

**Uso della storia e interpretazione costituzionale.
Appunti per una tematizzazione del rapporto
Attraverso le crisi del costituzionalismo***

Nicola Cezzi

Nel vocabolario corrente, le origini sono un inizio che spiega.
Peggio ancora: che è sufficiente a spiegare.

M. Bloch, *Apologia della storia, o del mestiere di storico*, 1949 (2009)
cap. I, par. 4, p. 25

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il problema della costituzione antica. Il caso degli Stati Uniti d’America. – 3. Il concetto di uso della storia. – 4. Le crisi costituzionali. – 5. Storia nelle costituzioni liberali e in quelle del pluralismo. – 6. Il costituzionalismo tra scienza della cultura e interpretazione costituzionale. – 7. Originalismo e altri problemi aperti nel costituzionalismo. – 8. La frontiera. – 9. Sintesi.

1. Premesse

Si appuntano in questa sede primi elementi per una riflessione sulla dimensione storica all’interno dell’interpretazione costituzionale, alla ricerca di una forma di rinnovamento della cultura del costituzionalismo, periodicamente ritenuta in crisi¹.

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. Le opinioni espresse dall’A. sono personali e non impegnano in alcun modo l’Istituzione di appartenenza. L’articolo è parte del focus “*Storia costituzionale e comparazione*”.

¹ Da ultimo, la narrativa della crisi del costituzionalismo, e più precisamente quella sulla crisi dello stato costituzionale, intesa, da un lato, come incapacità degli attori di questa cultura di rispondere ai quesiti fondativi di una comunità o, dall’altro, come incapacità di recuperare (restaurare) i principi fondamentali attorno a cui si sarebbe costituita, è al centro

Per cultura del costituzionalismo qui si intende quella che accomuna la tradizione germogliata negli Stati Uniti d'America e certe risposte ai nazionalismi europei che nel corso del Novecento si sono ispirate a quella tradizione. Invero, se tali risposte si sono concretizzate in sistemi basati su *rule of law*, economia di mercato e rispetto dei diritti fondamentali, è opportuno rilevare che questi cardini non trovano esatta corrispondenza nel costituzionalismo per così dire 'originario', quello cioè nordamericano. Per esempio, e in particolare, alla base del costituzionalismo statunitense col lemma *rule of law* si è storicamente indicato tanto il sistema di *judicial review* elaborato dalla Corte Suprema², quanto l'idea di costituzione quale essenzialmente *Bill of Rights*³: per cui, nella sintesi di Alexander Hamilton, tutte le istituzioni e i principi organizzativi delineati dalla Costituzione americana sono ispirati e rivolti alla garanzia dei diritti fondamentali⁴.

La precisazione è utile ad apprezzare le peculiarità delle crisi dei rispettivi costituzionalismi (quello europeo e quello originario-americano), ma anche le possibili similitudini.

Da un lato, infatti, è stata anche di recente ribadita l'inadeguatezza della cultura costituzionalistica eurocontinentale a far proprio l'insegnamento del costituzionalismo originario, la prima sempre oscillante tra gli estremi del neo-positivismo e del neo-giusnaturalismo⁵. Dall'altro, il costituzionalismo suppostamente originario, quello americano, ha da tempo dato segnali di crisi e, almeno da quando è implosa la dottrina dell'originalismo giudiziale è dubbio che i principi sanciti nella Costituzione del 1787 siano ancora in grado illuminare la vita pratica di quell'ordinamento.

rispettivamente dei lavori di G. Zagrebelsky, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Bari-Roma, 2023, e di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023. Per uno sguardo di insieme su questi e altri versanti della "crisi", si v. da ultimo la raccolta di C. Pinelli, *Costituzionalisti del Novecento*, Macerata, 2024, che, in un'ottica meno indulgente verso questa narrativa, apre una via (8 ss.) tra «chi si accontenta di rifarsi al risalente motivo della costituzione tradita» e «chi la giudica superata in nome di una versione imbastardita di realismo giuridico».

² Sull'idea di "sistema" che connoterebbe la prima espressione *judicial review of legislation* negli Stati Uniti si v. P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and The Construction of America*, New Haven CT, 1997.

³ Su cui v. C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), Bologna, 1990, trad. ital. di V. De Capraris.

⁴ Cfr. A. Hamilton, *Federalist* n. 86.

⁵ Così A. Baldassarre, *Il Costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, Modena, 2020, 13, 35 ss., 50 ss.

Proprio muovendo dall'esperienza giuridica d'oltreoceano si propone qui di raccogliere primi appunti per riflettere sulle riletture della storia nel costituzionalismo, tematizzando un rapporto tra uso della storia e interpretazione costituzionale che, muovendo dalle crisi costituzionali, ne proponga delle soluzioni al di fuori degli schemi delle teorie postmoderne del diritto.

In particolare nel corso di questo lavoro si maturano due idee di fondo: l'idea che l'interpretazione costituzionale sia luogo di produzione di storia e l'idea che la storia/l'argomento storico siano un formante culturale⁶ nella soluzione di controversie in materia costituzionale.

La prima idea è elaborata dall'osservazione (secondo paragrafo) della crisi di modernità attraversata dal costituzionalismo statunitense e dell'attitudine dell'interpretazione costituzionale a farsi storiografia. Si riportano poi alcune manifestazioni e le prime teorizzazioni, da un lato, del c.d. uso della storia (terzo paragrafo), e, dall'altro, delle crisi costituzionali (quarto paragrafo). La seconda idea è estratta dall'osservazione (quinto paragrafo) degli spazi concessi alla storia nel costituzionalismo europeo. Si ricerca quindi (sesto paragrafo) uno strumento di lettura del rapporto tra storia e scienza/interpretazione costituzionale. Così impostata, la lente dell'interpretazione storica porta ad articolare (settimo paragrafo) alcuni degli interrogativi alla base dei discorsi sulla crisi del costituzionalismo; la stessa lente suggerisce poi di individuare (ottavo paragrafo) nel testo costituzionale un compendio di esperienze, epoche, concetti e principi che integrano la frontiera di legittimazione all'uso della storia da parte dell'interprete. Si ritiene, in sintesi, che le costituzioni del pluralismo presuppongano, per mantenersi, l'elaborazione di un certo rapporto con la storia.

⁶ Si prende qui in prestito il lemma elaborato da R. Sacco (*Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I e II)*), in "The American Journal of Comparative Law", vol. 39 1991, 1 ss., 343 ss.), come interpretato da A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in "DPCE online", 2022, 750 ss., secondo la quale il formante culturale riunisce da un punto di vista lessicale le due prospettive di indagine rappresentate, per un verso, dall'autonomia del diritto nel teorizzare la circolazione dei formanti, e, per l'altro, dai numerosi nessi tra la dimensione giuridica e quella antropologica: con la precisazione che, diversamente dagli altri formanti, quello culturale «è più legato alle condizioni di luoghi determinati e dunque è meno mobile» (865).

2. Il problema della costituzione antica. Il caso degli Stati Uniti d'America

Riflettendo sulla straordinaria longevità della Costituzione statunitense, sopravvissuta a oltre cent'anni di «smitizzazioni critiche» del documento e di tutte le verità che ai fondatori parevano auto-evidenti, a metà del secolo scorso Hanna Arendt era giunta a prospettare che l'autorità di questa repubblica americana sarebbe rimasta salda finché l'«evento» della fondazione (un popolo che deliberatamente fonda un nuovo stato) avesse continuato ad ammantare il risultato pratico di quell'atto, il documento costituzionale, di quell'aurea di timore reverenziale che ha difeso tanto «l'evento» quanto «il documento» dagli attacchi dei tempi e delle mutate circostanze; la repubblica sarebbe stata *mantenuta* («*A Republic, Madam, if you can keep it*», avrebbe detto Franklin all'uscita dalla Convenzione di Philadelphia nel 1787) finché l'atto stesso fosse stato *ricordato* ogni volta che fossero sorte questioni costituzionali nel senso più rigoroso del termine⁷. La stabilità della repubblica statunitense sarebbe dipesa dalla coltivazione del ricordo della sua fondazione, ovvero dalla capacità di ricollegare un conflitto costituzionale al rinnovamento del *pactum unionis*; forse, più in generale, dalla possibilità di fare di ogni questione di costituzionalità l'aggiornamento di un momento costituente.

Tuttavia già Arendt era consapevole della fragilità di questa prospettiva. Le smitizzazioni critiche cui si riferiva imperversavano dagli inizi del Novecento, con la pubblicazione di lavori espressivi della «mania di smascherare i Padri Fondatori»⁸, di scovare qualche secondo fine nella redazione della Costituzione. Questo afflato, secondo la studiosa, sarebbe stato dovuto al fatto che gli americani, culturalmente isolati per oltre un secolo, si erano affacciati al Novecento digiuni di pensiero post-rivoluzionario (di cui invece l'Europa avrebbe fatto esperienza, elaborando la questione sociale posta dalla rivoluzione industriale): affinché infatti il documento costituzionale potesse resistere al tempo, continuando ad essere temuto e riverito, affinché quell'atto deliberato di fondazione della libertà venisse *ricordato*, sarebbe stato necessario un sistema di nozioni concettuali (una teoria politica almeno, se non un insieme di filosofie politiche) entro il quale ulteriormente rielaborare quel ricordo. Uno sforzo di per sé molto

⁷ H. Arendt, *Sulla Rivoluzione* (1963), Torino, 2009, trad. ital. di M. Magrini, 234.

⁸ *Ivi*, 106. Il riferimento è a lavori come quello di C. Beard, *An Economic interpretation of the Constitution of the United States*, New York NY, 1913.

esigente⁹. Era parere di Arendt che invece in America non fosse mai germogliata una teoria politica autoctona, preferendosi al più una speciosa importazione volta a «ripetere con l'inchiostro e la stampa ciò che in altri paesi era stato scritto col sangue»¹⁰.

Al di là degli inevitabili vizi di prospettiva¹¹, l'intuizione di Arendt sulla mancanza di (originalità del) pensiero politico negli Stati Uniti può essere verificata osservando la storia di quel pensiero giuridico e in particolare la costruzione di una scuola storica americana a cavallo tra XIX e XX secolo, quando «i cargo di speculazione continentale» importati dall'Europa segnarono «il trionfo del ragionamento dogmatico sulla falsariga della pandettistica tedesca»¹². Questo movimento sarebbe sfociato nel recupero di una imprecisata tradizione di *common law*, grazie alla quale la soluzione ai conflitti (la dichiarazione del diritto) poteva derivare dall'esperienza storica ed essere sigillata nelle *authorities* giurisprudenziali. Il ragionamento, versato sulla materia costituzionale – su un *topos* cioè che era ben documentato e studiato – produsse una monumentale storiografia che sarebbe stata all'origine di due fenomeni apparentemente contrari: avrebbe infatti fornito il materiale, da un lato, per mantenere, a partire dal tardo Ottocento, l'interpretazione costituzionale ancorata alla tradizione delle libertà individuali ricavate da immemoriali ricordi di *common law*, censiti in *law report*

⁹ Con Tocqueville, si potrebbe dire che era difficile pretendere un tale impegno teorico dalla società statunitense: cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America* (a cura di G. Candeloro, decima edizione, Milano, 2015), libro II (1835), cap. IX, 288 (sulla capacità di ricordare) e 302; v. più ampiamente libro III (1840), parte prima, cap. I, 423.

