

## La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica\*

*Marco Goldoni, Michael A. Wilkinson*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Teorie in contrasto con la costituzione materiale. – 3. I quattro fattori ordinanti della costituzione materiale. – a) Unità politica. – b) Istituzioni. – c) Rapporti sociali. – d) Obiettivi politici fondamentali. – 4. La costituzione materiale come oggetto di studio giuridico.

### 1. *Introduzione*

Lo studio normativistico della costituzione mostra in Europa i sintomi di una certa stanchezza. La ricerca in ambito costituzionalistico, in parte influenzata dalla scuola nordamericana di scienza politica e di teoria dello Stato, si sta sempre più concentrando sullo studio dei rimedi giurisdizionali posti a garanzia del disposto costituzionale e dell'attuazione dei diritti individuali. Il ruolo assunto dalle Corti costituzionali, e da quella tedesca in particolare, ha determinato una diffusione crescente dell'approccio «giurisdizionale» al costituzionalismo<sup>1</sup>. Se la costituzione coincidesse con quanto stabilito da una Corte costituzionale, l'obiettivo del costituzionalista si limiterebbe ad essere quello di indicare ai giudici una direzione normativa ed ermeneutica in grado di adjuvarli nel ragionamento giuridico. Tale atteggiamento si accompagna alla progressiva giurisdizionalizzazione della politica costituzionale, definita da Ran Hirschl col termine «giuristocrazia» e accolta (si noti) proprio dai costituzionalisti come la miglior soluzione possibile dal punto di vista istituzionale, in quanto permetterebbe di tenere insieme la dimensione

---

\* Il contributo, apparso in *LSE Legal Studies Working Paper No. 20/2016* e in *The Modern Law Review, Vol. 81, Issue 4 (2018)*, viene pubblicato in questa sede nella traduzione italiana curata da Silvia Filippi.

<sup>1</sup> Si veda ad es. C. Möllers, *We are (afraid of) the people*, in M. Loughlin and N. Walker (cur.) *The Paradox of Constitutionalism: Constitutional Power and Constitutional Form*, Oxford 2007, pp. 87 – 107.

della costituzione e la difesa dei diritti costituzionali individuali dagli abusi della politica<sup>2</sup>.

Si può seguire il percorso che ha portato all'egemonia teoretica dell'approccio indicato col termine «normativismo<sup>3</sup>» partendo dalle sue origini nel dopoguerra fino ad arrivare al suo apice trionfale collocato alla «fine della storia», segnato dalla caduta del muro di Berlino e dal crollo dell'Unione Sovietica. Sulla scia degli eventi dell'11 settembre e della riemersione di condizioni assimilabili allo stato di emergenza e allo stato di eccezione, il normativismo è iniziato ad apparire come una teoria troppo debole, e non in grado di resistere ad eventi quali la crisi dell'Euro-zona, la crisi della *rule of law* e la recente crisi dei migranti<sup>4</sup>. Queste congiunture critiche dimostrano che la Costituzione normativisticamente intesa e la tutela giurisdizionale dei diritti non sono strumenti autosufficienti. La storia costituzionale reclama la scena, ammesso che la abbia mai lasciata del tutto. Le ripercussioni di tali vicende vanno ovviamente oltre la teoria costituzionale, in quanto nel momento in cui la «narrazione della fine della storia» viene accantonata, rinnegata dal suo stesso ideatore, la teoria politica illiberale torna alla ribalta.

Non sorprende che all'inizio del millennio si sia manifestata una nuova ondata di costituzionalismo politico. Dopo la prima ondata, guidata da J. A. G. Griffith, che aveva evidenziato la natura politica della Costituzione britannica nonché annunciato la sua fine imminente nella famosa conferenza sulla «Costituzione politica» del 1979<sup>5</sup>, la

---

<sup>2</sup> R Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA) - London, 2004.

<sup>3</sup>Cfr. M. Loughlin, *The Concept of Constituent Power*, in *European Journal of Political Theory* (2014) 13, p. 218; M. Loughlin, S. Tschorne, *Public Law in The Routledge Handbook of Interpretive Studies*, Abingdon, 2016.

<sup>4</sup> Si veda ad es. J. White, *Authority after Emergency*, in *Rule Modern Law Review* (2015) 78, p. 585; C. Gearty, *The State of Freedom in Europe*, in *European Law Journal* (2015) 21, p. 706. Più in generale: V. Ramraj *No Doctrine More Pernicious? Emergencies and the Limits of Legality*, in Ramraj (cur.) *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, 2008, pp. 3 – 29.

<sup>5</sup> J. A. G. Griffith, *The Political Constitution* (1979) *Modern Law Review*, pp. 1 – 21.

seconda è andata oltre i confini britannici<sup>6</sup>. Almeno un effetto benefico c'è stato: i costituzionalisti sono stati spinti a mettere in discussione quelle metodologie interpretative, coltivate nel corso dei decenni, la cui attenzione si era focalizzata sulle corti, il «potere meno pericoloso» secondo l'affermazione di Alexander Bickel. Gli studiosi sono stati costretti a considerare più seriamente i limiti del potere giudiziario e ad occuparsi di nuovo del Parlamento, senza tralasciare il rafforzato e sempre più svincolato esercizio del potere esecutivo<sup>7</sup>.

La seconda ondata di costituzionalismo politico ha avuto un indubbio impatto positivo nell'ampliare ed arricchire la disciplina del diritto pubblico, soprattutto nella misura in cui ha incoraggiato un sano scetticismo nei confronti della superiorità morale e della competenza dei giudici in materia di interpretazione costituzionale, accompagnato da un'attenzione verso le differenze presenti nella cultura costituzionale per quanto attiene al ruolo delle corti come percepito nell'assetto istituzionale della comunità politica<sup>8</sup>. Con alcune notevoli eccezioni, la disciplina del diritto pubblico è rimasta però fondamentalmente normativista, riduzionista, formalistica, collegata a premesse individualistiche, nonché incapace di offrire ricostruzioni concettuali esplicative del costituzionalismo o dello sviluppo costituzionale in generale<sup>9</sup>. Ci si limita a rivendicare la superiorità dei parlamenti sulle corti quanto all'esercizio della funzione di controllo sull'esecutivo e nel risolvere i conflitti sui diritti, ponendosi in un atteggiamento dogmatico opposto a quello fideistico assunto dal costituzionalista-formalista nei confronti del ragionamento dei giudici. Le problematiche di più ampio respiro del potere costituente e della teoria dello Stato vengono però in gran parte evitate.

---

<sup>6</sup> Per l'analisi di queste «ondate», si veda M. Goldoni, C. McCorkindale, *Political Constitutionalism*, in M. Sellers (cur.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, 2017.

<sup>7</sup> E. A. Posner, A. Vermuele, *The Executive Unbound*, Oxford, 2011. Cfr. T. Poole, *Reason of State*, Cambridge, 2015.

<sup>8</sup> J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007; A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, London, 2005.

<sup>9</sup> Cf. K. Ewing, *The Resilience of the Political Constitution* (2013) 14 *German Law Journal* 2111; O. Beaud, *Reframing a debate amongst Americans: Contextualising a Moral Philosophy of Law* (2009) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 53 – 68.

In breve, il costituzionalismo politico non era sufficientemente *politico* e non era sufficientemente in sintonia con il concetto stesso di politica<sup>10</sup>. Esso è rimasto silente al cospetto delle nuove crisi costituzionali e politico-economiche dell'ordinamento statale ed impermeabile al costituirsi dei rapporti sociali, dalla natura sempre più complessa, sottesi al costituzionalismo e che hanno generato una condizione di instabilità costituzionale. I teorici del costituzionalismo politico ed i formalisti hanno trascurato sia i rapporti concreti condizionanti l'emersione e lo sviluppo di un ordinamento costituzionale, sia quei mutamenti che inducono a sospendere o a modificare le norme costituzionali formali. Per comprendere questi fenomeni è necessario prestare attenzione al contesto materiale sottostante al costituzionalismo, alle condizioni politiche e sociali che lo rendono possibile e alle dinamiche alla base dei mutamenti costituzionali.

La teoria costituzionale *mainstream* (sia formalista che politico-costituzionalistica) ha poco da dire sulle sfide più importanti per l'ordinamento costituzionale contemporaneo, rappresentate dalla crisi esistenziale dell'Eurozona, dalla frattura dell'unità politica dello Stato e dalla riemersione di movimenti politici e sociali antisistema.

Qui si sostiene che la costituzione materiale non può essere compresa solo integrando l'analisi delle decisioni dei giudici con l'analisi politica (sia essa positivista o normativista), o spiegando il senso dell'autorità parlamentare ed il ruolo dell'esecutivo nell'adozione del programma di governo. La costituzione materiale si comprende solo tenendo in dovuto conto il contesto sociale più profondo in cui si inserisce lo sviluppo della costituzione formale (che, a seconda dei casi, sarà dal contesto sociale stesso disintegrata). Lo scopo di questo contributo è quello di offrire un punto di partenza per una ricerca concettuale sulla costituzione materiale così intesa.

Quello di costituzione materiale è un concetto indubbiamente complesso. Per ridurre tale complessità e ottenere dei risultati spendibili sul terreno dogmatico, saranno individuati quattro «livelli» fondamentali (forse necessariamente gli unici) in cui la costituzione

---

<sup>10</sup> P. Minkinen, *Political Constitutionalism vs. Political Constitutional Theory: Law, Power and Politics* (2015) 11 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 585 – 610.

materiale e la costituzione formale entrano in relazione: l'*unità politica*, la cui forma prevalente rimane quella del moderno Stato-nazione; un insieme di *istituzioni*, che includono i tradizionali elementi della forma di governo come le corti, il Parlamento, il governo e l'amministrazione, senza però limitarsi ad essi; una rete di *rapporti sociali*, che comprende interessi di classe e movimenti sociali ed infine un insieme di *obiettivi politici fondamentali* (o *teloi*). Questi costituiscono i *fattori ordinanti* della costituzione. Dopo alcune premesse metodologiche chiarificatrici, in contrasto con le teorie poste a confronto (par. 2), si esamineranno separatamente questi quattro fattori ordinanti (par. 3). In conclusione (par. 4) si sostiene che la costituzione materiale non è né un oggetto di studio extragiuridico, né un mero nastro trasportatore di norme giuridiche. È un oggetto di studio giuridico a tutti gli effetti, il cui contenuto è però dinamico e perennemente in conflitto con la costituzione formale.

## *2. Teorie in contrasto con la costituzione materiale*

Gli elementi che condizionano la formazione e la durabilità della costituzione comprendono la politica economica, la cultura politica, i rapporti sociali, la religione, così come gli scenari geopolitici, le relazioni internazionali e le forme imperialistiche di dominio. Lo sviluppo delle costituzioni moderne non è stato influenzato unicamente da questi agenti esterni, per così dire, corrosivi dell'ordine stabilito. Essi si combinano per dare forma all'ordinamento stesso e per condizionare lo sviluppo costituzionale attraverso processi di riordino (e di *disordine*).

Nello studio costituzionalistico questi elementi possono essere integrati ponendo al centro dell'analisi il loro rapporto con la costituzione. Per i costituzionalisti, adottare questa metodologia significa considerare come oggetto di analisi giuridica quei concetti geopolitici, politici e sociali che in precedenza erano delegati - o relegati - ad altre discipline, come la sociologia, le relazioni internazionali e la teoria politica.

Tale approccio muove dal rapporto tra costituzione materiale e costituzione «formale» - le costituzioni e le convenzioni non scritte così come interpretate dagli organi statali. La costituzione formale come

somma di tutte le norme e i principi costituzionali che informano la regolamentazione delle interazioni politiche e sociali (costituendo le «laws of law-making») si relaziona con la costituzione materiale, ma non solo in un rapporto di forma a funzione o di forma a contenuto. L'analisi della funzione e del contenuto delle norme costituzionali è naturalmente un primo e importante passo in ogni ricerca in campo costituzionalistico. Le costituzioni tuttavia non si limitano a stabilire e regolare il procedimento legislativo, ma proteggono degli interessi concreti, quali la libertà di parola e il pareggio di bilancio. Da tale ricostruzione possiamo trarre delle conclusioni sul contenuto della costituzione, per lo meno intesa come insieme di principi programmatici o di obiettivi politici e sociali.

