

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

46

(2017)

Giuristi e Stato sociale

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

MASSIMILIANO GREGORIO

DALLO STATO SOCIALE ALLA DEMOCRAZIA SOCIALE.
LE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA
COSTITUZIONALISTICA ITALIANA NELLA PRIMA
ETÀ REPUBBLICANA

1. Alcune precisazioni preliminari. — 2. Stato di diritto *vs.* Stato sociale: il 'sozialer Rechtsstaat' e la riflessione tedesca. — 3. Stato di diritto *vs.* Stato sociale in Italia. Tra strategie della prevalenza e strategie della compatibilità. — 4. Dallo Stato sociale alla costituzione democratica. — 5. Dal contenuto sociale della Costituzione alla democrazia sociale. — 6. Una statualità di tipo nuovo.

1. *Alcune precisazioni preliminari.*

Quando nel 1975 Massimo Severo Giannini dava alle stampe un celebre saggio dal titolo assai eloquente — *Lo Stato sociale: una nozione inutile* ⁽¹⁾ — il grande Maestro romano, con la celebre schiettezza che gli era propria e con la consueta profondità di analisi, pare pronunciare una parola definitiva sull'oggetto del presente saggio. « Almeno sotto un profilo di rigore giuridico » — egli affermava — « la formula di cui discutiamo appare inutile » ⁽²⁾. Né migliore efficacia definitoria sembrava serbare l'espressione in senso politologico; per cui nelle ultime righe del saggio, egli poteva agevolmente chiosare: « La conclusione, anche sotto il profilo politologico, è che sarebbe opportuno lasciar perdere la locuzione 'Stato sociale', siccome scientificamente poco significativa e politologicamente poco felice, se non mistificatoria » ⁽³⁾.

⁽¹⁾ M.S. GIANNINI, *Lo Stato sociale: una nozione inutile* (1975), ora in ID., *Scritti*, VII, Milano, Giuffrè, 2005.

⁽²⁾ Ivi, p. 111.

⁽³⁾ Ivi, p. 113.

La scelta di cominciare la nostra analisi da questo tagliente giudizio di Giannini, che pare negare l'oggetto stesso del presente saggio, potrà forse apparire poco ortodosso, ma si giustifica col fatto che esso fornisce un'occasione preziosa per svolgere alcune precisazioni preliminari, in mancanza delle quali sarebbe più difficile orientarsi all'interno di un tema controverso e sfuggente.

In primo luogo ci consente infatti di fissare *dies a quo* e *dies ad quem* della riflessione. Se il primo è in un certo senso già premesso nel titolo del contributo — ossia l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana — il secondo è decisamente più problematico. Dove fermarsi nella ricerca di un'elaborazione dottrinale fornita dalla giuspubblicistica italiana sul tema dello Stato sociale? Forse è proprio il celebre contributo di M.S. Giannini che può indicarci un punto di arrivo; e non tanto perché si intenda aderire in toto alle sue conclusioni ma per altre ragioni, la principale delle quali è di natura schiettamente cronologica. Siamo, come detto, nel 1975, a metà cioè di un decennio estremamente rilevante, in cui si realizzarono le grandi riforme sociali che la fase costituente aveva promesso (4). Gli anni Settanta danno quindi il senso della nave che, dopo molte tempeste, giunge finalmente in porto, ma rappresentano al tempo stesso un punto di svolta (5), nel senso che segnano la fine di un'epoca e l'inizio di una nuova. Ciò è particolarmente evidente per il nostro tema, perché la locuzione Stato sociale — a partire dagli anni Ottanta — continuerà ad essere largamente utilizzata, ma —

(4) L'istituzione delle Regioni e la legge istitutiva del referendum, entrambe datate 1970, sembrano infatti legare in maniera indissolubile la piena attuazione della costituzione ad un ampio dispiegamento di riforme sociali, realizzate nel corso di un solo decennio di straordinaria attività legislativa. Si possono ricordare: lo Statuto dei lavoratori (L. 300/1970), l'introduzione del divorzio (L. 898/1970) e la riforma del diritto di famiglia (L. 161/1975), la legge sull'obiezione di coscienza (L. 772/1972), la riforma penitenziaria (L. 374/1975), l'istituzione di asili nido pubblici (L. 1044/1971) e consultori (L. 405/1975) e, solo nel 1978, la legge n. 180 sulla chiusura dei manicomi (c.d. 'Legge Basaglia'), la legge n. 194 sull'aborto, la legge n. 382 sull'equo canone e la legge n. 833 sulla riforma sanitaria, introduttiva del S.S.N.

(5) Sugli anni Settanta come autonomo tema storiografico, si vedano i quattro volumi intitolati a *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001.

sempre più spesso — per essere associata all'idea della sua crisi ⁽⁶⁾; un concetto — quello della crisi dello Stato sociale — che ancora oggi sembra rappresentare per la dottrina un riferimento concettuale importante ⁽⁷⁾, soprattutto per indicare quel processo di trasformazione che ha portato all'incrinarsi della forma politico-statuale caratteristica del secondo Novecento europeo, sotto i colpi di una post-modernità sempre più dominata dalle logiche economico-finanziarie travalicanti i confini nazionali.

Ma il saggio di M.S. Giannini non ci è utile solo per fissare il *dies ad quem* del nostro ragionamento. Partire dal fondo, nel rianodare i fili del dibattito dottrinale sullo Stato sociale nei primi tre decenni di vita repubblicana, ci consente infatti di mettere a fuoco alcuni tratti di quel dibattito, che risultano decisamente peculiari.

In primo luogo esso faceva registrare una sostanziale antinomia di fondo. A fronte della straordinaria fortuna della locuzione Stato sociale, le riflessioni della dottrina italiana sul tema scarseggiavano, giacché queste, affermava Giannini, annoveravano soltanto « una monografia e alcuni brevi studi » ⁽⁸⁾. Si trattava forse di un giudizio

⁽⁶⁾ Si veda, ad esempio, *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A.A. Cervati, Roma-Bari, Laterza, 1982. Si tratta di una raccolta di relazioni tenute all'Università di Perugia nell'a.a 1980/1981 sul tema « La crisi dello Stato sociale », con contributi, tra gli altri, di A. Baldassarre, L. Elia, G. Ferrara, A.A. Cervati, G. Pasquino e M. Volpi. A conferma del fatto che la questione non era soltanto italiana, si cfr. anche P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981.

⁽⁷⁾ Si veda, ad esempio, il recente volume di L. VENTURA, *Sovranità: da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale. Autorità, eguaglianza, diritti fondamentali, dignità della persona*, Torino, Giappichelli, 2014. O ancora: C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996. Nonostante la sua crisi e le trasformazioni intervenute, lo Stato sociale continua a rappresentare un tema di indagine rilevante per i giuristi, come dimostrano le analisi che si continuano a produrre sul tema. A mero titolo di esempio, si cfr. G. CAPORALI, *Materiali per uno studio sullo Stato sociale*, Roma, Aracne, 2012; V. SATTÀ, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Napoli, Jovene, 2012.

⁽⁸⁾ GIANNINI, *Lo Stato sociale*, cit., p. 91. La monografia cui l'autore fa riferimento è quella di S. LENER, *Lo Stato sociale contemporaneo*, Roma, Edizioni La Civiltà cattolica, 1966. Padre Salvatore Lener, giurista gesuita, fu professore di diritto internazionale presso il Pontificio ateneo lateranense e fu il referente della rivista « La Civiltà cattolica » per le questioni giuridiche. Nel volume dedicato allo Stato sociale, Lener pare soprattutto vocato a dimostrare come la valorizzazione della dimensione sociale risulti perfettamente coerente con il magistero della Chiesa, a patto di non esaurire la ricerca

un po' troppo severo, ma che restituiva un quadro sufficientemente veritiero dello stato dell'arte della riflessione giuspubblicistica. Così poca attenzione rispetto a un tema, potrebbe quindi suggerire o una sua marginalità o una sua definizione tanto pacifica da rendere superflue ulteriori indagini. Ma nessuna delle due ipotesi si attagliava allo Stato sociale. Né la prima, giacché nessuno tra gli autori che produsse una qualche riflessione in materia si sognò mai di mettere in discussione il fatto che l'obiettivo di conseguire sempre maggiori conquiste in campo sociale fosse la vera e propria sfida caratterizzante delle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra. Né tantomeno la seconda, perché nessun commentatore mancò di rilevare la natura prismatica della locuzione, capace di scavalcare con disinvoltura molteplici steccati disciplinari e di investire una così grande massa di attività, interventi e misure, da rendere quasi impossibile costringerla all'interno di un preciso recinto definitorio. E negli anni le cose non sono cambiate poi molto, se « ancora oggi », come sostiene Mangia, si può affermare che per i giuristi « la nozione di Stato sociale [risulti] assai problematica »⁽⁹⁾. Certo, in parte potremmo giustificare questa difficoltà concordando con Giannini, quando sottolineava l'origine tutta politica dell'espressione, che avrebbe trovato i propri natali « in sottoculture partitiche degli anni '30, e precisamente nelle sottoculture del partito fascista in Italia e del nazionalsocialista in Germania »⁽¹⁰⁾. Ma non si tratterebbe certo di una spiegazione esaustiva.

Con le premesse appena esposte — un tema generalmente

di un più ampio benessere collettivo nella sfera meramente economica e a patto di non giungere a sacrificare la sfera e i diritti dell'individuo a generiche necessità sociali della collettività. In quest'ultimo senso, ricorre spesso nel volume di Lener il monito di non confondere lo Stato sociale con lo Stato socialista.

⁽⁹⁾ A. MANGIA, *Postfazione in L'ultimo Forstboff. Scritti 1961-1969 di E. Forstboff su costituzione e amministrazione tradotti e commentati*, a cura di A. Mangia, Padova, Cedam, 1995, p. 171.