¹⁰ Arendt, *Sulla Rivoluzione*, cit., 249 ss. Con Pocock – J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone. II. La 'repubblica' nel pensiero politico anglosassone* (1975), Bologna, 1980, trad. ital. di A. Prandi, 853-855 – si potrebbe aggiungere che la teoria politica americana sarebbe rimasta a uno stadio premoderno, quello che aveva accompagnato la mobilitazione per l'indipendenza dalla vecchia madrepatria, e per il quale la Costituzione era espressione di una comunità politica razioinante, fuggita dalla storia per costruirne una che non ammettesse decadenza e corruzione.

¹¹ Su tutte, l'accento posto da Arendt sulla rivoluzione del *pactum unionis* e la svalutazione del momento relativo alla soggezione. Nello sguardo europeo sull'Ottocento americano pesa, più in generale, la mancanza di un'analisi sulla costruzione di una cultura giuridica autoctona e la svalutazione dei movimenti di massa, come quelli riuniti attorno all'amministrazione Jackson e alla cultura della frontiera (su cui si v. A. Buratti, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016), o come quelli riuniti attorno alla tradizione agraria degli stati del Sud (su cui v. R. Luraghi, *La spada e le magnolie, Il Sud nella storia degli Stati Uniti*, Roma, 2007).

¹² U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 235.

e *casebooks*; dell'altro, dalla metà del Novecento, per trarre dallo stesso argomento una forza propulsiva verso nuove stagioni di diritti. Ad accomunare questi due fenomeni¹³ è stato un approccio scientifico ai fenomeni sociali, che vorrebbe nobilitare nel *judicial review* della Corte Suprema federale l'idea di un *sistema* costituzionale.

Invero, tra le ragioni che hanno impedito il raggiungimento del tipo di razionalità nel discorso giuridico sotteso all'idea di *sistema*, vi è il problema della normatività di un testo fondativo sempre più antico: il «ricordo» evocato da Arendt promanerebbe infatti pur sempre da un compendio ideologico (repubblicanesimo classico, puritanesimo, giusnaturalismo, etc.) che, incentrandosi su una serie di dilemmi politici irrisolti e ciclicamente riproposti (*in primis*, quello tra federalisti e anti-federalisti), è stato assorbito in un testo che è divenuto sempre più dichiaratamente tipologico; un testo cioè in cui il realismo interno, che pure aveva ispirato gran parte del processo costituente, è stato posto al servizio dell'allegoria e del simbolo, in una prospettiva che nei secoli è giunta a superare la specifica temporalità e attualità storica nello stesso momento in cui la vuol assumere come referente¹⁴.

In altre parole, affacciatisi al mondo nel Novecento, la cultura costituzionale americana avrebbe fatto dell'interpretazione costituzionale quella che in Europa si sarebbe chiamata storiografia, ma in mano a non-storici (quali sono i giudici della costituzionalità) avrebbe prodotto quello che sarebbe stato definito *uso della storia*¹⁵.

Non casualmente, gli approdi polarizzanti oggi raggiunti dalla *constitutional adjudication* statunitense hanno prodotto le reazioni più perplesse da parte di quella dottrina, ogni giorno più incerta se abbandonare ogni sforzo ricostruttivo¹⁶ o dichiarare l'esclusiva politicizia del *judicial review*¹⁷.

¹³ Una maggiore articolazione di questi tornanti di storia del pensiero giuridico è sviluppata in N.G. Cezzi, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in "Nomos", 3/2020.

¹⁴ Il tema del rapporto tra testo e tempo nell'interpretazione della costituzione statunitense, inclusa la genesi delle *judicial doctrines* dell'originalismo e del *living constitutionalism*, è indagato in N.G. Cezzi, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America. La storia e il testo*, Napoli, 2019.

¹⁵ C.A. Miller, *The Supreme Court and the Uses of History*, Cambridge MA, 1969.

¹⁶ L.H. Tribe, *The Treatise Power*, in "Green Bag", 8, 2d, Spring 2005. Sul punto si veda lo spaesamento del mondo accademico statunitense recentemente raccontato da J. Wegman, *The Crisis in Teaching Constitutional Law*, in "The New York Times", 26 febbraio 2024.

¹⁷ J.M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford-New York NY, 2020, 67 ss.

3. Il concetto di uso della storia

Uno degli espedienti cui è possibile ricorrere per aggirare il problema della definizione del concetto

di *storia*, e ritagliarne un'idea *utile* al di fuori del contesto scientifico-culturale deputato ad affrontarlo, è riflettere sulla qualificazione del concetto di storia per distinzione da ciò che gli somiglia ma non è. È quanto sembra avvenire con la coppia *storia-memoria*, dove il secondo termine è spesso usato per evocare una portata pedagogica e identitaria del primo, per depositarvi una certa dose di soggettività definita da vissuti collettivi o individuali¹⁸. L'intuizione che un concetto scientifico di storia possa coesistere con pratiche memoriali diffuse sembra poi essere alla base dell'idea di una *storia pubblica*¹⁹. Ancora, un tentativo di differenziazione si trova proposto nella coppia *memoria-ricordo*²⁰. Infine, un comune terreno di caduta linguistica viene di solito trovato nel più generico participio *passato*.

In Europa di uso della storia si scrive soprattutto nel contesto delle scienze umanistiche, col riflesso di intendere l'*uso* quasi sempre come un *abuso*, come se il primo non possa che implicare il secondo.

Per tutti, si può ricordare il caso della *Historikerstreit* sul periodo nazista, accesi in Germania degli scorsi anni '80. Nell'ambito di questo dibattito, Habermas ha elaborato l'immagine dell'uso «pubblico» della storia: vi incorre chi parla di storia «in prima persona»²¹, fuori dalle sedi accademiche deputate, proponendosi obiettivi politico-pedagogici espliciti. È parere di Habermas che non vada confusa «questa arena, in cui siamo tutti in causa, con la discussione degli studiosi che, nel corso del loro lavoro, devono assumere il punto di vista della terza persona»²². E ciò non solo per il differente tipo di registro che è richiesto da un'indagine scientifica rispetto

¹⁸ Cfr. diffusamente p. Ricoeur, *La memoria, la storia, l'oblio* (2000), Milano, trad. ital. D. Iannotta, 2003

¹⁹ Cfr. S. Noiret, *A proposito di Public History internazionale e dell'uso-abuso della storia nei musei*, in "Memoria e

Ricerca", a. XXVI, 54, nuova serie, n. 1, 2017.

²⁰ Ma è una distinzione che a volte rasenta l'opportunità, come nel caso della separazione tra un Giorno della Memoria

(istituito con L. 211/2000) e un Giorno del Ricordo (istituito con L. 92/2004). Il rapporto tra pratiche memoriali e diritto

costituzionale è stato indagato di recente da a. Mastromarino, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, Milano, 2018.

²¹ J. Habermas, *L'uso pubblico della storia*, in G.E. Rusconi (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, 1987, trad. ital. di A. Orsi, 106.

²² *Ibidem*.

a una «polemica giornalistica», ma anche per evitare manipolazioni nel contesto politico a danno della propria «indipendenza scientifica»²³.

La posizione di Habermas sembra caratterizzarsi, da un lato, per una pregiudiziale sulla cultura di massa, ritenendosi la dimensione pubblica critica soppiantata da quella manipolativa²⁴; dall'altro, per un'idea di attività scientifica come scelta della terza persona, caratterizzata dalla presa di distanza dall'oggetto indagato e dal controllo dei propri pregiudizi.

Problematizzando questa posizione, la questione dell'uso pubblico della storia è stata tematizzata in Italia da uno studio curato da Gallerano, col fine di proporre una dilatazione oltre l'identificazione con uno uso politico in senso stretto, tantomeno con uso politico manipolatorio. Gallerano muove dall'assunto che, a differenza della tradizione ebraica prima e cristiana poi, la storiografia greco-tucididea ha mostrato come «l'utilità pubblica della storia [sia] la sua giustificazione originaria, in quanto attività che regola e definisce i rapporti tra memoria e oblio», e come «nella definizione di tali rapporti il peso dominante [sia] assegnato alla tutela della comunità», ovvero alla «politica»²⁵. Di qui deriverebbero, in primo luogo, una dimensione scientifica *sui generis* della storiografia, la cui dimensione cognitiva si affianca e si mescola con quella affettiva, «intrisa di valori, predilezioni, scelte non o pre-scientifiche»²⁶; e, in secondo luogo, la centralità del rapporto conflittuale tra memoria e storia: «la memoria collettiva e di gruppo, che è propriamente quella che attiva larga parte dell'[uso pubblico della storia], lavora lungo sentieri obbligati ed esclusivi, definiti da urgenze individuali o collettive imprevedibili e discontinue»²⁷. Su tali premesse, Gallerano si è proposto di indagare i possibili «luoghi di produzione» di questo «incrocio tra storiografia, filosofia e scienze sociali» che definisce il fenomeno dell'uso pubblico della storia²⁸.

²³ J. Habermas, *Epilogo*, in Rusconi, *Germania: in passato che non passa*, cit., trad. ital. di R. Cazzola, 156, 164.

²⁴ Cfr. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Bari-Roma, 1988, 213.

²⁵ N. Gallerano, *Storia e uso pubblico della storia*, in Id., (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1995, 22. Ad esempio, Tucidide (*Le storie*, I,1, versione a cura di G. Donini, Utet, Torino, 2014), nel raccontare la guerra del Peloponneso, avvertiva: «gli avvenimenti precedenti alla guerra e quelli ancora più antichi erano impossibili a investigarsi perfettamente per via del gran tempo trascorso e, a giudicar dalle prove che esaminando molto indietro nel passato mi capita di riconoscere come attendibili, non li considero importanti né dal punto di vista militare né per il resto».

²⁶ Gallerano, *Storia e uso pubblico della storia*, cit., 23.

²⁷ *Ivi*, 27.

²⁸ *Ivi*, 8.

Nello spazio di quella ricerca, tra i luoghi di produzione dell'uso della storia non compare il tribunale, che pure costituisce «un *locus classicus*»²⁹ in cui si consuma il dibattito attorno al mestiere dello storico confrontato a quello del non-storico (il giudice, in questo caso)³⁰. Dibattito che sollecita continue riflessioni almeno da quando si discute di giustizia penale internazionale, nell'ambito della quale è centrale il trattamento giurisdizionale delle controversie storiche; da questo filone di analisi, poi, assumono sempre maggior autonomia gli studi sulla *transitional justice*; così come crescente è l'attenzione richiesta dai fenomeni del negazionismo e dei discorsi d'odio e dal bilanciamento tra diritto di cronaca, rievocazione storica e protezione dei dati personali³¹.