La costituzione materiale non è però solo il «contenuto» della costituzione formale o l'insieme delle norme costituzionali formali (ricomprendendo anche le norme non formalizzate e principi); non è nemmeno in concorrenza, né sostituisce o si pone in rapporto antagonistico con la *validità* della costituzione formale. Lo scopo della ricerca sulla costituzione materiale è, in ultima analisi, più esplicativo che dogmatico (o ideologico). Essa fornisce una chiave di lettura delle dinamiche ordinatrici (e disordinanti) dell'evoluzione costituzionale. Quella che *dovrebbe* conseguire nei termini di interpretazione o di legislazione costituzionale è una problematica di moralità politica e di giudizio prudenziale.

Un punto deve essere chiaro: la costituzione materiale non *determina* di per sé la validità di una legge, né gli effetti di un'azione politica o di una decisione giudiziaria. Apparentemente potrebbe sembrare che sia così, in particolare in quelle situazioni di crisi politica, nelle quali le norme giuridiche positive sono bypassate o la lettera della legge calpestata, sulla spinta di forze extra-giuridiche, chiaramente identificabili come tali, o soffocata da vincoli fattuali. Ma proprio in queste fasi critiche o congiunturali, in cui tali forze extra-giuridiche spingono in direzioni opposte e aprono strade alternative all'evoluzione costituzionale, si rivela l'indeterminatezza della costituzione materiale.

La costituzione formale è piuttosto un aspetto, una declinazione, *della* costituzione materiale<sup>11</sup>, a sua volta parte di un più ampio ordinamento costituzionale. Una costituzione formale senza la corrispondente costituzione materiale, senza un motore politico e sociale, rimane «lettera morta», un mero elenco di intendimenti o addirittura una «mistificazione». In tal caso, la divaricazione tra forma e funzione può arrivare a mettere in discussione il senso stesso della costituzione e del costituzionalismo. Ma, per usare la terminologia di un giurista ebreo-tedesco del XIX secolo, Ferdinand Lassalle, la distanza tra la «costituzione giuridica [o formale]» e la «costituzione reale» («gli effettivi rapporti di potere in un paese») deve essere trattata come una questione di diritto e di teoria costituzionale<sup>12</sup>. Ed è importante notare che tale distanza sussiste tanto nei regimi liberali democratici quanto in quelli illiberali o non democratici. Tutte le costituzioni, si potrebbe dire, sono relativamente pretenziose, data la distanza tra le loro aspirazioni formali e la loro realtà vissuta.

La «distanza» tra forma e materia costituzionale è una questione di gradi, rilevabile attraverso strumenti analitici di scarsa precisione. La metafora del divario o della distanza è in realtà fuorviante in quanto suggerisce una dicotomia, mentre quella tra «costituzione formale» e «costituzione materiale» è una relazione che si svolge tutta all'interno della costituzione stessa. Anche una costituzione essenzialmente 'di facciata' può avere un effetto civilizzatore sulle condotte pubbliche, così come un regime autoritario può guardare al disposto costituzionale per assicurarsi una propria legittimazione od effettività<sup>13</sup>.

Prendiamo un positivista come Hans Kelsen: parlare di costituzione materiale non significa solo insistere sul fatto che l'efficacia della legge, pur non coincidendo con la sua validità, sia una condizione

---

<sup>11</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, p. 138. Per gli studi sull'opera di Mortati in lingua inglese si rinvia a M. La Torre, *The German Impact on Fascist Public Law: Costantino Mortati's Material Constitution*, G. Della Cananea, *Mortati and the Science of Public Law*, in C. Joerges, N. Ghaleigh (cur.), *Darker Legacies of Law in Europe*, London 2003, pp. 305-20 e pp. 321-336.

<sup>12</sup> F. Lassalle, *Über Verfassungswesen* in E. Bernstein (cur.), *Gesammelte Reden und Schriften*, vol. II, Berlin, 1919, p. 38.

<sup>13</sup> Si veda ad es. T. Ginsburg, A. Simpser (cur.) *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge 2014.

di validità<sup>14</sup>. Questa, naturalmente, è una tautologia. L'autorità *de jure* dipende (ed è condizionata) dall'autorità *de facto*, come affermano sia i positivisti che i giusnaturalisti. La tradizione positivista e quella giusnaturalista impiegano però una metodologia che separa fatto e norma, ponendosi in contrasto con la comprensione della costituzione nella pratica, in quanto l'evoluzione costituzionale si sviluppa proprio nell'interrelazione tra fatto e norma. Quali sono, per adottare la terminologia di Kelsen, le condizioni che rendono una legge efficace e come si pone il diritto in relazione ad esse? A questa domanda il positivista non offre risposte. Il positivista (così come il giusnaturalista) si limita a prendere atto dell'efficacia o a presupporre l'esistenza di una «tradizione costituzionale vigente», ma in un'epoca in cui tali tradizioni appaiono sempre più precarie e l'efficacia stessa della legge è messa in dubbio, la questione deve essere posta di nuovo.

Il rifiuto del formalismo nel diritto costituzionale non è una novità. Per questo motivo è utile distinguere la costituzione materiale da altre tre concezioni che appaiono strettamente correlate: il costituzionalismo sociologico, il costituzionalismo marxista ed il diritto politico.

Il costituzionalismo sociologico, basato sulla sociologia del diritto, sul pluralismo giuridico e sulla teoria dei sistemi, ha da tempo sviluppato delle variazioni nell'ambito d'interesse degli studi di ascendenza materialista. Poiché l'autorità dello Stato-istituzione è andata sempre più frammentandosi e l'ordinamento politico di fondo è diventato sempre più complesso e diffuso, l'identità formale del diritto e dello Stato (e della costituzione e dello Stato) diventa problematica se non indimostrabile. A partire dal lavoro di Niklas Luhmann si è sviluppato nella sociologia delle costituzioni un movimento, che si è ampiamente affermato e comprende Gunther Teubner, Chris Thornhill e Marcelo Neves fra gli autori più rappresentativi, basato proprio su questa intuizione<sup>15</sup>. Il punto di partenza è assimilabile a quello dell'analisi della costituzione materiale: l'esistenza di una relazione

---

<sup>14</sup> H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, tradotto da B.L. Paulson e S.L. Paulson, Oxford, 1992.

<sup>15</sup> G. Teubner, *Constitutional Fragments*, Oxford, 2012; C. Thornhill, *A Sociology of Constitutions*, Cambridge, 2011; M. Neves, *Transconstitutionalism*, London 2013.



*interna* tra società e costituzione. Vale quindi la pena di distinguere la sociologia delle costituzioni dall'approccio da noi proposto.

La sociologia delle costituzioni si basa su un funzionalismo che noi rifiutiamo. Lo studio dei sistemi funzionali, dei sottosistemi e dei processi di differenziazione funzionale offre una ricostruzione approfondita di alcuni aspetti dello sviluppo della società moderna, in particolare in ambito economico. La costituzione materiale, tuttavia, non è né funzionale, né sistemica, ma, come sosteniamo qui di seguito, si basa su specifici fattori ordinanti.

Ci sono tre motivi legati a questo rifiuto. In primo luogo, la lettura sociologica delle costituzioni in termini di *funzioni*, che ammette quindi degli *equivalenti funzionali*, non può spiegare perché l'unità politica rimanga fondamentale per lo studio delle costituzioni o perché determinate funzioni siano attribuite a specifiche istituzioni politiche. Il costituzionalismo sociologico concepisce il rapporto tra società e costituzioni in termini di processi di inclusione e stabilizzazione (secondo l'approccio sociologico classico). Lo sviluppo delle costituzioni settoriali si sviluppa secondo una razionalità funzionale (e non governamentale). In tale concezione decentrata è del tutto assente quella logica generale e ordinatrice che caratterizza il governo in senso politico.

In secondo luogo, il costituzionalismo sociologico opera in termini di *sistemi* chiusi piuttosto che di ordinamenti, prestando insufficiente attenzione ai fattori ordinanti o all'emergere del disordine. La teoria dei sistemi confina il «politico» nell'ambito di sistemi politici istituzionalizzati nel tentativo di limitare la tendenza espansionistica e colonizzatrice della politica<sup>16</sup>. Di conseguenza, essa si oppone all'idea secondo cui il rapporto che si instaura internamente tra società e costituzioni si sostanzia nelle attività di governo. E si oppone anche all'idea di un ordinamento costituzionale organizzato in grado di perseguire obiettivi politici fondamentali.

Il terzo elemento che differenzia i due approcci consiste nel fatto che quello sociologico sostiene una *razionalità comunicativa* incapace di offrire uno spazio costituzionale sufficiente alla soggettivazione

---

<sup>16</sup> Per un'eccezione, cfr. invece P. Blokker, *Politics and the Political in Sociological Constitutionalism* in P. Blokker, C. Thornhill (cur.) *Constitutional Sociology*, Cambridge, 2017.

politica, ai conflitti e ai movimenti sociali, alle forze antisistemiche (tendenti a modificare la costituzione in modo extra-legale o in termini che ne altererebbero l'identità sostanziale). Questo accade perché solo gli scambi comunicativi che si adeguano al codice in questione sono registrati dal sistema<sup>17</sup>. Il rapporto che si instaura tra costituzione e società è concepito in termini assolutamente irenici, salvo quanto avviene in quei casi eccezionali in cui un dato sistema sta per «toccare il fondo<sup>18</sup>». Né le spinte costituzionali ordinatrici, né quelle «disordinanti» possono essere però considerate in questi termini. Il conflitto non è periferico, ma endemico al processo di ordinamento costituzionale.

La dimensione politica, soggettiva e conflittuale della costituzione materiale comporta invece un'affinità con la tradizione marxista, recentemente rivitalizzata dall'opera di Antonio Negri. Essa ha molto in comune con il punto di vista qui proposto<sup>19</sup>. La concezione materialista della costituzione di Negri permette di focalizzare l'attenzione sulle dinamiche piuttosto che sulle origini ed è in grado di spiegare l'evoluzione costituzionale. Per Negri, la costituzione materiale si riferisce alla «continua formazione e ri-formazione di equilibri delle forze sociali<sup>20</sup>». Questo movimento è determinato dalle lotte di classe, che sono consustanziali ai processi di soggettivazione collettiva - la costruzione e la formazione dei soggetti collettivi. La costituzione materiale si evolve così nell'ambito di coordinate spaziali delimitate (la fabbrica, poi la società stessa) assurse a soggetti collettivi. Il profilo dell'agire collettivo evita la riduzione della costituzione materiale a quella che si potrebbe definire una «struttura senza soggetti», o a relazioni di produzione «naturale-sociale» (che includono lo scambio, il diritto, la cultura, le matrici ideologiche).

---

<sup>17</sup> Si veda in particolare G. Teubner, *ibid.*; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge (MA), 1992.

<sup>18</sup> Per una critica di questa impostazione si veda E. Christodoulidis, *On the Politics of Societal Constitutionalism* (2013) 20 *Indiana Journal of Global Studies* p.629.

<sup>19</sup> Si veda in particolare, *Insurgencies*, Bloomington, 1999. Negri compara il suo metodo a quello adottato da Teubner in *Law, Property and New Horizons* (2010) 21 *Finnish Yearbook of International Law*, p. 1.

<sup>20</sup> A. Negri, M. Hardt, *Empire*, Cambridge (MA), 2000, p. xiv.

C'è molto su cui riflettere guardando all'interpretazione della costituzione materiale data da Negri, non ultimo dal suo monito a non considerarla come una forma di imposizione dell'ordine alla società proveniente da una élite già formata<sup>21</sup>. Negri non concede tuttavia spazio sufficiente all'attività politica come elemento relativamente autonomo dalla lotta sociale e, nelle versioni successive della teoria, finisce per disinnescare la stessa forza creatrice del conflitto di classe. Non è un caso che il soggetto collettivo della sua teoria diventi la moltitudine (controparte di un impero altrettanto nebuloso e unitario) e che l'unico tassello mancante per la ricomposizione della costituzione materiale sia la presa di coscienza della moltitudine rispetto al suo status di forza-lavoro viva, di motore dell'evoluzione sociale.