⁽¹⁰⁾ GIANNINI, *Lo Stato sociale*, cit., p. 92. Secondo Lener, invece, l'origine dell'espressione potrebbe ritrovarsi in fonti cattoliche di fine Ottocento. P.G. Grasso sottolineava invece che un ciclo di lezioni sullo Stato sociale sarebbe stato tenuto dal De Maria nel suo corso di economia politica negli anni 1942/43, dai quali sarebbe scaturito il seguente lavoro monografico: G. DE MARIA, *Lo Stato sociale moderno*, Padova, Cedam, 1946.

riconosciuto come fondamentale ma espresso da una locuzione scivolosa e sfuggente, sulla quale fiorì un dibattito dottrinale tutto sommato modesto — sembriamo necessariamente avviati verso le stesse conclusioni di Giannini, circa l'inutilità dell'espressione. Ma come riconosceva egli stesso, il solo fatto che un'espressione « circoli non può essere considerato privo di valore, perché vi è sempre una ragione per cui un enunciato si impiega »⁽¹¹⁾. Dunque proviamo a ripartire proprio da qui, da questo assunto, per verificare se alla luce di esso, si possa giungere a conclusioni differenti o, quanto meno, si possa giungere a leggere il dibattito sullo Stato sociale sotto una luce diversa. Qual era la necessità sottesa all'utilizzo della locuzione? A cosa serviva l'espressione Stato sociale? Nel suo utilizzo per così dire laico, cioè non tecnico, come si è detto, serviva a evocare tutta quella multiforme e variegata molte di interventi dello Stato in ambito sociale che, nel tempo, si erano tanto più ampliati quanto più complessa diveniva la composizione della società e quindi più numerosi i bisogni che essa era in grado di esprimere. Ma sotto un profilo strettamente costituzionalistico la questione pareva porsi in maniera diversa, s'insinuava per così dire molto più in profondità, investendo un piano che era quello dei fondamenti, della stessa *ratio* strutturale dell'ordinamento costituzionale. In sostanza si trattava di capire se questa propensione istituzionale all'intervento sociale costituisse o meno un elemento tipizzante la forma politica. E non si trattava evidentemente di un problema irrilevante giacché, da un punto di vista giuridico, ogni tipizzazione non ha mai un mero intento definitorio o classificatorio, ma è inevitabilmente destinata a proiettare conseguenze dirette sull'applicazione normativa, perché individuare un elemento come criterio tipizzante l'ordinamento significa automaticamente assumerlo come necessario criterio orientativo sul piano dell'interpretazione.

Ora, una volta messo così a fuoco l'interrogativo di fondo, occorre anche premettere — anticipando così la scansione che si adopererà nelle pagine seguenti — che le risposte ad esso risultarono condizionate dalle diverse premesse metodologiche di partenza. Con ciò si vuole fare riferimento alla necessità di misurare il dibattito

(11) Ivi, p. 91.

dottrinale sullo Stato sociale sullo sfondo di quel fondamentale passaggio culturale dalle teorie dello Stato alle dottrine della Costituzione ⁽¹²⁾ che, se emblematicamente rappresenta il crinale dottrinale tra Otto e Novecento, ancora nella seconda metà del secolo XX si presentava tutt'altro che definitivamente risolto.

2. *Stato di diritto vs. Stato sociale: il 'sozialer Rechtsstaat' e la riflessione tedesca.*

Cominciando dunque dall'analisi di quelle posizioni che continuavano a muoversi saldamente nel solco delle teorie dello Stato, conviene concedersi una piccola digressione in terra tedesca. Perché il dibattito sullo Stato sociale fiorito in Germania, in virtù della sua vivacità e della grande partecipazione che fece registrare, finì per esercitare una decisa influenza anche sull'elaborazione della dottrina italiana o, quantomeno, di una parte di essa.

C'è da premettere, in verità, che la grande attenzione che la dottrina tedesca dedicò al tema dello Stato sociale ⁽¹³⁾ non fu tanto il frutto di un'autonoma opzione culturale, quanto piuttosto una scelta obbligata da un dato di diritto positivo di primaria importanza. Mentre nella nostra Costituzione non v'è alcun riferimento allo Stato sociale, infatti, il *Grundgesetz* tedesco del 1949 non solo utilizza la locuzione, ma le assegna addirittura il compito fondamentale di qualificare e quindi definire il *Bundesstaat*. Essa compare sia nell'art. 20 — che afferma la Repubblica tedesca essere « ein demokratischer und sozialer Bundesstaat » — sia nell'art. 28. E fu soprattutto quest'ultimo — ci pare — a mettere in difficoltà i costituzionalisti tedeschi perché, affermando che gli ordinamenti costituzionali dei Länder avrebbero dovuto conformarsi ai principii « des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates », pareva introdurre una nuova categoria tipologica — quella

⁽¹²⁾ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Teorie dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 voll.

⁽¹³⁾ Si veda in particolare *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, Berlin, De Gruyter, 1954 che contiene interventi di Forsthoff, Abendroth, Nipperdey, Ipsen, tenuti nell'ottobre 1953 a Bonn in occasione del convegno nazionale della *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*.

dello Stato sociale di diritto — mai esplorata fino ad allora e perciò assolutamente bisognosa di definizione.

Nella rosa delle posizioni espresse dalla giuspubblicistica tedesca, le tesi che riscossero un più ampio seguito tra le fila della nostra letteratura, esercitando su di essa una significativa e duratura influenza, furono quelle di Ernst Forsthoff. Le sue posizioni sul *sozialer Rechtsstaat*, espresse magistralmente nella celebre relazione del 1953 ⁽¹⁴⁾, vennero portate alla conoscenza del pubblico italiano tre anni più tardi, allorché vennero riversate in un saggio ospitato dalla « Rivista Trimestrale di diritto pubblico » ⁽¹⁵⁾. E per quanto l'interpretazione del pensiero di Forsthoff — come diremo in seguito — possa risultare nel complesso controversa perché complicata da oscillazioni tutt'altro che insignificanti ⁽¹⁶⁾, le tesi del giurista di Duisburg sullo Stato sociale di diritto avevano certamente il pregio della chiarezza. Nella sequenza che aveva storicamente scandito il percorso evolutivo dello Stato (tedesco e non solo) — dal *Justizstaat*, al *Polizeistaat* per arrivare infine al *Rechtsstaat* — egli riteneva che il *sozialer Rechtsstaat* non costituisse alcuna nuova categoria. Lo Stato sociale di diritto, in altre parole, non poteva ambire né a rappresentare una nuova tipologia statale in grado di superare il tradizionale *Rechtsstaat*, né a incarnare — per così dire — una versione più aggiornata del *Rechtsstaat* stesso. E questo per una ragione fondamentale: ossia che Stato di diritto e Stato sociale, lungi dal potersi fondere in un'unica tipologia statale, stavano tra di loro in rapporto di fondamentale alterità. « Un mezzo stato di diritto e un mezzo stato sociale », afferma Forsthoff, « non fanno uno stato sociale di diritto. Con ciò intendiamo dire: non esiste nessuna soluzione di compromesso che possa realizzarsi in modo da mini-

⁽¹⁴⁾ La relazione originale, contenuta nell'opera citata nella nota precedente, è stata poi — anche se molto più tardi — tradotta anche in italiano: cfr E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto* (1953), ora in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

⁽¹⁵⁾ E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in « Rivista Trimestrale di diritto pubblico », VI (1956), p. 549 e ss.

⁽¹⁶⁾ Sulla recezione controversa del pensiero di Forsthoff in Italia, si veda l'introduzione di A. Mangia a E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, Giuffrè, 2011.

mizzare gli ostacoli da una parte e dall'altra » (17). Ma sono le ragioni utilizzate per giustificare questa insanabile alterità a rivelare le premesse del pensiero di Forsthoff, che così le riassume, a conclusione del saggio: « nella sua evoluzione storica, l'elemento dello stato di diritto appare legato alla costituzione, quello dello stato sociale all'amministrazione » (18). Non si trattava, evidentemente, di una semplice constatazione circa la genesi storica delle due forme. Dietro a quest'affermazione si celava infatti una precisa opzione culturale, che ad essa dava significato. È la grande « battaglia ottocentesca per la giuridicizzazione » (19), a stagliarsi infatti sullo sfondo delle tesi proposte da Forsthoff. Se è vero che la costruzione della *Rechtsstaatslehre*, della teoria dello Stato di diritto, nacque indubbiamente sul piano del diritto costituzionale, è altrettanto vero che essa non poté dirsi completata fintanto che non riuscì ad assorbire anche il territorio dell'amministrazione all'interno della propria costruzione sistematica. Anzi: la completa giuridicizzazione della funzione amministrativa, come notava Otto Mayer a proposito dell'introduzione della giustizia amministrativa, rappresentava proprio l'ultimo indispensabile tassello per completare il mosaico dello Stato di diritto (20). Ritenerne lo Stato sociale una creatura 'amministrativa', dunque, aveva per Forsthoff il significato di incasellarlo all'interno della progressiva evoluzione di un settore del diritto pubblico che non viveva di vita propria ma che si poteva efficacemente comprendere solo se inquadrato come parte integrante della *Rechtsstaatslehre*. Naturalmente « Forsthoff non nega a priori l'opportunità di una dimensione sociale della attività pubblica » (21), né probabilmente avrebbe potuto farlo visto che negli anni Trenta egli era stato

(17) FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, cit., p. 40.

(18) Ivi, p. 68.

(19) B. SORDI, L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 373.

(20) Cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895, I. Analogamente in Italia, V.E. Orlando ricostruiva la scienza dell'amministrazione come scienza dell'ingerenza sociale dello Stato. Cfr. V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), ora in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 127 e ss.

(21) A. MANGIA, *Valori e interpretazione in Ernst Forsthoff*, in « Jus », 1 (1994), p. 12.

forse il più influente sostenitore del « significato sociale dell'amministrazione moderna » (22). Quello che egli si rifiuta di fare è permettere a questo genere di attività statale di assurgere a tratto caratterizzante la forma politica. In altre parole: l'attività sociale dello Stato, ancorché sicuramente opportuna, poteva essere concepibile solo come attività sociale dello Stato di diritto. Ma non poteva dare vita ad una nuova forma di Stato, lo Stato sociale di diritto. Perché, anche ammesso che lo Stato di diritto risultasse « determinato, dal punto di vista contenutistico, in un certo senso dallo Stato sociale », occorre affermare con nettezza che « innanzi tutto il riconoscimento dello Stato sociale non ha significato istituzionale. Esso non tocca la forma strutturale della costituzione della Repubblica federale. Quest'ultima è determinata esaurientemente, oggi come una volta, dal concetto di Stato di diritto » (23).