4. *Le crisi costituzionali*

Alla luce dell'esperienza statunitense, nel presente lavoro si ritiene che un tribunale e un giudice che distaccano nel discorso sull'uso pubblico della storia siano anche quelli versati nell'interpretazione costituzionale.

Agli occhi degli storici questo rilievo – l'uso della storia nel generale discorso costituzionalistico e in particolare nell'ambito delle vertenze sulle regole fondative di una data comunità – non è nuovo. Alcuni casi di studio, ad esempio, sono stati raccolti da Finley, con riguardo all'idea di «Costituzione degli antenati»³².

Va precisato che l'impostazione seguita da Finley è dichiaratamente antitetica alla visione greco-tucididea della storia e quindi ogni riferimento al suo *uso* porta in sé il connotato di uno stigma. Ripercorrere le tracce del suo ragionamento permette comunque di trarre delle osservazioni esplicative del rapporto tra costituzioni e storia utili ai fini di questa riflessione.

L'appello alla Costituzione degli antenati, secondo Finley, ha sempre rappresentato una risorsa argomentativa di grande impatto nella competizione politica. Lo studioso si sofferma su tre esempi di usi di questo concetto.

²⁹ Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio* cit., 457.

³⁰ Per alcuni riferimenti di orientamento v. da ultimo C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico* (1991), Macerata, 2020.

³¹ Su questi temi v. da ultimo gli atti del IX Convegno annuale di Diritti Comparati dal titolo *Cancellazione, Spazio pubblico, Memoria*, pubblicati in “Diritti Comparati”, 1/2024.

³² M.I. Finley, *Uso e abuso della storia. Il significato, lo studio e la comprensione del passato* (1971), Torino, trad. ital. B. MacLeod, 1981, 40 ss.

Il primo è quello verificatosi ad Atene alla fine del V secolo a.C., quando, avviandosi verso la sconfitta nella guerra con Sparta, la città per pochi mesi sperimentò un colpo di stato oligarchico. In questo contesto Finley colloca il dibattito su leggi e costituzione degli antichi, invocate alternativamente da chi (Clitofonte) proponeva una riforma degli strumenti della democrazia andando a recuperare “le leggi dettate da Clistene”, e da chi (Alcibiade) denunciava questo sforzo come sovvertimento di quelle stesse leggi. Anche forse alla luce dell’uso anfibologico di questo argomento storico, fallito il colpo di stato, gli ateniesi ritennero giunto il momento di esaminare la disordinata massa di leggi e decreti che si era andata accumulando e di pubblicare un codice organico di legge che coprisse tutti i campi. La definitiva sconfitta inflitta da Sparta interruppe questa compilazione, che sarebbe ripresa solo alcuni anni dopo.

Un secondo episodio riguarda la crisi costituzionale tra re e Parlamento nell’Inghilterra del XVII secolo. I sostenitori del diritto comune come Coke poterono facilmente risalire alle “leggi fondamentali” e all’“antica Costituzione” precedente alla conquista normanna, che formavano lo schema politico entro cui si credeva che il *common law* funzionasse immune dall’esercizio del privilegio regale. In questo caso la manipolazione pubblica della storia è più evidente agli occhi di Finley, poiché «tutti i ragguagli [forniti da Coke] sulle istituzioni prima e dopo la conquista normanna e sulla Magna Carta erano completamente falsi»³³.

Il terzo caso vede protagonisti gli Stati Uniti d’America, che «hanno la Costituzione degli antenati per eccellenza»³⁴. L’episodio rievocato da Finley si iscrive negli anni del New Deal, segnati da grandi mutamenti nella conformazione del governo federale, e ruota attorno alla figura di Thomas Jefferson: la sua autorità in quegli anni veniva infatti rivendicata a sostegno delle proprie tesi tanto dal Partito Repubblicano quanto dal Partito Democratico (guidato da Roosevelt); e ciò nonostante il fatto che – nota Finley – per le questioni sostanziali su natura e ruolo del governo, e per la direzione che Roosevelt stava imprimendo al Paese, si sarebbe dovuto scegliere per Padre Fondatore l’uomo che fu l’antitesi di Jefferson, ossia Alexander Hamilton. In questo caso, comunque, essendo il passato americano ben documentato e studiato, «la scelta delle citazioni appropriate sostituì la falsificazione come arma tattica»³⁵.

³³ *Ivi*, 49.

³⁴ *Ivi*, 50.

³⁵ *Ivi*, 52.

I tre episodi sono accumulati da alcuni elementi ricorrenti. È comune la convinzione che una tesi derivata dall'antichità sia valida in un dibattito costituzionale contemporaneo. In tutti i casi il passato remoto viene concretizzato e personalizzato in un idolo. A considerarli dal punto di vista di un osservatore esterno, tutti i dibattiti vertono su questioni riguardo alle quali si potrebbero individuare ben definite divergenze di interessi e finalità, su cui è possibile discutere razionalmente; ciononostante si decide di far leva sull'argomento patetico del passato. In generale, tanto nell'assemblea popolare ateniese quanto nel Parlamento inglese che nel Congresso americano, richiamarsi ai tempi degli antenati e derivarne elementi a sostegno delle proprie tesi consente di superare le barriere, siano esse di classe, di cultura o di inclinazione politica.

Nel seguito della trattazione Finley si occupa poi dell'influenza di questi dibattiti sulla storia del pensiero delle rispettive epoche. Un'influenza ritenuta bassa se non nulla, come testimonierebbero, per il caso ateniese e per quello inglese, rispettivamente i lavori di Aristotele e Hobbes: entrambi, nei relativi contesti, non attribuirono alla storia un valore paradigmatico (con le parole del filosofo inglese, essa può fornire solo «fatti esemplari», non «argomenti sul giusto»³⁶). Scarsa incidenza quei dibattiti avrebbero avuto anche con riguardo al problema della nascita della storiografia, che avrebbe seguito tutt'altre strade. Anzi, rileva Finley, tra uso della storia e storiografia si porrebbe un'incompatibilità di fondo: la ricerca critica, la «storiografia professionale», rappresenta infatti «un potenziale pericolo per la “sublime e vigorosa non-storicità” della tradizione», può «minare un'interpretazione comune del passato», rischiando di renderlo «inutilizzabile»³⁷. Finley ritiene invece inutile esaminare le suddette questioni (impatto di quei dibattiti sulla storia del pensiero e statuto scientifico della storiografia) con riguardo al caso terzo caso, quello americano, «data la problematicità in cui si trova oggi il pensiero politico»³⁸.

Alla luce dei casi di rapporto tra storia e diritto costituzionale appena esemplificati è possibile ricavare due ordini di osservazioni.

Da un lato, al sorgere di una controversia (soprattutto di una *crisi*) costituzionale, che verta cioè sulle regole fondative di una comunità politica, si riscontra il ricorso all'argomento storico; o, per dirla con Finley, si fa un certo uso della storia. Casi come quello della *Historikerstreit* tedesca non

³⁶ *Ivi*, 65.

³⁷ *Ivi*, 71-72.

³⁸ *Ivi*, 68.

sembrano dunque eccezionali³⁹, e forse quando si versa nella materia costituzionale sono inevitabili, soprattutto se questa materia scaturisce dalle rovine di una stagione politica che si intende non ripetere⁴⁰. Dall'altro, infatti, quando questa storia è documentata in un testo costituzionale, naturalmente proiettato alla durata se non alla perennità, segno tangibile del cominciamento di quella comunità, nella soluzione di quel genere di controversie si riscontra l'argomento del recupero delle origini attraverso la documentazione storica (anche in questo caso, dal punto di vista dello storico-di-professione, facendone un certo *uso*).

5. *La storia nelle costituzioni liberali e in quelle del pluralismo*

Venendo alle culture costituzionali dell'Europa continentale, l'utilità di testare la tenuta di queste osservazioni può muovere dal rilievo che esse sono accomunate da un dato di fondo: «l'ormai avvenuto distacco della vita costituzionale attuale dall'epoca costituente»⁴¹.

³⁹ Invece, secondo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 104, casi quello tedesco sembrano essere «meri accidenti storici», in cui «vicende storiche affatto particolari inducono gli operatori giuridici» a ritenere che «i valori sarebbero direttamente presenti nella costituzione e che tra loro si darebbe una gerarchia generale e materiale», ciò che per l'autore è un'affermazione che difetta di «plausibilità logica» (sul punto si tornerà *infra* nota 94).

⁴⁰ Così J. Collings, *Evil Past and Judges' Power in Germany and South Africa*, in F. Biagi, J. O. Frosini, J. Mazzone (a cura di), *Comparative Constitutional History*, Vol. II: *Uses of History in Constitutional Adjudication*, Leiden-Boston, 2023, 70 ss., secondo cui nell'esperienza costituzionale tedesca e in quella sudafricana «il mantello della memoria» è usato dalle corti costituzionali per assicurarsi autorevolezza.

⁴¹ G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, ora in Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 234. Si prende questo dato come constatazione di fatto, per segnare un punto di partenza per delineare un ruolo della storia quale fattore costituente e quindi formante culturale nella soluzione di controversie costituzionali. In un altro lavoro (*Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, ora in Id., *Intorno alla legge*, cit., 297-298) Zagrebelsky identifica epoca costituente ed epoca «dei nostri maestri», e unisce a questa identificazione un ricordo monitorio: in quell'epoca, infatti, «l'unità (potenziale) di senso era trovata nella concezione della costituzione come progetto che aveva da essere realizzato», e l'atteggiamento di quei maestri implicava «autonomia e indipendenza da ogni altro potere», rivendicate in nome della Costituzione. Oggi, secondo l'autore, non sarebbe più così e i costituzionalisti si troverebbero in balia di una Costituzione che «ha cessato di essere la loro costituzione in senso materiale e non è più un dato iniziale, da integrare nel suo contenuto per svolgerlo nella pratica, ma è diventato un testo da interrogare per ricavare risposte». Nell'ambito della presente riflessione, invece, si prescinde da questa

In questo contesto è centrale l'impronta della tradizione giuspositivistica, che della negazione della storia come fattore comprensivo del fenomeno giuridico ha nutrito la scienza giuridica: tanto la codificazione dei rapporti civili quanto la costituzionalizzazione dei rapporti politici rappresenterebbero, infatti, la consapevole ascrizione del diritto all'ambito di azione di una specifica volontà coscientemente contrapposta all'irrazionalità e alla spontaneità del movimento storico-politico.

