettivamente posti in non cale. Tanto la natura quanto la storia, rispetto al costituirsi medesimo risultano epochizzati o annichilati in premessa (salvo, eventualmente, farvi riferimento, come effetto del volere costituente). La natura delle cose, ovvero il riconoscimento di un ordine iscritto nel finalismo naturale degli enti, così come ogni dato storico, posti fuori della Costituzione (almeno in linea di tesi) appaiono come posti fuori dall'essere (almeno quanto al loro rilievo normativo). Ogni ordine altro o antecedente ne dipende onticamente: il suo essere sta o cade con l'assunto costituzionale. La sua storia comincia con se medesima. Non vi è principio che non debba dipendere da essa. A partire dall'eventuale vigore costituzionale, qualsivoglia assunto emerge come posto nell'essere (beninteso, nei termini nei quali esso è ivi configurato, ed alle dipendenze della Legge che lo pone).

In definitiva, la Costituzione (modernamente intesa) si fonda in se stessa, o meglio sull'atto che ponendola pone se stesso. Il suo contenuto fa agio sul suo atto. Il potere che essa presuppone è obiettivamente presupposto come onnidirezionalmente sostantivo per l'ordinamento (tanto nei suoi presupposti quanto nelle sue implicazioni)⁹⁰. Il finito del proprio porsi pretende di fondare il finito del proprio darsi. Sicché il finito viene in certo modo infinitizzato. Ciò che comporta al tempo stesso –paradossalmente– la finitizzazione dell'infinito. Il finito, cioè, diviene misura del finito, il quale perciò non ha misura. La relatività del suo porsi, mentre relativizza se medesima, si assolutizza (sottraendosi, sul piano dell'effettualità, ad ogni verifica che vada al di là del proprio porsi). Donde, paradossalmente, l'assolutizzazione del relativo e la relativizzazione dell'assoluto.

⁹⁰. Relativamente al problema del potere costituente, non sono mancate tesi che pretendono di conciliare l'affermazione del potere costituente ed al contempo la sua limitazione, come quelle di A. MESSINEO, *Il potere costituente*, Roma, Edizioni "La Civiltà Cattolica", 1946. In questa chiave, da una parte viene riconosciuta l'esistenza della Costituzione naturale della comunità politica [«questa costituzione, come complesso di principi intrinseci, che scaturiscono dalla stessa essenza del corpo politico in quanto tale e ne guidano l'attività sociale, segnandone le grandi direttive, dalle quali nessuna azione politica può deviare senza negarsi e distruggersi» (*ivi*, p. 31)]. Ciò che per se stesso (sotto il profilo metafisico-assiologico e giuridico-politico) esclude il potere costituente, propriamente detto. Tanto più che viene riconosciuto come «il potere costituente viene ad assumere il carattere di una facoltà di azione illimitata nei confronti della costituzione» (*ivi*, p. 72). Mentre, d'altra parte, il medesimo autore asserisce che «qualsiasi società nasce da un atto psicologico collettivo, mediante il quale più soggetti razionali accettano coscientemente un fine comune e determinano di congiungere stabilmente le loro forze per la sua attuazione» (*ivi*, p. 40). Donde l'esistenza, a suo giudizio, di un potere costituente – inteso al tempo stesso come «potere straordinario [che] è essenzialmente un potere organizzativo» (*ivi*, p. 83)– sia pure limitato intrinsecamente «nelle leggi dell'essere [dovunque] i principi morali e giuridici» (*ivi*, p. 86). Ora, tale impostazione (di ascendenza suareziana), comporta la negazione della distinzione tra comunità naturali e comunità volontarie (e l'assimilazione di ogni comunità alla seconda categoria). Donde un inevitabile volontarismo (attivistico) nella determinazione dei fini giuridico-politici. Ma soprattutto vi è da osservare che, posto il potere costituente, in quanto propriamente tale, risulta logicamente ed obiettivamente vano il tentativo di una sua qualsivoglia limitazione.

L'autoimmanenza del presupposto potere costituente e dell'effettivo dato costituito, rende la Costituzione impermeabile ad ogni principio, che non sia posto come indipendente da se medesima (e, almeno virtualmente, in se medesima). Così il suo attuarsi (originario e derivato) non può che assumere un carattere totalizzante⁹¹. Di ogni principio essa costituisce il giudizio, al di là di qualsiasi altro giudizio (salvo che essa stessa non vi si sottoponga, almeno quanto alla sua effettività).

Al contempo non si può non rilevare che proprio i caratteri essenziali della Costituzione (nel segno della modernità)⁹² risultano posti in questione dagli sviluppi della teoria e della prassi del costituzionalismo (della postmodernità). Ne emergono i problemi posti tanto dalla interpretazione costituzionale quanto dalla politica costituzionale⁹³. Donde una pendolarità (che, a ben vedere, risulta indecibile –sotto il profilo teorico– sulla base dei presupposti del costituzionalismo stesso) tra iperconstituzionalismo e decostituzionalizzazione (entrambi derivanti –in modo simmetricamente divergente– dalle medesime premesse)⁹⁴. Tanto nella prima quanto nella seconda direzione, le questioni risultano teoricamente endogene (pur se, talora, empiricamente esogeni)⁹⁵. Donde, ancora, una tensione, che –con una paradossale eterogenesi dei fini– ha condotto dalla originaria pretesa di fissità (e garanzia) delle Costituzioni al loro risolversi nel mobile attuarsi (di se medesime): il loro essere si risolve nel loro divenire. Anzi, ne viene assorbito (con esito inevitabilmente) autofagico⁹⁶. Di modo che la stessa statuizione si identifica con la sua evoluzione. Fino al punto che –come è stato sostenuto– lungo tale traiettoria, «la costituzione non dice, siamo noi che le facciamo dire»⁹⁷.

sitivistica (che l'Autore, però, denomina iperpositivistica) è la Costituzione a «fare» la verità e non viceversa: «?Assolutizzandosi? la nozione di ordinamento costituzionale, infatti, si finisce con l'attribuire ad esso una valenza praticamente ontologica e criptototalitaria: così solo ciò ch'è detto e prescritto in Costituzione diviene "Verità"» (*ivi*, p. 178).

92. È stato osservato che, a rigore, «il costituzionalismo nato dalle rivoluzioni moderne è paradigma di costituzioni rigide» (P. P. PORTINARO, «Il grande legislatore e il custode della costituzione», in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 28).

93. Per una ricognizione al riguardo, cfr. «Introduzione», in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., pp. XVI-XX. Riguardo a tale esito Niklas Luhmann ha evidenziato che «nel diritto costituzionale le necessità interpretative diventano particolarmente acute poiché con l'interpretazione, tanto più questa è libera, la sovranità viene trasferita dal legislatore costituente all'interprete» (N. LUHMANN, «La costituzione come acquisizione evolutiva», in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 124).

94. Cfr. P. P. PORTINARO, «Il grande legislatore e il custode della costituzione», cit., pp. 2-34.

95. Sui problemi dello Stato moderno, di fronte alla crisi della sovranità, si rinvia, tra l'altro, a M. AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el estado y su signo*, cit.

96. Sotto il profilo del diritto positivo, Pietro Giuseppe Grasso è giunto a tracciare una traiettoria «terminale» del costituzionalismo: «Per un'autorevole insegnamento, la nozione di costituzione va riguardata ormai come un residuo anacronistico, persistente in una realtà mutata, di fuori dalle proprie

3. Elementi di analisi critica.

Nella sua disamina della Costituzione di Cadice, Carl Ludwig von Haller (tra i suoi primi e più attenti critici) ne rimarca, al contempo, la fragilità e l'assolutismo, l'artificiosità e l'ideologicità. Analogamente a quanto è stato osservato per le Costituzioni razionalizzate (moderne) da altri autori, fragilità della fondazione ed assolutismo della costruzione si ripercuotono l'una sull'altro⁹⁸. Dalla medesima riflessione emerge che essa appare funzionale ad una trasformazione rivoluzionaria, in una triplice prospettiva: ne rappresenta la forma, la via, lo strumento. Il Bernese giunge ad affermare che tale Costituzione rivela lo scopo di «innalzare la setta alla sovranità»⁹⁹. I suoi sostenitori vengono indicati categorialmente come «giacobini di Spagna»¹⁰⁰. Il suo carattere distintivo, ovvero la sua originalità ed originarietà, è ravvisabile nello «spirito rivoluzionario»¹⁰¹. Von Haller evidenzia a più riprese il carattere totalizzante della Costituzione gaditana. Con essa appare (obiettivamente) istituito e presupposto lo Stato moderno, il quale è, per ciò stesso, sovrano ed in trascendibile. Il suo volere è istitutivo di qualsivoglia legge, anzi creatore del diritto. Emblematica e l'osservazione se-

connessioni storiche ed istituzionali [...]. Una tale nozione diviene incerta e controversa, quando le spinte pluraliste siano condotte oltre un certo limite. Allora, anche il *corpus* di proposizioni più ingegnoso e raffinato riesce impotente a disciplinare la vitalità dei rapporti politici che si svolgono in una comunità» (P. G. GRASSO, *Il potere costituente*, cit., pp. 49-50). D'altronde, lo stesso giurista ricorda che, anche a riguardo delle moderne teorie costituzionalistiche, «ogni ragionamento ed ogni concetto devono sottoporsi al tribunale dell'esperienza» (*ivi*, p. 51).

97. G. ZAGREBELSKY, «Storia e costituzione», in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 9. Il medesimo Autore prosegue, sostenendo che «non interessa più, allora, qual è la volontà costituente che le formule scritte esprimono, poiché è diventata dubbia l'esistenza di un debito di fedeltà che a quella ci leghi [...]; interessa invece se, in quelle formule, noi possiamo trovare la risposta o almeno un inizio di risposta ai problemi politici e speciali del nostro tempo. Non è la costituzione che comanda, ma siamo noi che la interroghiamo e ci riconosciamo il potere decisivo, quello di formulare le domande che ci interessano» (*ibidem*).

98. Lo ha notato emblematicamente Joseph de Maistre, scrivendo (con apparente paradosso) che «la faiblesse et la fragilité d'une constitution sont précisément en raison directe de la multiplicité des artiches constitutionnels écrits» (J. DE MAISTRE, «Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines» (1814), in IDEM, *Œuvres*, édition établie par P. Glauedes, Parigi, Laffont, 2007, p. 372).

99. C. L. VON HALLER, *Über die Constitution der Spanischen Cortes*, s. i. l. e. e., 1820, trad. it. *Della Costituzione delle Cortes di Spagna*, trad. it., Napoli, Tipografia Porcelli, 1822, p. 89 (tutti i successivi riferimenti sono relativi alla traduzione italiana).

100. *Ivi*, p. 10. Non si tratta di una semplificazione storiografica, ma di una indicazione essenziale, secondo la quale il giacobinismo identifica la sostanza propulsiva della Rivoluzione (intesa come categoria e come epoca, non semplicemente come evento).

101. *Ivi*, p. 11. Von Haller osserva che a caratterizzare la Costituzione è la tesi secondo la quale «il governo della nazione Spagnuola è una compagnia di filosofi investita dal potere assoluto» (*ivi*, p. 32).

condo cui, in questa prospettiva, «i cittadini spagnuoli [...] il loro patrimonio, le loro fortune appartengono allo stato»¹⁰². Sicché essi, lungi dall'essere liberi – prosegue– sono «servi»¹⁰³.

In questo quadro, i rappresentanti, avendo come compito quello di formare la volontà della nazione, ne decidono sovranamente i diritti ed i doveri¹⁰⁴. Infatti, «la Costituzione non riconosce che la volontà delle Cortes»¹⁰⁵. Il loro potere è «illimitato»¹⁰⁶ (proprio in quanto è tale da fissare a se medesimo i propri limiti). Essendo «inviolabili»¹⁰⁷, sono parimenti irresponsabili. Il re stesso ne dipende come un funzionario (o un magistrato), poiché da esse riceve il potere di esercitare alcuni compiti istituzionali¹⁰⁸. A rigore, ne deriva non l'introduzione della libertà, ma l'imposizione del «dispotismo più spaventevole»¹⁰⁹, di cui sono una testimonianza il nuovo regime delle imposte, della coscrizione e dell'istruzione pubblica, per le quali qualsivoglia volere delle Cortes (proceduralmente formulato) si impone come legge¹¹⁰.

In una visione d'insieme si può osservare –per la Costituzione di Cadice, come della generalità delle costituzioni moderne– che essa fa esistere il cittadino –nel caso di specie lo «spagnolo»– come risultato del suo costituirlo come tale. Il cittadino – come lo «spagnolo»– è definito secondo una serie di parametri legali. È tale alle condizioni poste dalla Costituzione. È questa che lo fa esistere. Sicché può essere rilevato che essa fa esistere lo «spagnolo». Questo, infatti, proprio in quanto definito tale «per legge», prima (di tale legge) non esisteva. Lo «spagnolo» è ben altro dal castigliano e dal catalano e da quant'altri componenti la comunità di comunità dei

102. *Ivi*, p. 34.

103. *Ibidem*. Sicché la stessa Costituzione gaditana (al di là delle differenze rispetto a quelle direttamente derivate dalla Rivoluzione francese) è espressione del «dispotismo filosofico [razionalistico]» (*ivi*, p. 72) che «tutto signoreggia, e tutto distrugge» (*ibidem*).

104. Von Haller scrive che, con tale forma di rappresentanza, i rappresentati «hanno perduto tutti i loro diritti, si sono abbandonati in quanto a persone e a beni ai loro propri rappresentanti» (*ivi*, p. 35).

105. *Ivi*, p. 36.