Nella nostra ricostruzione, invece, le lotte che animano la costituzione materiale sono condotte da una pluralità di soggetti la cui posizione è condizionata ma non determinata da relazioni preesistenti. La soggettività non nasce da rapporti sociali di produzione e riproduzione in modo del tutto diretto e spontaneo, ma è mediata dall'organizzazione politica, dalle istituzioni e dalle strategie politiche. Le forze economiche e sociali non sono sovraordinate rispetto alla costituzione materiale proprio perché, come dimostreremo in seguito, il loro ruolo nella formazione dell'ordinamento costituzionale deve essere inteso in termini relazionali e non come l'espressione di un potere esercitato dall'alto verso il basso (o specularmente dal basso verso l'alto). Le forze economiche e sociali ordinano alcuni aspetti della costituzione materiale, ma la loro formazione e le loro interrelazioni sono anche costantemente soggette a tensioni e conflitti generati da altri fattori politici e istituzionali.

Infine, distinguiamo il nostro metodo anche da una tradizione che è stata recentemente rivitalizzata da Martin Loughlin, da egli stesso definita diritto politico (*political jurisprudence*)<sup>22</sup>. Nella concezione di Loughlin il conflitto sociale si trasforma in una contingenza politica resa gestibile prendendo come riferimento una complessiva unità politica omogenea per finalità e caratteristiche. Tale risultato viene raggiunto ricorrendo a dispositivi simbolici e rappresentativi caratteristici della moderna statualità, come l'apparato coercitivo di governo. Il conflitto

---

<sup>21</sup> A. Negri, *Labor of Dionysus*, Minneapolis, 1994, p. 63.

<sup>22</sup> M. Loughlin, *Political Jurisprudence* (2016) 16 *Jus Politicum*, p.15.

è mediato dal diritto pubblico moderno, che avanza attraverso le progressive rivendicazioni del diritto politico (*droit politique*)<sup>23</sup>. L'analisi di Loughlin è un correttivo fondamentale per la teoria normativista del diritto pubblico (sia sotto l'aspetto giuridico che politico-costituzionale) in quanto, «riportando lo Stato dentro il diritto pubblico», ricollega quest'ultimo alle teorie politiche tradizionali, che vanno da Hobbes e Rousseau, fino a Lassalle, Heller e Schmitt, fornendo gli strumenti più pertinenti per un'analisi materialista<sup>24</sup>.

Il diritto politico (*political jurisprudence*), naturalizzando hobbesianamente la condizione umana di antagonismo e reificando il rapporto tra governanti e governati, presenta tuttavia in termini astratti le diverse visioni tra loro in conflitto circa la definizione del bene comune. Il diritto politico non è quindi sufficientemente concreto, in quanto omette le circostanze dell'antagonismo e la fattualità dei rapporti di governo. Questi ultimi non sono solo condizionati dalle circostanze concrete ma, attraverso l'ordinamento costituzionale, agiscono e ricostituiscono in modo particolare i rapporti materiali. La razionalizzazione dell'arte prudenziale del governare richiede una ricostruzione - che manca nel diritto politico - circa le modalità attraverso cui i conflitti materiali si traducono in rapporti di potere e di come a loro volta le trattative politiche e il contenuto del diritto politico modellano l'ordinamento. Il diritto politico, in altre parole, non tiene conto dei fenomeni concreti - in particolare dell'interazione di soggettività che emergono dal basso, attraverso la lotta politica e di classe - che condizionano le rivendicazioni del diritto politico. Da una prospettiva materialista, questa omissione tradisce un residuo di formalismo e persino di ideologia, privilegiando una particolare ma in ultima analisi contingente forma di «regola», di rapporto tra governanti e governati, trascurando il fatto che tale rapporto ha un carattere non solo formale e politico ma anche materiale e dinamico.

Se il diritto politico sembra offrire un resoconto convincente della tradizionale «grammatica» del diritto pubblico moderno e dell'autonomia del politico, l'intera costruzione si basa però solo sulla generazione del potere politico in sé e per sé. L'arte di governare richiede naturalmente una relativa autonomia del politico, che però

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010.

nella pratica nasce da conflitti sociali e da processi di soggettivazione politica. Non basta imprimere una direzione alla «logica pura» sottostante alla struttura di una costituzione o della sua grammatica giurisgenerativa, proprio perché la costituzione materiale è relazionale piuttosto che meccanica nel suo processo di trasformazione dei conflitti sociali in forme di contestazione politica. Mentre il diritto politico si concentra sull'autonomia della politica e sul principio di sovranità come istanza costituzionalmente fondata, lo studio della costituzione materiale - pur riconoscendone l'importanza - concettualizza l'arte di governare come attività costituzionale basata su una relazione concreta che si instaura tra governanti e governati. Quest'ultima a sua volta dipende dai rapporti sociali, che includono le dinamiche di classe, e, nel momento in cui si include anche lo Stato, dipende anche dalle dinamiche di potere geopolitiche. Queste ultime richiedono di essere spiegate in quanto parte dell'analisi costituzionale, nonché fondamentali nel processo di unificazione politica e di formazione costituzionale<sup>25</sup>.

Secondo la concezione di Loughlin lo Stato come unità politica non può mai essere pienamente compreso attraverso categorie basate sulle regole, poiché i conflitti non possono mai essere completamente o definitivamente risolti. Ma quali sono le condizioni che generano tali conflitti? E, se l'ipotesi è corretta, cosa rende possibile l'affermarsi di un certo ordinamento, di un certo programma di governo relativamente stabile nel contesto di una non superabile assenza di indirizzo complessivo? Per Loughlin le dinamiche sono gestite in modo efficace e prudente seguendo un movimento che procede dall'alto verso il basso. La natura concreta dell'elemento evolutivo è quindi implicita. Ma se «l'instaurazione di un dominio autonomo della politica è [...] una conquista storica<sup>26</sup>», ciò implica che sia anche precaria, tanto più che nel corso della tarda modernità il binomio giuridico-politico da cui dipende è sottoposto ad una crescente pressione di forze sociali, economiche e geopolitiche. L'ordine, in altre parole, non può essere presupposto. Tale aspetto è particolarmente evidente nel periodo tra le due guerre in Europa, nella fase in cui i rapporti di governo all'interno degli Stati e le relazioni fra Stati diventano instabili fino a franare. Il

---

<sup>25</sup> La problematica è affrontata oltre, al paragrafo a) *Unità politica*.

<sup>26</sup> Si veda anche M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, 8 *Jus Politicum*.

progetto di integrazione europea nato nel dopoguerra, che alla fine del XX secolo ha inaugurato un processo di *trasformazione* dello Stato, si basa quindi su fattori materiali e geopolitici che la giurisprudenza politica non è in grado di comprendere<sup>27</sup>. Con la funzione di governo di nuovo al punto di rottura, serve un'analisi costituzionale concreta per dare un senso all'evoluzione costituzionale.

In definitiva, se le tradizioni sociologiche e marxiste soffrono di un deficit *politico*, il diritto politico soffre di un deficit *materiale*. Da un lato, le strutture economiche e i rapporti sociali non sono «un accumulo di cose inerti o un flusso che trascende la condizione umana<sup>28</sup>», ma sono il risultato di un'azione politica soggettiva. D'altro lato l'azione politica non avviene «in sé e per sé», ma è organizzata e delimitata dalle lotte concretamente messe in atto. Etienne Balibar coglie precisamente la necessaria relazione tra l'elemento politico e quello materiale, evidenziando la concretezza dell'azione politica moderna ed osservando che la vera natura della politica «va ricercata non nella sua stessa autocoscienza o nella sua attività costitutiva, ma nel rapporto che essa mantiene con le condizioni e gli oggetti che formano il suo "materiale", e lo costituiscono come attività materiale<sup>29</sup>». Quanto detto riecheggia la famosa intuizione di Marx secondo cui «gli esseri umani fanno la loro storia, ma non la fanno come vogliono; non la fanno in circostanze autoselezionate, ma in circostanze già esistenti, date e trasmesse dal passato<sup>30</sup>». Le condizioni e i rapporti concreti sono così contemporaneamente costituiti (dalla politica) e costitutivi (della politica). Tale dinamica è intrinseca all'ordinamento costituzionale.

Dal momento che tra ordinamento costituzionale e società sussiste sempre una relazione interna, in contrasto con la classica concezione liberale della costituzione come un potere limitante imposto sulla società dall'esterno, la costituzione è concepita come connaturata alla società e come caratteristica del potere politico e sociale. Ma il potere qui non è né una massa instabile né una relazione costruita in

---

<sup>27</sup> Si veda M. Wilkinson, *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, in *LSE Law Society and Economy Working Paper Series*, n. 5/2016.

<sup>28</sup> E. Balibar, *Politics and the Other Scene*, London-New York, 2002, p. 11.

<sup>29</sup> Ibid, 10. Cfr. anche J. Rancière, *Disagreement*, Minneapolis, 1999, p. 16.

<sup>30</sup> K. Marx, *The Eighteenth Brumaire of Louis Napoleon*, disponibile su [www.marxists.org](http://www.marxists.org)

astratto. La formazione, la sussistenza e l'evoluzione della società comportano sempre un ordinamento costituzionale. In questo senso il potere costituzionale è sempre già costituito oltre che costituente, come Hans Lindahl ha accuratamente ricostruito dal punto di vista teorico<sup>31</sup>. Ma come viene ordinato? E perché l'ordine potrebbe trasformarsi in disordine? Nel prossimo paragrafo esamineremo come si possa sistematizzare e concettualizzare il processo di ordinamento costituzionale, presentando quattro elementi di analisi interconnessi.

### *3. I quattro fattori ordinanti della costituzione materiale*

#### *a) Unità politica*

Il primo fattore di ordinamento costituzionale è costituito dal processo di produzione e riproduzione dell'unità politica. L'unità politica dà senso ad una costituzione nel senso più immediato: senza di essa non potremmo parlare di costituzione tedesca, costituzione statunitense o costituzione egiziana. La costituzione esiste in quanto unità politica, non come insieme astratto di norme. Anche in questo caso però dobbiamo subito notare che emergono delle ambiguità legate ad un determinato contesto storico. Ci stiamo riferendo alla Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca? Prima o dopo la riunificazione? Prima o dopo la decisione OMT del *Bundesverfassungsgericht*? Potremmo fare riferimento ad un ordinamento costituzionale momentaneo, ma questo non rivelerà molto in una prospettiva più generale di teoria costituzionale. L'ordinamento costituzionale è sempre parte di un processo in divenire.

Secondo la ricostruzione canonica, la frattura da cui nasce l'unità politica è *immateriale*: è l'autonomia - e il primato - del politico rispetto al dominio teologico che apre lo spazio all'ordinamento costituzionale moderno. La transizione da un fondamento teologico dell'autorità politica ad uno razionale, per quanto incompiuta, è ricavata dai precetti giusnaturalistici sull'associazione politica di Hobbes, passando per la

---

<sup>31</sup> Si veda H. Lindahl, *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*, in M. Loughlin, N. Walker (cur.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, 2007, pp. 9-24.

«nazione» di Sieyès come base primaria dell'ordinamento costituzionale, fino alla narrativa della modernizzazione di Weber. Questa transizione è stata recentemente oggetto della «teoria della secolarizzazione» di Marcel Gauchet, che definisce la modernità come processo di disincantamento religioso, segnato dalla secolarizzazione dei fondamentali dell'autorità politica<sup>32</sup>. In queste ricostruzioni, sono il razionale, l'immaginario e il simbolico che giocano il ruolo principale nell'avviare e far avanzare il processo di ordinamento costituzionale moderno<sup>33</sup>. L'unità politica ha fondamenta laiche; nel linguaggio costituzionale «noi, il popolo, ci diamo solennemente il nostro ordine politico e giuridico».

Ma quali sono le condizioni concrete di questo processo di ordinamento costituzionale e di unità politica a cui si fa riferimento? Assistere alla formazione dell'unità politica richiede di comprendere il processo concreto di integrazione politica (o disgregazione e reintegrazione, a seconda dei casi) di una collettività. Un ordinamento costituzionale, in altre parole, rappresenta un certo spazio politico che si estende in un tempo determinato. Nicos Poulantzas chiama questi doppi assi la matrice spazio-temporale della costituzione<sup>34</sup>. Per i nostri fini la matrice può essere pensata come un insieme di coordinate che stabiliscono le condizioni di esistenza del costituzionalismo, rendendo visibile un ordinamento particolare *come* l'ordinamento costituzionale.