I *révolutionnaires*, d'altronde, con l'avvio di nuovi calendari, avevano concepito una comunità senza passato, nata dalla frattura rivoluzionaria, e con un futuro predeterminato nello stesso documento fondativo. Inoltre, da questa parte dell'Atlantico si ebbe ben presto consapevolezza della caratteristica versatilità del giusnaturalismo scaturente dall'idea di costituzione scritta: già nel costituzionalismo statunitense, infatti, si era visto come l'immutabilità della costituzione, derivante dal suo carattere ricognitivo del diritto naturale (come la intendeva Adams), potesse rovesciarsi nel suo contrario, ovvero nel diritto altrettanto naturale di ogni generazione di ricominciare da capo (come nella visione di Jefferson). In Europa invece, rimase disattesa la promessa di un potere costituente sempre attivo (sancita dall'articolo 28 della Dichiarazione premessa alla Costituzione dell'anno III) e si decise di sottrarre la costituzione alla necessità storica e, a differenza di quanto accaduto in America, di "porre fine alla rivoluzione".

Il contatto con la storia e con le sue ragioni era allora stato «filtrato e monopolizzato dalla volontà costituente» e per questa via si sarebbe manifestata la sua sovranità: la storia costituzionale avrebbe dovuto cedere il passo, al più, a una «storia delle costituzioni»⁴².

D'altro canto la separazione tra diritto e storia costituzionale era già nelle premesse del razionalismo hobbesiano: questo, incentrato su una volontà passata e ormai espressa, che permette al più solo una ricostruzione storiografica, «richiede sempre il ricorso a una rinnovata espressione della

lettura dell'epoca costituente italiana, e in generale da analisi che tendono a elevare la pacificazione raggiunta all'indomani della ratifica di un patto costituzionale ad assunzione di progettualità unanimemente condivisa: per una lettura alternativa si v. infatti C. Pinelli, *Generazioni*, in A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, 199 ss., ora in Id, *Costituzionalisti del Novecento*, cit., 381 ss.

⁴² Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 185.

volontà del sovrano»: si smarriva così anche per questa via il momento dello sviluppo del diritto, che veniva posto «quasi fuori dalla storia»⁴³

La reazione a questo pensiero prese il nome di storicismo. Ma anche questo movimento sarebbe sfociato in una forma di positivismo, declinato come positivismo della situazione concreta, che non si pone il problema del diritto del futuro e cerca il diritto del presente nel passato. Anche lo storicismo conoscerà cioè una stagione caratterizzata dall'aspirazione a fissare leggi di sviluppo che si vorrebbero di carattere *scientifico*. Più precisamente, a un primo storicismo, preromantico, secondo cui «il problema della storia non può svolgersi entro gli schemi della causalità», ne sarebbe seguito uno che avrebbe rifiutato di sviluppare le conseguenze del primo e, sotto l'influsso di quell'elemento giusnaturalistico che era rimasto latente, fece dell'idea dell'individualità soltanto un mezzo al fine di magnificare l'universalità della ragione: da quel momento lo storicismo cessò di essere un canone d'interpretazione e «si risolse in una pericolosa “filosofia della storia”»⁴⁴.

I due positivismi, quello legalista e quello storicista, sono ritenuti paralleli e in entrambi i casi la scienza del diritto è posta in «posizione passiva» e servente rispetto a un'autorità sovrana, sia essa l'autorità di un legislatore o di un'assemblea costituente, sia essa quella della storia⁴⁵.

Ebbene, un pensiero giuridico così impostato avrebbe avuto difficoltà a interpretare controversie e crisi costituzionali nell'era del pluralismo. Questa, infatti, frutto del processo di democratizzazione avviato all'inizio del XX secolo, fondava finalmente la garanzia di diritti e poteri su una non più prescindibile *forma* costituzionale, pur nell'assunzione del carattere progettuale dei nuovi testi⁴⁶: le costituzioni escono così sovraccaricate di «un

⁴³ Così T. Ascarelli, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. Ascarelli, M. Giannotta (a cura di), *Testi per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 1960, 17, 25, 61-62.

⁴⁴ Così A. Giuliani, *I due storicismi*, in “il Politico”, vol. 18 n. 13/1953, 336-338. Sul punto v. anche B. Paradisi, *Apologia della storia giudica*, Bologna, 1973, 26, 30.

⁴⁵ Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 211.

⁴⁶ Con riferimento alla redazione del testo costituzionale della Repubblica italiana, si è detto che la questione se le parti della Costituzione contenenti «un programma di interventi dello Stato» volti a trasformare l'assetto della società dovessero essere incluse nel testo costituzionale, «non era una questione meramente tecnica»: si trattava infatti di «decidere il passaggio dello Stato di diritto di stampo classico alle nuove concezioni dello Stato sociale potesse ancora conciliarsi con la pura e semplice restaurazione dei modelli costituzionali ottocenteschi; o se invece non occorresse tener conto, anche a livello di costituzione formale, dei grandi rivolgimenti intervenuti in tutto il continente europeo fin dai primi anni del secolo» – così C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in Aa.Vv. *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 154-155.

compito di unificazione politica», compito che negli ordinamenti liberali era stato consegnato alla compattezza dello stato monoclasse, e che invece ora è divenuto «intrinsecamente problematico, perché destinato a misurarsi con la conflittualità e gli antagonismi della società»⁴⁷.

In altri termini, nell'era dello Stato costituzionale le costituzioni non si spiegano più come meri pezzi di legislazione né come concentrati rattappiti di storia. Non sono meri atti legislativi, in quanto compendiano un'attività tanto creativa (il nuovo inizio a cui assoggettarsi) quanto responsiva (rispetto ai casi difficili e alle crisi della vita costituzionale). Le costituzioni non rappresentano più neanche mere accelerazioni storiche, perché sono in grado di registrare le continuità e le discontinuità di una comunità dal punto di vista storico, fondate sugli eventi trascorsi in funzione del futuro, così da poter essere considerate esse stesse «strumento di memoria»⁴⁸. Ciò vale sia per quello che *dicono* che per quello che *tacciono*⁴⁹.

Più ampiamente, sviluppando l'intuizione secondo cui esiste un terreno comune su cui poggia la cultura liberale occidentale, si è suggerito che il costituzionalismo contemporaneo possa ritenersi figlio di due logiche: quella secondo cui esiste una «costituzione politica», che guarda al particolare e al locale, che si occupa di sovranità e di volontà, e quella secondo cui esiste una «costituzione della politica liberale», espressione di principi generali di buon governo, di diritti universali e ragione⁵⁰. Una lettura simile sembra poi sottesa alla proposta di chi ricostruisce il percorso di tutela dei diritti umani come una traiettoria che passa da un'astrazione generale e universale dei diritti a una contestualizzazione specifica nell'applicazione ai

⁴⁷ P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo*, ora in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 20. Sul punto v. anche la ricostruzione di Habermas, *Fatti e norme*, cit., 275 ss.

⁴⁸ A. Mastromarino, *Stato e memoria. Studio di diritto comparato*, cit., 10. Secondo Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in "Rivista AIC", 4/2022, 107, «l'eccedenza assiologica della Costituzione sollecita la considerazione anche del patrimonio memoriale».

⁴⁹ Ad esempio, con specifico riferimento al problema del riconoscimento di «nuovi diritti», secondo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 159-160, laddove la Costituzione non «parla», lasciando aperte plurime ed equivalenti alternative di soluzione del caso, il silenzio «non equivale a impossibilità di decidere sulla domanda, bensì [...] a obbligazione di rigettarla». Diversa l'impostazione di Zagreblesky in *Tempi difficili per la Costituzione* cit., 70, secondo cui, con Joseph de Maistre, «tutto ciò che vi è di più fondamentale e di più essenzialmente costituzionale nelle leggi di una nazione non potrebbe essere scritto» e i giuristi sanno bene che in questo «non scritto» «sta la radice delle loro comuni credenze e certezze, ma anche dei loro dubbi e dei loro contrasti».

⁵⁰ B.L. Berger, *Children of two logics: A way into Canadian constitutional culture*, in "I•CON", vol. 11 n. 2, 2013, 336-337.

singoli ordinamenti⁵¹. Negli ordinamenti dello Stato costituzionale, si potrebbe aggiungere, le due logiche sono tenute a coesistere, nella tensione volta a delineare una propria identità costituzionale, se è vero che «nello spazio pubblico l'articolazione di un discorso sull'identità costituzionale può contribuire a canalizzare in maniera costruttiva le dinamiche che investono il conflitto e il consenso nelle attuali democrazie pluraliste»⁵².

6. *Il costituzionalismo tra scienza della cultura e interpretazione costituzionale*

Nel quadro di questi riferimenti – assunta cioè l'inadeguatezza del metodo (giuspositivismo, legalista o storicista) a manovrare lo strumento (costituzioni del pluralismo) con cui risolvere crisi costituzionali – è possibile comprendere un modo di intendere la scienza/interpretazione della costituzione nel quale la storia acquisisca la centralità di formante culturale. Tale opportunità può essere colta dalla proposta di Häberle incentrata su una dottrina della costituzione come scienza della cultura⁵³.

Questa dottrina si propone di integrare quanto le singole scienze delle norme e della realtà sociale concepiscono in modo eccessivamente separato, soprattutto quando trattano della costituzione: la scienza del diritto, infatti «non è l'unica ad avere, in qualità di 'scienza della cultura', compiti e metodi specifici». Anche la storia può essere scienza della cultura: «direttamente

⁵¹ Cfr. L. Bégin, *L'internationalisation des droits de l'homme et le défi de la «contextualisation»*, in “Revue interdisciplinaire d'études juridiques”, vol. 53, 2/2004, 63 ss. Corrispettivamente – con M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in Astrid online, 10, ora in Id., *Costituzionalismo*, Bari-Roma, 2008 – si può rilevare che «Il costituzionalismo dei diritti, che si espande in modo irreversibile oltre i confini statali e nazionali, non potrà a lungo ignorare l'appartenenza politica». Qui il tema si intreccia con la complessità della cultura giuridica eurocontinentale, che si trova inevitabilmente a condividere i *fora* dell'interpretazione di principi e valori comuni (cfr. A. Jakab, *European Constitutional Language*, Cambridge, 2016).

⁵² A. Di Martino, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in “Costituzionalismo.it”, 2/2020, 56. Sul punto v. di recente F. Cortese, *L'Identità furiosa e il diritto pubblico*, Modena, 2023, 9, secondo cui «il bisogno di affermazione identitaria non è esclusivamente un dato di realtà rispetto al quale assumere un contegno *anche* giuridico. Esso è anche un *prodotto del diritto* o, meglio, dell'ordinamento giuridico, della sua conformazione complessiva e della *tecnologia* che esso mette a disposizione della società».

⁵³ P. Häberle, *Verfassungsleber als Kulturwissenschaft* (1982), Berlin, 2. Aufl., 1998 (parzialmente tradotta in Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, trad. ital. di J. Luther, 2011).

come ‘storia della cultura’ o indirettamente come storia specificata e interpretata dalla cultura»⁵⁴.

