

9. *Il diritto frammentato*, a cura di ALBERTO FEBBRAJO, FRANCESCO GAMBINO (2013), 8°, pag. X-426.
10. *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, a cura di ALBERTO FEBBRAJO (2013), 8°, pag. VIII-486.

#### TESTI E TRADUZIONI

1. NIKLAS LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, (1995), 8°, pag. XXII-268.
2. GUNTHER TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, (1996), 8°, pag. XXXVI-228.
3. EUGEN EHRLICH - HANS KELSEN - MAX WEBER, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di Alberto Febbrajo (2010), 8°, pag. XXXII-166.

# LE RADICI DEL PENSIERO SOCIOLOGICO-GIURIDICO

a cura di

ALBERTO FEBBRAJO



GIUFFRÈ EDITORE

*Il volume è stato realizzato, con il contributo della sezione "Sociologia del diritto" dell'Associazione italiana di sociologia, nell'ambito del programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale, anno 2009, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (sedi consorziate: Macerata, Modena-Reggio Emilia, Trento)*

INDICE SOMMARIO

Prefazione ..... VII

SIMONA ANDRINI, *Tullio Ascarelli tra norma positiva e valutazione sociale* ..... 1

FRANCESCO RICCIBONO, *Diritto e "vita sociale" in Emilio Betti* ..... 19

LUCIANO PATRINO, *Il sapere giuridico e lo spirito del diritto nel pensiero di Gioele Solari* ..... 33

SERENELLA ARMELLINI, *Gioele Solari e la società come "creatrice di valori"* ..... 59

ALBERTO FEBBRAIO, *La visione sociologico-giuridica di Bruno Leoni* ..... 75

DANIELE M. CANANZI, *Emilio Parese e l'attuazione spontanea del diritto* ..... 109

VALERIA MARCENÒ, *Costituzione formale e materiale, costituzione strutturale e funzionale nel pensiero di Gaetano Arangio Ruiz* ..... 131

MAURO FOTTA, *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica* ..... 151

VITTORIO OLGIATI, *L'istituzionalismo italiano e la sociologia del diritto in Santi Romano* ..... 185

*Romano* ..... 185

GIORGIO REBUFFA, *Costantino Mortati e la riflessione sul partito politico* ..... 243

GIUSEPPE GANGEMI, *Silvio Trentin, la società e la democrazia* ..... 253

ANDREA BIXIO, *L'"immmanenza sociale del diritto" in M.S. Giannini* ..... 279

ACHILLE DE NITTO, *Ricardo Orestano e il 'giuridico'* ..... 323

MONICA RAITERI, *Una sociologia inespresa nel pensiero di Calamandrei?* ..... 349

ANTONIO DELOGU, *Individuo comunità e Stato nel pensiero di Antonio Pigliaru* ..... 371

TITO MARCI, *La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L'antropologia del diritto di Antonio Pigliaru* ..... 411

FRANCO CESETTI, *Studi italiani sul folklore giuridico* ..... 467

*Autori* ..... 485

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013  
 Via BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

Il presente volume, oltre a contributi originali, contiene, per gentile concessione dell'editore, anche articoli, in versione integrale o abbreviata, già pubblicati coi seguenti titoli dalle riviste *Democrazia e diritto*, 1-2/2011 (Mauro Fotta, *L'istituzionalismo in Santi Romano tra diritto e politica*; Valeria Marcenò, *Costituzione formale e materiale, costituzione strutturale e funzionale nel pensiero di Gaetano Arangio Ruiz*; Luciano Patrino, *Il sapere giuridico non è un "colpo di pistola"*; lo spirito del diritto nel pensiero di Gioele Solari); e *Sociologia del diritto*, 1/1983 (Franco Cesetti, *Studi italiani sul folklore giuridico*). È doveroso qui ricordare che l'autore di quest'ultimo articolo, scomparso prematuramente, è stato, negli anni '70, tra i primi sociologi del diritto a sostenere in Italia la necessità di aprire la nuova disciplina agli studi antropologico-giuridici.



lo ha illuminato: "La vita deve essere costruita, deve essere vinta: non è un dono che si sfrutta, un dono che non si deve fare altro che consumare, ma è un terribile compito che deve essere svolto, un terribile dovere che deve essere adempiuto come si adempie il dovere: è la vita, cosa dolce e santa, ma dolce e santa appunto perché è dovere, appunto perché è battaglia che deve essere vinta ogni giorno, e lotta che deve essere guadagnata ogni giorno" (72).

L'attuazione spontanea del diritto, presa fino in fondo, chiede di pensare che "l'imposizione di valore (...) è *epifania del diritto* nel senso metafisico in quanto il valore si autopone come giuridico, nella guisa o nel piano del giuridico" (73) di cui svela ordine e architettura.

VALERIA MARCENÒ

### COSTITUZIONE FORMALE E MATERIALE, COSTITUZIONE STRUTTURALE E FUNZIONALE NEL PENSIERO DI GAETANO ARANGIO RUIZ

SOMMARIO: 1. Del metodo: la rilevanza delle 'situazioni condizionanti'. — 2. Dei concetti di diritto e di costituzione: la separazione del diritto dalla legge e la costituzione 'organica'. — 3. Dell' 'impotenza' dell'onnipotenza parlamentare: il limite 'mobile' al potere costitutivo. — 4. Della 'giustiziabilità' delle leggi: condizioni di validità e di esistenza della legge.

#### 1. *Del metodo: la rilevanza delle 'situazioni condizionanti'.*

Se lo studioso di storia costituzionale avvertisse l'esigenza di riacchiudere lo spirito che informa le opere di Gaetano Arangio Ruiz (1) in una sola parola, essa ben potrebbe essere rappresentata dal termine 'reciprocanza'. L'Autore, infatti, parla di 'reciprocanza' tra forma di governo e condizioni sociali, 'reciprocanza' tra condizioni sociali e necessità dello Stato, 'reciprocanza' tra individuo e

(1) Le note biografiche di Gaetano Arangio Ruiz (1857-1936) possono essere riassunte nelle poche date che riassumono la sua carriera universitaria. Titolare docente a Napoli nel 1887, ebbe la supplenza di Giorgio Arcoleo nel periodo in cui questo insigne costituzionalista fu al governo (1895-1897); nel 1898 in seguito a concorso venne nominato professore straordinario all'Università di Modena. Vinse ancora nel 1901 il concorso per ordinario all'Università di Macerata di cui nel 1903 fu eletto rettore, rimanendovi per successive rielezioni fino al 1910. Ritornò allora come ordinario a Modena d'onde passò nel 1925 all'Università di Torino. Nel 1932, collocato a riposo per limiti di età, fu nominato emerito (E. Crosa, *Gaetano Arangio Ruiz* (1875-1936), Modena, 1937).