Lo studio della costituzione materiale richiede la ricostruzione del tipo di unità politica che si manifesta in particolari epoche storiche e spazi geografici. Definire la forma specifica che assume l'unità politica, quali sono le condizioni del suo sviluppo e quali sono le implicazioni costituzionali di quella particolare forma significa, in altre parole, studiare la costituzione materiale. Che l'unità politica sia ottenuta attraverso uno Stato nazionale, uno Stato pluralista, uno Stato corporativo, uno Stato federale, una federazione multinazionale, una dominazione imperiale, una confederazione, una federazione interstatale o un'unione sovranazionale, dipende dal momento storico, che è a sua volta il riflesso di un preciso percorso di sviluppo

---

<sup>32</sup> M. Gauchet, *The Disenchantment of the World: A Political History of Religion*, Darby, 2001.

<sup>33</sup> Si veda M. Loughlin, *The Constitutional Imagination* (2015) 78 *Modern Law Review*, p. 1.

<sup>34</sup> N. Poulantzas, *State, Power, Socialism*, London-New York, 2014.



istituzionale e sociale e quindi di un determinato percorso dell'ordinamento costituzionale. Inoltre, la costituzione formale e la sua interpretazione da parte degli organi statali possono avere un impatto significativo e persino decisivo sul percorso intrapreso verso l'unità politica.

Eppure, nonostante le variazioni e i distinti tipi di unità politica che emergono da questo processo di ordinamento costituzionale, il moderno Stato-nazione rimane (almeno in Europa) la forma paradigmatica dell'unità politica. Il suo rapporto interno con la costituzione materiale merita quindi un'attenzione particolare, rappresentando, come tale, un «idealtipo» di ordinamento costituzionale.

Lo Stato-nazione si consolida come unità politica attraverso la costituzione di una comunità delimitata, individuata in base ad una certa combinazione di territorio, lingua e identità. Secondo una ricostruzione autorevole, è una comunità di destino basata sull'appartenenza immaginata ad una nazione<sup>35</sup>. L'attaccamento costituzionale può esso stesso svolgere un significativo ruolo simbolico nel processo di formazione dell'identità collettiva, come avviene nell'idea di patriottismo costituzionale<sup>36</sup>. L'identità può però essere anche un presupposto almeno potenziale del costituzionalismo, e quindi un vettore o un ostacolo al mutamento costituzionale<sup>37</sup>.

Il moderno Stato-nazione si consolida anche come entità politicamente sovrana, in un duplice aspetto, ricompreso in quello che Carl Schmitt ha definito *Jus Publicum Europaeum*<sup>38</sup>. Internamente, lo Stato nazionale europeo acquisisce il monopolio della forza legittima nel corso del «lungo XIX secolo» (che va dalla Rivoluzione francese alla prima guerra mondiale). All'esterno, è riconosciuto come l'unico soggetto legittimato ad intrattenere relazioni internazionali, titolare del diritto di decidere in materia di guerra e di pace e a cui è richiesto il rispetto dei trattati di guerra. La nascita dello *Jus Publicum Europaeum*

---

<sup>35</sup> B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983.

<sup>36</sup> Si veda ad es. J.W. Muller, *A General Theory of Constitutional Patriotism* (2008), in *International Journal of Constitutional Law*, pp. 72 – 95.

<sup>37</sup> Si veda ad es. D. Grimm, *Does Europe Need a Constitution?* (1995) in *European Law Journal*, p. 282.

<sup>38</sup> Si veda C. Schmitt, *The Nomos of the Earth*, New York, 2006.

è un processo storico lungo e disomogeneo, ma che cristallizza una serie di distinzioni concettuali fondamentali: tra pubblico e privato, tra Stato e società, tra elemento politico e socio-economico<sup>39</sup>.

Né la comunità delimitata né la sovranità politica spiegano pienamente il condizionamento materiale dell'unificazione politica. Per perseguire ulteriormente questo obiettivo, il recupero del termine «nomos» da parte di Schmitt nel significato originale greco, cioè come unità territoriale di diritto e spazio, è istruttivo<sup>40</sup>. Il significato della sovranità statale classica nella tradizione euro-centrica, secondo Schmitt, si identifica con quello di un ordine concreto basato sull'appropriazione della terra e sulla rivendicazione di un titolo oltremare. È questo primo *nomos* moderno, inteso come «appropriazione» della terra, che garantisce i fondamentali del diritto pubblico e che fornisce le condizioni per l'«autonomia del politico<sup>41</sup>».

Il fondamento materiale dell'unità politica come appropriazione iniziale della terra crea un contatto con una tradizione consolidata e critica dell'economia politica, che presenta questo dato di partenza come un elemento di formazione e di condizionamento dello sviluppo economico capitalistico: l'«accumulazione precedente» di Adam Smith, l'«accumulazione originaria» o «primitiva» di Marx, il «capitalismo politico» di Max Weber. Hannah Arendt, sulla scia di Rosa Luxemburg, definisce l'imperialismo della fine del XIX secolo «semplicemente una rapina<sup>42</sup>».

Con questo ulteriore elemento politico-economico, l'unità politica sembra essere molto meno solida del *nomos* di Schmitt. Essa si erge sulle sabbie mobili dello sviluppo materiale, in relazione alla produzione e alla distribuzione (e non solo alla conquista) della terra, ma anche in relazione all'organizzazione concreta di rapporti sociali (disuguali) fondati sul lavoro e sul denaro. La Luxemburg ha ricordato il significato aggiunto di *nomos* come *nahme* in rapporto all'imperialismo moderno, ripreso nella sua analisi del *Landnahme* imperiale non solo come atto di «appropriazione della terra», ma anche

---

<sup>39</sup> M. Loughlin, *Ten Tenets of Sovereignty* in N. Walker (cur.) *Sovereignty in Transition*, London, 2003, pp. 55-86.

<sup>40</sup>Cfr. C. Schmitt, ult. op. cit.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Cfr. H. Arendt, *Origins of Totalitarianism*, Boston, 1968, p. 148.

come processo di espansione del mercato capitalistico<sup>43</sup>. L'attenzione solo su un iniziale accaparramento della terra impedisce lo sviluppo materiale di questo primo *nomos* moderno. Come osserva più recentemente David Harvey, lo stato moderno non si fonda solo su un iniziale «accaparramento», ma il suo carattere di classe (relazione di dominio) viene mantenuto attraverso ripetuti processi di «accumulazione per espropriazione». Ciò avviene non solo attraverso la forza e l'inganno, ma anche attraverso la via giuridica della privatizzazione e l'adozione di misure di austerità, che permettono di gestire il rapporto tra debito privato e pubblico<sup>44</sup>.

La formazione dell'unità politica avviene così in relazione non al (solo) momento simbolico del disincantamento religioso, né al (solo) atto concreto di appropriazione territoriale, ma anche in relazione all'organizzazione politica ed economica ed alla riorganizzazione dei rapporti sociali nel tempo e nello spazio. Vi sono inclusi anche il processo di costruzione della comunità e quello di riconoscimento del sovrano, i rapporti politici ed economici di disuguaglianza materiale e di dominio, così come l'evoluzione e la redistribuzione sociale.

L'unità politica dello Stato è quindi in rapporto diacronico con le dinamiche materiali, sia interne che internazionali. Da questo punto di vista, il processo di unificazione politica è internamente legato alla trasformazione dello Stato da organizzazione feudale a organizzazione *capitalistica (e poi imperialistica)* del potere. Dipende dalle relazioni, ad esempio, tra capitale e lavoro, o tra centro e periferia. L'unificazione politica si presenta quindi come una dinamica storica contingente e disomogenea basata su fattori concreti che si riproducono politicamente, non solo perché lo Stato deve provvedere alla sicurezza e al benessere del popolo, ma perché le rivendicazioni di sovranità popolare, comunità nazionale e dominio imperiale (così come le

---

<sup>43</sup> Schmitt omette la discussione sull'aggiornamento del marxismo di Rosa Luxemburg per l'età imperiale; tuttavia, affronta brevemente l'idea di Marx dell'appropriazione originaria in *Nomos of the Earth*, pp. 333-334, aggiungendo che «se l'essenza dell'imperialismo sta nella precedenza dell'appropriazione prima della distribuzione e della produzione, allora una dottrina come quella dell'espropriazione degli espropriatori è ovviamente l'imperialismo più forte, perché è il più moderno», p.334.

<sup>44</sup> D. Harvey, *The New Imperialism*, Oxford, 2003; M. Blyth, *Austerity: The History of a Dangerous Idea*, Oxford, 2013.

rivendicazioni di classe e anti-imperialiste di emancipazione o autodeterminazione) sono esse stesse caratteristiche delle richieste materiali di espansione o inclusione. L'emersione e la stabilizzazione dell'unità politica seguono percorsi di sviluppo distinti, in relazione allo sviluppo politico-economico, sia interno che internazionale<sup>45</sup>. Lo sviluppo politico-economico è inteso non solo come un parametro per valutare l'economia, ma come parte integrante dell'organizzazione dei rapporti tra stato e società e tra gli stati stessi<sup>46</sup>.

La logica territoriale e comunitaria dell'unità politica e la logica capitalista dell'espansione del mercato interno e imperialista sono in uno stato di tensione. L'unità politica stessa è minacciata dalla percezione secondo cui l'ordinamento costituzionale si afferma sulla base di una mera dominazione economica, sia che si tratti della classe dirigente di uno stato, che di uno stato dominante all'interno di una federazione o di una forza imperialista. Affinché l'ordinamento costituzionale produca un'unità politica relativamente stabile, come uno Stato-nazione o un'unione sovranazionale, e non un semplice ordine determinato da una forma di dominio economico, come nei casi di un comitato esecutivo della borghesia o di un blocco egemonico di Stati creditori, è necessaria una separazione almeno nominale tra la sfera politica e quella economica.

Il rapporto interno che si instaura tra i processi di formazione dell'unità politica e di affermazione economica è concettualmente significativo in quanto lo Stato nazionale moderno è tipicamente caratterizzato nella teoria costituzionale come forma politica in cui l'autorità non poggia sulla palese fusione del potere politico con quello economico: è invece la relativa autonomia dell'elemento politico da quello economico che sostiene l'autorità costituzionale moderna,

---

<sup>45</sup>Come suggerito altrove da Loughlin, attingendo a Lindahl, e dando una svolta dinamica al concetto di *nomos*, osservando che «l'atto di fondazione può essere inteso come tale solo dopo l'evento: l'appropriazione originale [...] può essere identificata come fondante solo una volta istituzionalizzati il secondo e il terzo aspetto del *nomos* (distribuzione e produzione)», *Foundations*, cit., p. 29.

<sup>46</sup> Si veda ad es. W. Streeck, *Taking Capitalism Seriously: Towards an Institutional Approach to Contemporary Political Economy*, in (2011) *Socio-Economic Review* pp. 137 – 167.

distinguendola dalle forme politiche precedenti, medievali e antiche<sup>47</sup>. Ma se lo stato moderno come *nomos* rappresenta non solo un'appropriazione formale (o brutta) della terra, ma - come concreto ordinamento dinamico - una trasformazione dei rapporti sociali e geopolitici *attraverso la mercificazione della terra, del lavoro e del denaro* basata su forme di dominio, viene messo a nudo il profondo legame tra il politico e il materiale nel processo di ordinamento costituzionale<sup>48</sup>.

La formazione dello Stato moderno è parte di un processo dinamico che coinvolge il profilo di uguaglianza formale (unità politica) e quello di disuguaglianza materiale. Tale processo richiede la relativa autonomia dell'autorità politica, nonché i mezzi per assicurare l'accumulazione di capitale attraverso le strutture del *bourgeois Rechtsstaat* e altre forme (e modalità informali) di dominio geopolitico e di espansione degli scambi commerciali<sup>49</sup>. L'unità politica richiede e costruisce una comunità e una sovranità politica delimitate, ma è al tempo stesso resa possibile e minacciata da relazioni concrete di disuguaglianza e di potere. L'unità politica è quindi un processo altamente instabile, e questa instabilità si manifesta nella costituzione materiale che in parte ordina.