Approfondendo la direttrice secondo cui storia e costituzione sono componenti di una scienza della cultura, la prima anche in quanto filtrata dalla cultura giuridica, si può porre in rilievo il ruolo della giustizia costituzionale nella seconda metà del XX secolo: un ruolo che non può essere più ritenuto di sola garanzia, ma altresì di «assorbimento» e di «selezione» delle istanze del pluralismo sociale, di volta in volta identificate nel «composito firmamento dei valori costituzionali»: davanti a un tale scenario, per non perdere di vista «un approccio scientifico culturale», diventa essenziale allo studio del diritto costituzionale «la comprensione dello spessore storico e della complessità sociale degli istituti e dei problemi di questa disciplina»⁵⁵.

Se poi, nell’ambito di una società aperta degli interpreti della Costituzione⁵⁶, la sensibilità della dottrina a un metodo storico va ritenuta ormai imprescindibile⁵⁷, esplorare quella maturata nell’ambito della giurisprudenza costituzionale diventa cruciale: i giudici, infatti, lungi dal rappresentare un’*élite* tecnocratica, partecipano piuttosto ad un processo che rinvia a *fora* nei quali essi concorrono con legislatori, amministrazioni, opinione pubblica, partiti, e organizzazioni degli interessi.

Sembra supportare lo sviluppo di questo approccio anche una certa riflessione critica sui limiti della conoscenza storica. Secondo Ricœur, in particolare, bisogna muovere dalla posizione di terzo che tanto lo storico quanto il giudice pretendono di occupare nello spazio pubblico, aspirando l’uno a verità, l’altro a giustizia. A tale posizione si deve collegare un «voto di imparzialità», il quale a sua volta non può che far capo a una filosofia

⁵⁴ *Ivi*, dalla traduzione italiana, 74-75.

⁵⁵ P. Ridola, *Gli studi di diritto costituzionale*, ora in Id., *Esperienza, Costituzione, Storia*, Napoli, 2019, 397-398.

⁵⁶ Su cui da ultimo v. P. Ridola, *Le suggestioni e l’influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, in G.F. Ferrari, S.M. Moraldo (a cura di) *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus. La Germania tra integrazione europea e sovranismo*, Berlino, 2021, 83.

⁵⁷ Si pensi al magistero scientifico di Mario Galizia, di recente ricordato nel convegno per il centenario dalla nascita (Sapienza Università di Roma, 15 novembre 2021: si v. in particolare P. Ridola, *Mario Galizia e storia costituzionale*, in “Nomos”, 3/2021). Sul tema si v. anche A.A. Cervati, *A proposito dello studio del diritto costituzionale in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici*, in “Diritto romano attuale”, 2/1999, M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt a.M., 2018, 74 ss., e G.F. Ferrari, *Comparazione e storia*, in “DPCE”, 2/2021.

critica della storia «nella misura in cui l'ambizione di verità e di giustizia è oggetto di una vigilanza di frontiera»: ciò implica, tra l'altro, che alla luce di quella frontiera il voto di imparzialità va accettato con la consapevolezza dell'«impossibilità di un terzo assoluto». Alla coppia del giudice e dello storico Ricœur affianca allora un altro soggetto, il cittadino: il suo intervento non è mai compiuto, «e questo lo mette sul lato dello storico»; al contempo egli è alla ricerca di un giudizio sicuro, «che vorrebbe definitivo come quello del giudice»; sotto tutti i riguardi, dunque, il cittadino resta l'arbitro ultimo, «il portatore militante dei valori 'liberali' della democrazia costituzionale»⁵⁸.

Ancora, contaminando ulteriormente queste letture, si può ricordare la riflessione antropologica di De Martino, il quale, tracciando un arco che va dall'alba dell'umanità alla cultura occidentale del dopoguerra, propone l'interpretazione della cultura come un sistema di difesa collettiva contro la perdita di presenza e la concomitante perdita del mondo⁵⁹. Dopo le stagioni dei simboli mitici e religiosi, secondo l'antropologo, sarebbe stato il Cristianesimo a trasformare il compimento religioso nel tempo storico: il simbolo religioso cristiano, in particolare, avrebbe rivestito la storicità di metastoria mitica e la promessa di redenzione avrebbe creato uno spazio sicuro per l'azione umana. Ma con l'avvento della modernità, e con il suo approdo agli smarrimenti di senso della prima metà del XX secolo, anche la religione come esperienza collettiva vissuta non sarebbe stata più utile, lasciando spazio a quella che De Martino chiama l'apocalisse culturale⁶⁰. Di

⁵⁸ Ricœur, *La memoria, la storia, l'oblio* cit., 455, 479-480.

⁵⁹ La riflessione è stata svolta da Ernesto De Martino in vari momenti nel corso degli anni '70, senza giungere a una pubblicazione organica. Di recente è stata riorganizzata in E. De Martino, *La fine del mondo*, Torino, 2019.

⁶⁰ Secondo De Martino, *op. cit.*, 360, «Due antinomici terrori governano l'epoca in cui viviamo: quello di "perdere il mondo" e quello di "essere perduti nel mondo". Per un verso si teme di perdere, non tanto con la morte ma nel corso della stessa esistenza, lo splendore e la gioia della vita mondana, l'energia che sospinge verso i progetti comunitari della vita civile, verso la tecnica e la scienza, la solidarietà morale e la giustizia sociale, la poesia e la filosofia; per un altro verso si considera il mondo come pericolo che insidia il più autentico destino umano, e quindi come tentazione da cui salvarsi. Da una parte il mondo appare come un paradiso perduto di partecipazioni vissute, si maledice la tecnica e la scienza che ci hanno dato in cambio di Helios lo stupido sole dell'astronomia, dall'altra la catastrofe appare proprio nel volersi chiudere nell'orizzonte mondano; chiusura e angustia per cui anche il mondo della terrena esistenza è destinato a sprofondarsi, esaurendo nel nulla il suo dissennato slancio prometeico. E ancora: la "fine del mondo" ora si ricollega alla tradizione giudaico-cristiana della fine di questo mondo e dell'avvento del Regno, ora si presenta nei termini laici e mondani della fine di un certo particolare mondo storico (la fine della civiltà borghese), e ora infine si orienta verso un nullismo più

qui la proposta di una riappropriazione critica delle proprie tradizioni attraverso l'interpretazione della cultura, volta alla rappresentazione di una fine futura come un nuovo inizio che infonda nel presente l'energia etica necessaria per affrontare e superare le crisi esistenziali: dando cioè allo spettro dell'apocalisse culturale una forza trasformativa.

In conclusione, l'interpretazione costituzionale iscritta dalla *Verfassungskultur* nella dimensione processuale e pubblica della costituzione si può proporre come spazio di assorbimento e selezione delle istanze sociali in un contesto pluralista, divenendo «un compito che spetta non solo a giudici e giuristi, ma anche a cittadini»⁶¹.

7. *Originalismo e gli altri problemi aperti del costituzionalismo*

È stato tuttavia avvertito che la costituzione come prodotto della cultura da un lato non è diritto positivo, nel senso del positivismo giuridico prima visto, ma dall'altro non indica una teoria soltanto descrittiva e neanche una filosofia costituzionale. Tale idea di costituzione, infatti, è stata ritenuta capace in astratto di unire tutte e tre queste cose insieme, poiché si avvale di ogni dato potenzialmente capace di esprimere «fattori costituzionali culturali» (testi costituzionali, giurisprudenze, dottrine economiche, classici della letteratura, capolavori della musica e delle arti figurative, eventi e date storiche). Insomma, potendovi trovare di tutto, la scienza culturale della costituzione rischia di diventare «semplice copertura dello *status quo* e dei poteri che lo determinano»: rischia di prestare il fianco a un incontrollato *uso della cultura*⁶².

L'avvertenza sembra così rinnovare il timore di un'emarginazione del fenomeno giuridico (giuridico-costituzionale in particolare) davanti alla realtà economica⁶³: nel caso dell'interpretazione costituzionale, tale

o meno disperato che, nelle sue forme estreme, quasi sembra toccare i confini della psicopatologia».

⁶¹ Così, a proposito della dottrina häberliana, A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 10/2019, 90.

⁶² Zagrebelsky, *Stato costituzionale*, cit., 121, 126.

⁶³ Di recente si è parlato in proposito di «postdiritto»: secondo A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2 ed., Torino, 2019, 18 ss., il giurista aveva saputo reagire ai limiti del suo sapere, venuti allo scoperto con l'affermazione della società industriale, rinvenendo «fuori dai confini del diritto romano i fondamenti per disciplinare fenomeni non costringibili entro schemi individualistici», ma oggi, a non impegnarsi in una reazione,

emarginazione deriverebbe dall'idea di ritenere irrimediabilmente persa la presunzione di legittimità dell'originario patto costituzionale.

Quanto questo rischio sia prossimo al pericolo si evince dalle aporie raggiunte da certe combinazioni, pur dichiaratamente scientifico-neutrali, tra analisi del testo scritto e comprensione della sua storia.

Ritornando sull'altra sponda dell'Atlantico, il pensiero va all'originalismo statunitense, qui inteso come originalismo di movimento⁶⁴, che propone nel testualismo l'esclusiva chiave di interpretazione costituzionale, l'unica coerente con la separazione dei poteri e la rigidità della costituzione; un testualismo che, applicato a un sistema di valori graficamente espressi in un documento sempre più lontano nel tempo, diventa testualismo storicistico. Alla base di questa dottrina stanno, da un lato, l'idea che la legge costituzionale, non diversamente dalla legge ordinaria, sia un mero testo enunciante un comando, da discernere e pianamente applicare, tenendo conto della logica maggioritaria con la quale il legislatore ha raggiunto quella determinazione; dall'altro, l'idea che questo comando si enunci in ottica puramente antagonista al cambiamento: una «super-legge» il cui unico scopo è quello di «impedire il cambiamento», fissando certi diritti «in modo tale che le future generazioni non possano eliminarli facilmente»⁶⁵. Ora, se è vero che la rigidità delle costituzioni è caratteristica intrinseca del costituzionalismo contemporaneo⁶⁶, soprattutto nel punto in cui riflette il *pactum unionis* nella definizione degli assetti di governo (la c.d. costituzione politica o dei poteri di cui si è parlato), più complessa, e comunque di dubbia scindibilità da questo primo approdo, è la considerazione del valore della tassatività dei riferimenti testuali ai diritti.

il giurista rischia di ridursi a custode «delle sole norme sulle norme, relative all'interpretazione o alla validità delle regole», senza influenza sulla «sostanza delle relazioni di cui le norme di occupano».

⁶⁴ E non come tecnica o metodo, ritenuto – da Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria* cit., 121 – «ideologicamente del tutto adiaforo», dal momento che il segno ideologico dell'originalismo «dipende dal segno ideologico della Costituzione cui si applica».

⁶⁵ Così nella declinazione dell'originalismo proposta da A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System. The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. Gutmann (a cura di), *A matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton NJ, 1997, 40. Sulle specificità della dottrina di questo campione dell'originalismo cfr., tra gli altri, N.G. Cezzi, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense*, in «Diritto pubblico», 3/2016.