Certo, di fronte a tanta rigida ortodossia *rechtsstaatlich*, sarebbe d'obbligo a questo punto interrogarsi sulla volubilità delle teoriche costituzionali di un autore che, nel suo percorso di vita e di studio, giunse all'apologia dello Stato di diritto ottocentesco dopo essere stato prima un aspro critico del parlamentarismo weimariano e poi un teorico dello Stato totale (24); o ancora sull'incoerenza tra l'approccio metodologico rigidamente formalistico delle sue prese di posizione costituzionali degli anni Cinquanta e l'impronta invece smaccatamente realistica che ha caratterizzato le sue innovative elaborazioni amministrativistiche degli anni Trenta (che rappresentano certamente l'elemento più pregevole e dotato di maggiore coerente continuità nel suo pensiero) (25). Ai fini del nostro ragionamento, tuttavia, quanto importa sottolineare è l'influenza esercitata dal Forsthoff degli anni Cinquanta sulla dottrina italiana e, in questa ottica, non possiamo non notare come la sua eredità si sostanziasse soprattutto nella promozione di un approccio marcata-

(22) E. FORSTHOFF, *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in « Deutsches Recht », V (1935), p. 398. La citazione è tratta dal bel saggio di B. SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 674.

(23) FORSTHOFF, *Concetto e natura*, cit., p. 60.

(24) E. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

(25) Sul punto si rimanda ancora a SORDI, *Il primo e l'ultimo Forsthoff*, cit.

mente *rechtsstaatlich* al tema dello Stato sociale. E ciò, si badi bene, non solo per la chiara opzione dichiarata da Forsthoff a favore dello Stato di diritto. È infatti un intero mondo quello cui egli (pur privo di credenziali) pretende di dare voce nelle sue pagine; un mondo fatto di tutti quei crismi dottrinali che avevano permesso, nel corso del secolo XIX, alla *Rechtsstaatslehre* di costruire il maestoso edificio della propria statualità. Vi ritroviamo l'auspicio della brevità della costituzione e l'elogio de «l'alto grado di formalismo» che la caratterizzava; di un formalismo, peraltro, che Forsthoff non esita a portare alle più estreme conseguenze: «resta incerto», giunge infatti ad affermare, «se i diritti fondamentali siano diritti pre-esistenti allo stato o diritti garantiti solo dallo stato» (26). Siamo evidentemente ben al di là di una rimasticazione novecentesca delle dottrine del secolo precedente. Se la *Rechtsstaatslehre* ottocentesca pretendeva di cristallizzare le forme politiche dello Stato di diritto in un empireo eterno, neutrale, e quindi astorico (ma compatibile con la propria realtà sociale e politica), Forsthoff — due guerre mondiali dopo — compie un'operazione assai più spregiudicata, pretendendo di sacrificare persino l'evidenza della storia alle ragioni della logica e della forma giuridica.

3. *Stato di diritto vs. Stato sociale in Italia. Tra strategie della prevalenza e strategie della compatibilità.*

Nel dibattito italiano, occorre premetterlo immediatamente, nessuno ossequiò le dottrine ottocentesche dello Stato di diritto in maniera tanto ortodossa. Tuttavia l'influenza di Forsthoff si palesò in modo chiaro nelle posizioni di quella parte di giuspubblicistica — consistente e nient'affatto minoritaria — che, anche di fronte all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, rimase ancorata alla cultura *rechtsstaatlich* e alla dogmatica costituzionale da essa elaborata. Il punto di emersione più significativo dell'eco che le riflessioni del giurista di Duisburg ebbero nel nostro paese ci pare rappresentato dal modo stesso di impostare l'analisi: ossia dalla propensione a

(26) FORSTHOFF, *Concetto e natura*, cit., pp. 42 e 49.

tematizzare lo Stato sociale, attraverso un confronto dialettico con lo Stato di diritto.

« Lo Stato sociale [...] deve assorbire lo Stato di diritto o ad esso sottostare o con esso coesistere ed in quali limiti e forme? »⁽²⁷⁾; era questa la premessa di partenza di quasi tutte le analisi sul tema che la dottrina italiana produsse negli anni Cinquanta. Ma non si trattava di una scelta neutrale. Se interrogare lo Stato sociale attraverso un confronto con lo Stato di diritto era, per la giuspubblicistica tedesca, un punto di partenza sostanzialmente obbligato, stante la lettera del *Grundgesetz* e la conseguente necessità di interpretare l'espressione *sozialer Rechtsstaat*, in Italia la medesima esigenza non esisteva. La nuova carta repubblicana, come detto, ignorava completamente la locuzione Stato sociale e dunque il sistematico raffronto tra questo e lo Stato di diritto andava ben al di là della semplice impostazione metodologica, per assumere il senso di una precisa premessa valoriale. Poteva lo Stato sociale legittimamente proporsi come sostituto dello Stato di diritto? E in tal caso: come sarebbero cambiati gli assunti fondamentali di quest'ultimo? Che ne sarebbe stato del principio di legalità? Della separazione tra i poteri? Delle libertà individuali? Oppure ci si doveva immaginare una qualche forma di interazione tra le due forme? E quale? Appare evidente che un'impostazione di questo genere incanalava il ragionamento su binari tutto sommato obbligati.

Lo Stato di diritto, scriveva infatti Aldo M. Sandulli in una delle prime riflessioni prodotte dalla dottrina italiana sul tema, « deve rappresentare [...] una conquista definitiva e irrinunciabile ». Naturalmente egli non negava, come del resto neppure Forsthoff faceva, che il perseguimento di conquiste in campo sociale fosse opportuno e anzi addirittura doveroso, ma al tempo stesso ammoniva con grande fermezza: « La conquista dello Stato sociale, che è il problema del nostro tempo, non deve essere realizzata col sacrificio dello Stato di diritto »⁽²⁸⁾. Il fatto che ogni tendenza socializzante dovesse « determinarsi nello Stato di diritto », senza « annull-

(27) F. CARBONE, *Stato sociale e Stato di diritto*, in « Stato sociale », I (1957), p. 811.

(28) A.M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in « Nord e Sud », X (1963), 44, p. 2.

lare — ripetiamo — i valori sanciti ed assicurati dallo Stato di diritto »⁽²⁹⁾ pareva insomma il problema più marcatamente avvertito da parte della dottrina italiana. Ma da dove nasceva questa preoccupazione? Perché lo Stato sociale doveva necessariamente rappresentare un pericolo per lo Stato di diritto? Lo spiega efficacemente Pietro Giuseppe Grasso. Anch'egli muove dalla premessa che ormai conosciamo, ossia che « nell'attuale diritto costituzionale italiano [fosse] insito il problema di conseguire l'armonia fra lo 'Stato di diritto' e lo 'Stato sociale' », ma esplicita anche le ragioni che rendevano complicata la convivenza. Alla base del problema stava il fatto che « fra le concezioni dello 'Stato sociale' e quelle del costituzionalismo liberale, si rileva[vano] grandi divergenze per quanto attiene ai rapporti fra pubblici poteri e società »⁽³⁰⁾. Se il secondo intendeva « società e Stato [...] come due entità distinte e indipendenti anche giuridicamente tra loro », ecco che « il rapporto sopra descritto appare del tutto rovesciato nelle considerazioni dello 'Stato sociale' »⁽³¹⁾. Prende dunque corpo il grande trapasso tra Otto e Novecento, ma esso appare tutt'altro che pacificamente risolto nelle interpretazioni della dottrina giuridica più restia ad abbandonare i lidi familiari e rassicuranti del *Rechtstaat*. Inserire la società nello Stato significava infatti rendere quest'ultimo permeabile alla volontà della prima, renderlo strutturalmente funzionale alle sue necessità. Ma questo contraddiceva tutta la dogmatica giuspubblicistica fino ad allora conosciuta, che riteneva lo Stato essere un soggetto intrinsecamente in grado di « assumere qualunque fine », in base al principio per cui « l'ordine giuridico [...] non ha fini, o appare fine a sé stesso »⁽³²⁾. Grasso non nega che la straordinaria frattura costituente e le conseguenti tesi che affidavano compiti allo Stato « sembra[va]no rendere inadeguate le dottrine menzionate », ma al tempo stesso non pare avvistare all'orizzonte una convincente sistemazione alternativa. Troppo fumosi « i motivi fondamentali dello Stato sociale », per precisare i quali occorreva rifarsi « ad ideali

⁽²⁹⁾ CARBONE, *Stato sociale e Stato di diritto*, cit., p. 815.

⁽³⁰⁾ P.G. GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in « Quaderni di scienze sociali », IV (1965), 1, p. 34.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 34 e 36.

⁽³²⁾ Ivi, p. 45.

ed a criteri di valore che, pur avendo trovato qualche riscontro nelle Costituzioni e nelle leggi, tuttavia trascend[evano] le norme scritte » (33). In altre parole, se lo Stato di diritto era stato costruito sulle solide fondamenta del principio di legalità, grazie al quale l'attività dello Stato poteva e doveva risultare sempre prevedibile, quale alternativa poteva pretendere di offrire lo Stato sociale? L'unico approdo pareva quello di un incerto e poco rassicurante « principio di legittimità », fondato « sul consenso effettivo dei più » (34). La soluzione al problema della compatibilità tra le due forme, dunque, non sembrava a Grasso ancora giunta a una sufficiente maturazione. Niente impediva, sia chiaro, di continuare a rifletterci sopra, ma per il momento il suggerimento che traspare dalla sua riflessione è piuttosto chiaro: meglio tenersi stretti lo Stato di diritto, senza dimenticare che « lo studio delle innovazioni e dei futuri ordinamenti non compete alla scienza giuridica come tale » (35).

Anche una parte significativa della dottrina italiana, dunque, una volta scelto di tematizzare il concetto di Stato sociale attraverso un raffronto tra esso e lo Stato di diritto, finì per concludere per la necessaria incompatibilità tra le due forme e per la conseguente prevalenza della seconda sulla prima. In continuità con le tesi di Forsthoff (le cui opere, non a caso, vengono ripetutamente citate), certo, ma anche mostrando — rispetto a questi — alcune differenze di accenti piuttosto significative. Le argomentazioni dei giuristi italiani appaiono infatti meno perentorie. Nei loro scritti, più che la volontà di difendere in blocco l'intero impianto della dottrina ottocentesca dello Stato di diritto, emerge il timore di un salto nel vuoto, la paura cioè di disperdere un patrimonio prezioso di civiltà giuridica, di sacrificarlo sull'altare delle ideologie. Si rifiutano, certo, di considerare lo Stato sociale come un erede legittimo dello Stato di diritto, ma perché non vedono all'orizzonte nessuna *Sozialstaatslehre* in grado di sostituire la gloriosa *Rechtsstaatslehre*. In questo senso le posizioni della dottrina più legata alla tradizione s'inseriscono in un contesto generale che vede un ampio fronte di autori battersi per

(33) Ivi, p. 46.