Per ulteriori approfondimenti, sia biografici che bibliografici, rispetto a quelli discussi in questo lavoro, si rinvia a L. Borsi, *Nazione e Democrazia Stato. Zanichelli e Arangio Ruiz*, Milano, 2009, pp. 215 e ss.

(72) G. CAPOGRASSI, *Pensieri a Giulia*, Bompiani, Milano, 2007, p. 1884.

(73) E. PARESC, *Genesi ideale del diritto*, cit., p. 5, corsivo mio.



Stato (2), alludendo così a quello 'stile di lavoro' — se parlare di metodo risulta impegnativo — che, nello studio del diritto, guarda per un verso alle istituzioni, e per l'altro alla realtà.

Scriva Arancio Ruiz nella prefazione a quella *Storia costituzionale* (3) che ne ha decretato la notorietà: 'La storia costituzionale [...] è civile e politica in senso lato. Essa è d'uopo che tratti: della formazione dello stato; dei fatti politici anche indirettamente legati con il regime parlamentare; delle leggi principali d'ordine costituzionale in senso largo, abbracciante altresì ciò che riguarda il processo civile; delle questioni costituzionali; dello aggrupparsi e dello sgretolarsi dei partiti politici; delle crisi ministeriali e parlamentari; rimontando, *semprè che si trovi il legame, alle condizioni della società*' (4).

Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1904/1905 pronunciato nell'Aula Magna della R. Università di Macerata il 4 dicembre 1904, si leggono le seguenti parole: 'Che cosa è l'arte? [...] se l'arte subbiertivamente consiste in un momento dello spirito, obbiettivamente

vamente essa è la manifestazione concreta, viva e vitale, nella forma esteticamente pura, di una realtà o di un fenomeno, di un concetto o di un'idea, di un sentimento o di un istinto' (5). 'L'arte si lega alla storia di un popolo sempre: talvolta il legame è meno intimo, tal'altra nella storia si immedesima a drittura, anzi, ne dipinge, ne scolpisce, ne canta, ne modula, ne rappresenta in varia guisa, tendenze e aspirazioni, gioie e dolori, pagine e periodi vissuti. In questi casi, l'arte si lega alla politica, ma non è già che serva alla politica. L'arte è regina: domina, non serve' (6). 'Il rapporto fra l'arte e la politica è fra l'arte e i pensieri e sentimenti politici che in una società si determinano o si agitano' (7). 'La società agisce sull'artista e lo determina a uno o ad altro subbierto senza che l'artista sia consapevole di tale influenza esercitata sullo spirito suo' (8). Se alla parola 'arte' venisse sostituita la parola 'lotta per la costituzione' (9), le proposizioni riportate mancherebbero comunque un significato, e illustrerebbero proprio quel senso che anima il modo dello studioso siciliano di concepire la storia e la costituzione.

Si intravedono, nelle affermazioni riportate, anche se non esplicitate secondo il nostro odierno linguaggio, le coppie fondamentali del costituzionalismo: costituzione formale e costituzione materiale; diritto e politica; diritto e legge. Con la precisazione, però, che i termini delle coppie non devono necessariamente essere visti come *contraddittori* (nel senso che si escludono), ma che possono essere visti come *contari* (nel senso che non coincidono, ma possono coesistere): la presenza dell'uno non nega quella dell'altro (10).

(2) G. ARANCIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*.

*Tesi per pareggiamento in diritto costituzionale*, Napoli, 1887, pp. 87 e 130.

(3) G. ARANCIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, Firenze, 1898, riedito Napoli, 1985, con presentazione di Leopoldo Elia e introduzione di Lorenza Carlassare.

La riedizione sembra voler esaudire un desiderio dell'autore. Con queste parole, infatti, Lorenza Carlassare conclude la sua 'Introduzione' (p. XVIII): «Verso la fine della prefazione si legge: 'l'autore spera che, anche fra cinquant'anni da oggi, quell'uno che rinvенisse nel fondo di una biblioteca questo libro, di cui sarà dispersa la memoria, e lo leggesse, vi troverebbe una storia fedele, quasi fosse scritta allora'. Di anni, ormai, ne sono passati cento: e il libro giace, davvero, solo nel fondo di poche biblioteche. Ci è parso utile metterlo a disposizione di tutti', a mo' di 'offerta che corrisponde a una domanda scientifica e civile a un tempo' (L. ELIA, *Prefazione*, p. V).

(4) Corsivo non dell'autore. Si noti che, sempre nella prefazione alla *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, Arancio Ruiz esplicita il suo intento di non occuparsi né di storia parlamentare, né di storia della costituzione, ma di storia costituzionale: non la prima, perché 'si restringerebbe alle vicissitudini interne del parlamento, dilungandosi in quelle notizie, che poco o punto di attinenza avrebbero con lo sviluppo dello stato e del governo, nessuna con il movimento sociale'; non la seconda, perché 'diventerebbe lavoro di scienza politica, diretto a trarre dai fatti storici l'ammaestramento dei giudizi, per le proposte di riforma da apporre alle leggi e alle istituzioni, a fin di eliminare i mali, di far più riflettere i pregi' (G. ARANCIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, *Prefazione*, cit., pp. VIII).

(5) G. ARANCIO RUIZ, *Arte e politica*, Macerata, 1905, p. 8.

(6) Ivi, p. 14.

(7) Ivi, p. 15.

(8) Ivi, p. 22.

(9) Nel senso usato da M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 1996, pp. 293-316.

(10) L'uso attento degli aggettivi 'contario' e 'contraddittorio' si deve a M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autoadstruttive dei sistemi sociali*, [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), fasc. 3, 2009, utilizzati con riferimento ai concetti di costituzione.



