

**DISCUSSIONE SU UN RECENTE SAGGIO DI
FILIPPO GALLO: CHE COS'È LA COSTITUZIONE?
UNA DISPUTA SULLA RIFONDAZIONE DELLA
SCIENZA GIURIDICA.
CRONACA DELLA TAVOLA ROTONDA
ORGANIZZATA A ROMA PRESSO L'UNIVERSITÀ
LUMSA IL 15 MARZO 2011***

L'incontro di studio, reso possibile dal fattivo interessamento della Prof.ssa Maria Pia Baccari e volto all'apertura di un dibattito, meglio di un «dialogo», tra cultori di discipline giuridiche storiche e positive, prende avvio coi saluti e il discorso introduttivo del Prof. Giuseppe Dalla Torre Del Tempio di Sanguinetto (Magnifico Rettore e Ordinario di Diritto Canonico nella Libera Università Maria SS. Assunta LUMSA di Roma), che subito fa presente la proficuità – e quindi l'estrema utilità per i partecipanti, non soltanto per un uditorio costituito in larga misura da studenti della

* LUMSA Libera Università Maria SS. Assunta, Via Pompeo Magno 22 – Roma, Aula 1, Martedì 15 marzo 2011, Ore 10:00. Organizzazione: Le cattedre di Istituzioni di diritto romano e Diritto romano, Prof.ssa Maria Pia Baccari. Discussione sul saggio del Prof. Filippo Gallo dal titolo *Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica.*

Facoltà di Giurisprudenza – di un confronto, certo non così consueto, tra un romanista (uno dei più eminenti nell'attuale panorama di studi) e due costituzionalisti, anch'essi tra i più autorevoli nel settore giuspubblicistico, decisamente all'insegna della multidisciplinarietà.

L'occasione dell'incontro viene offerta da un recente saggio in materia di Costituzione, di cui è in atto una prima diffusione nella comunità scientifica ad opera dell'Associazione dei Costituzionalisti Italiani (AIC)¹, del Prof. Filippo Gallo, dal titolo '*Che cos'è la costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*'². Un lavoro in cui si intesse un discorso critico sul movimento di pensiero noto sotto l'etichetta variamente sfaccettata di 'costituzionalismo'³, il che dà occasione a Dalla Torre di annotare, in primissima battuta, che la vicenda delle costituzioni sta seguendo sostanzialmente ciò che in passato ha rappresentato la vicenda delle codificazioni.

¹ È stato in effetti pubblicato *on line* il 22/03/2011 sulla *Rivista AIC*, I, 2011 (www.rivistaaic.it).

² Il contributo è destinato anche a comparire sul prossimo numero del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* «Vittorio Scialoja».

³ Su cui vd. per tutti N. MATTEUCCI, voce *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*², diretto da N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, 1983, 270 ss.

Dalla Torre arriva a chiedersi se non siamo di fronte a un «bivio» epocale, che vede contrapporsi da un lato una costituzione intesa nella dimensione valoriale (quindi una «costituzione dei valori») e dall'altro una costituzione, meno ambiziosamente concepita o raffigurata, «delle regole».

Resta però fermo il dato, ineludibile, che anche le regole incarnano, a loro modo, dei valori. Il diritto, comunque, sempre di più è immerso, piaccia o dispiaccia, in un quadro di «pluralizzazione delle tavole valoriali» (si pensi al 'politeismo valoriale' di cui parlava Max Weber⁴), trovandosi a fare i conti con una società (la preferenza per il termine, in luogo di «comunità», non è casuale⁵) i cui valori di riferimento assumono contorni ogni giorno più mobili e indefiniti, per le più svariare ragioni⁶.

⁴ M. WEBER, *Il politeismo dei valori*, a cura di Francesco Ghia, Brescia, 2010.

⁵ Secondo quanto lo stesso studioso ha espresso in altra sede: cfr. G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993, 15: «assistiamo al passaggio dalla comunità, cioè etimologicamente dal gruppo umano che ha qualcosa in comune, alla società che ha bisogno di negoziare i valori di riferimento».

⁶ G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, cit., 15 ss. indica tra le principali i fenomeni sempre più ragguardevoli di secolarizzazione e di immigrazione da Paesi extraeuropei.

Non è soltanto la percezione delle tracce del 'Polytheismus der Werte'⁷ weberiano nell'esperienza quotidiana a farci porre detta domanda, in quanto è sotto la spinta di più pressanti trasformazioni che si pone l'ulteriore quesito, certo in qualche misura consequenziale, se una mera costituzione «delle regole» non sia in realtà, fondamentalmente, una costituzione 'dimidiata', svuotata, in sostanza, di significato. Così, si osserva, pure calcando la mano sulla dimensione 'mite' del diritto – secondo una nota raffigurazione che ne è stata

⁷ Come noto, Carl Schmitt ha preferito rivoltare la prospettiva parlando invece (1967) di una «Tyrannie der Werte». L'operazione di 'Verwertung' o 'valorizzazione' valutata da Schmitt parte però anch'essa da una considerazione del 'Wert' o valore, in latino *bonum*, come dichiara lo stesso autore (C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*⁸, presentazione di Giano Accame, trad. it. di Susanne Forsthoff Falconi e Franco Falconi, Roma, 1996, 31), sulla base della traduzione dal latino dell'Enciclica *Mater et Magistra* di Papa Giovanni XXIII del 1961, dove la parola *bonum* è appunto resa in tedesco col sostantivo 'Wert', in italiano con 'valore', salvo però discorrere, nel prosieguo, di *valor*. Il problema è stato visto nel fatto che il buono è sempre tale per un soggetto o al massimo per una cerchia di individui, come Schmitt afferma sulle orme di Nicolai Hartmann.

Il resoconto si riferisce all'incontro di studio che ha avuto luogo presso l'Università LUMSA di Roma il 15 marzo 2011 su iniziativa della Prof.ssa Baccari, a proposito dell'ultimo contributo di Filippo Gallo sulla nostra costituzione. Il lavoro, che sarà pubblicato sulla prossima annata di BIDR, ha dato occasione agli intervenuti (tra i quali i Proff. M. Luciani e S. Mangiameli) di dibattere intorno ad alcuni interrogativi destati da certe teorie recentemente espresse da G. Zagrebelsky. L'aspetto più interessante dell'incontro è stato il rilievo attribuito ad argomentazioni per lo più inedite per chi coltiva lo studio del diritto costituzionale: in particolare, la veduta di Gallo secondo cui l'elevazione del 'compromesso' – che rese possibile la redazione della costituzione italiana – da elemento formale a elemento per sé stesso irradiato di 'valori' (sottratto alla discussione e alla valutazione) presenta oggettive analogie con l'ideologia della *legum doctrina* di matrice giustiniana.

MARCO A. FENOCCHIO
 Ricercatore di Diritto Romano
 Università degli Studi di Torino
 E-mail: marcoantonio.fenocchio@unito.it

ABSTRACT

This account refers to the meeting that took place in Rome, at LUMSA University, on March 15, 2011, under the auspices of Lady Professor Maria Pia Baccari, about Filippo Gallo's last essay on our constitution. The work, which will be published in the next number of *BIDR*, gave occasion to the conventioners (among those present, Professors M. Luciani and S. Mangiameli) to discuss constitutional problems with special regard to certain theories lately conceived by G. Zagrebelsky. The most interesting point was the attention paid to arguments of romanistic origin in order to explain the significance of constitution. Gallo did not share the elevation of the just formal compromise achieved after the second postwar to a substantial element, in contrast with current assumptions founding the way of thinking known as 'modern constitutionalism'. In a very close exchange of views, Gallo exposed such representations to censure, for a constitution interpreted in that way is the likely reproduction of something similar to Justinianean *legum doctrina*.

data⁸ – il risultato finale sarebbe ancora considerabile come diritto? O non, invece, come sistema debolmente direttivo?

Viene dunque da chiedersi in quale ottica vada vista oggi quella che ha assunto il nome certo suggestivo di 'religione civile' in una società in cui non esistono punti di riferimento condivisi, cioè comuni, valutando anche i preziosi spunti che ci potrebbero venire da una riconsiderazione di quanto Jacques Maritain ha scritto sul rapporto tra uomo e stato⁹.

Segue un intermezzo della promotrice dell'iniziativa, la Prof.ssa Baccari, che invita fin da subito il Prof. Gallo ad esporre i propri punti di vista, anche al fine di arricchire il prosieguo della discussione fornendo ai due costituzionalisti presenti ulteriori dati e spunti per più compiute riflessioni sul saggio dedicato alla 'essenza' della costituzione: «legge»¹⁰ (me-

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

⁹ J. MARITAIN, *L'homme et l'état*, Paris, 1953.

¹⁰ Come si ritiene anche da buona parte dei costituzionalisti. Cfr. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁶, a cura di Francesco Crisafulli, II, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, 69 ss. (part. 70, dove si dice che la Costituzione «è dunque *legge tra le leggi*, anche se legge suprema perché sovrastante ad ogni altra e non modificabile se non con l'apposita procedura delle leggi di

glio, specie del genere legge) – nella plastica formula crisafulliana, «*legge tra le leggi*»¹¹ – oppure «non legge» (come sembra ricavarsi dal recente libro di Zagrebelsky¹²)?

Il Prof. Gallo apre il suo intervento con alcuni ricordi personali di giovane studente lavoratore, che aveva avuto l'ardire di chiedere la tesi in Storia del diritto romano¹³ all'allora Maestro della Scuola torinese, il Prof. Giu-

revisione costituzionale»: dettagli *infra* nel testo) nonché A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*⁵, ristampa emendata, Torino, 2010, 223 s. («con tutte le sue specificità... la Costituzione è una *legge*... come si desume dal fatto che essa venne *promulgata*, analogamente a un qualsiasi atto legislativo, il 27 dicembre 1947») e 225 («la Costituzione... in quanto promulgata, deve essere considerata una "legge"»).

¹¹ È, questa, l'esatta espressione adoperata da Vezio Crisafulli. Vd. nt. precedente. Riprende ora la caratterizzazione della costituzione come «legge fra le leggi», vale a dire come «norma che si indirizza direttamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, sia pubblici che privati», S. VUOTO, *Principio di legalità della pubblica amministrazione e legge incostituzionale*, in *Ann. Fac. Econ. Cagliari*, XXI, 2004-2005, 518.

¹² Scrive Zagrebelsky che trattare la costituzione come una legge significherebbe non coglierne «i caratteri più profondi».

¹³ Non in «Istituzioni di diritto romano», che avrebbe richiesto troppo tempo e per affrontare la quale Gallo non si sentiva sufficientemente pronto.

qualsiasi elaborazione teorica del diritto. Se il custode di una banca fa suoi i denari che vi sono contenuti, nessuno potrà dire che i custodi sono inutili o dannosi. Quante medicine dannose e con gravissimi effetti collaterali (persino mortali) ha assunto l'uomo? Eppure anche qui nessuno può contestare che i medicinali, per essere definiti tali, devono servire per curare nella maniera più efficace possibile (in considerazione di quello che è l'avanzamento scientifico dell'uomo in un dato momento) un malato⁶⁶. Come ogni altro prodotto umano anche il diritto deve essere adeguato alle esigenze per cui è posto e, per quanto possibile, via via migliorato. E così ci sarà pur stato nell'antica Roma qualche pretore disonesto e sopraffacente⁶⁷, senza tuttavia che il concetto di diritto sia stato degradato in modo da comprendere (rendere legittimo) qualsiasi capriccio o arbitrio.

⁶⁶ Altro esempio che Gallo richiama spesso concerne l'uso di amianto nell'edilizia, per molti anni massiccio e abbondante e poi riconosciuto causa di infiniti problemi sanitari prima ancora che legali, per essere stato accertato come il principale agente eziologico del mesotelioma pleurico.

⁶⁷ Vd. F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LXII, 1996, 64 (= *Opuscula selecta*, a cura di Ferdinando Bona e Massimo Miglietta, Padova, 1999, 1013).

tendere verso gli stessi, perché non può disconoscersi che a volte il buono e l'equo possono consistere anche nel «meno peggio». E così si chiude il cerchio, con la risposta a quanti dubitano che l'uomo sia in grado di attenersi a questi criteri⁶⁴, che evidentemente sono attuati (non possono non essere attuati) nei limiti inerenti alla condizione umana⁶⁵, i quali non possono perciò essere ignorati in

solo imperfettamente il segno *bonum*, perché la ragione può essere utilizzata «anche per fini cattivi, come...nell'ideazione di un delitto perfetto» (F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, cit., 148).