(34) Ivi, p. 47.

(35) Ivi, p. 56.

ribadire la validità immutata dei cardini dogmatici della dottrina dello Stato di diritto: si pensi alle tesi di Emilio Crosa e Amedeo Giannini sulla sovranità come necessario attributo dello Stato, a quelle di Oreste Ranelletti sulla forma di governo, o alle critiche di V.E. Orlando alla Corte costituzionale, ritenuta un'istituzione incompatibile con la forma di governo parlamentare ⁽³⁶⁾.

Tuttavia, per quanto concerneva la tematizzazione dello Stato sociale, le cose parevano essere un po' più complicate. In fin dei conti, i primi interventi dello Stato in ambito sociale risalivano già agli ultimi decenni del secolo XIX e, col passare del tempo, il fenomeno si era fatto sempre più significativo. Dunque ci si poteva forse anche legittimamente chiedere se questo potesse avere assunto valenza strutturale nell'identificazione della forma politica. A ben vedere, proprio la considerazione della costante evoluzione storica del fenomeno, metteva in crisi uno degli argomenti utilizzati per criticare il concetto di Stato sociale: si fa riferimento al dogma della presupposta mancanza di finalità dello Stato. La stessa complessiva antropologia del secolo XIX, che immaginava le società progredite indirizzate verso un futuro di sempre maggiore benessere e progresso, non finiva di per sé per orientare le attività delle istituzioni statuali? A quale criterio si erano ispirati i pur paternalistici interventi sociali operati dallo Stato di diritto liberale se non alla massima benthamiana che voleva « the greatest happiness for the greatest number » ⁽³⁷⁾? E quindi: per quanto costruito attraverso il rigore formale garantitogli dal sistema giuridico, era davvero il *Rechtsstaat* una creatura formale, astorica e aperta ad essere riempita di ogni contenuto?

⁽³⁶⁾ Cfr. E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1955; A. GIANNINI, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in « Rassegna di diritto pubblico », I, 1949; O. RANELLETTI, *Note sul progetto di Costituzione presentato dalla Commissione dei 75 all'Assemblea Costituente*, in « Foro Italiano », 1947, IV; V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1951). Per una disamina più approfondita degli orientamenti dottrinali della giuspubblicistica italiana di fronte alla nuova Costituzione repubblicana, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Quale Costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), p. 849 e ss.

⁽³⁷⁾ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, edited by J. H. Burns and H. L. A. Hart, London, Athlone Press, 1977, p. 393.

Nel secondo dopoguerra i tempi erano certamente maturi per infrangere questo tabù dogmatico e non era affatto detto che lo si dovesse necessariamente fare rompendo tutti i ponti con la tradizione. È su questo crinale, ad esempio, che si muove Ferruccio Pergolesi, nel sostenere la perfetta compatibilità tra Stato di diritto e Stato sociale e ripensando ogni supposta antinomia che avrebbe intrinsecamente reso inconciliabili le due forme politiche. A partire proprio dalla distinzione « fra 'sociale' e 'individuale' » che andava « ovviamente intesa in senso non assoluto (o di categorie), ma convenzionale (o di intensità) ». Il che doveva portare a ritenere sociali quei diritti « che hanno per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali) e per diritti individuali quelli che hanno per finalità preminente od immediata interessi individuali (e di riflesso collettivi) ». L'assenza di ogni inconciliabilità si spiegava peraltro facilmente solo considerando il fatto che « entrambi i tipi di diritto partono da uno stesso punto e convergono verso una stessa, ultima finalità: l'uomo ». E dunque « la concezione formalistica di Stato di diritto [poteva] ben conciliarsi anche con la concezione sostanzialistica o funzionalistica di Stato sociale » (38).

E ancora più incisiva fu l'argomentazione, che allo scopo di dimostrare la medesima tesi, addusse qualche anno più tardi Giacomo Perticone. Per certi versi egli si riallacciava ai timori espressi da Grasso che contrapponeva principio di legalità e principio di legittimità, Stato di diritto a Stato di giustizia, ma per confutarne decisamente il carattere antinomico. Nel farlo, egli riporta il ragionamento *ab ovo*, tornando ad incardinarlo sulla successione storica delle forme di Stato e ritenendo così conclusa una determinata stagione del *Rechtsstaat*. « Lo Stato di mero diritto », afferma, « si è trasformato nello Stato di diritto, nel senso che ha superato i confini del formalismo etico-giuridico dell'Ottocento, passando dalla considerazione della forma a quella del contenuto ». Ma si trattava di una trasformazione che si poteva perfettamente « realizzare senza

(38) F. PERGOLESI, *Stato di diritto e garanzie costituzionali*, in « Lo Stato sociale », 1958, 6, p. 669.

pregiudizio per i titoli storici dello Stato di diritto » (39). La sfida che si parava di fronte al giurista del secondo Novecento era dunque quella di riuscire ad andare al di là della mera forma, per accettare l'idea che il diritto, e il diritto costituzionale in particolare, si riempisse di contenuti. Il che, ed è questo che sembra l'elemento più caratterizzante la riflessione di Perticone, non solo non costituiva alcuna negazione rispetto ai principali assunti della *Rechtsstaatslehre* ottocentesca, ma risultava anzi perfettamente compatibile con essa. I principali argomenti addotti a sostegno della tesi sono due: il primo di ordine logico, il secondo di natura per così dire storica. Sotto il profilo logico, nota Perticone, occorre notare anzitutto che non esisteva opposizione tra il principio di legalità e il principio di legittimità (o di giustizia). O per meglio dire: « quando si dice legalità del potere [...] si dice tutto sul piano formale, cioè non si esclude qualsiasi contenuto della legge. Ma quando si dice legittimità, non si vuole dire nulla che neghi la legalità, sibbene contro una certa legalità, che si definisce senza contenuto ma che ha un suo contenuto, alla quale si oppone un altro contenuto posto come legittimo » (40). Nessun principio di legalità, dunque, è davvero senza contenuto e di conseguenza esiste sempre una coincidenza tra legalità e legittimità. E, ad ulteriore dimostrazione di questo, Perticone adduce anche un secondo argomento, di ordine storico, che doveva suonare culturalmente assai familiare all'orecchio della tradizione liberale ottocentesca. La più chiara dimostrazione della tesi esposta è fornita dall'esempio britannico. Oltremanica, il principio di legalità — coniugato nella formula della *rule of law* — risultava un chiaro esempio di come esso risultasse imprescindibilmente legato ad un certo contenuto. « Dire legalità nel senso della *rule of law* equivale a dire attuazione non di una legge qualunque, ma soltanto di quella legge che assicura la tutela di certi determinati valori, che sono appunto quelli che provvedono il titolo giustificativo, la legittimazione dello Stato » (41).

(39) G. PERTICONE, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1963, I, p. 125.

(40) *Ibidem.*

(41) Ivi, p. 126.

4. *Dallo Stato sociale alla costituzione democratica.*

Sia per Perticone sia per Pergolesi, dunque, la compatibilità tra lo Stato sociale e lo Stato di diritto si spiegava sin troppo agevolmente con la necessità di superare il dogma dell'irrelevanza dei contenuti dell'attività statale. Anzi, per essere più precisi, non si trattava nemmeno di superarlo, quanto piuttosto di smentirlo, di riconoscere cioè che esiste sempre un patrimonio di valori che ispira l'assetto e le attività dello Stato. Sotto questo profilo, il dibattito finisce per illuminare anche la questione più ampia della critica al cosiddetto formalismo giuridico, che, da contestazione di un generico abito mentale o di un determinato approccio metodologico, diviene una problematica di assoluta sostanza costituzionale. Ma, a prescindere da ciò, è difficile non rilevare anche che le tesi di Pergolesi e Perticone vanno a inserirsi nel solco ben preciso delle teorie dello Stato (di diritto). Se la necessaria continuità di quest'ultimo era affermata dai vari Forsthoff, Grasso, A.M. Sandulli contro lo Stato sociale, contro cioè l'introduzione di un orizzonte contenutistico di stampo sociale — e non meramente individuale — in grado di caratterizzare strutturalmente lo Stato, Pergolesi e Perticone mirano a dimostrare che il contenitore *Rechtsstaat*, avendo sempre avuto un determinato contenuto di valore (che poi è quello che gli consentiva legittimità e non solo legalità), andava solo allargato per ospitare un contenuto diverso e più ampio. Senza alcun pregiudizio per il principio di legalità. Così facendo si evitava peraltro anche il gravoso compito di individuare una definizione esaustiva per la locuzione Stato sociale. Non essendoci incompatibilità con lo Stato di diritto, infatti, non esisteva di conseguenza il problema di costruire una *Sozialstaatslehre* alternativa alla *Rechtsstaatslehre* e in grado di reggere il confronto con essa. Quest'ultima manteneva invece intatta tutta la propria validità, a patto però di depurarla da quei presunti dogmi che si erano rivelati una diretta filiazione dell'universo valoriale liberal-individualistico caratteristico del secolo precedente.

A questo punto, se volessimo limitare la nostra analisi unicamente al dibattito che si sviluppò intorno alla locuzione Stato sociale, dovremmo probabilmente arrestarci qui. Nel senso che, come aveva già rilevato Giannini, non è dato rinvenire, nei primi tre

decenni di vita repubblicana, molte altre riflessioni espressamente dedicate al tema. Si tratterebbe, tuttavia, di un orizzonte palesemente angusto. Perché è di tutta evidenza che dalle interpretazioni sopra riportate rimane fuori — o al più sullo sfondo — la straordinaria rottura, concettuale ancor prima che normativa, rappresentata dall'entrata in vigore della carta costituzionale. Non si tratta di un'assenza assoluta, è ovvio. Salvatore Scoca, ad esempio, ancora sulla rivista « Lo Stato sociale », non manca di rilevare come si fosse dovuta attendere la costituzione per registrare « un clima di largo favore per le iniziative e le provvidenze sociali »⁽⁴²⁾, giacché l'esigenza della socialità « non è coeva al sorgere dello stato di diritto », che « nasce senza spiritualità, con scarso sentimento di umana solidarietà, [...] tutto teso alla difesa dell'individuo e della libertà; anche quando questo genera ingiustizie, sperequazioni e miseria »⁽⁴³⁾. E che nel panorama delle costituzioni repubblicane del secondo Novecento europeo, nessuna poteva vantare « un volto sociale più espressivo di quello della Repubblica italiana »⁽⁴⁴⁾. Ma Scoca, che era Avvocato generale dello Stato, era stato anche un costituente democristiano e aveva probabilmente a cuore una creatura che aveva contribuito a scrivere. In ogni caso, nel panorama delle riflessioni sullo Stato sociale la sua voce rappresentava certamente un'eccezione. Risultava invece assai più comune l'atteggiamento, ad esempio, di un Grasso che, in uno dei rari passaggi del suo scritto in cui menziona la carta costituzionale, ancora nel 1965, non esita a riproporre le tesi di Santi Romano sull'impossibilità di ipotizzare vincoli costituzionali all'azione di Governo e Parlamento che producessero effetti più stringenti di « mere coercizioni morali »⁽⁴⁵⁾.