Potremmo dire di essere dinanzi al tema, e alle connesse implicazioni, delle 'situazioni condizionanti', delle 'situazioni che condizionano la dinamica delle istituzioni' (11), del condizionamento che le forze sociali operano sulla declinazione storica degli istituti di diritto pubblico.

## 2. *Dei concetti di diritto e di costituzione: la separazione del diritto dalla legge e la costituzione 'organica'.*

Che la legge — e lo Statuto — non esaurisse il concetto di diritto era certamente il presupposto da cui muoveva Arangio Ruiz. 'È la Società che prepara il Diritto; onde il lavoro d'indagine perché il Diritto dallo stato sociale passi a legge scritta, cioè diventi atto politico, ci pare indagine sociologica. [...] Insomma, la Società prepara il cambiamento, il sociologo lo determina, l'uomo politico lo scrive in legge' (12). Da qui la ricostruzione del diritto costituzionale come una 'scienza eminentemente pratica', dovendo 'la teoria, prima di concretarsi in disposizione legislativa [...] mettersi in rapporto ai risultati pratici che presumibilmente dalla legge deriveranno' (13). Detto diversamente: il mondo del diritto non è il mondo della volontà arbitraria; il mondo del diritto è il mondo della volontà conforme a una particolare forma di ragione, cioè — direbbe Arangio Ruiz — con forme (in ciò la sua razionalità) 'alle condizioni della società che dee governare' (14).

La stessa distinzione concettuale, mutuata da Luzzatti (15), tra costituzioni 'meccaniche' e costituzioni 'organiche' mette in evidenza la sua visione non-riduzionista del diritto (16).

IX. (11) L. ELIA, *Premessa*, in *Studi di diritto costituzionale*, Milano, 2005, p.

(12) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, Milano, 1892, p. 5.

(13) Ivi, 4.

(14) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., p. 100.

(15) L. LUZZATTI, *L'embriologia e l'evoluzione delle Costituzioni politiche. A proposito di alcuni studi recenti nella Costituzione inglese*, in *Nuova Antologia*, 1880, pp. 480 e ss.

(16) La classificazione delle costituzioni in 'organica' e 'meccanica' com-

Si tratta di una distinzione che, come lo stesso Autore sottolinea, non serve tanto a definire il termine 'costituzione', quanto a sottolinearne il momento genetico.

Se la Costituzione 'ha potuto nascere tutta d'un pezzo con una Carta o uno statuto, scritto dalla magnanimità o dalla paura d'un principe o dal popolo sulle barricate [...] si dirà *meccanica*'; se 'ha potuto nascere per svolgimento naturale, spontaneo, progressivo [...] si dirà *organica*' (17). Meccanicità e organicità sembrerebbero qui essere utilizzati come elementi essenziali, rispettivamente, dei concetti di testo costituzionale scritto e testo costituzionale non scritto. Con una precisazione, però: che la scrittura non si configura, nel pensiero ruiziano, come un fatto meramente accidentale, estrinseco, rispetto allo spessore storico delle costituzioni 'organiche', ma come un fenomeno anch'esso profondamente condizionato dalle situazioni storicosociali (18).

Una lettura più attenta, tuttavia, permette di andare oltre questa sovrapposizione, e spostarsi dal momento genetico al momento definitorio del termine, introducendo una distinzione concettuale più articolata e profonda, quella tra costituzione formale e costituzione materiale (sul presupposto, ovviamente, che costituzione formale non si-

pare, tra gli scritti di Arangio Ruiz, per la prima volta, in G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 22 e ss., per essere poi ripresa, più diffusamente, in G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., pp. 9 e ss. (poi ripubblicato, in identico testo, come voce 'Costituente', in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, parte IV, 1906, pp. 419 e ss.).

(17) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 9.

(18) Il tema della 'reciprocanza' sembra, almeno per chi scrive, alla base del non accoglimento, da parte di Arangio Ruiz, della classificazione proposta da Lieber (F. LIEBER, *La libertà civile e l'autogoverno*, in *Biblioteca di scienze politiche*, 1890, pp. 109 e ss.), secondo cui le costituzioni possono essere distinte in 'decretate' e 'cumulative'. Tale classificazione, ritenuta dall'Arangio meno soddisfacente nella sua descrittività, non si sovrappone appieno alla precedente: 'queste ultime [quelle decretate] [...] sono Costituzioni scritte, in altri termini meccaniche, ma nello scritto egli [i.e. Lieber] non vede che un fatto accidentale, facendo consistere la distinzione nell'accumularsi graduale dei principii, delle risoluzioni, delle consuetudini le une; nel deliberarsi la legge fondamentale con un testo unico, tutto in una volta scritto, per le altre' (G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 10).



gnifica costituzione scritta, e costituzione materiale non significa costituzione non scritta).

Il carattere meccanico (o decretato, o scritto) della costituzione, per quanto testimone dell'inizio imprescindibile di un nuovo ordine di cose, non è, nella ricostruzione di Arangio Ruiz, qualificazione né necessaria né sufficiente a esaurire il concetto di Costituzione: non necessaria, essendo la scrittura eventuale (19); non sufficiente, dovendosi ricondurre al concetto di costituzione '[1] l'insieme delle leggi e delle regole — siano scritte, siano consuetudinarie — che via via sono andate accumulandosi alla Carta iniziale, dove ampliandola, dove modificandola, dove interpretandola' (20). Se si concorda con il ritenere che sia da definire costituzione formale 'il complesso degli enunciati che compongono il testo della costituzione scritta (o esprimono le norme consuetudinarie accettate come costituzionali) la cui applicazione è rimessa agli organi titolari della funzione normativa e alla libera comunità degli interpreti' (21), è evidente che non vi è identità tra concetto meccanico e concetto formale di costituzione. Ma che, al contrario, il concetto ruiziano di costituzione meccanica — come 'legge fondamentale dei Paesi che si sono ordinati a libertà' (22), come lo statuto, la Carta, 'che getti artificialmente, per opera di uomini non di Società, in un dato momento storico, non nel volgere dei secoli, le basi dell'ordinamento della sovranità e della libertà' (23) — si configura come una specie del genere 'costituzione formale'.