⁶⁴ Obiezione che pure potrebbe apparire, a prima vista, ricevibile, perché tutti sappiamo che cosa l'uomo nel corso della storia è stato in grado di fare, più nel male che nel bene.

⁶⁵ V., con estrema lucidità, F. GALLO, *Una critica*, cit., 503: «In ogni settore i prodotti dell'attività umana presentano, o almeno possono presentare, qualità diverse: possono essere ottimi, buoni, cattivi, pessimi, con tutte le gradazioni intermedie. Le esplicazioni in ambito giuridico, volte alla disciplina dei rapporti umani, non sfuggono alla regola. È perciò giustificato che si tenda, anche in tale ambito, ad assicurare il meglio nei limiti consentiti dalla condizione umana». Si coglie, in queste affermazioni, una critica sostanziale al giuspositivismo kelseniano, che invece rappresenta le norme come *valide* o *invalidi* (quindi: né giuste né sbagliate).

seppe Grosso, depositando in tempi brevissimi il lavoro, sulla riforma dei comizi centuriati, senza sottoporlo alla previa visione del professore¹⁴. Il giorno della discussione, il Prof. Grosso esamina punto per punto il lavoro col suo tesista muovendo obiezioni e critiche, alle quali il Gallo non esita a replicare puntualmente, giungendo a dimenticare, nella discussione sempre più vivace, il luogo dove si trovava ed a dire all'illustre interlocutore che egli, più che dati testuali, adduceva chiacchiere. Il Prof. Grosso, non nascondendo la propria soddisfazione¹⁵, chiuse la discussione dicendo che non si era in un processo dove si inverte l'onere della prova.

Poco dopo il conseguimento del titolo dottorale, a Gallo fu proposto di intraprendere la carriera accademica¹⁶: ciò che il nostro

¹⁴ Si rammenta questo episodio anche in F. GALLO, *Giuseppe Grosso a venticinque anni dalla morte*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-1996 (ma pubbl. 2000), XIX (ora in G. GROSSO, *Studi storico-giuridici I Storia diritto società*, Torino, 2000, XXII).

¹⁵ Va ricordato, a riprova, che la tesi espressa nel lavoro sulla riforma dei comizi centuriati è ancora oggi tra quelle che circolano tra gli studiosi del tema.

¹⁶ I particolari di quella che Gallo stesso ha definito «chiamata condizionata» sono riferiti nello scritto citato *supra*, nt. 14.

notoriamente fece, assurgendo ben presto ad attore di prim'ordine degli studi romanistici.

L'aneddoto è dunque riferito senza imbarazzi dallo stesso Gallo, che lo porta anzi come esempio in grado di gettare luce sulla sua formazione e di spiegare i suoi proteiformi interessi, con un approccio che sempre prova a liberarsi dai «pregiudizi» e dalle convinzioni preformate che spesso quasi inconsciamente gli studiosi maturano, in proporzione maggiore al crescere delle loro competenze specifiche in un determinato settore di studi. Ecco il perché di uno scritto sulla costituzione, in relazione alla quale Gallo ammette di non avere tutte le conoscenze specialistiche dei costituzionalisti, ma di sfruttare per converso l'indubbio vantaggio che gli viene dall'essere meno condizionato dai richiamati «pregiudizi», che spesso, quasi inavvertitamente, possono incanalare a senso unico una ricerca, facendo sì che vengano accantonati in partenza altri plausibili e diversi modi di avvicinarsi alle tematiche oggetto di studio.

Dopo aver così ricomposto gli inizi del proprio percorso formativo, egli si sofferma sul contrasto tra l'idea giustiniana del diritto e la concezione classica del diritto romano quale emergente dalla celeberrima definizione di Celso «*ius est ars boni et aequi*» (Ulp. 1 *inst. D.*

è possibile porre rimedio in chiave giusnaturalistica – come pure l'Arpinate pensava nel brano suddetto –, ma recuperando con pazienza e umiltà la lucida lezione celsina, riconoscendo cioè che il diritto non è un guscio vuoto riempibile con qualsiasi contenuto, ma un prodotto dell'uomo che deve rispondere, in aderenza al fine con esso perseguito, ai supremi criteri del *bonum* e dell'*aequum* (della ragionevolezza e dell'uguaglianza)⁶³, o almeno

testamenti se il diritto consistesse nelle deliberazioni del popolo, nelle decisioni dei governanti e persino nelle sentenze dei giudici e furti, adulteri e falsificazioni fossero approvati dalla moltitudine. Si vedano, in tema, e tra gli altri, F. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, I, *Origini*, Torino, 1863, 242 nt. 1 e M. BERLIJAK, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio*, Roma, 1978, 57 nt. 98.

⁶³ F. GALLO, *Una critica*, cit., 504: si tratta dunque di criteri estranei al condizionamento della morale e della religione, contrariamente a quanto si potrebbe obiettare. Chi dice – sostiene con logica stringente Gallo, *op. e loc. citt.* – che il diritto informato al *bonum* e all'*aequum* sarebbe un diritto ingiusto perché esposto ai condizionamenti di morale e religione, dovrebbe spiegare come possa mai il diritto, stante la sua purezza, essere subordinato «a criteri ad esso estranei». Ad avviso del Gallo i termini italiani ragionevolezza ed uguaglianza non sono tuttavia così precisi come quelli della lingua latina *bonum et aequum*. In particolare ciò che è ragionevole, cioè conforme alla ragione, traduce

so⁵⁹, anche se in ciò non si esauriva l'*officium* pretorio.

Il *ius* nuovo indicato per una situazione specifica diventava *ius constitutum* solo se appropriato, o almeno giudicato come tale, e quindi ritenuto applicabile anche nei casi successivi⁶⁰. Altrimenti, non trovava più applicazione, rimanendo senza seguito⁶¹.

Un'ultima notazione viene proposta da Gallo sul *ius naturale*. Il diritto è sempre una produzione umana che, in quanto tale, è sottoposta a determinati criteri. Nell'esperienza umana esso non rientra negli elementi naturali, ma in quelli artificiali e non può perciò essere detto naturale. Al dato rilevato con forza da Cicerone nel *De legibus* 1.16.43 («*Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur*»⁶²), non

⁵⁹ Vd. F. GALLO, *Aspetti*, cit., 14.

⁶⁰ F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 88.

⁶¹ Nota F. GALLO, *Travisamento*, cit., 2034, che «il suggerimento del giurista poteva anche restare senza seguito: era necessario, per la sua trasformazione in diritto, il vaglio, quanto mai opportuno, della pratica (la sua riconosciuta attitudine ad appagare, nei fatti, l'esigenza a cui era preordinato)».

⁶² Secondo cui potrebbe paradossalmente essere «diritto» il rubare, commettere adulterio o il falsificare

1.1.1.pr.). Viene così rappresentata la peculiarità del diritto quale *ars*, ricordando come il parallelo con l'astronomia autorevolmente proposto da Rodolfo Sacco non sia del tutto pertinente per difetto negli astri dell'artificialità¹⁷.

Oggetto specifico di critica nell'ambito del saggio è la teoria che traspare dal recente (2008) volume di Gustavo Zagrebelsky, intitolato '*La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di diritto costituzionale*'¹⁸, da cui si è ricavato che per il noto costituzionalista la costituzione non sarebbe una legge¹⁹. Il Gallo muove rilievi già a partire dalla scelta del titolo del libro: si vorrebbe criticare una visione legalistica e «legola-

¹⁷ Cfr., per la critica a Sacco sull'esempio dell'astronomia, F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, 119 s., nt. 220.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di diritto costituzionale*, Bologna, 2008.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., 127 («occorre mostrare che [la Costituzione] non si può ridurre a una legge come le altre, nemmeno a una "superlegge"... Se così fosse, come di solito si ritiene che sia, se davvero la Costituzione non fosse che una manifestazione, tra le tante, della legge, anzi: la sua manifestazione più eminente, il tentativo di ricostruire "l'altro lato del diritto" ricorrendo a essa sarebbe infruttuoso»).

trica»²⁰, eppure non si parla del diritto e della sua giustizia, bensì della «legge» e della sua giustizia.

Manca un riferimento ai «criteri»: sono tali, senza dubbio, la ragionevolezza e l'uguaglianza, che non possono però essere intesi come principi. Stando così le cose non ci si pone al riparo da quelle che appaiono le dirette conseguenze delle premesse accolte: in particolare l'elevazione del 'compromesso'²¹ tra le forze politiche egemoni del secondo dopoguerra, che avrebbe permesso e da cui sarebbe nata la carta fondamentale, a elemento per sua natura sotteso di idealità. Il diritto per essere tale non può basarsi soltanto sull'aspetto formale, su un elemento estrinseco (e si pensa proprio al compromesso), in quanto deve anche presentare «contenuti» corrispondenti al *bonum et aequum*: in termini a tutti comprensibili, ai cri-

²⁰ La parola 'legolatria' e l'aggettivo 'legolatrigo', non molto in uso, ricorrono frequentemente nel lessico di Paolo Grossi. Sul «protocollo legolatrigo» in uso ancora nei nostri giorni, germinato dalle teorie hobbesiane della legge quale comando sovrano che prescinde dai contenuti, si vd. ora A. MARIANI MARINI, U. VINCENTI, *A proposito della formazione del giurista. In margine alle Lezioni di Filosofia del diritto di Francesco Gentile*, in *Dir. e formazione*, III, 2007, 493.

²¹ Da dato meramente formale verrebbe così a tramutarsi in un dato avente peso sostanziale.

be essere in grado di scrivere, di 'fare' la stessa sentenza⁵⁵ o legge⁵⁶. A restare in ombra, come si vede, è sempre il profilo più cruciale del 'fare'⁵⁷, profilo necessariamente dinamico e non statico⁵⁸.

Certo, compito fondamentale del pretore romano era quello di *dicere ius*, di statuire un principio da seguire per un determinato ca-

⁵⁵ Così, con grande chiarezza, F. GALLO, *Una critica*, cit., 508: «Si deve dire, a tutte lettere, che non è sufficiente, per la formazione del giurista, la conoscenza dei contenuti normativi e delle decisioni giudiziarie. Egli deve essere invece posto in grado di elaborare, nel settore in cui opera, le nuove soluzioni che l'immane svolgimento sociale renderà necessarie».

⁵⁶ F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, cit., 142, dove si lamenta anche una carenza degli insegnamenti impartiti nelle nostre Facoltà giuridiche, nelle quali, salvo rare eccezioni, «non si insegna neppure come si fa l'interpretazione: si insegnano i contenuti delle norme e delle sentenze, destinati in molti casi a cambiare rapidamente, e non si insegna all'aspirante operatore del diritto e futuro giurista l'unica cosa che conta e gli servirà veramente nella vita, vale a dire a cavarsela da solo di fronte a un problema giuridico impostandolo e risolvendolo correttamente».

⁵⁷ Quello che invece più dovrebbe interessarci.

⁵⁸ Cfr. F. GALLO, *Fondamenti*, cit., 1969.

diritto è tale se c'è anche il contenuto e non solo la forma⁵³. Un'arancia svuotata e riempita di gelato, esemplifica Gallo, non è un'arancia. Questo discorso vale anche se si passa a parlare non più di consuetudine ma di formazione degli uomini di diritto⁵⁴. Per essere giuristi non basta, ad esempio, leggere le parole scritte in una sentenza o in una legge: bisognereb-

Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna, III, Napoli, 2007, 2032.

⁵² Vd. F. GALLO, *Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana*, in *Iura*, LIV, 2003 (ma pubbl. 2006), 13, dove il punto riceve chiara enunciazione: «se il diritto tende ad assicurare la convivenza sociale, il suo scopo ultimo ha ad oggetto i casi concreti: la soluzione in merito ai fatti, atti e rapporti in cui ciascuno è coinvolto. Gli uomini, nella loro vita, più che alle enunciazioni teoriche e alle prescrizioni generali e astratte, sono interessati alle specifiche soluzioni a cui essi e la loro attività... sono sottoposti».

⁵³ Cfr. ancora F. GALLO, *Travisamento*, cit., 2033, per il quale in assenza dei necessari «connotati» del diritto, «ne sarebbe esistita la parvenza (la forma), ma non la sostanza».

⁵⁴ Non può dunque validamente proporsi, secondo F. GALLO, *Una critica*, cit., 507, come invece ha sostenuto Natalino Irti, «un'antinomia tra sapere e saper fare» perché è ovvio che «il diritto serve a uno scopo pratico». Celso lo sussume, in aderenza alla realtà, nel genere *ars*.

teri di ragionevolezza e di uguaglianza proporzionale²². Si spiega così il motivo delle diverse obiezioni in precedenza sollevate contro le concezioni del «diritto muto» (Sacco)²³, del nichilismo giuridico (Irti)²⁴ e dell'interpretazione del diritto come affabulazione (Monateri)²⁵.

E poi, quanto alla tesi di Zagrebelsky per cui la costituzione non sarebbe una legge, il Gallo richiama in primo luogo il dato per il

²² Cfr. F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in AA. VV., *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da Luigi Labruna, a cura di Maria Pia Baccari e Cosimo Cascione, II, Napoli, 2006, 1968 *in fine*. Ci sono infatti – come ha dimostrato il Gallo in più di un suo scritto – diversi tipi di uguaglianza, secondo quanto significato dall'esistenza nel lessico latino di una pluralità di rappresentazioni: *aequalis*, *aequus* ed *aequabilis*.

²³ Vd. F. GALLO, *La definizione celsina del diritto e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica. Conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*, III, 2010, 63 ss., rivista in formato digitale *on line* sul sito www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com.

²⁴ F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, 2007, 469-510, in part. 503 per la critica all'aforisma n. 459 di *Umano, troppo umano* di Friedrich Nietzsche (= *Riv. dir. civ.*, LIII, 2007, 19-47 e spec. 42).

²⁵ F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è affabulazione?*, Milano, 2005.

quale tra le disposizioni della costituzione ce n'è una (nell'art. XVIII,4 delle disposizioni transitorie e finali) che qualifica la costituzione stessa come «legge fondamentale» della Repubblica, mentre, com'è noto, il costituzionalismo vede nella costituzione qualcosa che non partecipa della natura della «legge» ed è pertanto ad essa non riducibile.

Si tratta di un argomento 'forte', già portato all'attenzione degli studiosi da una personalità scientifica di vaglia come quella di Vezio Crisafulli²⁶.

Interviene, a questo punto, il Prof. Massimo Luciani (Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università di Roma «La Sapienza»), il quale esprime *in limine* l'avviso che occorra «prendere sul serio» le affermazioni di

²⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 70 s., ha sostenuto che «la figura di vera e propria legge, anche se *sui generis*, che alla Costituzione non può non riconoscersi, risulta formalmente anche dalla avvenuta "promulgazione" (subito dopo l'approvazione da parte dell'Assemblea), con una formula (prevista nella XVIII ed ultima delle disp. trans. e finali della Costituzione medesima) palesemente modellata, con le varianti e gli adattamenti del caso, sulla tradizionale formula di promulgazione delle leggi, in genere: "la Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato"».

Sulla consuetudine si sorvola spesso⁴⁹, ma basterebbe domandarsi, a proposito della sua formazione, se sia più significativo da parte dei cittadini approvare una legge sul *leasing* oppure stipularlo. Anche la tesi di Salvio Giuliano sulla consuetudine fa quindi parte dell'eredità perduta del diritto romano⁵⁰. Ciò che conta nel diritto non è tanto la norma nella sua formulazione astratta, ma la soluzione dei casi⁵¹, che interessa chi ne è coinvolto⁵². Il

⁴⁹ Va ricordato, tuttavia, oltre il lavoro di Carlo Espósito richiamato dal Mangiameli, il risalente studio di C. CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, 1948, cui *adde* G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto: l'opinione iuris e il problema della distinzione tra norme giuridiche e norme extragiuridiche della costituzione*, in *Giur. cost.*, fasc. 5-6, 1968 e C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I. Premesse generali*, Napoli, 1992.

⁵⁰ Su tale eredità perduta vd. F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano: a proposito della produzione del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, IV, 2007, 1006 ss. nonché ID., *L'eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, 139 ss.

⁵¹ Di qui, allora, «la connessa individuazione del fulcro del fenomeno giuridico nella soluzione dei casi concreti, che incide in modo diretto sui bisogni ed interessi umani e rispetto a cui sono strumentali sia la posizione di norme in via generale ed astratta, sia la funzione giudiziaria e l'elaborazione dottrinale»: F. GALLO, *Travisamento del lascito del diritto romano*, in

lificazione «legge». In termini aristotelici l'essenza della costituzione è data dal suo appartenere al genere della legge, e non si capisce come mai il costituzionalismo abbia ritenuto di elevare la costituzione a qualcosa di essenzialmente diverso, a un *quid* che travalica lo stesso concetto di «legge».

Non incide, poi, il fatto che la Corte costituzionale sia esposta a condizionamenti e spinte politiche, perché essa è soggetta a regole ben precise e deve agire per adempiere agli incombeni che le sono affidati. Quanto al pretore romano, egli era sottoposto al diritto⁴⁶ piuttosto che alla legge⁴⁷.

Fa inoltre specie che nella costituzione non si parli della consuetudine. Così come attualmente congegnato il sistema non può pertanto nemmeno prevedere il sindacato di costituzionalità su una consuetudine. E questa è sicuramente una lacuna⁴⁸.

⁴⁶ F. GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., 38 e 137.

⁴⁷ Vd. A. CORBINO, *Visuali romane e visuali moderne del diritto. A proposito di un saggio recente*, in *RGDR*, XVI, 2011, 3: «com'è a tutti noto, il pretore romano non subisce il vincolo della legge».

⁴⁸ Se si preferisce, una manchevolezza.

Gallo, sebbene quest'ultimo abbia rimarcato, nel suo intervento, di non essere un costituzionalista e di muoversi evidentemente su un terreno non suo.

Risulta infatti doveroso il confronto non solo con le discipline giuridiche ma anche con quelle extragiuridiche e, nel nostro caso, storiche, che tanto hanno condizionato e condizionano il diritto anche in questi difficili frangenti.

Per il Luciani nello studio della costituzione si incontrano due «filoni dominanti»: 1) tra gli studiosi (per cui può parlarsi di «costituzionalismo irenico»²⁷); 2) nel dibattito pubblico (per cui è d'uso richiamare un «costituzionalismo meccanico»²⁸). Al primo filone apparterebbe un rilievo delle teoriche sulla sovranità²⁹ della costituzione. Ma in realtà non potrebbe parlarsi (sul punto Luciani si dice d'accordo col Gallo) di «sovranità della costituzione» come postulata da alcuni esponenti

²⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.rivistaaic.it.

²⁸ Sul costituzionalismo «meccanico» si vd. M. LUCIANI, *Sul partito politico, oggi*, in www.centroriformastato.org, 1.

²⁹ Sul concetto – o meglio sui concetti – di 'sovranità' nel diritto costituzionale, vd. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, 50 ss.

del costituzionalismo³⁰, in quanto la stessa costituzione è *ius positum*. E nemmeno sarebbe immaginabile un'autopoiesi dei valori, che

³⁰ Svelatrici dell'appartenenza a questa corrente mi sembrano invece, se vedo bene, le riflessioni svolte da S. GAMBINO, *La revisione della Costituzione fra teoria costituzionale e tentativi (falliti) di 'decostituzionalizzazione'. Limiti sostanziali e 'costituzione materiale'*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (cur.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti fra teoria costituzionale diritto interno esperienze straniere*, Milano, 2007, 31 s., che afferma il «collocarsi delle costituzioni del secondo dopoguerra nella sfera più alta del diritto dove lo *jus* cessa di essere *lex* e dove i diritti cessano di essere una regola posta dal legislatore per diventare pretese soggettive assolute (...). Il costituzionalismo contemporaneo...dando forma concreta all'hobbesiana aspirazione di distinguere il diritto dalla legge e prediligendo l'aristotelico "governo della legge al governo degli uomini", realizza una sostituzione della sovranità della Costituzione alla sovranità delle leggi, che trasforma i diritti fondamentali in diritti inviolabili». Si possono inoltre ricordare A. DAGNINO, *Agevolazioni fiscali e potestà normativa*, Padova, 2008, 51, per la sottolineatura del «passaggio dalla sovranità dello stato alla sovranità della Costituzione, passaggio nel quale sempre più lo Stato può essere considerato "padrone della legge" (statale) ma non "padrone del diritto" (l'ordinamento giuridico della Repubblica)» e P.P. PORTINARO, *Democrazia d'America e democrazia d'Europa*, in M. DONZELLI, R. POZZI (a cura di), *Patologie della politica: crisi e critica della democrazia tra Otto e Novecento*, Roma, 2003, 33.

della proprietà e dell'art. 6 CEDU) questa ultraventennale interpretazione che si faceva politicamente carico dei problemi di cassa dello Stato, creando di fatto i presupposti per il nuovo indirizzo inaugurato con le richiamate sentenze gemelle.

La battaglia per il diritto⁴⁴ è insomma quotidiana, come emerge, senza dubbio, anche dall'insegnamento del Prof. Gallo.

Concluso il giro di discussioni, è lo stesso Gallo a riprendere il discorso, rilevando, prima di tutto, che le differenze rispetto a Luciani gli sono sembrate più di formulazione che di sostanza. Se la costituzione è una fonte «del diritto», come ha detto Luciani, ciò vuol dire che si concorda sulla «specificazione». Nella nostra tradizione, forti dell'insegnamento di Aristotele per il quale la definizione era «dichiarazione di essenza»⁴⁵, le operazioni definitorie avvengono *per genus et differentiam*. La costituzione è definibile come specie del genere legge, visto che gli stessi costituenti hanno parlato di «legge fondamentale», dove la specificazione «fondamentale» nulla toglie alla qua-

⁴⁴ Echi di uno jheringhiano 'Kampf um's Recht'?

⁴⁵ Sulla moderna crisi concettuale delle definizioni di 'essenza', v. però F. BONSIGNORI, *L'ideologia della definizione del diritto e il pensiero di Alf Ross*, Pisa, 1973, 7 ss. e *passim*.

Si pensi, infine, alle 'sentenze Scordino' ed alla relativa problematica dell'indennizzo espropriativo. Vengono in considerazione le cosiddette «sentenze gemelle» 348 e 349 del 24 ottobre 2007 (Presidente Franco Bile, relatori, rispettivamente, Silvestri e Tesauro), con cui la Corte Costituzionale ha finalmente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis* commi 1 e 2 del decreto legge 11 luglio 1992 n. 333 convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992 n. 359, e nelle quali è instaurato un discorso di merito rispetto al passato perché la stessa Corte aveva valutato le normative interne sul calcolo dell'indennizzo per esproprio in caso di pubblica utilità non largamente insufficienti o inadeguate (secondo il ben noto principio del «serio ristoro» o meglio «non irrisorio», che pure non si evince dall'art. 42 comma 3 Cost.): basti citare, tra le tante pronunce, C. Cost. 283, 414 e 442 del 1993.

Proprio perché era stato in gran parte disatteso l'art. 42, terzo comma, della costituzione, è stata sanzionata nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (entrambe emesse in causa Scordino c. Italia, 29 luglio 2004 e *Grande chambre* 29 marzo 2006, con conseguente condanna dell'Italia per violazione del Protocollo n. 1 relativo alla protezione

spesso vengono riconosciuti e trascelti dai giuristi per poi esser versati in norme di legge. Secondo il primo filone i conflitti e contrasti tra le Corti potrebbero essere risolti in grazia di un semplice «dialogo tra le Corti». Stando invece al secondo filone le costituzioni sono *à la* Bentham «macchine» o ingranaggi (si pensi, per avere un'idea del fenomeno, alle pagine scritte da Giovanni Sartori soprattutto in ambito di quella che lo stesso politologo fiorentino ha definito «ingegneria costituzionale», 'constitutional engineering'³¹, dove già la scelta della parola «ingegneria» esprime per sé stessa un valore programmatico³²). La conseguenza di questi assunti (tipici del secondo filone), o almeno il rischio concreto, è però di accarezzare l'idea che i problemi politici possano essere efficacemente risolti con semplici 'cambiamenti' della costituzione (o, per resta-

³¹ G. SARTORI, *Comparative constitutional engineering. An inquiry into structures, incentives and outcomes*, London, 1994.

³² Tradotto in italiano: G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata: strutture, incentivi ed esiti*⁵, Bologna, 2004.

re alla metafora, dell'architettura costituzionale)³³.

Il vero, dice Luciani, è che entrambi i filoni richiamati non riescono a convincere perché tutti e due, in un modo o nell'altro, inadatti a descrivere il loro oggetto; e del resto il costituzionalismo cosiddetto 'irenico' si è sviluppato a partire da una non corretta lettura di Thomas Hobbes³⁴, con il quale il costituzionalismo verrebbe fatto entrare nella storia del pensiero giuridico³⁵, pure se non si è mancato

³³ Secondo M. LUCIANI, *Sul partito politico, oggi*, cit., ibid., la «cifra» di questo filone è rappresentata dal «pannormativismo».

³⁴ Potrebbe ancora ricordarsi il brano estrapolato (*supra*, nt. 30) da S. GAMBINO, *La revisione*, cit., ibid. dove in tutta evidenza è collocata la hobbesiana «aspirazione di distinguere il diritto dalla legge».

³⁵ Per il sostanziale 'costituzionalismo' di Hobbes cfr. V. PAZÉ (a cura di), *L'opera di Norberto Bobbio. Itinerari di lettura*, Milano, 2005, 140. Tiene presente questa opzione, ma con formulazione di più di una riserva, P. SCHIERA, *Sulla statualità moderna. Ricerca della felicità, disciplina delle passioni e melancolia: il paradosso del politico*, in G.M. CHIODI, R. GATTI (a cura di), *La filosofia politica di Hobbes*, Milano, 2009, 7: «a meno di porre Thomas Hobbes addirittura all'inizio del costituzionalismo moderno europeo, è indubbio che il movimento di pensiero e prassi politica occidentale si è svolto, durante gli ultimi tre secoli, secondo scansioni e con-

ruolo che nell'antica Roma era proprio della figura pretorile? A quasi tutti verrebbe spontaneo rispondere: la Corte costituzionale. Ma lo spazio di movimento di questo importante organo non coincide, *mutatis mutandis*, con quello del *praetor* romano.

Per cominciare, la Corte non è nelle stesse condizioni di indipendenza in quanto si è storicamente assistito al fenomeno per cui il compito precipuo che i giudici costituzionali si sono nel tempo assegnati è stato quello di «servire le maggioranze» (da qui, la pericolosa deriva consistente nella «politicizzazione della giustizia»).

Lo metteva in evidenza, ricorda Mangiameli, già Leopoldo Elia (Presidente della Corte Costituzionale dal 1981 al 1985 e tra i più grandi costituzionalisti italiani) nel 1984, il quale notò come la Corte avesse difficoltà a giudicare leggi successive alla costituzione frutto delle coeve maggioranze politiche e delle principali forze politiche allora in campo. Donde, inevitabilmente, la denunciata 'politicizzazione'⁴³.

⁴³ Deprecata anche in L. ELIA, *Il premierato assoluto*, Relazione al Seminario ASTRID sul Progetto Governativo di Riforma della Seconda Parte della Costituzione, Roma 22 settembre 2003.

rettori, astrattamente, è la stessa dei corretti. Dove il diritto si relativizza ritornano spinte verso uno stato di guerra civile latente o addirittura 'universale'.

Il diritto deve conoscere dei limiti, secondo un antico insegnamento. È stato l'assolutismo giustiniano a ribaltare la percezione del fenomeno giuridico. Teorie non cognitive e fondate sulla volontà sarebbero al pari teorie che non possono 'essere' in alcun modo.

Si richiama a questo punto un lavoro di Carlo Esposito sulla consuetudine costituzionale⁴² che ha fatto scuola (e dove ci si pone un grosso interrogativo: si è o no creata una frattura nell'ordinamento giuridico dopo l'entrata in vigore della costituzione?). Emergono, a dire del Mangiameli, due circostanze: 1) il diritto attiene alla condizione umana ed è una scienza autonoma da questo punto di vista; 2) la recezione delle norme sulle fonti a ben vedere non avviene per consenso o volontà.

L'ultima questione a esser posta interessa il diritto romano: chi, oggi – si domanda Mangiameli – potrebbe assolvere al complesso

⁴² Cfr. C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, Milano, 1961.

di evidenziare per altro verso, a lato di un 'costituzionalismo' hobbesiano, pure un suo sostanziale 'assolutismo'³⁶.

Tutto ciò serve, comunque, a comprendere la centralità della contrapposizione, meglio del divaricarsi, di due ulteriori filoni o correnti di pensiero che possono essere utilmente compendiate nelle seguenti, antitetice enunciazioni: 1) «la costituzione è una legge» (Gallo); 2) «la costituzione non è una legge» (Zagrebelsky può essere considerato tra i referenti di questa rappresentazione). Dal canto suo, Luciani ritiene che la costituzione sia «una fonte» (del diritto) e quindi, pur sempre,

tenuti apparentemente differenti da quelli raccomandati da Hobbes».

³⁶ Per il prevalente assolutismo di Hobbes, in contrapposto al costituzionalismo di Locke, vd. M. ROSA, M. VERGA, *Storia dell'Età Moderna 1450-1815*, Milano, 2000, 340 e A. MARIANI MARINI, U. VINCENTI, *A proposito*, cit., 492. L'ambivalenza in seno al pensiero di Hobbes, obiettivamente oscillante tra costituzionalismo e assolutismo, è comunque ben segnalata da E. DE DOMINICIS, *Sacra Scrittura e potere politico in Hobbes*, in D. BOSCO, R. GARAVENTA, L. GENTILE, C. TUOZZOLO (a cura di), *Logica ontologia ed etica. Studi in onore di Raffaele Ciafardone*, Milano, 2011, 235, che mostra di conoscere perfettamente la «controversia, ben nota agli studiosi, sul costituzionalismo di Hobbes, legato al patto, o sul suo assolutismo, che di per sé non è propriamente totalitarismo».

atinga alla natura e ai limiti del *ius positum*, in questo aspetto avvicinandosi senza dubbio più a Gallo che non allo Zagrebelsky.

La sfera della «legalità costituzionale» si atteggia d'altronde nei confronti della cd. «legalità legale» (o vi si sovrappone, talvolta non senza contraddizioni e momenti di tensione³⁷) in un modo che ad oggi non è ancora del tutto pacifico, considerato in special modo il potenziale di conflittualità insito nel confronto tra quelli che potremmo definire i 'custodi' delle due sfere di legalità, vale a dire, rispettivamente, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione³⁸.

Oltre a queste due forme di legalità («costituzionale» e «legale»), variamente conciliate nei diversi ordinamenti nazionali³⁹ – lo stesso Luciani ha discusso in proposito di «doppia legalità»⁴⁰ – sussistono inoltre almeno altre tre

³⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 505.

³⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Su legalità*, cit., 508 s. e M. CAVINO, *L'intenzione del legislatore attuale come fondamento del diritto vivente*, in M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo, I Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia*, Milano, 2009, 42.

³⁹ M. LUCIANI, *Su legalità*, cit., 505 ss.

⁴⁰ M. LUCIANI, *Su legalità*, cit., 504.

una trasmissione sulla vicenda di un detenuto, il quale però aveva manifestato la sua contrarietà alla diffusione di notizie riguardanti la sua persona e i suoi precedenti con la giustizia. Il detenuto, in buona sostanza, si era opposto invocando il diritto alla *privacy* o diritto all'oblio.

Ebbene, si capisce che non è materialmente possibile dare corso *in toto* o completamente all'una o all'altra delle istanze contrapposte (informazione e cronaca contro riservatezza). La Corte, infatti, decise per la violazione della *privacy*, mentre le teorie del bilanciamento permetterebbero in questo e in consimili casi di capovolgere questioni che andrebbero risolte sul piano dell'interpretazione.

Quanto agli argomenti di Gallo, lo si dice anche lui animato da una critica al positivismo (necessità di un criterio a cui appellarsi per l'applicazione del diritto, che nulla ha a che fare col giusnaturalismo). D'altro canto anche l'appello alla ragione e alla ragionevolezza sarebbe altamente problematico perché porta ad ancorare il diritto alla dimensione antropologica e fallibile dell'uomo. L'auspicata correzione degli inevitabili errori dovrebbe presupporre un'umanità che sia in grado di riconoscere le proprie mancanze e correggerle come in un processo continuo, ma la natura dei cor-

stituzione come fonte, *scil.* del diritto) il problema sottostante non può essere trattato in modo drammatico o retorico. E si fa un esempio concreto: è stata ventilata la possibilità di sostituire l'intera parte seconda della costituzione, mentre si è contrari a mettere mano alla prima parte (quella riguardante i diritti e doveri dei cittadini).

Ma così non è (ossia le cose non stanno in questi esatti termini) perché entrambe le parti sono risalenti in eguale misura (1948) e anche nel campo dei diritti c'è stato un progresso dovuto alla profonda trasformazione della società italiana e della cornice normativa di riferimento: si pensi ai diritti dei consumatori, solo a volerne indicare alcuni tra i più sensibili, che potrebbero e dovrebbero portare a un ripensamento, in coerenza, anche della prima parte. Sono tutte norme costituzionali sia nella prima parte che nella seconda parte e ad esse sono riferibili tutte le norme giuridiche sulla interpretazione; tra i vari canoni ermeneutici tranquillamente in uso, non pare vi sia quello del 'bilanciamento', che dunque non può annoverarsi tra le diverse formule interpretative.

Si ricorda poi un celebre caso portato davanti alla Corte costituzionale tedesca. I *media* avevano proposto all'attenzione del pubblico

sfere di legalità: «comunitaria», «convenzionale» (si pensi alla *CEDU*) e «internazionale» che, anch'esse, si sovrappongono in modo assolutamente non pacifico.

Per Luciani, insomma, la costituzione è una «fonte», ma una fonte che non è uguale alla legge essendo ad essa sovraordinata: in altri termini una fonte che si inserisce in un quadro, che bisognerebbe avere sempre a mente, di «gerarchia delle fonti», di diversa importanza, tutte comunque idonee nel rispetto delle relative regole alla produzione del diritto. Il Luciani nota poi che l'alternativa prospettata da Della Torre (costituzione dei valori o costituzione delle regole?) oggi non ha più ragione di essere posta, perché gli stessi 'valori' sono almeno da noi diventati diritto positivo, quindi diritto negoziato e al contempo posto.

Ma in quanto valori 'posti' questi valori sono anche 'discutibili', nel senso che possono essere messi in discussione qualora maturi una volontà in tal senso del popolo: la costituzione, questa è una prima conclusione, non può dunque essere letta e valutata con l'occhiale del giusnaturalista.

Segue l'intervento del Prof. Stelio Mangiameli, Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Teramo e Direttore ISSiR-

FA (Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie «Massimo Severo Giannini») del CNR, che esordisce col ricordo personale dei trascorsi comuni con Gallo nella lotta contro una delle riforme che in anni ormai lontani hanno interessato l'Università. Dopo di ciò, si parte dalla valutazione del libro di Zagrebelsky: le critiche di Gallo appaiono a Mangiameli convincenti, a parte una eccessiva carica di antipositivismo, essendo il positivismo un termine non univoco e non semplicisticamente riducibile alla concezione del giudice come 'bocca della legge', come hanno dimostrato gli studi di Norberto Bobbio⁴¹.

⁴¹ La teoria meccanica del giudice «bocca della legge» e in generale il meccanicismo giudiziale derivano dal positivismo inteso come teoria del diritto in auge soprattutto durante il periodo delle codificazioni ottocentesche. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, 103 ss., com'è noto, ha tracciato tre diversi significati di positivismo giuridico: 1) come approccio o metodo di studio del diritto (il diritto è solo quello formalmente posto dagli organi autorizzati e non può essere valutato o apprezzato nei suoi contenuti); 2) come teoria del diritto; 3) come ideologia della giustizia (positivismo ideologico). Ebbene, in alcune varianti non estremizzate del positivismo ideologico c'è il riconoscimento di beni e valori extragiuridici che il diritto dovrebbe perseguire: in questa ac-

Nel testo di Zagrebelsky non c'è una teoria costituzionale ma si manifestano diversi aspetti che possono risultare funzionali alla sua ricostruzione. Ciò mette in difficoltà il lettore, esposto a tesi differenti senza che venga chiaramente esplicitato il filo conduttore che cuce assieme i diversi profili. A tacere del fatto che non è chiarito il valore della costituzione in quanto tale.

Altro esempio è quello sul potere costituente inteso talora come potere vuoto e assoluto che può essere riempito di ogni contenuto (potere creatore di un Dio), talaltra come ipostasi prodotta da un potere storicamente eccezionale che una volta che ha 'parlato' dovrebbe morire.

Il potere costituente è tra i più condizionati (basti pensare agli influssi esercitati dalle tesi schmittiane). Ora, se si accede alle tesi di Gallo (costituzione come legge) e di Luciani (co-

cezione, come bene ha notato B. CELANO, *Positivismo giuridico e neocostituzionalismo*. Dispense del corso di filosofia del diritto a.a. 2006/2007, su www.unipa.it, 3, il positivismo metodologico contrasta con il positivismo ideologico. Non mi sembra inutile ricordare che Bobbio ha indicato, tra le varie possibilità di esplicazione della tesi *sub 2*) (positivismo giuridico come teoria del diritto) una teoria delle fonti del diritto gerarchicamente ordinate.