106. *Ivi*, p. 37. La stessa impostazione positivista della Costituzione (e della legislazione contemporanea) è un effetto «di quel disprezzo della legge naturale [...] a cui si sostituisce il ferreo giogo di umane ordinanze» (*ivi*, p. 66).

107. *Ivi*, p. 40.

108. Cfr. *ivi*, pp. 49-50. Tale impostazione giunge fino al punto che il re non è libero di contrarre matrimonio, senza il consenso delle Cortes. Talché, von Haller ritiene che la Costituzione gaditana (o meglio i suoi Costituenti) abbiano conservato l'istituto monarchico solo «per allucinare la nazione» (*ivi*, p. 53).

109. *Ivi*, p. 38. Con ciò, von Haller ne individua un carattere assolutamente inedito rispetto a qualsiasi forma di tirannia (prerivoluzionaria): si tratta «del dispotismo più spaventevole che abbia giammai agitato la terra» (*ibidem*).

110. Cfr. *ivi*, pp. 76-77.

popoli delle Spagne storiche (continentali ed ultramarine). La sua astratta unità surroga senza residui ogni pluralità. A ben considerare, si profila non solo come risultato convenzionale, ma anche come tipo ideologico, in quanto il suo stesso esistere è definito dalle opzioni costitutive della nazione (fissate nella Carta). La definizione si sostituisce alla realtà e la assorbe ineludibilmente.

Analogamente è stato osservato che le Costituzioni (moderne) pretendono razionalisticamente di assorbire la vita sociale e di ricondurla sé, sussumendola nel modello da esse rappresentato e da essa facendola dipendere¹¹¹. In tal senso può dirsi che esse prescindono dalla concretezza della sedimentazione naturale e storica delle comunità umane. Contestualmente da tale attitudine si profila –in linea di tesi (e pur con varianti eterogenee, anche di eredità classica)– una duplice autonomizzazione (assiologica), quella dell'individuo (rispetto a ogni vincolo antecedente e superiore rispetto al dettato costituzionale) e quella dello Stato (rispetto alla trascendenza di principi sottratti alla sua sovranità)¹¹². Entrambi svincolati dall'orizzonte della finalità essenziale e quindi dall'obbligazione etica che deriva dalla rispettiva natura. Con la conseguente assolutizzazione (positivistica) della lealtà e della responsabilità meramente legale (ovvero derivante esclusivamente dalla norma positiva)¹¹³.

Con il costituzionalismo moderno l'organizzazione statale sussume la vita politica¹¹⁴. Il politico si muta in costituzionale (come il pubblico si identifica con lo statale). Donde l'identità (tipica del razionalismo moderno) tra politico e pubblico, e di pubblico e costituzionale. La politica è ricondotta alla statistica¹¹⁵: ciò che afferisce alla *polis* è ridotto a ciò che riguarda lo Stato. Con la conseguente sostituzione dello Stato all'autorità politica e l'assimilazione dell'organizzazione statale all'ordine politica¹¹⁶. L'organizzazione della società non si esprimerebbe altrimenti che

111. «Las Constituciones políticas simbolizan, para la nueva concepción liberal, el momento en que la razón humana, saltando violentamente por encima de los ídolos y prejuicios que la historia y la rutina habían opuesto a la marcha del progreso, se instala sobre la vida de los hombres a fin de dirigirla por cauces justos y definitivos» (R. GAMBRA, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Madrid, Rialp, 1954, p. 54).

112. Sul punto si sofferma, tra altri, J. VÁZQUEZ DE MELLA, «Síntesis de las doctrinas liberales», in IDEM, *Obras completas*, tomo XI, Madrid, Junta de Homenaje a Mella, 1932, p. 43.

113. Vázquez de Mella scrive che «el constitucionalismo ha infiltrado la idea de las responsabilidades legales y ha hecho desconocer las sociales y efectivas» (IDEM, «El Regionalismo, Filipinas y la alianza inglesa», in IDEM, *Obras completas*, tomo VII, cit., p. 231).

114. Come è stato osservato, «il testo costituzionale è suscettibile di essere interpretato in modo tale da regolare tutte le materie. La costituzione oggi regola non solo lo Stato, ma la società tutta intera» (M. TROPER, «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto», cit., p. 80). Non a caso, nella visuale della modernità, «per i costituzionalisti illuministi, così come per la dottrina giuridica moderna, [...] la costituzione può essere considerata come un testo sacro» (*ibidem*).

115. Su tale distinzione essenziale, si rinvia alle acute analisi di F. GENTILE, *Politica et/aut statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, Giuffrè, 2003.

attraverso quella dello Stato, anzi semplicemente attraverso lo Stato e nello Stato, il quale sarebbe creatore e non custode del diritto¹¹⁷. La società non avrebbe altra articolazione se non quella ritenuta possibile dallo Stato¹¹⁸, secondo i criteri e nei limiti da esso fissati¹¹⁹. La polarità che ne deriva è quella dell'individuo rispetto allo Stato, con la conseguente radicale dipendenza da esso, a partire dai diritti, che lo Stato gli attribuisce, definendoli tali sovranamente (nel numero, nel contenuto e nell'esercizio)¹²⁰. Con conseguente esclusione di ogni finalità naturale, di ogni autonomia pluralità di ordinamenti, di ogni stratificazione naturale e storica di diritti e di doveri¹²¹.

Emblematicamente, secondo il modello gaditano è la nazione a fare la Costituzione, mentre al contempo è la Costituzione a fare la nazione. La nazione presuppone la Costituzione e la Costituzione presuppone la nazione. Di modo che, paradossalmente, la Costituzione risulta contemporaneamente causa ed effetto: causa della nazione, in quanto la fa essere mediante la sua definizione-posizione, ed effetto della nazione in quanto ne deriva come prodotto del suo volere in atto. Il problema tocca intimamente il senso del costituzionalismo moderno: secondo tale modello la nazione finisce per essere al tempo stesso costituente e costituita. È costituente, in quanto pone la Costituzione; è costituita in quanto è posta dalla Costituzione. È costituente, poiché mediante la Costituzione dà l'essere a se medesima, ma è costituita

116. Cfr. R. GAMBRA, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, cit., p. 55.

117. Con osservazione sovente (dipoi) riproposta, Maistre fa notare: «supposons qu'une loi de cette importance [come la Costituzione in quanto Legge fondamentale] n'existe que parce qu'elle est écrite; il est certain que l'autorité quelconque qui l'aura écrite, aura le droit de l'effacer» (J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, cit., p. 368). **118.** Da tale impostazione – come è stato scritto – è derivata la teorizzazione che ha portato all'avvento dello Stato totalitario, che non ha voluto vedere nella società se non lo Stato e l'individuo, ha misconosciuto la funzione delle autorità morali e di tutti quei poteri sociali intermedi che inquadrano, proteggono e guidano l'uomo (cfr. B. DE JOUVENEL, *Du pouvoir*, Ginevra, Le Cheval Ailé, 1945, p. 559).

119. Analogamente, è stata evidenziata un'ambivalenza di fondo (che a parere di chi scrive ha la caratteristica di una vera e propria ambiguità rivelatrice) «per cui la costituzione è la massima espressione di volontà del popolo sovrano, ed insieme il luogo in cui il suo autore, il popolo medesimo, si dissolve, e perde il suo carattere originario di soggetto sovrano, sembra essere una costante, un carattere di fondo, dell'intera esperienza costituzionale degli ultimi due secoli» (M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 7).

120. Ne deriva, osserva Rafael Gamba, un esito di impotenza e di sradicamento dell'individuo rispetto allo Stato (cfr. *ivi*, pp. 58-59).

121. Diversamente dal razionalismo costituzionalistico, Gamba rileva che «es necesario, por el contrario, volver los ojos a la naturaleza misma de las cosas, ver lo que la realidad y la historia eligieron espontáneamente a lo largo de los siglos sin preguntar a los individuos. Ver lo que sucedería a los pueblos si entre su vida real y su vida política no se interpusiera el esquema prefabricado de unas convenciones intelectuales o teóricas» (*ivi*, p. 27).

in quanto è proprio la Costituzione che la fa esistere. Donde l'aporia per cui la nazione (come la Costituzione) è al tempo stesso un *prius* ed un *posterius*, essendo al contempo causa ed effetto di se medesima: contraddittoriamente, essendo causa solo a condizione di esserne effetto.

Analogamente, come si rileva dalle moderne teorizzazioni, la nazione avrebbe, proprio in quanto tale, diritto ad essere Stato, ma sarebbe lo Stato a dare l'essere alla nazione. In definitiva, la nazione coinciderebbe con la propria autodeterminazione, in ciò sarebbe principio sempre in atto di se medesima¹²². Esisterebbe col solo volere se stessa: sarebbe (contraddittoriamente) *causa sui*. Ma proprio in quanto tale dovrebbe esistere prima di esistere, giacché nulla può essere principio senza essere. Ma potrebbe essere solo a condizione di essere derivato dal principio medesimo della propria posizione. La propria autodeterminazione sarebbe identica al proprio porsi come Stato, ed il proprio porsi come Stato darebbe alla nazione il suo porsi (dove i suoi compiti ed il suo ordinamento). Il suo essere starebbe nel suo «io», questo starebbe nella sua «coscienza», e quest'ultima starebbe nel suo «volersi». Dove è chiaro che la coscienza ed il volere-volersi della nazione –che «si costituisce»– si identificherebbero con quelli di coloro i quali si autoaffermano come titolari di essi: ovvero, come coscienza della coscienza e come volere del volere.

Lungo la medesima traiettoria, si può osservare che la rappresentanza politica deriva dalla nazione, mentre al contempo è la stessa rappresentanza a far essere la nazione. Nella prospettiva del costituzionalismo moderno, infatti, la nazione è all'origine della rappresentanza, la quale è tale in quanto «rende presente» la nazione (a se medesima). Al tempo stesso è la rappresentanza a definire la nazione, a stilare la Costituzione, ed a dare alla nazione la possibilità (almeno ordinariamente) di porre atti, perciò di esistere volendo ed attuandosi mediante il suo volere. Parimenti, la rappresentanza è legittimata dalla nazione ed è il criterio di legittimità della nazione. Ha il suo titolo di legittimità, in null'altro che nella nazione. Ma al tempo stesso è la rappresentanza a stabilire ciò che è legittimo per la nazione, ovvero ciò che la nazione deve considerare come legittimo. Là dove è chiaro che in questa prospettiva, legittimo e legale si identificano, positivisticamente.

La stessa libertà, assicurata dalle Costituzioni resta involta in una consimile auto circolarità, per cui risulta, insieme, originaria e derivata. Essa, infatti, è propria del cittadino; ma il cittadino, a sua volta, è tale alle condizioni in cui è lo Stato a considerarlo tale. La libertà starebbe (ipoteticamente) all'inizio della Costituzione, nell'atto del suo stesso sorgere dal nulla. Tuttavia la libertà è parimenti ciò che è possibile (effettivamente) solo alle condizioni poste dalla Costituzione (e dall'ordinamento che ne deriva). Gli stessi diritti risulterebbero, al contempo, anteriori e posteriori, rispetto alla

122. Coinciderebbe –secondo l'incisiva espressione di Renan– con il «plebiscito di tutti i giorni» su se medesima.

Costituzione. Da una parte, infatti, la Costituzione sorgerebbe per garantirli; ma dall'altra essi non hanno realtà e tutela se non attraverso la Costituzione (e l'ordinamento nel suo complesso). In sostanza, pur pretendendo le Costituzioni moderne di essere a tutela della libertà e dei diritti –anzi esibendo da tale compito il loro titolo di legittimità– tanto la libertà quanto i diritti si configurano come essi stessi posti dalla Costituzione. Nel segno del costituzionalismo moderno, questa (per se stessa) nulla può a sé presupporre e nulla può riconoscere come a sé normativo e trascendente.

D'altra parte, la stessa divisione dei poteri [che secondo la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789) è decisiva (insieme alla garanzia dei diritti) perché possa darsi propriamente la Costituzione]¹²³ deriva da un potere per se stesso indivisibile (per definizione), quale quello sovranamente costituente. Donde una divisione che non può darsi se non (paradossalmente) persistendo l'unità¹²⁴, in dipendenza, nel suo stesso darsi, dall'unità in atto (del potere sovrano), la cui limitazione interna non può che derivare sempre e solo da se medesimo (e in funzione di se medesimo)¹²⁵. Mentre la divisione (dei poteri) non può non essere richiesta dallo «spirito» (montesquiano) delle Costituzioni moderne (e non può non porre i problemi che sorgono proprio da tale separazione, quindi da ogni eventuale antagonismo tra essi)¹²⁶.

Analogamente, anche la razionalità della Costituzione (moderna) appare, a sua volta, un *prius* ed un *posterius*. Essa giustificherebbe la Costituzione, proprio nel suo compito (operativo) razionalizzatore (oltre il quale non vi sarebbe che l'arbitrio). Onde la Costituzione si lascerebbe apprezzare, proprio in quanto costruzione, dotata di una sua compiutezza (almeno funzionale). Ma, a ben vedere, tale razionalità è una razionalità in dipendenza del potere-volere donde la Costituzione promana e delle finalità che l'ordinamento assegna a se medesimo. Tale razionalità si rivela meramente operativa¹²⁷. Essa è, in definitiva, strumentale al potere, non criterio del

123. Infatti, secondo la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione» (art. 16).

124. Tanto che la dottrina costituzionalistica non ha tardato a preferire l'indicazione della distinzione delle «funzioni», rispetto a quella della divisione dei «poteri».

125. Non è mancato chi ha posto in luce tale paradosso (interno): «un potere supremo “illimitato” (quale quello sovrano, che si presuppone all'origine della Costituzione) soggetto a “limiti” è ineluttabilmente una *contradictio in adiecto* e nulla più» (A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Tra democrazia relativista e assolutismo etico*, cit., p. 93).