Perché si possa parlare di costituzione in senso formale si deve far riferimento all'altra categoria utilizzata da Arangio Ruiz, quella di costituzione organica. Sarebbe infatti riduttivo attribuire a quest'ultima la sola veste di concetto in opposizione, nel momento genetico

(19) 'Certe volte la Costituzione deve, per necessità di condizioni storiche, nascere d'un colpo-meccanicamente' (G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 10).

(20) *Ibidem*.

(21) M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.

(22) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 9.

(23) *Ivi*, p. 10.

della costituzione, a quello meccanico. Con 'costituzione organica', infatti, Arangio Ruiz indica 'l'insieme delle leggi e delle consuetudini che nei vari secoli si sono stabilite' (24) in un determinato Paese; 'l'organismo di leggi e di regole fondamentali ed essenziali, che allo Stato e al suo Governo danno la forma che lo caratterizza e il limite per evitarne ogni intervento non indispensabile' (25). Diremmo noi oggi: l'insieme delle norme (scritte o non scritte) riconosciute essenziali per l'esistenza dell'ordinamento.

Il riferimento, nella seconda parte della definizione ruiziana sopra riportata, al limite per evitarne ogni intervento non indispensabile, apre poi il discorso sul concetto di costituzione in senso materiale. È attraverso il concetto di 'limite' che si può enucleare — direbbe Arangio Ruiz — 'la definizione specifica della Costituzione dello Stato libero odierno', — diremmo noi — quel 'complesso dei principi che conformano effettivamente la società in quanto sono politicamente custoditi' (26) dalle forze della costituzione materiale.

### 3. *Dell'impotenza dell'onnipotenza parlamentare: il limite 'mobile' al potere costitutivo.*

Se si ammette la modellizzazione dei diversi concetti di costituzione in termini di contrarietà, e non di contraddittorietà, si potrebbe ritenere la coesistenza, nel pensiero ruiziano, dei concetti di costituzione formale e di costituzione materiale. La definizione di costituzione organica, infatti, riunirebbe in sé entrambi i due concetti, laddove intesa come insieme di enunciati normativi, la cui validità deriva dall'essere tradotti in un atto (non necessariamente scritto) avente forma di costituzione [costituzione in senso formale], e la cui effettività discende dal rappresentare il nucleo su cui si è formato il consenso costituente [costituzione in senso materiale].

(24) *Ivi*, p. 9.

(25) *Ibidem*.

(26) M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.



È questo passaggio che permette di chiarire il nesso che lega i due discorsi ruiziani, quello sui concetti di costituzione meccanica/organica e quello sui concetti di potere costituente e dei suoi limiti.

Il potere costituente è un 'potere bifronte: da un lato è straordinario, poiché nella vita d'uno Stato può incontrarsi una sola volta; dall'altro è ordinario, poiché avviene sempre, nello svolgersi assiduo d'una Costituzione, nell'opera lenta ma continua della società organizzata, che debbano correggersi, ampliarsi, ispirandosi ai tempi mutati, le originarie istituzioni' (27).

È chiaro che quelle che Arangio Ruiz chiama 'le due manifestazioni del potere costituente' altro non sono che il potere costituente in senso stretto, e il potere costituito di revisione. Lo stesso autore, nel descrivere la seconda manifestazione come competenza di modificare, riformare, correggere la Costituzione, precisa che preferirebbe parlare di 'potestà costitutiva': 'questa seconda figura del potere costituente non è che un potere di far certe date leggi, onde può dirsi un potere che vive a spese del legislativo, e grammaticalmente non potrebbe chiamarsi con un participio presente, gli occorrerebbe piuttosto il participio passato, perché nulla crea, è stato bensì creato per fare alcune determinate leggi particolari' (28).

Due i nodi del pensiero ruiziano: 1. l'imprescindibilità dalle condizioni sociali, anche laddove il potere costituente si sia manifestato *uno actu* (29); 2. la 'naturale' — e necessaria — mutabilità delle norme costituzionali.

La 'reciprocenza' tra l'esercizio del potere costituente e le condizioni sociali si manifesta nell'affermazione per cui il limite che il primo incontra non è di natura giuridica — come è, invece, quella del limite al potere costitutivo —, ma sociologica (30): esso 'non de-

(27) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., p. 2.

(28) *Ivi*, pp. 19-20.

(29) 'La Costituzione non è un meccanismo, e perché abbia vitalità propria è necessario divenga un organismo vivente' (G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 366).

(30) Interessante è la distinzione tra legittimità del potere costituente e legittimità del potere costitutivo: 'potere è parola che suppone [...] uno stato di diritto, e se potrà dirsi legittimo siffatto esercizio della volontà popolare, non potrà certo

riva cioè dalla legge, ma è regolato dalla Società, talvolta, ma non sempre, determinato dalla Politica, e consistere appunto nel saper cogliere il nesso tra le condizioni sociali e la forma di governo che conviene attuare. In questo momento [quello dell'esercizio del potere costituente] si tende al Diritto, ma non esiste uno stato di diritto, ovvero lo stato di diritto esistente si tramuta: per riuscire, deve trionfare il sentimento sociale; comunque, è un prodotto del lavoro sociale il mutamento, e gli uomini operano guidati da idee esclusivamente politiche' (31). In ciò sta quella che Arangio Ruiz chiamava l' 'omnipotenza intrinseca del potere costituente' (32).

Ed è ancora sul tema della 'reciprocenza' che si fonda quello della 'naturale' tangibilità della Costituzione. Essa 'non può ubbidire a principi astratti, a teoriche prestabilite, a formule matematiche, ma uopo è

dirsi legale. Sarebbe l'istesso che consacrare il diritto di rivoluzione, la quale è [...] un fatto patologico, una convulsione sociale, una necessità storica di certe epoche, ma che nessuno Stato — per democratico che possa immaginarsi — può riconoscere giuridicamente. Né il popolo o la sua rappresentanza rivoluzionaria si può dire che faccia una legge — farà una Carta, uno Statuto che dir si voglia, non mai una legge, appunto perché non promana da potere legalmente costituito. La legalità viene a questa Carta dopo il fatto compiuto, quando lo Stato avrà dall'universale consentimento ricevuta la ragione giuridica della sua esistenza. [...] non può il diritto riconoscere tutto questo fermento, non può ammettersi un potere fonte di disordine mentre la sua essenza è di stabilir l'ordine, non può fingersi un potere fuori del diritto e della Costituzione mentre è nell'essenza del potere di svolgersi nell'orbita della Costituzione' (G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 17-18).

