

CAPITOLO I

ORDINAMENTO, DIRITTO, STATO *

SOMMARIO: 1. Diritto, storia, funzione sociale. – 2. Ordinamento e giuridicità. – 3. Il diritto come linguaggio e come significato: l'interpretazione. – 4. Tratti differenziali della norma giuridica. – 5. Coerenza e completezza dell'ordinamento. – 6. Lo Stato. – 7. Gli aspetti fondamentali dello Stato. – 8. Le forme di Stato. – 9. Le forme di governo. – 10. La forma di governo in Italia.

1. *Diritto, storia, funzione sociale*

Lo studio del diritto non può non passare per una visione anzitutto storica: come ogni fenomeno umano, anche il diritto, infatti, si svolge entro una dimensione diacronica di tipo evolutivo, che rende ragione della sua mutevolezza e della sua intima connessione con il divenire costante dei fenomeni sociali.

E tuttavia è propria del diritto, al contempo, l'aspirazione a svolgere una funzione di guida, di controllo e di stabilizzazione dei comportamenti individuali e collettivi, nonché delle aspettative di comportamento dei singoli da parte dei consociati; in altre parole, a rendere coercitive le proprie determinazioni e, in conseguenza di ciò, vietate, obbligatorie o semplicemente permesse determinate condotte.

Così, tra le tante definizioni di cui è stato oggetto, c'è quella per cui il diritto è un insieme di precetti rivolti a determinare, entro una determinata società, a) **la repressione** dei comportamenti individuati dal soggetto detentore del potere normativo come socialmente pericolosi; b) **l'allocazione** a individui e collettività di beni e servizi; c) **l'istituzione e allocazione** di poteri pubblici (TARELLO, 1997, 3 ss.).

Questa tripartizione potrebbe rispecchiare, in linea di massima, anche un'evoluzione storica del fenomeno giuridico e una sua progressiva

Le funzioni
del diritto

* Il paragrafo 1 del presente capitolo è stato redatto dal prof. Francesco Rimoli. I paragrafi dal 7 al 10 sono stati rivisti, rielaborati e arricchiti dal dott. Giuliano Serges.

differenziazione funzionale, sia sotto il punto di vista sociale (il sistema giuridico si distingue in quanto sottosistema del sistema sociale complessivo), sia da quello materiale (entro il sistema giuridico si vanno formando progressivamente diversi sottosettori); d'altronde, l'analisi inerente alle funzioni del diritto si è sempre più affiancata, e talora sovrapposta, a quella relativa alla sua struttura: proprio per i limiti che ciascuna presenta, infatti, analisi funzionale e analisi strutturale sono entrambe rilevanti per la comprensione del fenomeno giuridico (BOBBIO, 1971 e 1975). Così, secondo una progressione che aggiunge ciascuna funzione alla precedente (senza ovviamente eliderla), dalla funzione *sub a*) si genera il diritto "penale", da quella *sub b*) il diritto "civile", ma anche quello "commerciale", nonché parte di quello "amministrativo" e di quello "tributario", da quella *sub c*) il diritto "costituzionale" e, *lato sensu*, quello "pubblico", comprendente il diritto "processuale", nonché la maggior parte di quello amministrativo e tributario (TARELLO, 1997, 8 ss.; SACCO, 2007, 237 ss.), con una molteplicità che può essere tuttavia semplificata nella elementare (benché talora sfuggente) dicotomia tra diritto pubblico e privato (BOBBIO, 1995, 3 ss.).

A tali tre funzioni, che potrebbero dirsi "primarie", se ne dovrebbe però aggiungere una quarta, ossia quella, già accennata, in virtù della quale il diritto è finalizzato, tramite il suo carattere coercitivo, verso d) **la stabilizzazione delle aspettative comportamentali** dei destinatari con l'assorbimento, entro certi limiti, del conflitto sociale (LUHMANN, 1975; ID., 1981), anche per mezzo dei procedimenti che disciplinano, nei sistemi giuridici moderni, le diverse forme di decisione, tradotte in atti formali (leggi, atti amministrativi, sentenze, ecc.), regolati da disposizioni puntuali che gli stessi poteri pubblici devono rispettare. In tal senso, questa potrebbe dirsi una "funzione trasversale", che inerisce a tutte le branche del diritto; peraltro, sulla funzione del diritto si sono, ovviamente, elaborate teorie della più diversa natura (un sintetico quadro in TREVES, 1993, 289 ss.).

La funzione
del diritto

A questo risultato, tuttavia, si è giunti tramite un lunghissimo percorso. Il diritto nasce, nelle società primitive, come fatto, ossia come ripetizione più o meno uniforme di comportamenti accompagnati progressivamente dalla convinzione diffusa dell'obbligatorietà degli stessi: ed è questo, come si vedrà, il modo di formazione della *consuetudine* (su cui *infra*, cap. II, § 16). Di tale consuetudine si opera poi, lentamente, una qualche forma di recezione entro modelli più evoluti in cui la scrittura delle norme, e soprattutto il generarsi di un'autorità qualsivoglia, capace però di imporre, tramite la creazione di quelle norme, le proprie decisioni alla collettività su cui domina, creano il primo nucleo di quello che sarebbe

poi diventato il diritto moderno, secondo l'accezione che tuttora noi utilizziamo. Tale processo evolutivo, di estrema complessità e variabilità di forme, si fonda essenzialmente, come detto, sull'affermazione di un dispositivo di potere che assume, di tempo in tempo, le tre modalità, delineate da Max Weber, del potere *carismatico* (basato sulla dedizione totale a una persona e al suo valore, nonché alle regole da questa poste), di quello *tradizionale* (fondato sulla legittimità sacrale delle regole tramandate e dei soggetti chiamati a conservarle e farle rispettare) e di quello *razionale* (che si legittima sulla legalità, ossia su insiemi coerenti di regole statuite secondo certi paradigmi, e sul potere dei soggetti investiti da queste dell'autorità di comando) (WEBER, 1922, I, 207 ss.). Ferma restando la continua commistione, nell'esperienza storica concreta, delle tre forme (che, come tali, sono piuttosto in sé "idealtipi"), e la loro periodica riemersione nelle diverse fasi storiche, è evidente tuttavia come sia prevalentemente l'ultima a porsi alla base della formazione del diritto moderno. Concorrono a questo esito, ovviamente, le trasformazioni – e talora le rivoluzioni – prodotte dal succedersi degli eventi storici e dai mutamenti sociali ed economici che ne sono stati insieme cause ed effetti nel corso dei secoli entro l'area geopolitica occidentale (per rimanere a quella a noi più vicina).

Dall'origine consuetudinaria del diritto primitivo, il diritto si trasforma, passando dunque per il graduale affermarsi, entro la singola collettività, di un'unità di dominio che sia in grado di imporre regole di comportamento e di punirne la violazione, dapprima con la sola attività dei giudici, *longa manus* del sovrano, e poi con la legge, posta da un monarca o, più tardi, da un parlamento eletto: da qui sorge la concezione, per certi versi ingenua ma tuttora ben radicata nella percezione comune e anche in buona parte della dottrina giuridica, della *coercitività del diritto* intesa come suo carattere saliente. E nondimeno, come si vedrà trattandone all'interno della categoria dogmatica delle cosiddette "fonti fatto", il diritto nascente appunto dal fatto, la norma consuetudinaria, resterà anche negli ordinamenti moderni come elemento rilevante, talvolta "di disturbo" per la sua peculiare natura, nei confronti della costruzione rigorosa del sistema giuridico (GROSSI, 2008). Ma i percorsi della storia, come detto, sono sempre complessi: e ancor più si rende necessario, dunque, uno sguardo all'evoluzione dei modelli. In altre parole, come si opera quel grande processo di trasformazione che porta dal diritto non scritto, efficace in società arcaiche ma poco funzionale alle necessità di uniformità proprie delle società più evolute, al diritto scritto, ben più idoneo a un'applicazione omogenea e alla realizzazione di quel principio di certezza dei rapporti giuridici che costituisce il presupposto per

l'assolvimento di quelle funzioni primarie del diritto di cui si è detto poc' anzi?

Sistemi
di *common law*
e di *civil law*

Emerge qui, appunto dall'osservazione storica, una delle grandi classificazioni della scienza giuridica, ossia quella (apparentemente) nitida differenza tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*.

I primi sono generati dalla trasformazione del diritto consuetudinario in diritto giurisprudenziale mediante l'opera collettiva di giudici esplicitamente orientati al *law finding*, con esiti poi sanciti dal monarca o dal Parlamento in forma legislativa, ovvero lasciati a una sequela di decisioni giudiziali vincolate al principio del rispetto del precedente (*stare decisis*), in un contesto entro il quale peraltro allo stesso monarca si imponeva di rispettare, fuori da un'area più libera di esercizio del suo potere sovrano (*gubernaculum*), una serie di norme consuetudinarie e privilegi cui doveva conformarsi la sua attività di *iurisdictio* (è questa la genesi del modello tradizionale del diritto inglese e della sua *rule of law*, nonché dei Paesi che da tale cultura giuridica hanno tratto fino a oggi alimento: McILWAIN, 1945, 89 ss.; LOSANO, 1978; BARBERIS, 2008, 93 ss. e 2016, 13 ss.; GLENN, 2010, 221 ss. e 377 ss.).

I secondi sono costruiti progressivamente come sistemi in cui invece il diritto scritto, posto dal sovrano, avrebbe avuto sempre maggior prevalenza, relegando di fatto quello consuetudinario in una posizione marginale; qui i giudici dovrebbero, in ossequio a un principio di separazione tra i poteri (legislativo, esecutivo, giudiziario) che costituisce uno dei cardini dello Stato di diritto continentale, essere piuttosto meri applicatori della legge posta dal Sovrano (monarca o Parlamento), senza quindi poter mai travalicare il loro ruolo andando a "creare" diritto, rinvenendolo nelle consuetudini o nell'equità (è il modello proprio dei sistemi continentali, che sarà esaltato nello Stato di diritto ottocentesco di area germanica, il *Rechtsstaat*, ma anche nell'esperienza francese e in quella italiana, in buona parte a queste ispirata) (FERRAJOLI, 1999).

La genesi
degli
ordinamenti
giuridici

Si vedrà in seguito però che la realtà è molto più complessa, e che i ruoli sono assai più sfumati, con un sostanziale ravvicinamento dei modelli nel corso dei secoli: pur lasciando da parte (ma tenendo sempre presente) l'immenso patrimonio di cultura giuridica derivante dal diritto romano, e soprattutto dalla sua tarda codificazione giustiniana (533 d.C.), un primo momento "rivoluzionario" per la costituzione del diritto moderno si ha con la grande riforma pontificia operata da Gregorio VII nella seconda metà del secolo XI, allorché si va lentamente creando, per la prima volta, un vero e proprio "ordinamento" canonico, che intende disciplinare la Chiesa cattolica raccogliendo e sistemando le numerose disposizioni fino ad allora disordinatamente succedutesi nei secoli, e creando

un *corpus* capace di offrirsi all'esegesi dei commentatori in forma organica. Sorge da qui, secondo un'autorevole storiografia, la reazione che, nei secoli successivi, porterà i nascenti Stati a generare propri ordinamenti, in grado di contrapporsi a quello canonico per assicurare la propria identità e la propria indipendenza, nonché il carattere secolare (ossia, non sacrale) del proprio diritto (BERMAN, 1983, 83 ss.; PRODI, 2000, 59 ss.). Emerge anche, parallelamente, la percezione della necessità di una struttura complessiva dell'insieme delle disposizioni poste, secondo una prospettiva che troverà nei secoli a venire un esito nella connessione/distinzione tra un *sistema esterno*, inteso come sequenza convenzionale degli oggetti di una scienza, e dunque per noi come mera giustapposizione di norme in un contesto unitario (le XII Tavole, il *jus civile* muciano) e un *sistema interno*, inteso come organizzazione dialettica di un dato ambito di sapere ottenuta tramite la definizione dei suoi oggetti e una completa classificazione degli stessi, ma coeso al punto tale che si possano inferire dalla classe più elevata dei suoi oggetti, tramite sotto-classi e specie, le caratteristiche proprie del singolo fenomeno (esempi sono nelle *Institutiones* gaiane e in quelle giustiniane: MODUGNO, 1993, 4 ss.).

In realtà, la sistematizzazione del diritto vigente e la creazione di un ordinamento nel senso in cui oggi lo intendiamo procedono in stretta connessione con lo sviluppo delle istituzioni politiche della prima modernità: e fatta eccezione per le istanze universalistiche, tanto ambiziose quanto astratte, che sopravvivono per tutta l'amplessima età medievale (Chiesa, Sacro Romano Impero), è evidente che ciò si connette alla nuova dimensione nazionale dell'istituzione statale, e radica in tale prospettiva la stessa idea di diritto, resa intimamente funzionale alla nuova costruzione teorica dalle idee di sovranità e di "ragion di Stato", che generano una nuova forma di potere, concentrato e sempre più assoluto, e al contempo una reazione al medesimo, dapprima con le coraggiose tesi dei cosiddetti "monarcomachi" (le *Vindiciae contra Tyrannos*, scritte da autore incerto nel 1579, o l'opera *Franco-gallia* di François Hotman, del 1573), e poi con le pur varie teorizzazioni, tra la fine del XVII e la metà del XVIII secolo, del principio di divisione dei poteri da parte di Locke e Bolingbroke in Inghilterra, e di Montesquieu in Francia. Da qui nascerà, insieme alle complesse e varie declinazioni dello Stato di diritto (COSTA-ZOLO, 2002), il costituzionalismo moderno (MATTEUCCI, 1997, 127 ss.; FIORAVANTI, 2009, 5 ss.; RIMOLI, 2011, 71 ss.), che giungerà, nelle sue diverse declinazioni, fino ai giorni nostri, e che farà della tutela di un nucleo primario di diritti di libertà (centrato anzitutto sul binomio libertà personale/proprietà, e poi sviluppato in misura sempre più ampia

negli ordinamenti nazionali e internazionali) (RIDOLA, 2006), e del citato principio di divisione e separazione dei poteri (con il corollario del controllo reciproco tra i medesimi) a questa funzionale, i suoi cardini essenziali.

Prima di questo passaggio, tuttavia, si può cogliere, nel lunghissimo arco temporale che sommariamente definiamo Medioevo, una cultura giuridica tutt'altro che priva di rilevanza per lo studio del fenomeno giuridico: sullo sfondo di un tessuto connettivo composto dal *ius commune*, modellato sull'eredità giuridica del diritto romano derivante dalla riscoperta delle compilazioni giustinianee, si delineano i molti *iura propria* che costellano un panorama istituzionale estremamente composito, strutturato socialmente ed economicamente su quegli istituti feudali che sopravvivranno ancora per buona parte dell'età moderna almeno fino alla rivoluzione francese, e che in questa fase saranno altresì il presupposto della formazione, mediante processi di aggregazione progressiva prodottisi tramite il cosiddetto "meccanismo monarchico", dello stesso Stato moderno (ELIAS, 1980, 127 ss.; GROSSI, 2007, 65 ss.). Quest'ultimo accentrerà su di sé la produzione del diritto e creerà finalmente, su base ovviamente nazionale, un ordinamento giuridico vero e proprio, secondo le caratteristiche che si avrà modo di esaminare (*infra*, § 2 ss.). Ma il diritto medievale, che si caratterizza con una produzione "corale", fondata su una pluralità di soggetti, su un'integrazione continua tra le norme scritte e quelle consuetudinarie, sul prezioso lavoro di sistemazione svolto dai molti operatori giuridici (avvocati, notai, giureconsulti, commentatori e glossatori) *in utroque iure* (ossia, nel diritto civile e in quello canonico), costituisce tuttora, a dispetto dei luoghi comuni, un oggetto di studio del massimo interesse per comprendere le scaturigini del diritto medesimo e la continua interazione tra diritto e fatto (PRODI, 2000; GROSSI, 2004; ASCHERI, 2009; in termini più generali KELLY, 1992, 109 ss.; FASSÒ, 2001, II, 180 ss.; TODESCAN, 2002, 68 ss.; PADOA SCHIOPPA, 2007, 188 ss.), tanto da far diventare la tarda età medievale, secondo un'autorevole dottrina, un vero "laboratorio sapienziale" (GROSSI, 2007, 37 ss.).

Ordinamento
giuridico e
Stato moderno

Nondimeno, i processi di trasformazione che condussero alla creazione delle nuove unità di dominio, ossia degli stati nazionali, trovarono il loro coronamento dapprima nella pace di Augusta (1555), ove si affermò l'indipendenza religiosa degli Stati con il noto principio *cuius regio eius religio*, e poi, soprattutto, in quella di Westfalia (1648, trattati di Osnabrück e Münster), che sancì definitivamente l'affermazione della *sovranità statale e la stessa creazione di un diritto internazionale* (già anticipato sul piano teorico da Grozio con il suo *De iure belli ac pacis*,

del 1625). Di qui in poi, infatti, la storia della costruzione sistematica del diritto diventa essenzialmente storia dei diritti nazionali, graduale evoluzione strutturale di ordinamenti giuridici autonomi che determinano le proprie modalità di produzione, e tentano, almeno nell'area dell'Europa continentale, in correlazione con il rafforzarsi dello Stato assoluto (v. *infra*, § 8), di concentrare al massimo sia la produzione sia l'applicazione del diritto posto dal sovrano, generando in seguito una reazione che passerà, come detto, attraverso la lenta ma inarrestabile affermazione dei principi dello Stato di diritto, della sua divisione di poteri e degli istituti a questa correlati (come il principio di legalità o la riserva di legge: v. *infra*, cap. II), per arrivare infine, nell'età contemporanea (e salvo l'anticipazione nordamericana con la Costituzione statunitense del 1787), all'emersione delle costituzioni rigide, con il corollario, relevantissimo, del controllo di costituzionalità delle leggi (*infra*, cap. II, § 7).

Il grande e progressivo processo di codificazione, che inizia già dal secolo XVIII nella temperie del razionalismo illuminista e troverà la sua acme nel Codice napoleonico del 1804 (cui si ispireranno quelli di altri Stati per tutto il secolo XIX: il Codice civile italiano è del 1865; quello tedesco del 1900), è lo specchio del compimento di una profonda metamorfosi funzionale del diritto (un ampio quadro in TARELLO, 1976; FASSÒ, 2001, III, 5 ss.). Quest'ultimo infatti vede la sua origine ormai definitivamente posta in un paradigma discendente (dal sovrano ai sudditi), assai più consono a un modello sociale in cui l'autorità pubblica e l'egemonia delle classi borghesi mercantili richiedevano certezza di rapporti giuridici, celerità di azione delle istituzioni e difesa dei propri interessi, e relegata ai margini ogni possibile modello ascendente, ossia di formazione "dal basso" della norma giuridica. Nei sistemi continentali, in cui il diritto scritto è assolutamente prevalente e la consuetudine posta ai margini, il processo di codificazione ha infine una valenza epocale, serve a superare l'incerto uso del diritto romano come diritto comune (FASSÒ, 2001, II, 294 ss.), sancisce di fatto i caratteri degli ordinamenti contemporanei, concentra l'attenzione dei giuristi e degli operatori pratici del diritto sulla disposizione, sviluppa le tecniche dell'interpretazione testuale, genera (per esempio in Francia con l'*école de l'exégèse*, cui reagiranno, durante l'Ottocento e oltre, numerose correnti del pensiero giuridico, dalla Scuola storica di von Savigny, al "movimento del diritto libero" di Kantorowicz, alla sociologia giuridica di Ehrlich; sul tema LARENZ, 1960; FASSÒ, 2001, III, 188 ss.; TODESCAN, 2002, 255 ss.; PADOA SCHIOPPA, 2007, 502 ss.) alcuni importanti dogmi teorici, come quello della completezza dell'ordinamento e delle tecniche di eliminazione (o addirittura di negazione) delle lacune dello stesso (su cui MODUGNO,

Il processo di
codificazione

2009), e, infine, rende possibile l'attuazione di quel principio di esclusività, ossia di monopolio della produzione giuridica in capo allo Stato, che era il fine primario di una vasta e ambiziosa costruzione teorico-pratica, strettamente funzionale alle esigenze sociali ed economiche della dominante borghesia mercantile. Non solo: la codificazione del diritto consente il progressivo (sebbene mai del tutto compiuto) distacco dalla prospettiva giusnaturalistica, portando l'origine (e la legittimazione) del diritto nell'autorità sovrana, secondo un principio già affermato da Hobbes nel *Leviatano* (*auctoritas, non veritas facit legem*; HOBBS, 1651, Pt. II, cap. XXVI): il diritto positivo diventa dunque il fulcro del fenomeno giuridico reale, e la sua creazione spetta solo allo Stato, che è ormai individuato come soggetto politico in sé, prescindendo dalla sua forma contingente (BOBBIO, 1965, 107 ss.; FASSÒ, 2001, III, 176 ss.). Il diritto naturale può costituirne ispirazione, può rappresentare ancora un termine di paragone implicito, ma la secolarizzazione dello Stato e del suo diritto è infine raggiunta, e la stessa scienza giuridica assume una prospettiva sempre più informata a un giuspositivismo di tipo normativista che troverà in Kelsen e nella scuola giuridica viennese della prima metà del Novecento il suo esito teorico più noto ed evoluto (FASSÒ, 2001, III, 274 ss.).

La costruzione
“a gradi”
dell'ordinamento
giuridico

La teoria della costruzione “a gradi” (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico (KELSEN, 1934 e 1960), finemente elaborata dagli autori in questione (oltre al più celebrato Hans Kelsen, si devono ricordare Adolf Merkl e Alfred von Verdross), costituisce l'approdo scientifico di un'esperienza concreta che nella realtà si era già andata affermando dal secolo precedente, con la definizione di un livello primario e uno secondario di normazione, il primo affidato agli organi legislativi e il secondo all'asse monarca-esecutivo, in una sorta di traduzione giuridico-formale della progressiva sottomissione politica di quest'ultimo al Parlamento e ai ceti borghesi che ne erano divenuti l'ossatura, e insieme il punto di partenza per una riflessione dottrinale che avrebbe, nel corso del secolo XX, definito tutti i profili dogmatici dei rapporti strutturali operanti all'interno dell'ordinamento medesimo, perfezionandone quell'aspetto di sistematicità “interna” di cui si è detto in precedenza. Tale potenza tassonomica del modello gradualista fu probabilmente la ragione principale della prevalenza che questo infine ebbe, nonostante i limiti che gli derivavano da un eccesso di formalismo e di astrazione, sulle teorie concorrenti con cui, fin dall'inizio, si erano contrapposti, nella ricostruzione del fenomeno giuridico-costituzionale, l'approccio “sostanzialista” (o “decisionista”) del pensiero di Carl Schmitt (SCHMITT, 1928), o la più raffinata “dottrina dell'integrazione” di Rudolf Smend (SMEND, 1928).

Ovviamente, tale processo si svolse in stretta connessione con l'evolversi della forma di Stato, che dalla forma liberale dello Stato di diritto ottocentesco si mosse, sia pur con la parentesi della devastante esperienza dei totalitarismi sorti dalla crisi di questo nella prima metà del Novecento tra le due guerre mondiali, verso il paradigma (peraltro non del tutto realizzato e sempre problematico) dello Stato sociale (*Welfare State*) del secondo dopoguerra, fondato sull'emersione della nuova categoria dei diritti sociali (già anticipata tra il 1919 e il 1933 dalla Costituzione dell'infelice repubblica weimariana) e sul faticoso perseguimento di un'eguaglianza di tipo sostanziale (v. *infra*, § 8; cap. X) (GIROTTI, 1998; RIMOLI, 2005; per un esame della giurisprudenza costituzionale in materia COLAPIETRO, 1996), nonché di un processo di metamorfosi della forma di governo, che, pur declinata in diverse varianti (parlamentare, presidenziale, parlamentare a tendenza presidenziale, direttoriale), modificò la propria struttura, in precedenza dualista (ossia basata sulla contrapposizione tra Parlamento da un lato e monarca-esecutivo dall'altro), in una monista, ossia fondata essenzialmente su una sovranità popolare espressa da un parlamento rappresentativo, con il cui indirizzo politico l'esecutivo – seppur in misura diversa secondo la forma di governo vigente nel singolo ordinamento, massima nel regime parlamentare che si fonda su un rapporto fiduciario, minore in quello presidenziale, ove è sempre possibile un “governo diviso” (v. *infra*, § 9) – deve stabilmente confrontarsi (ELIA, 1970; MORTATI, 1973; RESCIGNO, 1989; LUCIANI, 2010).