#### b) *Istituzioni*

Le dinamiche che portano all'unità politica non danno il giusto peso al substrato della costituzione materiale nel processo di formazione dell'ordinamento costituzionale. La formazione dell'unità politica e della costituzione stessa dipendono dall'operato delle istituzioni, intendendo con tale categoria non solo gli organi statali come le corti, il parlamento, l'esecutivo, l'amministrazione, le banche

---

<sup>47</sup> Si veda ad es. M. Loughlin, nota 39. Cfr. anche E. Wood, *From Lords to Citizens: A Social History of Western Political Thought*, London-New York, 2011.

<sup>48</sup> Cfr. R. Luxemburg, *The Accumulation of Capital: A Contribution to an Economic Explanation of Imperialism* (1913), Abingdon, 2003. Queste sono le tre «fictitious commodities», la cui mercificazione, secondo il pensiero di Polanyi, porta ad un doppio movimento di reazione sociale o di reinserimento, potenzialmente destabilizzante per l'ordine costituzionale. Cfr. K. Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, 1944.

<sup>49</sup> Cfr. K. Polanyi *The Great Transformation*, cit.

centrali ma anche le istituzioni non governative, informali, sociali e culturali, come la famiglia, il linguaggio, i sindacati, i miti e i simboli. Queste rivestono un ruolo unificante ed esercitano un impulso ordinatore, pur trovandosi in una condizione di relativa autonomia rispetto alla logica dell'unità politica e dalle condizioni concrete dello sviluppo economico<sup>50</sup>.

Le istituzioni sono gli "oggetti" che danno forma alla costituzione materiale (in termini aristotelici, la sua causa materiale). Esse nascono dalle interazioni sociali e sviluppano la propria normatività istituzionale, alla maniera dei costumi o delle convenzioni. Lo studio della costituzione materiale richiede l'analisi delle istituzioni la cui normatività e forza integrativa di coesione fungono da collante sociale, consentendo ad un ordinamento sociale relativamente stabile di emergere *come ordinamento costituzionale*.

Tale concezione è in larga parte debitrice verso l'istituzionalismo giuridico. Il lavoro di Carl Schmitt è a questo proposito di nuovo istruttivo. Tornando a questa tradizione negli anni Trenta (in seguito all'allontanamento dal decisionismo dello stato d'eccezione), Schmitt è giunto alla conclusione che una comunità politica esiste solo nella misura in cui sussiste un legame organico tra l'autocomprensione pubblica e istituzionale di una società e il modo in cui i membri della società adeguano la loro vita quotidiana. Ciò significa che una determinata forma politica non può durare se le sue istituzioni (che riflettono determinate pratiche sociali) non vengono costantemente sostenute e protette. Una data comunità politica esiste quindi solo nella misura in cui il suo diritto pubblico mantiene le condizioni per la protezione di alcuni istituti, come il matrimonio e la famiglia, l'esercito, la burocrazia, il sistema monetario e così via<sup>51</sup>.

Per essere chiari, non è che alcune pratiche sociali diano *naturalmente* origine e di per sé forma ad una comunità politica. Non esiste un legame naturale tra una data comunità politica e le istituzioni che l'ordinamento giuridico di quella comunità protegge e promuove. La società, come ha compreso Schmitt, è intrinsecamente plurale e gli

---

<sup>50</sup> Vedi, su questo aspetto delle istituzioni, il lavoro seminale (ora disponibile in inglese con un'introduzione di M. Loughlin), S. Romano, *The Legal Order*, Abingdon, 2017.

<sup>51</sup> Cfr. M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, 2012.

attori sociali tendono a rispondere ai problemi pratici attraverso una forma di bulimia legislativa; questo, come ha osservato Schmitt al crepuscolo dell'epoca weimariana, è sintomatico di una certa instabilità della democrazia rappresentativa e della costituzione stessa, che cercano di tutelare valori sostanziali diversi e potenzialmente concorrenti.

Schmitt prevede una divisione del lavoro tra istituzioni giuridiche e politiche. In linea di massima, il diritto formale è l'insieme delle regole e delle clausole generali che definiscono le istituzioni e garantiscono il rispetto dei modelli di condotta sanciti dallo Stato. Il potere politico svolge un lavoro selettivo: i governanti politici identificano le istituzioni che favoriscono l'omogeneità sostanziale della popolazione. Tale selezione è, in una certa misura, determinata dal contesto. Alla base del preminente interesse di Schmitt per l'omogeneità, vi è la ricerca di una soluzione costituzionale che permetta la creazione e il mantenimento di questa omogeneità e dell'ordine concreto da essa sostenuto. Il rischio di potenziali conflitti intrasociali che l'evoluzione sociale porta con sé (ma che può essere compreso appieno solo approfondendo il terzo e il quarto livello della costituzione materiale) per Schmitt deve essere limitato facendo appello alla sostanziale omogeneità del popolo, difesa, se necessario, anche annientando i nemici della costituzione. Pertanto, Schmitt presuppone un collegamento necessario e diretto tra un governante politico (attraverso il suo rappresentante politico) e la società che viene governata. Vale a dire, ci devono essere istituzioni che si assumano la responsabilità di applicare i criteri che il sovrano politico indica come necessari per proteggere e promuovere le istituzioni sociali e la loro identità<sup>52</sup>.

La costituzione materiale, tuttavia, rifiuta questa ricostruzione personalistica e conservatrice delle istituzioni; l'istituzionalismo giuridico stesso potrebbe fornire le risorse sufficienti ad evitare questa trappola riduzionista. L'ordinamento costituzionale, come si è detto, è un processo in divenire e ciò implica, da una prospettiva di costituzione materiale, la capacità di adattarsi (entro certi limiti) alle sfide e ai conflitti interni<sup>53</sup>. *A certe condizioni*, i conflitti possono sostenere la costituzione materiale, rafforzando le istituzioni coinvolte nella loro

---

<sup>52</sup> Ibid., 30-45.

<sup>53</sup> Per ulteriori riflessioni su questo punto chiave, cfr. par. 4, qui di seguito.

gestione o nella loro risoluzione. Le istituzioni, comprese quelle formalmente previste dalla costituzione, raramente risolvono i conflitti in quanto tali, ma possono tuttavia evitare che essi degenerino nell'aperta ostilità o nel totale collasso politico e sociale, fungendo da valvole di pressione per le forze in conflitto. E poiché c'è sempre spazio per nuove interpretazioni della normatività di un'istituzione e per l'emergere di nuove istituzioni, la costituzione materiale è più flessibile e dinamica di quella prevista da Schmitt, anche dopo la svolta istituzionalista.

Ma anche le istituzioni si caratterizzano per una evidente fragilità che ne mette in discussione gli assetti continuamente. Esse subiscono pressioni sia dall'alto, quando per esempio entrano in conflitto con forze di unificazione politica o di espansione economica, sia dal basso, quando i rapporti sociali irrompono minacciandone la stabilità. La fiducia nelle istituzioni potrebbe allora essere erosa, anche fatalmente.

La storia del diritto costituzionale in Europa nella seconda metà del XX secolo è, ad esempio, una storia di straordinaria ricostruzione istituzionale sulla base di nuove forme di responsabilità politica, nella maggior parte dei casi non maggioritarie né «tecnocratiche». Il passaggio dalla preminenza delle corti costituzionali alla più recente ascesa delle banche centrali indipendenti riflette un insieme di convinzioni sul peso della mediazione istituzionale nei rapporti di governo, convinzioni che in parte si sono formate per reazione al crollo delle istituzioni liberali nel periodo tra le due guerre. Questo processo di costruzione istituzionale continua a livello sovranazionale e internazionale, attraverso il progetto di integrazione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Man mano che le istituzioni acquistano una vita propria, soprattutto nel caso dell'UE, consegue una forma di disintegrazione sociale che pone problemi distinti di legittimità costituzionale. Con il proliferare delle istituzioni si aggiungono strati di complessità ed ulteriori elementi di conflitto nel confronto tra istituzioni nazionali e sovranazionali (in modo più evidente nel rapporto tra autorità giudiziarie a livello nazionale ed europeo), che si manifestano anche nello scontro di logiche



contrastanti, ad esempio tra legalità e razionalità del mercato e forze politiche e sociali contrapposte<sup>54</sup>.

Inoltre, come chiarisce l'esame del successivo fattore ordinante della costituzione materiale, l'allusione di Schmitt all'omogeneità, nel migliore dei casi sottovaluta e nel peggiore nasconde la reale eterogeneità delle relazioni sociali ed i conflitti materiali che condizionano lo sviluppo costituzionale. Le istituzioni possono mediare i conflitti tra Stato e società, ma non risolverli, quindi dobbiamo rivolgerci ad un ulteriore fattore ordinante, quello dei rapporti sociali «orizzontali» che riguardano gli individui che danno forma all'unità politica e detengono il potere di istituire la società.

Le istituzioni stesse si basano su un potere istitutivo relativamente autonomo, che emerge dalla società e dall'immaginario sociale<sup>55</sup>. Il potere che istituisce riflette non solo il conflitto sociale, ma anche la cooperazione e la solidarietà. Questi due motori della riproduzione sociale devono essere tenuti in considerazione contemporaneamente.

### c) *Rapporti sociali*

Il materiale più elementare a partire dal quale prende forma una costituzione si trova al di sotto dello strato delle istituzioni. Esso deve la sua consistenza ai canali attraverso cui si inverano le relazioni soggettive e nelle dinamiche del conflitto sociale, ed è condizionato (talvolta temperato, ma anche occasionalmente infiammato) dalla solidarietà e dalla competizione fra soggetti. Il conflitto e l'interazione sociale sono mitigati, coperti, forse addirittura dissolti dalla funzione unificante delle istituzioni e dall'unità politica dello Stato, ma non (forse mai), completamente o definitivamente risolti.

Nella misura in cui le relazioni sociali (e a loro volta le istituzioni e l'unità politica che esse costituiscono) vengono condizionate da specifiche forme di coscienza di classe e di dominio di classe - dove la classe non ha bisogno di essere determinata dalla proprietà dei mezzi di produzione come intesa nel marxismo classico - rimane una questione

---

<sup>54</sup> Cfr. «The OMT saga», *Special Issue di German Law Journal*, vol. 15, n 2 (2015).

<sup>55</sup> Cfr. C. Castoriadis, *The Imaginary Institution of Society*, traduzione di K. Blamey, Boston, 1997.

aperta. La costituzione materiale, rispetto alla giurisprudenza politica (o al costituzionalismo formalistico), ha il vantaggio che il rapporto e la distanza tra governanti e governati e tra i governati stessi non è inteso in senso puramente formale. In una società che si considera democratica, o in qualche modo autogovernata, l'idea di un divario tra governanti e governati è di per sé antitetica al concetto di ordinamento costituzionale, per lo meno alla sua immagine di società democratica. Questo non significa che ci sia identità tra governanti e governati, ma che tale rapporto è concreto e dinamico.

Gli attori costituzionali non devono quindi essere ridotti allo status di oggetti (o istituzioni) già costituiti o astratti. Lo studio della costituzione materiale si concentra invece in egual misura sul processo di «soggettivazione», ponendo l'accento sulla formazione di attori politici collettivi e sul loro contributo al cambiamento costituzionale. Si tratta anche di una questione di identificazione: l'individuo concepisce se stesso, ad esempio, prevalentemente come soggetto appartenente ad una determinata classe, nazione o etnia, come cittadino, imprenditore o consumatore? O in quale combinazione?

I costituzionalisti tornano a valorizzare intuizioni risalenti provenienti da studi sensibili alla sociologia della costituzione per integrare nella loro analisi i processi di soggettivazione politica. La produzione e la riproduzione sostanziale della costituzione materiale è il risultato di una serie di conflitti sociali, politici e geopolitici attraverso i quali si forgiavano le soggettività collettive. I soggetti collettivi forniscono concretamente l'impulso alle dinamiche della formazione politica e dello sviluppo istituzionale. Occorre, quindi, spostare l'attenzione costituzionale dall'individuo (o dall'istituzione) in astratto a questi processi di soggettivazione ed al loro potenziale di inclusione ed esclusione.