(31) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 299.

Si vedano anche le affermazioni tratte da altri scritti coevi: 'Nulla avviene o dura nella Società che non sia da questa voluto: nessuna delle istituzioni politiche, segnatamente quelle fra esse che si attengono al Governo, possono essere ordinate a benplacito di solitari studiosi: appena siano messe in moto, le correnti di idee che vengono dall'anima popolare, le investono, le modificano, le informano al genio della razza, ai bisogni, alle condizioni, al grado di civiltà' (G. ARANGIO RUIZ, *Governo parlamentare o governo costituzionale?, Prolusione al corso di diritto costituzionale, letta nell'Università di Modena il 23 gennaio 1899*, in *Il Filangieri*, n. 3, 1899, p. 6). 'La forma di governo non è fatto che si può considerare dal sociologo come avvisò dalle Società a cui si adatta, poiché non essa plasma i popoli, ma le Società producono le istituzioni che a esse si confanno' (G. ARANGIO RUIZ, *Una distinzione delle forme di governo, 1900*, estratto dal volume per le onoranze al Prof. Francesco Peperè, 5).

(32) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., p. 130.



che *senza* la natura delle condizioni sociali, per le quali legifera, e mettendole in reciprocanza colle necessità dello Stato, faccia scaturire dalle regole che detta l'accordo tra l'individuo e lo Stato, mantenendo in equilibrio la società' (33).

Ciò che interessa ai fini della modellizzazione dei concetti di costituzione, è che la mutabilità della Costituzione — così come, nello specifico, dello Statuto Albertino (34) — non significava però la sua illimitata mutabilità. Riteneva lo studioso che il compito di esercitare la potestà costitutiva spettasse al Parlamento (35) (36), in virtù della sua onnipotenza: 'omnipotenza parlamentare' e 'irrevocabilità dello Statuto' alludevano, nel pensiero ruiziano, a paradigmi 'inconciliabili, essendo un assurdo che una legge, per fondamentale che sia, possa vincolare in eterno una Nazione' (37). Ma, come è stato detto (38), non si intendeva così riproporre l'ormai spuntato tema dell'omnipotenza parlamentare: " 'omnipotenza' [...] significava qui che il potere legislativo potesse modificare lo Statuto per quella parte (e solo

(33) *Ibidem*.

(34) Si spiega così la preferenza accordata dall'autore all' 'elasticità' dello Statuto Albertino, piuttosto che alla sua 'flessibilità'.

(35) Sul potere costituito l'autore sintetizza quattro categorie indicate dalla storia: 'o va confuso con il potere legislativo ordinario; o il potere legislativo ordinario deve provvedere con certe modalità [...]'; o si fa luogo a una speciale Assemblea revisiva, dando in questa ipotesi l'iniziativa sempre a un organo ordinario; o si distribuisce anche più la competenza intorno a tre principali stati della revisione [...] a svariani organi, che possono essere tutti ordinari, o in parte ordinari in parte straordinari' (G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 95-96).

(36) L'autore ritiene che concettualmente sia possibile distinguere potere costituente da potere legislativo, ma non praticamente, sia perché l'organo che esercita la funzione è lo stesso (il Parlamento), sia perché una Costituzione necessita sempre di essere integrata e specificata da leggi particolari, leggi che a bene vedere 'sarebbero di competenza del potere costituente' (G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 22-23). Sul tema ritorna in G. ARANGIO RUIZ, *Lezioni di diritto costituzionale*, tenute nella R. Università di Torino, Anno accademico 1929-1930, Torino, 1930, p. 327.

(37) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 107108. 'Errore incommensurabile quello di decretare l'immutabilità della Carta per un determinato periodo [...]'. Uno Stato dura solo allorché corrisponde alle condizioni della società che dee governare' (p. 100).

(38) L. BORSI, *Nazione, Democrazia, Stato*. Zanichelli e Arangio Ruiz, cit., pp. 305 e ss.

quella parte, per quanto estesa potesse essere) che non fosse più rispondente ai tempi, come poteva ben accadere a una Carta *oc-troyée* di un regno che non era ancora quello d'Italia". In questo senso la natura dei limiti al potere costitutivo era al contempo sociologica e giuridica (39): sociologica, perché non ci si poteva sottrarre alla pressione delle situazioni condizionanti; giuridica, perché i limiti del potere costitutivo altro non erano che i limiti dell'azione dello Stato (40). Ciò porta a chiarire che la teoria dell'irrevocabilità (da parte del Principe) è una teoria pro-parlamentare, perché riconosce al solo Parlamento il potere di revisione (inteso come potere di adeguamento — sotto la pressione delle 'condizioni della Società' — dello Statuto); mentre la teoria (sommiana) della sua irrevocabilità intesa come immodificabilità (come pietrificazione) è una teoria anti-parlamentare che mira a ripristinare il ruolo (presunto originario) della prerogativa regia e la forma di governo (presunta originaria) della forma di governo costituzionale pura. Forma di governo che in realtà, secondo Arangio Ruiz, nemmeno nei primissimi tempi successivi all'entrata in vigore dello Statuto, si è mai realizzata (41).

(39) Più esattamente, il limite al potere costitutivo 'è giuridico, perché giuridici sono i limiti all'azione dello Stato; è sociologico, perché l'azione dello Stato deve occuparsi delle condizioni della Società, dettando le norme in stretto rapporto con lo sviluppo di questa e modificandole con graduale cambiamento di tale sviluppo; è politico perché è lo Stato che deve trovare i mezzi per svolgere l'azione sua' (G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 338).

(40) Ivi, pp. 356-357 e 366-367.