⁶⁶ Anche se nel costituzionalismo americano la distinzione tra rigidità e flessibilità era, in origine, «senza senso», come ricordato da Baldassarre, *Il Costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, cit., 14.

Nel caso americano, d'altronde, almeno con riguardo alla costituzione dei diritti, l'applicazione della dottrina originalista equivarrebbe a negare l'esistenza delle «trasformazioni epocali di portata sistemica» sperimentate sull'originario impianto liberale di quell'ordinamento⁶⁷: questo verrebbe così scardinato da quel tracciato coerente con «processi fondativi aperti ad una molteplicità di apporti, processi costituenti che riflettono quell'istanza di equilibrio, di “modération politique”, che, da Montesquieu in poi, è un motivo conduttore delle teorie costituzionali pluralistiche»⁶⁸. Non può non ricordarsi a questo proposito la più recente giurisprudenza della Corte Suprema a trazione originalista che proprio quelle trasformazioni epocali di valenza sistemica ha di recente scardinato; dopotutto, già significativo era il lamento dell'originalismo di movimento, quando ancora era minoritaria tra i nove giudici di Washington, per le libertà perdute in nome di un'interpretazione evolutiva della Costituzione⁶⁹.

Con le sentenze degli ultimi anni, ben può dirsi che la Corte Suprema americana ha cancellato e riscritto intere pagine di storia costituzionale.

Recuperando un punto di vista antropologico, si potrebbe ritenere che il movimento originalista, al collasso delle grandi narrative alla fine della storia, ripercorra la reazione all'apocalisse culturale analizzata da De Martino; dove però la mancanza di una riappropriazione critica delle proprie

⁶⁷ Così P. Ridola, *Metodo comparativo e storia costituzionale nell'opera di Giovanni Bognetti*, ora in Id., *Esperienza Costituzione Storia*, cit., 46.

⁶⁸ P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, ora in Id., *Esperienza Costituzioni Storia*, cit., 315.

⁶⁹ Oggi – secondo Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., p. 41 – non si può più «ammettere in giudizio una prova di colpevolezza ottenuta con una perquisizione illecita», non si può più «invocare Dio durante le cerimonie di fine anno nelle scuole pubbliche», non si possono più «bloccare le erogazioni previdenziali non appena vi è prova di frode», né «prevedere l'esistenza di titoli proprietari come condizione per votare». Da altro punto di vista, secondo Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 121, questo approdo – ovvero la declinazione in senso conservatore dell'originalissimo statunitense – è dovuto al fatto che quella Costituzione «non conosce e non contempla quella dimensione giuridico-costituzionale in cui si sarebbe sviluppato, nel Novecento, lo Stato sociale». Questa posizione fa il paio con quanto lo stesso Luciani, in *Ogni cosa al suo posto*, cit., 160, sostiene circa il non detto costituzionale: secondo l'A. «il preteso difetto di tutela non è altro che una scelta selettiva dell'ordinamento, assunta al suo massimo livello (costituzionale)». Sullo stesso tema, si ricordi la lettura di Habermas, *Fatti e norme*, cit., 275-284, secondo cui la *rights revolution* statunitense, dal New Deal alla giurisprudenza degli anni Sessanta e Settanta, andava «presa come una sfida a interpretare d'accapo i principi dello Stato di diritto alla luce delle nuove esperienze storiche», ricordando che dagli esiti di questa rivoluzione Cass Sunstein aveva fatto «discendere soltanto la necessità che [...] si crei un nuovo consenso su come realizzare i principi della costituzione americana».

tradizioni rende tali richiami regressioni intellettuali e politiche mascherate da espiazione.

Ma il numero delle operazioni intellettuali, volte a celare in un metodo di interpretazione dichiaratamente neutrale esplicite opzioni ideologiche, si potrebbe arricchire di altre considerazioni⁷⁰.

Ai fini di questa riflessione l'esempio appena ricordato può bastare a isolare, da un punto di vista teorico, i poli rappresentati, da un lato, dalla «configurazione di matrice giuspositivistica del primato della Costituzione sulla legge» e dall'idea di «un diritto costituzionale essenzialmente imperniato su regole» e, dall'altro, dalla «tendenza a non ridiscutere le premesse delle interpretazioni» dei giudici costituzionali «che più manifestamente si allontanano dal testo»⁷¹. E serve ad allertare sui modi di intendere l'interpretazione costituzionale in quest'altra sponda dell'Atlantico, dove quello dell'applicazione diventa un problema fondamentale di fronte alla supposta non-attuazione del testo costituzionale: l'avvertenza sta nel fatto che, nel tempo in cui tutto è interpretazione, i metodi non sono più la guida sicura, ma rappresentano «possibilità», che «aprono» e «non chiudono»; in questo tempo, cioè, contano più le domande e chi le pone, e si tratta sempre più spesso di domande non di «diritto» ma di «potere costituzionale»⁷².

Per individuare allora la specificità dell'interpretazione costituzionale nell'era del pluralismo e conciliarla con l'ineludibilità del problema storico, è necessario rifuggire da semplificazioni e ripetizioni.

In questo senso dall'esperienza statunitense si potrebbe apprendere che a minimizzare quello che Ascarelli ha chiamato il limite del sistema hobbesiano (un patto costituente incentrato su una volontà ormai espressa, da sottoporre al più a ricostruzione storiografica) si finisce per leggere nella

⁷⁰ La pretesa dell'originalismo di evitare posizioni etiche nell'interpretazione costituzionale è stata definita «fraudolenta» da A. Vermeule, *Beyond Originalism*, in "The Atlantic", 31 marzo 2020.

⁷¹ C. Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in AaVv, *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004, 1665 ss., ora in Id, *Costituzionalisti del Novecento*, cit., 232-233.

⁷² Zagrebelsky, *Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, cit., 297. Questa ammonizione è legata dall'autore alla constatazione polemica dell'allontanamento dall'idea di Costituzione come progetto, che aveva ammantato di unità potenziale di senso «l'epoca dei nostri maestri». L'osservazione, per quanto basata su una lettura del progetto costituzionale italiano criticabile (giacché, come detto, da più parti si segnala come invece una unità potenziale di senso nell'epoca costituente non si potesse rintracciare – cfr. Pinelli, *Generazioni*, cit.), è qui richiamata per segnalare un'utile avvertenza circa i discorsi sul metodo.

carta solo un certo passato, da far rivivere nella giurisprudenza, erigendo così il giudice della costituzione a custode non più di una costituzione ma di una storia.

L'approdo originalista, peraltro, solo in apparenza risolverebbe il dilemma della legittimazione del *judicial review* in un ordinamento costituzionale che, come quello statunitense, non lo preveda testualmente ma solo logicamente, e alimenta piuttosto la semplificazione teorica del carattere contro-maggioritario della Corte Suprema⁷³: poggiandosi sulla teoria contro-maggioritaria, che da un punto di vista eurocontinentale non sembra rappresentare una difficoltà «insormontabile»⁷⁴, l'originalismo si arresta al rilievo del sovraccarico di diritto giurisprudenziale, quasi fosse una caratteristica esclusiva del costituzionalismo americano, e quindi alla constatazione dell'esistenza di dimensioni conflittuali del discorso costituzionale, non concepandone il carattere intrinseco a questo, né le potenzialità costruttive. È opportuno riconoscere piuttosto che la dimensione conflittuale integra uno scenario fisiologico della democrazia costituzionale⁷⁵, una dimensione che peraltro si manifesta con evidenza proprio nelle diverse rappresentazioni del passato offerte dagli stessi poteri pubblici⁷⁶.

Sulla stessa china originalista si rischia, poi, di rinnovare lo stucchevole dibattito sulle capacità del giudice, il quale non può permettersi di fare lo storico⁷⁷, non può permettersi di fare il politico⁷⁸, ma non è neanche mera bocca del legislatore⁷⁹. E se è vero, come ricordato da Ricœur, che il confronto fra il ruolo dello storico e quello del giudice costituisce un *locus classicus*, è anche vero che tale confronto spesso viene appiattito sul momento della ricostruzione del *fatto*, quasi mai sulla pronuncia *in diritto*. Un *locus* peraltro dominato dal grande tema del secondo Novecento (i crimini

⁷³ Invero, così come per le idee che fanno appello al *self-restraint* e alle virtù passive del giudice, va condivisa l'osservazione secondo cui «i limiti di una Corte nascono dall'intero sistema e non da un puro atto di volontà»: così A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 21.

⁷⁴ Così Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, cit., p. 10.

⁷⁵ In una prospettiva generale v. G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.

⁷⁶ Cfr. la distinzione tra uno Stato-antiquario, uno Stato-collezionista e uno Stato-mediatore proposta da Mastromarino *Stato e Memoria*, cit., 65-69.

⁷⁷ Così B. Croce, *Recensione a G. Calogero*, in "Critica", 1937, 376 ss.

⁷⁸ Così P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in "Rivista diritto processuale civile", vol. XVI, parte 1, 1939, 105 ss.

⁷⁹ Così G. Calogero, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.

di guerra e i crimini contro l'umanità) e quindi incentrato su quella che è ritenuta la maggiore delle differenze che connotano il giudizio storico e il giudizio giudiziario, per cui il primo sarebbe volto a indagare azioni collettive, il secondo ad accertare responsabilità individuali⁸⁰. Ci si potrebbe chiedere, invece, se gli steccati in parola restino validi anche quando il giudizio verta sull'interpretazione costituzionale, dove vengono piuttosto in rilievo comportamenti o azioni di istituzioni ed entità (*il legislatore*), e dove soprattutto un testo, approvato secondo logiche extra-maggioritarie (più che contro-maggioritarie), è al tempo stesso parametro di giudizio e *fatto* storico.

Allo stesso tempo l'esperienza originalista mostra come il ricorso al *mero* fatto storico può anche fungere da maschera per il giudice costituzionale, che sostanzialmente inzeppa la sentenza di citazioni – da resoconti storici, dizionari, precedenti, etc. – senza mai rispondere alla questione costituzionale posta dalla controversia: con particolare riferimento alla più recente giurisprudenza della Corte Suprema, è stato notato come l'originalismo presupponga «una declinazione autoritaria» del rapporto tra passato e presente, che finisce per «deresponsabilizzare l'interprete»⁸¹.

La tematica verrebbe ad arricchirsi ulteriormente se si considerassero anche le partiche memoriali messe in atto dalle istituzioni pubbliche, dove l'uso del passato è dichiaratamente orientato e guidato, in quanto «strumento per garantire allo Stato legittimazione e continuità attraverso la costruzione di un'identità e, quindi, di unità del popolo»⁸².

⁸⁰ Cfr. Garapon, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale* (2002), Bologna, trad. ital. di S. Allegrezza, 2004.