Un utile punto di partenza per approfondire questo fattore è il lavoro degli istituzionalisti italiani (come Santi Romano e Costantino Mortati) e di coloro che si inseriscono nella tradizione gramsciana<sup>56</sup>. Per riportare un'intuizione di Machiavelli, se l'affermazione di una nuova

---

<sup>56</sup> S. Romano, *The Legal Order*, cit.; C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, cit.; A. Gramsci, *Prison Notebooks*, New York 1992. Per una panoramica che metta in evidenza gli aspetti di continuità tra questi autori, cfr. R. Esposito, *Living Thought*, Redwood City, 2014.

costituzione materiale è possibile solo attraverso l'azione politica del principe, o di un soggetto equivalente (nella versione di Gramsci, il partito politico)<sup>57</sup>, ciò dipende da processi di soggettivazione selettiva e deve essere sostenuto da una serie di soggetti politici organizzati. La politica qui va intesa *lato sensu* e non deve essere in alcun modo limitata ai partiti politici o a formazioni già istituzionalizzate. Dovrebbe includere gruppi informali e movimenti sociali, comprese le forze antisistemiche e disordinanti.

Come abbiamo notato nella nostra premessa metodologica, mentre lo studio dell'economia politica è cruciale per comprendere la formazione concreta e l'evoluzione della società (che ne è la metaforica «spina dorsale»), la struttura della costituzione materiale non è determinata dall'economia. Sebbene l'affermarsi di una costituzione materiale si leghi ad una concreta organizzazione dell'economia politica, lo studio della costituzione materiale non può essere *ridotto* allo studio della struttura economica sottostante<sup>58</sup>. O, per dirla in modo diverso, l'andamento economico non deve essere presentato come una sovradeterminazione della costituzione materiale, ma piuttosto come un'interrelazione. L'economia politica si colloca entro un ordine esistente e la sua traiettoria muove prima di tutto da una serie (vincolata) di azioni politiche, comprese quelle che tendono alla formazione dell'unità politica. I soggetti politici sono quindi essenziali nella formazione e nella conservazione di un particolare assetto dell'economia politica, così come nel determinare il cambiamento attraverso le pressioni nel senso della riforma delle strutture politico-economiche.

Il costituzionalista tedesco Herman Heller, interlocutore di Kelsen e Schmitt troppo spesso trascurato, ha presentato una terza alternativa tra normativismo e decisionismo, partendo da una concezione dinamica dello sviluppo costituzionale, basata sui rapporti sociali concreti. Pur presentando il diritto e la politica in relazione dialettica nella formazione della comunità politica, Heller sostiene che questo rapporto non si può astrarre dalla dimensione sociale, nel senso che l'unità politica - il primo fattore di qualsiasi ordinamento

---

<sup>57</sup> A. Gramsci, *Selection from the Prison Notebooks*, New York, 1971, p. 253.

<sup>58</sup> Un esempio di questo tipo di riduttivismo è in C. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1913.

costituzionale - non solo dipende dal sostegno istituzionale per la sua sopravvivenza, ma richiede anche un certo grado di uguaglianza sociale, o almeno la prospettiva di questa<sup>59</sup>.

La costituzione, secondo Heller, è principalmente un ordine sociale, formato non solo dalla legislazione, dalle tradizioni e dalla convenienza politica, ma anche da una serie di centri di potere sociale ed economico. Vista storicamente, la costituzione potrebbe poi apparire come un mero *modus vivendi*, frutto di un compromesso politico o di un fortuito equilibrio di interessi sociali ed economici<sup>60</sup>. Per Heller, al contrario di Schmitt, il contenuto della costituzione materiale non è espresso da una decisione solitaria o addirittura da una pluralità di decisioni concrete, ma ha una sua precisa qualità etica<sup>61</sup>.

L'autorità della costituzione non è intesa, secondo Heller, nel senso (kelseniano) della legittimazione derivante da una norma già esistente e valida (che porterebbe solo alla regressione infinita chiusa dalla *Grundnorm*), ma sulla base di principi etici al servizio del bene comune. Rifiutando sia il «potere senza norma» di Schmitt che la «norma impotente» di Kelsen, in quanto non riconosce la costruzione dialettica dello stato costituzionale, Heller sostiene di aver trovato una via di mezzo. La costituzione richiede ad almeno una parte determinante di coloro che sono soggetti ad essa di rispettarla non solo per interesse personale o per automatismo, ma in quanto la ritiene di per sé vincolante. Richiede, in altre parole, che perlomeno una parte di tali soggetti adotti un «punto di vista interno», anche se Heller non lo descrive usando proprio questi termini, né spiega quale parte della popolazione sarebbe decisiva o cosa la rende tale - o anche cosa significa «parte» della popolazione<sup>62</sup>.

Introducendo questa prospettiva di riconoscimento e accettazione sociale, Heller è portato a confrontarsi con la teoria della democrazia. Il fondamento della democrazia, dopo tutto, nota Heller,

---

<sup>59</sup> H. Heller, *Political Democracy and Social Homogeneity* in A. Jacobson, B. Schlink (cur.) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, 2000, p. 265. Si veda inoltre Dyzenhaus, *Hermann Heller and the Legitimacy of Legality* (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 641 – 666.

<sup>60</sup> H. Heller, *ibid*, 275-6.

<sup>61</sup> *Ibid*, p. 277.

<sup>62</sup> Cfr. M. Wilkinson, *Is Law Morally Risky: Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law View* (2010) *Modern Law Review* pp. 441 – 466.

attribuisce la formazione del potere statale al «popolo<sup>63</sup>». Questo è stato manifestamente il caso della costituzione di Weimar. E infatti, sebbene la democrazia non potrà mai consistere nell'«identità» dei governanti e dei governati, la questione dell'*omogeneità sociale* nella democrazia si riallaccia direttamente ai temi collegati con la sostanza etica - il «bene comune» - del sistema politico e della sua stessa vitalità<sup>64</sup>.

La natura concreta, così come la fragilità di questa qualità etica, è tuttavia evidente quando si passa dalla teoria dello stato di Heller al suo calarsi nella sfera politica. Lì Heller chiarisce che questa qualità non deve essere presentata o difesa in termini astratti o esistenziali. Sostenendo che la distinzione «amico-nemico» di Schmitt ignora le dinamiche della formazione della volontà politica, Heller sostiene che l'«omogeneità» è qualcosa che ogni giorno deve essere nuovamente formata, riprendendo la famosa descrizione di Renan del nazionalismo come «un plebiscite de toujours»<sup>65</sup>. La distinzione di base amico/nemico di Schmitt, da cui dipende il concetto del politico, non è abbastanza politica. È troppo «dall'alto verso il basso» nella sua visione dell'ordine costituzionale ed è in diretta contraddizione con la democrazia, «che dovrebbe essere un processo consapevole della formazione dell'unità politica dal basso verso l'alto<sup>66</sup>».

L'unità politica non è un mero riconoscimento esistenziale di «sé» e «altro», «noi» e «loro»; al contrario, queste posizioni e quindi l'unità politica stessa che si forma, si costruisce e si media attraverso il processo costituzionale, incanalando le rivendicazioni concorrenti che hanno ad oggetto il bene comune. La sua essenza, tuttavia, rimane elusiva, resistente a qualsiasi semplice analisi empirica o risoluzione<sup>67</sup>. Sebbene

---

<sup>63</sup> Ibid, p. 273.

<sup>64</sup> Questa insistenza sull'omogeneità è fatta (in modi diversi) da tutti e tre, non solo da Schmitt e Heller, ma anche da Kelsen che sostiene che una certa omogeneità è necessaria per la politica democratica. Kelsen, tuttavia, respinge esplicitamente l'affermazione che la democrazia richiede l'uguaglianza socio-economica. Cfr. H. Kelsen, *On the Essence and Value of Democracy* in A. Jacobson and B. Schlink (cur.), supra.

<sup>65</sup> Ibid, p. 260.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Heller: «Non si può dire definitivamente come si produce e si distrugge questa "coscienza del noi". Tutti i tentativi di trovare l'impulso per questa coscienza in una singola sfera della vita sono falliti e devono fallire. Tutto ciò che possiamo

sia necessario credere nell'omogeneità sociale per facilitare e sostenere un ordine democratico relativamente stabile, ciò non comporta «l'abolizione della struttura sociale necessariamente antagonista<sup>68</sup>».

Heller sottolinea che, nel sistema democratico, le istituzioni e i partiti politici in particolare, sono essenziali per unificare la molteplicità di interessi dei cittadini<sup>69</sup>. Ma l'«omogeneità» è in definitiva una categoria sociale ed economica piuttosto che spirituale, culturale o etnica<sup>70</sup>. Ciò che è decisivo non è la sovrastruttura intellettuale o ideologica, o i canali istituzionali di risoluzione dei conflitti, ma la realtà delle disparità economiche. Egli riconosce, tuttavia, che la borghesia come classe tenterà di resuscitare le ideologie, comprese quelle nazionalistiche e monarchiche, per mantenere la propria posizione di potere nell'ambito dell'eterno «ciclo delle élite». Senza omogeneità sociale, avverte Heller, «l'uguaglianza formale più radicale diventa la disuguaglianza più radicale, e la democrazia formale si trasforma in dittatura della classe dominante<sup>71</sup>».

La costituzione si colloca quindi in un rapporto interno con l'ordine sociale concreto (così come con l'unità politica e le istituzioni), inteso in termini di rapporti sociali informali e soggettività interpersonali che si sviluppano nel tempo. Se queste diventano troppo eterogenee a causa dell'accentuarsi delle disuguaglianze sociali, l'esistenza di un ordinamento costituzionale può diventare ardua o addirittura impossibile. Man mano che i rapporti sociali sottostanti diventano troppo tesi, cominciano a presentarsi segnali di instabilità o addirittura di ribellione.

---

giustamente sapere è che in ogni epoca emerge una corrispondenza tra l'essere sociale e la coscienza - in altre parole una forma sociale», *ibid*, p. 261.

<sup>68</sup> *Ibid*, p. 260.

<sup>69</sup> *Ibid*.

<sup>70</sup> *Ibid*, p. 261.

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 262, un fattore che permette a Heller di distinguere il problema sociale europeo dalla «questione dei neri» in America. Egli osserva che «nulla è più caratteristico della disparità sociale che minaccia la nostra democrazia del tentativo di trasformare la disparità economica in una disparità antropologica», *ibid*, p. 264.

d) *Obiettivi politici fondamentali*

C'è un ultimo fattore che condiziona l'ordinamento costituzionale e che può anche garantirgli una unificazione nonostante il conflitto sociale, offrendosi come strumento in grado di compensare le divisioni politiche e la debolezza istituzionale. Tale fattore è costituito da un *telos* concreto (o da un insieme di *teloi*). Gli individui e le istituzioni proiettano alcuni obiettivi politici basilari o fondamentali, o anche una «finalità», nel futuro, ignorando o trascurandone altri. Anche in questo caso, la costituzione formale si pone in relazione a questi obiettivi, a volte in tensione, a volte in armonia con essi.

La creazione dell'unità politica, la formazione delle istituzioni e lo sviluppo dei rapporti sociali - tutto ruota intorno alla possibilità di imprimere una certa direzione alla costituzione materiale, altrimenti, è probabile che rimangano inerti. Ma la traiettoria di uno di essi sarà talvolta discordante con la traiettoria impressa da altri fattori ordinanti della costituzione materiale. La costituzione si evolverà quindi secondo la complessa dinamica concreta del mutamento politico, istituzionale e sociale. Si evolverà anche in relazione alla traiettoria fissata nella costituzione formale e all'interpretazione datane degli organi e delle istituzioni statali.

L'insieme delle finalità e degli obiettivi costituzionali espliciti e impliciti riflette la composizione delle forze sociali, politiche e internazionali dominanti che la circondano, ma funge anche da catalizzatore. Questa prospettiva offre un'alternativa alle dottrine costituzionali classiche, che, in accordo alla gran parte della filosofia politica moderna, pone l'accento sull'origine della costituzione, come se essa contenesse già in sé l'energia per la formazione e l'ulteriore sviluppo dell'ordinamento costituzionale. Questa origine appare allora come esterna, sia alla società che all'ordinamento costituzionale stesso. Come nel caso di un dispositivo meccanico, l'atto originario metterebbe in moto la costituzione dall'esterno, fungendo da catalizzatore esterno e da referente.

La teoria del contratto sociale, che influenza molto la teoria costituzionale, presenta la creazione della società e delle condizioni dell'ordinamento costituzionale da una prospettiva esterna, cioè da una condizione pre-politica, ipotetica o «naturale». I rapporti sociali che pertengono al momento della cosiddetta origine (sia che si tratti dello

stato di natura che della situazione originaria) vengono poi nascoste, annullate in virtù di un esperimento di pensiero, che funge però da lente distorsiva che depoliticizza le condizioni concrete e i rapporti sociali esistenti. Una volta tradotto in diritto costituzionale, legittima anche l'esclusione dei processi di contestazione politica e sociale<sup>72</sup>. In altre parole, la costituzione materiale è completamente (e deliberatamente) nascosta alla vista.

Il decisionismo, pur essendo radicalmente diverso dal contratto sociale dal punto di vista formale, assume un punto di partenza simile: l'origine dell'ordinamento giuridico, il suo 'big bang', che contiene i semi per il suo ulteriore sviluppo, si trova in una posizione esterna all'ordinamento stesso. Il potere costituente è concepito come *causa incausata*, che crea dal nulla un nuovo ordine e che può riemergere nello stato di eccezione. Soffermarsi sull'origine può quindi portare ad assumere una posizione conservatrice, che difende la costituzione in modo reazionario, contro il cambiamento politico e sociale o contro i disordini attraverso cui si cerca di giungere a tale cambiamento.

Lo studio della costituzione materiale adotta una diversa prospettiva. La formazione della società è di per sé politica; la costituzione non nasce e non può nascere dal nulla o da uno stato di natura. Ciò che rende possibile la formazione sociale in primo luogo, all'interno di uno spazio determinato e attraverso la mediazione di istituzioni già esistenti, è la convergenza di alcune forze politiche e sociali su una serie di obiettivi politici fondamentali e la capacità di affermarli. Lo stato di eccezione si colloca all'interno della costituzione intesa in senso lato come costituzione materiale.

Attraverso l'associazione politica, le diverse forze sociali tenderanno ad impegnarsi per perseguire obiettivi distinti per ragioni diverse e sulla base di interessi diversi. A seguito della convergenza su questi obiettivi, le forze egemoniche sono in grado di imprimere una particolare direzione alla costituzione materiale. Le condizioni che rendono possibile tutto ciò sono colte da Poulantzas e dalla sua concezione relazionale del potere politico. Poulantzas ha notato che la costituzione materiale è costituita dalla «condensazione delle forze

---

<sup>72</sup> Cfr. S. Wolin, *The Liberal/Democratic Divide: on Rawl's Political Liberalism* (1996) 24 *Political Theory*, pp. 97 – 119.



sociali» attorno a una serie di obiettivi politici<sup>73</sup>. Una peculiare versione del problema della sua ricerca dovrebbe guidare lo studio della costituzione materiale: perché le democrazie liberali hanno deciso di darsi *queste* particolari costituzioni politiche e non altre? Queste forze possono essere sia informali che formali, possono essere prevalentemente interne, ma possono anche essere un blocco egemonico parte di una federazione o di una rete geopolitica di poteri.

Allo stesso tempo, la teleologia della costituzione materiale, sviluppando una propria logica (relativamente autonoma), rimodella l'identità delle forze egemoniche nel tempo. La traiettoria della costituzione materiale è così condizionata dall'oggettivazione delle sue finalità. Tale oggettivazione impone poi dei limiti al modo attraverso cui raggiungerle<sup>74</sup>. In altre parole, le forze egemoniche che sostengono la costituzione materiale non sono del tutto libere di cambiare rotta, senza limiti o vincoli. Inoltre, la formulazione ed il perseguimento di finalità politiche fondamentali possono generare conseguenze imprevedibili, contraddizioni o paradossi nell'evoluzione della costituzione materiale. Ciò significa che nell'effettivo perseguimento di obiettivi politici comuni, potrebbero aprirsi spazi imprevisi per nuove soggettività o cambiamenti nelle alleanze, e con effetti potenzialmente dirompenti.

Il livello di intensità del sostegno complessivo, sociale ed istituzionale, è un'indicazione importante della forza della costituzione materiale. Quanto più forte è il sostegno agli obiettivi politici (o alla finalità) di uno stato, tanto più solida sarà la sua costituzione materiale. Senza una tale direzione, la costituzione materiale faticcherà a stare in piedi, soprattutto quando gli obiettivi sono fra loro in conflitto.

È importante notare che non dovrà esserci necessariamente una convergenza su questi obiettivi: ne deriverà una divergenza e talvolta una lotta esistenziale. Infatti, come suggerito sopra, nel contesto di dinamiche capitalistiche basate sulla concorrenza, sul conflitto di classe e sul dominio imperialistico, nonché su dinamiche opposte basate sulla solidarietà, sulla cooperazione e sull'emancipazione, la divergenza è inevitabile. In certi momenti congiunturali, in cui le forze di opposizione si combinano causando una crisi esistenziale o

---

<sup>73</sup> N. Poulantzas, *State, Power, Socialism*, cit., p. 11.

<sup>74</sup> R. Cover, *Nomos and Narrative* (1983) 97 *Harvard Law Review* 4, pp. 44-46.

costituzionale, senza che però prevalga una forza egemonica complessiva, si creerà una situazione di fluidità e probabilmente emergeranno nuove traiettorie e nuove forze egemoniche.

La nozione di teleologia costituzionale è risalente. Come dice Aristotele nella *Politica*, la «costituzione [...] rivela lo scopo della città-stato<sup>75</sup>». Tale assunto può sembrare enigmatico, ma il significato minimo vuole che lo scopo implicito della costituzione è la sopravvivenza dello Stato, della politica o del progetto di unità politica. Sempre più spesso, le stesse costituzioni formali presentano obiettivi più contenutistici o annunciano esplicitamente un *telos* (o un insieme di *teloi*). È il caso di molte costituzioni contemporanee, in particolare di quelle adottate in Europa occidentale all'indomani della Seconda guerra mondiale, che promuovono valori determinati, anche se ancora piuttosto vaghi, come la democrazia, il federalismo, i diritti umani o il benessere sociale.

Un caso emblematico, per la sua origine in condizioni concrete ben documentate, nonché per le difficoltà esistenziali che incontra oggi, è la costituzione dell'Unione Europea (notoriamente definita «carta costituzionale» dalla Corte di Giustizia). Un'animata teleologia ha caratterizzato il progetto di integrazione fin dalla sua nascita, con il preambolo che si pone l'obiettivo di un'«Unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa», portando tale impronta fin dal Trattato di Roma. Il dibattito sulle «finalità» del progetto europeo ha precorso quello, dallo sfortunato esito, sull'introduzione di una costituzione europea<sup>76</sup>. Ma come dice Etienne Balibar, riflettendo sulla nascita dell'UE con il Trattato di Maastricht, ciò che è straordinario è la natura esplicita e dettagliata delle sue finalità costituzionali politico-economiche:

«L'Unione Europea nel suo momento costitutivo (Maastricht) è stata dotata di una quasi-costituzione [...] dove, per la prima volta in questa parte del mondo [...] un principio di politica economica derivante da un discorso ideologico specifico (cioè la deregolamentazione neoliberale e la libera concorrenza, che si ritiene produca una "allocazione ottimale delle risorse" e una spontanea "giusta" redistribuzione) è stata presentata come la regola sovrana che tutti gli Stati membri dovrebbero attuare nelle

<sup>75</sup> Aristotle, *Politics* [I.1.1252a1-7], [IV.1.1289a17-18].

<sup>76</sup> Cfr. J. Fischer, *From confederacy to federation: thoughts on the finality of European integration* in C. Joerges, Y. Meny and J. H. H. Weiler (cur.) *What Kind of Constitution for What Kind of Polity: Responses to Joschka Fischer*, Jean Monnet Program Online Papers, 2001.

loro politiche nazionali sotto la stretta sorveglianza degli organi federali (o quasi-federali) dell'Unione<sup>77</sup>».

Eppure, attraverso la recente crisi dell'euro, questo insieme di obiettivi formali e informali, costituzionalizzati dopo Maastricht, che ruotano intorno alle esigenze ordo-liberali di stabilità dei prezzi, disciplina fiscale e prevenzione del *moral hazard*, entrano in conflitto con il *telos* implicito dell'integrazione e, nello specifico, dell'«irreversibilità» della moneta<sup>78</sup>. Nei momenti di maggiore tensione tra il *telos* dell'«irreversibilità» della moneta e le regole basilari della «stabilità», viene poi proposta la «Grexit» come modalità di stabilizzazione della costituzione materiale dell'Eurozona<sup>79</sup>. Non esiste una regola per uscire (volontariamente o meno) dalla moneta unica, ma non c'è dubbio che l'equilibrio concreto delle forze condiziona le possibilità politiche a disposizione di Atene. Il blocco egemonico degli Stati creditori può quindi spostare l'equilibrio del potere costituzionale-materiale e alterare il processo dinamico di ordinamento costituzionale.

L'attenzione verso particolari finalità politiche mette in luce la natura dell'arte di governare, che, come osserva Mortati, non può essere ridotta alle altre tre classiche funzioni costituzionali<sup>80</sup>. Nella ricostruzione di Mortati, la funzione di governo sussume le altre tre funzioni, invece di essere da esse pienamente spiegata. Infatti, le tre funzioni tradizionali sono orientate conseguentemente alla funzione di governo stessa e questo indirizzo di governo è determinato da finalità politiche fondamentali<sup>81</sup>.

La nozione di funzione in questo caso non deve trarre in inganno. Come suggerito sopra, quando si contrappone il nostro approccio al costituzionalismo sociologico, la dimensione teleologica dell'arte di governare è plasmata dall'azione politica piuttosto che dalla pura

---

<sup>77</sup> E. Balibar, *The Rise and Fall of the European Union: Temporalities and Teleologies* (2014) *Constellations* pp. 202 – 212.

<sup>78</sup> M. Wilkinson, *The Euro is irreversible... Or is it?* (2015) 16 *German Law Journal* pp. 1049 – 1072.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano 1931.

<sup>81</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., Capitolo 3.

funzionalità. Questa non è una distinzione meramente tecnica, ma implica rilevanti conseguenze per la comprensione del processo di ordinamento costituzionale. Potrebbe essere possibile che una certa istituzione in un dato ordinamento costituzionale detenga il potere e la responsabilità di guidare il governo verso il perseguimento di alcuni obiettivi politici fondamentali, ma questo è improbabile. Con la crescente complessità delle strutture costituzionali, è diventato difficile o addirittura impossibile identificare la funzione di governo in un unico scopo o in un'unica istituzione. Infatti, poiché la finalità del governo di una società non si limita alla sua sopravvivenza in quanto tale (ad esempio, lo Stato presenta una certa forma ideale di comunità), ma comprende la realizzazione o la conservazione di specifici obiettivi politici fondamentali, è più preciso cercare la teleologia della costituzione materiale in tutto lo spettro istituzionale e anche oltre nella dimensione delle relazioni sociali. In breve, la teleologia della costituzione è materiale piuttosto che formale e si riferisce a tutti i fattori ordinatori della costituzione.

#### *4. La costituzione materiale come oggetto di studio giuridico*

Le considerazioni svolte qui sopra hanno l'obiettivo di dimostrare il valore epistemologico della costituzione materiale. Il diritto costituzionale formale, nell'analisi costituzionale materiale, non è un mero strumento a disposizione delle forze politiche o della società, ma non è neppure pienamente autonomo. Il diritto costituzionale è radicato nelle dinamiche concrete sottostanti, che lo sostengono o lo contrastano. In questo senso, la costituzione materiale rimanda chiaramente alla tradizione del pensiero dell'ordine concreto, ma deve essere inquadrato in maniera più dinamica e conflittuale. La forza imperativa della legge rimarrebbe vuota se non fosse sostenuta dall'unità politica, da istituzioni relativamente forti, da forze sociali dominanti e animata da un *telos* (o da un insieme di *teloi*) prevalente. La costituzione materiale non è «ciò che accade», come nell'occasionalismo puro, ma delinea le condizioni che rendono possibile l'emergere di uno stato di cose come ordinamento costituzionale. Queste condizioni possono essere identificate e analizzate come oggetti di studio giuridico.

I fattori ordinanti si collocano quindi in una relazione che si sviluppa internamente all'ordinamento costituzionale formale. Il costituzionalista non può ignorare la loro formazione perché tali fattori danno vita all'ordinamento costituzionale e ne condizionano lo sviluppo. Ciascuno di essi orienta le norme costituzionali e questo orientamento è tanto giuridico quanto politico. Ne consegue che, a differenza di quelle versioni del costituzionalismo politico che dipingono il diritto e la politica come incommensurabili, nell'analisi costituzionale materiale il rapporto tra diritto e politica è interno, nel senso che il diritto non può essere considerato come la cinghia di trasmissione delle decisioni politiche che vengono prese prima e al di fuori dell'ordinamento giuridico. Contrariamente ai positivisti-normativisti e ai decisionisti, che postulano che le decisioni politiche più importanti siano prese prima o al di fuori dell'ordinamento giuridico, una volta che la formazione degli obiettivi politici fondamentali è vista attraverso la dimensione materiale della costituzione, tutte le nozioni di un processo politico autonomo o di decisioni politiche occasionali evaporano. Non c'è nulla di occasionale o puramente procedurale nella costituzione materiale.

In secondo luogo, e specificamente in relazione all'ultimo fattore ordinatore, il nesso tra struttura costituzionale e obiettivo politico, tipico dello Stato liberale, è disarticolato perché non esiste una determinazione singolare di un particolare obiettivo (che, nello Stato liberale classico è sempre la tutela della libertà individuale). Piuttosto questo è aperto a molteplici varianti. Non ci sono solo diversi tipi di Stato nel senso di diverse vie verso l'unità politica formale e le strutture istituzionali, ma anche diversi tipi di Stato in termini di diversi obiettivi politici fondamentali perseguiti.

Poiché la costituzione materiale è formata da un insieme notevole di fattori ordinatori, che riflettono i contorni di un più ampio sviluppo della società, non è possibile ipotizzare che qualsiasi caso di non conformità all'ordinamento giuridico stabilito equivalga alla desuetudine o addirittura ad una modifica della costituzione. Per questo motivo, la costituzione materiale non deve essere confusa con l'idea di «diritto vivente» o «costituzione vivente». Quest'ultima è un dispositivo molto più flessibile, in quanto il cambiamento sociale è registrato meccanicamente (o organicamente) dall'ordinamento

giuridico, di solito attraverso l'interazione tra particolari attori e corti<sup>82</sup>. La costituzione materiale riconosce che l'ordine costituzionale e sociale si trovano in una relazione interna (e spesso frazionaria) e ciò rende la trasformazione costituzionale molto più impegnativa del semplice adattamento alle mutevoli circostanze sociali.

Né l'enfasi posta sui fattori ordinanti dovrebbe suggerire che l'ordine sia facilmente raggiungibile all'interno della costituzione materiale. Al contrario, la nostra insistenza sul movimento, sul conflitto e sul dinamismo dovrebbe suggerire che l'unità politica dipende da una varietà di forze, spesso opposte, che si combinano nel processo di unificazione politica, di costruzione delle istituzioni e di movimento per il perseguimento di obiettivi politici fondamentali. Per questo motivo, la costituzione può essere rafforzata istituzionalizzando la competizione e il conflitto. Ma tale conflitto potrebbe minacciare l'esistenza della costituzione stessa.

Per comprendere meglio questo processo, possiamo distinguere due tipi di conflitto e osservare come inquadrarli dal punto di vista della costituzione materiale. A questo proposito utilizziamo la costituzione materiale come ulteriore strumento epistemologico. Un primo tipo di conflitto, se opportunamente istituzionalizzato, può portare al consolidamento dell'ordinamento costituzionale. La costituzione viene rafforzata se è in grado di gestire i conflitti e di mostrare sensibilità verso le istanze sociali, in particolare quelle che non potevano essere previste al momento in cui il progetto costituzionale è stato concepito. La costituzione è in grado di plasmare la società, dando spazio a nuove istanze e a nuovi input sociali, che a loro volta conferiscono alla costituzione materiale una certa elasticità e durabilità. Questo non significa che tutto possa essere accomodato, ma il movimento che anima la costituzione materiale, con i suoi effetti a cascata sulle istituzioni, è reso possibile da questo tipo di gestione dei conflitti. Tali conflitti spesso comportano pressioni provenienti dalle forze sociali e politiche nei confronti delle istituzioni e dei soggetti politico-sociali,

---

<sup>82</sup> Questa è una discussione familiare ai costituzionalisti statunitensi, dove la problematica dell'aggiornamento del significato del testo costituzionale al cambiamento sociale è più urgente. Cfr. *ex multis*, J. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge (MA), 2011; D. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford, 2010. In Canada è nota come 'living tree doctrine': W. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge, 2007.

mettendone alla prova la capacità di accogliere le nuove rivendicazioni. Questo tipo di conflitto non deve necessariamente mettere in discussione gli obiettivi politici fondamentali dell'ordine costituzionale, né dare origine a nuovi soggetti costituzionali, piuttosto riorienta le dinamiche costituzionali.

Un secondo tipo di conflitto minaccia la costituzione materiale, mettendo alla prova la resistenza del nucleo normativo, sorretto dalle forze sociali e politiche dominanti. Tale conflitto si manifesta nel momento in cui l'indirizzo dominante non è più in grado di esercitare effetti in grado di dispiegarsi attraverso l'intera comunità politica. Una situazione del genere si può verificare nel caso in cui le forze dominanti non riescano a coagularsi intorno agli stessi obiettivi politici o quando emergono delle contraddizioni tra i suddetti obiettivi fondamentali e non si riesce a trovare un compromesso. Se ciò accade, i conflitti cessano di essere fattori di sviluppo e si fa più pressante la necessità di un cambiamento di vasta portata nella costituzione materiale (e formale). In questa fase, l'emersione dello stato di eccezione segnala che la costituzione materiale e l'assetto di forze politiche e sociali che la sostengono potrebbero dissolversi ed è necessario un intervento straordinario. In altre parole, l'eccezione non è un evento inatteso che mette in pericolo dall'esterno la normalità dell'ordinamento giuridico; al contrario, essa nasce dall'interno, nel momento in cui la costituzione materiale è minacciata<sup>83</sup>.

Se lo stato di eccezione è ritenuto legittimo nella misura in cui mira a preservare la costituzione materiale<sup>84</sup>, non ha molto senso considerarlo un oggetto extragiuridico al di fuori del campo di studio dei costituzionalisti. La stessa logica si manifesta in altri casi in cui è in pericolo il fondamento della costituzione materiale. Nell'Unione Europea, ad esempio, una situazione del genere si è verificata nell'ambito del confronto tra le massime istanze giurisdizionali nazionali riguardo alla questione della penetrazione del diritto comunitario nei sistemi costituzionali nazionali. Di fronte al rischio che alcune misure previste dal diritto UE potessero mettere in luce degli

---

<sup>83</sup> M. Croce, A. Salvatore, *After Exception: Carl Schmitt's Legal Institutionalism and the Repudiation of Exceptionalism*, in 29 *Ratio Juris* (2016), p. 410.

<sup>84</sup> M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, cit., p. 280.

aspetti del tessuto sociale nazionale e quindi degli aspetti fondamentali dell'identità costituzionale, i giudici hanno ritenuto di dover fissare una soglia a tutela dei principi costituzionali fondamentali<sup>85</sup>. Lo sviluppo della dottrina dei «controlimiti» messa a punto da alcune corti costituzionali può essere interpretato come un modo per difendere gli elementi fondamentali della costituzione materiale di uno Stato membro, causando delle ripercussioni sull'unità politica (identità nazionale), sull'autorità delle istituzioni e persino sui rapporti sociali<sup>86</sup>. Il riferimento alla costituzione materiale (piuttosto che a quella formale) aiuta a individuare i limiti della revisione o dell'evoluzione costituzionale. L'appello alla difesa della costituzione può provenire non solo dalle corti costituzionali, ma anche da altri attori formali e informali, dal parlamento e persino dal popolo stesso, attraverso i movimenti, i partiti politici e i referendum.

Mortati presenta un'utile riflessione sulla rilevanza di questi concetti liminali. A suo avviso, la costituzione materiale rappresenta un punto di partenza privilegiato per uno studio di tali concetti. Secondo l'autore la costituzione materiale deve essere al centro dell'analisi costituzionale in quanto la ricerca giuridica circa i fondamenti materiali dell'ordinamento giuridico non è solo sociologica, ma autenticamente giuridica e riguarda quegli elementi della sfera sociale che spetta al legislatore far emergere e che l'ordinamento giuridico deve tutelare affinché una comunità sia quella certa comunità. Secondo Mortati, il campo epistemologico della costituzione materiale ha dei confini ben precisi:

«il giurista non si occupa di sociologia, perché non si interessa dei fattori che hanno determinato l'ascesa delle forze e delle ideologie su cui si basa lo Stato; né esprime alcuna opinione al riguardo. Fissando le caratteristiche necessarie affinché le condotte e i rapporti sociali acquisiscano un significato giuridico, delinea i fatti che emergono da questi stessi rapporti che si svolgono all'interno di un determinato ordinamento, fatti che devono essere considerati parte della sua vera costituzione<sup>87</sup>».

---

<sup>85</sup> Si veda in particolare la decisione di Lisbona della Corte costituzionale tedesca, BVerfG, 2 BE 2/08, 30 giugno 2009.

<sup>86</sup> Questa dottrina è stata sviluppata dalle corti costituzionali tedesca e italiana: cfr. V. Barsotti, P. Carozza, M. Cartabia, A. Simoncini, *Italian Constitutional Justice in the Global Context*, Oxford, 2016, pp. 214-217.

<sup>87</sup> C. Mortati, *Una e indivisibile*, Milano, 2007, § 18.



Il riconoscimento dello spettro materiale degli studi costituzionali ha conseguenze evidenti. Lo studio dello stato di eccezione o della dottrina dei controlimiti (così come di altre figure liminali del diritto costituzionale come il potere costituente) attraverso il prisma della costituzione materiale arricchisce gli studi di diritto costituzionale rivelando le basi concrete del rapporto tra diritto, politica e società. Il concetto di costituzione materiale riesce a comprendere il rapporto interno tra ordine costituzionale e società senza eludere la sua natura conflittuale: è attraverso questa dinamica che si attua l'evoluzione costituzionale. Se la teoria costituzionale vuole evitare il rischio di diventare irrilevante, concentrata com'è solo sulle sue astrazioni, dovrà confrontarsi con la costituzione materiale. Tanto più che ci troviamo in una fase in cui il costituzionalismo formalistico comincia ad apparire estraneo alla realtà costituzionale e sull'ordinamento costituzionale pende nuovamente la minaccia di un cambiamento radicale.

\*\*\*

**ABSTRACT:** What is the material context of constitutional order? The purpose of this paper is to offer an answer to that question by sketching a theory of the material constitution. Distinguishing it from related approaches (sociological constitutionalism, Marxist constitutionalism, political jurisprudence) the paper outlines the basic elements of the material constitution, specifying its four ordering factors. These are political unity; a set of institutions; a network of social relations, and a set of fundamental political objectives. These factors provide the material substance and internal dynamic of the process of constitutional ordering. They are not external to the constitution but are a feature of juristic knowledge, standing in internal relation and tension with the formal constitution. Because these ordering factors are multiple, and in conflict with one another, there is no single determining factor of constitutional development. Neither is order as such guaranteed. The conflict that characterizes the modern human condition might but need not be internalised by the process of constitutional ordering. The theory of the material constitution offers

Marco Goldoni, Michael A. Wilkinson

*La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*

an account of the basic elements of this process as well as its internal dynamic.

**KEYWORDS:** material constitution – sociological constitutionalism – Marxist constitutionalism – political jurisprudence – constitutional ordering.

**Marco Goldoni** – Senior Lecturer, Glasgow University Law School (Marco.Goldoni@glasgow.ac.uk).

**Michael A. Wilkinson** - Associate Professor of Law, London School of Economics and Political Science (M.Wilkinson@lse.ac.uk).