(41) G. ARANGIO RUIZ, *Governo parlamentare o governo costituzionale?*, cit., pp. 2-3, laddove l'autore si interroga sull'opportunità, avanzata da parte della dottrina dell'epoca, di abbandonare il modello di governo parlamentare ('che, per unanime consentimento, è affetto da palese e non lieve infermità'), per passare — o 'tornare', come alcuni sostenevano — al modello di governo costituzionale. Premesso che il termine 'costituzionale' non può considerarsi esclusivo di una forma di governo (la Costituzione 'rappresenta il fondamento comune di tutte le forme libere odierne, e l'aggettivo costituzionale che ne scaturisce vale, in ognuna, a denotare il riguardo a criteri d'ordine giuridico, in guisa che nello studio nostro, sia riferendoci alla forma presidenziale, sia alla parlamentare, ci è forza di adoperare sovente anche la parola che denota la costituzionalità, cioè la correttezza, di un atto, di un organo, di una funzione'), l'autore ritiene che, nonostante la lettera dello Statuto Albertino, in Italia non vi sia mai stata la forma di governo costituzionale: 'vero è bensì che, fin dal primo isti-



All'inconsulto feticismo della Carta (42), Arangio Ruiz opponeva quindi la teoria dei limiti al potere costitutivo: 'un limite mobile, che cresce in intensità o in estensione a seconda che le condizioni sociali siano meno o più complesse, che varia perciò nelle epoche diverse,

tuirsi del reggimento di libertà, la pratica subalpina fu costante, e continuò non interrotta, anche diventando italiana, in favore del sistema parlamentare' (in questo senso l'inesattezza di parlare di 'ritorno allo Statuto'). La forma di governo, sia subalpino che italiano, è stata sempre parlamentare, così concordando esplicitamente con Gaetano Mosca sulla dubbia opportunità di accogliere, anche solo temporaneamente, la forma costituzionale (G. Mosca, *Elementi di scienza politica*, Roma, 1896, p. 313).

Pur mettendone in evidenza mali e difetti, Arangio Ruiz appartiene a quella parte di giuristi che riteneva, secondo l'insegnamento di Arcoleo, storicamente necessaria la forma di governo parlamentare, la quale rappresentava 'una trasformazione in senso progressivo della forma costituzionale, non una degenerazione'. La degenerazione del parlamentarismo al quale assisteva, spiegava, non sta nella forma parlamentare in sé: 'i mali non derivano dalla forma parlamentare quale è descritta, derivano bensì dalla cattiva applicazione che se ne fa da colleghi elettorali, da deputati, da senatori e da ministri. La campagna contro mali siffatti si è chiamata in Italia campagna contro il parlamentarismo, che è parso un tutt'uno con la forma parlamentare di Governo, mentre la parola ha significato disprezzativo, e vuol indicare i difetti che derivano a opera dei Parlamentari, non compresi, in tutti i loro atti o in tutti i loro membri, degl'interessi generali dello Stato, della retitudine e onestà nel disimpegno dell'alto ufficio'. 'Il nostro male, più che di natura politica, è del tutto morale: esso si riscontra in ogni cetto sociale, in tutte le manifestazioni della vita pubblica locale e nazionale, nell'ambiente parlamentare, in quello giudiziario. Vi è mancanza di ogni idealità, a cui è subentrata la realtà più cruda e volgare. Nella lotta della vita non si guarda ai mezzi, ma allo scopo, ed è inerto chi perde, sapiente chi vince. La misura del merito non è riposta nell'altezza del fine, ma nella rapidità del successo, al principio si sostituisce l'interesse, al dovere l'egoismo, alla tutela dei bisogni generali l'appagamento di quelli particolari o privati, non sempre onesti. Il pregiudizio domina ogni tendenza dello spirito, e dei pregiudizi si fanno schiavi gli uomini per essere sovrani della pubblica opinione e stringere il bastone del comando: così, le clientele si formano e soffocano il libero svolgimento di ogni attività individuale e collettiva' (G. ARANGIO RUIZ, *Governo parlamentare o governo costituzionale?*, cit., pp. 6, 10 e 13).

(42) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., p. 143. 'Volento [lo Statuto] immutato e immutabile, se quello che ci sta dentro non risponde alle odierne necessità, non è più onore allo spirito della Carta, è feticismo per le parole, e questo ci mantiene in un rigido meccanismo, non ci trasporta in un logico organismo' (Ibid., *Delle guarantee costituzionali*, vol. I (unico pubblicato), Napoli, 1886, p. XIII, cit. da L. BORSI, *Nazione Democrazia Stato. Zanichelli e Arangio Ruiz*, cit., pp. 305 e ss.).

nelle diverse Nazioni, coi popoli diversi, e di queste variazioni la storia ci è stata maestra' (43).

È il concetto di limite che riempie di contenuto la definizione di costituzione. Per quanto limiti non predeterminabili (nel senso di non suscettibili di una teorizzazione scientifica generale) e mobili (nel senso di mutevoli a seconda delle condizioni sociali, del Paese, della forma di stato), vi è — e deve esservi per una completa (44) definizione di costituzione — quello che oggi definiremmo un nucleo essenziale di norme politicamente custodito in quanto diffusamente condiviso (la cosiddetta costituzione in senso materiale).

Il passo successivo cui giunge il pensiero ruiziano consiste nell'individuare quel nucleo di norme che permette di distinguere la definizione generica di costituzione di uno stato dalla definizione specifica di costituzione di uno stato liberale (45). Dalla specificità del concetto di costituzione passa alla sua prescrittività, attraverso l'individuazione di un contenuto che necessariamente deve esserci perché si possa parlare di costituzione liberale. Non solo quindi i limiti 'estrinseci di forma, di tempo e di materia' (46) — le cosiddette regole sulla produzione del diritto —, ma anche 'limiti intrinseci di sostanza derivanti dai principii [...] del diritto pubblico interno' (47) — quelle regole che, superata la fase costituente, devono essere salvaguardate al fine di impedire l'autodistruzione del sistema (48). È in questo nucleo essenziale che sta il limite alla mutabilità della costituzione. E allora: non solo il principio di separazione dei poteri, che, sebbene 'la più appariscente manifestazione' della forma estrinseca dello Stato moderno, 'fa unica categoria di Costituzioni le più

(43) G. ARANGIO RUIZ, *Del potere costituente, delle sue forme, de' suoi limiti*, cit., pp. 146.