⁸¹ A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in "Diritto pubblico", 2/2023. Sul punto v. M.D. Rosen, *Limit or License in Constitutional Adjudication?* in Biagi, Frosini, Mazzone (a cura di), *Uses of History in Constitutional Adjudication*, cit., 13 ss., secondo cui quel genere di argomento storico minimizza l'apporto del giudice.

⁸² Così Mastromarino, *Stato e Memoria*, cit., 13. secondo cui ogni pratica memoriale istituzionale, in quanto atto politico, non può sfuggire a criteri di «merito costituzionale», al pari di qualunque altra attività dei pubblici poteri, e deve rispettare un «obbligo di devozione costituzionalmente sancito» (*ivi*, 91, 95). Sembra rimanere ancora inevasa la questione di quale sia il parametro del giudizio di costituzionalità (quale storia, scritta dove/da chi) e quale sia la natura della sanzione (illegittimità storico-costituzionale?), su cui v. di recente A. Mastromarino, *Stato e memoria. Riflessioni a margine della celebrazione del Giorno della Memoria*, in "Rivista AIC", 1/2022, 73 ss.

Tra gli studi storici, peraltro, spiccano quelli sul senso che gli attori politici sviluppano e impongono della «composizione strutturale» del tempo di cui si fa esperienza⁸³.

Andrebbero tematizzati anche i problemi posti dai percorsi di riconoscimento dei diritti fondamentali, al di là degli esempi offerti dall'esperienza statunitense⁸⁴.

Su un livello teorico-generale, guardando al tema delle norme di natura programmatica contenute nel testo costituzionale, e accogliendo la distinzione tra attuazione (che spetta al legislatore) e mera applicazione (che spetta al giudice) della Costituzione⁸⁵, rimarrebbe poi il dubbio che nelle costituzioni del pluralismo almeno il giudice impegnato nell'interpretazione costituzionale (in particolare il giudice che ne ha la titolarità esclusiva) possa partecipare alla prima: ci si potrebbe cioè chiedere se, posto che l'attuazione della Costituzione è preclusa alla giurisdizione ordinaria, di *attuazione* si possa invece occupare la giurisdizione costituzionale davanti all'inerzia del legislatore o, più semplicemente, davanti al mero decorso del tempo che rende anacronistica una data azione/omissione legislativa.

Il quesito varrebbe a maggior ragione in quei contesti, come nel caso italiano, in cui l'identità del giudice costituzionale, irrisolta tra i piani della

⁸³ C. Clark, *I tempi del potere. Concezioni della storia dalla Guerra dei Trent'anni al Terzo Reich* (2019), Roma-Bari, 2022, trad. ital. di D. Scaffei, 5 ss. Ad esempio, con riferimento all'esperienza dello Stato bismarckiano, Clark ricorda come «con la parola “storia”, anche la parola “Stato” aveva conosciuto un'espansione concettuale senza precedenti», e ciò grazie all'influenza della filosofia hegeliana, che aveva fatto dello Stato non solo il luogo della sovranità e del potere, ma «il motore che genera la storia, o addirittura l'incarnazione storia stessa» (155).

⁸⁴ Si pensi all'esperienza costituzionale canadese, caratterizzata nei due tornanti storici rappresentati dal Constitution Act del 1867 (ispirata al compromesso politico e alla tutela degli interessi particolari) e dalla Charter of Rights and Freedoms del 1982 (che parla il linguaggio dell'universalismo), portando quella giurisprudenza a distinguere differenti livelli testuali in gioco nell'interpretazione costituzionale quando si verte su diritti: alcuni di questi, «figli di una contingenza storica», non possono assurgere al rango di diritti fondamentali (così la Corte Suprema canadese nel caso *Adler v. Ontario* 3 S.C.R. 609, 1996, 29-30). Sul tema v. di recente A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018.

⁸⁵ Per la quale v. M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in “Rivista AIC” 1/2013, 6, 11 (v. ora anche Id., *Ogni cosa al suo posto*, cit., 152-154). Solo per assonanza si può qui ricordare il dibattito statunitense sul c.d. *departmentalism*, su cui v. E.S. Corwin, *Court over Constitution*, Princeton NJ, 1938, e K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. Historical, International, and Comparative Perspectives*, Princeton NJ, 2007. Con particolare riferimento all'esperienza italiana, sul tema della storia dell'attuazione e dei tentativi di riforma della Costituzione, si v. da ultimo R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Roma-Bari, 2023.

legalità legale e della legalità costituzionale⁸⁶, ha condotto questo giudice inizialmente a convalidare dall'esterno le decisioni delle istituzioni politiche, «soprattutto nella fase in cui l'attuazione di queste è stata guidata dalle finalità di attuazione costituzionale», per poi lasciarlo incerto quando questa fase è venuta meno, nella ricerca di «un fondamento ultimo del proprio agire che possa fare a meno della centralità dell'attuazione ad opera del legislatore democratico»⁸⁷. Evidentemente la questione acquista significativo rilievo con riguardo alla partecipazione dei giudici costituzionali a un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali in Europa: in questo contesto si danno esperienze, come quella tedesca, che testimoniano di come la posizione di indiscussa centralità del giudice costituzionale possa affermarsi anche rispetto al grado di attuazione costituzionale realizzato col «continuo invero» dei diritti affidato, insieme alla garanzia di piena effettività della costituzione, ad altri attori, inclusi quelli appartenenti alla giurisdizione ordinaria⁸⁸.

Distacca quindi lo studio della giustizia costituzionale come terreno di sviluppo di storia costituzionale, a maggior ragione se si considerano le corti costituzionali a loro volta come istituzioni storiche⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, cit., 149 ss.

⁸⁷ Così, con riferimento al giudice italiano delle leggi, G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, 41. Invero, a questa osservazione si può unire la constatazione che una delle funzioni essenziali svolte dalla Corte costituzionale italiana all'indomani della sua istituzione è stata quella di revisionare la normativa previgente alla stregua dei nuovi principi costituzionali, assolvendo così a un ruolo di «grande supplenza» nei confronti di un legislatore per lungo tempo non adeguato a questo compito, nonché nei confronti delle altre giurisdizioni: così Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 29.

⁸⁸ F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in Repetto, Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., 77 ss., 83. E peraltro l'esatta inclusione del Tribunale costituzionale tedesco nell'ambito delle giurisdizioni superiori è stata ritenuta una scelta i cui limiti si sarebbero palesati una volta ammessa «la peculiarità e la caratura intrinsecamente politica dell'interpretazione costituzionale»: così P. Ridola, *Le suggestioni e l'influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, in G.F. Ferrari, S.M. Moraldo (a cura di) *Deutschland zwischen europäischer Integration und Souveränismus*, cit., 75.

⁸⁹ Second J. Collings, *Why Should Comparative Constitutional History Compare*, in "University of Illinois Law Review", 2/2017, «la giustizia costituzionale è foro di memoria collettiva». Sul tema v. da ultimo i contributi raccolti in Biagi, Frosini, Mazzone (a cura di), *Uses of History in Constitutional Adjudication*, cit.

8. *La frontiera*

È difficile negare che quanto ora posto in termini di quesiti teorici abbia trovato riscontri positivi nella pratica di alcune pronunce giurisprudenziali. Ciò non toglie che le dimensioni del rapporto tra storia e interpretazione costituzionale restino sfuggenti e in grado di suscitare continue incertezze e vere e proprie polemiche, come accade tutt'ora nella polarizzazione dell'ordinamento statunitense. Lì, da ultimo, come visto, la Corte Suprema, ora composta in maggioranza da giudici a trazione originalista, ha adottato importanti decisioni, ampiamente annunciate dal movimento originalista, che sul giornale dell'American Historical Association sono state ritenute «astoriche» e «dilettantistiche»⁹⁰, mentre tra i giudici dissenzienti si rilevava che la «*law office history*» praticata dai giudici di maggioranza è cosa diversa dalla storia studiata sul serio⁹¹.

Ai fini di questa riflessione, da quanto si è detto, sembra comunque possibile definire alcune impostazioni per lo sviluppo di una ricerca.

Assunte come invarianti l'esistenza di un testo costituzionale scritto, l'argomento storico come formante della sua attuazione e la rigidità grafica del documento (si è dunque fuori dai primi due episodi richiamati da Finley, e si eccettuano le esperienze in cui la materia costituzionale può prescindere da una forma costituzionale come quelle di *common law*⁹²), l'interpretazione

⁹⁰ Così J.H. Sweet, *Is History History? Identity Politics and Teleologies of the Present*, in "Perspective on History", 17 agosto 2022 (per un raffronto v. N. Irti, *Scelte politiche e consapevolezza storica*, in "Il Sole 24 Ore", 23 maggio 2022).

⁹¹ Breyer J. *dissenting* in *NYSRPA v. Buren* (597 U.S. __ 2022), 26, secondo il quale gli storici si impegnano in metodi di ricerca e approcci interpretativi incompatibili con la risoluzione delle moderne questioni giuridiche, politiche o economiche. Sul punto v. anche W. Partlett, *Historiography and Constitutional Adjudication*, in "Modern Law Review", 86/2023, che risponde alla tesi separazionista sostenuta dagli originalisti – secondo cui la critica storiografica è irrilevante ai fini dell'argomentazione storico-costituzionale – proponendo invece una panoramica di casi in cui la metodologia specifica della storiografia è utile e anzi dovrebbe essere utilizzata da parte di giuristi. Da ultimo v. J.M Balkin, *Memory and Authority: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, New Haven CT, 2024, secondo cui la storia si intreccia con diverse forme di argomentazione costituzionale (testuale, strutturale, teleologica, precedenziale, ecc.) e l'uso della storia è modellato dalla tipologia di argomentazione prescelta, con una dipendenza reciproca tra teoria e storia: ciascuna tipologia di argomentazione fornisce un filtro o una lente attraverso cui si percepisce la storia, influenzando ciò che si considera rilevante o significativo.

⁹² Quanto a queste ultime, e più precisamente con riguardo agli elementi identificativi del *common law constitutionalism*, è stato notato (G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 241, 244) che il *common law constitutionalism* si

costituzionale può ritenersi un luogo di produzione di uso della storia. Con tutte le cautele e le responsabilità conseguenti.

In primo luogo, il problema del rapporto tra interpretazione e storia, quando ad essere interpretata è una costituzione *antica*, è fisiologicamente diverso rispetto a quello che si pone quando lo stesso rapporto è stato appena avviato all'indomani del momento costituente. In quest'ultimo caso, come visto, il problema dell'interpretazione è stato orientato dall'idea di costituzione come acceleratore della storia (l'anno zero, che mette il punto su un certo passato) e sostanzialmente, se si pone, è comunque risolto dalla vicinanza, se non coincidenza, tra la comunità che ha redatto e quella che si sottopone al testo⁹³.

Quando invece l'allontanamento dalla stagione costituente è ormai maturo, in assenza di una teoria politica trainante, quella forza determinativa delle future manifestazioni di potere pubblico può esprimersi in senso conservativo o innovativo, a seconda appunto di come si *usa* il testo/la storia costituzionale.

Inoltre, se si ammette che nessuna operazione può ritenersi neutrale da un punto di vista ideologico (non esiste uso *pubblico* della storia che non sia *politico*) allora anche per l'interprete della costituzione, così come per lo storico, si pone la necessità di individuare quella "frontiera" indicata da Ricœur entro la quale è pianamente legittimo l'uso della storia. Da questa

caratterizza per il legame col passato e la centralità del testo. Il passato non solo fornisce elementi esperienziali, ma rappresenta anche una dimensione gnoseologica. Diversamente dal sistema europeo-continentale, il testualismo nel *common law* non è un costrutto concettuale, ma un banco di prova per verificare la stabilità dei risultati raggiunti. Come è stato affermato a commento di questa riflessione (G. Repetto, *Intorno al common law constitutionalism*, blog di *Diritticomparati*, 12 marzo 2021, 6-7) nel costituzionalismo di *civil law* la tradizione non ha funzione validativa, essendo spesso criticata nelle costituzioni programmatiche, e la centralità del testo costituzionale, in questo contesto, riflette l'adesione ai valori oggettivi del patto costituzionale. Su questi temi v. da ultimo F. Nania, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali nel Regno Unito. Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act*, Roma, 2023.

⁹³ Si tratta, tuttavia, di un'assunzione difficilmente dimostrabile. Anzi, è più facile dimostrare il contrario. Nonostante, infatti, Zagrebelsky (*Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione*, cit., p. 297), guardando all'«epoca costituent» italiana, abbia indicato un'unità potenziale di senso nell'idea di costituzione come progetto che aveva da essere realizzato, idea attorno alla quale i maestri di quell'epoca si sarebbero riuniti, o nonostante ricostruzioni come quella di Kahn (*The Reign of Law*, cit.), con riferimento all'ordine costituzionale statunitense, sembrino descrivere una certa unità nell'interpretazione costituzionale nei primi decenni dalla fondazione – nonostante tutto ciò, in entrambe le esperienze è possibile individuare, sin dai primi giorni di vita costituzionale, un alto tasso di conflittualità sul modo di intendere il nuovo ordine appena avviato.

frontiera il giudice della storia costituzionale non può escludere il cittadino, che, come ricordato dallo stesso autore, è interprete militante dei valori racchiusi in quel patto.

Ciò vale soprattutto per quei patti storicamente nati col pluralismo già incorporato nelle premesse fondative, i quali si connotano, tra l'altro, per la coesistenza di regole e principi. Muovendo dalla dottrina che articola la distinzione tra i due lemmi, i principi sono stati descritti come formulazione sintetica delle matrici storico-ideali dell'ordinamento⁹⁴. A elevarli poi come elemento qualificante di queste costituzioni, si può proporre che in una costituzione basata sui principi, «l'interpretazione è l'atto che mette in rapporto un passato costituzionale assunto come valore e un futuro che si pone come problema da risolvere nella continuità»⁹⁵.

Le costituzioni del pluralismo si fondano dunque sul problema del rapporto con la storia, quella situata nel momento costituente e quella che l'interpretazione costituzionale produce. Così inteso, anche lo sforzo dell'interprete costituzionale sembra potersi iscrivere nel solco di uno degli insegnamenti vichiani, quello dell'inversione «del processo formativo nel processo interpretativo»: un lavoro che, «invertendo l'iter genetico, risalga all'energia formativa», scoprendo una «corrispondenza fra l'originario fare

⁹⁴ In parte diversa la posizione di Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 98-106, che muove dalla distinzione tra valori e principi costituzionali: i primi appartengono al mondo materiale dell'etica e sono ordinati secondo sequenze a priori, i secondi invece appartengono al mondo formale del diritto e sono ordinabili a posteriori; i primi richiedono adesione, mentre i secondi richiedono solo osservanza (sul punto v. già J. Habermas, *Fatti e norme*, 1992, Roma-Bari, 1996, 285 ss.). Tuttavia lo stesso Luciani, nel sostanzialmente coevo *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 106-107, scrive che «la prospettiva storica che l'interpretazione costituzionale deve assumere è fatalmente anche prospettiva memoriale perché l'eccedenza assiologica della Costituzione sollecita la considerazione anche del patrimonio memoriale». Se ne dovrebbe dedurre che il «plusvalore morale» attribuito ad accidenti storici, come quello che secondo Luciani connota l'esperienza tedesca (v. *supra* nota 39), può aver spazio nell'interpretazione costituzionale solo se traslato in un «principio».

⁹⁵ Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., 237-238. Secondo Pinelli, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale*, cit., 240, con le Costituzioni europee del secondo Novecento la convivenza costituzionale avrebbe dovuto fondarsi anche «su un testo costruito attorno a principi, in modo da affidare un orizzonte di possibilità agli apprendimenti maturati dalle interazioni fra persone libere nel corso di più generazioni», principi che in quanto tali sarebbero stati caratterizzati da «imperfetta capacità previsionale, ma proprio per questo dotati della flessibilità necessaria ad affrontare condizioni di incertezza», assumendo in questo modo «la consapevolezza di limiti anche di ordine cognitivo della ragione umana». Sul punto si v. di recente anche A. Lucarelli, *Costituzionalismo e storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in «Rivista AIC», 3/2022, 61.

demiurgico e il posteriore riconoscere ermeneutico»⁹⁶. Così come di ispirazione vichiana è l'insegnamento secondo cui la ragione matematizzante, assoluta, funzionale, non può essere separata e isolata dallo sviluppo storico ed è nel rapporto tra *verum* e *factum* che la dialettica storica si sviluppa attraverso i suoi conflitti⁹⁷.

Con queste precisazioni, è possibile tornare a vedere nella dottrina della costituzione come scienza della cultura quella linea di frontiera entro la quale iscrivere la sopravvivenza e la legittimazione dell'interpretazione costituzionale. Nell'ambito di questa visione, infatti, identità, compiti e limiti della scienza e dell'interpretazione costituzionale, lungi dal rimanere indifferenziati in una scienza della cultura, si propongono nel metodo dell'analisi per livelli testuali (*Textstufenanalyse*), ovvero in «un esame dei testi delle costituzioni effettuato alla luce della storia e delle culture a cui quei testi risalgono», in un movimento che «esce dal testo per poi ritornarvi» per portare alla luce i diversi strati temporali e culturali che lo avvolgono⁹⁸.

Si potrebbe così tentare di superare la polarizzazione in cui le dottrine del postmoderno – *originalismo vs. living constitutionalism* su tutte⁹⁹ – hanno radicato il dibattito sull'interpretazione costituzionale, sviluppando l'intuizione secondo cui la diffusione dell'idea di postmoderno ha rappresentato l'ammissione dell'incapacità di trovare «un modo migliore per pensare alla nostra posizione nell'espansione del tempo storico»¹⁰⁰.

9. Sintesi

La riflessione sul ruolo della storia nell'interpretazione costituzionale ha preso le mosse dalla constatazione della crisi periodica del costituzionalismo, ed è stata esaminata attraverso il confronto tra il modello americano e quello europeo.

Si è analizzata dapprima la problematica stabilità della Costituzione statunitense e la sua manutenzione nel tempo. Si è visto, in particolare, come

⁹⁶ E. Betti, *I principi di scienza nuova di G. B. Vico e la teoria dell'interpretazione storica*, in “Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale”, vol. X, 1957, 49.

⁹⁷ G. Azzariti, *Vico e le forme di governo. Una concezione materialistica della storia*, in “Rivista AIC”, 4/2018, 605 ss.

⁹⁸ Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, cit., 90-91.

⁹⁹ Ma v. diffusamente G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), Bologna, 2001, trad. ital. di C. Colli.

¹⁰⁰ Clark, *I tempi del potere*, cit., 209.

l'interpretazione di stampo originalista abbia sviluppato un approccio storico che, pur essendo simile alla storiografia, è in realtà praticata da non-storici e passa per "uso della storia".

Si è quindi esplorato il concetto di uso della storia, distinguendolo da quello di memoria e analizzando il dibattito europeo sull'argomento. Si è visto come spesso l'uso della storia sia visto come un abuso soprattutto quando di storia si parla nella sfera pubblica (*Historikerstreit*).

È stato così approfondito il ricorso all'argomento storico durante le crisi costituzionali, ricordando tre casi emblematici (Atene, Inghilterra del XVII secolo e Stati Uniti nel New Deal) che ben espongono la difficoltà di utilizzare la storia come strumento di soluzione delle controversie.

Passando alla cultura costituzionale europea, si è visto come questa, influenzata dal giuspositivismo, abbia tendenzialmente separato la storia dal diritto costituzionale. Tuttavia, con l'avvento del pluralismo e della democratizzazione, si è resa necessaria una riconnessione con la storia, considerata come elemento fondamentale per comprendere l'evoluzione delle costituzioni.

Vari approcci teorici nella seconda metà del Novecento sono stati avanzati per rispondere a questa necessità. Quelli elaborati da Häberle, Ricœur e De Martino in particolare insistono sul ruolo della cultura e della memoria collettiva nella costituzione e nel mantenimento dell'identità di una comunità, non potendo ridursi la cultura un elemento accessorio, ma rappresentando questa il fondamento su cui si basano le strutture sociali, politiche e giuridiche. Un filo conduttore sembra potersi individuare nell'integrazione di storia, cultura e diritto all'interno di una interpretazione costituzionale che sia condotta secondo logiche non contro- ma extra-maggioritarie.

Con queste impostazioni si è quindi passati a riflettere sulle sfide e i limiti dell'interpretazione costituzionale storica, specialmente in contesti in cui la distanza dal momento costituente si allarga. Prendendo in particolare spunto dalla problematica esperienza dell'originalismo americano, si è sottolineata l'importanza di definire una frontiera legittima nell'uso della storia nell'interpretazione costituzionale per superare gli spaesamenti a cui simili approcci, tipici del pensiero postmoderno, hanno condotto.

ABSTRACT: The paper explores the interplay between the use of history, constitutional crises, and the development of constitutional thought, highlighting the ongoing relevance of historical arguments in constitutional discourse. Moving from the US experience, where the concept of use of history has become intertwined with constitutional interpretation, while in Europe the same concept is often associated with potential abuse, the paper proposes two main ideas: that constitutional interpretation is a site of history production and that history serves as a cultural formant in constitutional disputes. These ideas are discussed through cases studies on the use of history (from ancient Athens, 17th-century England, and 20th-century America), through the short circuit of the US originalism, and through the analysis of the spaces granted to history in European constitutionalism. It is finally suggested that the interpretation of constitutions requires the development of a conscious relationship with history to maintain legitimacy and relevance in the contemporary context.

KEYWORDS: Use of History – Constitutional Crises – Constitutional Interpretation – Originalism – Postmodern legal theories

Nicola Cezzi – Consigliere parlamentare della Camera dei deputati (cezzi_n@camera.it).