Ma soprattutto, è tratto saliente degli assetti istituzionali contemporanei il già accennato affermarsi pieno delle costituzioni rigide, che a differenza di quelle flessibili possono essere modificate solo con particolari e più onerosi procedimenti legislativi di revisione, e tendono a tutelare, talvolta in modo assoluto, un nucleo di principi fondamentali, e un insieme di opzioni di valore che sono poste a base del singolo ordinamento. Di qui ha assunto sempre maggiore importanza l'opera di controllo e di garanzia che le corti costituzionali, deputate a vigilare sul rispetto delle costituzioni rigide, svolgono nell'assetto concreto, giuridico e politico, della forma di governo (v. *infra*, cap. XII).

Dovrebbe coronarsi in tal modo l'idea, di lunghissima tradizione, di prevalenza del “governo delle leggi” opposto al “governo degli uomini”, ossia di quel *nómos basiléus* che fin dal pensiero antico si pone come scaturigine prima, in un peraltro inestricabile intreccio di forza e giustizia, di *hybris* e *dike*, del fenomeno giuridico e della sua capacità di condizionare i comportamenti individuali e collettivi (DOGLIANI, 2004, 33 ss.; ZAGREBELSKY, 2008, 43 ss.; GASTALDI, 2008, 41 ss.). Certo, il

Le costituzioni
rigide

costituzionalismo contemporaneo, che sovente inclina, in certe sue correnti dottrinali (come per esempio quella assai composita definita “neocostituzionalismo”, sulla quale non è qui possibile soffermarsi: ma si veda criticamente POZZOLO, 2001), verso il recupero più o meno dissimulato di istanze giusnaturalistiche (RIMOLI, 2015), non risolve tutti i problemi, non potendo rendere certe e oggettive scelte politico-giuridiche che in realtà, a ben vedere, sono comunque frutto di opzioni di valore soggettive entro democrazie peraltro sempre meno capaci di mantenere un adeguato grado di rappresentatività popolare, e finisce con lo spostare il problema sui modelli della decisione e dell’organizzazione, sia sul piano costituzionale e legislativo che su quello giurisdizionale, laddove emerge sempre più prepotentemente, a dispetto di ogni limitazione teorica, la figura dell’interprete (massimamente del giudice costituzionale) e l’intera attività ermeneutica come luogo di “co-creazione” delle norme (sul tema MODUGNO, 2015).

Tutto ciò in un contesto in cui la più consueta dimensione statale – su cui come si è visto molte delle categorie della dogmatica del diritto pubblico si sono forgiate – è posta in crisi dai faticosi e confusi processi di integrazione sovranazionale da un lato, e da una caotica e aggressiva globalizzazione sistemica delle dinamiche economico-finanziarie dall’altro. Si pone in dubbio ormai, e fondatamente, la stessa sovranità degli Stati nati dalla prima modernità, e con essa l’intero assetto sistemico che ne è scaturito, alla luce della nascita di un “antisovrano” che, in forme anonime e transnazionali, ne assume sempre più il posto (LUCIANI, 1996), talora ben sostenuto, di fatto, dalle tecnocratie delle istituzioni sovranazionali, e non più controllabile mediante gli strumenti propri delle democrazie liberali, nati entro una dimensione essenzialmente statale. Né tranquillizzano le tesi che intravedono un freno a tali rischiose trasformazioni in una sorta di processo di “costituzionalizzazione spontanea” nelle nuove organizzazioni del potere globale (mediatico, informatico, finanziario; è il modello di “*societal constitutionalism*” proposto da TEUBNER, 2012).

Le categorie tradizionali, tuttavia, rimangono ancora di estrema utilità per la comprensione del funzionamento concreto dei sistemi giuridici: se è vero che il confronto con il dato reale è infine per il giurista (come per lo storico, il sociologo o il politologo) imprescindibile, lo è altrettanto la conoscenza del dato formale, dell’aspetto sistematico esterno e interno del diritto organizzato in ordinamento e delle sue dinamiche evolutive, di un dover essere che comunque condiziona l’essere concreto della vita individuale e collettiva.