(44) 'Una definizione della Costituzione, per essere completa, deve accennare alla parte generica che a tutti gli Stati si confaccia, alla parte specifica che agli Stati liberi si confaccia particolarmente' (G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 8).

(45) *Ibidem*.

(46) Ivi, p. 341.

(47) *Ibidem*.

(48) M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, cit.



svariate' (49), poiché non permette di cogliere 'il lato che si attiene alla libertà, che può non esistere anche là dove i poteri legislativo ed esecutivo sono distinti' (50); ma anche 'un concetto generico e formale [del]l'essenza della libertà, quale oggi s'intende, essenza che investe la forma di governo e che deve in questa riflettersi, salvo a esplicarsi nelle leggi perché lo Stato raggiunga a tutela giuridica di tutte le libertà e di tutti gl'interessi' (51). La stessa forma di governo arricchisce il contenuto del nucleo necessario: essa può essere modificata — 'tra forma di governo e condizioni sociali v'è la relazione simile che esiste tra la pianta e il clima. Fuori il clima adatto, nessuna pianta vive' (52) —, ma non può essere 'cangiata legalmente, salvo quando le istituzioni tutte le consentano', quando cioè sia esercitato il potere costituente.

Alla definizione *strutturale* di costituzione (disciplina sulla produzione degli atti normativi) si affianca, non si contrappone, la definizione *funzionale* di costituzione (disciplina dei divieti che impediscono l'autodistruzione del sistema).

#### 4. Della 'giustiziabilità' delle leggi: condizioni di validità e di esistenza della legge.

Il discorso sull'esistenza di limiti non solo formali, ma anche materiali alimentò un dibattito vivace nella cultura giuridica italiana a cavallo tra Ottocento e Novecento: quello sulla giustiziabilità delle leggi — nel senso che la loro validità dipende dalla loro conformità a prescrizioni 'più alte' — e sull'organo competente a sindacare questa validità (53).

Dall'esistenza di limiti 'deriva il concetto di legge incostituzionale. [...] L'atto incostituzionale può essere nullo o invalido, secondo

(49) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 8.

(50) *Ibidem*.

(51) *Ibidem*.

(52) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., p. 311.

(53) Sul tema sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Napoli, 2009, pp. 135 e ss.

si trovi, o non, nella Costituzione, genericamente considerata, un tribunale, un'autorità, un ufficiale che abbia il compito di mantenere il potere legislativo o il potere costituente entro i confini prescritti, annullando l'atto che abbia esorbitato, o dichiarandolo inefficace in determinati casi. [...] nel primo caso, l'istituzione avrebbe un vero e proprio potere legislativo; nel secondo caso, si starebbe nei limiti e nella competenza del potere giudiziario' (54). Certo, la condizione della legge incostituzionale non è chiaramente definita: nullità, invalidità, annullamento, inefficacia, sembrano non avere ciascuna una propria autonomia concettuale. Ma alcuni punti fermi del pensiero ruiziano sembrano potersi trarre: discutere dell'esistenza di limiti anche materiali voleva dire: 1) riconoscere un ridimensionamento della portata del dogma dell'onnipotenza parlamentare; 2) identificare i concetti di validità (formale) e di esistenza; 3) escludere la sindacabilità costituzionale delle leggi da parte dei giudici, ma affermare l'autonomia concettuale del controllo di legittimità costituzionale, come controllo parlamentare.

1) Dell'effettivo significato attribuito da Arangio Ruiz al richiamo all'onnipotenza parlamentare si è già detto.

2) Paradigma del positivismo giuridico era la coincidenza tra esistenza e validità (formale) (55): una legge poteva dirsi esistente in quanto legalmente formata; una legge poteva dirsi valida, in quanto giuridicamente esistente.

Detta sovrapposizione sembrerebbe implicata nella spiegazione, offerta da Arangio Ruiz, al fine di giustificare la non-sindacabilità costituzionale (sostanziale) degli atti normativi da parte del potere giudiziario, del 'diverso caso dell'inesistenza della legge' — dove la diversità è da cogliere nel confronto con l'invalidità materiale e non con quella formale. 'L'inesistenza può aversi in quattro casi: quando una Camera non avesse discusso il progetto; quando una Camera lo avesse respinto nella votazione che suole farsene;

(54) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., pp. 341 e 344.

(55) L. FERRAIOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007. Sia consentito rinviare anche a V. MARCENÒ, *Una 'ridefinizione' della teoria della validità del diritto secondo Luigi Ferraioli*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2010, pp. 761 e ss.



quando le due Camere non lo avessero approvato negli identici termini; quando fosse stata la legge promulgata in termini diversi di quelli in cui venne dal Parlamento approvato il progetto. In tutti e quattro questi casi vi è violazione dei limiti costituzionali da parte del potere esecutivo, perché una legge è tale quando le due Camere l'hanno approvata negli identici termini e la sanzione non implica emendamento, ma accettazione o rigetto' (56). Spettava quindi a ciascun giudice constatare il concorso, nella formazione della legge, della volontà di tutti e tre gli organi legislativi (Camere e Re), non ostando a questo controllo l'avvenuta promulgazione, che non poteva essere intesa come atto garante della piena osservanza giuridica (57). Il controllo sull'inesistenza/invalidità formale della legge era riconosciuto al potere giudiziario in virtù del principio di distinzione dei poteri: 'la potestà giudiziaria consiste nel negare efficacia, limitatamente pel caso singolo, all'atto che un potere avesse emanato esorbitando dai limiti a esso determinati dalla Costituzione' (58). Ma in virtù dello stesso principio, tale controllo incontrava il limite dell'insindacabilità della funzione di ciascun organo: i controlli per ragioni di forma e procedura, diversi da quelli tipizzati, non rientravano nelle spettanze del potere giudiziario, 'non potendosi ammettere l'invasione dei poteri, che si verificherebbe se si permettesse al giudiziario di addentrarsi negli *interna corporis*, sui quali il solo *corpus* è competente' (59).