Chi sceglie di riflettere sullo Stato sociale non sembra dunque tenere in grande considerazione la svolta intervenuta con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Ma in fin dei conti è perfettamente possibile affermare anche il contrario. E cioè che quella

(42) S. SCOCA, *Dallo Stato di diritto allo Stato sociale*, in « Lo Stato sociale », 1960, 2, p. 103.

(43) *Ivi*, p. 101.

(44) *Ivi*, p. 106.

(45) GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale*, cit., p. 54.

parte di dottrina più orientata a prendere sul serio la Costituzione, ossia i protagonisti di quella « cesura dottrinale »⁽⁴⁶⁾ databile intorno alla fine degli anni Trenta (i vari Mortati, Crisafulli, Lavagna, Esposito, lo stesso M.S. Giannini) non sembrava affatto interessata a tematizzare la locuzione Stato sociale, con l'eccezione del già più volte citato Giannini che, come sappiamo, la riteneva perfettamente inutile. Questo naturalmente non significa che ignorasse il tema dei diritti sociali, della previdenza o dei principii generali dell'ordinamento costituzionale cui la locuzione Stato sociale rimandava; più semplicemente sembrava non ritenerla idonea a fornire una qualche rilevante tipizzazione della forma politica, ad assumerla insomma come un vero e proprio *Begriff*. Il che ci aiuta anche a comprendere meglio la nettezza con la quale Giannini liquidava l'espressione 'Stato sociale', figlia evidentemente, oltre che della sua precisa analisi, di un clima culturale che non pareva considerarla molto utile. Se da un lato — volendo approcciare il tema rimanendo nell'ottica delle dottrine dello Stato — essa pareva incapace di sostituire o integrare il *Rechtsstaat*, dall'altra — volendo guardare al tema dal punto di vista delle dottrine della costituzione — appariva insufficiente. Il massimo grado di tipizzazione della forma politica che la locuzione Stato sociale pareva esprimere finiva infatti per ridursi al recupero dell'impianto del *Rechtsstaat* sul quale impiantare però una nuova socialità di scopo.

Ci si avvicina così al cuore del problema. È evidente che la nuova socialità invocata rimanesse sospesa a mezz'aria entro le teorie dello Stato. E ciò dipendeva — continuando a giocare sull'espressione 'socialità di scopo' — non tanto dalla socialità, quanto dallo scopo. Aveva ragione Perticone a sottolineare che anche lo Stato di diritto si fondava su un patrimonio di valori che ne orientavano l'azione; ma assegnare al *Rechtsstaat* nuovi contenuti da perseguire era una sfida molto più complicata del previsto e, certo, non poteva risultare sufficiente la pretesa di sostituire la tutela degli interessi individuali con la tutela di interessi collettivi. Il costante richiamo dottrinale al principio di legalità quale cifra più autentica dello Stato

(46) Sulla cesura dottrinale di fine Anni Trenta, sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, in particolare p. 230 e ss.

di diritto e, al tempo stesso, il riferimento di Perticone alla *rule of law* britannica avevano il pregio di illuminare contenuti di valore entro l'esperienza dello Stato di diritto. Perché in fin dei conti anche il *Rechtsstaat*, come forma storica della statualità, nasce dalla necessità di comporre un conflitto e il patrimonio valoriale che esso esprime rifletteva la soluzione adottata per risolverlo ⁽⁴⁷⁾. Il fatto che lo Stato di diritto trovasse la sua più autentica espressione nel principio di legalità è indice, infatti, della necessità di formalizzare giuridicamente i rapporti di potere, per ingabbiarli in logiche procedurali a scopo di garanzia. Ci troviamo cioè di fronte a quella che Azzariti definisce la « soluzione procedurale dei conflitti » ⁽⁴⁸⁾, ma di quale conflitto si trattava? Il riferimento di Perticone alla *rule of law* e alla sua lunghissima evoluzione storica lo mostra con grande evidenza: si trattava del conflitto storicamente dato tra autorità e libertà, tra potere pubblico e autonomia privata. Ma il conflitto che il Novecento pone problematicamente di fronte al diritto costituzionale non era più solo quello tra potere e libertà; accanto ad esso era emerso un nuovo fronte tutto interno alla società e lo Stato di diritto non era strutturalmente costruito per la regolazione di conflitti interni alla sfera sociale. Quanto poteva fare era, al massimo, tentare di neutralizzarli o minimizzarli — come era accaduto con la prima legislazione sociale, dall'impronta marcatamente paternalistica — ma sempre nell'ottica di ricondurre una riottosa società storicamente data entro l'alveo di una dimensione normalizzata e pacificata che era quello della società teoricamente presupposta. Il conflitto sociale nell'ottica *rechtsstaatlich*, dunque, era pensabile solo come degenerazione patologica e non come condizione fisiologica strutturale. Ma era invece a quest'ultima immagine che lo Stato sociale alludeva, con la sua richiesta di innestare nel corpo dello Stato di diritto una permanente socialità di scopo. E dunque occorreva cambiare paradigma, muoversi verso orizzonti differenti.

⁽⁴⁷⁾ Sulla necessità di riconoscere il diritto come intrinsecamente dotato di uno scopo, che affondava le radici negli interessi, nella dialettica e quindi anche nella conflittualità sociale, si cfr. il classico R. JHERING, *Lo Scopo del diritto* (1877), Torino, Aragno, 2014.

⁽⁴⁸⁾ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 216 e ss.

5. *Dal contenuto sociale della Costituzione alla democrazia sociale.*

La condizione indispensabile per incorporare nella sfera del potere pubblico gli scopi che lo Stato sociale si prefiggeva era dunque quella di rifondare tale sfera su altre basi. Non sfugge, infatti, che la possibilità di imporre al potere « oltre al limite di forma o di procedura [...] anche specifici limiti di contenuto »⁽⁴⁹⁾ risulta una questione irrimediabilmente connessa con il problema della legittimazione del potere stesso. Fino a che lo Stato rappresentava hegelianamente « l'intero naturale »⁽⁵⁰⁾ della sfera pubblica, « la realtà dell'Idèa etica »⁽⁵¹⁾, nessun limite — se non procedurale — poteva essergli opposto. Lo Stato sociale aveva dunque bisogno, per affermare le proprie istanze, anzitutto di un diverso criterio di fondazione dell'ordine, un criterio che affondasse le proprie radici nella fattualità composita e plurale della sfera sociale, in modo che questa, da elemento meramente descrittivo della statualità, potesse divenire il momento fondativo della stessa.

C'era dunque bisogno della costituzione; e questa non tradì le aspettative. Già nei primissimi articoli della carta risultava evidente che, rispetto alla tradizione *rechtsstaatlich*, l'interpretazione che essa forniva della società faceva pensare ad « un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione »⁽⁵²⁾. A partire dal soggetto di diritto, dall'attore sociale. Alla base del mutamento costituzionale sta proprio quello che Mortati chiamava « il mutamento dello stesso tipo umano »⁽⁵³⁾, che non è più l'*individuo* introdotto dalla rivoluzione francese (cristallizzazione giuridica di una precisa categoria antropologica e cioè quella del maschio bianco

⁽⁴⁹⁾ Ivi, p. 231.

⁽⁵⁰⁾ G.W.F. HEGEL, *Propedeutica filosofica* (1810), ora in ID., *Il dominio della politica*, a cura di N. Merker, Roma, Editori Riuniti, 1980, p. 325.

⁽⁵¹⁾ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Milano, Rusconi, 1998, p. 417.

⁽⁵²⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 39.

⁽⁵³⁾ C. MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, *Principii fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 10.

europeo e borghese), ma la *persona* ⁽⁵⁴⁾. Tutte le carte costituzionali del secondo Novecento hanno infatti un'impronta decisamente personalistica. E non solo perché debitrice delle riflessioni di un cattolicesimo che trova in Mounier la sua espressione più autorevole, ma perché sul valore della persona e sulla sua anteriorità rispetto allo Stato (con buona pace delle teorie *rechtsstaatlich* sulle libertà riflesse e di Forsthoff che pareva riproporle) tutte le culture politiche del secondo dopoguerra trovarono un punto di accordo. La persona, dunque, come nuovo soggetto: inclusivo e non escludente, complesso e non semplificato, e soprattutto soggetto intrinsecamente sociale. Questo il costituente italiano sembrò averlo chiarissimo, tanto da esplicitarlo a chiare lettere nell'art. 2 della Carta. L'uomo, cui la Repubblica riconosce e garantisce i « diritti inviolabili » era da intendersi « sia come singolo » sia come membro delle « formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ». E mai come in questo caso il concetto di personalità umana sembra assumere il significato di essenza più profonda del concetto di persona, un'essenza sviluppabile appieno solo e soltanto in un'ottica relazionale, all'interno cioè di una dimensione sociale.

Ma non di una qualsiasi società. La Costituzione, nel combinato disposto dei suoi primi tre articoli, descrive già perfettamente il tipo di società dal quale muove e, soprattutto, verso cui intende andare. L'affermazione — *ex art. 3 co. 1* — del principio della « pari dignità sociale », la previsione — *ex art. 2* — dei « doveri inderogabili di solidarietà » come speculari contraltare della inviolabilità dei diritti, e ancora il compito — che l'art. 3 co. 2 assegna alla Repubblica — di « rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana » tratteggiano un chiaro orizzonte teleologico in cui poteri pubblici e consociati vengono chiamati a collaborare per contrastare una sperequazione sociale, che si assume come dato oggettivo di partenza. Non solo. I riferimenti al lavoro, contenuti nell'art. 1 e ancora nell'art. 3 co. 2 stanno anche ad indicare quale fosse la leva di

⁽⁵⁴⁾ Per un approfondimento sul passaggio dall'individuo alla persona sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Cittadinanza femminile e Costituzione repubblicana*, in « Studi Storici », 2016, 4, p. 771 e ss.

promozione sociale individuata dai costituenti. In un certo senso, quindi, la Costituzione accoglie in sé i presupposti delle teorie dello Stato sociale, individuando uno scopo da perseguire o, per meglio dire, esprimendo un preciso indirizzo politico il cui contenuto è marcatamente sociale.

Tutto questo i più giovani giuspubblicisti lo avevano ben presente. E pertanto non si attardarono a elaborare interpretazioni dello Stato sociale, né a vagliare le potenzialità categorizzanti della locuzione, ma preferirono entrare nel merito delle questioni cui essa rimandava. Non stupisce quindi ritrovare Vezio Crisafulli, negli anni a cavaliere tra i Quaranta e i Cinquanta, alla direzione della « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », dalle colonne della quale rifletteva sull'indirizzo politico costituzionale e sulla sua marcata impronta economico-sociale. A differenza di quanto spesso veniva sostenuto ⁽⁵⁵⁾, l'esistenza di un contenuto sociale — dice Crisafulli — non poteva essere ritenuto un carattere esclusivo delle costituzioni del secondo dopoguerra, avendo tutte le costituzioni « un contenuto sociale, perché regolano — e non potrebbero non farlo — in un modo o nell'altro il rapporto tra Stato e società, tra soggetto sovrano e sudditi, tra governanti e governati » ⁽⁵⁶⁾. Per individuare il *quid* specifico delle nuove costituzioni, pertanto, occorre fare un tentativo di specificazione ulteriore, mettendo in evidenza che « caratteristica delle costituzioni contemporanee è dunque piuttosto di avere un contenuto sociale [...] *positivo*, vale a dire di regolare quell'insieme di rapporti secondo un indirizzo interventista, anziché secondo un indirizzo meramente astensionistico » ⁽⁵⁷⁾. E, allo stesso modo, anche Franco Pierandrei rilevava che, essendo la Repubblica italiana « espressione di un determinato sistema economico-sociale », era assolutamente normale che « assu-

⁽⁵⁵⁾ Si veda ad esempio la ricognizione comparativa operata da F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle costituzioni contemporanee (Testi coordinati)*, Bologna, Zuffi, 1950.

⁽⁵⁶⁾ V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in « Rivista degli infortuni e delle malattie professionali », 1950, 1, p. 6.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 7.

me[sse], nei confronti di quest'ultimo, un certo atteggiamento e intende[sse] svolgere certe attività » (58).

Il fatto che la Costituzione repubblicana avesse quindi un indirizzo politico, o per dirla con Crisafulli « *una certa tendenza politica* » (59) e che questo indirizzo si sostanziasse in particolare nella vocazione « ad intervenire nella disciplina dei rapporti sociali » (60) pareva dunque un dato ormai assodato. Volendo indagare tuttavia l'esatto contenuto di tale vocazione, ci pare che dai contributi dei nostri giuristi emergano almeno due aspetti.

Il primo, e probabilmente quello più in linea con la lunga tradizione della legislazione sociale, è quello della *protezione (o sicurezza) sociale*. Esso affondava le radici in un « presupposto di ordine non giuridico, ma sociologico: il fatto che la vita associata [fosse], come tale, generativa di insicurezza » (61); insicurezza « che si manifesta con il fatto che, nella società, esistono e tendono sempre di più ad aumentare, qualitativamente e quantitativamente, categorie di persone che versano in situazione di sottoprotezione ». Tra queste Giannini individua nei « meri lavoratori » la categoria sottoprotetta per eccellenza perché essi, « non avendo proprietà o possesso di mezzi di produzione, non hanno altro bene se non la prestazione di lavoro, bene per sua natura esposto a rischio, la perdita o la diminuzione del quale comporta la perdita o la diminuzione delle possibilità di sostentamento » (62). Si è detto che tale aspetto è probabilmente quello più in continuità col passato ma Giannini — guardando al problema da un'opportuna prospettiva storico-giuridica — non manca di rilevare invece come il secolo XX avesse comunque fatto segnare una significativa discontinuità. L'età liberale aveva infatti segnato una transizione importante dalla logica della *beneficienza* alla logica della *previdenza*; il Novecento aveva fatto di più, passando dalla *previdenza* alla *protezione sociale*. Se il criterio

(58) F. PIERANDREI, *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in « Rivista giuridica del lavoro », 1953, 3, p. 137.

(59) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8. In corsivo nel testo.

(60) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 10.

(61) M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in « Rivista giuridica del lavoro », 1953, 1, p. 2.

(62) Ivi, p. 3.

previdenziale finiva per ridursi « sempre ad un rapporto di tipo assicurativo », con l'avvento della protezione sociale « questo tipo di rapporto permane[va] [...] e per più aspetti si perfeziona[va] », ponendo in capo alle categorie sottoprotette (e *in primis* a quella dei lavoratori) « veri e propri diritti ad essere garantite contro eventi produttivi di insicurezza » (63).

Torneremo in seguito con alcuni brevi cenni sulla questione dei diritti sociali. Per il momento, urge però notare che l'obiettivo di garantire una certa protezione sociale alle categorie più bisognose non sembra esaurire il significato complessivo dell'indirizzo politico costituzionale in ambito socio-economico. Questo, infatti, contiene anche un secondo obiettivo, che potremmo identificare nella *giustizia sociale*. Si tratta di un obiettivo più ambizioso del precedente e, al contempo, più ricco di implicazioni. La necessità di garantire « i diritti delle categorie sottoprotette contro altre categorie che invece sono sovraprotette » (64) di cui parla Giannini diviene, nelle parole di Mortati, l'obiettivo costituzionale di « una più equa distribuzione tra le classi dei beni della vita » (65). Crisafulli, per parte sua, si spinge a tradurlo « nell'esigenza di estendere l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dei tradizionali rapporti politici, strettamente intesi, alla intera struttura complessiva della comunità statale » (66); che, in fin dei conti, non sembra troppo distante dalla necessità, esplicitata da Pierandrei, di « assicurare la più profonda e intima compenetrazione fra la vita dello Stato, come ente politico e giuridico, e la vita della collettività, organizzata nell'ambito del primo » (67).

La necessità di alleviare le conseguenze prodotte dalla sperequazione sociale, che rappresentava il motore principale delle teorie dello Stato sociale, si colora di sfumature completamente nuove all'interno del disegno costituzionale. Nelle interpretazioni della più giovane dottrina costituzionalistica prende corpo un pro-

(63) Ivi, p. 5.

(64) GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale*, cit., p. 11.

(65) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 10.

(66) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8.

(67) PIERANDREI, *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, cit., pp.

getto di vera e propria *democrazia sociale*, basato sull'intento di estendere il campo d'azione del principio democratico ben al di là del consueto e familiare circuito imperniato sull'istituzione parlamentare. La vocazione « a proteggere l'interesse della maggioranza contro il privilegio economico della minoranza »⁽⁶⁸⁾, non assumeva né toni classisti, né toni paternalistici, ma rispondeva ad un progetto complessivo di società che trovava il proprio fondamento nel conflitto sociale. Quest'ultimo, che nelle teorie dello Stato liberale rappresentava una patologia da estirpare, nelle costituzioni novecentesche diviene così un elemento non solo fisiologico ma addirittura strutturale del sistema: la costituzione democratica presuppone il conflitto come dato oggettivo e si prefigge addirittura l'obiettivo di utilizzarlo come volano di sviluppo democratico. Per raggiungere tale obiettivo si rendevano, tuttavia, necessarie alcune precondizioni.

La prima e più indispensabile era quella che rendeva il conflitto possibile, ossia incanalabile entro binari non distruttivi, ma al contrario dialettici. E tale requisito minimo, nella nostra carta costituzionale, e forse in tutte le costituzioni democratiche del Novecento, ci pare rappresentato dal principio della « pari dignità sociale », che viene a rappresentare quindi da un lato il confine ultimo che nessuna società può permettersi di valicare, pena il rischio di non riuscire più a contenere il conflitto entro limiti accettabili e non deflagranti; e dall'altro il fondamentale criterio orientativo di ogni indirizzo costituzionale in materia sociale.

La seconda precondizione, invece, ci sembra rappresentata da una visione dinamica della società e della sua intrinseca conflittualità, che impedisce sia la pretesa di annullare il conflitto, sia — a ben vedere — la pretesa di comporlo in termini definitivi. Nel senso che ogni composizione risulta necessariamente provvisoria, perché generatrice di altra e magari differente conflittualità. È in quest'ottica circolare che ci pare vada inteso il concetto mortatiano di « mobilità sociale », il cui « centro motore » il giurista calabrese individua nel lavoro, divenuto « fondamentale criterio di valutazione sociale »⁽⁶⁹⁾. Si tratta di un aspetto spesso poco considerato in letteratura, ma molto utile per comprendere in che cosa effettivamente consistesse

(68) CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, cit., p. 8.

(69) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 15.

l'idea di poter estendere l'applicazione del principio democratico oltre la sfera dell'organizzazione dei poteri dello Stato, per pervenire a una più ampia concezione di democrazia sociale. Del resto, se dall'introduzione della Costituzione, che era un prodotto precipuo della dialettica tra le forze sociali, ci si aspettava una palingenesi profonda, questa non poteva riguardare solo la sfera delle istituzioni rappresentative, ma doveva al contrario investire anche la sfera originale, quella da cui tutto aveva avuto inizio, cioè la società. Se ciò non fosse avvenuto, secondo Mortati, il rischio — gravissimo — sarebbe stato quello di erodere le fondamenta del costruendo Stato moderno, com'era accaduto a Weimar, che aveva lasciato al mondo proprio questo « ammaestramento »: che « una democrazia moderna [...] esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda e intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità » (70).

È riannodando il filo del pensiero di Mortati che si riesce a evidenziare come questa esigenza di compenetrazione lasci la sfera astratta dei propositi, per incardinarsi solidamente entro gli ingranaggi della teoria della Costituzione. L'obiettivo fondamentale di perseguire una più ampia giustizia sociale prende concretamente corpo nella presa d'atto che « nelle democrazie contemporanee » è presente « un'esigenza assai avvertita di circolazione delle aristocrazie » (71). La lotta al privilegio economico di cui parlava Crisafulli, la garanzia delle categorie sottoprotette citata da Giannini, trovano nella sistematica di Mortati un più pieno significato. La dialettica che emerge è quella tra una dimensione sociale statica — tipica dello Stato di diritto ottocentesco — in cui si cristallizzano originarie posizioni di privilegio e una dimensione dinamica, di « mobilità sociale », in cui deve essere possibile salire (o anche discendere) i gradini della scala sociale in conformità a un criterio di natura spiccatamente capacitaria, per poter infrangere « la tendenza al consolidamento di posizioni di vantaggio possedute mediante la loro trasmissione anche a favore di soggetti dimostratisi sprovvisti delle

(70) C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), ora in Id., *Raccolta di scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 1972, p. 351.

(71) MORTATI, *Commento all'art. 1 C.*, cit., p. 15.

capacità che dovrebbero ad esse corrispondere » (72). È questo il cuore del progetto mortatiano (e non solo mortatiano) di democrazia sociale. E il criterio capacitaro attorno al quale ruota questo progetto è il lavoro. Che non è « fine a sé, né mero strumento di guadagno, ma mezzo necessario per l'affermazione della persona, per l'adempimento dei suoi fini spirituali » (73). I principii affermati nei primi due articoli della carta (il lavoro come fondamento della Repubblica e la centralità della persona cui la Repubblica riconosce e garantisce diritti inviolabili, ma non senza pretendere di converso l'adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà) trovano così una loro coniugazione ideale. Se la persona è certamente la nuova protagonista dell'ordinamento costituzionale, non è men dubbio che il criterio generale che condiziona e informa quest'ultimo sia rappresentato dal lavoro. Ed è così che va quindi interpretato per Mortati l'art. 1, come norma cioè che « esprime l'accoglimento di una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo, il suo valore più comprensivo e significativo, perché nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare, nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costruttiva della collettività in cui vive » (74).

La sensazione che si ha, leggendo questi passi, è quella di un cerchio che si chiude. La teoria della costituzione novecentesca sembra rivelarsi in tutta la sua completezza, svelando anche il suo lato meno noto che guarda alla dimensione sociale: in queste pagine si tocca con mano l'ampiezza e la sfaccettata complessità della frattura culturale introdotta dalla Costituzione repubblicana. Essa rivoluzionò certo la gerarchia delle fonti del diritto, riorganizzò in maniera nuova l'ordinamento dei poteri dello Stato; ma queste trasformazioni, pur profondissime, non esaurivano la rivoluzione.

(72) *Ibidem.*

(73) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione* (1954), ora in Id., *Raccolta di scritti*, III, cit. p. 233.

(74) Ivi, p. 222.

L'altra faccia della teoria novecentesca della costituzione era rappresentata dall'ambizione ad estendere il raggio d'azione del principio democratico per portarlo all'interno della dinamica sociale. Del resto, questa era l'ovvia conseguenza dell'essere la stessa costituzione un prodotto diretto dell'interazione dialettica tra le forze sociali. Ed è probabilmente in questo senso che va interpretata la polemica di Mortati ⁽⁷⁵⁾ contro le tesi — peraltro anche autorevolissimamente sostenute ⁽⁷⁶⁾ — sulla natura sostanzialmente compromissoria della carta. Perché ridurre il confronto politico svoltosi in Assemblea costituente ad una mercatura di principii significava disconoscere il più intimo tratto fondamentale della costituzione: il suo essere cioè una sintesi avanzata delle profonde correnti culturali e degli indirizzi politici che percorrevano la società italiana. E poco importa se di tale sintesi non tutti i protagonisti, nell'atto di porla in essere, fossero perfettamente consapevoli. Le grandi correnti di pensiero, i diversi patrimoni culturali operavano su orizzonti più larghi e tracciavano quindi percorsi più ampi di quelli che orientavano le pur rilevanti strategie degli attori politici che se ne facevano interpreti. I primi non erano riducibili alle seconde. Possiamo anzi dire che il testo costituzionale era scaturito proprio dalla combinazione di principii e valori da un lato e strategie politiche dall'altro. Ma l'opera di interpretazione che adesso la Costituzione imponeva al giurista doveva essere condotta guardando ai primi e non certo alle seconde. Emerge quindi una sorta di matrice savignyana ⁽⁷⁷⁾ in

⁽⁷⁵⁾ Si confronti ad esempio C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali* (1969), ora in ID., *Raccolta di scritti*, IV, cit., in particolare p. 174 e ss. E, in letteratura, in senso analogo anche S. GAMBINO, *Stato sociale e Stato socialista in Costantino Mortati*, Cosenza, Marco Editore, 2002.

⁽⁷⁶⁾ Ad esempio, si può richiamare la celeberrima tesi di Piero Calamandrei sulla rivoluzione mancata e la rivoluzione promessa, espressa peraltro proprio a proposito del contenuto sociale della carta. Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, in *Dieci anni dopo 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955, p. 225. Ma una visione non dissimile, pur se calata in un'ottica affatto diversa, sembra offrire anche C. LAVAGNA, *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo* (1977), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 147 e ss.

⁽⁷⁷⁾ Del resto già Maurizio Fioravanti ha messo in evidenza come proprio in certe pagine di Savigny si ritrovi « la radice prima delle dottrine della costituzione in senso materiale ». Cfr. M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in « *Historia Constitucional* », 2011, 12, p. 24.

questo richiamo ad accettare senza remore la sfida interpretativa che la costituzione poneva all'interprete, sia sotto il profilo della ricostruzione delle correnti profonde di pensiero che l'avevano prodotta, sia sotto il profilo del fondamentale ruolo creativo che l'interprete era chiamato a svolgere. Su queste basi, occorre dunque prendere la costituzione sul serio, interpretarla sistematicamente e a tutto tondo, senza pretendere di restringere la visuale a questo o a quell'aspetto, né di piegarla a schemi preconcepi. Si trattava insomma di mollare gli ormeggi e navigare in mare aperto. E se ciò comportava la necessità di ribadire — contro le interpretazioni perseveranti della dottrina più tradizionalmente *rechtsstaatlich* — la validità del principio della sovranità popolare, o il ruolo costituzionale dei partiti politici, o ancora la centralità della Corte costituzionale nel nuovo ordinamento, nondimeno imponeva di prendere sul serio anche le norme della carta volte a promuovere un'ampia democrazia sociale. Queste non andavano pertanto considerate dei vuoti ed estemporanei programmi ideologici, ma riconosciute come parte integrante del complessivo impianto costituzionale che, nella « sinapsi tra fondamento della Repubblica, sovranità popolare, doveri della solidarietà, eguaglianza, si conclude in sistema » (78).

È chiaro che non si trattava di un compito agevole. Il terreno sul quale la dottrina era chiamata a misurarsi appariva estremamente scivoloso, soprattutto perché chiamava in causa il rapporto col patrimonio dogmatico elaborato (per buona parte) nel secolo precedente. Un ancoraggio troppo stretto a tale patrimonio avrebbe impedito di scrollarsi di dosso le rigidità giuspositivistiche e di cogliere appieno il portato di novità che la Costituzione aveva introdotto; un approccio al contrario troppo disinvolto avrebbe irrimediabilmente compromesso la validità scientifica delle interpretazioni. Furono dubbi che affiorarono anche nel dibattito dottrinale. Sono note, ad esempio, le perplessità e financo l'insofferenza mostrata in Assemblea costituente da Piero Calamandrei sul tema dei diritti sociali (79), la mancata azionabilità dei quali li avrebbe —

(78) G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed europea*, in « Costituzionalismo.it », 2005, 3, p. 3.

(79) Sul punto si cfr. P. BARILE, *La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà*, in *Scelte della costituente e cultura giuridica*, vol. II, a cura di U. De Siervo,

secondo il grande Maestro fiorentino — sottratti ad una precisa configurazione giuridica e ridotti piuttosto a promesse che, in quanto tali, avrebbero forse trovato una migliore collocazione costituzionale in un Preambolo. Nel complesso, ci pare però che la generazione di giuristi cresciuta negli anni Trenta accettò la sfida che la Costituzione poneva. Certo, lo fecero da punti di vista che a volte apparivano molto distanti e forse inconciliabili. Ma c'è un filo che lega, ad esempio, il saggio col quale Carlo Lavagna tentò di dimostrare la compatibilità della carta costituzionale con un futuro ipotetico regime socialista⁽⁸⁰⁾ e alcuni saggi di Esposito sull'art. 3 (che secondo il giurista napoletano imponeva non già « un'assoluta eguaglianza di fatto dei cittadini, ma solo un minimo di giustizia sociale »⁽⁸¹⁾) e sull'art. 44 (che egli legge come articolo posto a tutela della piccola e media proprietà terriera in quanto limitante possibili future nazionalizzazioni solo alla « grande proprietà terriera »)⁽⁸²⁾. E questo filo è rappresentato dal fatto che queste analisi si dipanavano all'interno del sistema costituzionale, esplorandone le estreme potenzialità ma rimanendo sempre entro i suoi confini. Di quel sistema i nostri giuristi cercarono di estrapolare i principii fondamentali, lessero alla luce di essi le varie norme, posero queste ultime in relazione l'una con le altre e giunsero così ad espandere, grazie a questa operazione di coordinamento, il significato delle singole disposizioni.

Certo, non è possibile affermare — tornando al nostro tema — che gli sforzi interpretativi di questa generazione di giuristi permisero di giungere a una ricostruzione condivisa e pacifica circa l'effettivo contenuto del principio della democrazia sociale. Ma con ogni probabilità essi delimitarono uno spazio entro cui ogni possibile futura opzione legislativa avrebbe potuto svilupparsi, sufficiente

Bologna, il Mulino, 1980 p. 15 e ss., ma anche P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali. « Arbeitender Staat » e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie europee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, in particolare pp. 336-340.

⁽⁸⁰⁾ LAVAGNA, *La Costituzione: una democrazia verso il socialismo*, cit.

⁽⁸¹⁾ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 66.

⁽⁸²⁾ C. ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, ora in ID., *La Costituzione italiana*, cit., p. 181 e ss.

a individuare limiti costituzionali invalicabili. E così, per tornare a un esempio già fatto, dal confronto tra l'utopica proiezione socialista di Lavagna e la ricostruzione minimale di Esposito emergeva un comune denominatore: ossia l'obbligo per il legislatore di assicurare un certo livello di giustizia sociale che poteva quindi essere discutibile nel *quantum*, ma non certo nell'*an*. Rispetto alle interpretazioni più tradizionalmente *rechtsstaatlich*, che pretendevano di derubricare i principi costituzionali in materia sociale alla stregua di vaghi programmi ideologici, la cesura è pertanto evidente: si era ormai entrati in un territorio completamente diverso, ma non per questo meno giuridico.

6. *Una statualità di tipo nuovo.*

Proviamo infine a tirare qualche conclusione dal ragionamento svolto. Il percorso che si è tracciato sembrerebbe in un certo senso riportarci al punto di partenza, a quella nettissima affermazione di inutilità della locuzione Stato sociale formulata da M.S. Giannini. Nella riflessione giuspubblicistica del secondo dopoguerra, chi si è più attentamente interrogato sulla capacità tipizzante della locuzione l'ha fatto perlopiù per sottolinearne l'insufficienza o per ribadire, al contrario, la perdurante attualità della più risalente e robusta categoria dello Stato di diritto. Del resto, rimanendo all'interno delle teorie dello Stato, questa pareva l'unica soluzione possibile. Per registrare un sensibile cambio di rotta, occorreva mutare radicalmente la prospettiva. È solo mettendosi nell'ottica — nuovissima — di una teoria della costituzione che diventava possibile fondare quella socialità di scopo indispensabile a legittimare lo Stato sociale. Ma in quest'ottica completamente nuova — in cui l'indirizzo politico può orientare le attività dei poteri pubblici e far emergere un contenuto sociale così marcato da far ritenere la democrazia sociale come il naturale contraltare della democrazia politica — il rischio era di perdere completamente di vista lo Stato. Con la conseguenza di considerare l'espressione Stato sociale inutile non tanto perché si ritenga l'aggettivo inadeguato a categorizzare una determinata forma politica, ma perché si rileva la perdita di centralità del sostantivo, sostituito, in questo ruolo, dal concetto di costituzione. Non ci sembra tuttavia una conclusione soddisfacente. Perché Stato e co-

stituzione sono grandezze disomogenee e non è quindi peregrino chiudere queste pagine interrogandoci sulle sorti dello Stato all'interno delle dottrine della costituzione.

Al proposito risultano ancora una volta particolarmente utili le riflessioni di Mortati, perché è possibile rinvenire nel suo percorso teorico una coerenza di fondo imperniata su una precisa interpretazione della successione storica delle forme di Stato. Mortati sviluppa cioè, a partire dagli anni Trenta, con assoluta costanza e linearità, un ragionamento sull'evoluzione dello « Stato moderno », all'interno della quale egli non esita a considerare anche lo Stato fascista — in quanto superamento del tipo liberale precedente — come una possibile declinazione di una statualità di tipo nuovo ⁽⁸³⁾. A caratterizzare l'analisi mortatiana tuttavia non è semplicemente un approccio di tipo storico alla teoria generale del diritto pubblico. Nel confrontare lo Stato sociale e lo Stato di diritto, anche la *Staatslehre* (tedesca, ma anche italiana) adottò perlopiù un approccio storico, contestualizzando immancabilmente la vicenda in oggetto all'interno della sequenza storica *Justizstaat*, *Polizeistaat*, *Rechtsstaat*. Ma quest'ultimo era un utilizzo della storia che guardava solo indietro, perché serviva a collocare il *Rechtsstaat* al termine di un determinato percorso evolutivo, che non mirava solo a spiegarne gli assetti, ma piuttosto a valorizzarne le conquiste, per consegnare quindi l'ultima tappa di quel percorso all'empireo dei concetti acquisiti e indisponibili. Mortati, invece, fa della storia un uso diverso. Egli guarda alla vicenda dello Stato moderno come a un punto collocato sopra una linea evolutiva. E non può quindi accon-

⁽⁸³⁾ Molto acutamente Fioravanti (M. FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato « di tipo nuovo »*, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 3/2013, reperibile anche online all'indirizzo <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2014/04/M.-Fioravanti-Uno-Stato-di-tipo-nuovo.pdf>) sottolinea che questa consapevolezza storica è già chiara in Mortati sin dagli anni Trenta, citando al proposito un saggio poco noto del 1936 (C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale* (1936), ora in Id., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 997 e ss. e in particolare la nota 5, pp. 1002-1003). Ai fini del nostro ragionamento, e ad ulteriore conferma della lineare coerenza del pensiero di Mortati, vale la pena sottolineare che già in questo scritto egli utilizza come misura dell'ampiezza del potere discrezionale (e quindi, va da sé, anche come suo limite) il fatto che la costituzione determini « i fini e gli interessi fondamentali di un dato ordinamento » (ivi, p. 1001).

tentarsi di fissare punti di arrivo, ma è invece naturalmente proiettato verso l'immaginare future traiettorie. È in questo senso che va pertanto interpretato il suo richiamo alla necessità di un nuovo tipo di Stato ⁽⁸⁴⁾, che certo non poteva più essere l'unico indiscusso protagonista della scena pubblicistica, ma che rimaneva in ogni caso il principale attore e il primo responsabile dell'attuazione del programma costituzionale. Ed è proprio sul piano della capacità dello Stato di riflettere le correnti di pensiero che attraversavano la società e di aiutare quest'ultima a comporre la propria naturale e ineluttabile conflittualità che andava misurata la possibilità di immaginare una statualità di nuova generazione.

In questo senso, quindi, è certamente possibile affermare che la locuzione Stato sociale, nella misura in cui richiamava la necessità di una maggiore perequazione sociale e intendeva fornire servizi essenziali ai cittadini, anticipava il bisogno di uno Stato di tipo nuovo. Ma, al tempo stesso, è altrettanto necessario riconoscere che questo nuovo tipo di Stato, o almeno il nuovo tipo di Stato di cui parlava Mortati, non si esauriva affatto nello Stato sociale. Perché lo Stato nuovo non poteva « non avere quel determinato tipo di costituzione, che vuole essere necessariamente anche indirizzo fondamentale per la democrazia che sta nascendo » ⁽⁸⁵⁾. E l'entrata in scena della costituzione democratica introduceva, sul piano della teoria generale, una mole di nuove questioni problematiche tanto vasta da non poter essere in alcun modo contenuta dalla locuzione Stato sociale. Sono questioni notissime, che conviene richiamare a grandi linee, a mero scopo esemplificativo: la questione della normatività della costituzione (introdotta nel nostro ordinamento dalla diatriba — alimentata dalla celeberrima sentenza delle SS.UU. penali della Corte di Cassazione del febbraio 1948 — sulla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche e particolarmente rilevante nell'interpretazione dei cosiddetti diritti sociali); la sovranità popolare e il rapporto tra potere costituente e poteri costituiti; la portata del principio democratico; il mutato campo di applica-

⁽⁸⁴⁾ Cfr. ad esempio C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie* (1959), Torino, ERI, 1971.

⁽⁸⁵⁾ FIORAVANTI, *Costantino Mortati: uno Stato « di tipo nuovo »*, cit., p. 6.

zione del principio di legalità ⁽⁸⁶⁾; una diversa fondazione — e quindi una diversa tutela — dei diritti individuali; il cambiamento radicale nella gerarchia delle fonti del diritto e l'introduzione della giurisprudenza costituzionale, con la conseguente questione — assai dibattuta negli ultimi anni — della necessità di ridefinire il rapporto tra legislatore e giudice ⁽⁸⁷⁾.

Lo Stato di tipo nuovo, nato dalle costituzioni democratiche del secondo Novecento, era dunque chiamato a confrontarsi con tutte queste problematiche e, sulla base di tale confronto, a ridefinire i confini della propria identità. Come è evidente, però, percorrendo questa strada, ci si avventura inevitabilmente in uno spazio che oltrepassa i confini di questo saggio. È lo spazio occupato da quella riflessione, particolarmente frequentata dalla dottrina europea da un decennio a questa parte, che indaga il concetto di *Stato costituzionale* ⁽⁸⁸⁾. Naturalmente, non è questa la sede per interrogarsi sull'idoneità dello Stato costituzionale a proporsi come valida categorizzazione della forma politica contemporanea, in grado di soppiantare il vecchio concetto di Stato di diritto. Molte questioni sollevate dalla locuzione Stato sociale rappresentano oggi snodi sui quali si misura la solidità del concetto di Stato costituzionale. L'esempio più significativo è rappresentato dal rapporto tra legislatore e giudice. Già Forsthoff aveva rilevato che, se lo Stato sociale avesse prevalso su quello di diritto, si sarebbe inevitabilmente andati incontro a un'interpretazione giurisdizionale della costituzione per principii, e ciò avrebbe compromesso il principio di legalità e comportato

⁽⁸⁶⁾ Di un doppio principio di legalità parla ad esempio E. CHELI, *I fondamenti dello Stato costituzionale*, in *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2006, p. 43.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, *Lo Stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze, Passigli, 2016, p. 55 e ss.

⁽⁸⁸⁾ Almeno a partire dalle ormai celebri riflessioni di Häberle, a proposito delle quali, si veda: P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2005. Sul tema si vedano anche M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 3 e ss. e E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 49 e ss.

paradossalmente una perdita di capacità normativa e prescrittiva della costituzione stessa ⁽⁸⁹⁾. È del tutto evidente però che proprio il tema dell'interpretazione costituzionale per principii è alla base dell'idea, formulata da Häberle, della costituzione come fatto culturale ⁽⁹⁰⁾, capace pertanto — come afferma Dogliani — di « trascendere il testo scritto » ⁽⁹¹⁾. Esiste dunque un collegamento tra le riflessioni sullo Stato sociale e quelle sullo Stato costituzionale, un collegamento che lo stesso Häberle declina in termini di incorporazione del primo nel secondo ⁽⁹²⁾. Evidenti ragioni di spazio ci impediscono di indagare oltre; e forse, ai fini del nostro ragionamento, indagare oltre non serve. Che il percorso di ricerca votato a elaborare una nuova e più adeguata forma di statualità abbia trovato o meno un punto di arrivo, infatti, nulla toglie e nulla aggiunge alla necessità di riconoscere che, di tale percorso, la riflessione dottrinale sul concetto di Stato sociale ha comunque rappresentato una tappa significativa.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. MANGIA, *Valori e interpretazione in Ernst Forstboff*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 1998.

⁽⁹¹⁾ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione*, cit., p. 53. Sui rischi che uno sviluppo costituzionale troppo decisamente svincolato dall'elemento politico rappresentativo comporta soprattutto sotto il profilo della impossibilità di formulare un'imputazione di responsabilità, si veda il celebre saggio di Massimo Luciani: M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in « Giurisprudenza costituzionale », marzo-aprile 2016, p. 1644 e ss.

⁽⁹²⁾ Afferma infatti il giurista tedesco: « lo Stato sociale di diritto è oggi un elemento essenziale dello Stato costituzionale nel suo insieme » (HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, cit., p. 214).