126. Donde il pendolarismo che fa emergere la dicotomia tra garanzie ed efficienza, tra limitazione (reciproca dei poteri o delle funzioni) e unificazione (nell'indirizzo e nella risoluzione delle questioni interesse comune). Tra i problemi (ben noti alla storia e alla dottrina) vi è quello del ruolo proprio del governo nell'ambito del costituzionalismo. Riguardo ad esso Charles Howard McIlwain osserva: «per questa dissipazione del potere esecutivo, con la connessa irresponsabilità, non riesco a trovare precedenti beneauguranti nella storia costituzionale» (C. H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1990, p. 164).

potere. Non il potere è strumentale alla razionalità (pur esibendo il potere la razionalità della Costituzione come proprio titolo di legittimità). Onde, la razionalità risulta svuotata di valore e contenuto proprio.

A sua volta, la considerazione del patto costituyente (rappresentato dalla Costituzione) ne evidenzia una duplice aporia. Il costituirsi (ipoteticamente sulla base del contratto sociale) presuppone una pluralità di individui, posti come arbitri assoluti di se medesimi. Il loro essere –al di là di ogni normatività essenziale– consisterebbe nel proprio autodeterminarsi (ovvero nella libertà, intesa come autodeterminazione assoluta). Dal «patto» sorgerebbe, per convenzione, un «corpo» (uno Stato), le cui finalità e la cui organizzazione risulterebbero dal solo deliberato del volere collettivo. Ora, se l'individuo per se stesso coincide con la sua libertà in atto, non può rinunciare (neanche in parte) ad essa, senza rinunciare a se stesso. Nell'ipotesi del contratto originario, la stessa continuazione dell'esistere dell'individuo smentisce il presupposto che giustifica il contratto medesimo. Lo ammette, di necessità, trascendente rispetto al suo stesso volere. Parimenti, se la libertà coincide con l'impulso (attuando il desiderio, quale che sia), essa non può andare al di là dell'impulso medesimo, nel suo puntuale attuarsi. Pertanto, non può assumere l'impegno di dominare se stessa, assicurando una sua adesione permanente ad un progetto istituzionale (quale che sia). Altrimenti la libertà dell'individuo dovrebbe trascendere se stessa: essendo se stessa, dovrebbe andare al di là di se stessa. Dovrebbe essere se stessa ed altro da se stessa, nello stesso tempo e sotto lo stesso aspetto.

Sicché il patto costituyente –derivante dal volere collettivo e tale da far sorgere, al contempo, il volere collettivo– da una parte, nulla dovrebbe presupporre se non il suo stesso esserci; mentre, dall'altra, il medesimo patto costituyente è costretto (logicamente) a presupporre tanto ciò che trascende l'assoluto autodeterminarsi del volere degli individui, quanto qualcosa che trascende il patto, in quanto obbliga a rispettare il patto stesso. In altri termini, la totale autoimmanenza del patto costituzionale (in potere, per definizione, dei soli costituenti) non può non ammettere (paradossalmente) una qualche trascendenza del vincolo del patto e del vincolo che lega al patto. L'immanentismo autogiustificativo del patto costituyente non può non

127. Come è stato, a ragione, rimarcato «si considera, infatti, pacifico che la Costituzione (e più in generale l'ordinamento giuridico) serva innanzitutto per la razionalizzazione della vita politica. La razionalizzazione non sarebbe un problema, non porrebbe questioni, essendo considerata un dato neutrale [...] La razionalizzazione, come garanzia di pacifica transizione, è certamente una caratteristica della Costituzione come procedura, nella quale Kelsen –com'è noto– ha individuato l'essenza della Costituzione medesima. Essa, però, offre garanzie definite “giuridiche” al potere, a qualsiasi potere, anche a quello brutale; non offre, invece, in ultima analisi garanzie né per “difendersi” dal potere [...] né per chiedere e pretendere che l'esercizio del potere avvenga nel rispetto dei criteri richiesti dalla stessa essenza del potere politico la cui regola è la giustizia» (D. CASTELLANO, *Costituzione costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 22-23).

esigere un principio di obbligazione (e di lealtà) che lo supera e lo sovrasta (e senza il quale esso neppure può darsi, anzi, neppure è pensabile).

Lo stesso patto costituente, a rigore, finirebbe per trascendere la Costituzione, e per subordinarla sé, sottraendole l'apicalità costitutiva che le spetterebbe per definizione (del costituzionalismo), giacché –come è stato osservato– «il contratto rischierebbe di essere (una volta concluso) una regola trascendente rispetto alla volontà dei consociati»¹²⁸. Donde lo svolgimento della teorizzazione costituzionalistica (moderna) nel senso di un accordo e di un consenso sempre *in fieri* (mai definitivo, sempre provvisorio). Perciò questo sarebbe bisognoso di essere continuamente ridefinito (anzi risostanziato), in un «perenne processo costituente»¹²⁹, che, mentre presume di offrire una giustificazione in divenire (quindi, sempre da farsi e mai per se stessa data), finisce per svuotare la Costituzione (positivistica) della sua stessa ragion d'essere (in quanto Legge fondamentale). In tal modo, però, la questione della sua legittimazione, lungi dal trovare soluzione, non può che riproporsi istantaneamente, senza potere raggiungere alcun approdo stabile¹³⁰.

D'altronde, il carattere razionalistico delle Costituzioni moderne ed il suo presupposto individualistico, finiscono inevitabilmente per renderle estrinseche rispetto all'esperienza sociale. Sulle stesse premesse, non può non essere considerato in termini di estraneità l'individuo rispetto al tessuto sociale (supponendo in sostanza l'opposizione tra il primo ed il secondo e la necessità della tutela del primo nei confronti del secondo). Come è stato osservato, le Costituzioni moderne sono «elaborate per un cittadino astratto»¹³¹. Di modo che la Costituzione «diviene una camicia di forza per la società o, al contrario, protegge l'individuo a detrimento della società»¹³². In virtù di tale impostazione si profila uno iato nella vita delle comunità tra ciò che precede e ciò che segue (tanto sotto il profilo diacronico quanto sotto quello sincronico) in rapporto al darsi della Costituzione, la quale si presenta (per se stessa) con i caratteri di un progetto –insieme teoria e prassi di se medesimo– che intende ricondurre a sé ogni relazione sociale ed ogni criterio. Conformemente alla traiettoria razionalistica, le Costituzioni moderne pretendono di essere un *a priori*, un modello che si impone in forza della volontà che lo sostiene¹³³ e che, proprio per

128. *Ivi*, p. 24.

129. *Ivi*, p. 25.

130. Resterebbe, infatti, da giustificare «su quali basi è possibile imporre la Costituzione a chi non ha partecipato (ancora non nati o minori nel tempo in cui la Costituzione è stata approvata, per esempio) o a chi non può partecipare (cittadini privati dei diritti politici, per esempio) a questo processo» (*ibidem*).

131. J. P. GALVÃO DE SOUSA, *A Constituição e os valores da nacionalidade*, San Paolo, José Bus-hatsky, 1971, p. 10.

132. IDEM, *Remarques sur l'idée de Constitution et la Signification Sociologique du Droit Constitutionnel*, cit., p. 54.

questo non può non escludere, ideologicamente, quanti non vi si riconoscono¹³⁴. Mentre non appare essere una autentica soluzione alla rigidità del formalismo costituzionalistico lo sbocco nel sociologismo che lo surrogherebbe con l'assunzione delle determinazioni imposte, volta per volta, dal prevalere di gruppi e di situazioni. L'effettività del potere dei gruppi o dell'affermarsi del costume sociologico –col mobile consenso derivante dalla loro permanente negoziazione– è infatti ancor più distante dall'intelligenza politico-giuridica (teoretica e prudenziale), di quanto non lo sia il razionalismo costruttivistico. Onde quella che è stata definita come «crisi della Costituzione giuridica»¹³⁵, dovrebbe propriamente essere definita come crisi della Costituzione razionalistica.

Proprio sulla base del costituzionalismo moderno, le Costituzioni razionalizzate sono state messe (radicalmente) in crisi. I caratteri stessi del potere costituente, presupposto ad ogni Costituzione, richiedono che esso non possa dirsi mai (definitivamente) spento o inattivo. In tal senso, esso non può che porre in discussione ogni definitività ed ogni definizione costituzionale, pretendendo (coerentemente) di affermarsi su di esse. Ma questo non può non sottrarre alla Costituzione proprio il carattere di fundamentalità che ne segna la ragion d'essere. A partire da tale problema, intrinseco al costituzionalismo (moderno), si profila la pendolarità (in entrambi i casi derivante dalle medesime premesse) tra la pretesa della costituzionalizzazione del potere costituente e la sua permanente esorbitanza rispetto ad ogni norma data. Con gli (omologhi) opposti sentieri della sussunzione del costituente nel costituito o del costituito nel costituente. Altresì, con gli esiti (congeneri) della costituzionalizzazione dell'extracostituzionale (dovuta a trattati recepiti come costituzionalmente vincolanti) e della ermeneutizzazione della costituzionalità (in virtù della individuazione dei principi costituzionali per via ermeneutica, al di là del dettato stesso della Carta). Lungo l'una come lungo l'altra direzione, la Costituzione pone in questione se medesima: il costituzionalismo svuota la Costituzione; la Costituzione tende a ridursi a simulacro di se stessa. Se la Costituzione diviene il processo di se medesima, o il risultato di un'interpretazione (giurisprudenziale o legislativa) essa non è mai data e sempre da farsi. Il suo divenire non potrebbe che estinguere il suo essere.

In tal senso può essere osservato che, nel passaggio dalla modernità forte a quella debole, si profila un costituzionalismo debole che subentra al costituzionalismo forte, lo assorbe e lo svuota (convertendolo in un funzionalismo che implica un processo di decostituzionalizzazione)¹³⁶. Dove il razionalismo dà luogo al deco-

133. Cfr. M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, Parigi, Recueil Sirey, 1954, p. 391.

134. Cfr. *ibidem*.

135. Cfr. W. KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (1945), Darmstadt, Wiss. Buchges, 1971.

struttivismo¹³⁷. Così sul presupposto della sovranità si registrata l'implosione della sovranità (ovvero la rinuncia e lo svuotamento della sovranità, in nome della sovranità)¹³⁸, come sul presupposto della costituzionalità la stessa Costituzione finisce per soccombere a se stessa.

4. La Costituzione storica

Costituzione è termine che ha un significato analogico. Riprendendo il noto efato aristotelico, si può rilevare che essa si dice in molti modi. Infatti, insieme ad un significato positivistico, che la intende come Legge fondamentale (in quanto posta come fondamento dell'ordinamento), non può essere omessa una accezione storica (o tradizionale) ed una considerazione essenziale (o ontologica) di Costituzione. Onde si può indicare una Costituzione positivistica, una Costituzione storica ed una Costituzione naturale. Inconfondibili l'una rispetto all'altra. Saggiare la consistenza di ciascuna di tali nozioni è di importanza decisiva dal punto di vista teoretico (specificamente dal punto di vista della filosofia del diritto pubblico). Sia perché la riflessione giusfilosofica e filosofico-politica non può non porsi il problema del fondamento dell'ordinamento; sia perché il pensiero speculativo, richiedendo la problematizzazione verticale dell'esperienza, non può non porsi il problema della natura della Costituzione.

Già diversi costituzionalisti contemporanei consapevoli dell'insufficienza del normativismo costituzionalistico –da Smend, a Häberle, a Hauriou– hanno visto la necessità di pensare la Costituzione al di là del positivismo convenzionalistico-legalistico. Di modo che, pur senza giungere ad una fondazione propriamente metafisica, ovvero assiologico-giuridica (al fine di sottrarre la Costituzione dalla tirannia dell'effettualità elevata a normatività) è stata, in certo senso, profilata una Costituzione oltre la Costituzione. Con una riflessione che testimonia (quanto

136. Cfr. J. ALVEAR TÉLLEZ, «Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política», cit., pp. 90-99. Sul punto si rinvia anche a M. AYUSO, «¿Hay un poder constituyente?», in IDEM (a cura di), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, cit., p. 151.

137. Nello sviluppo su se medesimo del costituzionalismo (moderno) –come è stato notato– «le contemporanee Costituzioni “patteggiate” si discostano da quelle moderne innanzitutto per l'accogliamento del *pluralismo*, inteso [...] come pluralità di diritti creati dal sistema ovvero dall'ordinamento giuridico positivo. Il che significa che i diritti vengono fatti dipendere, in ultima analisi, dalle “forze” definite “politiche” che riescono ad imporsi. Il diritto stesso è lasciato, così, in balia del potere [...] Al fondo, quindi, sta una sostanziale *indifferenza* nei confronti della giustizia» (D. CASTELLANO, *Costituzione costituzionalismo*, cit., p. 27).

138. Sulla questione, si può consultare, tra l'altro, M. FIORAVANTI, «Stato e costituzione», in IDEM (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, X ed., Roma-Bari, Laterza, 2010, particolarmente, pp. 26-35.

meno) l'ineludibile istanza fondativa (come tale, essenzialmente giuridico-politica) che si presenta nelle tesi sulla Costituzione come ordine integratore della comunità politica¹³⁹, come dato culturale¹⁴⁰, e come istituzione che presuppone un ordine superiore¹⁴¹.

José Pedro Galvão de Sousa distingue, propriamente, tra la Costituzione positivistica, la Costituzione storica e la Costituzione naturale. Per il giusfilosofo brasiliano, al di là di una Costituzione dello Stato, si può individuare una Costituzione della società. La Costituzione storica è espressa dall'ordine giuridico dato attraverso il complesso degli ordinamenti particolari, delle consuetudini legittime, del diritto giurisprudenziale. Si tratta del complesso stratificato delle leggi fondamentali che concretano un ordine giuridico (tale in quanto conforme a giustizia) nell'ambito di una determinata comunità storica. La Costituzione storica si sviluppa sul fondamento della Costituzione naturale (ovvero della giuridicità delle obbligazioni naturali e della teleologia essenziale della comunità politica), derivante dalla naturale politicità umana nonché dalla natura propria della comunità politica e dei diversi organismi sociali. La Costituzione storica –fa notare Galvão– si dà «sul piano dell'ontologia sociale e della dinamica della storia»¹⁴².

Diversamente dalla Costituzione nel senso positivistico, la quale si dà in dipendenza di una volontà (costituente) per la quale legalità e legittimità coincidono¹⁴³, la Costituzione storica si forma in funzione dell'esigenza di giustizia in atto, nella vita della comunità politica. Sicché mentre non si dà una Costituzione (positivistica) se non a certe condizioni formali ed attraverso un determinato testo normativo, vi è una Costituzione storica (più o meno valida ed articolata) in ogni comunità, a partire dalla giuridicità essenziale delle relazioni umane, nel totale oblio della quale non potrebbe neppure formarsi. Così intesa, la Costituzione storica fa agio sul diritto na-

139. Cfr. R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Monaco, Duncker & Humblot, 1928.

140. Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ed., Monaco, Duncker und Humblot, 1998.

141. Cfr. M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2 voll., II ed., Parigi, Recueil Sirey, 1929, rist. Parigi, Centre national de la recherche scientifique, 1965. In particolare, merita di essere registrata –come testimonianza di un'apertura verso l'oltrepasamento del costituzionalismo positivistico moderno – l'osservazione di Hauriou secondo cui «tout le secret de l'ordre constitutionnel est dans la création d'institutions vivantes. Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions» (*ivi*, vol. I, p. 5). Viceversa, il medesimo autore fa notare che negli Stati moderni «le citoyen n'est plus qu'un numéro matricule interchangeable et surtout obligé de suivre le mouvement des cadres» (*ivi*, p. 74).

142. J. P. GALVÃO DE SOUSA, *Remarques sur l'idée de Constitution et la Signification Sociologique du Droit Constitutionnel*, cit., p. 45.

143. «Cette volonté est toujours légale, puisqu'elle est la loi elle-même, elle est légale indépendamment de quelque autre condition, elle est l'origine de toute légalité [...]. Avec une telle conception le pouvoir législatif se croit infaillible et tout-puissant» (*ivi*, pp. 56-57).

turale¹⁴⁴—quindi sull’istanza dell’equità che ne promana— ed in esso trova la sua misura e la sua verifica. Mentre la Costituzione positivivistica rinvia al costituire come *cum statuere*, la Costituzione storica indica il costituire come *cum stare*. Nel primo caso è consolidato un atto del volere, nel secondo è espresso un ordine dato¹⁴⁵. La Costituzione storica fa emergere la complessione (ed il temperamento) dei diversi organismi sociali —e delle reciproche relazioni— che costituiscono una comunità, attualizzandone l’essenza. Difatti questa, come ogni ente ed ogni organismo, potrà essere costituito più o meno bene, ovvero più o meno conforme alla propria natura.

S’intende che la Costituzione storica (intesa giusfilosoficamente) non è misura di se stessa. È misurata dal diritto, in quanto determinazione della giustizia. Trova nella natura delle cose (parimenti, delle comunità e delle relazioni umane naturali) il proprio fondamento. Ha il suo *ubi consistam* nella «costituzione essenziale»¹⁴⁶ di ogni società in quanto tale. Questa, infatti, rispetto a qualsivoglia situazione o decisione «è indipendente nella sua natura o modo di essere»¹⁴⁷. Derivando dalla natura della comunità politica in se stessa, ne rivela l’essere da cui sorge il dover essere. Ne esprime la sostanza da cui promana la finalità perfettiva. La Costituzione naturale (o essenziale) è il criterio di legittimità intrinseca della Costituzione storica¹⁴⁸. Le diverse Costituzioni storiche, pertanto, non si danno sullo stesso piano. Richiedono una considerazione assiologica, che, proprio perché tale, è propriamente giuridica (relativa, cioè, al contenuto di giustizia).

La Costituzione storica (o tradizionale) non è un mero fatto, risolto nella propria empiricità. Non si confonde con alcuna identità sociologica, né con alcun (istituzionalistico) «io sociale». Né il sociologismo né lo storicismo rendono ragione del fondamento obiettivo e della storicità prudenziale degli ordinamenti. Del resto, nessun fatto è un dato meramente empirico, ma è sempre per se stesso intelligibile e in dipendenza di qualcosa di sostanziale. Come nessuna identità può darsi come fenomeno di se medesima, nell’indifferenza della valutazione. Essa si offre necessariamente come intrinsecamente sostanziata e qualificata: il suo inerire e la sua

144. Secondo il giusfilosofo brasiliano, infatti, vi è da riconoscere come fondamento dell’ordine giuridico positivo il diritto naturale (cfr. *ivi*, p. 40).

145. Cfr. *ivi*, p. 47.

146. IDEM, *Iniciação à Teoria do Estado. Roteiro de princípios*, II ed., San Paolo, Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 132.

147. *Ibidem*.

148. Secondo Galvão de Sousa, è necessario che una Costituzione positivamente data (che il giusfilosofo brasiliano appella anche «Costituzione giuridica dello Stato»), si adegui alla Costituzione storica (e non viceversa). Questa, a rigore, può derivare anche da un patto giurato —frutto del reciproco riconoscimento della rispettiva legittimità e delle rispettive prerogative— tra il re e le comunità del Regno (come nell’esperienza ispanica ed, in certo modo, anche in quella inglese).

qualificazione non sono, né possono essere, indifferenti sotto il profilo ontologico e deontologico. Solo supposto implicitamente il sociologismo e lo storicismo la Costituzione storica si confonderebbe con l'identitarismo (fenomenistico).

A sua volta, Marcel de La Bigne de Villeneuve pone a tema la nozione di Costituzione consuetudinaria (*Constitution coutumière*)¹⁴⁹. Si tratta del complesso di regole fondamentali che hanno resistito alla prova del tempo, nonché delle istituzioni attraverso le quali si svolge la vita politica, delle quali l'esperienza e la ragione hanno verificato la conformità alle necessità (essenziali e contingenti) e la obiettiva beneficenza¹⁵⁰. Si tratta di una forma realistica di Costituzione¹⁵¹. In tal senso ogni comunità ha la sua Costituzione come ogni soggetto ha la sua complessione ed il suo carattere. Come ciascun essere umano, una comunità può avere una buona, una mediocre o una cattiva Costituzione. In entrambi i casi essa deriva da una molteplicità di fattori, che ineriscono alla natura di ciascuna, e che possono essere modificati solo con un impegno tenace e duraturo¹⁵².

Così intesa, una Costituzione consuetudinaria può essere suscettibile anche di una formulazione scritta. Nondimeno la sua sostanza non si esaurisce nella redazione che ne fissa i criteri, ma trova naturalmente espressione nella tradizione e nei costumi¹⁵³. Le Costituzioni consuetudinarie si consolidano con l'esperienza: sono come un tesoro acquisito storicamente –quindi razionalmente e liberamente– non per accumulo ma per sviluppo, attraverso una valutazione prudenziale¹⁵⁴. Al di là di qualsivoglia necessitarismo storicistico, e sempre in dipendenza (quanto all'esercizio) del discernimento (razionale) e della rettitudine (etica). Le Costituzioni consuetudinarie sono come vitalmente animate, mediante l'esercizio della razionalità di

149. Egli distingue la *Constitution coutumière* dalla *Constitution écrite*. Sul pensiero del giurista francese si rinvia a M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, 2 vol., Parigi, Recueil Sirey, 1929-1931; IDEM, *L'activité étatique*, cit.; IDEM, *La Crise du «Sens Commun» dans les Sciences Sociales*, Parigi, Recueil Sirey, 1943; IDEM *La fin du principe de Séparation des Pouvoirs*, Parigi, Recueil Sirey, 1934.

150. In questo senso, rileva Bigne de Villeneuve, «une Constitution, c'est l'ensemble des règles fondamentales selon lesquelles s'est organisée la communauté étatique et qui ont résisté à l'épreuve du temps, elle est donc, à chaque instant de la durée, l'ensemble des institutions par lesquelles se traduit l'activité politique et sociale d'un pays et dont l'expérience vérifie l'adéquation aux nécessités et la bienfaisance relative» (M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *L'activité étatique*, cit., p. 390).

151. Cfr. *ivi*, p. 391. Tra Costituzioni realistiche e Costituzioni ideologiche –precisa Bigne de Villeneuve– vi è una gamma di innumerevoli possibilità di intrecci, sotto il profilo effettuale (non, ovviamente, sotto quello concettuale).

152. Cfr. *ibidem*.

153. La sua rilevanza è così alta «qu'elle exclut, de fait ou volontairement, le texte écrit» (*ivi*, p. 392). Ciò che accade «dans des cas très nombreux» (*ibidem*).

154. Il giurista francese nota (incisivamente) che le Costituzioni consuetudinarie «sont en quelque sorte, le trésor accumulé de l'expérience des siècles; aussi paraissent-elles animées d'une espèce de

fronte all'esperienza¹⁵⁵. Come per l'organismo vivente, una Costituzione consuetudinaria segnala connotati fisiologici ed eventualmente aspetti patologici. Può avere giovamento o detrimento, può acquisire o disperdere, può invigorirsi o indebolirsi. Essa consente lo sviluppo nella continuità, nonché la consentaneità di permanenza e di flessibilità¹⁵⁶.

In questa prospettiva è possibile indicare la Costituzione storica come ordine politico storicamente attuato, sulla base del riconoscimento della giuridicità e della politicità naturale¹⁵⁷, o analogamente come tradizione giuridico-politica¹⁵⁸ (assiologicamente intesa). La Costituzione storica trascrive e concreta (ovviamente in modo sempre emendabile e perfettibile) il diritto politico, ovvero il diritto pubblico classicamente inteso (superando l'opposizione tipicamente moderna tra privato e pubblico)¹⁵⁹.

Come è noto, della Costituzione storica hanno scritto Joseph de Maistre e Luis de Bonald. Per il conte savoiano, tale nozione può essere intesa come «il patrimonio delle leggi rimesso nelle mani dei supremi magistrati»¹⁶⁰. Di modo che «una Costituzione non è altro che l'insieme delle leggi fondamentali; e il re non può toccare queste leggi»¹⁶¹. In altri termini, essa è un «insieme di libertà e di poteri, di leggi e di opinioni»¹⁶² (che vige in una determinata comunità politica). In questo quadro, il problema della Costituzione non si pone in termini razionalistici, a partire da un

vie intérieure; elles s'assimilent de façon progressive et généralement assez lente, mais ininterrompue, les éléments nouveaux qui se révèlent utiles et convenables au tempérament national et qui méritent d'être consacrés par le droit» (*ivi*, p. 392).

155. «Où l'expérience ne cesse d'être contrôlée et filtrée par la réflexion» (*ivi*, p. 393).

156. A riguardo viene segnalata l'esperienza storico-costituzionale inglese e quella francese di *ancien régime*.

157. In questa prospettiva è possibile che una costituzione storica –proprio essendo tale– sia profondamente permeata di principi religiosi. Sul punto si rinvia alle penetranti considerazioni di M. AYUSO, *La constitución cristiana de los Estados*, Barcellona, Scire, 2008 [trad. it., *La Costituzione cristiana degli Stati*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010].

158. Questi sono tra i significati della nozione di Costituzione indicati da S. R. CASTAÑO, *El poder constituyente entre mito y realidad*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines Universidad Católica de Cuyo (sede San Luis), 2012.

159. Al riguardo, merita di essere riferita la tesi secondo cui «un vecchio adagio afferma che il Codice civile è più *costituente* della Costituzione» (M. AYUSO, «La Costituzione fra Neocostituzionalismo e Postcostituzionalismo», in D. CASTELLANO (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza. Dieci anni (1998-99 – 2008-2009)*, Udine, Forum, 2009, p. 65). Con la precisazione che «il cosiddetto diritto privato che i codici civili raccolsero, razionalizzandolo, e per ciò stesso –almeno in parte– snaturandolo [...], comunque si mostra più vicino alla fonte della giuridicità naturale» (*ibidem*).

160. J. DE MAISTRE, «Considérations sur la France»(1797), in IDEM, *Œuvres*, cit., 2007, p. 249.

161. *Ibidem*.

162. *Ivi*, p. 242. Per Maistre, dal punto di vista euristico, il problema della Costituzione può essere così impostato: «étant donné la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation, trouver les lois qui lui conviennent» (*ivi*, p. 235).

progetto (quale che si voglia) o da una convenzione (più o meno condivisa), ma si presenta storicamente a partire dall'esperienza.

Analogamente, per il visconte francese la Costituzione non si identifica con la Costituzione moderna. Anche in assenza di una Costituzione razionalizzata e positivizzata, emerge la realtà della Costituzione storica. Questa può essere intesa come una Costituzione esistenziale, il cui fondamento si radica nella Costituzione essenziale. Per Bonald, «la Costituzione di un popolo è il modo della sua esistenza; e chiedersi se un popolo con quattordici secoli di storia, un popolo che esiste, ha una Costituzione, è come interrogarsi, quando esiste, se ha il necessario per esistere; è come chiedere ad un arzilla ottuagenario se è costituito per vivere»¹⁶³. Talché va riconosciuto che la Francia aveva una Costituzione, anche prima della Costituzione del 1791. In Francia, difatti, ben prima della Rivoluzione –argomenta Bonald– la religione, la giustizia, la nazione (nel significato tradizionale), la religione erano costituite (e ciascuna con una propria consistenza nell'ambito delle proprie competenze)¹⁶⁴. Era costituito il limite al potere del Re ed il diritto di rimostranza dei tribunali supremi.

La Costituzione storica rende possibile la soluzione di problemi nuovi, sulla base di principi permanenti. Prevede la possibilità di risolverli, quando essi si presentano. Non ha la rigidità che deriva dalla geometria legale, ma possiede la duttilità che sorge dall'arte della giurisprudenza e del governo¹⁶⁵. Non pretende di tracciare linee di demarcazione tra potere e obbedienza, alla maniera delle leggi della fisica (la cui fissità non conviene se non ai corpi materiali, come tali limitati nell'estensione, nel movimento, nella forza e nella resistenza)¹⁶⁶.

La Costituzione storica (anche in questo caso) non va confusa con l'effettività sociologica. La sua esistenza non precede la sua essenza. Piuttosto, viceversa, l'essenza dà sostanza all'esistenza. La sua vigenza trova fondamento nella sua validità. È legittimata dall'ordine del bene, che essa concreta, nella misura e fino a che lo rende attuale. Come la giustizia è la misura della forza¹⁶⁷, così un'istituzione è durevole se è buona,

163. L. DE BONALD, *La vraie Révolution. Observations sur l'ouvrage de Madame la baronne de Staël ayant pour titre: Considérations sur les principaux événements de la révolution française (1818)*, Étampes Cedex, Clovis, 1997, p. 105.

164. Cfr. *ivi*, p. 106.

165. «Une constitution complète n'est pas celle qui termine à l'avance toutes les difficultés que les passions des hommes et les chances des événements peuvent faire naître, mais celle qui renferme le moyen de les terminer quand elles se présentent ; comme les bons tempéraments ne sont pas ceux qui empêchent ou préviennent toutes les maladies, mais ceux qui donnent au corps la force d'y résister, et d'en réparer promptement les ravages» (*ivi*, p. 107).

166. Cfr. *ivi*, pp. 107-108.

167. Cfr. *ivi*, p. 106.

ovvero se persegue la finalità del bene comune. Non è buona, in dipendenza di una decisione (che prevalga su qualsiasi argomento). Neppure è buona perché è remota¹⁶⁸. Di modo che l'obbedienza lungi dall'essere servile, può essere così nobile da somigliare alla resistenza¹⁶⁹; ed il potere, lungi dall'essere per sé arbitrario, non può essere esercitato legittimamente, se non in dipendenza di una legge superiore¹⁷⁰.

D'altronde la Costituzione storica era già emersa tematicamente (come nozione e come dato) nella riflessione di Henry de Bracton e di John Fortescue. Ancor prima se ne profilano le ragioni nel pensiero di Platone, di Aristotele e di Cicerone. Sinteticamente è stato osservato che tanto per Bracton quanto per Fortescue vi è un «limite legale al governo del re, un limite costituito dai diritti dei sudditi, che il re ha giurato di mantenere e che non può legittimamente cambiare o calpestare o trasferire dall'uno all'altro»¹⁷¹. Tale limite legale, che non va inteso in termini estrinseci e meccanici, ma in termini intrinseci e sostanziali, corrisponde ad un ordine giuridico dato, ovvero ad una Costituzione storica.

Questa consta di un complesso di *iura* variamente stabiliti (in ragione del *quod*

168. «Une institution n'est pas bonne précisément parce qu'elle est ancienne; mais elle est ancienne, ou plutôt elle est perpétuelle [...] lorsqu'elle est bonne, ou parce qu'elle est bonne» (*ivi*, p. 92).

169. Cfr. *ivi*, p. 91.

170. Il potere non può essere autenticamente assunto se non in conformità al principio della propria legittimità. Talché il potere non può validamente essere esercitato se non obbedendo ad una legge superiore, ovvero perseguendo la propria finalità, secondo l'ordine del dovuto. Bonald distingue con nettezza il potere assoluto dal potere arbitrario. Il potere assoluto non è affatto arbitrario. Il primo è indipendente da quanti gli devono obbedienza, ma sottomesso alle leggi del suo dover essere. Il secondo è indipendente da qualsiasi legge (anche nell'ipotesi in cui sia esercitato per mandato di quanti gli sono sottoposti). Secondo l'espressione bonaldiana, «le pouvoir absolu est un pouvoir indépendant des hommes sur lesquels il s'exerce; le pouvoir arbitraire est un pouvoir indépendant des lois en vertu desquelles il s'exerce. [...] Ainsi le pouvoir du père est indépendant des enfants, le pouvoir du maître indépendant des serviteurs, le pouvoir de Dieu est indépendant des hommes. Mais le pouvoir s'exerce en vertu de certaines lois qui constituent le mode de son existence et déterminent sa nature; et quand il manque à ses propres lois, il attend à sa propre existence, il se *dénature*, et tombe dans l'arbitraire» (*ivi*, pp. 125-126). Ne consegue che un potere coincidente col volere (anche nel caso della sovranità popolare) non può non essere arbitrario: «lorsque vous érigez le peuple en pouvoir, vous ne lui donnez pas un pouvoir absolu, puisqu'il est dépendant de tous les ambitieux, et le jouet de tous les intrigants; vous lui conférez nécessairement un pouvoir arbitraire, c'est-à-dire un pouvoir indépendant de toutes les lois, même de celles qu'il se donne à lui-même» (*ivi*, p. 128). Pertanto Bonald distingue nitidamente un potere legale da un potere legittimo. Un potere può essere legale, senza essere legittimo (in via di fatto, potrebbe verificarsi anche il caso di un potere legittimo, ma non legale). La legittimità è un carattere intrinseco del potere, che emerge dalla conformità alle leggi che determinano ed indicano la sua finalità essenziale, in quanto scaturenti dalla natura della comunità su cui è destinato ad essere esercitato: «il y a un état légal de société qui est l'ouvrage de l'homme, et un état légitime, qui est la volonté de Dieu, comme étant l'expression de l'ordre éternel, et la conséquence des lois primitive et fondamentales de la société humaine» (*ivi*, p. 129).

171. C. H. MCLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 107.

de iure), che emergono dalle consuetudini (legittimamente) approvate. Per l'Autore del *De legibus et consuetudinibus Angliae*¹⁷² l'essenza stessa della regalità è nell'esercitare la giustizia, senza cui la regalità non può né (veramente) sussistere né (effettivamente) durare. Il diritto (in quanto tale) costituisce il fondamento, il criterio e il fine della legislazione, degli ordinamenti e delle consuetudini. Di modo che la trascendenza del Principio e l'immanenza della Costituzione storica (*leges et consuetudines*) costituiscono rispettivamente come la luce e l'alveo dell'esercizio dell'autorità politica¹⁷³.

Analogamente, per Fortescue la legge naturale è «madre e signora» di tutte le leggi umane, come si esprime nel suo *De natura legis naturae*¹⁷⁴. Da essa deriva ed è misurata la *consuetudo legum* ovvero la *common law* (in altri termini, la Costituzione storica), cui fanno riferimento le considerazioni del *De laudibus legum Angliae* (e del *The governance of England*)¹⁷⁵. Non si tratta di un portato storicistico, ma di una stratificazione intrinsecamente giuridica. Essa costituisce un tessuto di vincoli che, non essendo meramente convenzionali, non possono essere in una disponibilità meramente volontaristica. Il loro valore emerge dalla lezione dell'esperienza valutata dall'istanza della giustizia. Di fronte a cui la stessa autorità è tenuta in obbligo, non per una topografica limitazione di poteri, ma per la doverosità che è costitutiva del proprio compito.

D'altra parte, per quanto riguarda l'esperienza giuridica tradizionale, testimoniata emblematicamente da quella medioevale, la Costituzione storica si presenta come un ordine giuridico-politico, il quale «si articola in una pluralità di ordinamenti conviventi»¹⁷⁶. In questo contesto i *mores* (le consuetudini, giuridicamente e politicamente pregnanti) –come è stato evidenziato– «appartengono all'*ordo*, sono situati al livello profondo dell'*ordo*, costituiscono l'*ordo*»¹⁷⁷. In questa prospettiva *ius*, *lex*, *ordo* e *mos* lungi dall'escludersi o dall'identificarsi, si rapportano intimamente: l'*ordo* è fondato nella *natura rerum*; esso presuppone il *ius* e si attua (variamente) nella *lex* e nel *mos*. Di modo che al binomio *lex et consuetudo* si affiancano (senza

172. Cfr. H. BRACON, *On the Laws and Customs of England*, 4 vol., Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press - Selden Society, 1968-1977.

173. Bracton scrive lapidariamente che «il re deve sottostare a Dio e alla legge, perché è la legge che fa il re [...] perché là dove domina la volontà e non la legge non vi è re» (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, 8, 5). Ove la legge –al di là di ogni positivismo– è solo la legge giusta; ed il re –al di là di ogni assolutismo– comanda legittimamente solo obbedendo a ciò che lo trascende.

174. Cfr. J. FORTESCUE, *De natura legis naturae*, New York, Garland Pub., 1980.

175. Cfr. IDEM, *On the Law and Governance of England*, a cura di S. LOCKWOOD, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

176. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 226. L'Autore si riferisce, in questo caso, precisamente al «particolarismo tardo-medievale» (*ibidem*); ma l'espressione ben rende il significato complessivo della nozione.

177. *Ivi*, p. 88. In questo contesto viene opportunamente fatto osservare che «la storia di tutta la prima età moderna è segnata da un itinerario fermamente tracciato, che va dal pluralismo al monismo giuridico nell'ambito dei singoli Stati» (*ivi*, p. 226).

opporsi) espressioni come *legis consuetudo e lex consuetudinis*¹⁷⁸.

Ora, proprio in riferimento al complesso delle leggi ordinatrici della vita civile (quindi, in certo senso, alla Costituzione storica), Platone osserva che «gl'insegnamenti circa il modo di ordinare cose di questo genere, perché riescano bene, devono essere accompagnati da molta pratica e lunga esperienza»¹⁷⁹ (*τὸ τὰ τοιαῦτα κατασκευάζον διδασχὴ μετὰ συνουσίας πολλῆς γίγνοιτ' ἄν, εἰ γίγνοιτο ὀρθῶς*). Anzi, è opportuno che le stesse leggi siano sottoposte «alla prova dell'esperienza»¹⁸⁰ (*ταῖς ἐμπειρίαις διαβασανίζοντας*), eventualmente correggendole, finché le cose non siano regolate in maniera soddisfacente. Particolarmente per ciò che attiene alle sfere dell'agire umano più suscettibili di derive irrazionali, egli indica la necessità che la legge sia «sanzionata dal costume e dalla legge non scritta»¹⁸¹ (*νόμιμον ἔθει καὶ ἀγράφῳ νόμῳ*).

Il rilievo dell'esperienza e della consuetudine non è autoreferenziale. È vagliato dalla razionalità (classicamente intesa). Sta sul fondamento della giustizia (senza cui neppure può dirsi autenticamente giuridico e politico). Difatti, osserva Platone, nessuna comunità (neanche una consorteia criminale) può esistere ove sia del tutto assente la giustizia¹⁸². È proprio la giustizia – che consiste «nell'avere e nel fare ciò che è proprio di ciascuno»¹⁸³ (*ἡ τοῦ οἰκείου τε καὶ ἑαυτοῦ ἕξις τε καὶ πράξις δικαιοσύνη ἂν ὁμολογοῖτο*) – che rende perfetta la comunità politica¹⁸⁴. Essa «produce concordia e amicizia»¹⁸⁵ (*παρέχει, ἡ δὲ δικαιοσύνη ὁμόνοιαν καὶ φιλίαν*) e guida sapientemente i governanti a giovare ai governati (e particolarmente ai più deboli)¹⁸⁶ – anzi di procurare il meglio per loro¹⁸⁷ e di renderli migliori¹⁸⁸ – consentendo ad ogni altra virtù di attecchire e di conservarsi¹⁸⁹.

A sua volta, Aristotele evidenzia che «in ogni comunità vi è una qualche forma

178. Cfr. *ivi*, pp. 89-90. Nel contesto dell'ordine giuridico medioevale, come è stato evidenziato, «la consuetudine appartiene allo strato più profondo, più radicale del diritto [...]; non è arrischiato cogliere in essa la costituzione dell'ordine stesso, dove costituzione ha il significato culturale [...]. Ce ne accorgiamo quando vediamo il monarca accondiscendere al fenomeno consuetudinario e accoglierlo nel testo legislativo senza alcuna pretesa di vaglio da parte sua» (*ivi*, p. 92).

179. PLATONE, «Leggi», XII, 968c (trad. A. CASSARÀ in PLATONE, *Tutte le opere*, Milano, Sansoni, 1994, p. 1395).

180. *Ivi*, XII, 957b (trad. cit., p. 1387).

181. *Ivi*, VIII, 841b (trad. cit., p. 1314).

182. Cfr. IDEM, «Repubblica», I, 351c - 352c (trad. E. MARTINI, in PLATONE, *Tutte le opere*, cit. pp. 910-911).

183. *Ivi*, IV, 433e (trad. cit., p. 964).

184. Cfr. *ibidem*.

185. *Ivi*, I, 351d (trad. cit., p. 910).

186. Cfr. *ivi*, I, 342c - 347e (trad. cit., pp. 904-907).

di giustizia e un tipo di amicizia»¹⁹⁰ (ἐν ἀπάσῃ γὰρ κοινωνίᾳ δοκεῖ τι δίκαιον εἶναι, καὶ φιλία δέ). Sia le diverse forme di giustizia, sia quelle di amicizia – a partire dai legami familiari fino a quelli tra concittadini – si sviluppano e si perfezionano quanto più si è ordinatamente partecipi della comunità. In entrambi casi si tratta di legami che derivano dalla natura umana e che afferiscono alla natura della comunità politica. Lo sviluppo dei rapporti di giustizia e di quelli di amicizia si attua lungo la medesima traiettoria. Lo Stagirita osserva che «per natura insieme ai legami di amicizia si intensifica anche la giustizia»¹⁹¹ (αὐξέσθαι δὲ πέφυκεν ἅμα τῇ φιλίᾳ καὶ τὸ δίκαιον). Così si può osservare che una comunità politica, oltre ad avere una Costituzione naturale (che coincide con la sua ontologia), ha una Costituzione storica che deriva dalla tessitura (insieme, universale nella sua naturalità, e particolare nella sua determinatezza) di legami di giustizia e di amicizia. La giustizia, che è condizione essenziale dell'attuarsi della socialità umana¹⁹², si concreta nei diversi rapporti secondo giustizia. Analogamente si ha per l'amicizia, la quale appunto si attua nella comunità¹⁹³, o meglio nella comunanza. Anzi, è essa che «tiene unite le città»¹⁹⁴ (τὰς πόλεις συνέχειν ἢ φιλία). Dai diversi vincoli di giustizia e di amicizia la comunità politica è costituita in atto. Questa ne è (variamente) caratterizzata, articolata, ordinata, perfezionata.

Dal canto suo, Cicerone mentre rileva che il *consensus iuris* (ovvero il riconoscimento (razionale) del diritto, come determinazione di giustizia) è condizione essenziale ed indispensabile della *res publica*¹⁹⁵, pone in rilievo che i pregi della Costituzione politica romana (*nostrae civitatis statum*) vanno ricercati nella sua elaborazione prudentiale, dovuta al vaglio della lezione dell'esperienza, filtrata attraverso il contributo sapiente di diverse generazioni (*constituta saeculis et aetatibus*)¹⁹⁶. Nessun uomo, infatti, né alcuna assemblea può pretendere di prevedere tutto e di provvedere a tutto. Nessun legislatore è onnisciente ed onnipotente¹⁹⁷. Ne emerge, quindi, la fisionomia della Costituzione storica (romana), la quale consiste

187. Cfr. *ivi*, I, 346e (trad. cit., p. 906).

188. Cfr. IDEM, «Leggi», XII, 957e (trad. cit., p. 1387).

189. Cfr. IDEM, «Repubblica», IV, 433b (trad. cit., p. 964).

190. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VIII, 1159b (trad. C. NATALI, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 335).

191. *Ivi*, VIII, 1160a (trad. cit., p. 337).

192. Cfr. IDEM, *Politica*, I, 1253a.

193. Cfr. IDEM, *Etica Nicomachea*, VIII, 1159b (trad. cit., p. 317).

194. *Ivi*, VIII, 1155a (trad. cit., p. 311).

195. «Res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus» (M. T. CICERONE, *De re publica*, I, 25).

nello *status civitatis* (o analogamente è la stessa *res publica* in atto). Dove *status* (lungi dal potersi assimilare allo Stato moderno) indica la condizione giuridico-politica stabile della *civitas*.

In una visione d'insieme, l'esperienza delle Costituzioni storiche ne fa emergere il carattere di sedimentazione di vincoli doverosi (particolari e comuni), che sostanziano legami di rilievo giuridico-politico. Essi si configurano –secondo una puntuale espressione– come un «insieme di giuramenti di fedeltà»¹⁹⁸, o, più ampiamente, come un complesso di vincoli di fedeltà (reciproche)¹⁹⁹, i quali traggono sostanza dalla fedeltà ad un ordine superiore (impegnativo secondo giustizia). Tali vincoli comportano diritti e libertà, e proprio per questo esigono autonomie e responsabilità. Sicché, attingendo legittimità dalla ricerca del giusto nel caso concreto, «diritto e libertà sono due lati della stessa idea»²⁰⁰.

In tal senso si può parlare di una Costituzione prima delle Costituzioni (moderne). Dove l'antiorità non si intende come meramente cronologica, ma propriamente (e anzitutto) come ontologica. Sia che l'antiorità si riferisca alla Costituzione storica, sia, a maggior ragione, che essa si riferisca alla Costituzione naturale. Mentre per il razionalismo costituzionalistico non c'è regola (nelle relazioni umane) dove non vi sono regole (espresse in norme positive, anzitutto costituzionali), si può rilevare che la naturale giuridicità dei vincoli sociali umani (senza cui neppure sarebbero tali), che consta a partire dalle obbligazioni naturali, dà luogo (concretamente) ad una sedimentazione di molteplici indicazioni legislative, giurisprudenziali, consuetudinarie ed equitative, che identificano doveri e diritti. In sostanza, tale sedimentazione individua una Costituzione storica, la quale presuppone la Costituzione naturale (e da cui è assiologicamente misurata, come il dover essere è regolato dall'essere).

Pertanto ciò che distingue la Costituzione storica –considerata in questa sede non come dato empirico, ma come nozione teoretica– dalla Costituzione razionalistico-positivistica non è il mero dato estrinseco della compiuta redazione scritta (in

196. «Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus» (*ivi*, II, 1).

197. «Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat [Cato], ut, quem res nulla fugeret quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecte rentur sine rerum usu ac vetustate» (*ibidem*).

198. O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1956), trad. it., Milano, Vita e Pensiero, 1970, p. 210.

199. Sotto un profilo storico-dottrinale, cfr. Y. DURAND, «Clientèles et fidélités dans le temps et dans l'espace», in IDEM, (a cura di), *Hommage a Roland Mousnier. Clientèles et fidélités en Europe à l'Époque moderne*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1981, pp. 3-24; R. DARRICAU, *Princes et peuples dans leur réciproque fidélité chez les docteurs catholiques de Bellarmin à Muratori*, *ivi*, pp. 25- 55 ; M. HARSGOR, *Fidélité et infidélité au sommet du pouvoir*, *ivi*, pp. 259- 277.

200. O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, cit., p. 209.

un unico testo). Piuttosto è dirimente il carattere essenziale dell'una rispetto all'altra. La Costituzione storica fa agio sulla giuridicità naturale. La presuppone. È misurata da essa. Non presume di creare il diritto, ma lo riconosce come criterio. In nome del diritto (come determinazione di giustizia) essa può essere modificata, affinché le sue determinazioni, di fronte all'esperienza siano conformi al dovuto. Di modo che la medesima immutata istanza di giustizia può comportare, col mutare delle relazioni e dei fatti, mutate soluzioni. Onde mutando la materia, non muta il principio.

Una Costituzione storica (assiologicamente intesa) in certa misura attualizza –e per certi versi positivizza– il diritto naturale, senza pretendere di esaurirlo (quasi al modo del Diritto delle genti). Essa raccoglie, sedimenta e compone le soluzioni (istituzionali, legislative, giurisprudenziali e consuetudinarie) dei problemi posti dall'esperienza giuridica, nella ricerca della determinazione del diritto nei diversi casi.

In analogia con la Costituzione naturale, la Costituzione storica è una costituzione come ordine²⁰¹ (distinta, quindi, dalla Costituzione come norma). Essa si presenta come dato e come principio: precisamente come dato (storico) che attua un principio (di giustizia). In quanto fatto deriva la propria legittimità dal principio, ovvero dalla intrinseca giuridicità e politicità, che ne sostanzia la ragion d'essere. Per se stessa, quindi, la Costituzione storica può essere designata come una particolare *consuetudo vel traditio iuris ad bonum commune* (ove realisticamente il *ius* esprime la *ipsa res usta* e la *lex* è intesa come *aliqualis ratio iuris*). In essa si concreta il *sensus iuris* nelle *conclusiones rationis practicae*, che una determinata comunità (in diversi modi e per diverse vie) ha tratto. Parimenti essa risulta dal complesso degli *ordinamenti vagliati alla prova dell'esperienza*, illuminata dalla sapienza del giusto; ed al contempo consiste nel complesso di *legami di giustizia e di amicizia*. In definitiva essa consta dello *status civitatis* (come rispettivamente emerge dalla

201. Sul punto appare illuminante la distinzione tra Costituzione come ordine e Costituzione come norma, indicata da P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di Costituzione nel Settecento*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 173-208. Secondo tale considerazione la Costituzione come ordine può essere intesa sia come modello assiologico, ovvero come ordine naturale (in tal senso, a giudizio di chi scrive, si può parlare di Costituzione naturale) sia come modello descrittivo dato (di modo che, a parere di chi scrive, si può considerare come Costituzione storica). Difatti, conforme a tale distinzione, tale è «una cristallizzazione dei rapporti di potere, sociali e politici» (*ivi*, p. 176) come «struttura fondamentale della società e/o dello Stato» (*ibidem*). Mentre la Costituzione come norma designa (nella linea del costituzionalismo moderno) «un insieme di regole giuridiche positive [...] che sono, rispetto alle altre regole giuridiche, fondamentali» (*ivi*, p. 177). Tuttavia, i modelli costituzionali con i quali tali nozioni vengono identificate (esemplificativamente) nell'ambito del testo summenzionato, paiono individuarle solo in senso fenomenistico (e non in modo essenziale). Infatti al primo modello viene ascrivito il significato schmittiano di Costituzione come «decisione politica fondamentale e totale»; mentre, come si palesa a chi scrive, tale impostazione è proprio quella positivistica, che è presupposta dalla Costituzione (modernamente intesa) come norma.

riflessione platonica, aristotelica e ciceroniana).

In sostanza, il complesso di doveri e di diritti, di ordinamenti e di libertà dà corpo ad una Costituzione storica, nella misura in cui attua concretamente –ovvero prudenzialmente– l’*ordo boni et aequi*. In modo che la giuridicità e la politicità naturale sia tradotta in giuridicità e politicità storicamente attuata. Talché la Costituzione storica può essere designata come un *ordo boni et aequi in actu exercito* (susceptibile delle più varie concrezioni, dovendo la ricerca della giusta misura considerare ciò che uguale in modo uguale e ciò che è diverso in modo diverso).

Così intesa, la Costituzione storica manifesta una carattere assiologico-giuridico, razionale-prudenziale e concreto-vitale. Non pretende di creare di diritto (su base convenzionale), ma intende riconoscerlo ed a dichiararlo. Lungi dal presumere di essere la misura della giustizia, ne è misurata (in termini sostanziali)²⁰². Mira a concretizzare la determinazione del dovuto, nel proporzionarsi (sincronico e diacronico), che commisura il *debitum* al *suum*. Rinvia, in modo sempre aperto, alla lezione dell’esperienza, rendendosi suscettibile di consolidamento, di verifica, di integrazione, di correzione.

5. Assiologia della tradizione giuridico-politica

La considerazione della Costituzione storica è suscettibile di essere gravata da equivoci esiziali, se essa non è chiarita in essenza. La tradizione (giuridico-politica) che vi si coagula e vi è consegnata può essere intesa in molti modi, tra loro profondamente diversi e concettualmente irriducibili. Difatti la tradizione può essere concepita secondo quattro significati distinti. In una accezione storicistico-sociologista essa costituisce una pratica sociale; in una prospettiva ermeneutica essa si presenta come premessa e come risultato dell’interpretazione; in una visione gnostico-ontologista la tradizione si configura come un sapere ipostatizzato; in una considerazione etica (e filosoficamente giuridico-politica) essa è virtù (e arte) della comunità.

In chiave storicistico-sociologista la tradizione si identifica con la sua effettualità. Essa si condensa del divenire di gruppi e situazioni. Si esprime in un deter-

202. Criticando la scuola storica del diritto, Giovanni Battista Biavaschi pone in luce che la consuetudine per se stessa non fonda né legittima se medesima. Questa, o rimanda ad un criterio superiore alla stessa consuetudine, o non ha capacità (assiologica) di obbligare chicchessia: «Occorre forse che i singoli componenti la comunità abbiano la stessa convinzione giuridica e che la manifestino nell’opera personale, ovvero basta che questa consuetudine s’estenda alla maggioranza perché assuma il carattere di diritto, produca un’obbligazione? [...] Se prendiamo la prima ipotesi, ci vien fatto di domandare come possa l’assenso generale conseguire tanta efficacia da produrre un’obbligazione universale. L’individuo [...] può al massimo obbligare se stesso, solo nella misura che vuole e fin quando vuole, altri non può obbligare: la sola convinzione popolare, come la semplice consuetudine, per sé, sia pure stabile, antica, non produrrà mai un’obbligazione generale» (G. B. BIAVASCHI, *Origine della forza obbligatoria delle norme giuridiche*, Tipografia del Crociato, Udine, 1907, pp. 23-24).

minato *ethos* (inteso nella sua accezione hegeliana). Consiste dell'orizzontalità di atti e fatti, di contesti e di istituzioni, come pratica sociale²⁰³. Si identifica con l'immanenza del mondo storico-sociale. Donde l'incommensurabilità dei criteri di ciascun contesto (rispetto ad altri) o meglio l'identità di fatto e valore, nello svolgimento effettuale di ciascuna pratica sociale. Di modo che l'*ethos* sarebbe allo, stesso titolo, suscettibile di assumere e di trasmettere, volta per volta, le più diverse (ed opposte) valutazioni, norme ed istituzioni.

Ad una considerazione attenta, però, il concetto di tradizione non è assimilabile né ad una tipificazione storica né ad una generalizzazione sociologica. La tradizione, propriamente, non è il passato²⁰⁴. Il passato, come il futuro non ha realtà propria. A rigore, il primo sussiste nella memoria, il secondo nell'attesa. Il tempo non ha in sé consistenza propria, in quanto rinvia al soggetto che dura nel tempo; né ha in sé il criterio di valutazione di se medesimo, in quanto questa richiede logicamente un principio che la trascenda. Il divenire storico rimanda alla natura delle cose, donde emergono i principi del conoscere e dell'agire, e senza cui il loro stesso mutamento nel tempo sarebbe impossibile. Analogamente, la generalizzazione sociologica individua solo determinazioni accidentali, che sotto il profilo della ricorrenza empirica si presentano come prevalenti. Come tale, non ha alcuna consistenza ontologica propria né qualsivoglia normatività obiettiva.

Sotto questo orizzonte la tradizione si caratterizza per il relativismo assiologico, risolta com'è nel fluire medesimo di costumi e contesti. Dal punto di vista valutativo ogni tradizione si porrebbe necessariamente sullo stesso piano di un'altra. Sarebbe indiscernibile quanto al valore. Rileverebbe solo dal punto di vista meramente empirico. E l'empirico stesso assumerebbe i connotati del fenomenico. La tradizione, in questa accezione, perderebbe consistenza propria e sarebbe suscettibile di qualsiasi contenuto. Sarebbe il simulacro di se stessa, destinato a svanire in un inevitabile esito autofagico.

In prospettiva ermeneutica la tradizione si presenta come contesto, come pre-

203. Non sembra andare al di là della pratica sociale la considerazione di Habermas circa il «mondo della vita» (cfr. J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, trad. it., Bari-Roma, Laterza, 1997, pp. 342-343), né quella di Perelman relativa alla pratica di opinioni e di condotte sotto il profilo effettuale, ovvero come forza inerziale di rilievo sociale, che per sé trattiene dai cambiamenti (cfr. C. PERELMAN - L. OLBRECHT TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), trad. it., III ed., Torino, Einaudi, 2001; C. PERELMAN, *Logica giuridica Nuova retorica* (1976), trad. it., Milano, Giuffrè, 1979)

204. Sotto il profilo filosofico-giuridico, è stato scritto lucidamente che «la storia [per se stessa] ci dà l'essere, non spiega il dover essere, ci dice ciò che un popolo ha riconosciuto come legge, non sa dire se la stessa corrisponda realmente alle esigenze della giustizia e del diritto; registra ciò che avviene, ma ignora affatto l'intrinseca bontà dell'accaduto» (G. B. BIAVASCHI, *La crisi attuale della Filosofia del diritto*, II ed., Milano, Vita e Pensiero, 1922, p. 71).

messa e come portato dell'interpretazione²⁰⁵. Sicché può dirsi che la tradizione è interpretazione e che ad una tradizione-interpretazione non può che succedere una diversa (eppure omologa) tradizione-interpretazione²⁰⁶. Essa si configurerebbe come una sorta di trascendentale noetico, condizionante e condizionato insieme, dell'esercizio del comprendere. Da un lato essa costituisce una precomprensione ineliminabile. Dall'altro si offre come risultato dell'attività dell'interprete. In tal senso, essa attiene all'empirico, si risolve nel metodo, e si dà come prassi. La tradizione si mostra in una determinata interpretazione (quale che ne sia il contenuto). Al contempo essa è sempre immanente all'attività ed al metodo del comprendere. Non la trascende, né la travalica. Così essa stessa si configura come portato di una prassi (quella epistemico-ermeneutica) ed in sostanza prassi (interpretativa) essa stessa.

Secondo questa concezione la tradizione da una parte assume i connotati di una formalità noetica, sia pure empiricamente data, e dall'altra risulta priva di consistenza noematica, essendo suscettibile dei più diversi contenuti e delle più diverse valutazioni. La sua rilevanza è risolta nella permanente circolarità ermeneutica e in questa è obiettivamente dissolta. Essa è relativizzata e svuotata di contenuto proprio

205. Sulla questione, cfr. tra l'altro, M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Bompiani, 1988; M. JUNG, *Hermeneutik zur Einführung*, Hamburg, Junius, 2001 (trad. it. *L'ermeneutica*, Bologna, il Mulino, 2002); G. NICOLACI (a cura di), *La controversia ermeneutica*, Milano, Jaca Book, 1989. In particolare, testo di riferimento resta H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, II ed., Tübinga, Mohr, 1965 (trad. it. *Verità e metodo*, II ed. Milano, Bompiani, 1983): di specifico rilievo per il tema in discorso è la *Parte II. Elementi di una teoria dell'esperienza ermeneutica*.

206. La concezione ermeneutica dalla tradizione non si intende se non nella teoria della circolarità del comprendere. Il recupero ermeneutico della tradizione equivale alla tematizzazione della determinatezza storica (*a parte ante* e *a parte post*), sempre necessariamente provvisoria, e della finitudine del comprendere (che segna tanto il soggetto, quanto l'oggetto). La considerazione della tradizione costituisce, così, una forma di situazionismo epistemico, che, lungi dal consentire di riconoscerne il valore sostanziale, la presenta come vincolo e come condizione (in definitiva, mostrando una dipendenza sostanziale dallo storicismo hegeliano). Ne deriva l'intrascendibilità della relatività (all'immanenza del contesto) tanto del soggetto quanto dell'oggetto, e del loro stesso «integrarsi» nell'attività ermeneutica. Al riguardo è stato opportunamente evidenziato che, dal punto di vista ermeneutico, «il modello dell'integrazione [reciproca di conoscente e conosciuto] esalta la particolarità legata alla finitezza ed alla determinazione storica come una specifica ricchezza» (M. L. MARTINI, «Discorso filosofico e linguaggio», in IDEM (a cura di), *“Verità e metodo” di Gadamer e il dibattito ermeneutico contemporaneo*, Torino, Paravia, 1992, p. 34). In questo senso, «è la tradizione che sostanzia la storicità, che dà le coordinate entro cui sono situati i valori» (*ibidem*). Talché «ogni giudizio ha alle proprie spalle un pregiudizio, ogni concetto, un preconcetto, i quali fanno parte dell'orizzonte storico dell'interprete [...] Invece di rimuovere i preconcetti, è preferibile acquisire consapevolezza del carattere finito della nostra ragione, prendendo contemporaneamente coscienza di quanto i preconcetti ci condizionano (pena il subirne gli effetti in modo inconsapevole e incontrollato). Il pregiudizio ha dunque per Gadamer un carattere costitutivo, non solo nel senso che fonda la nostra appartenenza a una tradizione, ma nel senso che fa parte del movimento stesso della comprensione, anzi è la forma concreta con cui il processo della comprensione ha inizio» (*ivi*, pp. 35-36).

(potendo veicolare e condizionare qualsiasi conoscenza). Come ad interpretazione succede interpretazione, così a tradizione succede tradizione. Nel permanente riproporsi di precomprensioni, di istanze, di interpretazioni. In quanto tali, tutte necessariamente omologhe. L'oltrepassamento di ciascuna tradizione risulta inevitabile, dall'interno della circolarità ermeneutica. Al tempo stesso un oltrepassamento assiologico è inarrivabile, quanto alla possibilità di superare la circolarità interpretativa ed interpretante.

Nella visuale gnostica la tradizione²⁰⁷ si sostanzia in un complesso di conoscenze originarie, il cui possesso sarebbe tale da assicurare al tempo stesso un dominio conoscitivo ed un dominio ontologico. Donde la sua connotazione olistica e soteriologica. Donde, altresì, il suo carattere esoterico ed iniziatico. Si tratterebbe di conoscenze (tanto in riferimento ad una gnosi conoscitiva quanto ad una gnosi attivistica) il cui essere si distanzia da qualsivoglia divenire. Non suscettibili di acquisizione per altra via che non sia di trasmissione (in radice, di trasmissione iniziatica). Il cui solo contenuto sarebbe in grado di svelare fino in fondo l'opacità fenomenica del mondo e della storia. Essa sarebbe al tempo stesso singolare e plurale: singolare nella sua sostanza immutabile e plurale nelle sue (molteplici) espressioni.

Anche in questo caso, però, il concetto di tradizione finisce per subire una intrinseca dissoluzione. Infatti, mentre nella prospettiva sociologico-storicistica ed in quella noetico-ermeneutica il contenuto della tradizione è dissolto nell'atto, nella prospettiva gnostico-ontologica può dirsi che l'atto è risolto nel contenuto, il quale, a sua volta, essendo in se stesso esoterico ed irrapresentabile, finisce per evacuare paradossalmente la tradizione medesima. D'altra parte, pur in un dichiarato antirazionalismo tale prospettiva finisce per far emergere un effettivo razionalismo, in quanto tale forma di conoscenza (tradizionale) sarebbe risolutiva e dominativa dell'essere. Inoltre, mentre (deterministicamente) ciascuna tradizione particolare sarebbe invalicabile (nella sua condizionalità) sotto il profilo della necessità dell'adesione di un determinato gruppo o popolo; al contempo si profilerebbe l'incondizionatezza di una Tradizione assoluta, il cui contenuto sarebbe inverificabilmente posseduto come dato esoterico, quindi al tempo stesso sempre noto e sempre ignoto. Anche in questo caso, sia pure attraverso l'autoipostatizzazione, la

207. Per tale accezione della nozione di tradizione è opportuno fare riferimento alle tesi di Julius Evola e di René Guénon. A riguardo, in particolare, cfr. R. GUÉNON, *Il re del mondo* (1927), Milano, Adelphi, 1977; IDEM, *Il regno della quantità e i segni dei tempi* (1945), Milano, Adelphi, 1982; IDEM, *La crisi del mondo moderno* (1927), Roma, Edizioni Mediterranee, 1972; J. EVOLA, *Rivolta contro il mondo moderno* (1934), V ed., Roma, Edizioni Mediterranee, 1978; IDEM, *La tradizione ermetica* (1951), IV ed., Roma Edizioni Mediterranee, 1996; IDEM, *Il cammino del cinabro* (1963), II ed., Milano Scheiwiller, 1972. Su tali autori, si rinvia (tra l'altro) a P. DI VONA, *Metafisica e politica in Julius Evola*, Padova, Ar, 2000; IDEM, *René Guénon e la metafisica*, Bolzano, SEAR, 1997; IDEM, *Evola e Guénon. Tradizione e civiltà*, Napoli, S.E.N., 1985.

consistenza della tradizione, al tempo stesso, si fenomenizza e si svuota di perspicuità e di consistenza propria.

Nella considerazione etica (metafisicamente fondata) la tradizione è suscettibile di estendersi a tutto l'ambito dell'agire umano, quindi anche a quello giuridico e politico. In questa prospettiva, la tradizione costituisce un *abito sociale*, propriamente un abito conoscitivo ed operativo. In tal senso la tradizione trova nella razionalità²⁰⁸ (classicamente intesa, come intelligenza del reale) la sua misura. Essa si configura tanto come un abito intellettuale, quanto come un abito morale, giuridico e politico. In questo caso, il soggetto dell'abito tradizionale è la comunità; mentre l'oggetto è costituito dalla disposizione acquisita nei confronti di un determinato bene. L'abito tradizionale è, in sostanza, una *virtù sociale*. Essa trasmette –accoglie e consegna– saperi e capacità nell'ordine del vero e del bene. Tale connotazione la qualifica intimamente.

In questa prospettiva la tradizione non è mai avalutativa. Né la moda²⁰⁹ né il costume²¹⁰ costituiscono, per se stesse, una tradizione, anche se, in qualche modo, possono esprimerla. Non ogni pratica ha la consistenza di una consuetudine, e non ogni consuetudine è propriamente una tradizione. La tradizione non è il fenomeno di se medesima. Non si identifica con un atto privo di contenuto. Non è misura di

208. È interessante notare che –in un contesto dove la nozione di tradizione è assunta (peraltro senza approfondita tematizzazione) in senso sia tipologico-empirico sia storico-categoriale– sia segnalata la «razionalità della tradizione» nella prospettiva di Tommaso d'Aquino (cfr. A. MACINTYRE, *Enciclopedia, Genealogia, Tradizione. Tre versioni rivali di ricerca morale*, trad. it., Milano, Massimo, 1993, pp. 182-210).

209. La tradizione non è l'imitazione. Ancor meno lo è una mera attitudine psicologica come il conformismo (o il conservatorismo). A maggior ragione la tradizione non è la moda. Anzi, come è stato notato, propriamente «la moda comincia quando rompe col passato, colla tradizione, e introduce fogge nuove e un nuovo stile, in opposizione a quello ereditario» (F. ORESTANO, «Filosofia della moda», in IDEM, *Opera omnia*, vol. V, tomo V, Padova, CEDAM, 1969, p. 14). A sua volta, la moda non è mai avalutativa. Esiste, difatti, una correlazione «costante e profonda, se non sempre apertamente dichiarata e voluta, anzi in gran parte sottintesa e inconscia, ma non perciò meno ricca di significati, tra la fondamentale concezione della vita [...] e il complesso delle forme universalmente invalse durante il predominio di quella» (*ivi*, p. 22).

210. Il costume, per se stesso, è rivelativo tanto di una ontologia sociale quanto di una tradizione (giuridico-politica). Come è stato osservato, infatti, «vi è nella vita sociale tutta una vastissima serie di esigenze di disciplina di immediati e puntuali rapporti sociali, che si designano, appunto come *costume* [...] proprio nel farsi espressione dell'immediato sociale, dei contenuti sociali a più forte individuazione, sta il significato più vivo del costume» (G. AMBROSETTI, *Contributi a una filosofia del costume. I ProblematICA e storia*, Bologna, Zanichelli, 1959, pp. 11-12). Anzi, il costume è indicativo, nella concretezza dei dati di invarianti razionali che esprimono la metafisica della persona umana, riflettendo sulla «assunzione di contenuti sociali entro una forma razionale» (*ivi*, p. 205). Ad assumere tali elementi contenutistici è la persona umana «nella sua particolare normatività, della quale il costume è un aspetto ineliminabile» (*ivi*, p. 209).

se medesima. La tradizione (autenticamente tale) è assiologicamente informata ed assiologicamente valutabile. Il *quomodo* è ordinato al *quid*. Non viceversa. Come l'atto sta sul fondamento del contenuto, così il *tradere* trae la sua dignità dal *traditum*. Dal suo valore intrinseco deriva la sua legittimità. Dalla sua legittimità i suoi diritti.

La tradizione (dove la Costituzione storica) presuppone –non sostituisce– l'ontologia della comunità (ovvero la sua Costituzione naturale), la quale ne costituisce il fondamento ed il criterio. Anzi la attualizza in una particolare determinatezza.

Ben si intende come la tradizione –segnatamente nel suo significato giuridico e politico– sia indicata come «rettitudine sociale»²¹¹ da Enrique Gil Robles. Essa presuppone la rettitudine di quella che Jaime Balmes denomina come «coscienza pubblica»²¹². I suoi giudizi (in riferimento alla verità ed alla giustizia)²¹³ danno luogo al formarsi di «abiti sociali»²¹⁴, di cui partecipano la legislazione ed i costumi. Questi costituiscono altrettante vie (ben al di là della mera generalità empirica di opinioni e di comportamenti)²¹⁵, le quali inalveano la vita della comunità (particolarmente attraverso tutto ciò che ha direttamente rilievo giuridico-politico). Gli abiti sociali trovano nelle concrezioni giuridico-politiche una determinata obiettivazione, la quale è ordinata intrinsecamente al bene comune (posto che ne sia dato, ovviamente, il contenuto di giustizia)²¹⁶. In tal senso la Costituzione storica –ovvero la Costituzione come tradizione giuridico-politica– può essere considerata un abito virtuoso (cui corrispondono concrezioni normative) di una determinata comunità politica.

Per tali ragioni una tradizione è capace di permeare profondamente istituzioni, legislazioni, consuetudini, costumi²¹⁷. Essa –secondo l'espressione di Frantz Funck-Brentano– si condensa in «*faits permanents*»²¹⁸ e in «*loi durable*»²¹⁹. Dove la permanenza (dei fatti) e la durevolezza (della legge) è quella propria di ciò che, avendo conformità di ragione e conferma nella verifica dell'esperienza, trascende la con-

211. Cfr. E. GIL ROBLES, *Tratado de derecho político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos* (1899), vol. II, III ed., Madrid, Afrodísio Aguado, 1961, p. 613.

212. J. BALMES, «El protestantismo comparado con el catolicismo (1842-1844)», in IDEM, *Obras completas*, vol. IV, Madrid, La Editorial Católica (Biblioteca de Autores Cristianos), 1949, p. 278.

213. Cfr. *ivi*, p. 279.

214. *Ivi*, p. 288.

215. Cfr. *ibidem*.

216. La conclusione di Balmes non può essere confusa con quella di alcuna prospettiva storioc-sociologica. Anzi, è obiettivamente inversa rispetto ad essa.

217. Lo ha evidenziato, sotto il profilo storiografico e con capacità di penetrazione essenziale, F. FUNCK-BRENTANO, *L'ancien régime*, Parigi, Fayard, 1926, p. 19.

218. *Ibidem*.

219. *Ibidem*.

tingenza del mero accadere ed, a maggior ragione, la precarietà dell'arbitrario.

È chiaro che il valore di una tradizione (nell'analogia che si estende anche al campo giuridico e politico) dipende dal contenuto che essa trasmette²²⁰. Non lo conferisce ad esso²²¹. Il *traditum* o *tradendum* – che può riguardare qualsiasi dominio dell'esistenza umana – non è mai indifferente. È misurato dalla verità, quindi dal bene. Non viceversa. Dipende dalla verità²²². Non la crea. In tal senso la tradizione rende presente il permanente nel transeunte, visibilizza l'invisibile, fa trasparire il trascendente nell'immanente (senza cui nulla si sottrarrebbe alla caducità del provvisorio)²²³. Riscatta la voracità del tempo con la durata di ciò che merita di essere trattenuto²²⁴.

Il *tradere* è un trasmettere in quanto vero e buono. Esso contiene ed esprime (esplicitamente o implicitamente) un giudizio. Ogni tradizione sottende una valutazione. Ciò che è trasmesso e ricevuto va accolto perché è vero e buono. Non viceversa. Va accolto come un bene, se ed in quanto trasmette un bene. Non viceversa. La *traditio* autentica rinvia sempre oltre se stessa, ovvero alla trascendenza di cui è partecipe tanto nel contenuto quanto nell'atto. Nell'atto in virtù del contenuto. Sicché il *traditum* (per se stesso) non è oggetto di dominio, ma di custodia.

La tradizione comporta, al contempo, una comunicazione²²⁵ ed insieme una asimmetria tra chi trasmette e chi riceve²²⁶. L'uno consegna e l'altro accoglie. Ma a

220. Cfr. J. PIEPER, *Le concept de tradition*, Ginevra, Ad solem, 2008, p. 51.

221. Al riguardo è stato nitidamente evidenziato che il «costume [...] può essere buono o cattivo, giusto o ingiusto. Abbandonata a se stessa, la *consuetudine* non produce il diritto, a meno non preceda il convincimento naturale che ne giustifica il contenuto» (G. B. BIAVASCHI, *Il diritto naturale nel moderno pensiero filosofico-giuridico*, Udine, Arti Grafiche Friulane, 1953, p. 407). Infatti «la *consuetudine*, per costituire un vero diritto, deve conformarsi alle superiori esigenze di moralità e di giustizia» (*ivi*, p. 406). Sicché «dire che il *costume* ha forgiato il principio su cui poggia è scuotere la natura del costume» [*ivi*, p. 408 (i corsivi sono dell'A.)].

222. Augusto Del Noce ha evidenziato che sono i valori a fondare la tradizione nel suo significato assiologico, e perciò anche giuridico-politico. Non viceversa. (cfr. A. DEL NOCE, *Rivoluzione, Risorgimento, Tradizione. Scritti su «L'Europa» (e altri, anche inediti)*, cit., p. 435).

223. Sull'approfondimento della nozione di tradizione nel pensiero metafisico-realistico spagnolo del Novecento, cfr. M. AYUSO, *Las murallas de la ciudad. Temas del pensamiento tradicional hispano*, cit., pp. 47-68.

224. In tal modo, la tradizione (assiologicamente intesa) – sotto i più diversi profili dell'agire umano, da quello giuridico e politico, a quello artistico e letterario – si sostanzia in quelle concrezioni ove *l'hic et nunc* viene permeato *dall'ubique et semper*, senza ovviamente mai ridurlo alla propria stregua (diversamente perderebbe ogni validità). La sua particolarità concretizza la sua universalità. La sua consistenza si alimenta della partecipazione del transeunte al permanente. Tale consistenza qualifica, per se stesso, il *traditum*, il quale ne è come ilemorficamente informato. Ciò che rileva anche per le sue espressioni sociali ed istituzionali.

225. In questo senso può analogamente essere rilevato che la tradizione costituisce una «comunion» (di uomini nel tempo e nello spazio). Sul tema si rinvia, tra l'altro, a E. PALOMAR MALDONADO, «Naturaleza de las cosas y tradición», *Verbo*, n. 349-350 (1996), pp. 1001-1054.

sua volta chi trasmette, in qualche modo ha ricevuto. Trasmette ciò che ha ricevuto, ciò che gli è affidato, non di cui è padrone. Essi non stanno, dunque, sullo stesso piano. Tra i due la *traditio* istituisce un legame obiettivo (e vitale). La tradizione presuppone la razionalità ed il bene comune. Il *tradere* richiede un atto dell'intelletto e della volontà: una valutazione ed una adesione. Richiede il perseguimento di un fine, che, attraverso la trasmissione, tende a conseguire un determinato bene, comune tanto a chi trasmette quanto a chi riceve. Sia nel contenuto sia nell'atto, il *traditum* trascende entrambi. Esso è *un* bene comune, che in se stesso è tale solo a condizione di essere (ontologicamente) partecipe *del* bene comune (in se stesso). Altresì il *traditum* è accolto e trasmesso (implicitamente o esplicitamente) come un bene comune, e come tale partecipe del bene in quanto è comune.

Non si dà, quindi, alcuna opposizione tra tradizione e progresso. Né l'una né l'altro sono unità di divenire, piuttosto l'una e l'altro (in quanto tali) trascendono il divenire. Non ovviamente in modo indistinto, ma sottraendo all'oblio ciò che vale, tanto come consegna tanto come acquisizione. In una sorta di plesso ontico, ove il transeunte è veicolo del permanente. Mentre il caduco ed il disvalore non hanno alcun titolo a travalicare il proprio accadere. Anzi, con incisiva espressione è stato segnalato che la tradizione è l'alveo del progresso²²⁷. La prima rende possibile il secondo, trattenendo e trasmettendo ciò in cui viene riconosciuto un valore. Il secondo si protende all'acquisto di ciò che (nel conoscere come nell'agire) ha valore. Come tali, tanto l'una quanto l'altro hanno la propria intima qualificazione sul fondamento del vero e del bene.

Pertanto l'autentica tradizione giuridico-politica è la *recta traditio iuris et legum*. Nell'ambito che le è proprio, essa esprime la virtù (o rettitudine) sociale. Sicché può dirsi *habitus (iuridica vel politica) societatis ad bonum vel ad iustum*²²⁸. Donde il suo carattere di virtù sociale giuridicamente e politicamente data. Essa è propriamente tale solo se il suo contenuto è *secundum naturam*, ovvero *secundum rationem*, perciò *secundum prudentiam* e *secundum iustitiam*. Essa perfeziona la comunità politica secondo la sua natura, determinandola distintamente al suo fine essenziale.

226. Cfr. *ivi*, pp. 52-53.

227. «La tradición [...] es el cauce natural de todo progreso» (R. GAMBRA, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, cit., p. 38).

228. Pertanto la Costituzione storica (proprio in quanto *recta traditio*) costituisce un limite obiettivo intrinseco al potere. Infatti, come è stato evidenziato, «las limitaciones del poder responden a tres órdenes diferentes y pueden ser ético-religiosas, orgánicas y jurídico-constitucionales» (M. AYUSO, *La cabeza de la gorgona. De la "hybris" del poder al totalitarismo moderno*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Hispanidad, 2001, p. 57). Secondo tale distinzione, la limitazione della Costituzione storica partecipa, al contempo, tanto del carattere etico quanto di quello organico, in quanto entrambi metafisicamente fondati. In questa prospettiva, tale limitazione è di natura intrinseca e sostanziale (e non meramente estrinseca e formale).

In questa prospettiva, la tradizione è una certa perfezione acquisita della comunità: una *dispositio ad bonum et aequum*. Infatti la virtù (come l'arte) è una qualità, precisamente una disposizione ed una perfezione²²⁹, che consente di vivere rettamente²³⁰. Attraverso la tradizione emerge quella che può dirsi la *natura individuale*²³¹ di una comunità politica, la cui determinatezza ne attualizza la *natura generis* (comunità) e la *natura speciei* (politica). Come tale, dispone al bene²³² –quindi al bene comune– rendendone agevole il conseguimento, nonché alla prudenza politica (ben disponendo al fine proprio)²³³. Condizioni, entrambe, per una retta valutazione giuridica e politica.

La valutazione, infatti, è essenziale per la legislazione²³⁴ ed il governo. Essa ne informa il fine e i mezzi. Esemplarmente, Platone segnala che l'autentico legislatore insieme alle leggi, ed accanto ad esse, deve indicarne la ragion d'essere. Non può limitarsi a minacciare la sanzione: occorre che esprima giudizi, che lodi o biasimi, avvertendo su ciò che è valido e ciò che non lo è²³⁵. Al contempo egli osserva che ogni cambiamento nella vita giuridico-politica va considerato senza alcuna precipitazione, e va vagliato a fondo. Assumendo il primato del cambiamento, la città andrà incontro alla peggiore delle avversità²³⁶. Viceversa, conservando razionalmente ciò che è ben disposto, la città potrà condurre un'esistenza pacifica e ordinata²³⁷.

229. Per analogia si può riferire alla tradizione giuridico-politica, ciò che Tommaso d'Aquino osserva riguardo alla virtù: si tratta di una perfezione che dipende dalla ragione (TOMMASO D'AQUINO, *S. Th.*, I II, q. 60, a. 5).

230. Ciò, in analogia con la considerazione della virtù, per se stessa, cfr. IDEM, *S. Th.*, I II, q. 56, a. 1.

231. Sul concetto di *natura individui*, cfr. IDEM, *S. Th.*, I II, q. 46, a. 5.

232. Al riguardo si consideri IDEM, *S. Th.*, I II, q. 57, a. 1; *ivi*, q. 57, a. 2, ad 3; *ivi*, q. 57, a. 3, ad 1.

233. Cfr. IDEM, *S. Th.*, I II, q. 57, a. 4.

234. A tal fine –come è stato segnalato per il pensiero giuspenalistico di Giuseppe Bettiol– è decisiva la «tensione al metagiuridico metafisico per poter leggere il giuridico [ed a maggior ragione il legale]» (D. CASTELLANO, «Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto», in S. RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dell'Ultima lezione di Giuseppe Bettiol*, Padova, Padova University Press, 2012, p. 31).

235. Cfr. PLATONE, *Leggi*, VII, 823a.

236. Cfr. *ivi*, VII, 797-799.

237. Cfr. *ivi*, VII, 816a. Analogamente si esprime il Digesto [«Quando si tratta di stabilire nuovi assetti normativi, deve essere evidente l'utilità di mutare il diritto che per lungo tempo si sia valutato equo» (*Dig.*, I, 4, 2)].