3) Se il sindacato giudiziario sull'inesistenza/invalidità formale della legge era, nei limiti descritti, ammesso, categoricamente escluso era quello sull'invalidità sostanziale. Come ribadito anche in opere più mature, il fine del controllo di costituzionalità è 'contenere gli

(56) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., pp. 360-361.

(57) Se così fosse, il potere esecutivo potrebbe distruggere il Parlamento e con esso l'autonomia del potere giudiziario, che consiste appunto nel contenere gli altri poteri nei limiti costituzionali pel caso singolo. Il sistema rappresentativo si poggia sulla distinzione dei poteri e sul sindacato, appunto perché anche l'esecutivo non possa invadere il campo del legislativo, e lo invaderebbe promulgando come votata e approvata dalle due Camere una legge che non lo è stata o modificandola a suo piacimento' (ivi, p. 361).

(58) Ivi, p. 357.

(59) Ivi, 359.

organi nei limiti della propria competenza. [...] Questi controlli sono formali o anche sostanziali? Formale è, senza dubbio, l'indagine circa l'esistenza della norma: se la legge [...] è stat[al] regolarmente format[al], approvata[al]; ma quando il giudice esamina il contenuto della norma, per ricercare se essa è stata emendata dagli organi che avevano il potere di emanarla, diviene materiale di controllo? Io non credo, perché a me pare che il controllo si possa dire materiale soltanto allorché il giudice possa concludere che una data norma non può essere emanata, e questo, che pur da tanti scrittori si è voluto sostenere, a me pare assurdo' (60).

Un'esclusione che discendeva dalla nozione ruiziana di costituzione organica: 'Se [...] la Costituzione si consideri, nel modo che noi la consideriamo, come l'insieme delle istituzioni, come un organismo vivente e operante, che deve svolgersi senza limiti di forma, di tempo e di materia, coi soli limiti intrinseci di ogni atto legislativo, coi limiti che l'azione dello Stato deve necessariamente incontrare, il sindacato costituzionale dei giudici non è ammissibile' (61). 'Per aversi sindacato costituzionale dei giudici non può presupporci

(60) G. ARANGIO RUIZ, *Intorno al sindacato giudiziario sulle leggi*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, vol. I, Padova, 1931, pp. 21-22.

(61) Comunque, in qualsiasi stato, non può essere dato mai (persisto a dire mai) al potere giudiziario di dichiarare che una data legge o una data norma non possa essere emanata: lo Stato fa tutto quello che vuole; quel che è giusto vi sia è la distinzione di organi e di funzioni, onde, ripeto, la dichiarazione giudiziale di incostituzionalità, sia per violazione delle forme, sia perché incompetenti gli organi a emanare quelle date norme' (pp. 22-23). 'Ritoccare cioè l'esistenza della legge; se essa fu approvata dagli organi legislativi nei limiti e termini voluti dalla legge; e trattandosi di leggi costituzionali o considerate tali se fu inteso il Gran Consiglio del Fascismo. Questa, e non più, l'attribuzione del giudice italiano nei confronti di tutte indistintamente le leggi: nel contenuto di questi non entra né può entrare. [...] dare al giudice un sindacato costituzionale prettamente materiale nel senso di dichiarare che una data norma o legge non può essere emanata perché contraddittoria allo Statuto o a una legge fondamentale [...] è un assurdo; non c'è, non può esistere, norma che lo Stato non possa giuridicamente emanare. I limiti degli organi, le distribuzioni di competenza, che servono anche a garantire un più retro esercizio della funzione in ampio senso legislativa, e servono a coordinare le potestà, sono stabiliti perché date norme siano più ponderatamente formate, non possono mai servire a vietare che in definitiva siano validamente emanate' (G. ARANGIO RUIZ, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., pp. 327 e 329).

(61) G. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni e leggi costituenti*, cit., pp. 356-357.



una Costituzione organica, che si svolga nel tempo con moto graduale e continuo per opera del potere legislativo, poiché il magistrato deve negare appunto tale funzione costituente al potere legislativo perché possa dedurre, nei casi singoli, l'incostituzionalità della legge' (62).

Per quanto, nel pensiero ruiziano, il potere costituente non potesse (di fatto) essere distinto dal potere legislativo ordinario, per ciò solo spettante al Parlamento; per quanto fosse diffusa l'idea della tangibilità della Costituzione; per quanto fosse radicata l'identità concettuale tra esistenza e validità formale della legge; per quanto fosse esclusa ogni forma di controllo sulla legge, da parte del potere giudiziario, diverso da quello formale, non si può negare che la stessa definizione di costituzione organica, il tentativo di enucleare contenuti necessari, sia strutturali che funzionali, e specularmente di costruirli come limiti del potere costitutivo, aprono la via a quella che Luigi Ferrajoli chiama divaricazione deontica tra validità e vigore, non potendosi più ritenere valida una legge semplicemente in quanto esistente, ma anche in quanto rispettosa di quel contenuto normativo che conforma effettivamente la società in quanto *materialmente costituzionale*.

All'elasticità delle singole disposizioni costituzionali veniva ancora nell'ottica della contrarietà tra concetti e non della loro contraddittorietà affiancandosi — non sostituendosi — la *rigidità* del nucleo normativo essenziale. Il punto debole stava nel sistema di controllo della costituzionalità: precluso al potere giudiziario ogni controllo e non essendo previsto alcun organo a ciò preposto, la difesa di quel nucleo si dissolveva in un controllo interno alla stessa funzione legislativa, sul presupposto dell'autolimitazione del potere statale. Ma, soprattutto, vero giudice della costituzionalità era, come dice Luca Borsi interpretando un pensiero diffuso del costituzionalismo liberale cui Arangio Ruiz partecipa, «la storia, lo svolgimento storico [...] — giudice anche del persistere (o del sopraggiungere) del carattere 'costituzionale' delle previsioni statutarie» (63). Si fon-

(62) Ivi, 355.

(63) L. BORSI, *Nazione Democrazia Stato. Zanibelli e Arangio Ruiz*, cit., p. 311.

devano, così, ancora una volta, in Gaetano Arangio Ruiz, i postulati del positivismo giuridico italiano con quelli dello storicismo savignyano (64).

(64) Sul punto G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giurispubblcistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, pp. 271 e ss.; e sia altresì consentito il rinvio a V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit.